

**NETİCESİ SEBEBİYLE
AĞIRLAŞMIŞ SUÇLARDA
CEZA SORUMLULUĞUNUN
ESASI**

**Nazmiye ÖZENBAŞ
(Doktora Tezi)
Eskişehir, 2012**

**NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLARDA
CEZA SORUMLULUĞUNUN ESASI**

Nazmiye ÖZENBAŞ

**DOKTORA TEZİ
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Danışman: Prof. Dr. Hamide ZAFER**

**Eskişehir
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Ocak 2012**

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Nazmiye ÖZENBAŞ'ın "Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası" başlıklı tezi **25 Ocak 2012** tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, **Kamu Hukuku** Anabilim Dalında Doktora tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı) : Prof.Dr.Hamide ZAFER

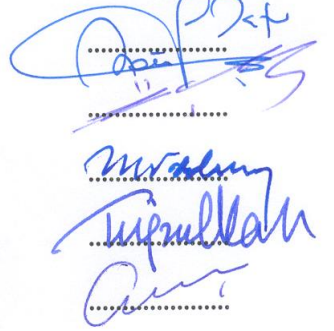
Üye : Prof.Dr.Özcan UÇKAN

Üye : Prof.Dr.Nevzat TOROSLU

Üye : Doç.Dr.Tuğrul KATOĞLU

Üye : Doç.Dr.A.Tülin YÜRÜK

İmza




Prof.Dr.B.Zafer ERDOĞAN
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Doktora Tez Özü

NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLARDA CEZA SORUMLULUĞUNUN ESASI

Nazmiye ÖZENBAŞ

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ocak 2012

Danışman: Prof. Dr. Hamide ZAFER

İnsan haklarına saygılı bir hukuk devleti olmanın en önemli gereklerinden birisi ceza sorumluluğunu kusura dayandırmaktır. Diğer bir ifadeyle kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesini bütün suç hipotezleri için geçerli kılmaktır. Bu amaçla bugün kanunlardan objektif sorumluluk hipotezlerinin çıkarılmaya çalışıldığını ve bunu, pek çok ülkenin kanun metinlerinde gerçekleştirdiğini görüyoruz. Ancak özellikle kasıtlı bir suçu takip eden istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda bazı ülke kanunlarında objektif sorumluluk geçerli olmaya devam ederken, bazı ülkelerde ise ağırlaşmış neticeden sorumluluk konusunda kanunda kusura dayanan sorumluluk öngörülmesine rağmen, yargı kararlarında yine versari in re illicita kuralının gizli şekilde uygulanmaya devam edildiği gözlenmektedir. Bu durum kişi hak ve hürriyetleri bakımından çok ciddi sorunlar yaratmaktadır. Bu çalışmada bu soruna dair tartışmalar ve çözüm yolları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ceza hukuku, suç, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, ceza sorumluluğu, objektif sorumluluk, kasıtlı olmayan, kasıtlı.

Abstract

THE BASIS OF CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR AGGRAVATED CRIME DUE TO THE CONSEQUENCE

Nazmiye ÖZENBAŞ

Department of Public Law

Anadolu University, Graduate School of Social Sciences, January 2012

Adviser: Prof.Dr. Hamide ZAFER

Making criminal liability depend on fault is one of the essential necessity being a social state governed by the rule of law and respectful of human rights. In other words, in all cases of crime is always applied this principle: there can be no crime and punishment without law. For this purpose, today, the assumptions of strict liability are disappearing from the penal codes, and many countries have already completed the amendment. However, especially, in some state provisions, objective liability is applied on the topic of liability the unintended consequence as persecutor of an intentional crime, criminal codes of some states still require the prosecution to strict liability and at the same time, other states, although introduced in the criminal law the principle of guilt jurisprudential point of view, is still applied the logic of "versari in re illicita" to incriminate the unintended consequences of an intentional offense. This situation from the perspective of the rights and freedoms of individuals, creates serious problems. With the following work, we shall analyze the ongoing discussions on this issue and will discuss possible solutions.

Keywords: Criminal law, crime, aggravated crime due to the consequence, criminal responsibility, criminal liability, strict liability, unintentional, intentional.

Özgeçmiş

Nazmiye ÖZENBAŞ

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora

Eğitim

- Y. Ls. 2004 Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı
- Ls. 2000 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Lise 1995 Osmangazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Sağlık Meslek Lisesi

İş

- 2000 - Araştırma görevlisi. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Alınan Burslar

- 2002 Università per Stranieri di Perugia Facoltà di Lingua e Cultura d’Italiana tarafından verilmiş iki aylık dil kursuna dair burs (2 ay süreli).
- 2003 İtalyan Dış İşleri Bakanlığı’nca Hükümetimiz emrine verilmiş araştırma bursu. Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Hukuk Fakültesinde yüksek lisans tez araştırması yapmak üzere kullanılmıştır (6 ay süreli).
- 2006-2007 Avrupa Birliği Erasmus öğrenci değişim programı bursu. Università degli Studi di Perugia, Hukuk Fakültesinde doktora dersleri almak ve tez araştırması için kullanılmıştır (6 ay süreli).
- 2007 İtalyan Dış İşleri Bakanlığı’nca Hükümetimiz emrine verilmiş araştırma bursu. Università degli Studi di Perugia, Hukuk Fakültesinde doktora tez araştırması yapmak üzere kullanılmıştır (3 ay süreli).
- 2008 Avrupa Birliği Erasmus Staj Eğitim Programı bursu. Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze Giuridiche Ecclesiasticistiche,

- Filosofico-Sociologiche e Penalistiche "Cesare Beccaria"da doktora tez araştırması yapmak üzere kullanılmıştır (3 ay süreli).
- 2009 Università degli Studi di Milano, Il Centro d'Ateneo per la promozione della lingua e della cultura italiana "Chiara e Giuseppe Feltrinelli" (CALCIF) tarafından verilen ileri düzey italyanca dil kursu bursu (3 hafta süreli).

Yayın

Uluslararası Bilimsel Toplantılarda Sunulan Bildiriler

- Özenbaş, Nazmiye. “Ceza Hukuku Bağlamında Kadına Yönelik Şiddet Fiilleri”, 6. Uluslararası Türk Dünyası Sosyal Bilimler Kongresi, Celalabat-Kırgızistan, (25/05/2008-28/05/2008).
- Özenbaş, Nazmiye. “Bir Yolsuzluk Çeşidi Olarak Rüşvet Suçu”, İkinci Uluslararası Ekonomi Konferansı Geçiş Ekonomilerinde Entegrasyon ve Kalkınma, Bişkek-Kırgızistan, (09/10/2008-11/10/2008).
- Özenbaş, Nazmiye. “Kadının Cinsel Dokunulmazlığının Ceza Hukuku Kapsamında Korunması”, Uluslararası Multidisipliner Kadın Kongresi, İzmir-Türkiye, (13/10/2009-16/10/2009).
- Özenbaş, Nazmiye. “Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi Ve İdari Ceza Hukuku”, Hukuk Bilimin Güncel Sorunları, Bakü-Azerbaycan, (28/04/2010- 02/05/2010).
- Özenbaş, Nazmiye. “Ceza, Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hukukunda Engelliler”, 5. Uluslararası Katılımlı, Özürlüler Vakfı Kongre ve Sosyal Etkinlikleri, İstanbul-Türkiye, (28/05/2010- 30/05/2010).

Kitap Editörlüğü

- Toroslu, Nevzat. Ceza Hukuku, (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını No: 1657, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 864, 2009), 5, 6, 7, 8, 9, 10. ünitelerin editörlüğü.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. Ceza Muhakemesi Hukuku, (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını No: 1659, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 864, 2009), 4, 5 ve 6. ünitelerin editörlüğü.

Ulusal Kitaplardaki Bölüm Yazarlığı

Taşkın, Ozan Ercan, Hakan Karakehya ve Nazmiye Özenbaş. “Ceza Muhakemesi Hukukunun Temel Kavramları” (7. Ünite), “Koruma Tedbirleri I” (9. Ünite), “Koruma Tedbirleri II” (10. Ünite), Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını No: 1949, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1029, 2009).

Gökcek Karaca, Nuray, Banu Uçkan, Abdurrahman İlhan Oral, Yener Şişman, Meral Gürbüz, Uğur Kara, Nazmiye Özenbaş. “Sosyal Hizmet Bağlamında Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler” (10. Ünite), “Sosyal Hizmet Bağlamında Ceza Muhakemesi Hukukuna ve İnfaz Hukukuna İlişkin Düzenlemeler” (11. Ünite), Sosyal Hizmet Mevzuatı, (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını No: 1921, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1005, 2009).

Ulusal Hakemsiz Dergilerde Yayınlanan Makaleler

Özenbaş, Nazmiye. “Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele”, Polis ve Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2, C. 2, S. 1, Nisan 2004, (s. 169-190).

Ulusal Hakemli Dergilerde Yayınlanan Makaleler

Özenbaş, Nazmiye. “Polisin Zor Kullanma Yetkisi”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 75-76, Kasım-Aralık 2010 (s. 101-143).

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri/yılı: Eskişehir/1978 Cinsiyet: Kadın Yabancı dil: İtalyanca ve İngilizce

İçindekiler

Jüri ve Enstitü Onayı	ii
Öz	iii
Abstract	iv
Özgeçmiş.....	v
Kısaltmalar Listesi.....	xvi
Giriş.....	1

Birinci Bölüm

Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlara ve Bu Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esasına İlişkin Genel Bilgiler

1. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Kavramı.....	4
2. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçların Hukuki Esası.....	5
2.1. Temel Hüküm.....	6
2.2. Ağırlaştırıcı Hüküm.....	8
3. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçların Tasnifi.....	9
3.1. Korunan Hukuki Yarara Göre Yapılan Tasnifler.....	9
3.1.1. Gerçek-gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar	9
3.1.1.1. Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar.....	9
3.1.1.1.1. Kast bulunması.....	10
3.1.1.1.2. Neticenin daha ağır olması.....	10
3.1.1.1.3. Nedensellik ilişkisinin bulunması.....	11
3.1.1.1.4. Failin taksirinin bulunması.....	12
3.1.1.1.5. Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda	
ceza.....	12
3.1.1.2. Gerçek olmayan (görünüşte) neticesi sebebiyle	
ağırlaşmış suçlar.....	13

3.1.2. Kastedilenden ağır-başka neticeye neden olan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar.....	14
3.1.2.1. Fiilin kastedilenden daha ağır neticenin oluşmasına sebebiyet vermesi.....	15
3.1.2.2. Fiilin failin istediği netice yanında bir başka suça sebebiyet vermesi.....	15
3.2. Temel Suçtaki Manevi Unsura Göre Yapılan Tasnifler.....	16
3.2.1. Temel suçun kasten işlenmesi.....	17
3.2.2. Temel suçun taksirle işlenmesi.....	17
3.3. Ağır veya Başka Netice Açısından Var Olan Manevi Unsura Göre Yapılan Tasnifler.....	18
3.3.1. Ağır veya başka netice açısından taksirin bulunması.....	18
3.3.2. Ağır veya başka netice açısından kastın bulunması.....	19
4. Ceza Sorumluluğunun Esası.....	20
4. 1. Kavram.....	20
4. 2. Ceza Sorumluluğunun Gelişimi.....	23
4.2.1. Başkasının fiilinden sorumluluk-kolektif sorumluluk dönemi...	24
4.2.2. Objektif sorumluluk dönemi.....	25
4.2.3. Kusurlu (sübjektif) sorumluluk dönemi.....	32
4.2.4. Kişilik yönünden sorumluluk dönemi.....	33
4.3. Objektif Sorumluluğun Esası.....	36
4.3.1. Genel olarak.....	36
4.3.2. Objektif sorumluluğun esasına ilişkin görüşler	36
4.3.2.1. Objektif sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu yönündeki anlayış.....	37
4.3.2.1.1. Objektif sorumlulukta hareketin iradiliğinin aranmadığı yönündeki anlayış	37
4.3.2.1.2. Objektif sorumlulukta “kusurluluğun” aranmadığı yönündeki anlayış.....	39
4.3.2.2. Objektif sorumlulukta kusurluluğun varsayıldığı yönündeki anlayış.....	42

4.3.2.3. Objektif sorumluluğu kusur sorumluluğu içinde	
değerlendiren anlayış.....	42
4.3.2.3.1. Objektif sorumluluğu kast sorumluluğu	
içinde değerlendiren anlayış.....	43
4.3.2.3.2. Objektif sorumluluğu taksir sorumluluğu	
içinde değerlendiren anlayış.....	44
4.3.2.3.3. Objektif sorumluluğu kusurlu sorumluluk	
kapsamına almakla birlikte onu kast veya	
taksir içerisinde incelemeyen anlayış....	45
4.3.3. Objektif sorumluluğun unsurları.....	48
4.3.3.1. Neticeye sebep olan hareketin iradi olması.....	48
4.3.3.2. Neticenin gerçekleşmesi.....	49
4.3.3.3. Hareket ile netice arasında maddi nedensellik bağının	
bulunması.....	50
4.3.3.4. Gerçekleşen netice açısından failin kast veya	
taksirinin araştırılmaması	52
4.4. Kusur Sorumluluğunun Esası.....	52
4.4.1. Genel olarak.....	52
4.4.2. Kusurluluk Kavramının Gelişimi	54
4.4.2.1. Psikolojik teori.....	54
4.4.2.2. Normatif teori	55
4.4.2.3. Karma teori.....	58
4.4.3. Yeni yaklaşımlar, normatif teorinin öne çıkışı: failin	
normatif kınanabilirliği kavramı ile kast ve taksir	
arasındaki ilişki.....	58
4.4.4. Kast ve taksir.....	63
4.4.4.1. Kast.....	64
4.4.4.1.1.Genel olarak.....	64
4.4.4.1.2. Kastın unsurları konusundaki teoriler.....	65
4.4.4.1.3. Kastın unsurları.....	68
4.4.4.1.3.1. Bilme unsuru.....	68

4.4.4.1.3.2. İsteme unsuru.....	74
4.4.4.1.4. Kastın aranacağı zaman	76
4.4.4.1.5. Kastın türleri.....	77
4.4.4.1.5.1. Başlangıçta kast – hem zaman kast- sonradan ortaya çıkan kast.....	77
4.4.4.1.5.2. Doğrudan kast-dolaylı (olası) kast.....	78
4.4.4.1.5.2.1. Kavram.....	78
4.4.4.1.5.2.2. Dolaylı (olası) kast- bilinçli taksir ayrımı.....	82
4.4.4.1.5.3. Genel kast-özel kast.....	83
4.4.4.1.5.4. Ani kast-düşünce kastı.....	84
4.4.4.1.6. Kastın belirlenmesi.....	85
4.4.4.2. Taksir	86
4.4.4.2.1. Genel olarak.....	86
4.4.4.2.2. Taksirin hukuki esasını açıklayan görüşler	88
4.4.4.2.3. Taksirin unsurları.....	90
4.4.4.2.3.1. Taksirin cezalandırılacağı konusunda kanunda açık hüküm bulunması.....	91
4.4.4.2.3.2. Davranış kurallarına uymama.....	91
4.4.4.2.3.3. Hareketin iradi olması.....	92
4.4.4.2.3.4. Neticenin öngörülebilir olması.....	93
4.4.4.2.3.5. Öngörülebilir neticenin fail tarafından öngörülmemiş olması.....	95
4.4.4.2.3.6. Hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması...	95
4.4.4.2.4. Taksirin belirlenmesi.....	96
4.4.4.2.5. Taksirli suçta ceza.....	97
4.4.4.2.6. Bilinçli (öngörülü) taksir.....	99
4.4.4.2.6.1. Kavram.....	99

4.4.4.2.6.2. Bilinçli taksirde ceza.....	99
4.4.4.2.7. Taksir kalıpları.....	100

İkinci Bölüm

İtalyan ve Alman Hukukunda Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası

1. İtalyan Hukukunda Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar.....	102
1.1. Genel Olarak.....	102
1.2. 1889 Tarihli Zanardelli Kanunu'nda Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar.....	103
1.3. 1930 Tarihli Rocco Kanunu'nunda Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar.....	105
1.3.1. Genel olarak	105
1.3.2. Başlıca neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç çeşitleri.....	106
1.3.2.1. Suçta sapma şeklinde ortaya çıkan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar (İCK m. 586 ile genel sapma hükümleri arasındaki ilişki).....	106
1.3.2.2. Neticenin istenmemiş olması gereken neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar.....	111
1.3.2.3 Kastı aşan suçlar.....	113
1.3.2.4. İCK m. 586, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama veya öldürme ve kastı aşan suç arasındaki ilişki.....	114
1.3.3. Rocco Kanunu'nun hazırlık çalışmaları.....	114
1.3.3.1. 1927 tarihli tasarıda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar.....	114
1.3.3.2. 1929 tarihli tasarı metninin son hali ve komisyon tutanakları.....	118
1.3.4. 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda (Rocco Kanunu) istenmeyen neticeden sorumluluğa ilişkin teoriler.....	120
1.3.4.1. Objektif sorumluluk.....	121

1.3.4.1.1. Teorinin izahı.....	121
1.3.4.1.2. Teorinin yargı kararlarındaki yansıması.....	128
1.3.4.2. Hukuka aykırı risk içeren fiilden kaynaklanan objektif sorumluluk.....	132
1.3.4.2.1. Teorinin izahı.....	132
1.3.4.2.2. Teorinin eleştirisi.....	137
1.3.4.2.3. Teorinin yargı kararlarındaki yansıması.....	147
1.3.4.2.4. Değerlendirme.....	149
1.3.4.3. Ceza kanununun ihlalinden doğan taksirli sorumluluk..	150
1.3.4.3.1. Teorinin izahı.....	150
1.3.4.3.2. Teorinin eleştirisi.....	154
1.3.4.3.3. Teorinin yargı kararlarındaki yansıması.....	159
1.3.4.4. Sübjektif sorumluluk esasına dayanan taksir teorisi.....	164
1.3.4.4.1. Teorinin izahı.....	164
1.3.4.4.2. Teorinin yargı kararlarındaki yansıması.....	168
1.3.5. İtalyan Anayasa Mahkemesi kararlarında kusur ilkesi.....	171
1.3.6. Kast-taksir birlikteliği.....	177
1.3.6.1. Normatif olarak kast ve taksir birlikteliğinin mümkün olup olmadığı tartışması.....	171
1.3.6.1.1. Negatif eğilim.....	171
1.3.6.1.2. Pozitif eğilim.....	179
1.3.6.2. İtalyan Ceza Kanunu'nda kast - taksir birlikteliğinin bulunabileceğini gösteren düzenlemeler.....	182
1.3.6.2.1. İCK m. 59/2: Ağırlaştırıcı nedenlerin isnadı.....	182
1.3.6.2.2. İCK m. 81/1: Suçların fikri içtimaı.....	183
1.3.6.2.3. İCK m. 589/2 ve 530/3: Taksirli öldürme ve yaralama suçlarına özgü ağırlaştırıcı nedenler.....	184
1.3.6.3. Diğer Avrupa devletlerinin yasal düzenlemeleri çerçevesinde kast - taksir birlikteliğinin mümkün olduğunun kabulü.....	185
1.4. Hukuka Aykırı Alanda Doğan Taksirin Niteliği.....	186
1.4.1. Taksirli suçlarda taksirin niteliği.....	187

1.4.1.1. İtalyan öğretisinde kabul edilen taksir tanımı.....	187
1.4.1.2. Taksirin tespitinde model ajan ölçütünün kullanılması....	187
1.4.1.3. Model ajan ölçütünün oluşturulması.....	188
1.4.1.4. Faaliyetin niteliğinin taksirin belirlenmesi üzerindeki etkisi.	190
1.4.1.5. Failin özel bilgi ve tecrübesi.....	191
1.4.2. Kast-taksir birlikteliğinde taksirin niteliği.....	192
1.5. Yeni Ceza Kanunu Tasarılarında Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlardan Sorumluluğa Dair Düzenlemeler.....	194
1.6. Değerlendirme.....	197
2. Alman Hukukunda Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar.....	197
2.1. Genel Olarak.....	197
2.2. Tarihi Gelişim.....	201
2.2.1. Dolaylı kast. 1974 tarihli Prusya Devletinin Genel Ülke Kanunu (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten)	201
2.2.2. Feuerbach'ın kastta beliren taksir hipotezi.....	202
2.2.3. Birleşme öncesi Alman kanunları.....	203
2.2.4. 1870-1971 tarihli İmparatorluk Ceza Kanunu.....	208
2.2.5. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan sorumluluk konusunda 1871 ile 1953 yılları arasında yaşanan gelişmeler.....	209
2.2.5.1. Uygulama.....	209
2.2.5.2. Öğreti.....	212
2.2.5.3. Objektif sorumluluğun aşılması yönündeki çalışmalar.....	213
2.2.6. Kast- taksir birlikteliğinin yasalaştırılması.....	217
2.3. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esasına İlişkin Görüşler.....	219
2.3.1. Genel olarak.....	219
2.3.2. Taksirin bütün unsurlarıyla aranması.....	220
2.3.3. Doğrudan bağlantı teorisi.....	226
2.3.4. Taksirin tek özelliği olarak öngörülebilirliğin kabul edilmesi.....	234
2.3.5. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç (Al.CK. § 56/18) bakımından taksirin içeriği.....	239
2.3.5.1. Temel kasıtlı suçun işlenmesi ile birlikte davranış	

kurallarının ihlalinin de gerçekleşeceği yönündeki görüşler.....	240
2.3.5.2. Teorinin eleştirisi.....	242
2.3.5.3. Öngörülebilirlik ve davranış kuralı arasındaki ilişki.....	244
2.3.5.3.1. Öngörülebilirliğin somut olarak tespit edilmesi.....	244
2.3.5.3.2. Taksir ile netice arasındaki bağın ispatı.....	246
2.3.6. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından da genel taksirli suçlardaki kuralların uygulanması.....	246
2.3.7. Alman hukuk sisteminde taksirin sınırlarına ilişkin değerlendirme.....	247
2.4. Ağır Taksir (Leichtfertigkeit) Kavramının Ağırlaştırılmış Neticeden Sorumluluk Kriteri Olarak Kullanılması.....	248
2.4.1. Yasama ve reform çalışmaları.....	248
2.4.1.1. Genel olarak.....	248
2.4.1.2. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçları ağır taksir ile cezalandırma yönündeki tasarılar.....	250
2.4.1.2.1. Große Strafrechtskommission'da yaşanan tartışmalar.....	250
2.4.1.2.2. 1962 tarihli hükümet tasarısı.....	253
2.4.1.3. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda ağır taksir kavramının kullanılması.....	255
2.4.1.3.1. 1964 ve 1994 yılları arasındaki dönem.....	255
2.4.1.3.2. 1998 tarihli Altıncı Reform Kanunu	261
2.4.1.3.2.1. Altıncı Reform Kanunu'na dair hükümet tasarısı.....	261
2.4.1.3.2.2. Bundesrat'ın Hükümet Tasarısı konusundaki görüşü.....	262
2.4.1.3.2.3. Bundesrat'ın görüşleri karşısında hükümetin tavrı.....	263
2.4.1.3.2.4. Altıncı Reform Kanunu düzenlemesi.....	264
2.4.1.3.2.5. Altıncı Reform Kanunu'na dair genel değerlendirme.....	266

2.4.1.4. Ağır taksir kavramının kanundaki tanımı.....	267
2.4.1.4.1. Birleşme öncesi dönem kanunları.....	268
2.4.1.4.2. Yeni ceza kanunu tasarıları.....	269
2.4.1.4.3. Alternatif Ceza Kanunu Tasarısı (Alternativ- Entwurf) ve İkinci Reform Kanunu.....	273
2.4.2. Öğreti.....	275
2.4.2.1. Öğretide ağır taksir kavramı konusunda üzerinde görüş birliğine varılan noktalar.....	275
2.4.2.2. Ağır taksirin içeriğine dair teoriler.....	277
2.4.2.2.1. Psiko-karakteristik teori.....	278
2.4.2.2.2. Sübjektif teori.....	280
2.4.2.2.3. Objektif-sübjektif teori.....	281
2.4.2.2.4. Eklektik (karma-bağdaştırıcı) teori.....	285
2.4.2.3. Derecesi yükselmiş öngörülebilirlik olarak ağır taksir.....	287
2.4.2.4. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardan sorumluluğun ölçütü olarak ağır taksir.....	288
2.4.2.4.1. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardan sorumluluk konusunda ağır taksir basit taksire göre daha iyi bir filtre olabilir mi?.....	289
2.4.2.4.2. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda kusur ile ceza arasında orantının sağlanmasında ağır taksirin etkisi.....	291
2.4.3. Uygulama.....	292
2.4.3.1. Ölüm neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda ağır taksirin arandığı yargı kararları.....	292
2.4.3.2. Değerlendirme	297
2.4.3.3. Ağır taksirin, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar haricindeki durumlardaki görünümü	298

Üçüncü Bölüm

Türk Hukukunda Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası

1. Genel Olarak.....	300
2. Tarihi Gelişim.....	301
2.1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi.....	301
2.1.1. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların genel dayanağı olarak 765 sayılı TCK'nın 45. maddesi.....	301
2.1.2. Kastın aşılması suretiyle adam öldürme	302
2.1.3. Kastın aşılması suretiyle müessir fiil.....	303
2.1.4. Diğer neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar.....	304
2.2. Türk Ceza Kanunu Tasarılarındaki Düzenlemeler.....	305
3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.....	306
3.1. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suça Dair Genel Hüküm (TCK m. 23)	306
3.2. Özel Hükümlerde Yer Alan Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar...	309
3.3. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Kast ve Taksir.....	310
3.3.1. Temel suçun kasıtlı olması.....	310
3.3.2. Temel suçun taksirli olması.....	311
3.3.3. Eklenen neticeye taksirle neden olunması.....	312
3.3.4. Eklenen neticeye bilinçli taksirle neden olunması.....	314
3.3.5. Eklenen neticeye olası kast ve doğrudan kastla neden olunması.....	315
3.4. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçların Anayasaya Aykırılık Sorunu.....	316
3.5. Kusur İlkesine Tam Olarak Uyma Gereği Ve Değerlendirme	321
3.5.1. Genel olarak.....	321
3.5.2. Temel kasıtlı suçun faili ile istenmeyen netice arasında sübjektif bağın kurulmasının güvence altına alınması.....	323
3.5.2.1. Taksir kriteri.....	323

3.5.2.2. Taksir ile birlikte gerçek ve tüm unsurlarıyla tam bir taksirin aranmasını sağlayacak yasal unsurların kanuna alınması	327
3.5.2.3. Ağır taksir kriteri.....	328
3.5.3. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda uygulanacak ceza...	333
3.5.4. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların kanun metninden çıkarılması tartışmaları.....	338
3.5.4.1. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların korunması gerektiği görüşü.....	339
3.5.4.2. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların kanundan çıkarılması yönündeki görüş.....	341
3.6. TCK md. 23 Hükümünün Gelecekte Öngörülecek Objektif Sorumluluk Düzenlemelerine Etkisi	348
Sonuç.....	353
Kaynakça.....	356

Kısaltmalar Listesi

a.g.e.	Adı geçen eser
a.g.m.	Adı geçen makale
ABD	Ankara Barosu Dergisi
Al.CK	Alman Ceza Kanunu
ADPP	Annali di diritto e procedura penale
AG	Archivio giuridico
AP	Archivio penale
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
bkz.	bakınız
C	Cassazione
C app.	Corte d'Appello
C ass.	Corte d'Assise
C ass. app.	Corte d'Assise d'Appello
C cost.	Corte costituzionale
C.	Cilt numarası
CalG	Calabria giudiziaria
CD	Ceza Dairesi
CGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
CK	Ceza Kanunu
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
CortiReg	Corti Regionali
CP	Cassazione penale
CPMA	Cassazione penale. Massimario annotato
CrP	Critica penale
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Dpen	Digesto (Discipline penalistiche)

DPP	Diritto penale e processo
EdD	Enciclopedia del diritto
EGT	Enciclopedia giuridica Treccani
FI	Il Foro italiano
FiR	Il Foro italiano. Repertorio
FN	Il Foro napoletano
FP	Il Foro penale
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GComplCP	Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione – Sezioni penali
GCost	Giurisprudenza costituzionale
GI	Giurisprudenza italiana
GM	Giurisprudenza di merito
GP	Giustizia Penale
GS	Gedächtnisschrift
GSic	Giurisprudenza siciliana
IP	Indice penale
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İCK	İtalyan Ceza Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzBD	İzmir Barosu Dergisi
JA	Juristische Arbeitsblätter, Strafrecht
JBl	Juristische Blätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
Lav. Prep.	Lavori Preparatori
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
LP	La Legislazione penale

m.	madde
Maltepe ÜHFD	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MDP	Massimario delle decisioni penali
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MFF	Massimario del foro ferrarese
NDir	Nuovo diritto
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NsDI	Novissimo digesto italiano
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
P	Pretura
PG.	Parte Generale
PS.	Parte Speciale
RG	Reichgericht
RGCT	Rivista giuridica circolazione e trasporti
RGs	Rivista giuridica sarda
RGSt	Entscheidungen des Reichgerichts in Strafsachen
RGU	Rivista giuridica umbra
RIDP	Rivista italiana di diritto penale
RIDPP	Rivista italiana di diritto e procedura penale
RP	Rivista penale
s.	sayfa
S.	Sayı
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SJ	Studium Juris
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
SP	Scuola positiva
StV	Strafverteidiger
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T	Tribunale
T mil.	Tribunale militare

TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TR	Temi romana
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
Y.	Yıl
YD	Yargıtay Dergisi
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Giriş

Kusurluluk kavramı ceza hukukunun tarihi gelişimi ile paralel bir çizgi izlemiştir. Bugün ceza hukukuna hakim olan ilkelere biri de kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesidir. Bu ilke suçun varlığı için failin kanuni tipe uygun ve zararlı fiili gerçekleştirmesinin yeterli olmadığını, ayrıca bu fiilin psikolojik yönden de faile bağlanabilmesinin gerektiğini ifade etmektedir. Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesinin kabulü insan uygarlığının önemli bir kazanımı olarak kabul edilmektedir¹.

Ceza sorumluluğunun tarihi gelişimi incelendiğinde, ceza sorumluluğunun gelişim sürecinde, kolektif sorumluluk anlayışından objektif sorumluluk ve kusurlu sorumluluk aşamalarına ulaşıldığı gözlemlenmektedir. Çağdaş ceza hukuku anlayışı, ceza sorumluluğunun kusura dayanması ilkesinin tam olarak gerçekleşmesi gerektiğini savunmaktadır. Objektif sorumluluk sadece zarara ve toplumun zararlı neticeleri doğuran her çeşit harekete karşı korunması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Dolayısıyla, objektif sorumluluk ile kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi birbiriyle bağdaşmaz². İşte bu çelişkiyi dikkate alan ve ceza sorumluluğundaki sübjektifleştirme sürecini izleyerek psikolojik unsura ve dolayısıyla sübjektif ceza hukukuna üstünlük tanıyan hukuk düzenleri ya objektif sorumluluk hallerine ceza kanunlarında yer vermemekte veya uygulama alanını daraltmakta ya da objektif sorumluluk hallerinde de minimum düzeyde bir psikolojik unsurun yani taksirin varlığını aramaktadır³. Bu nedenle genellikle kasıtlı veya taksirli temel suçu takip eden ağırlaşmış neticeden failin

¹ F. Mantovani (2001). *Diritto penale, PG.* (4. ed.). Padova: Cedam, s. 293; N. Toroslu (2005). *Ceza hukuku*, 7. bası. Ankara: Savaş yayınevi, s.126.

² F. Mantovani (1981). Responsabilità oggettiva espressa e reponsabilità oggettiva occulta. *RIDPP*, Anno XXIV, s. 458.

³ Rocco Ceza Kanunu objektif sorumluluğu zorunlu ve istisnai bir sorumluluk şekli olmaktan çıkarıp bu sorumluluk türünün uygulama alanını genişletmiştir. Ancak son zamanlarda İtalyan öğretisinin de etkisiyle objektif sorumluluğun uygulama alanı daraltılmış ve sübjektif sorumlulukla uyumlaştırma çabaları yoğunlaşmıştır. Bkz. M. Boscarella (1991). *Compendio di diritto penale, PG.* (7. ed.). Milano: Giuffrè, s. 194. Ayrıca bu sorumluluk türünü kaldırmaya veya uygulama alanını daraltmaya ve ceza hukukunda kusurluluk unsurunu egemen kılmaya yönelik bir başka çabaya Alman Ceza Kanunu'nda rastlanmaktadır. Alman ceza hukukunda objektif sorumluluktan kusurlu sorumluluğa geçiş aşamaları için bkz. F. Basile (2005). *La colpa in attività illecita, un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, s. 337 vd.

sorumlu tutulabilmesi için ya ağırlaşmış netice açısından failin taksirle hareket etmesi aranmış ya da kasıtlı temel suç ile failin bu temel suç sonucu sebep olduğu daha ağır suç arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanması yolu seçilmiştir⁴. Pek çok kanunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda objektif sorumluluğu ortadan kaldırmaya yönelik olarak yapılan bu çalışmalar, teorik anlamda sorunları çözümlemeye yetse de çoğu zaman uygulamadaki güçlüklerin aşılamadığı gözlenmektedir. Bu durumun en önemli sebebi bu suçların yapısında, temelde kasıtlı bir suçun bulunmasıdır.

Objektif sorumluluğu ceza hukukundan çıkarma eğilimi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da yansımasını bulmuştur. Gerçekten Türk hukukunda kastı aşan suçlar ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar şeklinde karşımıza çıkan objektif sorumluluk hallerine öğretilde uzun yıllar boyunca çok yoğun eleştiriler yöneltilmiş ve bu eleştirilere kayıtsız kalmayan kanun koyucu neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaşmış netice açısından taksirin varlığını aramıştır. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesinde *“Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir”* denilerek objektif sorumluluk neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından açıkça kanundan çıkarılmıştır. Ancak kanımızca, kanunda böyle bir hükme yer verilmiş olması objektif sorumlulukla bağlantılı olarak ortaya çıkan tüm sorunları çözmeye yetmeyecektir. 5237 sayılı Ceza Kanunu'nun yürürlüğünden günümüze kadar konu üzerinde ayrıntılı bir inceleme yapılmaması ve normun anlamlandırılması ve uygulaması ile ilgili olarak karşılaşılabilecek sorunlar nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ceza sorumluluğunun esas çalışma konusu olarak seçilmiştir.

Bu kapsamda öncelikle genel olarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramının içeriği açıklanmaya çalışılacak ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların tek tek incelenmesi yerine bu suçları belirli gruplara ayırarak genel kuralların belirlenmesi yolu izlenecektir. Ayrıca 5237 Türk Ceza Kanunu'nda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçla ilişkin düzenlemeye gerçekten ihtiyaç olup olmadığı, kanunda manevi unsur türü olarak kasta ve taksire yer verilmesi ile yetinilse idi sonucun değişip değişmeyeceği sorularının yanıtlanması gerekmektedir. Bu sorulara cevap verebilmek amacıyla ceza sorumluluğunun tarihsel gelişiminin incelenmesi ve bunun ardından genel olarak

⁴ Basile (2005), s. 2.

objektif sorumluluk, kast, taksir, kusurluluk kavramlarının ele alınması çalışmanın ilerleyen kısımlarında pek çok soruna ışık tutacak olması ve tekrardan kaçınmayı sağlayacak olması dolayısıyla topluca incelenecektir.

İkinci bölümde ise, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda sübjektif unsurun yapısı üzerinde durulacaktır. Bu inceleme sırasında özellikle Türk Ceza Hukuku öğretisinin temelini oluşturan ve 765 sayılı TCK'nın kaynağını teşkil eden İtalyan ceza hukukunda ve 5237 sayılı TCK üzerinde oldukça etkili olan Alman ceza hukukunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda objektif sorumluluktan sübjektif sorumluluğa geçiş çabaları ve bunun altında yatan öğretisel tartışmalar incelenecektir. Bu şekilde Türk Ceza Kanunu'nun neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda manevi unsur konusunda yürürlükte olan düzenlemesinin anlamı ve içeriğinin anlaşılması ve doğabilecek sorunların çözümlenmesine ışık tutulması amaçlanmaktadır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaşmış neticeden sorumluluk bakımından nedensellik bağı da önem taşıdığından nedensellik bağı tartışmalarına da yeri geldikçe değinilecektir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, ağırlaşmış netice açısından failin taksir ile hareket etmesini arayan sistemlerde temel suçun işlenmesiyle zaten ağırlaşmış netice açısından bir risk meydana getirildiğinden, ağırlaşmış neticeden sorumluluğun risk sorumluluğu şeklinde uygulanması veya taksir karinesinin oluşması tehlikesi doğabilecektir. Bu tehlike ve bunun önüne geçilmesi çabaları da inceleme kapsamına alınmıştır. Çalışmada tartışmaya açılacak diğer bir konu da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında 23. madde hükmünün tek başına kanun koyucunun hedeflediği objektif sorumluluğun terkedilmesi amacını tam olarak gerçekleştirmede ne ölçüde başarılı olacağıdır. Bu çerçevede Türk Ceza Kanunu'nda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda sübjektif unsuru düzenleyen genel hüküm (m. 23) ile özel yasalarda yer alan düzenlemeler arasındaki ilişki ve Anayasa'da kusur ilkesine açıkça yer veren bir normun gerekip gerekmediği üzerinde durulacaktır.

Birinci Bölüm

Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlara ve Bu Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esasına İlişkin Genel Bilgiler

1. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Kavramı

Suçlar genellikle ya kasten ya da taksirle işlenirler. Ancak Ceza Kanunları kast ve taksirin aynı suç içerisinde birlikte bulundukları suç tiplerine de yer vermişlerdir. Türk Ceza Kanunu’nda “neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç” (TCK m. 23) olarak adlandırılmış olan suçlar da bu tür suçlardandır⁵.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramı failin kastettiği neticeden ağır veya başka bir neticenin meydana gelmesi halinde söz konusu olur. Temel suçla korunması amaçlanan hukuki yarar ile meydana gelen netice ile ihlal edilen hukuksal yararın aynı olduğu ancak sözü edilen hukuksal yarara verilen zararın oranında bir artışın bulunduğu hallerde ağır netice bulunmaktadır. Kast edilenden farklı bir hukuki yararın zarar gördüğü suçlarda ise başka neticeden bahsedilir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların tamamında failin cezası, kast etmiş olduğu suçun cezasına göre ağırlaşmaktadır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda gerçekleşen neticenin kural olarak fail tarafından istenmeyen bir netice olması gerekir. Eğer gerçekleşen netice bakımından failin kastı varsa ve bu netice kanunda başka bir suçun unsuru ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedilemez.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların kökeni Kanonik hukuktaki “versari in re illicita” anlayışına dayanmaktadır. Versari in re illicita anlayışı gereği, hukuka aykırı bir durumda bulunan kişi, kusuru bulunup bulunmamasına bakılmaksızın içinde bulunduğu

⁵ Hükmün alındığı Alman Ceza Kanunu bu suç tipi için “*erfolgsqualifizierte Delikte*” terimini kullanmaktadır. Kavram içerisinde yer alan *qualifikation* terimine bağlı olarak neticenin nitelikli hale geldiği suçtan bahsedilmekte, ağırlaşmış (=erschwerende) netice terimi kullanılmamaktadır. K. Doğan (2011). *Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar*. Ankara: Adalet yayınevi, s. 3.

hukuka aykırı durumdan kaynaklanan bütün neticelerden sorumlu olacaktır⁶. Bugün hâlâ, bir fiilin istenilenden daha ağır neticelerinden nedensellik bağına dayanarak failin cezalandırılmasını öngören kanunlar bulunmaktadır⁷. Ancak günümüz ceza hukuku kusur esasına dayanan sorumluluğu kabul etmekte, bir fiilin suç tipinde öngörülenden daha ağır veya başka bir neticeye neden olması durumunda, failin bu neticeden sorumlu olabilmesi için en azından taksirle hareket etmesini aramaktadır. 5237 sayılı TCK’da, bir fiilden meydana gelen ağır neticeler bakımından sadece nedensellik bağının varlığı yeterli görülmemiş, ortaya çıkan ağır netice bakımından failin en azından taksirli olması aranmıştır. TCK’nın 23. maddesinde düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, fiilin belli bir suçun oluşumu için gerekli olandan daha ağır veya başka bir neticeye yol açması durumunda gerekli şartların varlığı halinde cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren suçlardır⁸.

2. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçların Hukuki Esası

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, suçun varlığı için gerekli olanın ötesinde zararlı veya tehlikeli bir sonucun meydana gelmesi halinde cezası ağırlaştırılan suçlardır⁹. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, temel suç tipinin gerçekleştirilmesi, yaşam deneyimlerine göre tipik olan ve fail tarafından öngörülebilir özel ve zararlı neticeye yol açmış ise, suçun, daha fazla cezayı gerekli kıldığı düşüncesine dayanır¹⁰.

⁶ M. Koca ve İ. Üzülmaz (2008). *Türk ceza hukuku genel hükümler*. Ankara: Seçkin, s. 215.

⁷ Örneğin 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu bu tür kanunlardır. Gerçekten 765 sayılı TCK fiilin daha ağır veya başka bir neticeye neden olması halinde objektif sorumluluk gereği, failin kusurunu araştırmaksızın sorumluluğu kabul ediyordu (TCK m. 451, 452’de olduğu gibi).

⁸ İtalyan ceza hukuku açısından ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, suçun varlığı için gerekli olanın ötesinde zarar veya tehlike neticesinin meydana gelmesi ile cezanın ağırlaştırıldığı suçlar olarak tanımlanır. F. Antolisei (1994). *Manuale di diritto penale, PG*. (13. ed.). Milano: Giuffrè, s. 394.

⁹ N. Toroslu (2008). *Ceza hukuku genel kısım*. Ankara: Savaş yayınevi, s.209. Öğretide neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar; “Suçun oluşması için yeterli olan neticeden başka, daha ağır bir neticenin gerçekleşmesi sebebiyle cezanın arttırılmasını ön gören suçlar” (S. Dönmezer ve S. Erman (1997b). *Nazari ve tatbiki ceza hukuku, C. II*. (14. bası). İstanbul, Beta, s. 129), biri temel suça ilişkin kanuni tip diğeri ise belli bir netice meydana geldiğinde cezanın ağırlaştırılacağını hükme bağlayan kanuni tip olmak üzere iki hüküm arasındaki bütünleşmeden doğan suç tipleri (M. Özen (1998), *Ceza hukukunda objektif sorumluluk*. Ankara: US-A Yayıncılık, s.186), bir fiilin belli bir suç tipinin oluşumu için yeterli olan netice dışında daha ağır veya başka bir neticeye yol açması halinde belli şartlarla cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren suçlar (Koca ve Üzülmaz (2008), s. 217) olarak tanımlanmıştır.

¹⁰ Bkz. B. Öztürk ve M. R. Erdem (2008). *Uygulamalı ceza hukuku ve emniyet tedbirleri hukuku*. (10. bası). Ankara: Seçkin, s. 256.

Aslında neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarla ilgili tüm sorunlar, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda meydana gelen neticenin ağırlığı ile sosyal savunmanın sağlanması amacıyla bu suçlara verilecek ceza arasındaki dengenin oluşturulmasındaki zorluktan kaynaklanmaktadır.

Bilindiği üzere, ceza hukukunda taksirli sorumluluk istisnai bir sorumluluk şeklidir ve taksirli bir fiilden sorumluluk için kanunda açık bir düzenleme bulunması gerekir (TCK m. 22). Eklenen netice bakımından taksiri yeterli gören sorumluluk şekli olan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda da mutlaka kanuni açık düzenleme gereklidir¹¹.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların yapısı, biri zarar sonucu doğurmaya elverişli davranışları yaptırım altına alan, diğeri ise zarar sonucu doğurmaya elverişli davranışın sonucunda kanunda özel olarak tanımlanmış bir netice meydana geldiğinde bu durumu daha ağır cezalandırılmayı öngören iki hükmün birleşmesinden ibarettir. Birinci hüküm temel tüküm, ikinci hüküm ağırlaştırıcı hüküm olarak adlandırılabilir¹².

Temel suçu düzenleyen birinci norm, ağırlaştırıcı hükümde öngörülen neticenin meydana gelmesi açısından gerekli olan davranış şekli hakkındaki bilgiyi içerirken, ağırlaştırıcı hüküm ise, belirli bir netice gerçekleştiğinde, temel suçta yer alan davranışla bağlantılı olarak belirli bir cezai müeyyideyi öngörmektedir¹³. Bu hükümlerin ikisi de, faile ağırlaştırılmış netice dolayısıyla ceza verilebilmesi için zorunludur¹⁴.

2.1. Temel Hüküm

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç, cezanın ağırlaşması sonucunu doğurur. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan bahsedebilmek için öncelikle temel suçun varlığı gereklidir. Temel suçun bulunmadığı hallerde doğrudan doğruya neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümlerinden hareketle mağdurun sorumluluğu yoluna gitmek mümkün

¹¹ H. Zafer (2011). *Ceza hukuku genel hükümler, TCK m. 1-75*. (2. bası). İstanbul: Beta, s. 248-249; V. Ö. Özbek (2007). Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar. *CHD*, 2 (4), (Ağustos), s. 229.

¹² S. Ardizzone (1984). *I reati aggravati dall'evento, profili di teoria generale*. Milano: A. Giuffrè, s. 12.

¹³ Ardizzone (1984), s. 13.

¹⁴ Özen (1998), s. 186.

değildir¹⁵. Ağırlaştırıcı hükmü açıklayabilmek için suç teşkil eden davranışı öngören temel hükme başvurmak gerekmektedir; cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran netice, temel suça ilişkin hareketin sonucu olmalıdır¹⁶.

Kusurlu sorumluluğu benimseyen bir sistemde temel suçun kasıtlı veya taksirli olarak işlenmiş olması mümkündür. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların büyük bir kısmında temel suç kasıtlı olarak işlenmektedir¹⁷. “Bir fiilin, *kastedilenden* daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde...” (TCK m. 23) şeklinde düzenleme yapan Türk Ceza Kanunu temel suçun mutlaka kasıtlı olmasını aramıştır. Bu nedenle Türk ceza hukukunda, taksir-taksir birlikteliği şeklinde gerçekleşebilecek düzenlemelerin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç olarak kabulü mümkün değildir¹⁸. Buna karşılık temel suçun taksirli şekilde de işlenebileceğini kabul eden ülkeler bulunmaktadır¹⁹. Bu durumda kanun koyucu istisnai olarak taksirli şekilde işlenmiş bir suç fiilinin belirli neticelere sebebiyet vermesini neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç kabul etmiştir²⁰.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, temel suçun neticeli suçlardan olması şart değildir. Temel suçun neticeli suçlardan olmadığı hallerde de, bu suçun işlenmesiyle ağır veya başka neticenin meydana gelmesi ile neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç gerçekleşebilir. Tehlike suçunun sebep olduğu neticeler bu kapsamda değerlendirilebilir (TCK m. 97/2)²¹.

¹⁵ Koca ve Üzülmöz (2008), s. 220.

¹⁶ Ardizzzone (1984), s. 14.

¹⁷ F. Tagliarini (1979). *I delitti aggravati dall'evento: Profili storici e prospettive di riforma*. Padova: CEDAM, s. 175 vd.

¹⁸ Taksirle yaralama suçunu düzenleyen TCK m. 89/2,3'de taksirle yaralama neticesine bağlı olarak meydana gelebilecek bir takım neticeler (örneğin mağdurun vücudunda kemik kırılması, yaşamının tehlikeye sokulması vb.) daha ağır şekilde cezalandırılmaktadır.

¹⁹ 1998 yılında yürürlüğe giren 6. Reform Yasası ile yapılan değişikliklerle taksirli suçlardaki ağır netice öngören düzenlemelerin kanundan çıkarılmasına kadar olan dönemde taksir-taksir birlikteliğinin olabileceği kabul edilmekteydi. Zira, A1.CK § 18'de neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar düzenlenirken, “Kanunun bir suçun özel neticesini ağır bir şekilde cezalandırdığı durumlarda, failin bundan sorumlu olabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekir.” ifadesine yer verilmiş olduğundan Almanya ceza hukukunda sözü edilen suçun kasıtlı veya taksirli olması mümkündür.

²⁰ Mantovani (2001), s. 371; G. Fiandaca ve E. Musco (1989). *Diritto penale, PG*. (2. ed.). Bologna: Zanichelli, s. 480.

²¹ Koca ve Üzülmöz (2008), s. 217; M. R. Erdem (2008). Netice yüzünden ağırlaşan suçlar. *Uğur Alacaktan'a armağan. Cilt 1*. (1. bası). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, s. 258.

2.2. Ağırlaştırıcı Hüküm

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, ağırlaştırıcı hükümde, istenilenden ağır²² veya başka neticenin ve temel suçta öngörülen cezadan daha ağır bir cezanın belirlenmiş olması gerekir²³.

Ağırlaştırıcı hükümde, bazı durumlarda yeni bir netice meydana gelir ve bu nedenle ceza ağırlaşırken, bazen de fiilin işleniş şeklinden, zamanından, yerinden veya kişisel özelliklerden kaynaklanan nedenlerden ceza artırılmaktadır²⁴. Meydana gelen neticenin failin kast etmiş olduğu neticeden daha ağır veya başka bir netice olması gerekir. Eğer failin kast ettiği netice ile meydana gelen netice aynı ise gerçek anlamda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç bulunmamaktadır (TCK m. 23).

Ağırlaştırıcı hükmün varlığından söz edebilmek için ayrıca, temel hükümde öngörülen cezadan daha ağır bir ceza belirlenmiş olmalıdır. Gerçekten, ağırlaştırıcı hükmün temel özelliği, gerçekleşen ağır neticeye bağlı olarak ayrı bir ceza öngörmesidir. Tıpkı diğer suçlarda olduğu gibi ağırlaştırıcı hükümde de ihlal edilen hukuki menfaat ağırlaştıkça ceza da ağırlaşmaktadır. Bu ceza, bağımsız bir ceza olabileceği gibi temel suçta yer alan cezaya atıfta bulunarak bu cezayı belli bir oranda artırma şeklinde de olabilir²⁵.

Bunun dışında, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edebilmek için, failin üzerinde suçun işleneceği maddi konu ile eklenen neticenin üzerinde meydana geldiği maddi konunun aynı olması gerekir²⁶.

²² Bir neticenin ağırlığını tespit etmek için iki yol bulunmaktadır. Birincisi meydana gelen sonucu ilk sonuca göre değerlendirerek meydana getirdiği değişikliğin yapısını incelemektir. Diğeri ise yasa koyucunun değerlendirmesini göz önüne almaktır. Diğer bir ifadeyle kanun koyucunun daha ağır şekilde cezalandırdığı sonuç daha ağır sonuçtur. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaşmış netice de daha fazla zarar doğuran neticedir. Ağır netice, ağırlaştırıcı hükümde öngörülen, temel suçtaki davranış sonucunda ortaya çıkan değişikliktir. Ardizzone (1984), s. 19, 22.

²³ Ardizzone (1984), s. 14.

²⁴ Ardizzone (1984), s. 17.

²⁵ İtalyan öğretisinde “daha ağır bir ceza” kapsamına sadece otonom şekilde öngörülmüş bir cezanın mı dahil olduğu, yoksa temel suçun cezası üzerinden belli bir miktarda artırım öngören hükümlerin de ağırlaştırıcı hüküm kapsamına mı girdiği tartışması yapılmıştır. Eğer temel suçtaki hareket ile meydana gelen ağır sonuç arasında çok yakın bir bağ var ise bunun bir ağırlaştırıcı neden, eğer aralarındaki bağ doğrudan sıkı bir bağ değil ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak kabul gördüğü belirtilmektedir. Ardizzone (1984), s. 15-16.

²⁶ S. Kaymaz (2009). *Kasten yaralama sonucu ölüme neden olma, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu*. Ankara: Adalet yayınevi, s. 12.

3. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçların Tasnifi

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar kanunda bazen açıkça suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olduğu belirtilerek (neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama gibi), bazen de madde başlığında bu şekilde adlandırma yapılmasa da suçun yapısı incelendiğinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olduğu saptanabilecek nitelikte düzenlenmişlerdir. Bu suç tiplerinin ortak özelliklerini belirlemek, söz konusu suçlarla ilgili getirilecek çözümler bakımından pratik yararlar sağlayacaktır. Öğretide neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar değişik açılardan tasnife tabi tutulmuştur.

3.1. Korunan Hukuki Yarara Göre Yapılan Tasnifler

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların bir kısmında kastedilen netice ile meydana gelen ağır netice aynı hukuki yararı ihlal ederken, bir kısım neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise kastedilen netice ile meydana gelen başka netice, farklı hukuki yararları ihlal eden suçları meydana getirir.

Bazı yazarlar korunan hukuki yarara dair tasnifi, fiilin kastedilenden daha ağır neticenin oluşmasına sebebiyet vermesi ve fiilin failin istediği netice yanında bir başka suça sebebiyet vermesi şeklinde yaparken²⁷, bazı yazarlar ise gerçek ve gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tasnifini yapmışlardır²⁸. Aslında bu ayrımın Alman Hukukuna dayandığı söylenmelidir²⁹.

3.1.1. Gerçek-gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar

3.1.1.1. Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar

Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, failin belli bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik kasıtlı hareketinden, kastettiğinden daha ağır bir neticenin gerçekleşmesi

²⁷ V. Ö. Özbek (2008). *TCK İzmir şerhi, yeni Türk Ceza Kanununun anlamı, cilt II, özel hükümler*. Ankara: Seçkin, s. 407.

²⁸ N. Centel vd. (2008). *Türk Ceza Hukukuna giriş*. (5. bası). İstanbul: Beta, s. 405; H. Zafer, (2010). *Ceza hukuku genel hükümler, TCK m. 1-75*. İstanbul: Beta, s. 250 vd.

²⁹ Özbek (2008), s. 407.

durumudur³⁰. Bu halde, ağır netice failin kastettiği neticeden ayrı ve bağımsız bir hukuki nitelik kazanır.

Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda aranacak unsurlar şunlardır: a) Kastın bulunması, b) meydana gelen neticenin kastedilenden daha ağır olması, c) hareketle meydana gelen ağır netice arasında nedensellik ilişkisinin bulunması, d) failin gerçekleşen netice açısından taksir derecesinde kusurunun bulunması.

3.1.1.1.1. Kast bulunması

Failin hafif neticeyi meydana getirme konusunda kasten hareket etmiş olması, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun ilk unsurudur³¹. Örneğin, fail yaralama kastıyla hareket etmekte, ancak ölüm neticesi ortaya çıkmaktadır³² veya fail, mağdurun sadece acı çekmesini isteyerek yumruk atmakta, ancak mağdur görme yeteneğini kaybetmektedir. Failin kastı, ölüm ya da görme kaybı şeklinde ortaya çıkan neticeyi kapsamına almamalıdır. Aksi takdirde bu neticelerden doğrudan doğruya sorumlu olur. Failin, olası kastla hareket etmiş olması halinde, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edilemez³³.

3.1.1.1.2. Neticenin daha ağır olması

Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta failin amaçladığından daha ağır bir netice ortaya çıkmaktadır. Oysa fail bu daha ağır neticeyi istememiş, daha hafif bir neticenin gerçekleşmesi amacıyla hareket etmiştir. Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edilebilmesi için, failin daha ağır neticeyi dolaylı bile olsa istememiş olması gerekir.

Öte yandan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır netice aynı mağdur

³⁰ 765 Sayılı eski TCK m. 452’de tanımlanan suç, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç idi; kasten öldürme suçunun hafifletici bir nedeni olmayıp bağımsız bir suç tipi idi. Ancak Yargıtay, bu suçun kasten öldürme suçunun yasal indirim nedeni olduğu düşüncesindeydi. Bkz. YCGK, 19.3.1973-1972-1-420/229, YKD VIII, 6-8 (Haziran-Temmuz 1973), 71.

³¹ A. Önder (1992b). *Ceza hukuku genel hükümler, C. II-III*. İstanbul: Beta, s. 356.

³² M. E. Artuk vd. (2007). *Türk Ceza Hukuku genel hükümler*. (3. bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 521.

Aksi yönde görüş için bkz. Erdem (2008), s. 257.

³³ Centel vd. (2008), s. 405.

üzerinde gerçekleşmelidir. Yani, ortaya çıkan daha ağır neticede korunan hukuki değer, aynı mağdura ait başka bir hukuki değer olmalıdır. Örneğin, yaralanmak istenen kişinin bu eylem sonucunda ölmesi durumunda, irade edilen suçta korunan hukuki değer, vücut bütünlüğü, meydana gelen suçta korunan hukuki değer ise yaşama hakkıdır. Ağır neticenin başka bir kişi üzerinde gerçekleşmiş olması durumunda sapmadan söz edilmelidir. Bu durumda sorun “sapma” kurumu içinde çözümlenmelidir³⁴. TCK m. 30’un gerekçesine göre, bu halde bir hata söz konusu olmadığından, genel olarak kast ve taksir kuralları ve suçların içtimai hükümleri kapsamında durum değerlendirilecektir³⁵.

Dolayısıyla hem failin iradesinin yöneldiği netice, hem de ondan daha ağır olan netice gerçekleşmişse, artık gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan söz edilir³⁶.

İrade edilenden daha ağır neticenin hemen ortaya çıkması şart değildir, Bu netice daha sonra da ortaya çıkabilir. Önemli olan, hareket ile ölüm neticesi arasında nedensellik ilişkisinin bulunmasıdır³⁷.

3.1.1.1.3. Nedensellik ilişkisinin bulunması

Kasıtlı hareket ile meydana gelen daha ağır netice arasında nedensellik ilişkisi bulunmalıdır. Aksi takdirde, failin ortaya çıkan daha ağır neticeden sorumlu olması düşünülemez³⁸.

Nedensellik ilişkisinin bulunduğu kabul edilebilmesi için fail tarafından yapılan hareketin, günlük yaşam deneyimlerine, genellikle gerçekleşen olaylara, olasılık

³⁴ Özbek (2008), C.II, s. 408.

³⁵ Centel vd. (2008), s. 406.

³⁶ T. Demirbaş (2007). *Ceza hukuku, genel hükümler*. (5. bası). Ankara: Seçkin yayınevi, s.360.

³⁷ Zafer (2010), s. 202

³⁸ Örneğin, bir kadın meselesinden araları açık olan ve benzincide karşılaşan iki kişi araçlarından inmişler, ölen, sanığın yakasına yapışıp onu itelemeye başlamış, arkadaşını ise polis çağırmak üzere karakola göndermiştir. O sırada sanık, ölenin elinden kurtulup uzaklaşmıştır. Ölen de bundan sonra koşarken yere düşmüş ve miyokard enfarktüsü nedeniyle kalp yetersizliğinden ölmüştür. Adli Tıp Kurumu tarafından, ölen kişide eski ve yeni enfarktüs saptandığı ve bu kişinin müessir fiil sırasında öldüğü belirtilmiştir. Yargıtay, yerinde bir değerlendirmeye, Adli Tıp Kurumunun görüş açıklamasından, ölümün müessir fiilin sonucu olduğu anlamını çıkarmaya olanak bulunmadığını ve ölüm ile sanığın eylemi arasında nedensellik ilişkisinin var olmadığını belirtmiştir. Bkz. Y1CD, 24.1.1970-1969-1360/268, YKD 1970 III/2, 15.

hesaplarına göre daha ağır neticeyi meydana getirmeye objektif olarak elverişli olması gerekir. Ağır neticenin, fail tarafından yapılan hareketten doğmayacağı, hareketin olağanüstü, istisnai veya anormal bir neticesi sayıldığı hallerde nedensellik ilişkisinin bulunduğu kabul edilemez³⁹.

3.1.1.1.4. Failin taksirinin bulunması

Failin hareketinin kastettiğinden daha ağır bir neticenin ortaya çıkmasına sebebiyet vermesi halinde bu aşırı neticeden sorumlu tutulabilmesi için, taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekir (TCK m. 23). Alman hukukunda da aşırı neticeden sorumlu tutulabilmek için en az taksir derecesinde kusur aranmaktadır (Al.CK § 18)⁴⁰.

Belirtelim ki, hiç kimse tarafından öngörülmesi mümkün olmayan veya öngörülebilir olmakla birlikte önlenmesi mümkün olmayan bir neticeden dolayı bir kimseyi sorumlu tutmak mümkün değildir. Kaza ve tesadüf⁴¹ ile mücbir sebep⁴², neticenin fail tarafından öngörülememesi sonucunu doğurduklarından, objektif sorumluluğu da ortadan kaldırır.

3.1.1.1.5. Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ceza

Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda fail kastettiğinden daha ağır bir neticeyle karşılaşmakta, ağır netice bakımından taksirli olarak hareket etmekte, ancak alacağı ceza, suçun taksirle işlenmiş hali için öngörülen cezadan daha ağır olmaktadır.

³⁹ Zafer (2010), s. 203. Örneğin A'nın yaralamada bulunması sonucu öldürücü olmayan şekilde yaralanarak hastaneye kaldırılan B'nin müdahalede bulunan doktorun yanlış ilaç vermesi sonucu ölmesi halinde, doktorun kusurlu hareketi A'nın hareketi ile netice arasındaki illiyet bağıını kesmiştir. Fail sadece yaralamadan sorumlu olur. Y. 9. CD. 30.12.1982, 4226/4456. Bkz. Artuk vd. (2007), s. 521.

⁴⁰ Alman Ceza Kanunu § 18: Failin Özel Sonuçlarında Daha Ağır Ceza: Kanun failin özel bir sonucuna daha ağır bir ceza bağlamışsa, failin veya suç ortağının bu ceza ile cezalandırılabilmesi için, bu sonuçlar bakımından ona en azından taksir isnadında bulunulabilmesi gerekir.

⁴¹“Kaza ve tesadüf objektif sorumluluk hallerinde de failin cezalandırılmasına engel olur. Ceza hukukunda objektif sorumluluk, bir kimsenin kaza ve tesadüf dolayısıyla sorumlu tutulmasını ifade etmez”. Dönmezer ve Erman (1997b), k.no.1029.

⁴² Mücbir sebep objektif sorumluluk hallerinde de failin cezalandırılmasını engeller. Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 1035; Yanılma objektif sorumluluk hallerinde de etkisini gösterir. Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 1044.

Örneğin, TCK m. 87/4'de öngörülen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçu sonucu ölüm meydana gelmişse, faile verilecek ceza taksirle öldürme suçunun düzenlendiği TCK m. 85'de öngörülen cezadan daha ağırdır. Aynı şekilde, failin kastı yaralama olduğu halde, kasten yaralama suçunu düzenleyen m. 86'da öngörülen cezadan daha ağırdır.

Bu durumun nedeni şudur: Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, aşırı netice taksirle sebep olunabilen bir neticedir. Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, kasıtlı ve taksirli suçtan meydana gelen yasal bir bileşim söz konusudur. Yasa koyucu bu bileşimi bir hükümle tanımlamıştır. Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda kasıtlı fiil ile onun içerisinde mevcut bulunan taksirli fiil için yasa koyucu tarafından tek bir ceza öngörülmüştür. Taksirli netice açısından, fikri içtima kuralları uygulanmaz. Bu hallerde kast ve taksir bileşimine tek ceza verileceğinden, eylemin taksirli halinden daha ağır ceza öngörülmektedir⁴³.

3.1.1.2. Gerçek olmayan (görünüşt) neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar

Kasten yapılan bir hareketten failin istemediği ve niteliği de farklı olan daha ağır bir neticenin meydana gelmesi durumunda gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardan söz edilir⁴⁴. Örneğin, çocukları veya kendilerini idare edemeyenleri terk etme suçunda yaralama veya ölüm neticesinin doğması (TCK m. 97/2), çocuk düşürme suçunda kadının ölmesi (TCK m. 99/3,4), cinsel saldırı suçunda mağdurun ölmesi (TCK m. 102/6), gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardır. Gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun özelliği, bu hallerde ayrı bir suç tipinin ortaya çıkmaması, bu halin asıl suçun ağırlaştırıcı nedenini oluşturmasıdır⁴⁵.

Gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, fail, suçun basit şeklini gerçekleştirme kastıyla hareket etmesine rağmen, ortaya failin istediği neticenin yanı sıra başka bir netice daha çıkmaktadır. Bu ağır netice fail tarafından istenmemiş olmalıdır. Fail ağır neticeyi istemişse, zaten suçunun niteliği değişecektir. Örneğin,

⁴³ Centel vd. (2008), s. 408.

⁴⁴ Zafer (2011), s. 252; Önder (1992b), s. 358.

⁴⁵ Kastedilenden daha ağır neticenin varlığı durumunda korunan hukuki değerin aynı olduğunu ifade ettikten sonra bu suçlara örnek olarak TCK m. 87/1, 2, 3'ü örnek olarak veren görüş için bkz. Özbek (2007), s. 228.

TCK m. 102/2’de yer alan cinsel saldırı suçundan dolayı failin cezalandırılabilmesi için, failde mağduru öldürmeye yönelik bir iradenin bulunmaması gerekir. Failde, ayrıca mağdurun ölmesine yönelik bir irade varsa, fail kasten öldürmeden ayrıca cezalandırılır⁴⁶. Ancak, cinsel saldırı eylemi mağdurun ölmesine neden olursa, failde daha ağır ceza verilir (TCK m.102/6). İşte böyle bir durumda gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç vardır. Ancak, gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar için öngörülen genel hüküm dolayısıyla, failin bu neticeden sorumlu tutulabilmesi için taksirinin bulunması aranacaktır (TCK m. 23)⁴⁷.

Belirtelim ki, gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar ile gerçek neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların her ikisinde de fail, istemediği aşırı neticeden sorumlu tutulmaktadır. Ancak, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, aşırı netice ile istenen netice arasında ihlal edilen hak ve yararın niteliği ve türü bakımından değil, ağırlığı bakımından fark vardır. Buna karşılık, gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda ise iki netice arasında nitelik farkı vardır.

3.1.2. Kastedilenden ağır-başka neticeye neden olan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar

5237 sayılı TCK’nın 23. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların bazılarında failin kastettiğinden daha ağır, bazılarında failin kastettiğinden farklı bir netice meydana gelmiş olabilir. Temel suç ile neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun ihlal ettikleri hukuki konu kriterine göre yapılan bu tasnif aslında yukarıda yapılan gerçek-gerek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç ile büyük benzerlik göstermektedir. Ancak kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesi hali bakımından bu tasnifler arasında farklılık bulunmaktadır.

⁴⁶ “Yeni bir nedensellik ve yeni bir kusurluluk doğması halinde meydana gelen neticeyi başlangıçtaki hareketin neticesi saymak mümkün değildir. Olayda sanıklar mağdureyi kaçırmaya kalkmış, onu 40-50 metre kadar sürüklemiş, gerek mağdurenin direnmesi ve gerekse yakınlarının engel olmaları üzerine kaçıramayacaklarını anlayarak bundan duydukları infialle sanık (A), kardeşi (H)’dan tabancasını alarak mağdureyi öldürmüştür. Kaçırma hareketleri sırasında oluşan yeni bir kusurluluk haliyle ölüm neticesi meydana getirildiğinden, zorla kaçırmaya kalkışma ve nitelikli adam öldürme suçları meydana gelmiştir”, YCGK, 8.4.1985-400/191, V. Savaş ve S. Mollamahmutoğlu (1995b). *Türk Ceza Kanununun yorumu, III*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 3940.

⁴⁷ Centel vd. (2008), s. 409; Demirbaş (2007), s.361.

3.1.2.1. Fiilin kastedilenden daha ağır neticenin oluşmasına sebebiyet vermesi

Kastedilenden daha ağır neticenin varlığı durumunda, temel suç ile ağır neticeyi öngören normla korunan hukuki değerler aynıdır. Örneğin, TCK'nın 87. maddesinin 1, 2 ve 3. fıkralarında yaralamanın ağır neticesi gerçekleşmiş olsa bile korunan hukuki değer vücut bütünlüğüdür⁴⁸.

3.1.2.2. Fiilin failin istediği netice yanında bir başka suça sebebiyet vermesi

Failin kasıtlı gerçekleştirdiği eyleminden failin kastettiğinden başka bir neticenin meydana gelmesi halinde ise temel suça ilişkin norm ile ağırlaşmış neticenin öngörüldüğü normda korunan hukuki konu değişmektedir. Örneğin yaralama, işkence, cinsel saldırı ve terk soncunda ölüm neticesinin gerçekleşmesi halinde korunan hukuki konu değişmektedir⁴⁹.

Görüldüğü gibi bu tasnifte yaralama sonucu ölüm meydana gelmesi hali başka hukuki konuyu ihlal eden bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak kabul edilmektedir. Yaralamada vücut bütünlüğünün, öldürmede ise hayat varlığının ihlal edildiği vurgusu dikkat çekmektedir.

5237 sayılı TCK'da düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak nitelenebilecek hallerin daha çok başka suçun oluşması şeklinde düzenlenmiş olduğu söylenebilir⁵⁰.

Bu tasnif bakımından da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, temel suç ve başka ya da ağır neticeyi içeren suç olmak üzere iki ayrı suçun bulunduğu belirtilmektedir. Yine neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda fiil, failin kastettiğinden daha ağır neticenin oluşmasına ya da istediği netice yanında bir başka suça sebebiyet vermeli, temel suç kasten işlenmiş olmalı ve başka ya da ağır netice bakımından failin en azından taksir seviyesinde kusuru bulunmalıdır. Aynı şekilde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda

⁴⁸ Özbek (2008), s. 407; V. Ö. Özbek vd. (2010). *Türk Ceza Hukuku genel hükümler*. Ankara: Seçkin, s. 475.

⁴⁹ Özbek (2008), s. 407; Özbek vd. (2010), s. 475.

⁵⁰ Özbek (2008), s. 408.

gerçekleşmesi istenen temel suça ilişkin hareket ile başka ya da ağır netice arasında nedensellik bağlantısı bulunması da sorumluluk için temel unsurdur. Bu tasnifte de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suç ile başka ya da ağır neticeyi içeren suçun aynı mağdur üzerinde işlenmesi gerekir.

Ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin olarak kanunda açık düzenleme bulunması da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluk için gerekli koşullardan sayılmıştır. Bu yönüyle 5237 sayılı TCK m. 23 her ağır ya da başka netice bakımından uygulanabilir değildir⁵¹. Söz konusu hüküm ancak TCK'nın özel kısmında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hali ayrıca ve açıkça düzenlenmiş ise uygulanabilir⁵². Gerçekten her suç mesela hırsızlık da atipik, ağır bir neticeye sebep olabilir. Fakat kanun koyucu, ağır neticeye sebep olma yönündeki genel eğilimi sebebiyle sadece belirli durumlarda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hipotezleri öngörmüştür. Buradaki kriter, ağır neticenin doğrudan temel suça ilişkin tipik tehlikeden meydana gelip gelmemesidir. Sadece böyle bir netice, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların koruma amacı ile örtüşür⁵³.

3.2. Temel Suçtaki Manevi Unsura Göre Yapılan Tasnifler

Yukarıda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların temel suç ve ağır netice olmak üzere iki kısımdan oluştuğunu belirtmiştik. Temel suç, kasıtlı olabileceği gibi, taksirli de olabilir. TCK'da genellikle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suç tipinin kasten işlenmesi aranmaktadır. Bunun iki istisnasını temel suç tipinin taksirli de olabileceğini öngören taksirle öldürme ve yaralama suçu oluşturmaktadır. Nitekim TCK m. 85/2'de taksirle öldürme; TCK m. 89/2-4'de taksirle yaralama sonucunda da neticesi nedeniyle cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren durumlara yer verilmiştir⁵⁴.

⁵¹ Bu nedenledir ki kasten yaralamanın hafif şeklinin (TCK m. 86/2) ölüme neden olması durumunda fail neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerinden değil, taksirle öldürme suçundan cezalandırılabilir. İ. Özgenç (2007). *Türk Ceza Hukuku genel hükümler*. (2. Bası). Ankara: Seçkin yayınevi, s. 269; Artuk vd. (2007). s. 522.

⁵² Öztürk ve Erdem (2008), s. 256.

⁵³ Özbek (2008), s. 408.

⁵⁴ Öztürk ve Erdem (2008), s. 257.

3.2.1. Temel suçun kasten işlenmesi

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda fail temel suç bakımından kasten, ağırlaşmış netice bakımından en azından taksirle hareket etmelidir. İşlenen kasıtlı suçun, temel suç tipinde öngörülen neticeye göre nicelik itibariyle daha ağır bir neticeye veya nitelik itibariyle başka bir neticeye sebebiyet verdiği ve neticelerin fail tarafından en azından öngörülebilir olduğu hallerde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç vardır. 5237 sayılı TCK'da kural olarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar temel suçun kasten işlendiği suçlardır. 5237 sayılı TCK'nın neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin ayrıntılı inceleme aşağıda yapılacağından tekrardan kaçınmak amacıyla konu burada detaylı olarak incelenmeyecektir.

3.2.2. Temel suçun taksirle işlenmesi

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda sorumluluğun esasını belirleyen TCK'nın 23. maddesinin “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde...” ifadesinden, Türk ceza hukuku bakımından maddenin sadece temel suçun kasten işlendiği ve ağır neticeye yol açtığı suçlarda uygulanabileceği sonucu çıkarılmalıdır. Öğretideki diğer bir görüşe göre, TCK m. 23 hükmü her ne kadar temel suç tipinin mutlaka kasıtlı olması gerektiği sonucunu çıkarmaya elverişli ise de, bunun kastın aşılmasını ifade etmek üzere “bir fiilin kastedilenden daha ağır bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi” ve diğer ağır neticeleri ifade etmek üzere “bir fiilin başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi” şeklinde anlaşılması gerekmektedir⁵⁵. Böyle bir yorum yoluna gidilmese dahi, taksirle işlenen suçtan kaynaklanan ağır neticeler bakımından kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereği taksirin aranması gerekir (taksir-taksir birlikteliği). Taksirle yaralama sonucu, bu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda failin cezasının

⁵⁵ Erdem (2008), s. 257.

Öğretide 5237 sayılı TCK'nın artık ilk suçun taksirli şekilde işlenmiş olduğu neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hipotezlerine yer verilmediğini ifade eden bir başka görüş de bulunmaktadır. Özbek vd. (2010), s. 472.

artırılabilmesi için, objektif özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden davranışının bu tür ağır neticelere yol açabileceğini öngörmemiş olması gerekmektedir⁵⁶.

Burada, taksirli harekete bağlı olarak öngörülen neticelerden daha ağır nitelikte neticeler gerçekleşmektedir. Başka bir anlatımla öngörülme-yen ağır neticeler cezalandırılmaktadır⁵⁷. Dolayısıyla taksir-taksir birlikteliği ancak bilinçli taksir-taksir birlikteliği şeklinde olabilir.

3.3. Ağır veya Başka Netice Açısından Var Olan Manevi Unsura Göre Yapılan Tasnifler

TCK'nın 23. maddesinde sorumluluk için failin ağırlaşmış netice bakımından en azından taksirli olması arandığından, failin bu netice bakımından kasten de hareket etmesi mümkündür⁵⁸. Bu durumda kasten işlenen fiilden kaynaklanan ağır netice, fail tarafından bilinmekte veya muhtemel kabul edilmiş ise kast-kast birlikteliğinden, kasten işlenen fiilden kaynaklanan ağır netice fail tarafından öngörülebilir nitelikte ise kast-taksir birlikteliğinden söz edilecektir⁵⁹.

3.3.1. Ağır veya başka netice açısından taksirin bulunması

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların bir kısmı failin ağır netice bakımından mutlaka taksirle hareket etmesini gerektirir. Türk Ceza Kanununda, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suç tipinin kasıtlı bir suç tipi olması şart koşulduğundan ve ağır veya başka netice bakımından da en azından taksir yeterli görüldüğünden, kast-taksir birlikteliği ve kast-bilinçli taksir birlikteliği şeklinde gerçekleşen suç tiplerinin gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar olarak nitelendirilmesi gerektiği de savunulmuştur⁶⁰. Kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklini oluşturan ölüm neticesi bakımından failin taksirli hareket etmesi gerekir (TCK m. 87/4).

⁵⁶ Koca ve Üzülmöz (2008), s. 219.

⁵⁷ D. Soyaslan (2005). *Ceza hukuku genel hükümler*. (3. bası). Ankara: Yetkin yayınevi, s. 433.

⁵⁸ Koca ve Üzülmöz (2008), s. 217; Öztürk ve Erdem (2008), s. 258.

⁵⁹ İ. Özgenç (1998). Kast-taksir kombinasyonları. *SÜHFD*, 6(1-2), s. 374-375; H. Hakeri (2005). *Ceza hukuku*. Ankara: Seçkin yayınevi, s. 251.

⁶⁰ Doğan (2011), s. 27.

Failin ağır netice bakımından kasten hareket ettiği hallerde, artık başka bir suç ortaya çıkar. Faile doğrudan bu suça ilişkin hükmü uygulamak gerekmektedir. Gerçekten, cinsel saldırı suçunun mağduru ölmüş ve failde ölüm neticesine yönelik doğrudan veya olası kast söz konusu ise fail hem cinsel saldırı suçunun temel şeklinden hem de kasten öldürmeden dolayı cezalandırılır. Gerçek içtima kuralları uygulanır⁶¹.

3.3.2. Ağır veya başka netice açısından kastın bulunması

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardan bir bölümünde ise gerçekleşen ağır netice bakımından failin en azından taksirle hareket etmesi aranmıştır, ancak bu neticeler fail tarafından kasten de gerçekleştirilebilir. Öğretide bu tür neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların, gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar olarak adlandırılması gerektiği de ileri sürülmüştür⁶². Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların bu türünde, kasıtlı temel suçun sonucu olan ağır neticeler kasten gerçekleştirilseler bile bağımsız bir suç oluşturmamakta, bu ağır neticeleri yaptırım altına alan ilgili hüküm gereğince cezalandırılmaktadır. Örneğın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağdurun önemli bir ekonomik kaybına neden olması, suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılması sonucunu doğurur (TCK m. 109/4). Fail, mağduru hürriyetinden mahrum ederken bu ekonomik kaybı muhtemel kabul ettiği hallerde olası kastla hareket etmektedir. Kastan işlenmesine rağmen bu netice kanunda ayrı bir suç olarak düzenlenmemiş olduğundan faile TCK'nın 109/4.maddesinde öngörülen neticenin kasten gerçekleştirmiş olması dikkate alınarak ceza belirlenecektir. Yaralama suçunun ölüme neden olması dışındaki ağırlaştırılmış şekillerinde de aynı durum geçerlidir (TCK m. 87/1-3). Fail bu neticeleri kasıtlı da taksirli de gerçekleştirmiş olsa cezanın artırılması yoluna gidilir. Ağır netice bakımından olası kastın varlığı da yeterlidir⁶³. Ağır neticenin kasten gerçekleştirildiği bu durumlarda kast-kast birlikteliği söz konusudur. Bu ağır neticeler taksirle de gerçekleştirilseler fail aynı madde gereğince (TCK m. 109/4; 87/1-3) cezalandırılacak,

⁶¹ Öztürk ve Erdem (2008), s. 258; Koca ve Üzülmöz (2008), s. 218.

⁶² Doğan (2011), s. 28.

⁶³ Öztürk ve Erdem (2008), s. 258.

ancak ağır neticenin kasten veya taksirle meydana getirilmiş olması cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır (TCK m. 61)⁶⁴.

4. Ceza Sorumluluğunun Esası

Çalışma konusu olarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların suç türü olarak genel bir incelemesi yerine, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin kastettiğinden ağır veya başka neticeden sorumluluğunun esası seçilmiştir. Bu kapsamda olmak üzere, çalışmanın genelinde tekrarlara yol açmamak amacıyla, bu bölümde ceza sorumluluğunun esasından ne anladığımızı genel olarak ele almanın faydalı olacağı kanaatindeyiz.

4.1. Kavram

Ceza hukuku bütün unsurları ve konularıyla sorumluluk sorunu üzerine kurulmuş bir hukuk dalıdır. Gerçekten ceza hukukunda bütün sorunlara bulunacak çözüm şekilleri ceza hukukunda sorumluluk konusunda kabul edilen görüşle sıklıkla ilişki içindedir⁶⁵. Nitekim klasik ve pozitif okulun ceza sorumluluğunun esası konusundaki anlayışlarının farklı olmasına bağlı olarak ceza hukukunun diğer alanlarında da birbirine zıt sonuçlara varılmaktadır⁶⁶.

Ceza sorumluluğunun esası konusu aslında irade özgürlüğü ve determinizm konularıyla sıkı bir bağlantı halindedir. Ceza hukuku tarihi bu açıdan üç ayrı görüş etrafında toplanmaktadır. Bu görüşler: a) Suçlunun hareketlerini seçme konusunda mutlak anlamda özgür bir varlık olduğunu benimseyen anlayış, b) suçlunun mutlak anlamda “determine” olduğunu benimseyen anlayış ve c) suçlunun tamamen özgür olduğunu reddeden, aksine somut şartlara göre genişleyen veya yok olma derecesine kadar daralan bir özgürlüğe sahip bulunan somut bir insani kişilik olduğunu benimseyen anlayıştır⁶⁷.

⁶⁴ N. Toroslu (2001). *Ceza hukuku*. (5. bası). Ankara: Savaş yayınevi, s. 125-126; Koca ve Üzülmöz (2008), s. 218.

⁶⁵ S. Dönmezer (1949). *Cezai mesuliyetin esası*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 432, Hukuk Fakültesi No: 96, Doktora İhtisası Kurları Serisi No: 13, s. 2.

⁶⁶ Dönmezer (1949), s. 3.

⁶⁷ N. Toroslu (1988). *Ceza Hukukunda Okullar, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e armağan*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 716, s. 368.

Failin, davranışlarını seçme konusunda söz konusu olan bu tartışmalardan Klasik Okul ve Pozitif Okul adı verilen ve birbirinin karşıtı olan ceza hukuku akımları ile arabulucu bir akım olan Üçüncü Okul ortaya çıkmıştır⁶⁸.

Aydınlanmanın neden olduğu politik-kültürel ortamda gelişen Klasik okul, “irade özgürlüğü” varsayımından, yani insanın hareketlerini seçmede tamamen özgür olduğu düşüncesinden hareket etmektedir. Bu teoriye göre ceza sorumluluğunun esası kusura ve dolayısıyla sübjektif sorumluluğa dayanmaktadır⁶⁹. Buna karşılık pozitif okul ceza sorumluluğunun esası olarak toplumsal savunmayı kabul etmişler ve buna bağılı olarak failin sosyal sorumluluğu üzerinde durmuştur⁷⁰.

Klasik teoriye göre ceza sorumluluğunun varlığından söz edebilmek için maddi nedensellik bağının, isnat yeteneğinin ve fail ile fiil arasında psikolojik bir bağın bulunması gerekmektedir⁷¹. Burada kusurdan anlaşılan şudur: Failin suçtan çekinmesi lazımdı ve bu çekinme mümkündü, ancak fail suçtan çekinmemiştir. O halde failin kusurlu olduğu saptanırken, failin işlediğı fiilin suç teşkil ettiğini anlayabildiğı, buna rağmen bu fiili işlediğı veya bundan sakınmak konusunda iradesini kullanmadığı, bu nedenle de fiili ile netice arasında psişik bağın bulunduğu ifade edilmiştir⁷². Faile verilecek ceza da failin kusuru dikkate alınarak verilecektir⁷³. Ceza kefalet esasına dayanır. Bu nedenle ceza acı verici, kişisel, orantılı ve geri alınamaz olmalıdır⁷⁴.

⁶⁸ Ceza hukuku Fransız İhtilali’nden ve özellikle pozitif okulun şekillenmeye başladığı dönemlerden beri daima bir reform çabası içerisinde bulunmaktadır. Pozitif okulun doğuşu bu reform hareketlerinin tek nedeni olmasa dahi bu reform hareketlerini oldukça hızlandırmıştır. Ülkemizde de sıkça yapılan reform hareketlerinin temellendirilmesi için kanun koyucunun mutlaka cezai sorumluluğun esası konusunda bir görüşe sahip olması gerekmektedir. Bu konuda sağlam bir temele sahip olmayan kanun koyucunun kanun metni içinde birbiriyle çelişen hükümler koyması kaçınılmazdır. Dönmezer (1949), s. 5.

⁶⁹ Zafer (2011), s. 36-37; A. Önder (1992a). *Ceza hukuku dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 12; Demirbaş (2007), s. 73 vd.; Z. Hafızogulları ve M. Özen (2010), *Türk ceza hukuku genel hükümler*. (3. bası). Ankara: U.S.A. yayıncılık, s. 126.

⁷⁰ Toroslu (1988), s. 369; Dönmezer (1949), s. 3; D. Aydın (2011). Ceza hukukunda okullar. *CHD*, 6(5), (Nisan), s. 48.

⁷¹ Bir kimsenin isnat yeteneğine sahip olabilmesi için de irade serbestisine sahip olması gerekir. İrade serbestisine sahip olmak bir kimsenin bir hareketi yapıp yapmamakta yetkin olması, hareketine istediğı yönü verebilmesi demektir. Isnat yeteneğinin varlığından söz edebilmek için failin ayrıca temyiz kudretine de sahip olması gerekir. Temyiz kudretini iki değişik anlamda algılandığını görmekteyiz. Bir anlayışa göre temyiz kudreti, iyiyi kötüden ayırt edebilme yeteneğidir; diğeri bir anlayışa göre ise fiilin suç teşkil edip etmediğini anlayabilme kudretidir. Dönmezer (1949), s. 20-21.

⁷² Dönmezer (1949), s. 21; Zafer (2011), s. 36; Hafızogulları ve Özen (2010), s. 126.

⁷³ Dönmezer (1949), s. 26.

⁷⁴ Toroslu (1988), s. 369.

Klasik okul, uygarlığın kazanımları olan, garanti edici ve gelişmiş bütün ceza hukuklarının temelini oluşturan fiilin maddiliği, ihlal ediciliği, kusurluluk, isnadiyet, cezanın şahsiliği, muayyenliği ve orantılılığı gibi bazı ilkeleri ortaya koymuştur⁷⁵.

Klasik okulun görüşleri özellikle, irade özgürlüğünün bir hayal olduğu, bilimin bunun aksini gösterdiği, cezanın bir kefalet değil, toplumsal bir savunma aracı olduğu ve faildeki kusurun ve derecesinin araştırılmasının imkânsız denecek kadar güç olduğu yönünde eleştirilmiştir⁷⁶. Ayrıca klasik okul failin kişiliği üzerinde durmamaktadır. İnsanın mutlak anlamda özgür olduğu varsayımı, sorumluluğun derecelenmesi ve cezanın bireyselleştirilmesi yönünden, insan davranışlarının iradi olmayan iç veya dış nedenlerle şartlandırıldığını görmezlikten gelme sonucunu doğurmaktadır. Klasik okulun eleştirilen bir başka yönü ise, bu okulun cezayı genel ve özel önlemenin yegâne aracı olarak kabul etmesidir⁷⁷.

Söz konusu eleştiriler pozitif okulun doğmasına neden olmuştur. Bu okula göre suç, failin özgür ve sorumlu bir seçimin sonucu olarak değil, belirli nedenlerin kaçınılmaz sonucu olarak ortaya çıkar⁷⁸. Pozitif okulun en önemli temsilcisi olan Ferri'ye göre ceza sorumluluğunun esası sosyal sorumluluktur. Devlet, irade özgürlüğüne sahip olmadığı genel olarak kabul edilen insanı, toplumu korumak için cezalandırır. Cezanın ölçüsü ise failin tehlikelilik hali ve topluma uyum imkânıdır. Sosyal tehlikelilik, failin bir kısım nedenlerle suç fiillerini işlemeye itilmesi ihtimalini ifade eder⁷⁹. Okulun öncülerinden Garofalo, ceza sorumluluğunun ve tehlikeliliğin esasını, suçludaki ahlak bozukluğuna bağlamıştır⁸⁰. Tehlikelilik hali failin mensup bulunduğu sosyal sınıfa göre değişir⁸¹. Tehlikelilik halinin ceza sorumluluğunun ölçü ve derecesini belirleme bakımından bir kriter olmasına neoklasikler tarafından iki eleştiri getirilmiştir: 1) Tehlikelilik halini gerek kanun gerek öğretide kesin şekilde

⁷⁵ Toroslu (1988), s. 369; Aydın (2011), s. 49.

⁷⁶ Dönmezer (1949), s. 32.

⁷⁷ Ancak uygulamada örneğin Klasik Okuldan esinlenen 1889 tarihli Zanardelli Kanunu, cezadan sonra veya cezanın uygulanmaması halinde uygulanabilecek bazı önleyici tedbirler öngörerek bu sorunu aşmıştır. Toroslu (1988), s. 369.

⁷⁸ Pozitif okulun kurucusu Lombroso'dur. Daha sonra Garofalo ve Ferri teorisinin eleştirilen yönlerini düzelterek teoriye asıl şeklini vermişlerdir. Dönmezer (1949), s. 34; Zafer (2011), s. 37.

⁷⁹ Toroslu (1988), s. 370; Zafer (2011), s. 37; Demirbaş (2007), s. 78.

⁸⁰ Aydın (2011), s. 50.

⁸¹ Dönmezer (1949), s. 51.

belirleme ve tanımlama imkanı bulunmamaktadır, 2) Tehlikelilik halinin belirlenmesi ve buna verilecek değer konusunda hakime keyfi bir yetki verilmiştir⁸².

Birbirinin karşıtı olan klasik ve pozitif okulun görüşlerinin eleştirisi ile bu okullar arasında dengeyi sağlayan yeni bir anlayış olarak Üçüncü okul ortaya çıkmıştır⁸³. Üçüncü okul, ceza hukukunu bir yandan kusurlu irade ile (yani özgür irade varsayımına değil, zihinsel olarak sağlıklı ve normal olma kavramlarına dayandırılan irade ile) işlenmiş fiilden sorumluluğa, isnadiyete ve (isnat edilebilenler yönünden) ceza üzerine dayandırmış, böylece Klasik okulun temel ilkelerini benimsemiştir. Öte yandan da bazı faillerin sosyal tehlikeliliğini ve tehlikeli faillere karşı toplumu savunmanın gereği olarak emniyet tedbirlerini kabul etmiştir. Böylece Üçüncü okul, Pozitif okulun birtakım faydalarını, Klasik okulun anlayışı ile birleştirmiştir⁸⁴.

Daha sonra irade özgürlüğünü, doğuştan sahip olunan ve bütün insanlar bakımından, dolayısıyla suçlular için de, müşterek olan kişisel sorumluluk duygusuna dayandıran Yeni Sosyal Savunma görüşü ortaya çıkmış ancak bu görüş de özellikle tretman konusundaki görüşlerinde başarısız olmuştur⁸⁵.

Bugün “fiilin sübjektifliği” ilkesi ceza hukukunda tartışılmaz bir öneme sahiptir. Bu ilke uyarınca failin kanuni tipte zararlı bir fiil gerçekleştirmesinin yanı sıra söz konusu fiilin faile isnat edilebilmesi gerekmektedir⁸⁶.

Ceza hukuku kusur kavramına dayanmaktadır⁸⁷.

4.2. Ceza Sorumluluğunun Gelişimi

Ceza hukukunun gelişim sürecini ortaya koymak, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların geldiği aşamanın anlaşılması açısından faydalı olacaktır. Özellikle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda objektif sorumluluğun örneklerini teşkil eden kastı aşan suçlar ve diğer neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bugün 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile

⁸² Dönmezer (1949), s. 60.

⁸³ Önder (1992a), s. 14.

⁸⁴ Toroslu (1988), s. 372; Demirbaş (2007), s.79.

⁸⁵ Toroslu (1988), s. 374-376.

⁸⁶ Dönmezer ve Erman (1997b), s. 143.

⁸⁷ Y. Ünver (1997). Ceza hukukunda objektif sorumluluk. *Ceza hukuku günleri, 70. yılda Türk Ceza Kanunu genel hükümler. (26-27 Mart, 1997)*. İstanbul: Beta yayınevi, s.110.

kusurlu sorumluluk şekilleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Objektif sorumluluğun terk edilmesinin, ceza sorumluluğunun sübjektifleştirilmesi sürecinin önemli bir adımını oluşturduğu bir gerçektir.

Bilindiği gibi günümüz ceza hukukunda, sorumluluk bakımından “fiilin sübjektifliği ilkesi” veya “sübjektif sorumluluk” anlayışı egemendir. Bu ilke gereği, suçun varlığı için failin tipe uygun ve zararlı bir fiili gerçekleştirmesi yeterli değildir; bu fiilin psikolojik yönden de faile bağlanabilmesi gerekir. Bu durumda suçun oluşabilmesi için fiil ile fail arasında maddi nedensellik bağının varlığı yanında, psişik bir bağın da bulunması zorunludur⁸⁸. Ceza hukukunda sübjektif unsur konusundaki bu gelişme, ceza hukukunun gelişimiyle paralellik göstermiştir. Bu nedenle kusurluluk sorununun ceza hukukunun kaderini belirleyen bir sorun olduğu kabul edilmektedir⁸⁹.

Ceza sorumluluğunun tarihsel gelişimi incelendiğinde, bugünkü noktaya çeşitli aşamalardan geçilerek ulaşıldığı görülmektedir. Cezai sorumluluğun geçirdiği aşamaları dört ana başlıkta toplamak mümkündür⁹⁰: 1) Başkasının fiilinden sorumluluk, 2) Objektif sorumluluk, 3) Kusurlu sorumluluk ve 4) Kişilik yönünden sorumluluk.

4.2.1. Başkasının fiilinden sorumluluk-kolektif sorumluluk dönemi

Başkasının fiilinden sorumlulukta, kişi, gerçekleşmesine hiçbir nedensel katkıda bulunmadığı, tamamen başkası tarafından gerçekleştirilen fiilden sorumlu tutulur. Bu sorumluluk türü, devletin henüz oluşmadığı, kişinin belli bir ulus veya kabileye mensup olduğu çok eski dönemlerde ortaya çıkmıştır. Başkasının fiilinden sorumluluk anlayışının hakim olduğu dönemde, örneğin aile üyelerinden birinin işlemiş olduğu suçtan ailenin diğer bir üyesi veya ailenin veya kabilenin bir üyesinin işlediği suçtan ötürü tüm ailenin veya kabilenin ya da kabile veya aile reisinin sorumlu tutulması söz konusuydu⁹¹.

⁸⁸ Mantovani (2001), s. 293; N. Toroslu (2005a). *Ceza hukuku*. (7. bası). Ankara: Savaş, s. 126.

⁸⁹ L. J. De Asua (1962). II delitto preterintenzionale. *RIDPP*, Anno V., s. 3.

⁹⁰ Toroslu (2005a), s. 126.

⁹¹ N. Toroslu (1990). Cezai sorumluluğun gelişimi. *Yargıtay Dergisi*, (1-2), (Ocak-Nisan), s. 121; N. Centel vd. (2006). *Türk ceza hukukuna giriş*. (4. bası). İstanbul: Beta basım, s. 8; Önder (1992a), s. 29; S. Dönmezer ve S. Erman (1997a). *Nazari ve tatbiki ceza hukuku, C. I*. (13. bası). İstanbul: Beta basım, s. 40 vd.

Bu dönemde kusurun tanınmadığı beyan edilmekle birlikte, aile içinde işlenen suçlarda çok ilkel düzeyde de olsa failde mevcut bir kusur duygusuna dayanıldığı da ileri sürülmüştür. Suç, farklı aile veya kabileye mensup olan şahıslar arasında veya bunların karşılıklı olarak kabile ve ailelerine karşı işlendiğinde neticenin isteyerek veya istemeyerek gerçekleştirilmesi arasında fark görülmemekte, fail her zaman cezalandırılmaktaydı. Daha doğrusu bu dönemde kişisel öç almanın iki grup arasında bir harp hakkından ibaret bulunduğu ve hatalı olarak ceza hukukuna ait bir kurum olarak değerlendirildiği, bu konunun kabileler arası devletler hukukuna ait bir konu olduğu ileri sürülmüştür⁹².

Bu tür sorumluluğun günümüzde de, özellikle insanlığın sorunlu dönemlerinde, terörist amaçlarla yeniden ortaya çıktığı gözlemlenmektedir. Buna “rehinelerin kurşuna dizilmesi, kanlı misillemelerde bulunulması, siyasi suçlarla itham edilenlerin yakınlarına işkence edilmesi”⁹³ durumları örnek gösterilmektedir.

Başkasının fiilinden sorumluluğun kesin olarak terk edilmesi gerekliliği uluslararası anlaşmalarda ifadesini bulmuştur. Nitekim Savaş Zamanında Sivil Kişilerin Korunmasına Dair 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesinde, “Hiç kimse kendisinin işlemediği bir suç nedeniyle cezalandırılamaz” ve “Terörizm veya baskı, tehdit şeklindeki her tür kolektif ceza yasaklanmıştır” hükümlerine yer verilmiştir⁹⁴.

Çağdaş ceza hukukunda başkasının fiilinden yani kolektif sorumluluk kabul edilmez; failin cezalandırılması için kusurlu olması gerekir. Türk hukukunda Anayasa’da ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesine yer verilerek kişinin sadece kendi eyleminden dolayı sorumlu olacağı dolayısıyla başkasının fiilinden sorumluluğun kabul edilmediği açıkça ortaya konulmuştur (Ay m. 38/6).

4.2.2. Objektif sorumluluk dönemi

Cezai sorumluluğun gelişim aşamalarından ikincisini oluşturduğu kabul edilen objektif sorumluluk, kısaca, kişinin kendi iradi ve hukuka aykırı hareketinden doğan neticeden, bu netice ile arasında herhangi bir psikik bağ aranmaksızın salt nedensellik

⁹² Bkz. Dönmezer (1949), s. 9-10.

⁹³ Mantovani (2001), s. 294.

⁹⁴ Mantovani (2001), s. 294.

bağı dolayısıyla sorumlu tutulmasını ifade etmektedir⁹⁵. Yani bu sorumluluk türünde sadece failin ihmali veya icrai hareketi ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir⁹⁶. Objektif sorumlulukta, sadece zarara neden olma cezalandırmanın meşruluğunu doğurmaktadır. Bu nedenle bu tür sorumluluğa nedensellik bağı sorumluluğu da denilmektedir⁹⁷. Gerçekten objektif sorumluluk hallerinde, failin sebebiyet verdiği hareketin neticeleri yönünden, failin psikolojik durumu üzerinde herhangi bir araştırma yapılması aranmadığından, fail yapmış olduğu hareketin neticelerinden kusuru bulunmasa dahi sorumlu olmaktadır⁹⁸. Cezanın uygulanması için gerekli olan tek şart failin sorumlu tutulduğu neticenin onun iradi hareketinin ürünü olmasıdır⁹⁹.

Objektif sorumluluk, ceza hukukunun ilkel dönemlerinde ve daha sonra da Cermen hukuk anlayışından etkilenen hukuk sistemlerinde görülen bir sorumluluk şekli olarak doğmuştur¹⁰⁰. Kusursuz suç olmaz ilkesinin tam olarak uygulanmasının savunulduğu çağdaş ceza hukuku anlayışında, failin eylemindeki kusurun araştırılmadığı bu tür sorumluluk hallerinin her çeşit kalıntısının ortadan kaldırılması gerektiği fikri hakimdir. Ancak bu eğilime rağmen bazı hukuk sistemlerinde objektif sorumluluk hâlâ varlığını sürdürmektedir. Bir başka deyişle, bu tür sorumluluğun izlerini (örneğin, kastın aşılması suretiyle işlenen suçlar ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar) hâlâ bünyelerinde barındıran ceza kanunları bulunmaktadır. Bu kanunlar arasında İtalyan Ceza Kanunu da yer almaktadır¹⁰¹.

⁹⁵ Centel vd. (2008), s. 415; Antolisei (2003), s. 387.

Objektif sorumluluğun sadece bir nedensellik bağı sorumluluğu olmadığı, aslında objektif sorumluluk durumunda da kusurun var olabileceği ancak bu sorumluluğun araştırılmadığı yönünde de görüşler mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için çalışmanın birinci bölümündeki “4.3. Objektif Sorumluluğun Esası” başlığına bakınız.

⁹⁶ A. Pagliaro (2003b). *Principi di diritto penale*, PG. (8. ed.). Milano: Giuffrè, s. 329; F. Ramacci (2007). *Corso di diritto penale*. (4. ed.). Torino: Giappichelli editore, s. 339.

⁹⁷ Centel vd. (2008), s. 413.

⁹⁸ Toroslu (1990), s. 122.

⁹⁹ Antolisei (2003), s. 352.

¹⁰⁰ Mantovani (2001), s. 294; Toroslu (2005a), s. 127.

¹⁰¹ İCK m. 42/2’de cürümlerde sorumluluk için failin kasten ve kanunun açıkça belirttiği hallerde kastın aşılması ve taksirle hareket etmesi gerektiği belirtildikten sonra 3. fıkrada ise, Kanunun, failin sadece icrai veya ihmali hareketi dolayısıyla sorumlu olacağı halleri de öngördüğü belirtilmektedir.

Objektif sorumluluk özel hukuk alanında doğmuş bir kavramdır. Özel hukuk öğretisinde bu sorumluluk türüne oldukça geniş yer verilmiştir¹⁰². Objektif sorumluluğun ceza hukukundaki gelişimine ilk olarak hukuk tarihçileri dikkat çekmiş; daha sonra ise ceza hukukçuları bu konuyu incelemeye başlamıştır. Ceza hukukçularının öğretisel çalışmaları, bu sorumluluk türünün ceza kanunlarının yapım süreçlerinde de etkisini göstermiştir¹⁰³. İlk zamanlarda ceza hukuklarına kolektif sorumluluk anlayışı¹⁰⁴ ve Cermen hukukunun objektif sorumluluğa dayalı suç anlayışı hakim olmuştur. Gerçekten, Cermen hukukunda, failin kusuru dikkate alınmadan, sadece meydana gelen zararlı neticeye bakılmak suretiyle sorumluluk tespit edilmekteydi¹⁰⁵.

XV. yüzyılda Glossatörler ve Postglossatörler yaptıkları çalışmalarla Roma hukukunu adeta yeniden kurmuşlardır. Hümanizm düşüncesinin doğduğu¹⁰⁶ bu dönemde Glossatörler ve Postglossatörler¹⁰⁷’in çalışmaları sonucunda, suçun subjektif yönüne önem verilmiş, kast, taksir ve tesadüf ayrımı açık bir şekilde yapılmıştır. Bunun sonucunda da taksirli suçlara kasıtlı suçlardan daha az ceza verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Alman müşterek hukukunun¹⁰⁸ doğuşunu sağlayan teorik alandaki bu çalışmalara karşılık, İtalya’daki çeşitli hukuki düzenlemeler objektif sorumluluk ve

¹⁰² G. Battaglini (1936). La questione della “responsabilità oggettiva” nel diritto penale. *FI*, Anno LXI (XIV), s. 33.

¹⁰³ Özen (1998), s. 23.

¹⁰⁴ Kolektif sorumluluk, tamamen bireysel olarak vatandaş ile ödevlerin muhatabı ve hakların hamisi olarak soylu sınıfın aracılık ettiği devlet arasındaki ilişkinin egemen olduğu tarihsel dönemin özelliğini taşımaktadır. Kolektif sorumluluğun bir sonucu olarak ekonomik cezalar ağırlıkta olmuştur. Bu tür cezalar ortak değerlere sahip tüm kişiler üzerinde etkilerini göstermekteydi. Devlet ve birey arasındaki ilişki orta çağın sonlarından itibaren yavaş yavaş değişmiştir. Nitekim kolektif sorumluluk biçimlerinin devam etmesini artık soylu sınıfın varlığı ile açıklamak olanaksızdı. Bu nedenle, suçun ekonomik anlayışı ön plana çıktı ve bu durum zamanla geniş uygulama alanı buldu. Bu bağlamda devlet otoritesine karşı suçlar dışındaki adam öldürme suçu da dahil olmak üzere diğer tüm suçlar bakımından ekonomik yaklaşımın uygulanması mümkün hale gelmişti. Ekonomik yaklaşımın yetersiz olması halinde, onu diğer yaptırım türleri izliyordu. Özen (1998), s. 23.

¹⁰⁵ K. İçel (1967). *Ceza hukukunda taksirden doğan subjektif sorumluluk*. İstanbul: Cezaevi matbaası, s. 38.

¹⁰⁶ Hümanizm akımının ceza hukuku üzerindeki etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. La Monica (2002). *Manuale di diritto penale, vol. I, introduzione al diritto penale*. Milano: Cedam, s. 14-20.

¹⁰⁷ 12. yüzyılda Roma hukuku yeniden incelenmeye başlandı. 1075’de Pisa’da bulunan Digesta isimli Roma hukuku eseri büyük ilgi uyandırdı. Roma hukuk eserlerini açıklayan hukukçular “Glossatörler” (1100-1250), ve onları izleyenler de “Postglossatörler” (1250-1450) olarak adlandırılır. Zafer (2011), s. 33.

¹⁰⁸ Roma hukuku ile yaşayan Avrupa hukukunun karışımıyla oluşan hukuk, müşterek hukuk olarak adlandırılır. Demirbaş (2007), s. 72.

başkasının fiilinden sorumluluk hallerini bünyelerinde barındırmaya devam etmişlerdir. Gerçekten, kanunların çoğunda suç ve sorumluluk kavramları yönünden netice kriteri esas alınmış, cezaların kişiselliği ilkesine önem verilmemiştir. Örneğin Sardanya Ceza Kanunu'nda kaza sonucu bir kimsenin yüzünü yaralayan kişinin elinin umuma açık bir yerde çivileneceğine dair hüküm bulunmaktaydı. Pisa Ceza Kanunu'nda ise bir suçlu yakalanmadığı takdirde oğlunun, o da yakalanamazsa suçlunun babasının cezalandırılacağı belirtilmekte idi¹⁰⁹. Zaman içerisinde kolektif sorumluluğun ve suçun özel hukuk alanını ilgilendiren bir haksız fiil olduğu anlayışının¹¹⁰ terk edilmesi ile birlikte, cezai sorumluluğun kişiselleştirilmesi süreci başlamıştır. Bu dönemin ceza hukukçuları, ceza sorumluluğunun subjektifleştirilmesi sürecine daha çok uygulamadan doğan sorunları çözümlmek ve ceza kanunlarının sertliğini gidermek amacıyla yaptıkları öğretisel çalışmalarla katkıda bulunmuşlardır¹¹¹. Bu çalışmalar, dağınık durumda olan ceza kanunlarının bir bütün haline getirilmesi sürecini başlatmıştır. Ceza kanunlarının birleştirilmesine yönelik çalışmalarla birlikte, sorumluluk sorunu da somut olarak ele alınmıştır. Ancak bu çalışmalar, kusur sorumluluğunun tam anlamıyla kabul edilmesiyle sonuçlanmamıştır. Çünkü kanuni delil sisteminin kabul edilmiş olması nedeniyle, kanuni delillerin varlığı halinde, failin suçu işlediği sabit olmasa bile fail eyleminden sorumlu tutuluyordu¹¹².

Hümanizm hareketleriyle Rönesans ve tabii hukuk öğretileri, insan hak ve hürriyetleri ile Ceza hukuku uygulaması arasında yakın bir ilişkinin varlığını ortaya koymuş; devletin ceza verme hakkının esası ve cezanın amaçları üzerinde felsefi görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Bu dönemde, müsterek hukuk anlayışı da sert bir dille eleştirilmiş; kolektif sorumluluğun söz konusu olmaması gerektiği vurgulanmıştır¹¹³. Klasik teori taraftarlarına göre, ceza hukuku bakımından insan, sebebiyet verdiği bir neticeden bu netice kendisine isnat edilebilmek koşuluyla sorumlu

¹⁰⁹ K. İçel ve S. Donay (2006). *Karşılaştırmalı ve uygulamalı ceza hukuku, genel kısım, birinci kitap*. (5. bası). İstanbul: Beta, s. 38, 44-45.

¹¹⁰ Roma hukukunda bir dönem suçun haksız fiil sayıldığını ve özel hukuk uyuşmazlığı olarak tazminatı gerektirdiği hakkında bkz. Demirbaş (2007), s. 70; Önder (1992a), s. 30.

¹¹¹ Özen (1998), s. 26.

¹¹² Özen (1998), s. 26; Müsterek hukuk döneminde zararlı bir netice meydana getirmeden de suç niyetini açığa vurabilen her hareket suç sayılırdı. S. Dönmezer ve S. Erman (1986). *Nazari ve tatbiki ceza hukuku, C. II*. (9. bası). İstanbul: Beta basım, k.no. 905, s. 216.

¹¹³ Beccaria, C. (1994). *Dei delitti e delle pene e di commento di Voltaire*. Roma: Newton, s. 21.

olur. Faile bir fiilin isnat edilebilmesi için ise kusurlu olması gerekir¹¹⁴. Söz konusu teoriye göre faile verilecek ceza ondaki kusurun derecesine göre belirlenmelidir¹¹⁵.

Sonuç olarak objektif sorumluluğun, XVIII. yüzyıl sonlarına kadar geniş bir uygulama alanı bulduğu söylenebilir. Cezai sorumluluğun esasının kusura dayanan bir sorumluluk şekli olduğu düşüncesi egemen olmaya başladıktan sonra, gerek başkasının fiilinden sorumluluk hipotezleri, gerekse objektif sorumluluk hipotezleri ağır eleştirilere uğramaya başlamıştır. Bu sorumluluk türlerinin ceza kanunlarından çıkarılması ve bunların terk edilmesi düşüncesi genel kabul görmüştür. Ancak bu kabul, objektif sorumluluk hipotezlerini ceza kanunlarından tamamen kaldırılmasını sağlayamamıştır. Zanardelli Kanunu¹¹⁶, özel hükümler kısmında, bu sorumluluğa dayanan birçok suç tipine yer vermiştir.

Öğretide, objektif sorumluluk ile ilgili olarak somut normlara dayanan ilk tartışmalar, basın suçları ve süreli yayınlar hakkındaki kanun hükümleri üzerinde olmuştur. Ancak bu tartışmalar sırasında objektif sorumluluğun tanımı ve kapsamı sistemli bir şekilde ele alınmamıştır. Ancak, Zanardelli Kanunu'ndaki bazı düzenlemeleri ele alıp kapsamlı olarak değerlendiren düşünürler de vardır. Fakat bu düşünürler de objektif sorumluluk sorununu, hukuk düzeninin temelinde yer alan ilkelerle uygunluk sorunu olarak soyut bir şekilde ele almışlardır¹¹⁷.

1889 tarihli Zanardelli Ceza Kanunu'nun 45. maddesinin 1. fıkrasında, cürümün cezalandırılması için fiilin kasten işlenmesi gerektiği belirtildikten sonra, fiilin faile başka şekilde isnat edilebileceğinin kanunla öngörülebileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle objektif sorumluluk hipotezlerinin formüle edilmesi bakımından 45. maddenin 2. fıkrasındaki “*kabahatlerde kast sabit olmasa bile herkes kendi fiil veya ihmaliyle sorumludur*” şeklindeki hükmün bu sorumluluk türünün hukuki temelini oluşturup oluşturmadığı tartışılmıştır. Zanardelli Kanunu'nun özel hükümlerinde de objektif

¹¹⁴ S. Dönmezer ve S. Erman (1987). *Nazari ve tatbiki ceza hukuku C.I.* İstanbul: Beta basım, k.no. 96, s. 59.

¹¹⁵ Dönmezer ve Erman (1987), k.no. 97, s. 60.

¹¹⁶ 1889 İtalyan Ceza Kanunu (Zanardelli Kanunu)'nda klasik teori tam anlamıyla kendisini göstermiştir. Dönmezer ve Erman (1987), k.no. 103, s. 64.

¹¹⁷ Özen (1998), s. 27.

sorumluluğu yeterli sayan pek çok suç tipi öngörülmüştür. Bu suç tiplerine kastı aşan suçlar örnek olarak gösterilebilir¹¹⁸.

XIX. yüzyılda Avrupa’da suçluluk oranının arttığı ve bu duruma klasik okulun ceza sorumluluğunu kusura dayandıran sisteminin sebep olduğu ileri sürülmüştür. Deneysel inceleme metodunun gösterdiği başarılarından etkilenen pozitif okul taraftarları¹¹⁹ bu metodu ceza hukukuna da aktarmışlardır. Pozitif okula göre faildeki kusurun ve bunun derecesinin araştırılması imkânsız denecek kadar güçtür. Bu görüş taraftarları, sübjektif sorumluluğun bizi sınırlı bir sorumluluk sistemine götüreceğini ve bunun da sosyal hayat ve savunma bakımından ağır zararlarının olabileceğini savunurlar¹²⁰.

Pozitif okulun yukarıdaki fikirlerinin egemen olduğu dönemde yürürlüğe giren Rocco Kanunu zamanında objektif sorumluluk da, daha çok pozitif okul taraftarlarının üzerinde durdukları bir konu olarak kendini göstermiştir¹²¹. Pozitif okul, ceza sorumluluğunun sübjektif sorumluluğa dayandığını savunan Klasik okula insan faaliyetleri açısından irade özgürlüğünün bulunmadığı gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Pozitif okula göre, suça karşı gösterilen tepki yani yaptırım, zarar verici fiillerinden dolayı toplumun bireye karşı gösterdiği tepkiden ibarettir. Böylece pozitif okul tarafından teorik olarak ele alınan objektif sorumluluk özellikle Ferri’nin çalışmalarıyla “*sosyal sorumluluk*” olarak, daha sonra da 1921 Tasarısı ile “*yasal sorumluluk*” olarak öğretilerdeki yerini almıştır¹²². Ancak bu dönemde dahi objektif sorumluluk için hukuka aykırı “hareketin istenmiş olması” kriteri daima aranmıştır¹²³.

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, 42. maddesi başlığında¹²⁴ ve bu madde içeriğinde objektif sorumluluğa yer vererek objektif sorumluluk türünü açıkça öngören ender ceza kanunlarından. İtalyan ceza hukuku öğretisi, objektif sorumluluğa ilişkin

¹¹⁸ Özen (1998), s. 28-29.

¹¹⁹ Pozitif okul hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer ve Erman (1987), k.no. 104-147, s. 64-90.

¹²⁰ Dönmezer ve Erman (1987), k.no. 104-108, s. 64-67.

¹²¹ Battaglini (1936), s. 33.

¹²² Pozitif okul tarafından önerilen cezalandırma sistemi için bkz. E. Ferri (1900). *Sociologia criminale*, Vol. II. Torino: Bocca, s. 110 vd.

¹²³ Battaglini (1936), s. 33.

¹²⁴ Madde başlığı “Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva” (Kast, taksir veya kastın aşılmasından sorumluluk. Objektif sorumluluk) şeklinde kaleme alınmıştır.

düzenlemenin yasalaştırılmasını skandal olarak değerlendirerek şiddetli bir şekilde eleştirmiştir¹²⁵. Gerçekten Rocco Kanunu'nun ilgili maddesi öğretide çok değişik şekilde ele alınmıştır. Bazı yazarlar, İCK'nın 42. maddesinin başlığı ve 3. fıkrası çok açık olmasına rağmen bu hükmü görmezlikten gelmiş ve 42. maddenin özünde bir yenilik getirmediğini kabul etmiştir¹²⁶. Bu konu ile ilgilenen diğer yazarlar ise bu düzenlemeyi yorumlamak, kanun koyucunun beyan ettiği ve hükmüne bağladığı söz konusu sorumluluk türünü açıklamak yerine, kusurluluk ve iradiliğin temel unsur olarak kabul edildiği bir ceza hukuku sisteminde, kusursuz sorumluluk kategorisinin kabul edilemeyeceğini ifade ederek düzenlemeyi reddetmişlerdir¹²⁷. Bazı yazarlar ise 42. maddenin incelenmesinde objektif sorumluluğun varlığına inanmamak yerine, madde yapısının objektif sorumluluğu öngörebilecek bir nitelikte olamayacağını kanıtlamaya çalışmışlardır¹²⁸. Oysa objektif sorumluluk, sübjektif sorumluluk türleri olan kast ve taksir sorumluluğu dışında bir sorumluluk türü olarak madde başlığında ve metninde açıkça düzenlenmiş ve özel hükümlerde bu sorumluluk hipotezlerine geniş olarak yer verilmiştir. Bu nedenle pozitif bir gerçeklik olan objektif sorumluluğu inkar ederek onu sübjektif bir sorumluluk türü olarak değerlendirme çabaları sağlam temellere dayanmamaktadır. Rocco Kanunu'nda, cezai sorumluluğun sübjektifleştirilmesi sürecine uygun düşmeyen ve kusura dayanan bir sorumluluk anlayışını kabul eden çağdaş ceza hukuku ile çatışan objektif sorumluluk hipotezlerine gereğinden çok yer verilmiştir. Bu nedenle bu sorumluluk türüne değişik suç tiplerinde yer veren İCK yoğun eleştirilere uğramıştır. Bu eleştiriler, İCK'daki bazı objektif sorumluluk hipotezlerinin sübjektif sorumluluk biçiminde düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. Nitekim 1958 tarihinde basın suçlarında ceza sorumluluğunu düzenleyen 57 ve 58. madde hükümleri sübjektif sorumluluğa uygun olarak değiştirilmiş¹²⁹ ve 1990 yılında cezaya etki eden halleri düzenleyen 59. madde hükmü kusur sorumluluğu ile uyumlu

¹²⁵ Özen (1998), s. 29.

¹²⁶ Özellikle Manzini bu görüşü ileri sürerek bunun bir göstergesi olarak da objektif sorumluluk konusuna, ceza hukuku genel hükümler kitabında sadece birkaç satır ayırarak değişmez bir tutum sergilemiştir. Bkz. V. Manzini (1961). *Trattato di Diritto Penale Italiano, vol. I*. Torino: UTET, s. 69; V. Manzini (1958). *Istituzioni di Diritto Penale Italiano, vol I, PG.* (9. ed.). Padova: Cedam, s. 72.

¹²⁷ Bu görüşün en önemli savunucularından olan Maggiore'nin görüşleri için bkz. G. Maggiore (1958). *Diritto penale, vol. I*. Bologna: Zanichelli, s. 258, 260.

¹²⁸ Bkz. Battaglini (1936), s. 36 vd.

¹²⁹ Legge 4 marzo 1958, n. 127 (gu n. 062 del 12/03/1958), http://www.italgiure.giustizia.it/nir/lexs/1958/lexs_180400.html (erişim tarihi: 10 Mayıs 2008)

hale getirilmiştir¹³⁰. Bu tür kısmî iyileştirmeler genelde yeterli bulunmamakta; yapılacak ceza hukuku reformu ile bu sorumluluk türünün tümünden kaldırılması hedeflenmektedir¹³¹. Ancak bu reform çalışmaları henüz kanunlaşmadığı için İtalyan ceza hukuku sisteminde objektif sorumluluk şekilleri hâlâ geniş bir uygulama alanı bulmaktadır.

4.2.3. Kusurlu (sübjektif) sorumluluk dönemi

Ceza sorumluluğunun sübjektifleştirilmesi sürecinin dönüm noktasını ifade eden kusurlu sorumluluk, failin, kasıtlı veya en azından taksirli olarak ortaya koyduğu için psikolojik yönden de kendisine ait olan fiilden sorumlu tutulmasını ifade eder¹³². Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için, failin bunu maddi olarak gerçekleştirmesi yeterli değildir, ayrıca kusurlu olarak gerçekleştirmesi de gereklidir. Fiil yanında, kusurluluk, suçun vazgeçilmez unsurunu ifade etmekte ve bu husus, “nullum crimen sine culpa (kusursuz suç olmaz)” kuralı ile özetlenmektedir. Kusur ilkesi sayesinde, zararlı insan davranışı, hayvan saldırısından veya doğa olaylarından ayırt edilebilmektedir. Gerçekten kusurluluk, uygarlığın vazgeçilmez bir ilkesini oluşturmakta ve modern ceza hukuk düzenleri, ceza sorumluluğunu, daima “kusursuz suç olmaz” ilkesiyle uyumlaştırmaya çalışmaktadır¹³³.

Kusurluluğun konusu, failin kişiliği değil, işlenen belirli bir fiil olmalıdır¹³⁴. Bu bağlamda, kınama yargısının konusu da kişinin yaşam biçimi veya kişisel özellikleri değil, onun işlediği fiil olmaktadır. Tabi hukuk akımının etkisiyle başlayan¹³⁵ kusur sorumluluğu ilkesi yüzyıllardır devam eden gelişmelerden sonra, sağlam bir yapıya kavuşmuş ve “işlenen belirli bir fiil yönünden kusurluluk ilkesi” olarak XIX. yüzyıl

¹³⁰ Legge 7 febbraio 1990, n. 19 (in Gazz. Uff., 13 febbraio, n. 36), <http://guide.dada.net/diritto/interventi/2001/07/52826.shtml> (erişim tarihi: 10 Mayıs 2008)

¹³¹ Yetki kanunu metni için bkz. <http://www.giustizia.it/newsonline/data/multimedia/2398.pdf>

5237 sayılı Ceza Kanunu Tasarısının 4. maddesi “Kusur İlkesi” başlığını taşımakta ve kimsenin kusurlu olarak gerçekleştirmediği bir fiilden sorumlu olmamasını öngörmektedir.

¹³² Toroslu (1990), s. 122; A. Cadoppi ve P. Veneziani (2004). *Elementi di diritto penale*, PG. (2. ed.). Padova: Cedam, s. 265.

¹³³ Mantovani (2001), s. 294.

¹³⁴ Toroslu (1990), s. 122; Koca ve Üzülmöz (2008), s. 36.

¹³⁵ Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 905, s. 216.

liberal ceza hukukunun en önemli ilkesi haline gelmiştir. Bu ilkenin amacı, kınama yargısının, failin kişiliğini içerecek şekilde genişletilmesi eğilimini ortadan kaldırmak ve dolayısıyla kanunilik ilkesi ile garanti altına alınmış bulunan hukuk güvenliğinin ve kesinliğinin korunmasını sağlamaktır. Bunu gerçekleştirmek için fiil ile fail arasında kesin bir ayırım yapılmakta ve sadece fiilin ceza hukukundaki değerlendirme alanına ait olduğu kabul edilmektedir. Bu ilke, insanın zararlı hareketini kaba güçlerin zararlı hareketinden ayırmayı gerektiren ve insan düşüncesinin önemli bir zaferi olarak nitelendirilen, çağdaş ceza hukuku düzenlerinin giderek daha çok uymaya çalıştıkları vazgeçilmez bir uygarlık ilkesi olmuştur¹³⁶.

4.2.4. Kişilik yönünden sorumluluk dönemi

Bu kusurluluk anlayışı, ceza sorumluluğunun sübjektifleştirilmesi sürecinin en ileriye götürülmüş şeklini ortaya koymaktadır¹³⁷.

Bilindiği gibi hukuki yararı ihlal etmeye uygun maddi fiil, çağdaş ceza hukuku anlayışının vazgeçilmez temel bir unsurunu oluşturmaktadır. Maddi fiili ceza hukukunun odak noktasından çıkaran bir anlayış, hile veya şiddetle ortaya çıkartılan insanın iç davranışlarını cezai sorumluluk için yeterli gören ya da bu nitelikteki içsel davranışları esas alan baskıcı bir ceza hukukunun egemen olması sonucunu doğurur¹³⁸. Böyle bir ceza hukuku, ideolojik, aşırı kontrolcü, özgürlük karşıtı, terörist bir ceza hukuku olur. Hukuki yararı ihlal edici maddi fiili değil de tehlikeyi esas alan ceza hukukunda sorumluluk, davranış (fiil) üzerine değil, süjenin oluş ya da yaşama biçimi üzerine tesis edilmektedir. Gerçekten bu ceza hukuku anlayışında sorumluluk, doğrudan doğruya süjenin biyolojik yapısına veya belirli nitelikteki insan davranışlarına ve basit sübjektif durumlara dayandırılmaktadır¹³⁹.

¹³⁶ Toroslu (1990), s. 122.

Kusur kavramı ve bu kavramla ilgili yeni gelişmeler, birinci bölüm “4.4. Kusur Sorumluluğunun Esası” başlığı altında ayrıntılı şekilde incelenecektir.

¹³⁷ Toroslu (1990), s. 122.

¹³⁸ Mantovani (1981), s. 458.

¹³⁹ Bu nedenle günümüzde “fiilin ihlal ediciliği ve maddiliği” ilkeleri modern ve garanti edici ceza hukukunda yer alan ödün verilmez ve vazgeçilmez ilkeler olarak kabul edilmektedir. Bu ilke, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” (nullum crimen sine lege) ilkesi ve sadece dış dünyaya yansıyan; belirli bir hukuksal değer ihlalinde somutlaşan bir insan davranışının suç olabileceğini ifade eden “fiilsiz (hareketsiz) suç ol-

Objektif ve sübjektif kusur görüşleri özellikle Alman öğretisinde tartışılmıştır. Objektif kusur görüşüne göre, kusur hareketin bir niteliğidir. Sübjektif kusur görüşüne göre ise kusur failin bir sıfatı, vasfı olarak kabul edilmektedir. Sübjektif kusur görüşü, özellikle Alman pozitivistleri¹⁴⁰ tarafından ileriye sürülmüş bulunan ve kusurluluğun objesi olarak faili kabul eden, fail kusuru (colpa d'autore) (Täterschuld) şeklinde isimlendirilen görüşe dayanır. Von Liszt tarafından ileri sürülen fail kusuru görüşüne göre, failin kusurlu olarak kabul edilebilmesi için, onun yaptığı hareketin kişiliğinin bir yansıması olması gerekir. Bu sebeple, failin fiili işlediği zamana kadarki yaşayış şekli itibariyle kusurlu sayılması gerekir¹⁴¹. Kısaca burada kusurluluk yargısının konusu artık işlenen somut fiil değil, failin varoluş veya yaşama biçimidir; başka bir söyleyişle failin kişiliğidir. Böyle bir kusurluluk anlayışının, fail ile hareket arasındaki ayrımı reddettiği ve failin işlediği fiilden çok yaşam veya oluş biçimini esas alarak cezalandırdığı açıkça görülmektedir¹⁴².

İnsanı yaptığı için değil, oluş biçiminden ötürü cezalandırmayı esas alan bu anlayış, 1940'lı yıllarda Nasyonal Sosyalist Almanya'da egemen olmuş ve işlenen fiilden dolayı sorumluluk anlayışı terk edilmiştir. Bu anlayışa göre "kınanan, o anda yapılan hareketten çok failin tüm yaşam biçimidir. Başka bir söyleyişle, sübjektif yönden farklı bir kişiliğe sahip olabilecekken suça eğilimli, kötü bir kişiliğe sahip olmasıdır"¹⁴³. Ancak Nazi rejimi tarafından yürürlüğe konulan bazı normlara esas alınan ve özellikle itiyadi suçlular için cezanın ağırlaştırılmasının gerekçesini teşkil eden fail kusuru anlayışı ağır eleştirilere uğramıştır. Çünkü bu anlayış, failin kendisine farklı bir kişilik oluşturabileceği temeline dayanmaktadır. Fail sorumluluğu esasına göre kişinin

maz" (nullum crimen sine actione e del nullum crimen sine inuria) şeklindeki ilke ve diğer garanti edici ilkelerle tamamlanmakta ve sağlamlaştırılmaktadır. Mantovani (1981), s. 458.

¹⁴⁰ Daha önce de belirtildiği gibi pozitif okula göre irade özgürlüğü yoktur, kişinin başka türlü davranma olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle ceza fail kusurlu olduğu için değil, tehlikeli olduğu için verilir. İnsanın doğuştan gelen özellikleri ve sosyal çevresi onun davranışları üzerinde etkilidir. Ancak buna rağmen düşünen bir varlık olarak insanın irade özgürlüğü vardır. Ceza sorumluluğunun kusura bağlanması irade özgürlüğünün kabulünü gerektirir. Centel vd. (2008), s. 350.

¹⁴¹ İçel (1967), s. 8.

¹⁴² Bu sorumluluk şekli fail kusuru anlayışını benimsememiş hukuk sistemlerine yabancı değildir. Örneğin serserilik suçu gibi failin yaşam biçimi ile ilgili suçlar veya alkol alışkanlığı olan kişinin suç işlemesi halinde cezayı artıran veya azaltan hükümler gibi alışkanlık suçları da fail kusuru anlayışının izlerini taşımaktadır. Mantovani (2001), s. 298.

¹⁴³ Mantovani (2001), s. 298; Toroslu (2005a), s. 129; Pagliaro (2003b), s. 339-340; Antolisei (2003), s. 299 vd.

kınanabilmesi; failin farklı bir kişilik oluşturup oluşturamayacağını, genetik özelliklerini ve biyopsişik anormalliklerini aşp aşamayacağını, eğer aşabilecekse bunun derecesinin ortaya konulmasını gerektirir. Ancak yargıcın böyle bir değerlendirmeyi nasıl yapacağı belli değildir ve değerlendirmeyi yapmak insanüstü bir güç gerektirir. Ayrıca fail kusuru ortaya konulabilse bile bu durum hukuk düzeni açısından bir önem taşımaz. Çünkü sadece failin kötü olması herhangi bir hukuki varlığı ihlal etmez ve toplum için bir tehlike yaratmaz¹⁴⁴.

Totaliter sistemler, esasen insana bütünüyle hükmetmek yani hareketlerini ve iç davranışlarını denetim altında tutmak ve dolayısıyla bireyi bütün yönleriyle totaliter sistemin içine dahil etmek istediklerinden, bu kusur anlayışı söz konusu siyasal sistemlerin yapısına uygundur¹⁴⁵. Özellikle siyasi suçlarda failin fikir ve niyeti bir şekilde belirlendiğinde, failin bu düşüncelerinin neticenin gerçekleşmesi bakımından elverişli olup olmadığına bakılmaksızın failin sorumluluğu kabul edilir. Fail sadece iradesi dolayısıyla ve iradesi çerçevesinde cezalandırılır¹⁴⁶.

Kusurluluğun, failin bir niteliği olduğunu ve failin bütün yaşayış tarzını kapsadığını kabul eden bu görüşe yöneltilebilecek eleştiriler bir yana bırakılacak olursa, failin geçmişteki hayat tarzını ele almak kusurluluktan çok cezaların bireyselleştirilmesi ile ilgili bir konudur. Suçun bir unsuru olarak kusurluluk söz konusu olunca bunun objesi olarak failin kişiliği değil, somut olay göz önünde tutulmalıdır. Çünkü bir kimseyi kusurlu yapan, neticeye sebep olan icrai veya ihmali hareketidir. Failin hareket ve yaşayış tarzı her zaman değişebilir ve fail yeni bir kişilik kazanabilir. Bütün bu sebeplerle kusurluluğun sadece işlenen fiili kapsadığını kabul etmek gerekir¹⁴⁷. Failin kişiliği, oluş şekli, olsa olsa cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında göz önünde bulundurulabilecek bir durum olabilir¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Mantovani (2001), s. 298; Antolisei (2003), s. 300.

¹⁴⁵ Toroslu (2005a), s. 129.

¹⁴⁶ Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 906, s. 217.

¹⁴⁷ İçel (1967), s. 8.

¹⁴⁸ Pagliaro (2003b), s. 340.

4.3. Objektif Sorumluluğun Esası

4.3.1. Genel olarak

Ceza sorumluluğunun gelişim aşamalarını incelerken değinildiği üzere, çağdaş ceza hukukunda failin sorumlu olabilmesi için, netice ile failin yaptığı hareket arasında nedensellik ilişkisinin bulunması yeterli görülmez. Ceza hukukunun bugün geldiği noktada, sorumluluk için eylemle fail arasında psikolojik bir ilişkinin de bulunması gerekir. Yani, ceza hukukunda sübjektif sorumluluk esas alınmıştır. Failin sorumluluğunu belirleyebilmek için kişinin eylemdeki kusurunun araştırılması gerekir¹⁴⁹.

Objektif sorumluluk ise kusurun araştırılmadığı, iradi olarak yapılan hareketin hukuka aykırı olmasının, sorumluluk için yeterli görüldüğü sorumluluk türüdür. Failin hareketinden sorumlu tutulabilmesi için failin hareketiyle meydana gelen netice arasında nedensellik ilişkisinin varlığı yeterlidir. Bu nedenle, bu tür sorumluluğa nedensellik bağı sorumluluğu da denmektedir. Bu sorumluluk şeklinde, neticenin fail tarafından irade edilip edilmediği araştırılmaz. Objektif sorumluluk, kusurlu sorumluluk ile başkasının fiilinden dolayı sorumluluk arasında yer alan bir sorumluluk biçimidir¹⁵⁰. Çağdaş ceza hukukunda, fail ile eylem arasındaki psikolojik bağı araştırılmadığı sorumluluk türleri yer almamalıdır.

4.3.2. Objektif sorumluluğun esasına ilişkin görüşler

Objektif sorumluluk, esasen psikolojik unsur bakımından gösterdiği özellikler dolayısıyla eleştiriye uğramaktadır. Bu nedenle objektif sorumluluk ile kusur arasındaki ilişkinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu belirleme daha çok objektif sorumluluktan neyin anlaşılması gerektiği ile doğrudan ilgilidir. Gerçekten ceza hukukunda kusursuz sorumluluk şeklinin olamayacağını iddia edenler, doğal olarak objektif sorumluluk biçiminde mutlaka psişik yapının var olduğu savını ileri sürmektedirler. Objektif sorumluluğu, sübjektif nitelikte gören düşüncelerin dayandıkları esaslar ve kavramların

¹⁴⁹ Centel vd. (2008), s. 413.

¹⁵⁰ Özen (1998), s. 77.

ise farklı olduğu gör÷lmektedir. Bunun yanında objektif sorumluluk hipotezlerinde iradi bir davranışın dahi bulunmadığı da ileri sür÷lmüştür. Burada objektif sorumluluğun sübjektif sorumluluk karşısındaki durumunu değerlendiren düşünceler, belli gruplandırmalar yapılarak ele alınacak ve bunlara yapılan eleştiriler belirtilecektir. Bu değerlendirmeler ışığında objektif sorumluluk konusundaki yaklaşımımız ortaya konulacaktır.

4.3.2.1. Objektif sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu yönündeki anlayış

Öğretideki hakim kanaat objektif sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu yönündedir. Böyle düşünenler, objektif sorumluluğu tamamen sübjektif sorumluluk dışında bir durum olarak görürken, gerekçeleri farklı olmakta, sonuçta da değişik açıklama biçimleriyle farklı sonuçlara varmaktadırlar. Objektif sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak kabul edenlerin birleştikleri konu ise, bu sorumluluk türünde kusurun bulunmadığıdır¹⁵¹.

Bununla birlikte, objektif sorumluluğun iradi bir fiilin varlığını ortadan kaldırıp kaldırmadığı ve buna bağlı olarak hareket ile netice arasında nedensellik bağının varlığının aranıp aranmayacağı konusunda söz konusu düşünceler arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu gruba dahil düşünceler, hareketin iradiliğinin kabul edilmesi veya reddedilmesi şeklinde bir ayırım yapılarak gruplandırılabilir¹⁵².

4.3.2.1.1. Objektif sorumlulukta hareketin iradiliğinin aranmadığı yönündeki anlayış

Objektif sorumluluğu kusursuz ve istisnai bir sorumluluk durumu olarak kabul edenlerden bir kısmı objektif sorumluluktan bahsedebilmek için maddi bir hareketin varlığının yeterli olduğunu, harekete yönelik bir iradenin aranmadığını ileri

¹⁵¹ Antolisei, F. (1955). Colpa per inosservanza di leggi e responsabilità oggettiva. *Scritti di diritto penale*. Milano, Giuffrè, s. 323-343; Özek Ç. (1972). *Basın suçlarında ceza sorumluluğu*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1795, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 397, s. 210.

¹⁵² Özek (1972), s. 210.

sürmektedirler¹⁵³. Bazı yazarlar, İCK'nın 42/3. maddesinin¹⁵⁴, tamamen “kusursuz ve üçüncü kişinin fiilinden sorumluluk” şekline olanak verdiğini ve hareketin iradiliği aranmadığı gibi, hareket ile netice arasında bir nedensellik bağının bulunmasının da istenmediği düşüncesindedirler¹⁵⁵.

Bu düşünceden yana olanların görüşlerini değişik temellere dayandırdıkları da görülmektedir. Bir görüşe göre aslında “objektif sorumluluk”tan değil, “anormal sorumluluk”tan söz etmek gerekir. Çünkü “sorumluluk” kavramı iradi bir hareketle meydana getirilen sonucun, kusur nedeniyle kişiye yüklenebilmesi anlamına gelir. Objektif sorumluluk olarak kabul edilen durumlarda, kişi hiçbir iradi hareketi bulunmadığı halde salt bulunduğu durum nedeniyle ve tamamen kendisine yabancı bir sonuçtan sorumlu tutulmaktadır. Süjenin davranışına yabancı bir netice dolayısıyla “ex lege” (yasa ile düzenlenmiş) bir sorumluluk söz konusudur¹⁵⁶.

Bir başka görüşe göre ise, objektif sorumluluk durumunda bir “kast varsayımı” söz konusudur. Objektif sorumlulukta, istek ve irade bulunmamasına rağmen fail sorumlu tutulmaktadır. Kanun belli durumlarda bir “kast varsayımı” kabul etmekte ve böylece suç için gerekli maddi ve manevi unsurların varlığını araştırmaya gerek duymadan sorumluluğu öngörmekte ve aksinin kanıtlanması olanağını da tanımamaktadır.

Objektif sorumluluğu, “netice sorumluluğu” (responsabilità per evento) olarak anlayan bazı yazarlar, faili sorumlu tutabilmek için sonucu doğurmaya yönelik iradi bir hareketinin varlığını araştırmaya gerek olmadığı görüşündedirler. Netice sorumluluğundan anlaşılan, failin ortaya çıkan sonuçtan “taksir varsayımı”na dayanılarak sorumlu tutulmasıdır¹⁵⁷. Neticeden sorumluluk hem doğal neticeden sorumluluk hem de hukuki neticeden sorumluluk olarak anlaşılmalıdır.

¹⁵³ Aliotto, M. (1942). La responsabilità obiettiva penale. *Riv. dir, penit.*, s. 764 vd.'den aktaran A. Santoro (1958). *Manuale di Diritto Penale, I*. Torino: UTET, s. 347.

¹⁵⁴ İCK m. 42/2 gereğince cürümlerde sorumluluk için failin kasten ve kanunun açıkça belirttiği hallerde kastın aşılması ve taksirle hareket etmesi gerekir. İCK m. 42/ 3'de ise failin sadece icrai veya ihmali hareketi dolayısıyla sorumlu olacağı haller de öngörülmüştür.

¹⁵⁵ Sabatini, G. (1935). *Istituzioni di diritto penale, Vol. I, PG.* (2. ed.). Roma: Societa editrice del Foro Italiano, s. 219-220, 232; Özek (1972), s. 211.

¹⁵⁶ Sabatini, G. (1935), s. 349. Ayrıca bu düşünce ve eleştirisi için bkz. S. Ranieri (1952). *Manuale di diritto penale I, PG.* Padova: Cedam, s. 307.

¹⁵⁷ Bkz. Antolisei (1955), s. 323, 324; Özek (1972), s. 212.

Son olarak belirtelim ki, objektif sorumluluk durumunda, iradi bir hareketin ve bu hareketin meydana getirdiği neticenin sorumluluk için gerekli olduğunu kabul eden bazı yazarlar, objektif sorumluluktan başka anormal sorumluluk biçimlerinin bulunduğunu ileri sürmektedir. Anormal sorumluluğun objektif sorumluluktan farkı, iradi bir hareketin ve bu hareketle meydana gelen netice arasında bir nedensellik bağının aranmamasıdır. Objektif sorumluluğun bir türünü oluşturan basın suçlarında ceza sorumluluğu buna örnek gösterilmektedir¹⁵⁸.

Bu grupta yer alan düşünceler, objektif sorumluluğun kusurluluk yönünden gerçek niteliğini ortaya koymaktan uzaktır. Çünkü objektif sorumluluk, “iradi fiili” değil “kusurluluğu” ortadan kaldırmaktadır¹⁵⁹. Yani burada, psişik unsurun varlığının araştırılmasından vazgeçilmektedir¹⁶⁰. Buna karşılık ceza hukukunda “fiilsiz suç olmaz” ilkesi mutlak olup, bunun istisnası yoktur¹⁶¹. Ceza hukuku alanında, tesadüf ve kaza hallerinde sorumluluktan bahsedilemez. Oysa herhangi bir iradi fiili bulunmadığı halde sorumluluk söz konusu olursa, bu sorumluluk, objektif sorumluluk durumunu da aşan bir “tesadüf sorumluluğu”nu oluşturur. Nitekim İCK’nın 42. maddesinin 1. bendinde de gösterilen “hareketin bilinçli ve iradi olması” kuralı tüm sorumluluk türleri bakımından geçerli ve mutlak bir kuraldır¹⁶². Ayrıca objektif sorumluluğu, süjeye yabancı bir netice dolayısıyla “ex lege” bir sorumluluk türü olarak anlayan düşünce İCK’nın düzenlemesi ile çelişmektedir. Çünkü kanun, açıkça neticenin hareketin sonucu olması koşulunu öngörmektedir¹⁶³.

4.3.2.1.2. Objektif sorumlulukta “kusurluluğun” aranmadığı yönündeki anlayış

Bu anlayışa göre objektif sorumluluğun suçun maddi unsuru ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu sorumluluk fail ile fiil arasındaki psikolojik bağın bulunması

¹⁵⁸ Bkz. Özek (1972), s. 212.

¹⁵⁹ Özek (1972), s. 212.

¹⁶⁰ Antolisei (2003), s. 336; G. Santaniello ve L. Maruotti (1990). *Manuale di diritto penale*, PG. Milano: A. Giuffrè, s. 340; F. Ramacci (1988). *Istituzioni di diritto penale*. Torino: G. Giappichelli, s. 172.

¹⁶¹ Antolisei (2003), s. 191; Mantovani (2001), s. 151; Fiandaca ve Musco (1989), s. 140.

¹⁶² Antolisei (2003), s. 337.

¹⁶³ Ranieri (1952), s. 307.

kuralına istisna getiren bir sorumluluk biçimidir; her ne kadar failin kasıtlı veya taksirli olması söz konusu değilse de, hareketinin bilinçli ve iradi olması zorunludur¹⁶⁴. Objektif sorumlulukta, iradi bir hareketin ve bu harekete bağlanabilen bir netice ile maddi nedensellik bağının varlığı zorunludur¹⁶⁵. Ayrıca, objektif sorumluluk durumunda da, fail kendi fiilinin yarattığı neticeden sorumlu tutulur ve bu nedenle üçüncü kişinin fiilinden sorumluluk halleri objektif sorumluluk olarak değerlendirilemez¹⁶⁶.

Bu grup altında yer alan düşünceler, iradi fiilin varlığı konusunda birleşmelerine rağmen, kusurluluğun ne anlama geldiği konusunda farklılaşmaktadırlar¹⁶⁷. Bu grupta yer alan yazarlardan bazılarına göre, objektif sorumluluk durumunda netice, iradi ve bilinçli bir hareket tarafından meydana getirilmiş olsa da, bu neticenin faile yüklenilmesinde kastın veya taksirin varlığı aranmaz¹⁶⁸.

O halde bu gruba dahil yazarlardan bir kısmının belirttiği gibi objektif sorumluluk halinde sübjektif unsurlar dikkate alınmaksızın fail kendi fiilinden sorumlu tutulmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, objektif sorumluluğu öngören kanunlarda, objektif cezalandırma şartları, kastın aşılması, sarhoşlukla işlenen suçlardan sorumluluk, iştirakte ortakların ağır neticeden sorumlu tutulması, mağdurun yapı ve niteliklerine ilişkin hata halleri objektif sorumluluğun örnekleri olarak gösterilebilir¹⁶⁹.

Bir başka görüşe göre ise objektif sorumluluk hallerinde, taksir veya kastın kanıtlanmasından bağımsız olarak, failin kendi iradi hareketinden meydana gelen neticeden sorumlu olduğunu kabul etmek gerekir. Objektif sorumluluk hallerinde, neticeye ilişkin psişik bağ dikkate alınmaksızın, sadece davranışın iradiliğine dayanılarak sorumluluk tespit edilmektedir¹⁷⁰. Objektif sorumluluktan söz edilebilmesi için failin neticeye kusurlu hareketi ile sebebiyet vermiş bulunup bulunmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Ancak bu objektif sorumluluğun kusursuz sorumluluk

¹⁶⁴ R. Pannain (1962). *Manuale di diritto penale, I*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, s. 410; Özek (1972), s. 213.

¹⁶⁵ Ramacci (1988), s. 172.

¹⁶⁶ Bkz. Özek (1972), s. 213.

¹⁶⁷ Bkz. Özek (1972), s. 213.

¹⁶⁸ B. Petrocelli (1955). *La colpevolezza*. (3. ed.). Padova: CEDAM, s. 27; Ranieri (1952), s. 202; Pannain (1962), s. 416.

¹⁶⁹ Bkz. E. Florian (1934-1939). *Trattato di diritto penale*. Milano: Vallardi, s. 442; Özek (1972), s. 214.

¹⁷⁰ Santoro (1958), s. 404, 405.

(kast ve taksire dayanmayan sorumluluk) olarak nitelendirilmesine neden olmamalıdır¹⁷¹.

Objektif sorumlulukta sadece “kusurluluğun” aranmadığı yönündeki diğer bir görüşe göre ise, objektif sorumluluğun karakteristik özelliği bir neticenin, kast veya taksirin varlığından bağımsız olarak sadece maddi nedensellik bağına dayanarak faile isnat edilmesidir. Objektif sorumluluk hallerinde, fail, hiç kınanmasa bile hareketinin doğurduğu neticelerden sorumlu olmaktadır. Özetle, objektif sorumluluk, sebebiyet verilen neticeler bakımından, süjenin psişik davranışı üzerindeki her tür araştırmadan vazgeçmekte, fakat maddi nedensellik bağının varlığını aramaktadır. Bu nedenle, üçüncü kişilerin sorumluluğu ile karıştırılmamalıdır. Ayrıca, aksini iddia edenler bulunmakla birlikte, başlı başına İtalyan Anayasası’nın 27. maddesinde ve Türk Anayasası’nın 38/7. maddesinde hükme bağlanan “cezaların şahsiliği” kuralı ile çelişmemektedir¹⁷².

Bir başka görüş ise objektif sorumluluk hallerinde de failin iradesine dayanan icrai veya ihmali hareket ile netice arasında sübjektif bir bağın bulunduğu, sadece failin cezalandırılması bakımından objektif cezalandırma şartının öngörüldüğünü savunmaktadır. Dolayısıyla netice objektif olarak faile isnat edilmektedir¹⁷³. Bu teoriye karşılık, somut olayda fail ile fiili arasında psişik bir bağ mevcut olsa dahi kanunun bu psişik bağın varlığına veya yokluğuna bakılmaksızın failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulduğu yönünde eleştiriler yöneltmiştir¹⁷⁴.

4.3.2.2. Objektif sorumlulukta kusurluluğun varsayıldığı yönündeki anlayış

Bu anlayışı savunan yazarlardan bir kısmı objektif sorumluluk durumunda bir normun ihlalinin başka hiçbir araştırmaya gerek olmaksızın taksiri meydana getirdiği

¹⁷¹ Bkz. Özek (1972), s. 213.

¹⁷² Antollsei (2003), s. 336.

¹⁷³ Manzini (1961), s. 733.

¹⁷⁴ Mantovani (2001), s. 370.

noktasından hareket etmektedirler¹⁷⁵. Bu durumda, somut olayda taksirin şekil şartlarının varlığı aranmaksızın, tipik fiilin somut olayda bulunması halinde taksir varsayılmaktadır. Burada aslında netice sorumluluğu söz konusudur¹⁷⁶. Burada normun ihlali halinde neticenin öngörülebilir olup olmadığı araştırması yapılmamakta, normun ihlal edildiği durumlarda neticenin öngörülebilir olduğu kabul edilmektedir. Burada kanun aksinin ispatı mümkün olmayan bir karine kabul etmiştir¹⁷⁷.

Objektif sorumlulukta kusurluluğun varsayıldığı yönündeki diğer bir görüş ise, objektif sorumlulukta, gerçekte bir kast sorumluluğunun söz konusu olmadığını, ancak kanunun, faili kasıtlı neticeden sorumlu tutarak, fiilin kasten işlendiği hususunda bir kast karinesi kabul ettiğini ileri sürmektedir¹⁷⁸. Bu görüş, ceza hukuku alanında, özellikle kusur konusunda, olmayan bir şeyin varmış gibi kabul edilemeyeceği, ceza hukukunda varsayıma yer olmadığı eleştirisiyle karşılaşmıştır¹⁷⁹.

4.3.2.3. Objektif sorumluluğu kusur sorumluluğu içinde değerlendiren anlayış

Bu anlayışa göre¹⁸⁰, ceza hukukunda sorumluluk sübjektif esaslara dayanmak zorundadır. Ceza hukukunda özel hukuktaki kusursuz sorumluluk hallerine yer verilemez¹⁸¹. Objektif sorumluluğun da sübjektif temelleri bulunmaktadır. Ancak bu sübjektif temellerin ne olacağı konusunda öğretilde çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Objektif sorumluluğun sübjektif unsurun özel bir türü olduğu yönündeki anlayışa göre, bir fiilin suç teşkil edebilmesi için fiilin kast, taksir veya kastın aşılması suretiyle işlenmesi gerekmektedir. Fail ile fiil arasında sübjektif bağın bulunmadığı fiiller ceza

¹⁷⁵ O. Vannini (1939). *Istituzioni di Diritto Penale*, PG. Firenze: Carlo Cya, s. 129,130; G. Bettiol (1962). *Diritto penale PG*. (5. ed. riveduta e aggiornata). Palermo: G. Priulla, s. 385; G. Delitala (1930). *Il fatto nella teoria generale del reato*. Padova: Cedam, s. 157.

¹⁷⁶ Vannini (1939), s. 129,130.

¹⁷⁷ Bettiol (1962), s. 385; Delitala (1930) s. 157.

¹⁷⁸ L. Galli (1949). *La responsabilita penale per le conseguenze non volute di una condotta dolosa*. Milano: A. Giuffre, s. 27

¹⁷⁹ Santoro (1958), s. 400.

¹⁸⁰ Objektif sorumluluğu kusur sorumluluğu kapsamında değerlendiren görüşlere yönelik eleştirileri için Bkz. Özen (1998), s. 69 vd.

¹⁸¹ Özek (1972), s. 216.

hukukunun alanı dışında kalır. Bu nedenle, objektif sorumluluk olarak isimlendirilen durumlar kusursuz sorumluluk değildir, bu hallerde de mutlaka kast, taksir veya kastın aşılması söz konusudur¹⁸².

4.3.2.3.1. Objektif sorumluluğu kast sorumluluğu içinde değerlendiren anlayış

Objektif sorumluluk durumlarında da fail ile fiil arasında psişik bir bağın bulunduğu görüşünde olan yazarlardan bazıları, bu psişik bağın kast şeklinde ortaya çıktığını kabul ederler.

Objektif sorumlulukta, pek hafif kast vardır; en azından fail neticeye peşinen rıza gösterir. Fail neticeyi öngörebilecek bir durumdadır, neticenin gerçekleşmesi ihtimali yüksektir fakat fail buna rağmen fiiline devam etmekte, neticeyi önleme çabası göstermemektedir. Bu durum failin neticeyi tahmin edip istemesi, neticenin meydana gelmesi bakımından rızasının bulunduğu anlamına gelmektedir¹⁸³.

Objektif sorumluluğu kasıtlı sorumluluk kapsamında değerlendiren diğer bir görüş ise, objektif sorumlulukta, başta hukuka aykırı bir fiilin bulunduğu, ancak bunun sonucunda failin iradesinin tamamen yönelmediği bir neticenin meydana geldiği, failin başlangıçta normlara aykırı bir fiilinin bulunması sebebiyle istenmeyen neticeden sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu nedenle objektif sorumluluk hallerinde kendine özgü bir kastın aşılmasının söz konusu olduğu ileri sürülmektedir. Ancak objektif sorumluluk hallerinde failin neticenin öngörülebilir olmadığını ispat etme imkânı bulunmamaktadır¹⁸⁴.

¹⁸² A. Rocco (1932- 1933). L'Ogetto del reato e della tutela giuridica penale contributo alle teorie generali del reato della pena. *Opere giuridiche, I*. Roma: Foro Italiano, s. 142-144; N. Kunter (1949). *Suçun kanuni unsurları nazariyesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi yayınları: 430, Hukuk Fakültesi: 94, Doktora ihtisas kurları serisi: 12, s. 101.

¹⁸³ Maggiore (1958), s. 439. Bu görüş şu şekilde eleştirilmektedir: İCK'nun 42. maddesinde fail ile fiili arasındaki psişik bağın, kast, taksir ve kastın aşılması şeklinde ortaya çıkabileceği öngörülmüştür. Eğer objektif sorumluluk durumları kasıtlı sorumluluk halleri içinde değerlendirilirse, İCK'nın 42/1. maddesi varken 42/3. maddesinin konulmasına gerek kalmazdı. Üçüncü fıkranın öngörülmüş olması kanun koyucunun, objektif sorumluluğu kasıtlı sorumluluk olarak kabul etmediğinin göstergesidir. Ranieri (1952), s. 261; Santoro (1958), s. 401; Özek (1972), s. 217.

¹⁸⁴ Bkz. Galli (1949), s. 26.

4.3.2.3.2. *Objektif sorumluluğu taksir sorumluluğu içinde değerlendiren anlayış*

Objektif sorumluluk durumlarında da fail ile fiil arasında psikik bağın bulunduğu görüşünü benimseyen yazarlardan bir kısmı, objektif sorumluluk hallerinde hafif taksir¹⁸⁵ sorumluluğunun söz konusu olduğunu ileri sürerler. Bu görüşe göre, failin hareketi iradidir; fakat büyük dikkat ve özenle tahmin edilip, önlenmesi mümkün olan netice fail tarafından tahmin edilip, istenmemiştir. Aslında burada, büyük bir dikkat ve özen gösterilse dahi öngörülüp önlenmesi mümkün olmayan neticeler olan kaza ve tesadüften farklı olarak objektif sorumluluk durumunda failin sorumluluğuna gidilmesini sağlayan hafif derecede taksir söz konusudur¹⁸⁶. Nitekim objektif sorumluluğa madde başlığında açıkça yer veren İtalyan Ceza Kanunu'nda, objektif sorumluluk hallerinde failin hareketi sonucu meydana gelen neticenin, iradi olmayan bir hareketin ürünü olmasından söz edilmemektedir. Burada ortalama insan tarafından öngörülebilir olmayan bir neticenin varlığı söz konusudur. Öngörülemez bu netice normalde taksirin oluşumuna neden olmaz ve dolayısıyla suç oluşmaz. Ancak kanun koyucu çok hafif taksirin varlığını suçun varlığı için yeterli görebilir. Objektif sorumluluk olarak adlandırılan hallerde de netice açısından çok az düzeyde bir taksir bulunmaktadır ve kanun faili bu pek hafif taksirden dolayı cezalandırmaktadır. Objektif sorumluluk hallerinde de kaza ve tesadüften sorumluluk söz konusu değildir¹⁸⁷.

Objektif sorumlulukta hareketin kanuna aykırılığı taksirin göstergesidir, ancak objektif sorumluluk hallerinde fail taksirinin gerektirdiğinden daha ağır bir şekilde cezalandırılmaktadır¹⁸⁸.

Bu görüş taksirin normal taksir, pek hafif taksir şeklinde ikiye ayrılmasının mümkün olmadığı ve pek hafif taksir hallerinde artık cezalandırmaya gerek olmadığı

¹⁸⁵ Öğretide taksirin ağır, hafif ve pek hafif olarak üçe ayrılabilmesi belirtilmiştir. Taksirin derecesi, neticenin öngörülebilirliğinin kuvvet derecesi ile ilgilidir. Fail herkesçe veya çoğunlukça öngörülebilecek olan neticeyi öngörmemişse ağır taksir, çoğu kişinin öngöremeyeceği neticeyi failin de öngörmemesi halinde ise hafif taksir vardır.

Genellikle başka ülkelerde (Danimarka, Norveç, Brezilya) taksirin pek hafif olduğu halde bunun kaza ve tesadüfe yaklaştığı ve ceza hukukunun dışında kalmış olması gerektiği belirtilmektedir. Önder (1992b), s. 308.

¹⁸⁶ Battaglini (1936), s. 36-38; bkz. Toroslu (2001), s. 111; Özek (1972), s. 218.

¹⁸⁷ Battaglini (1936), s. 37; Antolisei (2003), s. 335. Galli (1949), s. 26.

¹⁸⁸ Bkz. Galli (1949), s. 26.

yönünde eleştirilmektedir. Taksir seviyesine dahi ulaşmamış bir kusurda failin cezalandırılmasının ceza siyaseti ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir¹⁸⁹. Ayrıca pek hafif taksir kavramı oldukça belirsiz bir kavram olmakla eleştirilmiştir. İcrai veya ihmali hareketin iradi ve bilinçli olması, fail ile netice arasında sübjektif bir bağın varlığını da kanıtlamaz¹⁹⁰.

4.3.2.3.3. Objektif sorumluluğu kusurlu sorumluluk kapsamına almakla birlikte onu kast veya taksir içerisinde incelemeyen anlayış

Objektif sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ya da tehlike sorumluluğu olarak kabul etmeyen ancak onu kast veya taksir içerisinde değerlendirme gereğini de duymayan görüş, kusursuz sorumluluk olmaz ilkesinin ceza hukukunun vazgeçilmez bir ilkesi olduğunu vurgulamakta ve kanunun aksini öngörmesinin çelişki teşkil edeceğini belirtmektedir. Bu görüş içerisinde kalmakla beraber yazarlar objektif sorumluluğun sübjektif temelini farklı unsurlara dayandırmaktadır.

Öğretideki bir görüşe göre, failin kusuruna dayanmayan fiil ceza hukukunun kapsamı dışında kalır. Bununla birlikte, failin iradi davranışları ona kanunca yüklenmiş birtakım “hukuki yükümlülük”lerin ihlali sonucunu doğurabilir. Söz konusu yükümlülük ihlali ise sorumluluğun nedenini oluşturur¹⁹¹. Bu anlayışta fiilin faile aidiyeti ve iradiliğinin kusurluluğu ifade ettiği ve fiilin iradiliğinin objektif sorumluluğun sübjektif temelini oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁹². Bu görüş, objektif sorumluluk hallerinde de hareketin iradiliğinin zaten aranmakta olduğu, ancak kusurluluğun, neticeyi de kapsayacak şekilde fiilin tamamına ilişkin olması gerektiği, bunun göz ardı edilmekte olduğu şeklinde eleştirilmiştir¹⁹³.

Diğer bir görüş ise salt objektif sorumluluğun mevcut olmadığını, çünkü objektif sorumluluk hallerinde de neticenin fail tarafından tasavvur edilebileceğini ifade eder.

¹⁸⁹ Bkz. Özen (1998), s. 54.

¹⁹⁰ Antolisei (2003), s. 335; Toroslu (2001), s. 110.

¹⁹¹ Rocco (1932- 1933), s. 142-144; Özek (1972), s. 219-220.

¹⁹² A. De Marsico (1940). Colpa per “inosservanza di leggi” e reato aberrante. *ADPP*, s. 237 vd.

¹⁹³ Santoro (1958), s. 404.

Neticenin tasavvur edilebilir olması, objektif sorumluluk durumlarının sübjektif nitelik kazanmasını sağlar. Bu durumda, neticenin tasavvur edebilir olmasından doğan sorumluluk, bağımsız bir kusurluluk şekli olarak kendini göstermektedir. Ceza hukukunda neticenin süjeye yüklenilmesi isnat yeteneğinin bulunmasına ve hareketin iradi olmasına dayanmaktadır. Objektif sorumlulukta isnat yeteneğinin aranması, objektif sorumluluk denilen hallerde de gerçekleşen neticenin tasavvur edilebilir olmasını gerektirir. Eğer kanun bir fiilin işlenmemesini emrediyorsa ve bu emre uymayarak meydana getirilen neticeyi hareketin failine yüklüyorsa, kanun o neticenin tasavvur edilebilir olduğunu kabul ediyor demektir. Fail fiili işleyerek kanun tarafından kendisine yüklenen neticeyi tasavvur etme ödevine aykırı davrandığı için, bu fiil faile isnat edilmektedir. Bu durumda objektif sorumluluk hallerinde psişik unsur, norm tarafından neticeyi önleme ve tasavvur etme şeklinde faile yüklenen ödevin, fail tarafından ihmal edilmesinde kendini göstermektedir¹⁹⁴. Bu görüş tasavvur edebilme ile öngörebilmeyi anlattığı ve bu durumun teoriyi objektif sorumlulukta taksirin varlığı görüşünü savunan yazarlarla aynı noktaya getirdiği eleştirisiyle karşılaşmıştır. Ayrıca söz konusu teori objektif sorumluluğun kaza ve tesadüf hallerinde de sorumluluğu gerektirdiği şeklindeki görüşü yönünden de eleştirilmekte, kaza ve tesadüfün objektif sorumluluk hallerinde de failin cezalandırılmasına engel olduğu vurgulanmaktadır. Çünkü netice kesinlikle öngörülmesi imkânsız bir netice ise, iradi hareketle netice arasında nedensellik bağının varlığından söz edilemez, oysa objektif sorumlulukta, söz konusu bağlantının kurulması şarttır¹⁹⁵.

Objektif sorumluluğu kusurlu sorumluluk kapsamında değerlendiren görüşlerden bir başkası ise, objektif sorumluluğu, “uygun nedensellik teorisini” esas alarak sübjektif temele oturtma yolunu seçmiştir. Bu düşüncede, uygun nedensellik teorileri, maddi nedensellik ilişkisi ile kusurluluğu birleştirilen bir nitelik taşımaktadır¹⁹⁶. Bu teori gereğince objektif sorumluluk hallerinde de hareketin iradi olması gerekir. Kural olarak, bir neticeden sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, uygun nedensellik teorisi

¹⁹⁴ V. Cavallo (1937). *La responsabilita obbiettiva nel diritto penale*. Napoli: Jovene. Cavallo'nun bu eseri, objektif sorumluluk konusunda yazılmış uzun bir eser olmasına rağmen yazarın genellikle başka görüşleri eleştirmekle yetindiği, sonuçta vardığı görüşün de net olmadığı eleştirisine maruz kalmıştır. Özek (1972), s. 221.

¹⁹⁵ Santoro (1958), s. 403.

¹⁹⁶ Özek (1972), s. 222.

uyarınca, olay hakkında mutlaka “objektif” ve “sübjektif” değerlendirmelerin yapılması, bu değerlendirmelerin sonucunda sorumluluk konusunda bir yargıya varılması gerekmektedir. Objektif değerlendirme aşamasında nedensellik bağı hakkında suç yolunda geriye doğru gidilerek hareketin yapıldığı anda, bu hareketin gerçekleşen neticeyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığı tespit edilmekte, yapılan hareketten somut olay göz önünde bulundurularak neticenin öngörülüp öngörülemediği araştırılmaktadır. Objektif sorumluluk hallerinde, sübjektif sorumluluk hallerinden farklı olarak, sorumluluk bakımından “objektif değerlendirme” ile yetinilmekte, “sübjektif değerlendirme” yani failin harekete geçerken neticeyi öngörmüş olup olmadığı yönündeki araştırma yapılmamaktadır. Objektif sorumluluk hallerinde kusur, öngörülebilir neticenin fail tarafından öngörülmemesidir. Ancak objektif sorumluluk hallerinde failin neticeyi gerçekten öngörmüş olup olmadığı araştırması yapılmaz. Fail öngörülebilir neticeyi meydana getirecek hareketi iradi olarak yaptığı için kusurludur¹⁹⁷. Meydana gelen netice, öngörülebilir nitelikte olmayan bir netice ise, objektif sorumluluğun söz konusu olabileceği bir hükmün ihlali hallerinde dahi bu neticeden failin sorumlu tutulması mümkün değildir¹⁹⁸. Bu görüş, soyut olarak kusurun kabulü sonucunu doğurmakla ve aksinin ispatına imkân tanımamakla eleştirilmiştir. Sonuçta bu düşünce, objektif sorumluluğu, nedensellik bağının varlığına bağlar ve özünde sübjektif bir esasa dayanmaz. Somut olayda ve faili ele alarak kusur durumu incelenmedikçe, sorumluluğun sübjektif temele oturtulmasının mümkün olamayacağı ifade edilmiştir¹⁹⁹.

4.3.3. Objektif sorumluluğun unsurları

Objektif sorumluluğun ne zaman söz konusu olduğunu belirlemek ve objektif sorumluluk ile sübjektif sorumluluğun sınırlarını çizebilmek için objektif sorumluluğun unsurlarının belirlenmesi gerekmektedir. Objektif sorumluluğun unsurlarının neler olduğu hususunda öğretilerde tam bir birlik bulunmamaktadır. Objektif sorumluluğun unsurları olarak genellikle üzerinde uzlaşılan hususlar şunlardır²⁰⁰:

¹⁹⁷ Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 1011, s. 313.

¹⁹⁸ İçel (1967), s. 127-128.

¹⁹⁹ Özek (1972), s. 222; Görüşlerin eleştirisi için bkz. Toroslu (2001), s. 112.

²⁰⁰ Bu unsurlara ek bazı unsurları arayan yazarlar olduğu gibi bu unsurlardan bir kısmını objektif sorumluluk açısından dikkate almayan yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin Pagliaro, objektif

- a. Neticeye sebep olan hareketin iradi olması
- b. Neticenin gerçekleşmesi
- c. Hareket ile netice arasında maddi nedensellik bağının bulunması
- d. Gerçekleşen netice açısından failin kast veya taksirinin araştırılmaması

4.3.3.1. Neticeye sebep olan hareketin iradi olması

Objektif sorumluluk hallerinde her şeyden önce ortada icrai veya ihmali bir hareket bulunur. Sübjektif sorumlulukta olduğu gibi, objektif sorumlulukta da hareketin iradi olması gerekir. Objektif sorumluluğun istisnai bir sorumluluk türü olması, hareketin iradiliğinin aranmasını engellemez²⁰¹. Çünkü bu sorumluluk türünde kusur açısından bir özellik söz konusu olmasına karşılık, hareketin iradiliği açısından sübjektif sorumluluk hallerinden farklı bir özellik yoktur. Bu nedenle, objektif sorumluluk hallerinde de hareketin iradi olması aranır²⁰².

Öğretide objektif sorumluluk hallerinde, failin sorumluluğu için maddi bir hareketin varlığının yeterli olacağı, iradi bir hareketin bile aranmadığı görüşünün de ileri sürüldüğünü yukarıda belirtmiştik. Objektif sorumluluğu neticeden dolayı sorumluluk olarak anlayan ve kişinin iradi bir hareketi olmadığı halde bir neticeden sorumlu tutan bu görüş kabul edilemez. Çünkü objektif sorumluluk kusurluluk açısından özelliği olan bir sorumluluk biçimidir. Hareketin iradi olması ile kasıtlı veya taksirli olması farklı kavramlardır. Kast veya taksiri aynı temellere dayandırmak

sorumlulukta “neticenin öngörülebilir ve önlenabilir olması”nı da gerekli görmektedir. Bkz. A. Pagliaro (1991). Responsabilità obbiettiva. *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale – Studi in onore di Vassalli, vol. I.* Milano: Giuffrè, s. 179 vd.

Yargıtay da, 765 sayılı TCK’nın 439. maddesinde yer alan neticesi nedeniyle ağırlaşmış suçla ilgili olarak, Türk öğretisindeki genel yaklaşımı benimseyerek objektif sorumluluğun unsurlarını ve ayırt edici özelliklerini şöyle belirtmektedir: “Objektif sorumluluktan söz edebilmek için hareketin iradi olması ve hareketle netice arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Hareket iradi değilse ve hareket ile netice arasında illiyet bağı kurulamıyorsa, objektif sorumluluktan söz etmek mümkün değildir. Objektif sorumlulukta aranmayan husus netice bakımından faildeki kast veya taksirdir. Diğer bir deyişle, fail neticeyi istememiş olsa veya neticeyi öngörmesi gerekme bile, sorumluluğu kabul edilmekte, netice kastı veya taksiri bulunmadığı takdirde de ona yüklenmektedir”. CGK., 8.4.1985, 400/191, V. Savaş ve S. Mollamahmutoğlu (1995a). *Türk Ceza Kanununun yorumu, I.* Ankara: Seçkin, s. 559.

²⁰¹ Antolisei (2003), s. 337; Mantovani (2001), s. 152; Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 1010-1011, s. 312-313; Toroslu (2001), s. 112.

²⁰² Centel vd. (2008), s. 416.

amacıyla oluşturulan²⁰³ ve kast ve taksirin ortak psişik unsuru olarak hareketin iradiliğini kabul eden bir görüşe göre, iradi hareketin bulunduğu durumlarda sorumluluğun da sübjektif sorumluluk olduğu sonucuna varılır. Bu düşünce esasen kusurluluk ile maddi unsuru birbirine karıştıran bir niteliğe sahiptir. Hareketin iradi olması unsuru, kusurluluğa ilişkin kavramlarla açıklanamaz. Davranışın bilinçli ve iradi olması, suç ile suç olmayan arasındaki sınırı belirlemektedir²⁰⁴.

Uygulamada objektif sorumlulukta hareketin iradi olması gerekliliği vurgulanmaktadır. Yargıtay’a göre, objektif sorumluluktan söz edilebilmesi için hareketin iradi olması ve hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması gerekir²⁰⁵.

4.3.3.2. Neticenin gerçekleşmesi

Objektif sorumluluk hallerinde de failin sorumlu olabilmesi için netice bulunmalıdır. Burada çözümlenmesi gereken sorun, neticenin sadece tabiatçı anlamda neticeyi mi yoksa hukuki anlamda neticeyi mi ifade ettiğini tespit etmektir. Bir görüşe göre objektif sorumluluk halleri esasen maddi neticelere ilişkindir. Objektif sorumlulukla sadece nedensellik bağıni öngören suçlarda karşılaşılmaktadır. Dolayısıyla objektif sorumluluk halleri esasen maddi neticeli suç tiplerine ilişkindir²⁰⁶. Objektif sorumluluğun belirgin özelliği, failin gerçekleşen neticeden sadece maddi nedensellik temeli üzerinde sorumlu tutulmasıdır. Failin icrai veya ihmali hareketinin sonucundan nedensellik bağı esas alınarak sorumluluk kabul edildiğine göre, bu netice, ancak maddi anlamda netice olabilir²⁰⁷.

²⁰³ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için “4.4.2. Kusurluluğun Niteliği ve Kapsamına İlişkin Tarihi Gelişim” başlığına bakınız.

²⁰⁴ Özen (1998), s. 82-86.

²⁰⁵ YCGK, 8.4.1985-400/191, Savaş ve Mollamahmutoğlu (1995a), s. 806-809.

²⁰⁶ P. Nuvoione (1978). *Il sistema del diritto penale*. Padova: Cedam, s. 341, 342; bkz. Toroslu (2001), s. 113.

²⁰⁷ Özen (1998), s. 93.

Bunun yanında objektif sorumluluk hallerinde de failin sorumlu olabilmesi için ortada yasadaki suç tanımına uyan bir neticenin bulunması gerektiği yönünde de görüşler bulunmaktadır²⁰⁸.

4.3.3.3. Hareket ile netice arasında maddi nedensellik bağının bulunması

Öte yandan, objektif sorumluluk hallerinde failin yaptığı hareket ile meydana gelen netice arasında maddi nedensellik ilişkisi bulunması aranır²⁰⁹. Objektif sorumluluk suçun manevi unsuru ile ilgili bir konu olup, maddi unsura ilişkin bir değişiklik getirmez ve bu nedenle objektif sorumluluk durumunda, maddi nedensellik ilişkisinin bulunması gerekir. Aksi takdirde sorumluluk söz konusu olmaz²¹⁰.

Objektif sorumluluk durumunda, nedensellik bağı teorilerinden hangisinin benimseneceği konusunda öğretide bir birlik bulunmamaktadır²¹¹. Seçilecek olan nedensellik teorisine göre objektif sorumluluğun alanı genişleyip daralabilecektir. Bu nedenle bu konu önem taşımaktadır.

Öğretide bazı yazarlar kusurluluğun aranmadığı objektif sorumluluk durumunda, kusura dayanan bir sebebiyet görüşünün ölçü olarak ele alınamayacağı gerekçesiyle objektif sorumlulukta maddi nedensellik ilişkisinin şart teorisine (conditio sine qua non) göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Kusurluluğu normatif bir değerlendirme olarak kabul eden düşünceye göre maddi nedensellik ilişkisinin, kusurlulukla, hukuka aykırılıkla hiçbir ilgisi yoktur. Maddi nedensellik bağının tespitinde uygulanacak ölçünün de, tamamen tabii, fiziki bir ölçü olması gerekir. Bu durumda şartların eşitliği teorisi en uygun teoridir. Ayrıca, şart nazariyesi yönünden ileri sürülen eleştiri de yerinde değildir. Çünkü objektif sorumluluk durumunda istisnai

²⁰⁸ Bkz. Toroslu (2001), s. 112; Centel vd. (2008), s. 416.

²⁰⁹ Antolisei (2003), s. 335; Mantovani (2001), s. 367; Fiandaca ve Musco (1989), s. 469.

²¹⁰ Maddi unsurun varlığı için sadece bir davranışın varlığı ve bu davranışın ürünü olan bir neticenin bulunması yeterli değildir, ayrıca davranış ile meydana gelen netice arasında maddi nedensellik bağı da bulunmalıdır.

Objektif sorumluluk hipotezlerinde, maddi nedensellik ilişkisinin olmadığı, failin kendi iradi hareketinin ürünü olmayan neticelerden de sorumlu tutulduğunu iddia eden düşüncelere katılmak mümkün değildir. Özen (1998), s. 94 vd.; Özek (1972), s. 405.

²¹¹ Objektif sorumluluk konusunda benimsenmesi gereken nedensellik teorileri hakkında bkz. Özek (1972), s. 405; Antolisei (2003), s. 344; Toroslu (2001), s. 116; Dönmezer ve Erman (1997b), k.no.1011, s. 313.

bir sorumluluk şekli vardır ve neticeden sorumluluk şekli kanun tarafından gösterilmiştir. Bu nedenle sorumluluğun genişlemesi tehlikesi de mevcut değildir²¹².

Objektif sorumluluk hallerinde karma uygunluk teorisinin kabul edilmesini öneren görüş ise, objektif sorumlulukta objektif taksir değerlendirmesi ile yetinip, sübjektif taksir aşamasının, yani failin de bizim öngördüğümüz neticeyi harekete geçerken öngörmüş olup olmadığının araştırılmayacağını bildirmektedir²¹³.

Objektif sorumluluk hallerinde, failin sorumluluğunu belirlemede insani nedensellik anlayışının kabul edilmesi gerektiğini ileri süren yazarlara göre, objektif sorumluluk durumunda, özellikle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar grubunda, nedensellik bağının dikkatle değerlendirilmesi ve neticenin faile isnat edilmesinde, kabul edilebilir ölçüler içinde kalınması gerekir. Bu teori, özellikle şartların eşitliği teorisinin neden olduğu sorumluluk alanının genişlemesine karşı savunulan bir teori olarak görülmektedir²¹⁴.

Yargıtay’a göre, objektif sorumluluk kural dışı sorumluluk olduğu için bu tür sorumluluğu öngören maddelerin uygulanması sırasında dar yorum ilkesi benimsenmeli ve fiil ile netice arasında yakın, doğrudan ve etkin nedensellik bağı aranmalıdır. Böyle bir nedensellik bağının kurulamadığı durumlarda, fail sorumlu tutulmamalıdır²¹⁵.

²¹² Özek (1972), s. 405 vd.

Bu teorisinin eleştirisi için bkz. Antolisei (2003), s. 309; Cavallo (1937), s. 328.

Objektif sorumluluk halleri için şartların eşitliği teorisinin kabul edilmesi durumunda, teorisinin taraftarları, sorumluluk için failin davranışı ile gerçekleşen netice arasında nedensellik bağının yeterli olmadığını, ayrıca failin kusurlu olması gerektiği savunmasını da yapamayacaklardır.

²¹³ Dönmezer ve Erman (1997b), k.no.1011, s. 313. Bu görüş ile ilgili ayrıntılı bilgi için yukarıda değinilen “Objektif sorumluluğu kusurlu sorumluluk kapsamına almakla birlikte onu kast veya taksir içerisinde incelemeyen anlayış” konusuna bakınız.

²¹⁴ Antolisei (2003), s. 344; Toroslu (2001), s. 116.

²¹⁵ Y 10. CD, 10.12.1998-10133/12221, YKD XXVI, 6 (Haziran), s. 985 vd.

4.3.3.4. Gerçekleşen netice açısından failin kast veya taksirinin araştırılmaması

Objektif sorumluluk durumunda failin kast veya taksirinin bulunup bulunmadığı araştırılmamakta, yani hareketle netice arasında psikolojik bir ilişkinin varlığı aranmamaktadır²¹⁶.

Belirtelim ki, somut olayda failin kusurlu olması mümkündür. Fakat bu psişik durum cezalandırmada dikkate alınmadığı için, failin kast veya taksirinin bulunup bulunmadığı araştırılmamaktadır²¹⁷.

4.4. Kusur Sorumluluğunun Esası

4.4.1. Genel olarak

Hukuk devleti olmanın gereklerinden birisi de ceza sorumluluğu bakımından kusur ilkesinin hakim kılınmasıdır. Bu ilke Anayasa’da açık bir şekilde yer almasa da özellikle Anayasa’nın 38 maddesi 7. fıkrasında yer alan ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Öğretide de ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesi ile kusur bağlantılı kavramlar olarak ele alınmaktadır²¹⁸. Kusur ve kusurluluk kavramının içeriği ve suçun unsurlarına dahil olup olmadığı hususu Türk ceza hukukunda özellikle 5237 sayılı TCK ve 5271 sayılı CMK’nın yürürlüğe girmesi ile üzerinde en çok tartışılan konulardan biri haline gelmiştir²¹⁹.

Sübjektif sorumluluktan söz edilebilmesi için maddi nedensellik bağının yanında, eylemin faile yüklenmesini mümkün kılacak psişik-sübjektif bir bağın varlığı da gereklidir²²⁰. Fail ile hareket ve netice arasındaki bu psişik ilişki öğretide, manevi unsur,

²¹⁶ Toroslu (2001), s. 112.

²¹⁷ Mantovani (2001), s. 367, Antolisei (2003), s. 337; Santoro (1958), s. 411; Mantovani (2001), s. 544; Ardizzone (1984), s. 34; Fiandaca ve Musco (1989), s. 469.

²¹⁸ Centel vd. (2008), s. 44; Demirbaş (2007), s. 63; Öztürk ve Erdem (2008), s. 43; Y. Ünver (2006). YTCK’da kusurluluk. *CHD*, 1(1), (Ekim), s. 43.

²¹⁹ H. Zafer (2009). Türk ceza hukukunda kusur kavramı -normatif teorinin öne çıkışı- ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukukunun ayrılmazlığı. *Maltepe ÜHFD*, 2, s. 152.

²²⁰ Antolisei (2003), s. 291.

sübjektif unsur, kusur veya kusurluluk şeklinde isimlendirilmiştir^{221, 222}. Kusurluluk kavramının kapsamında sadece doğrudan kast, olası kast, bilinçsiz taksir ve bilinçli taksir kavramlarının mı yer aldığı yoksa failin kınanabilirliğinin de bu kapsam içerisinde mi incelenmesi gerektiği konusu da öğretide üzerinde farklı değerlendirmelerin yapıldığı bir konu olmuştur²²³.

Suçun unsuru olarak kusurluluk²²⁴ kavramını kullanmayı tercih eden klasik ceza hukuku öğretisinde, kusurluluğun niteliğinin ne olduğunu açıklamaya çalışan teoriler geliştirilmiştir. Bu teoriler psikolojik teori ve normatif teoridir.

²²¹ İtalyan öğretisinde manevi unsuru açıklamak için kullanılan kavramlar daha da çeşitlenmekte, isnat edilebilirlik (Manzini (1958), s. 68 vd.), kusurluluk (Mantovani (2001), s. 29 vd.; G. Marinucci ve E. Dolcini (2006). *Manuale di diritto penale, PG.* (2. ed.). Milano: Giuffrè, s.243 vd.; Cadoppi ve Veneziani (2004), s. 264 vd.; D. Pulitanò (2005). *Diritto penale*. Torino: Giappichelli editore, 329 vd.), suçun sübjektif görünümü (Pagliaro (2003b), s. 273 vd.), suçun sübjektif (manevi) unsuru (Antolisei (2003), s. 291 vd.; (1997). *Nozioni di diritto penale*. (a cura di Giovanni Flora-Paolo Tonini). Milano: Giuffrè, “Sübjektif Unsur” bölümünün yazarı: G. Flora ve F. Azzaroli, s. 43 vd.) terimleri kullanılmaktadır.

²²² Kusurluluk, hukuksal bir kavram olmadan önce teolojik ve felsefi bir kavram olarak ortaya çıkmıştır. Ayrıca kriminoloji ve psikoloji gibi diğer ampirik disiplinlerde de kendini göstermektedir. S. Canestrari vd. (2007). *Manuale di diritto penale, PG.* Bologna: Il Mulino, s.571.

Kusurluluk kavramı hukuk dilinde değişik anlamlarda kullanılmaktadır. Anayasa hukukunda ve ceza muhakemesi hukukunda kusurluluk ifadesi tipik fiili işlemiş olması dolayısıyla failin sorumluluğunu ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır. Ceza hukukunda ise ceza sorumluluğunun temelini oluşturan bir kavram olarak ele alınmaktadır. Bu ikinci anlamıyla kusurluluk ceza sorumluluğunun objektif sorumluluktan fail ile fiil arasındaki ilişkiyi arayan bir sorumluluk şekline dönüşmesini ifade eden, ceza sorumluluğunun gelişimiyle yakından ilgili bir kavramdır. O halde kusurluluk kavramı hiçbir ceza normunda açıkça tarifi verilmemiş olsa da, bugün bütün modern hukuk sistemlerinde maddi ceza hukukunun kurumlarından birini teşkil etmektedir. R. Giovagnoli (2008). *Studi di diritto penale, PG.* Milano: Giuffrè, s. 411.

²²³ Bkz. Centel vd. (2008), s. 343 vd.; H. Hakeri (2008). *Ceza hukuku genel hükümler*. (7. bası). Ankara: Seçkin, s. 150 vd.; Önder (1992b), s. 287; U. Alacakaptan (1975). *Suçun unsurları*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.372, s. 91; Öztürk ve Erdem (2008), s. 200; Özgenç (2007), s. 223-225, 340 vd.; Koca ve Üzülmüş (2008), s. 26 vd.

²²⁴ Antolisei, İtalyan öğretisinde de suçun manevi unsurunu ifade etmek amacıyla kusurluluk kavramının kullanılmasını eleştirmiş ve İCK’da hiç kullanılmamış olan “kusurluluk” kavramının ceza hukuku anlamında cezanın uygulanabilmesi için kanunda aranan tüm şartların gerçekleştiğini gösteren bir kavram olarak kullanılabileceğini belirtmiştir. Ceza hukukunda manevi unsuru ifade etmek için “kusurlu irade” teriminin kullanılmasının uygun olacağını ifade etmiştir. Antolisei (2003), s. 290. Aynı yönde bkz. Zafer (2010), s. 251.

1930 İCK’nın psikolojik teoriyi benimsediği belirtilmiştir. Cadoppi ve Veneziani (2004), s. 267.

4.4.2. Kusurluluk kavramının gelişimi

4.4.2.1. Psikolojik teori

Kusurluluğun, suçun genel bir unsuru olduğunu savunan yazarlar, kusurluluğun türleri olan kast ve taksiri tek bir kavram, bir bütün olarak ele almak zorunluluğunu duymuşlardır. Kusurluluğu psikolojik bir kavram olarak kabul eden *psikolojik teori*²²⁵, fail ile fiil arasındaki sübjektif ilişkiyi kusurluluk olarak tanımlamıştır²²⁶. Bu teori gereğince, failin, hareketi ve neticeyi istediği (irade ettiği) kusurluluk türü kasttır. Failin sadece hareketi istediği, neticeyi istemediği kusurluluk türü ise taksirdir. Yani aralarında ortak nokta, hareketin iradi olmasıdır. Psikolojik teori taraftarları, hareketin istenmesini bir başlangıç noktası kabul ettikleri için kusurluluğu isteme olarak tanımlamışlardır²²⁷.

Psikolojik teoriyi benimseyenler, kastla taksiri aynı esasa dayandırmak, ortak bir temel bulabilmek çabası içerisindeyler. Temelde bu ortak nokta hareketin failin iradesiyle gerçekleştirilmesidir²²⁸.

Psikolojik teori taraftarlarından bazılarına göre kastla taksir arasında esasta fark yoktur; fark bunları gerekli kılan normların içeriğinden kaynaklanmaktadır ve taksir kastın bir çeşididir. Kusurluluğun esası kasttır ancak bazı hallerde bu kast zararlı neticeyi de kapsamına aldığı halde -ki buna zarar verme kastı adını verirler- diğer bazı

²²⁵ Liberal aydınlanma döneminin ceza siyaseti amaçlarına hizmet eden psikolojik teori XIX. Yüzyılın ikinci yarısında çok daha hakim bir görüş olarak kendini göstermiştir. Mantovani (2001), s. 296.

Bu teori kaynağını “eşitlik ilkesi”nden almaktadır. Bu teoriye göre, bütün insanlar eşit olmakla, hukuk kurallarına uyma konusunda eşit olanağa sahiptirler. Böylece kusurluluk, soyut, bütün olaylarda aynı, sorumluluğu derecelendirmeye hizmet etmeyen ancak sorumluluğun varlığını veya yokluğunu saptayan bir kavram olarak ortaya çıkmıştır. Psikolojik teinin doğduğu aydınlanma döneminde kusurluluk, hukuka aykırı fiil meydana geldiğinde bundan failin sorumlu olabilmesi için, fail ile fiil arasında bir bağın aranmasını sağlama fonksiyonuna sahiptir. Bu dönemde kusur ile cezanın derecelendirilmesi fonksiyonunu tam olarak gerçekleştirmek amacı güdülmemiştir. Giovagnoli (2008), s. 412.

²²⁶ Antolisei (2003), s. 293.

Psikolojik teoriye göre fail ile fiil arasında psikolojik bağ bulunduğu takdirde ceza sorumluluğu doğar ancak bu psikolojik bağ ceza sorumluluğunu derecelendirmez. Ceza sorumluluğunun derecelendirilmesi suçun maddi unsurunun niteliğine göre yapılır. Mantovani (2001), s. 296; Cadoppi ve Veneziani (2004), s. 266.

²²⁷ Centel vd. (2008), s. 347.

²²⁸ Giovagnoli (2008), s. 412.

hallerde yalnız tehlikeye yöneliktir. Tehlike kastı denilmesi daha doğru olan bu kasta genel olarak taksir adı verilmektedir²²⁹.

Ancak, teori taksiri açıklayamadığı için teorinin bazı taraftarları, kusurluluğun tek görünüm şeklinin kast olduğunu ve taksirin bir kusurluluk şekli olarak kabul edilemeyeceğini; bazıları ise taksirle işlenebilen suçlarda kusurluluk bulunmadığından, bu tür suçların dar anlamda suç sayılmayacağını ve bu suçlara idari yaptırımların uygulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir²³⁰. Bu teoriye göre kusurun esası kasttır.

Bu anlayış, kastı psikolojik bakımdan açıklayabildiği halde taksiri aynı esasa dayanarak açıklayamamakla eleştirilmiştir. Söz konusu eleştiriye göre kast hakkında verilecek hüküm psikolojik alana, taksir hakkında verilecek hüküm ise ahlak veya hukuk alanına girer. Aslında taksirde de psikolojik bir yön vardır; fail iradesini yeterince dikkat ve özenle kullanmamıştır. Fakat taksirin bulunması ve failin bu sebeple cezalandırılabilmesi için failin sadece iradesini dikkat ve özenle kullanmaması yeterli olmamakta, ayrıca değer hükmü verilerek gerçekleşen neticenin normal bir kişi tarafından öngörülebilir nitelikte olması gerekmektedir. Bu nedenle sadece psikolojik alanda kalan bir araştırma, taksiri açıklamakta yeterli olmaz. Çünkü taksirli suçlarda cezalandırılan husus failin psikolojik durumundan çok, dikkatli veya dikkatsiz, özenli ya da özensiz hareket ettiği konusunda başkaları tarafından verilen değer hükmüdür²³¹.

4.4.2.2. Normatif teori

Kusurun koşulu, kusur yeteneğinin bulunmasıdır. Psikolojik teorinin taksiri açıklayamadığı; taksirde hareketin istenerek yapıldığı, ancak istenen hareketten istenmeyen bir neticenin ortaya çıktığı eleştirisi, *normatif teorinin* doğmasına neden olmuştur²³².

²²⁹ Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 909, s. 219. Bu teoride kastın hâlihazır bir psikolojik varlık olduğu (bilinç ve istek), taksirin ise potansiyel bir psikolojik varlık olduğu (öngörülebilirlik) olduğu ifade edilmiştir. Mantovani (2001), s. 296.

²³⁰ Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 909, s. 220.

²³¹ Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 910, s. 220.

²³² Normatif teori Almanya’da R. Frank’ın öncülüğünde ortaya çıkmış bir teoridir. Frank “Aufbau des Schuldbegriffs” “Kusur Kavramının Yapısı” adlı eserinde, Alman ceza kanunun 54. paragrafından hareketle zorda kalma konusuyla ilgili açıklamalarında, kusurun fail ile fiil arasında psikolojik bir ilişki değil, bu ilişki üzerindeki bir değer yargısı olduğunu ileri sürmüştür. T. T. Yüce (1982). *Ceza hukuku dersleri*, C.I. Manisa: Şafak, s. 302.

Kast ile taksiri ortak bir esasa dayandırmaya psikolojik bakımdan imkân olmadığını iddia eden yazarlar, bu ortak esası bir başka alanda aramaya başlamışlar ve normatif teoriyi yaratmışlardır. Normatif teoriye göre kusurluluk, fail ile fiil arasındaki psikolojik bir ilişki değil, bu ilişki hakkındaki değer yargısıdır, yani failin bundan dolayı kınanmasıdır. Fail ile eylemi arasında psikolojik bir ilişki bulunması faili kusurlu saymaya yetmez²³³. Kusurluluk değerlendirmesini yapan fail değil, üçüncü kişidir. Bu durumda kusur, sübjektif bir olgudan objektif bir değer yargısına dönüşmüştür²³⁴.

Kusurlu olmak, hukuk kurallarına uymamak, yani normun yasaklarına rağmen fiili yapmak, yüklediği ödevleri yerine getirmemektir. Hukuk kurallarına aykırı davranan fail, normatif açıdan kusurlu sayılır. Kast ve taksir kanunla belirlenen emirlere ve ödevlere itaatsizliğin belirtisidir²³⁵. Normatif teoriye göre kastın varlığı halinde, fail, istememesi gerekirken kanuna aykırı davranmayı istemiştir, taksirde ise kanuna aykırı davrandığını öngörmesi gerekirken öngörmemiştir. O halde taksirin varlığından söz edildiği durumlarda “fail neticenin meydana gelebileceğinin farkına varmadan davranışı gerçekleştirmiştir, ancak davranışı gerçekleştirdiği anda içinde bulunduğu şartlarda böyle bir neticenin meydana gelmesini öngörebilmeliydi ve bunun sonucu olarak da farklı bir şekilde davranmalıydı. O halde normatif teori bilinçsiz taksiri de açıklayabilen bir teori olmuştur²³⁶. Diğer bir deyişle normatif teoriye göre fail kanuna uygun davranma olanağı varken davranmadığı için kınanmaktadır.²³⁷ Kast ve taksir, kusurun türleri olarak aynı psikolojik olgunun yoğunluğu değişik belirişleridir. Bu iki kavram birbirinden farklı temellere dayandırılmaz. Normatif teori, kusurun her iki biçimini de açıklayabilmektedir²³⁸.

Frank, failin sadece isnat yeteneğine sahip olmasının ve kast veya taksirle hareket etmesinin, kusurlu sayılması için yeterli olmadığını, ayrıca “fiilin işlendiği anda failin psikolojisi üzerinde etkili şartlar”ın da incelenmesi gerektiğini ilk defa ortaya koymuştur. Daha sonra teorisini geliştiren Frank, “şartların normalliği kavramı”nı ortaya koyarak, anormal koşullar altında suç işleyen failin kusurlu sayılmayacağını vurgulamıştır. Giovagnoli (2008), s. 413-414.

Normatif teorisinin aynı zamanda kusuru derecelendirme fonksiyonu da gördüğü belirtilmiştir. Cadoppi ve Veneziani (2004), s. 266; Mantovani (2001), s. 297.

²³³ Mantovani (2001), s. 297.

²³⁴ Yüce (1982), s. 302.

²³⁵ Centel vd. (2008), s. 347.

²³⁶ Delitala (1930), s. 84.

²³⁷ Giovagnoli (2008), s. 415.

²³⁸ Centel vd. (2008), s. 348.

O halde kusurluluk, kanun hükümlerine rağmen hukuka aykırı fiili gerçekleştirmek bilincidir. Kusurluluğu oluşturan irade, hukuka aykırı fiili işlemek bilincinden ibarettir. Dolayısıyla kusurluluk normatif bir kavramdır, psikolojik bir ilişki olarak görülemez. Hukuka aykırı bir fiil işlemek bilincinden ibaret bulunan kusurlu irade hem kastta, hem taksirde vardır. Kusurlu irade, kanun hükümlerine uymaktan kaçınma olarak tanımlanabilir. Failin emir ve yasaklara aykırı davrandığı ve bu yüzden de kusurlu olduğu yönündeki değer yargısını ise bir görüşe göre failin kendisi verecektir; fail kanuna, normun yüklediği ödevde aykırı hareket ettiğinin farkında ise, iradesi kusurludur. Diğer görüşe göre ise bu kararı hâkim verecektir²³⁹. Hukuka aykırı hareketi yapmak bilinci, teoriyi psikolojik teoriye yaklaştırmaktır²⁴⁰.

Bu teoriye göre kusur bir kınamadır. Kınama, eyleminden ötürü fail hakkında olumsuz bir değer yargısı geliştirilmesidir. Dolayısıyla bu teoriye göre kusur, eyleminden dolayı failin kınanmasıdır²⁴¹.

Bir kimsenin kusurundan söz edilebilmesi için, kanuna uygun davranabilecek durumda bulunması ve buna rağmen uygun davranışı göstermemesi gerekir²⁴². Bu durumda normatif bir perspektifle kusur yargısının ifade ettiği anlam şudur: Fail, hukuka uygun hareket etmemiştir. Davranış normlarının gereklerine uygun hareket etme, haklı davranışı tercih etme imkan ve kabiliyetine sahip olmasına rağmen, haksız bir davranışta bulunmayı tercih etmiştir. Kusur, böylece bir haksızlıkla bağlantılı olarak bu haksızlığı gerçekleştiren kişi hakkında bulunan yargıdır²⁴³.

Normatif teori, hukuka aykırılık unsurunu kusurluluğun kapsamında kabul eden öğretinin tekrarı olmakla eleştirilmektedir²⁴⁴. Ancak, normatif teori hukuka aykırılık unsurunu kusurluluğun kapsamında gören teoriden kaynaklanmamaktadır. Hukuka aykırı davranan kişi kusurlu olmayabilir²⁴⁵. Hukuka aykırılık bir hareketin hukuk düzeni ile çatışmasıdır ve objektif niteliktedir. Buna karşılık, kusurluluk sübjektiftir, failin

²³⁹ İçel (1967), s. 15; Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 911, s. 221. Başka şekilde davranma imkânı “ortalama insana” göre belirlenecektir. Giovagnoli (2008), s. 415.

²⁴⁰ Centel vd. (2008), s. 347; bkz. Hafızoğulları ve Özen (2010), s. 268.

²⁴¹ Centel vd. (2008), s. 347.

²⁴² Demirbaş (2007), s. 328.

²⁴³ Özgenç (2007), s. 342.

²⁴⁴ Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 912, s. 223.

²⁴⁵ Yüce (1982), s. 304.

eylem ile olan psikolojik ilişkisidir. Örneğin kastta iradenin yöneldiği netice zaten hukuka aykırı bir neticedir ve ayrıca bir hukuka aykırılık araştırmasına gitmeye gerek yoktur²⁴⁶.

Normatif teori daha çok Alman öğretisinde kabul görmüş bir teori olmakla birlikte İtalyan öğretisinde de giderek taraftar toplayan bir teori olma özelliği göstermektedir²⁴⁷.

4.4.2.3. Karma teori

Öğretide psikolojik ve normatif teorinin birlikte kusurluluk kavramını açıklayabileceği yönünde bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüş taraftarları temelde psikolojik teoriyi benimsemekte ancak taksir konusunda normatif teoriye üstünlük tanımaktadır.

Bu teoriyi savunan yazarlara göre psikolojik ve normatif teorilerin her ikisinde de gerçeklik payı vardır. Ancak kanun kusurluluğun üç türünü (kast, taksir ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardaki kusurluluk) öngördüğünden tüm bu kusur türlerini kapsayan tek ortak unsur hareketin iradiliğidir. Bu nedenle psikolojik görüş önem kazanmaktadır, ancak kusurluluğun bir değerlendirme olduğu da dikkate alınmalıdır²⁴⁸.

4.4.3. Yeni yaklaşımlar, normatif teorinin öne çıkışı: failin normatif kınanabilirliği kavramı ile kast ve taksir arasındaki ilişki

Kusurluluk konusundaki teorileri inceledikten sonra kast ve taksir kavramlarını içeren manevi unsur ve kusurluluk kavramlarının anlamları üzerinde de durmak gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki manevi unsur ve kusurluluk birbiriyle çok yakın ilişkili kavramlar olmalarına rağmen, öğretide tamamen aynı içeriğe sahip kavramlar

²⁴⁶ İçel vd. (2004). *Suç teorisi 2. Kitap*. (3. bası). İstanbul: Beta, s. 204.

²⁴⁷ Mantovani (2001), s. 297.

Normatif teorinin daha da uç noktalara ulaştığı diğer bir teoriye göre (hareketin sonuççu teorisi-teoria finalistica dell'azione) kast ve taksir, tipik fiilin birer parçasıdır. Böylece kusurluluk, bu psikolojik unsurlardan da arınmış olduğundan saf normatif bir kavram halini almıştır. Bu teori uyarınca, kusurun tespiti için, kast ve taksirin olayda nasıl meydana geldiği, gerçekten örneğin dikkatsizlik ve tedbirsizliğin var olup olmadığı değil, somut olayda dikkatli tedbirli davranma imkânının var olup olmadığı araştırılacaktır. Giovagnoli (2008), s. 416.

²⁴⁸ Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 912, s. 223-224; Demirbaş (2007), s. 328; Alacakaptan (1975), s. 151; İçel vd. (2004), s. 204; Önder (1992a), s. 292; İçel (1967), s. 17.

olarak kabul edilmemiştir. Failin kınanabilmesi, failin eylemi gerçekleştirmeden önce ve gerçekleştirdiği sırada haksızlığı anlayabilme ve buna göre davranabilme yeteneğine yani kusur yeteneğine sahip olmasını gerektirir. Kural olarak manevi unsur türlerinden birisinin bulunduğu bir fiilde fail kınanabilir ve cezalandırılabilir. Ancak failin, bazı hallerde eylemi kasten veya taksirle gerçekleştirmesi durumunda da kınanmayabileceği ifade edilmiştir²⁴⁹. Buna göre, failin kınanabilmesine neden olan hususlar eylemle ilgili olmayıp kusur yeteneği ile ilgilidir. Bu nedenle, manevi unsur ve kınanabilirlik farklı anlamlar içeren kavramlardır²⁵⁰. Kusurluluğu kaldıran bir nedenin bulunduğu durumlarda da fail ile davranış arasındaki psikik bağ bulunmaya devam etmektedir. Ancak kusurluluğu kaldıran bir neden bulunduğu için fail kınanmamaktadır²⁵¹. Bu nedenle fiilin tipikliği ve-hukuka aykırılığı suçun unsuru olarak kabul eden sisteme göre- hukuka aykırılığı, cezalandırma için yeterli kabul edilmemektedir. Kusurluluk tipiklik ve hukuka aykırılıktan önce var olamaz, sadece tipik ve hukuka aykırı fiil aynı zamanda kusurlu olabilir. Eğer tipiklik ve hukuka aykırılık yoksa kusur zaten yoktur²⁵².

Öğretide yaygın olan uygulama, bu unsur altında, hem suçun manevi unsurunu hem de failin kınanabilirliği konusundaki değer yargısını etkileyen halleri ele almak yönünde olmuştur²⁵³. Öğretide kusur yeteneğini etkileyen hallerin (yaş küçüklüğü, akıl

²⁴⁹ Zafer (2009), s. 178-179.

²⁵⁰ Centel vd. (2008), s. 343; Artuk vd. (2007), s. 450; Alacakaptan (1975), s. 151.

²⁵¹ Antolisei (2003), s. 296.

²⁵² Canestrari vd. (2007), s. 572-573.

²⁵³ Bir grup yazar suçun kusurluluk unsuru altında hem kusur yeteneği ve bunu etkileyen halleri, hem de kast, taksir, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda kusurluluk kavramlarını incelemiştir: Önder (1992b), s. 226 vd.; Centel vd. (2008), s. 342 vd.; Öztürk ve Erdem (2008), s. 227 vd.; Demirbaş (2007), s. 306 vd.; Pulitanò (2005), s. 327 vd.; Manzini (1958), s. 68 vd.; Marinucci ve Dolcini (2006), s. 243 vd.; J. Baumann vd. (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, s. 444 vd.'den aktaran, H. Karakehya (2007). *Ceza hukukunda doğrudan kast. SÜHFD*, 15 (1), 117-138, s. 120.

Aynı şekilde manevi unsur başlığı altında kast, taksir ve objektif sorumluluk ile manevi unsurun varlığını etkileyen nedenleri birarada inceleyen yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlar isnat yeteneği ve bunu etkileyen halleri suçlu başlığı altında incelerler. Toroslu (2005a), s.126 vd.; Y. Ersoy (2002). *Ceza hukuku*. Ankara: İmaj yayıncılık, s. 99 vd.; Hakeri (2008), s. 137 vd.

Benzer şekilde manevi unsur başlığı altında hem isnat yeteneği ve bunu etkileyen haller ile kusurluluk yani kast, taksir, objektif sorumluluk hallerini inceleyen yazarlar da bulunmaktadır. Dönmezer ve Erman (1997b), s. 157 vd.; Alacakaptan (1975), s. 118.

Bir grup yazar ise kusurluluk ve manevi unsur farklı kavramlar olarak ele alıp manevi unsur başlığı altında kast, taksir ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda manevi unsur konularını, kusurluluk başlığı altında ise kusur kavramı ile kusurluluğu etkileyen halleri incelemişlerdir. Özgenç (2007), s. 223 vd., 340 vd.; Koca ve Üzülmüş (2008), s. 157 vd., 256 vd.; Artuk vd. (2007), s.450 vd., 595 vd.

hastalığı, sağır dilsizlik gibi haller) fiile değil faile ilişkin özellikler oldukları²⁵⁴ veya kusur yeteneğinin suçun bir unsuru değil, kast ve taksirin adeta önşartı olduğu belirtilmektedir²⁵⁵.

İtalyan Ceza Kanunu'nda isnat yeteneği, failin bir niteliği olarak “Suçlu ve suçtan zarar gören kimse” başlığı altında düzenlenmiştir²⁵⁶. Öğretide, mücbir sebep, cebir, tehdit, kaza ve tesadüf, hata ve haksız tahrik hallerine de bu unsur içerisinde “suçu ortadan kaldıran sübjektif nedenler”²⁵⁷ veya “kusurluluğu etkileyen haller”²⁵⁸ başlığı altında yer verilmektedir²⁵⁹.

Öğretide kusur, bir kişinin eyleminden dolayı bir cezayı hak edip etmediği konusundaki normatif-hukuki değer yargısı olarak tanımlanmaktadır²⁶⁰. Diğer bir ifadeyle kusurluluk, işlediği suç dolayısıyla kişinin kınanması gerektiği hususundaki yargıyı ifade eder²⁶¹. Bu bakımdan kusurluluk işlediği fiille ilgili olarak kişi açısından bulunulan bir değerlendirmedir. Kişi hakkında bulunulan kusur yargısı, failin toplumda geçerli olan hukuk kurallarına uygun davranma imkan ve yeteneğine sahip olduğu halde, hukuka aykırı davranışı yapmayı tercih etmesi dolayısıyla kınanmasını ifade eder²⁶². O halde, kınanabilirlik konusunda bir değerlendirme yapabilmek için fiilin

²⁵⁴ Antolisei (2003), s. 557 vd.; Toroslu (2005a), s. 245 vd.

²⁵⁵ Nitekim Dönmezer-Erman bu nedenle manevi unsur terimini kullanmış ve kusur yeteneğini kusurluluğun dışında ancak manevi unsurun içinde incelemişlerdir. Dönmezer-Erman'a göre “kusur (isnat) yeteneğine ilişkin haller suçun unsuru olmayıp failin özellikleriyle ilgili hallerdir. Bu konuların suçlu başlığı altında incelenmesi gerekir. Ancak bu hallerin adeta kusurluluğun önşartı niteliğinde olması ve kusurlulukla sıkı ilişkisinin bulunması, bilimsel açıdan manevi unsur içinde değerlendirilmelerini gerektirmektedir”. Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 844-845, s. 157-158.; Önder (1992a), s. 271.

Bu görüş, kusur yeteneğini kusurluluğun önşartı saymanın faili fiilin önşartı yapmak anlamına geleceği ve bu durumun bir çelişki teşkil ettiği yönünde eleştirilmiştir. Z. Hafizoğulları (2005). 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda kusurluluğu kaldıran nedenlere genel bir bakış. *Polis Dergisi*, 44 (Nisan-Mayıs-Haziran), s. 77.

²⁵⁶ Bkz. İCK. Titolo IV Del Reo e della Persona Offesa dal Reato, Capo I, Della Imputabilità.

Türk öğretisinde de yukarıda da belirttiğimiz üzere Toroslu ve Ersoy isnat yeteneği ve bunu etkileyen halleri suçlu başlığı altında incelerler. Toroslu (2005), s. 245 vd.; Ersoy (2002), s. 139 vd.

²⁵⁷ Antolisei (2003), s. 371 vd.; Mantovani (2001), s. 374 vd.

²⁵⁸ Centel vd. (2008), s. 421 vd.; İçel vd. (2004), s. 275 vd.

²⁵⁹ Bu sebeplerin “suçu ortadan kaldıran nedenler” başlığı altında ayrı bir bölümde incelendiği de olmuştur. Pagliaro (2003b), s. 401 vd.

²⁶⁰ Zafer (2009), s. 152; M. Koca ve İ. Üzülmaz (2011). *Türk Ceza Hukuku genel hükümler*. (4. bası). Ankara: Seçkin, s. 244.

²⁶¹ Özellikle Alman öğretisinde hakim kanaate göre kusurluluk (Schuld) kınanabilirliğe ilişkin bir kavramdır. Karakehya (2007), s. 119.

²⁶² Artuk vd. (2007), s. 595.

hangi şartlarda işlendiğinin yani faildeki iradenin oluşum şartlarının tespiti ve bu tespite dayanarak failin kınanması gerekip gerekmediği konusunda bir yargıya varmak gerekmektedir. Kınanabilirlik yargısı konusundaki değerlendirme failce gerçekleştirilen belli bir fiile ilişkin olarak yapılacaktır; kişinin sürdüğü hayat tarzı itibariyle kınanması gerektiği yönünde bir değerlendirme yapılamaz. Failin bütün yaşamı göz önünde bulundurulduğunda, yaşamının bu parçası, tamamıyla geçici, tesadüfî veya istisnai olabilir. Fakat kusurlu sayılmak için hayatının bu parçası yeterlidir. Tam tersi yönden bakıldığında, geçmişinde başka suçlar işlemiş bulunan, kötü ve ahlak dışı nitelik gösteren failin olaydaki kusurluluğu bakımından söz konusu geçmişinin esas alınması doğru değildir. Bu nedenle failin sadece somut olaydaki psikolojik durumu incelenir. Sonuç olarak kusurluluğu fiile münhasır bir şekilde anlamak zorunludur²⁶³. İnsanın geçmişi bir kusur karinesi olarak kabul edilemez²⁶⁴. Ancak, kişinin içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal şartlar, gördüğü eğitim gibi hususların, işlediği fiile ilişkin kınanabilirliğin belirlenmesinde etkili olacağı da bir gerçektir²⁶⁵. Diğer bir görüşe göre,

²⁶³ Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 905, s. 216.

²⁶⁴ F. Erem vd. (1997). *Ceza hukuku genel hükümler*. (14. bası). Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 434.

Amerikan mahkemesi de konuya ilişkin şu kararı vermiştir: Sanık Pedro M. Hernandez bir trafik kazası yapmış ve çarptığı arabadaki bir kimsenin ölümüne ve iki kişinin de yaralanmasına sebebiyet vermiştir. Sanığın arabasında içki içilmesi ve alkollü araç kullanılmasına ilişkin bazı çıkartmalar vardır ve örnek olarak bir tanesinde şöyle denilmektedir: "Ne kadar alkol alırsan, o kadar yakışıklı görürsün". Sanığın da kaza sırasında alkollü olduğu belirlenmiştir. Fiil kusurunun bir sonucu olarak burada failin alkölü öven yazılar bulundurması, onun alkollü araç kullandığını göstermez. Dolayısıyla bu yazılara rağmen, alkollü olduğu tespit edilmediği takdirde, sanık bundan dolayı sorumlu tutulamaz. Ancak yargılama sürecinde savcılık bu yazıları sanık aleyhine kullanmak istemiş ve sanık fiil kusuru hususunu ileri sürerek buna karşı çıkmıştır. Bununla beraber savcılık şu noktalarda haklı olarak bu yazıları kullanmak istemiştir. Bir kez bu yapıştırmalar sanığın alkollü araç kullanmanın rizikoları konusunda bilgi sahibi olduğunu göstermektedir. Savcılık ikinci olarak, sanığın yanlışlıkla veya istemeyerek alkol almadığını, aksine isteyerek alkol aldığını gösterdiğini ileri sürmüştür. Görüldüğü üzere, kişinin alkölü sevmesi, reklamını yapması vb. gibi hususlar tek başına kişinin kusurlu olduğunu göstermez. Aksinin kabulü sosyal yaşam kusurunun kabulü anlamına gelir. Ancak bu olgular, somut olayda bazı hususların belirlenmesi, ispatı bakımından kullanılabilir ki, bu kusur prensibine aykırılık oluşturmaz. Hakeri (2008), s. 151-152.

²⁶⁵ Alman öğretisinde suç, haksızlık teşkil eden bir fiil olarak nitelenmekte ve bununla aynı doğrultuda kusur, haksızlık teşkil eden fiili işlemesi dolayısıyla kişi hakkında bir kınama yargısı olması nedeniyle; bir fiil failin kusuru olmadan işlense dahi, haksızlık ve dolayısıyla suç vasfı devam edecektir. İşlenen fiilde fail kusurlu olmasa dahi bu fiil belirli bir haksızlık oluşturduğundan ceza hukuku açısından hâlâ önem taşımaktadır. Bu durumda faile uygulanacak yaptırım değişecek faile ceza yerine güvenlik tedbiri uygulanacaktır. İşlenen fiilin haksızlık oluşturduğu yargısına varılması failin de kınanacağı yargısına varılması sonucunu doğurmaz. İşlenen fiilin bir haksızlık teşkil ettiği konusundaki yargıya varılırken, failin bu fiil karşısındaki manevi durumunu da göz önünde bulundurmak gerekir. Yani fail prensip itibariyle işlediği fiilin maddi unsurlarının farkında olmalıdır. Özgenç (2007), s. 223-225.

Öztürk-Erdem-Özbek'e göre bu durumda esas yaptırımı emniyet tedbiri olan fiillerin, günümüz suç genel teorisi çerçevesinde suç olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Çünkü ceza normunu anlayamayan, anlayabildiği halde ona uygun hareket edemeyen bir kimsenin hareketi teknik anlamda suç olarak

failin hayatı ve kişiliği değerlendirilmesi kusur noktasında değil de, cezanın bireye uydurulması, bireye en uygun cezanın tayini noktasında önem taşır²⁶⁶.

Ceza sorumluluğunun temel şartı insan davranışının iradi olarak gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle, insan, iradi olarak gerçekleştirmediği fiil hukuka aykırı olsa bile, bu fiilden dolayı sorumlu tutulmayacaktır²⁶⁷. O halde isnat yeteneğine sahip fail tarafından²⁶⁸, hukuka aykırı fiilin kasten veya kanunda açıkça öngörüldüğü hallerde taksirle işlenmesi ve işlenen bu fiil sırasında suçu ortadan kaldıran subjektif nedenlerin herhangi birisinin bulunmaması halinde fail cezalandırılabilir²⁶⁹.

Nitekim günümüz İtalyan öğretisinde hakim kanaate göre²⁷⁰, bir kimsenin kusurlu olduğundan söz edebilmek için şu dört şartın bir arada bulunması gerekir:

nitelenemez. B. Öztürk vd. (1998). *Uygulamalı ceza hukuku ve emniyet tedbirleri hukuku*. (4. bası). Ankara: Seçkin, s. 247.

²⁶⁶ Dönmezer ve Erman (1997b), s. 208.

Gerçekten 765 sayılı Ceza Kanunu döneminde kanun koyucu da suçlunun yaşayışına, geçmişteki eylemlerine tamamen kayıtsız kalmamakta, örneğin tekrar suç işleyen ve suçtan elde edilen eşyayı satın alan kimsenin cezasının artırılması yolunu tercih etmekteydi. Burada cezanın artırılmasının nedeni, kişinin kusurunun fazlalığı değil, geçmişteki davranışları dolayısıyla daha tehlikeli görülmesidir.

²⁶⁷ Özgenç (2007), s. 340.

²⁶⁸ Yaptığı bir davranıştan dolayı kişinin suçlanabilmesi için, toplumsal yaşamın gereklerini doğru kavrama ve buna göre davranma yeteneği bulunmalıdır. Buna isnat yeteneği –öğretide çoğunlukla kullanıldığı şekliyle kusur yeteneği- denir. Eylemi yaptığı sırada kişinin isnat yeteneği yoksa, antisosyal davranış kınanamaz. Anlayabilme ve isteyebilme yeteneği olmayan, kusur yeteneğine sahip olamaz. Kusur yeteneği kişinin düşünsel olarak belli bir olgunlukta olmasını gerektirir. Ancak kişinin kusur yeteneğine sahip olması için, haklı ile haksızı ayırt edebilecek olgunlukta olmasının yanında belirli bir yerde ve zamanda geçerli olan sosyal değerler de etkilidir. Kusur yeteneğinin fiilin işlendiği sırada var olması gerekir. Kişi suç işleyeceği sırada kusur yeteneğinden yoksun olmaya kendi bilinçli davranışıyla neden olmuşsa, suç anında kusur yeteneğinin bulunduğu varsayılır. Centel vd. (2008), s. 350.

²⁶⁹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda, Ceza Sorumluluğunun Esasları üst başlığı altında iki alt başlık yer almaktadır: “Kast-Taksir” ve “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler”. Ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler ise şu şekilde düzenlenmiştir:

-Öğretide hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler veya hukuka uygunluk nedenleri başlığıyla incelenen nedenler (Kanun hükmü ve amirin emrini yerine getirme, yasal savunma, zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (TCK m. 24-27))

- Öğretide kusurluluğun önşartı olarak değerlendirilen isnat yeteneğini etkileyen haller (Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır-dilsizlik, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olma (TCK m. 31-34))

- Öğretide suçu ortadan kaldıran subjektif nedenler olarak belirtilen durumlar (Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit, haksız tahrik, hata (TCK m. 28-30)).

Bu şekilde aslında tüm bu nedenler sonuçta ceza verilip verilmemesi üzerinde etkili olsa da Türk öğretisinde süregelen terminoloji ile uyumlu olmayan bir terminoloji geliştirilmiştir.

²⁷⁰ Bkz. Marinucci ve Dolcini (2006), s. 244; R. Garofoli (2003). *Manuale di diritto penale*, PG. Milano: Giuffrè editore, s. 458-459.

- a) Kast veya taksir
- b) Mazeret nedenlerinin bulunmaması (diğer bir ifadeyle fiile eşlik eden şartların normal olması)
- c) İhlal edilen ceza normunun bilinmesi veya bilinebilir olması
- d) Anlama ve isteme yeteneği

O halde kast ve taksiri kusurluluk türleri olarak değerlendirmek yerine suçun manevi unsuru içerisinde incelemek daha isabetli olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, kusurluluk kavramı kast ve taksirden daha geniş bir kavramdır. Kusurluluk kavramı altında yer alan unsurlardan bir kısmı suçun subjektif unsurudur, diğer bir kısmı ise cezasızlık sebepleridir. Kusurluluk kavramı kast ve taksir kavramından geniş, onları da içerisine alan bir kavram olarak değerlendirildiğinde olayda mazeret nedenlerinin bulunduğu bilinse dahi kast veya taksirin olayda var olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Bu durum Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinde yer alan hüküm çeşitlerinin yapısına da uygun düşecektir. Olayda failin kastının veya taksirinin olmadığı tespit edilirse, suçun bir unsuru bulunmadığından fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken; kast veya taksirin var olduğu durumlarda, olayda kusurun diğer bir unsurunun bulunmadığı anlaşıyorsa ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.

4.4.4. Kast ve taksir

Kişinin kanundaki tanıma uyan, iradi ve hukuka aykırı bir hareketinden sorumlu olabilmesi için aynı zamanda fiil ile fail arasında psikolojik bir bağın da bulunması gerekir. Fiil ve fail arasındaki psikolojik bağ olan manevi unsur, bu bağın ağırlığı veya yoğunluğuna göre²⁷¹ kast veya taksir şeklinde ortaya çıkabilir²⁷².

²⁷¹ Yüce (1982), s. 321.

²⁷² Kast, olası kast, taksir, bilinçli taksirin her birinin birbirinden bağımsız birer manevi unsur türü olduğu da savunulmuştur. Bu görüşe göre bilinçli taksir ve olası kastın fiile ilişkin kapsamı ile taksir ve kastın fiile ilişkin kapsamı arasında, bilinçli taksir ve olası kastın, taksir ve kastın alt türü olmalarına engel olacak kadar çok fark bulunmaktadır. Ayrıca, bilinçli taksir ile olası kastın birbirlerine çok daha fazla benzediklerini belirten görüşte, öğretide alt tür üst tür olarak belirlenen kast-olası kast ve taksir-bilinçli taksir arasında bulunması gereken ortak özelliklerin bulunmadığı vurgulanmaktadır. Bunun dışında örneğin olası kastı doğrudan kastın alt türü kabul etmenin doğurabileceği ceza sorumluluğunun alanının çok genişlemesi ihtimaline de değinilmektedir. H. Karakehya (2006). Olası Kast. *CHD*, 1 (2), (Aralık), s. 24-28.

4.4.4.1. Kast

4.4.4.1.1. Genel olarak

Suçun oluşması, kastın varlığına bağlıdır (TCK m. 21/1)²⁷³. Manevi unsurun tipik türü kasttır²⁷⁴. Suç, kanunun bir emrinin ihlali olduğundan bu emre karşı gelme ve isyan etme, yasaklanmış fiil fail tarafından istendiğinde tamdır²⁷⁵. Suçlar kural olarak ancak kasten işlendiklerinde cezalandırılırlar²⁷⁶. TCK m. 21’de hem doğrudan kastın hem de olası kastın tanımına yer verilmiştir. Buna göre “Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların²⁷⁷ bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde

²⁷³ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 45. maddesinde kastın bulunmamasının cezaı kaldıracağı hükme bağlanmışken, 5237 sayılı Ceza Kanunu’nun 21. maddesinde suçun oluşmasının kastın varlığına bağlı olacağı ifade edilmektedir. Bu ifade, kusur yeteneğine sahip olmayan kimselerin eylemlerinin suç oluşturup oluşturmadığı noktasında tereddütlere neden olacağı yönünde eleştirilmiştir. Ayrıca bir başka kimsenin suçuna bağlı olarak işlenen ikinci suçlar bakımından, birinci suçun kusur yeteneğine sahip olmayan bir kimse tarafından işlendiği hallerde ikinci suçun da cezalandırılmaması gibi bir sonuçla karşılaşılabilmesi ifade edilmiştir. Aynı şekilde, birinci suçun kasten işlenmediği hallerde, ikinci suçun cezalandırılmayacağı başka bazı durumların da söz konusu olabileceği (bkz. TCK 278, 280), böylece örneğin, taksirli bir suçun delillerini yok eden kimsenin 281. madde gereğince cezalandırılmayacağı eleştirisi yapılmıştır. Bu nedenle “suçun cezalandırılması kastın varlığına bağlıdır” ifadesinin daha doğru olacağı savunulmuştur. Hakeri (2008), s. 154.

²⁷⁴ Toroslu (2005a), s. 132; Hafızogulları ve Özen (2010), s. 276.

Kast aynı zamanda manevi unsurun temel şeklidir. Çünkü objektif sorumluluktan kusurlu sorumluluğa geçişte ilk ortaya çıkan manevi unsur türü kast olmuştur. Taksir ceza sorumluluğunun gelişim çizgisinde çok daha sonra ortaya çıkmıştır. Kast aynı zamanda manevi unsurun daha ağır bir türü olarak da değerlendirilmektedir. Çünkü fail ile fiil arasındaki çok daha sıkı bir psikolojik bağın göstergesidir. Ayrıca kast manevi unsurun genel türüdür. Nitekim taksirli suçlarda (ve objektif sorumluluğu kabul eden ülkelerde, örneğin kastın aşılması hallerinde) kanunun bu manevi unsur türünü ayrıca belirtmesi gerekir. Oysa kasıtlı suçlarda, suçun kasıtlı işlenebileceğine dair kanunda bir açıklama yapması aranmaz. Mantovani (2001), s. 320.

Manevi unsurun temel şeklinin kast olduğu İtalyan Ceza Kanunu’nda da açıkça belirtilmektedir. Nitekim İCK’nın 42. maddesinin, 2. fıkrası uyarınca, kastın aşılması suretiye işlenen suç veya taksirli suç gibi kanunda açıkça öngörülen haller dışında, kanunun suç olarak öngördüğü fiil, kasten işlenmediği sürece fail bu fiilden dolayı cezalandırılmaz.

²⁷⁵ Antolisei (2003), s. 313.

²⁷⁶ Bir kimsenin fiilinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için kasten ya da taksirle hareket etmiş olması gerekir. Kast ya da taksirin bulunmadığı hallerde kişi cezalandırılmaz. Kişinin daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde ise (neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç) en azından taksir derecesinde kusuru varsa, meydana gelen daha ağır veya başka neticeden dolayı sorumlu tutulması mümkün olur. Hakeri (2008), s. 152.

²⁷⁷ “Suçun kanuni tanımındaki unsurlar” ifadesi eleştirilmiştir. Buna göre, suçun kanuni tanımındaki unsurlar arasında kast da vardır. Böyle olunca, kastın bilinmesi şeklindeki bir ifade anlamsızdır. Bunun yerine “kanunun suç saydığı fiilin bilinmesi” ifadesinin kullanılması önerilmiştir. Hafızogulları ve Özen (2010), s. 277.

olası kast vardır”. Kanundaki ifadeye göre kast, kanundaki tanımda yer alan unsurların bilinmesi ve irade edilmesi yani istenmesidir²⁷⁸. Buna göre kastın unsurları bilme ve istemedir²⁷⁹. Kastın unsurları tarihi bir gelişim sonucunda öğretide olgunlaşmış ve nihayet 5237 sayılı TCK ile normatif bir yapıya kavuşturulmuştur.

4.4.4.1.2. Kastın unsurları konusundaki teoriler

XIX. Yüzyıl ve XX. Yüzyılın başlarında kastın unsurlarını açıklayan tasavvur teorisi ve irade teorisi hakim olmuştur²⁸⁰.

Kastı açıklayan kuramlar üç başlık altında toplanabilir. Bunlar tasavvur teorisi, irade teorisi ve karma teoridir.

²⁷⁸ 765 sayılı TCK kastı tanımlamamıştı. Ancak öğretide kast, yasadaki tanıma uyan hareketi bilerek ve isteyerek yapma olarak tanımlanmaktaydı. N. Centel (2002). *Türk Ceza Hukukuna giriş*. (2. bası). İstanbul: Beta, s. 341.

Kast öğretide değişik şekilde tarif edilmektedir. Bir tarife göre, “öngörülen ve suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmeye yönelik irade”ye kast denir. Dönmezer ve Erman (1997b), s. 216.

Bir başka tanıma göre kast, “suçu oluşturan hareketin sonuçlarını bilerek ve isteyerek işlemek iradesidir” Erem vd. (1997), s. 446.

Başka bir yazar “kanunun suç saydığı bir fiili ve neticelerini bilerek ve isteyerek işlemek iradesi”dir şeklinde tanımlamaktadır. Alacakaptan (1975), s. 93.

Bir başka tanımda “failin neticeyi düşünmesi ve gerçekleştirmeye karar vererek hareket etmiş olması kasttır” denilmektedir. Önder (1992b), s. 298.

Diğer bir tarife göre de, “kast, yasada öngörülmüş objektif suç unsurlarının somut olayda bilinmesi ve istenmesi ile oluşur”. İçel vd. (2004), s. 230.

Bir başka görüşe göre ise kast, fiilin ceza kanunundaki soyut tasvirinde, yani tipiklikte yer alan objektif unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektir. Hakeri (2008), s. 154.

Alman Ceza Kanunu da kastı tanımlamamıştır. Alman mahkeme kararları ve öğreti, kastı, suçun tipinde yer alan objektif unsurların bilinmesi ve istenmesi biçiminde anlamaktadırlar. H. H. Jescheck ve U. Sieber (2007). *Alman ceza hukukuna giriş, kusur ilkesi, ceza hukukunun sınırları*. (Çev: F. Yenisey). (2. bası). İstanbul: Beta), s. 32.

İtalyan öğretisinde kastı hareketin ahlaka aykırılığının bilincinde olma, hareketin zarar vericiliğinin bilincinde olma, hareketin antisosyal ve devlete karşılığının bilincinde olma, hareketin hukuka aykırılığının bilinebilirliği, neticenin öngörülmesi veya bir görünümüne sahip olma, neticenin istenmesi, neticenin bilinmesi ve istenmesi biçiminde değerlendiren yazarlar vardır. Söz konusu görüşler için bkz. G. Battaglini (1949). *Diritto penale, PG*. (3. ed.). Padova: Cedam, s. 227-229.

²⁷⁹ Antolisei (2003), s. 314; M. Gallo (1964). Dolo (Diritto penale). *EdD*, XIII, s. 750; Mantovani (2001), s. 323.

Öğretide buna düşünme ve öngörme unsuru ile irade unsuru adını veren yazarlar vardır. Dönmezer ve Erman (1997b), s. 216, 219.

²⁸⁰ Centel vd. (2008), s. 382.

Tasavvur teorisine göre, kastın esas tasavvurdur, yani fail neticeyi önceden tasavvur etmiş ise kast vardır²⁸¹. Kastın varlığından söz edebilmek için neticenin gerçekleşmesi veya neticenin gerçekleşmesinin istenmesi gerekmez. Aslında neticenin gerçekleşeceği bilinci ile hareket eden fail o neticeyi dolayısıyla istemiş de olur, aksi takdirde hareketi yapmaktan çekinirdi²⁸². Neticenin tasavvur edilmesi ve neticenin gerçekleşmesi bilinci ile hareketin istenerek yapılması kastın varlığı için yeterlidir. Bu teori kastın kapsamını genişletmektedir²⁸³. Tasavvur teorisinin, kast kavramını, taksir kavramı ile karıştırdığı eleştirisi de yapılmıştır. Bu eleştiriye göre, bilinçli taksirde de fail neticeyi öngörmektedir, ancak neticenin gerçekleşmeyeceğine inanmaktadır. Tasavvur teorisi gereğince bu durumda da faili kastından dolayı sorumlu tutmak gibi bir hataya düşülmektedir. Ayrıca her tasavvur icra edilmiş olmayabileceği gibi, her icranın da bütün neticeleri tasavvur edilmemiş olabilir²⁸⁴.

İrade teorisine göre, failin neticeyi tasavvur etmiş olması kastın varlığının kabulü için yeterli değildir. Failin ayrıca neticeyi²⁸⁵ istemiş, irade etmiş olması gerekir²⁸⁶. Bir neticenin sadece öngörülmesi ve düşünülmesi onun istenmiş olduğunu göstermez. Birçok netice öngörülmüş ancak bunlardan sadece biri istenmişse, sadece bu netice kasten meydana getirilmiş olur²⁸⁷. O halde kast ile taksiri ayıran özellik “isteme”dir²⁸⁸. Neticenin istenmiş olduğundan bahsedebilmek için neticenin gerçekleşme ihtimalinin derecesi dikkate alınmaz. Neticenin tasavvuru fiile karar verildiği anda var olmalıdır. Bu teori kastın kapsamını daraltmaktadır²⁸⁹.

²⁸¹ Türk öğretisinde de Özgenç, kastı, kanunda suç olarak tanımlanmış fiilin haksızlık teşkil ettiğine dair unsurların bilinmesi olarak tanımlayarak bu teoriyi kabul etmektedir. Özgenç (2007), s. 226; Zafer (2011), s. 210.

²⁸² Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 919, s. 229.

²⁸³ Centel vd. (2008), s. 382; Alacakaptan (1975), s. 154.

²⁸⁴ Artuk vd. (2007), s. 453.

²⁸⁵ İstenmiş olması gereken neticenin ne anlam ifade ettiği konusundaki teoriler için bkz. Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 923, s. 232; M. Gallo (1964), s. 752-754.

²⁸⁶ Toroslu (2005a), s. 182; Zafer (2011), s. 211.

²⁸⁷ Örneğin, sigortadan para almak amacıyla kendisine ait yolcu gemisine patlayıcı maddeler yerleştiren ve bunların infilakı halinde gemi adamlarının ya da yolcuların yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörebilen fail, yaralama veya ölüm neticesini istemediğinden meydana gelen ölüm neticelerinden kasten sorumlu tutulmayacaktır. Artuk vd. (2007), s. 454; Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 924, s. 234.

²⁸⁸ Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 922, s. 231; Erem vd. (1997), s. 444.

²⁸⁹ Centel vd. (2008), s. 383.

İrade teorisini kabul eden yazarlar arasında iradenin hangi neticeleri kapsaması gerektiği tartışılmıştır. Bazı yazarlara göre, fail kanunu ihlal etme bilinciyle hareket etmelidir. Kastın unsuru veya şartı, suçu genel olarak yasaklayan kanunun bilinmesidir. Diğer bazı yazarlara göre ise, kastın varlığı için hukuka aykırı bir neticeyi meydana getirme iradesi gereklidir. Diğer bir kısım yazarlar ise, kastın ancak neticeli suçlarda bulunabileceğini, neticesi harekete bitişik suçlarda kastın bulunup bulunmamasının önemli olmadığını belirtirler²⁹⁰.

İrade kuramı da, istenmiş olanın belirlenebilmesi için iradeyle birlikte öngörünün de dikkate alınması gerektiği belirtilerek eleştirilmiştir²⁹¹. Tasavvur edilmiş neticelerden hareket etmeksizin kast kavramına ulaşmaya imkan yoktur²⁹².

Karma teoriye göre, kastın unsurları konusunda tasavvur veya irade teorilerinden sadece birisini benimsemek, kast kavramını çok genişletmek veya çok daraltmak sonucunu doğuracaktır. Yapılması gereken her iki teoriyi bağdaştırarak kastın tasavvur etme ve isteme olduğunu kabul etmektir. Kastın varlığı için basit bir öngörme yeterli değildir. Bilinçli bir öngörme (fikri unsur) ve bunu gerçekleştirmeye yönelik irade (iradi unsur) kastın iki esas unsurudur²⁹³. Nitekim kastın tanımının yapılmadığı 765 sayılı Türk Ceza Kanunu zamanında öğreti ve uygulama, kastı tasavvur etme ve isteme olarak belirlemiştir²⁹⁴.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kast "suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir" şeklinde tanımlanmıştır (TCK m. 21/1). Böylece 5237 sayılı kanunda kastın bilme ve isteme olduğu vurgulanarak karma teori benimsenmiştir²⁹⁵.

²⁹⁰ Artuk vd. (2007), s. 454.

²⁹¹ Alacakaptan (1975), s. 154.

²⁹² Erem vd. (1997), s.444.

²⁹³ Artuk vd. (2007), s. 455.

²⁹⁴ Centel vd. (2008), s. 383. Türk öğretisinde kastı açıklayan teorilerden bilinç ve irade kuramı kabul görmüştür. Buna göre kast; "öngörülen ve suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmeye yönelik irade" (Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 924, s. 235); "tipiklikte yer alan objektif unsurların failce bilinmesi ve istenmesi yahut tipiklikteki objektif unsurların bilmeye dayanan istenmesi" (bkz. Önder (1992a), s. 293); "suç teşkil eden bir fiili bilerek ve isteyerek işlemek iradesi" (Ersoy (2002), s. 101; Alacakaptan (1975), s.154; Yüce (1982), s. 322); "suçu oluşturan hareketin neticelerini bilerek ve isteyerek işlemek iradesi" (Erem vd. (1997), s. 446) şeklinde değişik biçimlerde tanımlanmıştır.

²⁹⁵ Artuk vd. (2007), s. 455; Zafer (2011), s. 211.

4.4.4.1.3. Kastın unsurları

Yukarıda da belirtildiği gibi kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Dolayısıyla kastın unsurları, bilme ve istemedir.

4.4.4.1.3.1. Bilme unsuru

Bilmenin neleri kapsaması gerektiği kast açısından önemli bir konudur.

Fail suçun kanunda gösterilmiş olan tüm unsurlarını bilmelidir²⁹⁶, yani tasavvur etmiş, zihninde canlandırmış olmalıdır. Tasavvur etme ile kastedilen öngörme değildir²⁹⁷. Öngörme daha çok tahmin etmeyi çağrıştıran ve taksirli suçlarla ilgili bir kavramdır. Öngörmede yanılma ihtimali daima vardır, bilme ise failin yanılması ihtimalini içermeyen bir kavramdır²⁹⁸. Fail suçu oluşturan bir görünümüne daha önceden sahip olmalıdır²⁹⁹.

²⁹⁶ Buna göre fail, “suç tipinde belirtilmiş ve kendisi bakımından gösterilmiş olan nitelikleri, suç tipinde mağdur ile ilgili olarak gösterilmiş olan özellikleri ve gerçekleştirdiği fiili ile bunun kanunda belirtilmiş olan şekilleriyle ilgili özellikleri de bilmeli”. Önder (1992b), s. 307; V. Ö. Özbek (2005). *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun anlamı, C.I, genel hükümler*. Ankara: Seçkin, s. 249.

²⁹⁷ İCK’da suçun psikolojik unsuruna ilişkin 43. maddesinde “öngörme” terimine yer verilmiş olması dolayısıyla öğretide kastın unsurlarını öngörme ve isteme olarak belirleyen ve öngörme ve istemenin konusunun ise kanuni tipi oluşturan neticeyi meydana getirebilecek davranış ve bu davranışla meydana gelecek netice olduğunu belirten yazarlar da vardır. Bu görüşe göre zararlı veya tehlikeli netice fail tarafından kendi hareketi veya ihmalinin sonucu olarak öngörüldüğü ve istendiğinde kast vardır. Pagliaro (2003b), s. 276; Flora ve Azzaroli, *Nozioni di Diritto Penale*, s. 45.

Ancak kastın unsurlarını bilme ve isteme olarak kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Antolisei (2003), s. 314; M. Gallo (1964), s. 750; Mantovani (2001), s. 323.

Alman öğretisinde de kastın unsurlarının öngörme ve isteme olduğu ve buna bağlı olarak doğrudan kastın birinci dereceden doğrudan kast ve ikinci dereceden doğrudan kast olarak ikiye ayrıldığı yönünde bir görüş belirmiştir. Buna göre eğer fail belirli bir amaca yönelik olarak bir davranışı gerçekleştiriyorsa bu durumda birinci dereceden doğrudan kast; failin belirli bir davranışa bağlı olarak gerçekleşmesi zorunlu bir netice söz konusuysa, bu netice bakımından ikinci derece doğrudan kast söz konusu olacaktır. C. Roxin. (1997). *Strafrecht Allgemeiner Teil-I*. München: C.H.Beck, s.364’dan aktaran: Karakehya (2007), s. 123).

²⁹⁸ Centel vd. (2008), s. 384.

TCK’da kastın tanımında “bilme” kavramına yer verilmiştir. Bu nedenle “öngörme” kavramına yer vermiş olan hukuk sistemlerinde (örneğin İCK m. 43) öğreti tarafından kullanılan öngörme kavramı artık bizim öğretimizde yer almamalıdır. Ayrıca “öngörme”nin yeterli sayılması kastın kapsamını genişletici bir etki yaratır inancındayız. Bilme kavramını hata hallerinin uygulanmasını kolaylaştırıcı bir etki de yaratacaktır.

²⁹⁹ Toroslu (2005a), s. 136; Marinucci ve Dolcini (2006), s. 247; Mantovani (2001), s. 321.

İhmali suçlar konusunda özellikle uygulamada karşılaşılan sorunlar nedeniyle, icrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlarda da kastın bütün objektif unsurları kapsamı gerektiğini tekrar vurgulamakta yarar vardır.

Bir suçu oluşturan fiil, bu suçu gerek diğer hukuka aykırı fiillerden ve gerek diğer suçlardan ayırarak ona özelliğini veren unsurların bir bütünü olduğuna göre, kastın varlığı için bütün bu kurucu unsurların fail tarafından bilinmesi gerekir³⁰⁰. Bu anlamda failin sadece neticeyi (neticeli suçlarda)³⁰¹ bilmesi yeterli değildir; kanunda tanıma uyan tüm unsurları yani hareketi, neticeyi ve suçun maddi konusunu bilmelidir^{302, 303}.

İhmali suçların objektif unsurlarına tipik durum, emredilen hareketin yapılmaması ve somut durumda bireysel hareket yeteneği girmektedir. İhmali suçlarda fail tipik neticenin meydana gelmek durumunda olduğunu, beklenen ve uygun kurtarma hareketinin yapılmadığını bilmelidir. Ayrıca gerçekleşmek üzere olan neticeyi önlemenin kendisi açısından mümkün olduğunun da bilincinde olmalıdır. Failin garantör kişi olduğu ihmali suçlarda da fail suç tipine ait unsurları bilmelidir. Dolayısıyla garantörlüğüne neden olan durumları, başka anlatımla garantörlüğü kuran fiili olayları bilmelidir. Bilmiyorsa kastı yoktur ve fakat koşulları gerçekleşmişse taksirden dolayı sorumluluk söz konusu olabilir. Biliyorsa ve fakat garantörlüğünden kaynaklanan yükümlülüğünü bilmiyorsa, bu durumda haksızlık bilinci yoktur, yani emir yanılığı vardır ki, bu da icrai suçlardaki hukuksal yanılığa denk düşmektedir, failin kastı vardır. H. Hakeri (2003). *Ceza hukukunda ihmal kavramı ve ihmali suçların çeşitleri*. Ankara: Seçkin, s. 236 vd.

³⁰⁰ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinde kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlama öğretide, kastın varlığı için fail tarafından, suçun kanuni tanımındaki unsurların değil, suçu oluşturan fiilin bilinmesinin, yani fiilin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesinin yeterli olması, bunun da hatalı bir anlayış olması dolayısıyla eleştirilmiştir. N. Toroslu ve Y. Ersoy (2004). Kanunlaşmaması gereken bir tasarı. *Türk Ceza Kanunu reformu, ikinci kitap*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71 s. 10.

³⁰¹ Ceza hukuku açısından önem arz eden neticenin, kanuni tarifte yer alan netice olduğu yönünde bkz. Özgenç (2007), s. 227, dipnot. 282; Zafer (2011), s. 212.

³⁰² Mantovani (2001), s. 321.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 43. maddesi, cürümün varlığı için gerekli olan icrai veya ihmali hareketin sonucu meydana gelen zarar veya tehlike neticesinin, fail tarafından kendi hareketinin veya ihmalinin neticesi olarak öngörülmesi ve istenmesi halinde cürümün kasıtlı bir cürüm olduğunu kabul eder. Bu tanım pek çok yönden eleştirilmektedir. Bir kere "netice" kavramından ne anlaşılması gerektiği konusu tartışılmaktadır. Nitekim İtalyan öğretisinde bilinmesi gereken neticenin hukuki netice mi yoksa doğal netice mi olduğu da tartışılmıştır. Bazı yazarlar bütün suçlarda doğal neticenin -dış dünyada meydana gelen değişiklik- bulunmaması nedeniyle neticesi bulunmayan suçlarda kastın varlığı için failin hareketi veya ihmali istemiş olmasının gerekli ve yeterli olduğunu belirtirken, bir kısım yazarlar da bu suçlarda da hukuki bir neticenin -hukuken korunan değerın zarar görmesi- bulunduğunu ve bu nedenle bu hukuki neticenin de istenmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Tartışmalar için bkz. Pagliaro (2003b), s. 289-292.

Ancak daha sonra, İtalyan doktrininde de, kastın varlığı için sadece neticenin bilinmesinin yeterli olmadığı, fiilin tüm unsurlarının failce bilinmesi gerektiği görüşü egemen olmuştur. Uygulamada ise Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin suçun manevi unsurunu ele alan 43. maddesi ve fiili hatayı düzenleyen 47. maddesini birlikte değerlendirerek, bir kimseyi öldürme kastıyla hareket eden, ancak bu ilk hareket sonucu mağdurun öldüğü yönünde hataya düşerek gerçekleştirdiği ikinci hareketiyle ölüm neticesini meydana getiren failin kasıtlı adam öldürme değil, taksirli adam öldürme olduğuna, ilk hareketin ise teşebbüs halinde kalmış adam öldürme suçunu meydana getirdiğine karar vermiştir (Cass. Pen. Sez. I, 18 Marzo 2003, n. 16976). Bu kararda mahkeme kastın suçun bütün unsurlarını kapsaması gerektiği kriterinden hareket etmiştir. Giovagnoli (2008), s. 472-474.

³⁰³ Ateş ettiği şeyin insan olduğunu bilmeyen kimsenin kasten öldürme suçunun faili olamaması gibi, aldığı şeyin başkasına ait olduğunu bilmeyen kimse de hırsızlık suçunu işlemiş sayılmaz.

"Öperek kendisine sarkıntılık yapan ve ardından banyoya kaçan maktule, onunla konuşarak yerini saptayabileceği ahvalde, kapalı banyo kapısının 120 cm. yüksekliğinden atış yapmak ve öldürmek mahiyetindeki olayda, sanığın maktulü öldürebileceği düşüncesiyle hareket ettiğini kabul etmek ve

Fail dış dünyadan algıladığı şeyleri bilmelidir. Failin bilmesi, fiile ilişkin olguları hukuksal ve toplumsal anlamı itibarıyla bilmesi anlamındadır. Failin bunların kanuni tanımında nasıl değerlendirildiğini bilmesi gerekmez. Bu bakımdan suç tipinin ya da bu unsurlardan birinin yorumunda hataya düşmesi sorumluluğu etkilemez³⁰⁴. Örneğin, bir otomobilin tekerinin havasını boşaltan kimse, mala zarar verme suçunu (TCK m. 151) işlemediğini, zira otomobile bir zarar vermediğini iddia edebilir. Ne var ki, burada failin kast için gerekli olan “bilme”sinin mevcut olduğu açıktır, zira fail fiili ile aracın geçici de olsa kullanılamayacağını bilmektedir. Bu da hukuken “zarar verme” olarak anlaşılmaktadır. Fail, yaptığıın farkındadır³⁰⁵.

Fail, ayrıca, suça etki eden ağırlaştırıcı nedenleri, mağdurla ilgili özellikleri bilmelidir³⁰⁶. Bir suçun niteliğinin değişmesine yani başka bir suça dönüşmesine, neden olan hususların fail tarafından önceden bilinmesi gerekir³⁰⁷.

Failin bilmesi gereken unsurlar, geçmişte gerçekleşmiş durumlar³⁰⁸ veya halen mevcut olan durumlar³⁰⁹ olabileceği gibi, gelecekte meydana gelecek durumlar da olabilir³¹⁰.

Buna karşılık kastta bilme unsurunun nedensellik ilişkisini kapsamasının gerekip gerekmediği konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre kastın nedensellik bağını kapsaması gerekmez. Yani fail neticeyi belli bir yoldan geçerek gerçekleştirmeyi düşünürken ve neticenin bu yoldan gerçekleştiğini zannederken yaptığı ikinci bir hareketiyle neticeyi düşündüğü yoldan değil de başka bir şekilde gerçekleştirse, başlangıçtaki kastın neticeyi kapsadığı kabul edilir. Bu durumda olaydaki bütün hareketler doğal bir bağ içinde birlik gösterir ve netice bazı değişikliklerle failin

öngörülen sonucun kasta dahil olduğu görüşüyle uygulama yapmak gerekir” (1. CD, 13.11.2000, 3126). Hakeri (2008), s. 155.

³⁰⁴ Önder (1992a), s. 301.

³⁰⁵ Hakeri (2008), s. 155.

³⁰⁶ Objektif sorumluluğun uygulanmaya devam ettiği sistemlerde, ağırlaştırıcı neden neticeye ilişkinse ve suç netice dolayısıyla ağırlaşmakta ise ağırlaştırıcı neden neticeden failin kastı veya taksiri aranmaksızın sorumluluk söz konusu olacağından kastın bu neticeyi kapsamına alması aranmaz. Ancak 5237 sayılı TCK’nın sisteminde kast bütün ağırlaştırıcı neticeleri kapsamalıdır.

³⁰⁷ Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 927, s. 237; Hakeri (2008), s. 155.

³⁰⁸ Örneğin suç eşyasını satın alma (TCK m.165) kastının varlığı için bu eşyanın suç eşyası olduğunu bilmek gereklidir.

³⁰⁹ Örneğin hırsızlık kastının varlığı için çalınan eşyanın başkasına ait olduğunu bilmek gereklidir.

³¹⁰ Hafizoğulları ve Özen (2010), s. 281; İ. Özgenç (2005). *Türk Ceza Kanunu Gazi şerhi*. Ankara: Seçkin, s. 294.

tasavvur ve iradesine uymaktadır. Biri kasıtlı biri taksirli iki ayrı suçun var olduğu kabul edilmez³¹¹. Bu duruma, konuya ilk kez 1825’de değinen yazarın adıyla Weber kastı (Weberische Vorsatz veya Weberische dolus generalis) denir³¹².

Ancak, kastın bilme unsurunun nedensellik bağına da kapsamına alması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Nedensellik bağlantısındaki sapmalara değer veren bu görüşe göre, yukarıdaki örnekte iki suç gerçekleşmiştir. Nitekim öldürme kastıyla icra hareketlerinin tamamlanması aşamasında mağdur ölmediğinden kasten adam öldürmeye tam teşebbüs, öldü zannedilerek suya atma hareketinde ise, ölüm neticesi istenmemiş olduğundan taksirle adam öldürme suçları gerçekleşir. Bu iki suç gerçek içtima kurallarına göre birleştirilecektir³¹³.

Kanaatimizce Ceza Kanunu’nda kast, suçun kanuni tanımındaki zorunlu maddi unsurları bilmek ve istemek olarak tanımlandığına göre³¹⁴, kastın nedensellik bağına da kapsamı gerekir. Kastın nedensellik ilişkisini kapsamının gerekli olmadığı görüşü kabul edildiği takdirde, failin hareketi ile netice arasında objektif nedensellik bağının varlığı ve failin neticeye yönelik kastı yeterli görülecek ve fail meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilecektir. Bu görüşe göre, nedensellik bağındaki sapma bir önem taşımayacaktır. Oysa araya giren başka etkenler olmasaydı belki de failin başlattığı nedensel süreç, failin kastettiği neticeyi doğurmayacak ve fail teşebbüsten sorumlu olacaktır. Bu nedenle kastın nedensellik bağına da kapsamı gerekir³¹⁵.

³¹¹ Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 926, s. 237; Centel vd. (2008), s. 384; Hakeri (2008), s. 166.

Örneğin sanıkların eniştesi maktul M'nin evde herkese küfür etmesine sinirlenen N, eline geçirdiği soba küreği ile rastgele maktulün başına vurur. Bu darbeden dolayı bayılan eniştelere öldüğü kanısına kapılan N ve kardeşi A, onu evden çıkararak otoyol üst geçidinden aşağı atarlar. Mağdur ise gerçekte otoyol zeminine çarparak ölmüştür (1. CD, 17.11.1987,4006). Yukarıdaki örneği biraz değiştirerek, failin yaralama kastı ile hareket edip de, mağdurun öldüğünü düşünerek cesedini atması halinde ise daha farklı bir sonuca ulaşmak gerekir. Bu durumda netice failin tasavvuruna uymamaktadır. O nedenle, kasten yaralama ve taksirle öldürme suçlarından ötürü ayrı ayrı ceza tayini yoluna gidilmelidir. Hakeri (2008), s. 166-167.

³¹² Örneğin, öldürmek kastıyla icra hareketlerini tamamlayan failin, öldüğünü zannettiği mağduru suç delillerini ortadan kaldırmak düşüncesiyle suya atması sonucu, ilk harekette ölmeyen mağdurun, suda boğularak ölmesi halinde, ortada kasta dayanan tek bir suç söz konusu olacaktır. Önder (1992a), s. 301.

³¹³ Bkz. Artuk vd. (2007), s. 457. Aynı doğrultudaki İtalyan Yargıtay kararı için yukarıda dipnot 302’ye bakınız.

³¹⁴ Zafer (2011), s. 177.

³¹⁵ Aynı yönde bkz. Zafer (2011), s. 178; Koca ve Üzülmaz (2011), s. 142.

Failin suçun hafifletici nedenlerini, cezalandırılabilme ve kovuşturma şartlarını, ceza verilmesini engelleyen kişisel nitelikleri ve hukuka uygunluk nedenlerini bilmesi gerekmez³¹⁶.

Hukuka aykırılık bilinci, failin eyleminin hukuk düzenini ihlal ettiğini, haksız olduğunu ve dolayısıyla yasak olduğunu bilmesidir³¹⁷.

Kastın varlığı için failin suçun tüm unsurları dışında ayrıca bir hukuka aykırılık bilincine de sahip olmasının gerekip gerekmediği de öğretide tartışılan konulardandır.

Kusurluluk konusunda psikolojik teoriyi kabul eden yazarlardan bir kısmı, hukuka aykırılık bilincini kastın bir unsuru sayarken, diğer bir kısmı kastın varlığı için hukuka aykırılık bilincini aramamaktadır³¹⁸. Kusur konusunda normatif teoriyi kabul eden yazarlar ise hukuka aykırılık bilincini³¹⁹ kastın değil kusurluluğun bir unsuru kabul ederler. Hukuka aykırılık bilincini kastın bir unsuru sayan görüşe göre kaçınılmaz bir hata nedeniyle failde hukuka aykırılık bilinci yoksa, kastı yok demektir ve fail beraat etmelidir. Fail, kaçınılabılır hata nedeniyle hukuka aykırılık bilincine sahip değilse, sadece kast yoktur ve fail taksirinden dolayı cezalandırılır³²⁰.

Kusur açısından normatif teoriyi benimsediği sonucuna vardığımız Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinde "işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi"nin cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm dolayısıyla işlediği fiilin meşru olduğunu, yani yasak olmadığını düşünen, eylemin hukuka aykırı olduğu bilincini taşımayan fail kusurlu sayılamayacağından, cezalandırılmayacaktır. Ancak, bu hükmün uygulanabilmesi için failin bu konuda kaçınılmaz bir hataya düşmüş olması gerekir³²¹.

³¹⁶ Centel vd. (2008), s. 384.

³¹⁷ A. Sözüer (1995). Hukuki hata. *YD.*, 21(4), (Ekim), s. 480-481.

³¹⁸ Toroslu (2008), s. 186-187.

³¹⁹ 5237 sayılı TCK m. 30'da haksızlık bilinci kavramı kullanılmıştır.

³²⁰ Bkz. Centel vd. (2008), s. 385, dn. 131.

³²¹ Centel vd. (2008), s.386.

Alman hukukunda, hukuka aykırılık bilinci kusurun şartlarından biridir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi verdiği bir ilke kararıyla, hukuka aykırılık bilincini, kusurun şartlarından biri olarak kabul etmiştir. Failin gerçekleştirdiği fiilin cezalandırılabilir bir fiil olduğunu bilmesi şart değildir, ancak hiç olmazsa gerçekleştirdiği fiilin hukuk düzenini önemli bir şekilde ihlâl ettiğini bilmesi veya bu bilgiyi edinmemiş olması dolayısıyla kınanabilmesi gerekir. Alman Ceza Kanununun 17. maddesine göre, "Düştüğü hata, kendisi bakımından kaçınılamayacak nitelikte olup, fail bu hatası nedeniyle hukuka aykırı davrandığı bilincine sahip değilse, gerçekleştirdiği hareket, kusurlu değildir. Fail, hataya düşmekten kaçınabilecek durumdaysa, yaptığı hareket kusurludur; fakat cezası 49. maddenin birinci fıkrası uyarınca

Öğretideki hakim kanaate göre, suçun kanuni tanımında “hukuka aykırılık” unsuruna açıkça yer verildiği takdirde, kastın hukuka aykırılığı da kapsamı gerektiği genel kabul gören görüştür. Kanun metninde açıkça hukuka aykırılıktan bahsedilmediği hallerde, failin hukuka aykırılığı da bilmesi zorunlu değildir ve bilmemesi kastının varlığını engellemez³²². Azınlıktaki bir görüşe göre ise, suç tipinde hukuka aykırılık unsuruna açıkça yer verilmesine rağmen ayırım yapılması gerekir. Hukuka aykırılığa ilişkin belirlemelerin suç tipindeki belirli bir unsura ilişkin olduğu hallerde, kastın bunu da kapsamı gerektiği halde, hukuka aykırılığa ilişkin belirlemenin suç tipinin tümüne ilişkin olması durumunda, kastın buna yönelik olması gerekmez. Örneğin TCK 244/4’te düzenlenen suçta belirtilen “haksız çıkar”, tipikliğin bir unsuru olduğundan, kast çıkarın haksızlığını kapsamalıdır. Buna karşılık, TCK 109/1, 124/1, 135, 136 ve 243/1. maddelerde belirtilen “hukuka aykırı olarak” ifadesi suçun tümünü nitelendirmekte olup, kastın ayrıca hukuka aykırılığı kapsamı gerekmemektedir³²³.

Hukuk düzeninin kastı belirlerken fiilin hukuka aykırılığının bilinmesini zorunlu görmemesi, fiilin antisosyal niteliğinin de bilinmemesi olarak algılanmamalıdır. Ancak kastın varlığı için, kural olarak, antisosyal bir davranışın yapıldığının bilinmesi gerekli olmakla birlikte, kanunun koyduğu yasağı bilmesine rağmen, davranışın toplumsal bakımdan zararlı ve tehlikeli olmadığına, hatta yararlı olduğuna inansa bile, failin kastla hareket etmiş olduğu kabul edilmelidir³²⁴.

Yargıtay ise, suç tipinde suçun “hukuka aykırı olarak” işlenmesinin arandığı hallerde (örn. TCK 109), hukuka aykırılık suç tipinde ayrıca gösterildiği için “hukuka

hafifletilebilir”. Mahkeme içtihatları, kaçınılmayan hukukî hata açısından ağır şartlar aramaktadırlar. Böyle bir hataya, ceza hukukunun temel konularında oldukça ender rastlanabilmektedir. Bu sebeple, kusurluluğu ortadan kaldıran hukukî hata, daha çok ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler içeren özel kanunlarla, idarî kabahatlerde uygulanmaktadır. Jescheck ve Sieber (2007), s. 40. Aynı yönde görüş için bkz. Zafer (2009), s. 189.

İtalyan hukukunda ise kast sadece tipik fiilin bilinmesi ve istenmesi değil, aynı zamanda hukuka aykırı fiilin bilinmesi ve istenmesi olarak kabul edilmektedir. Bununla bağlantılı olarak İCK m. 59, f.4’de “fail cezayı ortadan kaldıran bir nedenin varlığı konusunda hataya düşerse, bu hata her zaman failin lehine sonuç doğurur. Eğer fiil taksirli bir suç olarak öngörülmüşse ve fail taksirli olarak hataya düşmüşse fail cezadan kurtulamaz” ifadesi yer almaktadır. Marinucci ve Dolcini (2006), s. 260.

³²² Hafizoğulları ve Özen (2010), s. 282; Soyaslan (2005), s. 418; Artuk vd. (2007), s. 458; Özgenç (2007), s. 278.

³²³ Koca ve Üzülmüş (2008), s. 130, 175.

³²⁴ N. Toroslu (2005b). *Ceza hukuku*. (8. bası). Ankara: Savaş, s. 186-187; Hafizoğulları ve Özen (2010), s. 282-283.

özel aykırılık” halinin söz konusu olacağını belirtmekte ve bu takdirde de genel kastın varlığını aramaktadır³²⁵.

5237 sayılı TCK’nın 21. maddesi ile kastın tanımında hukuka aykırılığın da bilinmesinin zorunlu kılındığı ileri sürülmüştür³²⁶.

“Bilme” unsuru ile ilgili olarak ortaya çıkan diğer bir sorun, kişinin bir suçun unsurunu doğrudan bilmemekle beraber, bilinçli olarak bilmek istememesinin nasıl değerlendirileceğidir. Bu durumda doğrudan bir “bilme” yok ise de, suçun objektif unsurunu öngörüp, bunu kabullenerek yine de eylemin gerçekleştirildiği, bu nedenle, burada da olası kasttan bahsedilebileceği belirtilmiştir³²⁷.

4.4.4.1.3.2. İsteme unsuru

Kastın mevcudiyeti için kanuni tarifte yer alan hareketin ve neticenin bilinmesi, düşünülmesi ve öngörülmesi yeterli değildir, bunların istenmesi de gerekir. Hareketin ve neticelerin istenmiş olmaması halinde kast da yoktur³²⁸. Kasta özelliğini veren unsur isteme unsurudur³²⁹. Buna, kastın irade unsuru da denir.

³²⁵ (CGK, 23.01.2007, 9), Hakeri (2008), s. 156.

³²⁶ D. Yarsuvat vd. (2004). Türk Ceza Kanunu Tasarısı hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin görüşü. *Türk Ceza Kanunu reformu, ikinci kitap*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, s. 294.

³²⁷ Örneğin, 18 yaşından küçük biriyle isteğiyle cinsel ilişkiye giren kişi, mağdurun yaşının 18’den küçük olduğunu kesin olarak bilmemekle beraber, özellikle bu konuda bilgisiz kalmak isterse, bu suç bakımından kastından söz edilebilir mi? Konuyu bir mahkeme kararı ile açıklamaya çalışalım: ABD’de gerçekleşen bir olayda Sandra Nations, bir gece kulübü işletmektedir ve gece kulübünde 17 yaşından küçük bir kızı striptizci olarak çalıştırırken yakalanmış ve cezalandırılmıştır. Sanık hükmü temyiz ederek, kendisinin “çocuğun 17 yaşından küçük olduğunu bildiğinin ispatlanması gerektiğini”, bu husus ispatlanmadığından hükmün hatalı olduğunu iddia etmiştir. Gerçekten de, ilgili ceza normu, “bilerek” 17 yaşından küçük bir kimsenin çalıştırılmasını cezalandırmaktadır. Yargılama sonucunda, sanığın çalıştırdığı kızın 17 yaşından küçük olduğunu “doğrudan” bilmediği; ancak “bilmek istemediği” anlaşılmıştır. Mahkeme, failin “bilmemek için gözlerini kapatmasaydı, suçun objektif unsurunu bilecek olduğu” (iradi körlük) (devekuşu durumu) hallerde, bilmemekten bahsedilemeyeceğine karar vermiştir. Daha açık ifadeyle, fail, bilmiş olmamak için, kızın yaşını araştırmamıştır. Böylece mahkeme, kanunda “bilme” şartının arandığı yerde, doğrudan bir bilmeyi aramaktadır (State v. Nations). Hakeri (2008), s. 157.

³²⁸ Örneğin, mağdureyi kaçırmak için evine gelen ve kapıya vuran, açılmayınca cama vuran sanığın bu eylemi neticesinde camın kırılması durumunda sanığın kastının bulunmadığı, camın istemeyerek kırıldığına karar verilmiştir. Yargıtay’a göre, “cama vurulmasının nedeni, sesi işiterek mağdurenin gelmesi ve kapıyı açmasıdır. Sanık, kapıya vurulduğunu duymayan mağdurenin dikkatini çekmek, geldiğini ona bildirebilmek amacıyla cama vurmuştur. Yoksa sanıkta eve girmek maksadıyla camı kırmak ve zarar vermek bilinç ve iradesi bulunmamaktadır. Bu nedenle mala zarar verme suçunun yasal unsurları oluşmamıştır” (CGK, 27.03.1995, 88). “Sanığın tartıştığı oğluna kızarak attığı taşın, evin camına gelip içerideki torunu mağdurenin gözünden organ kaybı niteliğinde yaralanmasına yol açmaktan ibaret eyleminin, olay yerinde keşif yapılmak ve cam ile taşın hedeflediği kişinin yeri saptanmak suretiyle

Nelerin istenmiş sayılacağını belirlemek neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların sınırını belirleme açısından büyük bir önem taşır. Failin iradesinin yönelmiş olduğu neticeler, yani faili harekete geçiren amacı veya hedefi veya bu amaçlardan veya bu hedeflerden birini oluşturan neticeler istenmiş sayılacaktır³³⁰.

Ayrıca, bilinen ve istenilen neticenin meydana gelmesi durumunda buna bağlı olarak başka zorunlu neticelerin de meydana gelmesi söz konusu ise failin iradesinin asıl netice yanında bu zorunlu neticeleri de kapsadığı kabul edilir. Yani asıl neticeyi gerçekleştirmeyi isteyen failin, asıl neticeye bağlı diğer neticeleri de istediği varsayılır. Çünkü fail hareketi yaparken hedeflenen neticeye bağlı diğer bazı neticelerin gerçekleşmesinin kaçınılmazlığını düşünmüş ve bunların gerçekleşmesini göze alarak hareket etmiştir; yani bu neticelerin de meydana gelmesine rıza göstermiştir. Bu neticelerin gerçekleşeceğini tasavvur etmiş olsa da hareketi yapmaya devam etmiştir³³¹.

Ancak, söz konusu diğer neticelerin meydana gelmesi zorunlu değil, ihtimal dahilindeyse ve fail bu neticeleri öngörmüşse ve öngördüğü bu neticenin gerçekleşmesini istememiş ve bunun için çaba göstermişse, failin kastı meydana gelen tüm neticeleri kapsamaz, bu durumda bilinçli taksirin varlığından söz edilir. Failin, ihtimal dahilinde olan diğer neticeleri öngörmesine rağmen duyarsız kalması halinde ise dolaylı (olası) kasttan söz edilir³³².

Bir kimsenin iyi niyetle veya mağdurun rızasıyla gerçekleştirdiği fiillerde de kastı söz konusu olabilir³³³.

taksirle yaralama sayılıp sayılmayacağı tartışılmalıdır” (4. CD, 28.06.1999, 6896). Benzer şekilde, “sanığın kuşa attığı taşın, terk edilmiş vaziyette duran müştekiye ait minibüsün camına isabet edip kırmasından ibaret olan eylemde mala zarar verme suçunun manevi unsuru (kast) bulunmadığı”na karar verilmiştir (9. CD, 15.11.1985, 5195). Hakeri (2008), s. 157.

Kastın sadece bilme unsurundan meydana geldiği yönündeki görüşler için bkz. Özgenç (2007), s. 232 vd.

³²⁹ Toroslu (2005b), s. 182; Hafizoğulları ve Özen (2010), s. 278.

³³⁰ Antolisei (2003), s. 318.

³³¹ Toroslu (2005b), s. 184; Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 930, s. 240-241; Centel vd. (2008), s. 384; Hakeri (2008), s. 158, Hafizoğulları ve Özen (2010), s. 279.

Bu sorunun çözümü için bazı yazarlar “umut etme” ve “dileme veya arzu etme” ölçütünü kullanmışlardır. Yani umulan veya dilenen neticeler istenmiş sayılır. Bu çözüm yoluna göre, umulan ve dilenen her netice istenmiş olmayabileceği gibi, umulmayan veya dilenmeyen her netice de istenmemiş olmayabilir. Antolisei (2003), s. 319.

³³² Özbek (2005), s. 257-260; Centel vd. (2008), s. 387.

³³³ Bu nedenle Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun “kan kardeş olmak amacıyla, mağdurun isteği üzerine bıçakla kan çıkacak kadar çizik atmak isterken aldığı alkolün doğurduğu kontrolsüzlükle bileğini biraz derinden kesip beş gün iş ve gücüne engel biçimde yaralanmasına neden olan sanığın etkili eyleme ilişkin

Bir kimsenin denemek amacıyla veya bir şeyi ispatlamak amacıyla bir suç işlemesi halinde de kast vardır. Aşağıda da inceleneceği üzere ceza hukukunda saik (kişinin hangi amaçla suçu işlediği) kural olarak önemsizdir. Örneğin, bir eve girip bir şeyi çalmanın kolay olduğunu ispatlamak için eve giren kimse, sonradan aldığı eşyayı sahibine iade etse bile fiili kasten işlemiştir³³⁴.

4.4.4.1.4. Kastın aranacağı zaman

Kast, hareketin yapıldığı anda var olmalıdır. Hareketten önce veya sonra var olan ancak hareket anında bulunmayan kast, kasıtlı suçtan sorumluluk için yeterli değildir. İşlemek istediği suç için henüz harekete geçmemiş olan failin, taksirli hareketleriyle o suça sebebiyet vermesi durumunda, kasten hareket etmiş sayılmaz³³⁵.

Suç işlerken birden fazla hareket yapma olanağının bulunmasına rağmen, failin tek hareketle yetinmesi kastın varlığını kuşkulu hale getirmez³³⁶.

Yargıtay’a göre, kastın varlığı olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. Mağdur ile fail arasındaki ilişkilerin niteliği³³⁷, mağdurun rızası suç kastının ortadan kalkması

sorumluluğu özensiz davranış biçiminde beliren taksire dayalıdır” şeklindeki kararı (CGK, 01.02.2005, 3, S. Bakıcı (2008). 5237 sayılı yasa kapsamında ceza hukuku genel hükümleri. (2. bası). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 432-433.) hatalıdır. Sanık başka saikle de olsa, mağduru yaralamak istemiştir ve bu nedenle eylemi kasten işlemiştir. bkz. H. Hakeri (2007b). *Tıp hukuku*. Ankara: Seçkin, s. 286.

Silahın, çocukların eline geçmemesi için taşınması halinde de kast vardır: “Sanık Abdullah’ın olay akşamı şehir dışında çalışmakta olan oğlunun telefon ederek “evde nişan var, tabancayı bulunduğu yerden al, çocukların eline geçmesin” demesi üzerine, oğluna ait bulundurma ruhsatlı tabancayı beline takarak çıktığı, Jandarmanın köy kahvesinde yaptığı aramada silahın bulunduğu, kahvehane ile sanığın evi arasındaki mesafenin 500 m. civarında olduğu anlaşılmaktadır. Sanığın silahı üzerinde taşıdığı sabittir, sanık silah taşıma eylemine kolluk görevlileri tarafından yakalanıncaya kadar devam etmiştir... Olayın oluş şekli de göz önünde bulundurulduğunda, oğlu adına evde bulundurma ruhsatlı olan silahın, bulundurulmasına izin verilen yer dışında sanığın iradesi dahilinde, 1 veya 1,5 saat süreyle, 500 metrelik mesafe boyunca ruhsatsız olarak taşınması nedeniyle... ruhsatsız silah taşıma unsurunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir” (CGK, 19.09.2006, 201/190, bkz. Bakıcı (2008), s. 450).

³³⁴ Hakeri (2008), s. 159.

³³⁵ Bu sebeptendir ki, karısını kasten öldürmeyi düşünen koca, silahını temizlerken taksirli yaptığı bir hareket ile odaya giren karısını öldürürse kasten öldürme suçundan sorumlu tutulamayacağı gibi, yine karısını öldürmeyi düşünen koca bir av partisinde av zannı ile karısını öldürdüğü halde de kasten öldürme suçunu işlemiş olmaz. Önder (1992b), s. 312, 313; Centel vd. (2008), s. 387.

³³⁶ Örneğin, birden fazla atış yapmak yerine tek atışla yetinmek, adam öldürme kastını ortadan kaldırmaz. Gerçekten Yargıtay, “öldürücü tüfek ve iradi yöneltme ile yakından görüp hedef seçerek yapılan tek atışın mağdurun göbeğinden isabetle hayati tehlikenin olduğu ve mağdurun tıbbi olanaklarla yaşama döndürüldüğü” olayda “başka atış ve eski husumet olmaması”nın, açığa çıkan öldürme kastını kaldırmayacağını belirtmiştir. Y 1. CD, 4.4.2000-299/888, YKD XXVI, 6 (Haziran 2000), 955 vd. Centel vd. (2008), s. 387, dipnot 136.

sonucunu doğurabilir. Öte yandan, fail ile mağdur arasındaki ilişkilerin, bazı hareketlerin şaka maksadıyla yapılmış olduğunun ve suç işleme kastının bulunmadığının kabul edilmesi sonucunu doğurması mümkündür.

4.4.4.1.5. Kastın türleri

4.4.4.1.5.1. Başlangıçta kast – hem zaman kast- sonradan ortaya çıkan kast

Neticeyi meydana getirmeye yönelik hareketlerin yapıldığı anda var olan kasta, başlangıçta kast denir³³⁸.

Fiilin icrasına başlandığı andan, neticenin meydana geldiği ana kadar bütün aşamalarda var olan kasta, hem zaman kast denir³³⁹.

Buna karşılık, hukuka uygun biçimde yapılmaya başlanan harekete sonradan suç kastının eklenmesiyle işlenen suçlardaki kasta ise eklenen kast veya sonradan meydana gelen kast denir³⁴⁰. Sonradan kast hallerinde fail hareketi kusursuz ya da taksirle gerçekleştirdikten sonra, hareketi veya hareketsizliği ile neticenin devamını ister ve bu andan itibaren fiil suç teşkil edebilir³⁴¹. Örneğin dikkatsizlikle bir hastaya yanlış ilaç verip, böylece onu taksirle zehirleyen hemşire, yaptığı işin farkına vardığı halde, neticeye engel olucu bir tedbire başvurmazsa, hareket taksirli olarak başlamış, fakat netice gerçekleşmeden, kast eklenmiştir. Bu eklenen kast, o andan önceki taksirin kast halini almasını gerektirmez; ancak kastın eklenmesinden sonra yapılan hareketler başlı başına suç teşkil etmekteyse, fail bu hareketlerden dolayı ve kastı dolayısıyla cezalandırılır. Yerine göre ilk suç (taksirle yaralama) ile sonraki suç (kasten öldürme, garantör olduğundan) arasında içtima kurallarının uygulanması da mümkündür³⁴².

³³⁷ Fail ile mağdur arasındaki ilişkiler dikkate alınarak bazı hareketlerin şaka maksadıyla yapılmış olduğu ve suç işleme kastının bulunmadığı sonucuna varılabilir. Örneğin, yurttan kalan öğrencilerin birbirlerinin eşyalarını saklamaları gibi. Centel vd. (2008), s. 388.

³³⁸ Toroslu (2005b), s. 190; Zafer (2011), s. 220.

³³⁹ Toroslu (2005b), s. 190; Zafer (2011), s. 220.

³⁴⁰ Örneğin, kendisinin zannederek aldığı kitabın, başkasına ait olduğunu farkettiği halde çantasına koyup götüren kişinin kastı, eklenen kasttır. Centel vd. (2008), s. 388.

³⁴¹ Toroslu (2005b), s. 190.

³⁴² Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 936, s. 246 vd.

Suç oluşturan belirli bir neticeye yönelik fiilini icraya başlayan failin fiilini tamamlamadan başka bir neticeyi gerçekleştirmeyi kastetmesi ve bu ikinci neticeyi gerçekleştirmesi halinde de eklenen kastın bulunduğu ifade edilmiştir³⁴³.

Eklenen kast kavramı öğretide eleştirilerek, böyle bir kast türünün kabul edilemeyeceği, bu hallerde kastın sonradan meydana gelmediği, failin kastının suçtan sorumluluğunu gerektiren suç tanımının ihlal edildiği anda var olduğu, yani eklenen kastın daima başlangıçta kast kapsamında olduğu ileri sürülmüştür³⁴⁴.

4.4.4.1.5.2. Doğrudan kast-dolaylı (olası) kast

4.4.4.1.5.2.1. Kavram

Failin gerçekleşeceğini bildiği bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik iradeyle hareket ettiği durumlarda doğrudan kast vardır. Doğrudan kast, failin suçun gerçekleşeceğini açıkça tasavvur etmesi demektir. Dolaylı kastta ise fail asıl gerçekleştirmek istediği netice yanında başka netice veya neticelerin de meydana gelmesi ihtimalini görmekte ve bunları göze alarak, bu neticeleri önleyebileceği inancı olmaksızın hareketini yapmaktadır³⁴⁵.

Doğrudan kastta fail, hareketinin neticeyi gerçekleştireceğini kesinlikle bilmekte ve istemektedir. Failin gerçekleşeceğini bildiği ve istediği asıl netice yanında, bu neticeye zorunluluk bağı ile bağlı yani kesinlikle veya büyük olasılıkla meydana gelecek yan neticeler açısından da doğrudan kast söz konusudur. Bu halde bilmenin istemeyi de içerdiği kabul edilir. Failin doğrudan kastından söz edilebilmesi için, failin tasavvur ettiği bu yan neticeleri ayrıca istemiş olması aranmaz³⁴⁶. Bu neticelere rıza göstermiş olması yeterlidir³⁴⁷.

³⁴³ H. Karakehya (2010). *İradilik unsuru bağlamında ceza hukukunda kast*. Ankara: Savaş yayınevi, s. 37-38.

³⁴⁴ Önder (1992b), s. 291.

³⁴⁵ Toroslu (2005b), s. 188; Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 931, s. 242; Centel vd. (2008), s. 389.

³⁴⁶ Örneğin 1875 yılında gerçekleşen bir olayda fail, Almanya'da Bremen limanında bir gemiye patlayıcı madde ile dolu bir sandık yerleştirmek ister. Failin amacı, açık denizde gemiyi batırmak ve sigorta bedelini almaktır. Ancak, böyle bir durumda fail, patlama sonucunda gemide bulunan mürettebatın ve yolcuların öleceğini kesinlikle bildiğinden, ortada doğrudan kast vardır. Nitekim, sandık taşıyanın elinden kaymış ve daha rıhtımda iken patlayarak bir faciaya neden olmuştur. Bkz. Centel vd. (2008), s. 389.

³⁴⁷ Toroslu (2005b), s. 183.

Buna karşılık, fail belli bir neticeyi gerçekleştirmek üzere hareket ederken, ihtimal dahilinde olan ve gerçekleştirilmesi hedeflenen netice ile zorunluluk bağı ile bağlı olmayan başka neticelerin meydana gelmesi de mümkündür. Fail, istediği neticenin yanında başka neticelerin meydana gelebileceğini öngörmüş ve gerçekleşmesini göze almıştır³⁴⁸. Bu neticeler gerçekleşmişse, failin dolaylı (olası) kastla³⁴⁹ hareket ettiği kabul olunur. Çünkü fail, asıl kastettiğinden başka, hareketinden doğacak diğer neticeleri tahmin ettiği veya öngördüğü halde, hareketini devam ettirmiştir. Esasen burada açık ve seçik bir isteme yoksa da, sonuçta aynı şey olan “istememiş olmama” söz konusudur³⁵⁰. Örneğin öldürmek istediği kişiye ateş eden kimse, kurşunun söz konusu kişinin yanındaki kimseye isabet edebileceğini öngörmesine rağmen, isabet ederse etsin diyerek ateş etmeye devam ederse, olası kastı (*olursa olsun kastı*) vardır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu kast türünün tanımına yer verilerek, olası kast olarak adlandırılmış ve bu durumda cezanın indirilmesi öngörülmüştür (TCK m. 21/2).

Dolaylı (olası) kastta fail, istediği netice dışında başka bir suçun gerçekleşmesinin imkan ve ihtimal dahilinde olduğunu görmekte, ancak bunu umursamamakta, “olursa olsun” demektedir³⁵¹. Fail neticeyi tahmin etmesine rağmen bu neticeyi önleyebileceği kanaati olmadan hareket etmektedir³⁵². Bu kast türünde kusur ve haksızlık içeriği diğer kast türlerine, örneğin doğrudan kasta göre daha azdır. Çünkü fail neticeyi meydana

³⁴⁸ Ersoy (2002), s. 101.

Failin bildiği ve istediği neticeye yönelik kasta birinci dereceden doğrudan doğruya kast, failin öngördüğü ve istediği neticeyi gerçekleştirmek için işlediği fiile bağlı olarak ortaya çıkan ikincil neticeler bakımından söz konusu olan kasta ikinci dereceden doğrudan doğruya kast da denilmektedir. Karakehya (2010), s. 87.

³⁴⁹ Bu kasta belirli olmayan kast, gayrimuayyen kast, olursa olsun kastı veya dolus eventualis adı da verilir.

³⁵⁰ Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 931, s. 242.

³⁵¹ Dolaylı kasttan dolayı failin sorumlu tutulmasının nedeni konusunda öğretide ihtimal teorisi, rıza teorisi ve kayıtsızlık teorisi geliştirilmiştir.

İhtimal teorisine göre, öngördüğü neticenin gerçekleşebileceğini ihtimal dahilinde gören ve hareketine devam eden fail, neticeyi istemiş kabul edilir.

Rıza teorisi veya kabullenme teorisine göre, hareketini yaparken imkan dahilinde olan neticenin meydana gelebileceğini öngören fail, razı olup, kabullendiği bu neticeyi baştan itibaren istemiş sayılır.

Kayıtsızlık teorisi ise muhtemel neticeyi tasavvur etmesine rağmen kayıtsız kalarak hareketine devam eden failin, suç tipini ihlal etmeyi göze aldığını ve failin kastının bulunduğunu kabul eder. Artuk vd. (2007), s. 462.

³⁵² Ersoy (2002), s. 102; Zafer (2011), s. 216.

getirmek için çaba göstermediği gibi, neticenin meydana geleceğinden de emin değildir, işi olurlarına bırakmış ve olursa olsun demiştir. Ancak, fail tehlikeyi, yani neticenin meydana geleceğini görmüştür. Bu nedenle, bu kast türü taksirden farklıdır. Taksirde, özellikle bilinçli taksirde fail tehlikeyi bilmekte ancak özen ve dikkat yükümlülüğüne aykırı olarak neticenin meydana gelmeyeceğine güvenmektedir. Örneğin, kalabalık caddede süratli araba süren kişi, birine çarpabileceğini düşünmüş, ancak kendi becerisine güvenerek kaza yapmayacağına inanmıştır. Dolaylı kast ile hareket eden kişi ise çarparsam çarpayım diye düşünmüştür, aradaki fark budur³⁵³.

Uygulamaya göre, dolaylı kast halinde de hareketi bilme ve isteme unsuru vardır³⁵⁴.

Dolaylı kast, ancak neticeyle belirlenir³⁵⁵. Bu nedenle dolaylı kastla hareket edilen hallerde teşebbüs hükmünün uygulanmaması gerekir³⁵⁶.

Dolaylı (olası) kast her zaman failin istediği neticeye bağlı olarak ortaya çıkan yan neticeler açısından değil, ilk neticeler açısından da söz konusu olabilir³⁵⁷.

³⁵³ Yüce (1982), s. 333,334; Centel vd. (2008), s. 390.

³⁵⁴ Yargıtay'ın dolaylı kast halinde de kastın bilme ve isteme unsurlarının olduğuna ilişkin kararları vardır: "Bir kimseye ateş eden, mağdurun yanında bulunan kimseyi de yaralayabileceğini, bunun ihtimal içinde olduğunu öngörmüş olabilir. Bütün bu gibi hallerde, fail gerçekleştirebileceğini muhtemel gördüğü neticeleri önceden düşünmüş ve öngörmüştür. Yani kastın birinci unsuru vardır, bunlardan başka bir ihtimale rağmen hareketinden caymamak ve bunu yapmakla, sözü geçen ikinci derecedeki ve muhtemel neticelerin gerçekleşmesini de istemiştir. Her ne kadar açık ve seçik bir isteme yoksa da, aynı sonucu doğuran, bir istememiş olmama vardır. Bu nedenle kastın iki unsuru da ihtimal öngörülmesi halinde gerçekleşmiştir". CGK, 3.6.1985, 83/330, Savaş ve S. Mollamahmutoğlu (1995a), s. 802-806.

Hakeri'ye göre, failin suçun objektif unsurlarına dahil bir hususu doğrudan bilmemesi, ancak "olasılık dahilinde olduğunu görmesi" ve buna rağmen "esaslı ve haksız bir riski üstlenerek" fiili gerçekleştirmesi hallerinde de kastı olduğunu kabul etmek gerekecektir". Hakeri (2008), s. 164-165.

³⁵⁵ Hakeri (2008), s. 164; Centel vd. (2008), s. 391.

³⁵⁶ Olası kastta failin meydana gelen neticelerden sorumlu olacağı, failin gerçekleşmesini göze aldığı, ancak gerçekleşmeyen neticelerden ötürü sorumlu tutulmayacağı Yargıtay tarafından da benimsenmektedir (bkz. CGK, 27.12.2005, 167). Ancak Yargıtay, yeni bir kararında en azından isabet alan kişiler bakımından faili olası kastla işlenen suça teşebbüsten sorumlu tutmuştur: Sanıkların silahlı geldiklerini gören ev sakinlerinin demir kapıyı kapatmaları üzerine sanığın kapıya doğru birkaç el ateş etmesi sonucunda, kapının arkasında bulunan bir kimsenin yaralanması halinde olası kastla öldürmeye teşebbüs dolaylı sorumluluk söz konusu olur: "...Kapı arkasında ve avlu içinde gerek ev sakinleri gerekse trafik kazası sebebiyle geçmiş olsun dileği ile gelenlerin bulunmasına, avluda bulunan mağdurenin de bu amaçla eve gelen misafir konumundaki şahıs olup kurşun isabetiyle başından ağır şekilde yaralanmasına, müteaddit el kapıya doğru ateş sırasında kapı arkasındakilerin veya avluda bulunan şahısların isabet alabileceklerinin öngörülebilmesine göre sanığın olası kastla öldürmeye teşebbüs suçundan dolayı cezalandırılması gerekir" (1. CD, 19.12.2006, 5813). Bkz. Hakeri (2008), s. 164-165.

³⁵⁷ Centel vd. (2008), s. 391.

Kasten işlenebilen suçlar, ilke olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Ancak, tanımında bilerek anlatımına yer verilmiş olan suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilir³⁵⁸.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre, kişinin suçun yasal tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine karşın, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Bu halde, faile, işlediği suçun kasıtlı halinin cezası kanunda gösterildiği şekilde indirilerek uygulanır (TCK m. 21/2). Doğrudan kast halinde fail açıkça neticeyi ister, dolaylı kastta isteme veya istememe açık değildir. Bu durum iki kast türünü birbirinden ayırmaktadır. Dolaylı kastta irade unsurunun açık olmaması, cezanın doğrudan kasta göre daha hafif olarak belirlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Başka bir ifadeyle bu kast türünde kusur ve haksızlık içeriği doğrudan kasta göre daha azdır. Bu nedenle, cezanın indirilmesi öngörülmüştür³⁵⁹.

Kanun'da dolaylı kasta açıkça yer verilmeseydi ve cezanın indirilmesi öngörülmeseydi dahi, öğretide ve uygulamada³⁶⁰ kabul edile gelen bu kast türü, cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilirdi. Örneğin, cezanın belirlenmesinde yol gösterici olan kusurun ağırlığı (yoğunluğu) kriteri, olası kast halinin cezaya yansıtılmasına olanak tanıyacak niteliktedir. Suçun cezasının basamaklı olduğu hallerde, alt sınırın esas alınması da bir başka seçenek olmaktadır³⁶¹.

Öğretide kastın türlerini, kastın iradilik unsurunda ortaya çıkan farklılıklara bağlı olarak belirleyen bir görüş de bulunmaktadır. Buna göre kast, birinci dereceden doğrudan kast, ikinci dereceden doğrudan kast ve olası kast olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. Eğer fail belirli bir amaca yönelik olarak bir hareketi gerçekleştiriyorsa,

³⁵⁸ Örneğin, iftira suçunda failin suçsuz olduğunu bilerek kişiye suç isnat etmesi arandığından, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir.

³⁵⁹ Artuk vd. (2007), s. 462; Centel vd. (2008), s. 392.

³⁶⁰ “Trafik olay tespit tutanağında sanığın kendisine kırmızı ışık yanmasına rağmen durmayarak yola devamı sonucu kendisine yeşil ışık yandığı için yola giren ölenin aracına çarptığının belirtilmesine... (rağmen) tedbirsizlik ve dikkatsizlik neticesi ölüme sebebiyet vermekten hüküm kurulması doğru değildir” 2 CD. 25.09.1997,11794/12180, Özgenç (2005), s. 295; “Olayın geçtiği düğün evindeki oda fazla geniş değildir; içeride 15-16 kişilik bir topluluk bulunmaktadır. Maktul ile beraber 5-6 kişi de odanın içinde ve pencerenin önünde yerden 40 cm kadar yükseklikteki seki üzerinde oturmaktadır. Sanık oturduğu yerden pencere istikametine doğru en az üç el ateş etmiş ve orada seki üzerinde oturanlardan A, başından aldığı isabetle ölmüştür. Belirtilen şekilde yapılan atış sonucu objektif olarak ölüm neticesinin meydana gelebileceği doğal görüldüğünden; sanığın sorumluluğu gayrimuayyen kasta dayanan bir sorumluluktur. Buna göre eylem TCK'nın 448 inci maddesine uyan suçu oluşturur” CGK. 06.02.1996, 1-339/10, O. Yaşar (2001). *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Seçkin, s. 988-989.

³⁶¹ Centel vd. (2008), s. 392.

bu durumda birinci dereceden doğrudan kast, failin belirli bir amaca yönelik olarak gerçekleştirdiği harekete bağlı olarak gerçekleşmesi zorunlu bir netice söz konusuysa, bu ikinci netice bakımından ikinci derece doğrudan kast, failin gerçekleştirdiği hareketine bağlı olarak gerçekleşmesi zorunlu olmayan ancak ihtimal dahilinde olan bir netice söz konusuysa ve fail kendi hareketi neticesinde bunun gerçekleşmesini kabulleniyorsa olası kast söz konusu olacaktır³⁶².

4.4.4.1.5.2.2. Dolaylı (olası) kast-bilinçli taksir ayrımı

Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin 2. fıkrasında olası kastın tanımı yapılmaktadır: “Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde, olası kast vardır”.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan tanımda dolaylı kast ile bilinçli taksir arasındaki fark net değildir³⁶³. Bilinçli taksirde de fail neticenin gerçekleşebileceğini öngördüğü halde fiili işler. Ancak, olası kastla hareket edildiğinde neticenin öngörülmesi ve göze alınması, meydana gelmesinin umursanmaması söz konusudur. Bilinçli taksirde ise neticenin öngörülmesi ancak göze alınmaması, gerçekleşmeyeceğinin umulması, failin neticeyi önleyebileceği kanaatiyle hareket etmesi³⁶⁴ neticenin gerçekleşmemesi için gerekeni yapması³⁶⁵ söz konusudur. Başka bir anlatımla, her iki sübjektif unsur arasında neticenin göze alınması ve kabullenilmesi açısından fark bulunmaktadır. Ancak bu farklılık 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki tanımda vurgulanmamış; olası kasta ilişkin olarak kanun gerekçesinde açıklanmaya çalışılmıştır³⁶⁶.

Gerekçeye göre, olası kastta fail, unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki failin bir neticeyi öngörmüş olması, her zaman onun

³⁶² Karakehya (2010), s. 43 vd.

³⁶³ Olası kast tanımının aslında bilinçli taksir tanımı olduğu eleştirisi konusunda bkz. (2004). Ceza Kanunu Tasarısı hakkında Galatasaray Üniversitesinin görüşü. *Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, s. 294.

³⁶⁴ Ersoy (2002), s. 102.

³⁶⁵ M. E. Artuk vd. (2009a). *TCK şerhi, genel hükümler, madde 1-36, 1. cilt*. Ankara, Turhan kitabevi, s. 436.

³⁶⁶ Eleştiri için bkz. (2004). Türk Ceza Kanunu Tasarısı hakkında Dokuz Eylül Üniversitesinin görüşü. *Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, s. 340-341.

neticeyi kabullendiğini göstermez. Failin olası kastla hareket ettiğini söyleyebilmek için neticeyi kabullenmenin yani, neticeye duyarsız kalmanın da ispatlanması gerekir. Failin öngördüğü neticelerin meydana gelmesini istemediğini gösteren hareketlerde bulunmamış olması gerekir³⁶⁷.

Olası kastta, fail gerçekleştirmeyi kastettiği neticenin yanında diğer bazı netice ya da neticelerin oluşması ihtimalini görmektedir ve bunları göze alarak hareketini yapmaya devam eder. Oysa bilinçli taksirde fail bilerek yaptığı hareketinin neticesini öngördüğü halde istememektedir, ancak fiili işlemekten de vazgeçmez ve bunun sonucu istenmeyen netice meydana gelir³⁶⁸.

4.4.4.1.5.3. Genel kast-özel kast

Genel kast, hareketin ve neticenin fail tarafından bilinmesi ve istenmesidir. Genel kast suçun oluşması için failin bilerek ve isteyerek neticeyi gerçekleştirmeye yönelik hareketi yapmasının yeterli görüldüğü hallerde söz konusudur. Suçun oluşması için hareketin ve neticenin fail tarafından bilinip istenmesinin yeterli görülmediği, failin belli bir amaçla (saikle) hareket etmesinin de arandığı hallerde ise özel kast söz konusudur³⁶⁹. Saik, kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan duygu ve düşüncedir.

Kişi yaptığı hareketleri mutlaka belli bir saikle yapar. Ancak saiklerin tümü hukuk düzeni için önem taşımaz, saikler ilke olarak hukukun dışında kalır. Ceza normunun ihlaline etki yapmadıkça, failin zihinsel ve ruhsal durumu hukuku ilgilendirmez. Kişinin iradesini hangi yönde kullanacağı üzerinde etkili olan saikler, ancak yasa bunlara değer vermişse gözönüne alınır. İşte buna da özel kast denir. Saikin suçun unsuru olarak kabul

³⁶⁷ Centel vd. (2008), s. 393.

³⁶⁸ Artuk vd. (2007), s. 514; Centel vd. (2008), s. 393.

Yargıtay, yeni bir tarihli kararında yerel mahkemenin olası kastı kabul etmeyen kararını bozmuştur: “Kalabalık şahısların bulunduğu kahvehanelerin önünde hedef aldığı kişilere ateş ederken başkalarının da yaralanabileceğinin öngörülebildiği ortamda başkalarını sakınmadan ateş eden sanığın iradi hareketinin sonucundan sorumlu tutularak olası kastla mağdurları yaralamasından da mahkumiyeti gerekirken, onlara özel kastı bulunmadığından bahisle beraatine hükmolunması kanuna aykırıdır” (1. CD, 05.12.2006, 5453). Hakeri (2008), s. 162.

³⁶⁹ Toroslu (2005b), s. 188; Ersoy (2002), s. 102; Hafizoğulları ve Özen (2010), s. 284; Zafer (2011), s. 222.

edildiği hallerde, o suç açısından özel kast aranıyor demektir³⁷⁰. Bazen de saik suçun ağırlatıcı veya hafifletici nedeni olarak yasada belirtilmiş olabilir³⁷¹. Türk Ceza Kanunu’nda özel kast, amaç, maksat gibi kelimelerle ifade edilmiştir³⁷².

Saik, faile suç işleme kararını verdirten etkidir. Amaç ise failin suçu işlerken gerçekleştirmek istediği neticedir. Saik ile amaç bazı olaylarda aynı olduğu halde bazı olaylarda farklı olabilir. Saik olaydan olaya değişir ve kişiye özgü özellik gösterir³⁷³.

Failin amacı, aslında suç olmayan bir fiili suç haline getirirken, bazen de bir suçu başka bir suça dönüştürebilir veya maddi unsurları aynı olan çeşitli suçları birbirinden ayırır³⁷⁴.

4.4.4.1.5.4. Ani kast-düşünce kastı

Ani bir karara dayanan ve kararla icraya başlama arasında zaman aralığı olmadan suçun işlenmesi durumunda ani kast³⁷⁵; failin suç işleme kararını vermesinden sonra bu kararından dönmeyerek, karar ile kararın gerçekleştirilmesi arasında belirgin bir süre

³⁷⁰ Amaç veya saik, bazen suçun temel şeklinin gerçekleşmesi açısından aranan bir unsurdur. Örneğin, insanlığa karşı suçlarda “siyasal, felsefi, ırki veya dini saikler” (TCK m. 77/1), göçmen kaçakçılığı suçu açısından, “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadı” (TCK m. 79/1), sendikanın faaliyetine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla” (TCK m. 118/1), kişilerin huzur ve sükununu bozmak suçunda “sırf huzur ve sükunu bozmak maksadıyla” (TCK m. 123), hırsızlık suçunda “yarar sağlamak maksadı” (TCK m. 141/1) gibi.

³⁷¹ Örneğin kasten öldürme suçunda, suçun kan gütme veya töre saikiyle işlenmesi (TCK 82/1-j ve k), mala zarar verme suçunun görevinden ötürü öç almak amacıyla bir kamu görevlisinin zararına olarak işlenmiş olması (TCK 152/ 1-g), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi (TCK 109/5) cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

³⁷² Yargıtay kararlarında, kast ile saik, maksat ve gaye kavramlarının bazen karıştırıldığı ve özel kastın genel kasta göre daha yoğun bir kast türü olduğunun açıklandığı görülmektedir (YCGK, 16.2.1981-8-385/44). Öğretide ise, kastın yoğunluğunu saikin kuvvetinin belirlediği ancak yasakoyucunun mutlaka etkili saiki seçerek özel kast olarak suç tanımına koymadığı ifade edilmiştir. Ceza politikasının gereklerine göre zayıf olan bir saikin de, özel kast olarak suç unsuru sayılabileceği vurgulanmıştır. Özel kastı, tasarlama gibi kastın daha yoğun bir hali saymanın doğru olmayacağı belirtilmiştir. Yüce (1982), s. 334-335. Ancak kastın yoğunluğu kavramını kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Antolisei (2003) s. 363 vd. İtalyan Ceza Kanunu m. 133, b. 3’e göre hakim gene takdir hakkını kullanırken “kastın yoğunluğu”nu da dikkate almalıdır. Böylece, İtalyan Ceza hukukunda da kastın yoğunluğu kavramının kabul edilmiş olduğu söylenebilir.

³⁷³ Centel vd. (2008), s. 394.

³⁷⁴ Toroslu (2005b), s. 189.

³⁷⁵ Zafer (2011), s. 218.

geçtikten sonra düşüncesini uygulamaya koyması durumunda ise düşünce kastı söz konusudur³⁷⁶.

Bir de tasarlama (taammüt) kastı söz konusudur. Tasarlamanın ne olduğu öğretilerde tartışma konusudur. Tasarlamanın niteliği konusunda plan kurma ve soğukkanlılık teorileri ileri sürülmüştür. Plan kurma teorisine göre, fail suçu işlemeye karar verdikten sonra nasıl işleyeceği konusunda bir plan kurmuşsa tasarlama vardır. Soğukkanlılık teorisine göre ise fail suçu soğukkanlı bir biçimde işlemişse tasarlama söz edilebilir. Soğukkanlılık kişinin karakter özelliği olduğundan tasarlamanın suçun soğukkanlılıkla işlenmesi olarak kabul edilmesi doğru olmaz. Plan kurma, suçu işleme konusunda ısrarlı davranma söz konusu ise eylemin tasarlanarak işlendiği kabul edilmelidir³⁷⁷. Ancak, plan kurmanın kabulü için mutlaka önceden belirlenen planın aynen uygulanması şart değildir. Planın ana çizgileriyle uygulanması yeterlidir. Dolayısıyla eylemin gerçekleştirileceği yer ve zamanın, kullanılacak aracın değiştirilmesi işlenen suçta tasarlamanın varlığını ortadan kaldırmaz. Ancak, planlanan suçtan başka bir suç işlendiğinde artık tasarlama söz edilemez³⁷⁸.

Tasarlama suçun kurucu unsuru veya suçu nitelikli hale getiren bir hal olarak öngörülebilir. Örneğin insan öldürme suçunun tasarlanarak işlenmesi cezayı ağırlaştıran bir sebep olarak öngörülmüştür (TCK m. 82/1-a). Tasarlama suç tanımında yer verilmemiş ancak somut olayda fail neticeyi tasarlayarak meydana getirmişse failin kastının yoğunluğu nedeniyle bu durum temel cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınır (TCK m. 61/1-f)³⁷⁹. Tasarlamanın varlığı Yargıtay’ca denetlenir³⁸⁰.

4.4.4.1.6. Kastın belirlenmesi

Kastın ispatı muhakeme hukukunun konusunu teşkil eder. Failin iradesinin hangi neticeye yönelik olduğunun ispatı zordur. Failin netice ile olan psikolojik bağına ortaya

³⁷⁶ Ersoy (2002), s. 102; Toroslu (2005b), s. 191; Hafizoğulları ve Özen (2010), s. 284.

³⁷⁷ Toroslu (2001), s. 97; Toroslu (2005b), s. 191.

³⁷⁸ Centel vd. (2008), s. 396.

³⁷⁹ Zafer (2011), s. 218.

³⁸⁰ Artuk vd. (2007), s. 514.

koymak güçtür. Fail genellikle bu sübjektif bağın bulunmadığını iddia eder. Bu nedenle söz konusu bağ, dış koşullar, faille mağdur arasındaki ilişki, fiilin özellikleri, fiilin işlendiği yer ve zaman, suçun işlenmesinde seçilen araç, aracın kullanım şekli göz önünde bulundurularak belirlenir. Ceza muhakemesi hukukunda şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği ağır ve hafif neticelerin bulunduğu durumlarda (örneğin öldürme, yaralama), failin ağır neticeye yönelik kastla hareket ettiği tespit edilemezse, hafif neticeye yönelik kastla hareket ettiği kabul edilir. Eğer meydana gelen netice sadece tek bir suçu oluşturabilecekse ve bu suça dair kast ispat edilemezse, suçun manevi unsuru şüpheli kaldığı için beraat kararı verilir³⁸¹.

4.4.4.2. Taksir

4.4.4.2.1. Genel olarak

Kural olarak suç kastla işlenir. Taksirli hareketin failin cezalandırılması sonucunu doğurabilmesi için bunun yasada açıkça gösterilmiş olması gerekir (TCK m. 22/1). Hareket kasıtlı değilse ve o suç tipinin taksirle de işlenebileceği yasada öngörülmemişse, fail beraat eder.

Türk Ceza Kanunu'na göre taksir³⁸², neticenin fail tarafından öngörülebilir olduğu halde öngörülmemesi (bilinçsiz taksir) şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, neticenin öngörüldüğü halde istenmemesi şeklinde de (bilinçli taksir, öngörülü taksir) olabilir (TCK m. 22/2, 3). 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise taksir kalıplarına yer verilmiş, ancak taksir tanımlanmamıştı.

Taksirin özünde dikkat ve özen görevinin yerine getirilmemesi yatar. 5237 sayılı Ceza Kanunu'nda failin dikkat ve özen yükümlülüğünün çerçevesinin gösterilmemesi³⁸³, tanımda fiil yerine davranış kelimesine yer verilerek, hem hukuki

³⁸¹ Zafer (2011), s. 224.

³⁸² Taksir, Arapça bir kelimedir ve sözlük anlamı itibarıyla kısaltma, bir işi eksik yapma, kusur etme manasına gelir. İçel (1967), s. 22.

³⁸³ Örneğin, taksirin tanımlandığı Avusturya Ceza Yasası m. 6'da şöyle denilmektedir: "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". Burada, failin dikkat ve özen yükümlülüğünün çerçevesi üç kavramla çizilmiştir: 1) Hal ve koşullara göre özen göstermekle yükümlü olma, 2) akli ve bedeni durumuna göre özen

olmayan bir terim kullanılmış ve hem de Kanun'daki terim birliğinin ihlal edilmiş olması nedeniyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki taksir tanımı eleştirilmiştir³⁸⁴.

Taksir, kısaca gereğini yapmama, eksik yapma, kendisinden beklenen özeni göstermeme demektir. Ceza hukukunda taksir, failin suç tanımına uyan hukuka aykırı fiile iradi bir hareketle sebebiyet vermesi, ancak ortaya çıkan neticeyi öngörmemiş (bilinçsiz taksir) ya da öngörse bile istememiş olmasıdır (bilinçli taksir)³⁸⁵. Öngörülmesi mümkün olmayan bir neticeyi öngörmesi kişiden beklenemeyeceği için taksirden söz edebilmek için neticenin öngörülebilir olması gerekir. Fail gereğini yapmadığı, beklenen özeni göstermediği için sorumlu olur³⁸⁶.

Kastta fail neticeyi öngördüğü ve istediği halde, taksirde fail neticeyi öngörmez veya öngörür, ancak gerçekleşmesini istemez. Hareketin iradi olması ise kast ve taksirin ortak yönüdür.

Taksirin psikolojik kaynağı dikkatsizliktir. Dikkat, belleğin dış etkenlere karşı takındığı tavır veya bilinçli kişinin uğraşacağı konu ile ilişkisini sağlayan bir işlevdir. Dikkat, kendiliğinden ya da iradi olarak oluşabilir. Taksir, iradenin yeterli olarak kullanılmaması, gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi ile ortaya çıkar³⁸⁷.

Taksirli suçların cezalandırılmasıyla insanların gitgide yoğunlaşan toplumsal yaşam içinde daha dikkatli davranmaları temin edilmek istenmektedir³⁸⁸.

Kast gibi taksirde de toplum hayatının kurallarına uyulmamaktadır. Ancak taksirli suçların kastlı suçlara oranla daha az tehlikeli oldukları kabul edilir. Çünkü

göstermeye ehil olma, 3)özen gösterme kendisinden beklenecek olma. Hukukumuzda, söz konusu hususlar uygulamada göz önüne alınmaktadır. Ancak, her tanım bir sınırlandırma getirdiğine göre, bundan sonraki uygulamada tereddütlere sebebiyet vermemek için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 22'de de failin dikkat ve özen yükümlülüğünün çerçevesi benzer biçimde çizilmeliydi. Centel vd. (2008), s. 397.

³⁸⁴ Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Dokuz Eylül Üniversitesi'nin Görüşü, s. 294.

³⁸⁵ Öğretide de çeşitli tarifler yapılmaktadır. Bir tanıma göre "işlediği fiilde "kusurlu" görülen failin istemediği "sonuç"tan "sorumlu" tutulması "taksir"dir". Erem vd. (1997), s. 456.

Bir başka tarife göre, "kişinin suç tipindeki neticeye yönelik kast içinde olmadan ve fakat zorunlu olduğu özeni gösterdiği takdirde neticenin meydana gelmesi mümkün bulunmayan hallerde, tespit edilmiş suç tipini hukuka aykırı olarak ihlal etmesi durumunda taksirden söz edilir" ve "her ne kadar fail suç tipindeki neticeye yönelik bir irade ile hareket etmemekte ise de, toplum düzeninin zarar göreceği düşüncesi ve uyulması gerekli kurallara karşı, zorunlu olan ve beklenen özenin gösterilmemiş olması, failin sorumluluğunun esasını oluşturur". Önder (1992b), s. 296-297.

³⁸⁶ İçel (1967), s. 104, 105.

³⁸⁷ Centel vd. (2008), s. 398.

³⁸⁸ Hakeri (2008), s. 169.

kasıtlı suçlarda fail toplum hayatı için zararlı veya tehlikeli neticeyi bilerek ve isteyerek işlediği halde, taksirli suçlarda failin iradesi söz konusu düzen karşısında umursamazlık, aldırmaçlık göstermektedir. Kastta kurallar bilinerek ve istenerek ihlal edilir. Failin kusurlu iradesi hem harekete hem de neticeye yöneliktir. Taksirli suçlarda ise irade sadece harekete yönelik olup, neticeye yönelik değildir. Diğer bir deyişle taksirde failin kusurlu sayılmasının nedeni kastta olduğu gibi toplum kurallarına karşı gelmek iradesinden değil, söz konusu kurallara dikkat etmemesi, onlara aldırmaçması, onları umursamaçması, neticeyi engelleyecek bir davranış içinde olmaması, hareketinin neticeyi gerçekleştireceğini düşünmemesi sebebiyledir. Belirtmek gerekir ki taksirli suçlar, kasıtlı suçların hafif şekli olmayıp onlardan bağımsızdır³⁸⁹.

4.4.4.2.2. Taksirin hukuki esasını açıklayan görüşler

Taksirin suç sayılması ve cezalandırılmasına ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Bunlardan etkili neden görüşüne göre, iradi bir hareketle neticeye doğrudan veya dolaylı olarak neden olunması diğer bir ifadeyle hukuka aykırı aracın kullanıldığı iradi fiil ile netice arasında maddi nedensellik bağının kurulması sorumluluk için yeterlidir. Hukuka aykırı araç, “hukuk fikrine” göre normal olmayan araçtır. Taksirli suçlarda failin amacı değil, bu amaca ulaşmak için kullandığı araçlar gayri meşrudur. O halde bu görüş aslında “iradi etkin sebep” ve “hukuka aykırı araçlar kullanma” esaslarına dayanmaktadır. Bu kapsamda taksirde failin cezalandırılmasının nedeni zarara iradi hareketiyle sebebiyet vermesidir. Taksirli suçlarda amacı gayri meşru olmayan failin, bu amaca ulaşmak için kullandığı araçlar meşru sayılamaz. Hiçbir sübjektif araştırmaya lüzum olmaksızın, hukuka aykırı araçlar kullanmakla iyi bir vatandaş olmadığını gösteren fert, söz konusu vasıtalarla meydana getirdiği zararlardan sorumlu tutulmalıdır. Bu görüş kabul edilirse, neticenin öngörülebilir veya önlenabilir olup olmaması dikkate alınmaz. Bu teori taksiri tesadüften, kasttan, objektif sorumluluk hallerinden ayırabilecek bir kriter geliştirememekle eleştirilmiştir³⁹⁰.

³⁸⁹ Artuk vd. (2007), s. 484-485; Yüce (1982), s. 336-337.

³⁹⁰ İçel (1967), s. 60; Erem vd. (1997), s.463-464; Dönmezer ve Erman (1997b), n.965, s. 272-273; Ö. Çakmut ve A. Çakmut (2001). Taksir kavramı. *İBD*, 76(1), s. 429; Centel vd. (2008), s. 398.

Yanılma görüşüne göre ise taksir, iradi hareketin anlamını ilgilendiren veya bunun ayırıcı nitelikleri hakkında düşülen kaçınılması mümkün bir hatadan ileri gelir. Failin kusuru, kaçınılması mümkün bu hataya dikkatsizliği sebebiyle düşmüş olmasıdır. Hata, dikkatin azalması veya hiç bulunmaması demektir. Buna örnek olarak uykuya daldığı için trafik kazasına sebebiyet veren sürücü gösterilebilir³⁹¹.

Önleyebilme görüşüne göre, neticeyi istemeyen fail, yeterli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, hareketinden meydana gelen netice veya neticeleri öngörebilirdi³⁹². Failin kusuru; bu netice veya neticeleri öngörmemiş olmasıdır. Bu teoriye göre, taksirin unsurları şunlardır: Hareketin iradiliği, zararlı neticenin öngörülmemiş olması ve bu neticenin öngörülebilmemesinin olanaklı olması. Taksiri, kaza ve tesadüften ayıran ölçü olarak “neticenin öngörülebilmek imkanı”nı kullanan bu teori, zararlı neticenin kimin tarafından öngörülebilmek olup olmadığını tespiti yarayacak bir ölçü getirememiştir³⁹³. Teorinin taraftarlarından bir kısmına göre, bu araştırma failin bu konudaki yeteneği göz önüne alınarak yapılmalı, failin tüm nitelikleri gözden geçirilmelidir. Bir başka görüşe göre, söz konusu araştırma orta yetenekte bir kişi açısından yapılmalıdır. Böylece, araştırma objektif olarak yapılır ve herkesin öngörebileceği bir neticeyi fail öngörmediği için cezalandırılır. Üçüncü görüşe göre ise failin içinde bulunduğu koşullar göz önüne alınmazsa doğru bir sonuca varılamayacağı için bu konudaki değerlendirme failin içinde bulunduğu sosyal sınıfın orta yetenekteki bir kişisi açısından yapılmalıdır. Örneğin, köyde yaşayan birinden kentte yaşayan bir insanda bulunan dikkat ve özenin beklenmesi doğru olmaz³⁹⁴.

Öngörebilme ve önleyebilme görüşüne göre, ceza hukukuna aykırı bir neticenin, öngörülebilmemesi ve önlenememesi mümkün iken, failin bu konuda gereken özeni isteyerek göstermemesi nedeniyle böyle bir netice meydana gelmişse, neticeyi gerçekleştiren kişi taksirli hareketi nedeniyle cezalandırılacaktır³⁹⁵. Bu teori uyarınca fail, öngörülmesi mümkün zararlı bir neticeyi öngördüğü halde, bunu önleyebilme

³⁹¹ İçel (1967), s. 66-67; Artuk vd. (2007), s. 493; Centel vd. (2008), s. 398; Çakmut ve Çakmut (2001), s. 429.

³⁹² Bkz. Zafer (2011), s. 234.

³⁹³ İçel (1967), s. 81-82; Dönmezer ve Erman (1997b), kn. 960-961, s. 268-269; Erem vd. (1997), s. 459; Centel vd. (2008), s. 398.

³⁹⁴ Centel vd. (2008), s. 399.

³⁹⁵ Hafızogulları ve Özen (2010), s. 287.

iktidarına sahip değilse taksirinden dolayı cezalandırılmaz. Bu teori aslında yine öngörebilme kavramına dayanmaktadır³⁹⁶.

Öğretideki hakim kanaate göre taksirin esası, neticeyi öngörebilmedir³⁹⁷. Failin neticeyi öngörebilmesi gerektiği halde, öngörmemiş olması kınanmasına neden olmaktadır. Zararlı neticenin öngörülmesi mümkün değilse, sorumluluk da olmaz³⁹⁸. Taksirin cezalandırılmasının nedeni, toplumun bireylere dikkat ve özen gösterme görevini yüklemiş olmasıdır. Taksirin esasının öngörebilme olduğunu kabul etme, adil sonuçlara ulaşılmasına yarar. Öngörülmeyen ve genel yaşam deneyimine göre öngörülmesi gerekmeyen neticelerden bireyleri sorumlu tutmak adalet duygusunu incitir. Fail, uyulması zorunlu davranış kurallarına uyarak önleyebileceği bir neticeyi, bu kurallara uymayarak gerçekleştirdiği için kınanır. Taksirin temelinde, istenmeyen neticeleri önlemeye yönelik uyulması zorunlu bir davranış kuralına uymama ve buna uyulmasının istenebilir olması yer alır³⁹⁹.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da, kanunda tanımlanan neticenin öngörül-meyerek gerçekleştirilmesinden söz edilerek taksirin esası öngörebilme teorisine dayandırılmıştır (TCK m. 22/2).

4.4.4.2.3. Taksirin unsurları

Taksirin unsurları, taksirin cezalandırılmasının yasada öngörülmesi, davranış kurallarına uymama, hareketin bilinmesi ve istenmesi, neticenin öngörülebilir nitelikte olması, meydana gelen neticenin öngörülmemiş ve istenmemiş olması ve hareket ile netice arasında nedensellik ilişkisinin bulunmasıdır.

³⁹⁶ İçel (1967), s. 73; Erem vd. (1997), s. 463; Çakmut ve Çakmut (2001), s. 428-429.

³⁹⁷ Zafer (2011), s. 235.

³⁹⁸ Hafizoğulları ve Özen (2010), s. 287.

³⁹⁹ Dönmezer ve Erman (1997b), kn. 969, s. 276-277; Erem vd. (1997), s. 465; Toroslu (2005a), s. 144; Centel vd. (2008), s. 399.

4.4.4.2.3.1. Taksirin cezalandırılacağı konusunda kanunda açık hüküm bulunması

Suçlar kural olarak kasten işlenebilir. Kanunda suçun kasıtlı bir suç olduğu yönünde bir açıklık olmasa bile failin sorumluluğuna gidebilmek için kastın ispat edilmesi gerekir. Suçların taksirle işlenebilmesi istisnadır. Bu nedenle taksirli bir fiilin cezalandırılabilmesi için kanunda bu yönde açık hüküm bulunması gerekir (TCK m. 22/1)⁴⁰⁰.

4.4.4.2.3.2. Davranış kurallarına uymama

Kanun veya genel yaşam deneyiminin gereği olarak kişinin, kendi psikolojik ve bedensel durumuna göre meydana gelebilecek zararları önlemeye yönelik davranış kurallarına uygun davranma, özen gösterme ve dikkat etme görevi vardır. Bu görevi yerine getirmeyerek zararlı bir netice doğmasına sebebiyet veren kişi sorumlu olur. Ancak, bunun için failin özen gösterme yükümlülüğüne uyması olanaklı bulunmalıdır⁴⁰¹.

Bireylerin başkalarına verebilecekleri zararları önlemeye yönelik davranış kuralları yazılı olabileceği gibi yazılı hale getirilmemiş de olabilir. Bu kurallar resmi makamlar veya diğer kişiler⁴⁰² tarafından öngörülmüş olabilir⁴⁰³.

Sosyal yaşam içinde, dikkatli ve özenli davranışın nasıl olması gerektiğine dair yazılı bir kuralın bulunmaması halinde, dikkatli ve özenli davranışın nasıl olması gerektiği genel-müşterek tecrübe kurallarına göre belirlenebilir⁴⁰⁴.

Genel ve bilimsel tecrübeden kaynaklanan yazılı olmayan davranış kuralları dikkatli olmaya, özenli olmaya ilişkin sosyal kurallardır.

Davranış kuralları, ilgili oldukları alandaki bilim ve deneyim doğrultusunda öngörme ve önleyebilme ölçütlerini ortaya koyarlar. En son bilimsel veriler ve deneyim gereğince, gerçekleştirilmeme halinde zararlı bir neticenin öngörülebilir olduğu veya

⁴⁰⁰ Hafizoğulları ve Özen (2010), s. 290.

⁴⁰¹ Centel vd. (2008), s. 400; Ersoy (2002), s. 106-107; Hafizoğulları ve Özen (2010), s. 292; Zafer (2011), s. 236.

⁴⁰² Örneğin, bir işyerindeki çalışma kuralları bu türdendir.

⁴⁰³ Toroslu (2005a), s. 145; Hafizoğulları ve Özen (2010), s. 292.

⁴⁰⁴ Zafer (2011), s. 239.

yerine getirme halinde böyle bir neticenin önlenebilir olduğu icrai veya ihmali davranışları gösteren kurallar, önleyici davranış kurallarıdır. Sadece ortak deneyim kapsamındaki kurallar değil, henüz bu nitelikte olmayan, örneğin tehlikeleri ve kullanma teknikleri sadece keşfedenlerce bilinen yeni maddelerle ilgili olan kurallar da davranış kurallarının kapsamındadır⁴⁰⁵.

Fail gereken özeni gösterseydi bile netice meydana gelecek idiyse, taksirden söz etmek mümkün değildir⁴⁰⁶. Çünkü failin neticeye engel olabilme olanağı yoktur. Bu halde kusuru ortadan kaldıran mücbir neden, kaza veya tesadüf söz konusudur ve suç faili isnat edilemez. Kusuru etkileyen haller taksir bakımından da uygulanır. Zararlı bir netice davranış kurallarına uygun davranılsa bile meydana gelecek ise faili bu neticeden sorumlu tutmak adil olmaz. Yargıtay’ın da, özen gösterilseydi bile yine de olayın meydana gelip gelmeyeceğinin araştırılmasını istediği kararları vardır⁴⁰⁷.

4.4.4.2.3.3. Hareketin iradi olması

Neticeyi istemeyen bir kimseyi sorumlu tutabilmek için, özen görevini yerine getirmemesinin dışında, hareketinin de iradi olması şartını aramak gerekir. Dolayısıyla hareketi iradi olmayan bir kimseyi sorumlu tutmak düşünülemez⁴⁰⁸.

Manevi unsur türü olarak istisnai bir nitelik arz etmesi ve failin neticeyi istememesi noktasında kasttan farklı olan taksir, hareketin niteliği bakımından kasti suçlardaki hareketten herhangi bir fark göstermez. Nitekim harekette bulunması gereken nitelikler taksirli suçlarda da kasti suçlarda olduğu gibi olmalı ve özellikle de hareket iradi olmalıdır⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ Toroslu (2005a), s. 146-147.

⁴⁰⁶ Bkz. Önder (1992b), s. 305-307.

⁴⁰⁷ “Geriye hareket eden kamyonun sağından sol tarafına ve evine doğru koşmakta olan çocuğun kamyonunun defransiyeline çarpması sonucu ölmesi olayında, şoförün kamyonun arka tarafını bir muavin vasıtası ile kontrol ettirmiş olsa dahi, çocuğun sürati, geliş gidiş istikameti ve arabaya olan mesafesi ve sair durumlar itibarıyla bu çarpılmayı önleyip önleyemeyeceği, en tedbirli kişi için dahi neticenin kaçınılmaz olup olmadığının araştırılması gerekir” (CGK, 16.5.1960,1-17/18), “Belediye hudutları dahilinde geçerli olan 15 km. sürat, fail riayet etmiş olsa idi dahi olayın yine de meydana gelip gelmeyeceği araştırılmalıdır” (Y 1. CD, 20.1.1960, 3276/115). Bkz. Önder (1992b), s. 307.

⁴⁰⁸ Zafer (2011), s. 237; Hakeri (2008), s. 172; Artuk vd. (2007), s. 495; Centel vd. (2008), s. 401; Hafizoğulları ve Özen (2010), s. 291.

⁴⁰⁹ Toroslu (2005b), s. 198; Hakeri (2008), s.171.

Taksirli icra suçlarında hareketin iradiliğinin belirlenmesi kolaydır. Ancak, taksirli ihmal suçlarında hareketin iradiliğinin belirlenmesinde güçlüklerle karşılaşmaktadır. Öğretide hareketsizliğin iradi olamayacağı, örneğin ameliyat sırasında hastanın karnında makas unutan operatörün bu unutkanlığının iradi olduğunun ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir. Ancak, bu durumda da fail dikkatli davranmak ve unutmamak için gerekli özeni göstermek durumunda olduğundan, bunu yapmamakla iradi davrandığı ileri sürülmüş, sadece bilincini yitirme gibi nedenlerle bu yanlışlığa sebebiyet verme halinde hareketin iradi olmayacağı kabul edilmiştir⁴¹⁰.

Ancak aksini savunan görüşe göre unutkanlık, dikkatsizlik halinde de, fail dikkatli davranmak, özen göstermek istememiştir. “Bir insan dikkatli olmayı isteyince, dikkatli davranır; bir şeyi unutmuşsa, bunun sebebi yeteri kadar dikkatli davranmak istemediğindendir”⁴¹¹.

İhmali suçların kasten olduğu gibi taksirle de işlenebileceği öğretide kabul edilmektedir. Taksirli garantörsel ihmali suç, bir garantörün önlenabilir bir neticeyi istemeden ve özene aykırı olarak engellememesidir. Taksirle işlenen ihmali suçlarda, ihmali hareket ile kasti olmaksızın, ancak öngörülebilir, önlenabilir ve objektif olarak yüklenebilir bir yükseltilmiş tehlike yaratılmakta ve böylece suç tipi gerçekleştirilmektedir⁴¹².

4.4.4.2.3.4. Neticenin öngörülebilir olması

Netice öngörülebilir değilse, özen gösterme yükümlülüğünün bulunduğu söylenemez. Neticenin öngörülebilir olması aranmazsa, sorumluluğun kapsamı adeta sınırsız hale gelir. Öngörülemeyen bir neticeye engel olunması mümkün değildir⁴¹³.

⁴¹⁰ İçel (1967), s. 160; Erem vd. (1997), s. 481; Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 972, s. 278-279.

⁴¹¹ Erem vd. (1997), s. 481.

⁴¹² Hakeri (2003), s. 242 vd.

⁴¹³ Hafizoğulları ve Özen (2010), s. 294.

Gerçekten öngörülemeyen bir neticeye engel olunabilmesi de düşünülemez. Engel olunabilmesi düşünülemeyen bir neticeden de faili kusurlu tutmak mümkün değildir. Nitekim Yargıtay da aynı yönde karar vermiştir: “Olay yeri ve kaza ile ilgili olarak düzenlenen kroki nazara alındığında, en sağ şeritte seyreden ve orta kaldırımında mevcut bariyerler sebebiyle, daha sola kaçma imkânı olmayan sanığın; düzenlenen kaza raporunda herhangi bir fren izinden de bahsedilmemesi karşısında, süratli intikal müddeti içinde ani olarak yola çıkan mağdura çarpmamak için alacağı bir önlem bulunmadığı” nazara alınarak beraat kararı verilmelidir (9. CD, 16.2.1982, 738). Hakeri (2008), s.173.

Fail, ancak netice öngörülebilir ise bunu öngörmediği için suçlanabilir. Öngörülebilirliğin belirlenmesi için failin tüm özelliklerini taşıyan bir kişi esas alınarak, neticenin öngörülmesi olanağının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır⁴¹⁴.

Neticenin öngörülebilir olup olmadığı konusunda, sübjektif ya da objektif ölçü esas alınabileceği gibi, karma ölçü de uygulanabilir.

Sübjektif ölçüde, fail nitelikleri esas alınarak onun neticeyi öngörmesinin mümkün olup olmadığı araştırılır. Objektif ölçüde, olay genel olarak değerlendirilerek tedbirli bir kişinin neticeyi öngörmesinin mümkün olup olamayacağı araştırılır. Bu ölçüde failin yaşadığı ortamdaki kişilerin neticeyi öngörüp öngöremeyeceği araştırılır. Failin eksik veya fazla özellikleri dikkate alınmaz. Karma ölçüde ise araştırma objektif ve sübjektif yönden yapılır⁴¹⁵.

Neticenin öngörülebilir ve önlenabilir olup olmadığı, somut olay gözönüne alınarak belirlenmelidir. Bu belirlemede çağdaş işbölümü, uzmanlaşma ve bilgi standardı farklılıkları yanında, bireylerin eğitim, yaş, bedensel durum gibi özelliklerine göre yapılacak gruplandırmalar esas alınacağından, öngörülebilirlik kavramının tespiti göreceli bir nitelik taşıyacaktır. Çünkü taşıdığı özelliklere göre bir fail açısından öngörülebilir olduğu kabul edilen durum, bir başka fail açısından böyle kabul edilmeyebilecektir⁴¹⁶. O halde öngörmenin tespiti bakımından esas alınacak olan kişi, failin dışındaki orta kabiliyetli veya failin bulunduğu sosyal gruptan orta kabiliyetli bir kişi değil, “failin bütün kabiliyet ve niteliklerini üzerinde toplamış” bir kişidir⁴¹⁷.

Meydana gelen netice her türlü öngörebilme yeteneğinin dışında ve kimse tarafından öngörülemez durumda bulunuyorsa, taksirin değil, kaza ve tesadüfün bulunduğu kabul etmek gerekir. Hiç kimsenin öngöremeyeceği bir şey faile de yüklenemez.

“Şu halde neticenin öngörülebilir olup olmaması, kaza ve tesadüfle taksiri ayırt eden sınırdır ve kaza ve tesadüf halinde kusurluluk bulunmaz”⁴¹⁸.

Birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerde faillerden her birinin taksiri, her failin kendi faaliyetine ilişkin kurallara uyup uymadığı denetlenerek

⁴¹⁴ Toroslu (2005b), s. 201; Centel vd. (2008), s. 402; Hakeri (2008), s. 173.

⁴¹⁵ Bkz. Önder (1992b), s. 302.

⁴¹⁶ İçel (1967), s. 153; Toroslu (2005a), s. 147.

⁴¹⁷ İçel (1967), s. 109.

⁴¹⁸ Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 979, s. 285-286.

belirlenir. Çünkü bu tür faaliyetlerde her birey diğerlerinin doğru davrandığına güvenmek zorundadır. Ancak, fail eğer bu faaliyet gerçekleştirilirken başkalarının davranışlarını denetleme yükümlülüğü altında bulunuyorsa veya yanlış davranışı fark edip müdahale etmesi olanağı bulunuyorsa bu durumda da taksirinden bahsedilebilir⁴¹⁹.

4.4.4.2.3.5. Öngörülebilir neticenin fail tarafından öngörülmemiş olması

Basit taksirden söz edilebilmesi için, hareketin iradi olmasına karşılık neticenin öngörülmemiş ve dolayısıyla istenmemiş olması gerekir.

Basit taksirde fail, hareketi iradi olarak yapmakla birlikte, davranış kurallarına uymadığı için neticeyi öngörmez ve istemez. Netice fail tarafından öngörülmüş de olabilir (bilinçli taksir). Ancak, öngörme istemenin varlığını göstermez⁴²⁰. Fail neticeyi öngördüğü halde istememiş olabilir. Failin öngörülebilir neticeyi öngörmediği hallerde basit taksir, failin öngörülebilir neticeyi öngörüp istemediği hallerde ise bilinçli taksir söz konusu olur. Fail neticeyi istemişse, artık kastın varlığından bahsedilir⁴²¹.

4.4.4.2.3.6. Hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması

Taksirin bir diğer koşulu da hareket ile netice arasında nedensellik ilişkisi bulunmasıdır⁴²². Örneğin Yargıtay, kaldırırda açılan kuyuya gece karanlığında düşen kızını kurtarmak için iradi olarak atlayan babanın ölmesi ile failin kuyuyu açması

⁴¹⁹ Örneğin, ameliyat yapan ekipte yer alan operatör kendi faaliyetine ilişkin meslek kurallarına uymamaktan sorumlu olur, ekipte yer alan diğerlerinin yanlış hareketlerinden sorumlu olmaz. Ancak, operatör, örneğin asistanını denetleme yükümlülüğü bulunduğundan, bunu yapmaması durumunda da taksirli olur. Veya trafikte sürücüler başkalarının kurallara uygun davranacaklarına güvenirler. Ancak, somut olayda başkalarının yanlış davranışlarının öngörülebilir olması durumunda bunu öngörmeyen sürücü taksirli davranmış olur. Toroslu (2005a), s. 148-149.

⁴²⁰ Bazı yazarlara göre, bilinçli taksir anlamsız bir kelime oyunundan başka bir şey değildir. Neticenin gerçekleşmesini istemeyen, onu tahmin etmiş, öngörmüş sayılamaz. Bu bakımdan neticeyi öngörenin, onu zorunlu olarak istediği de kabul edilir. Bilinçli taksiri kasta eşit sayan bu düşünce, öngörme ve isteme kavramlarını birbirine karıştırdığından eleştirilmiştir. Gerçekten kasttan bahsedebilmek için sadece öngörme yeterli değildir. Failin neticeyi irade etmiş olması veya kabullenmesi de aranır. Bkz. İçel (1967), s. 186.

⁴²¹ Centel vd. (2008), s. 403.

⁴²² Hafizoğulları ve Özen (2010), s. 296.

hareketi arasında nedensellik ilişkisi bulunmadığını kabul etmiştir. Çünkü Yargıtay’a göre, çocuğun kuyuya düşerek yaralanması olayına failin kendisine ait kuyuya insanların düşmesini önleyecek tedbirleri gereği gibi almaması sebebiyet vermiştir. Ancak, çocuğun babası, kuyuyu ve kızının bu kuyuya düştüğünü görmüş ve kendi iradi hareketiyle kuyuya atlamıştır. Bu durumda sanığın tedbirsizlik olarak nitelendirilebilecek eyleminin varlığından söz edilemez⁴²³.

Taksirli suçlarda netice her zaman failin hareketinden meydana gelmeyebilir. Bazı hallerde neticenin meydana gelmesinde, üçüncü kişi veya bizzat mağdurun hareketinin de etkisi olabilir. Bu hareketlerin birleşmesi ile netice meydana gelebilir. Böyle bir halde nedensellik bağının bulunup bulunmadığının veya kesilip kesilmediğinin belirlenmesi gerekebilir. Failin hareketine eklenen mağdura veya üçüncü kişiye ait hareketler kusurlu değilse, neticenin failin taksirli hareketinden kaynaklandığı kabul edilir. Diğer hareketler kusurlu ise bunların taksirin varlığını tamamen veya kısmen kaldırıp kaldırmadığına bakılmalıdır⁴²⁴.

4.4.4.2.4. Taksirin belirlenmesi

Taksir her suçta ispat edilmek zorundadır. Taksirin tespiti için hakim somut olayda, fail bakımından geçerli olan dikkat ve özen yükümlülüğünün ne olduğunu araştırmalıdır. Dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmış sayılmayı gerektiren hareket şeklinin ne olması gerektiği, objektif, sübjektif veya karma ölçüte göre belirlenir. Objektif ölçüte göre, olay genel ve soyut olarak değerlendirilir ve özen yükümlülüğüne uygun davranış belirli bir mesleğe mensup ve belli şartlarda bulunan, aklı başında orta standartta bir insan düşünülerek belirlenir. Sübjektif ölçüte göre fail ve olayın koşulları dikkate alınır. Karma ölçütte ise failin özelliklerine sahip makul ve

⁴²³ CGK, 22.4.1985-9-410/228, YKD XI, 10 (Ekim 1985), s. 1534-1537.

Yargıtay’a göre, şu olaylarda, gerekli önlemleri almadıkları için, sanıkların taksirleri vardır: İnşaatın temel kazısı sırasında fazladan açılan ve sonradan yağmur suları ile dolan iki metre derinliğinde ve etrafı korumaya alınmayan çukura yıkanmak için, kendi iradesiyle de olsa giren kişinin boğulup ölmesi (YCGK, 11.4.1994-78/100); evinin bulunduğu kapısı olmayan bahçede üzerinde koruyucu kapak bulunmayan kuyuya düşen çocuğun ölmesi (YCGK, 30.9.1991-206/244); gerekli bakımı yapılmayan balya makinesinin rulman yatağının yağsız kalması nedeniyle, balya yaparken oluşan sürtünmeden çıkan kıvılcımın buğday saplarını tutuşturması sonucu ekili tarlanın yanması (YCGK, 20.4.1999-79/77). Kararlar için bkz. Centel vd. (2008), s. 403-404.

⁴²⁴ Çakmut ve Çakmut (2001), s. 433; Dönmezer ve Erman (1997b), k.no. 975 vd.

tedbirli bir insan ölçü olarak alınır. Bu ölçütlerden karma ölçütün benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre, olayın objektif koşulları içinde, failin özelliklerine sahip makul ve tedbirli bir insanın yapması gereken davranış özenli davranıştır⁴²⁵. Objektif olarak tespit edilen özenli davranış ile failin davranışı karşılaştırılarak failin dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığı tespit edilir⁴²⁶. Fail şöyle davransaydı veya failin yerinde dikkatli ve tedbirli birisi olsaydı netice meydana gelmezdi denilebiliyorsa, fail dikkatsiz ve tedbirsiz davranmıştır denilebilir⁴²⁷.

Dikkat ve özen kurallarına uygun davranış şekilleri hukuk kuralları ile belirlenmiş olabilir. Bu kurallar önleyici niteliktedir ve önlemeyi amaçladıkları zararlı neticeyi önleyici nitelikteki davranışı belirlerler. Örneğin trafik kuralları, trafik kazalarını önlemek amacını taşırlar. Bu anlamda trafik kuralları zararlı neticelerin meydana gelmemesi için araç sürücülerinin ve yayaların davranışlarını tanımlarlar⁴²⁸.

Önleyici normlar arasında bir ayırım yapmak gerekir. Katı önleyici normlar önleyici davranışı kesin sınırlarıyla belirlerler ve bunlara uymama kendiliğinden taksiri oluşturur. Ancak somut olayda, bu tür normlara uyulması önlenmesi amaçlanan zararlı sonuçlara neden olabilecekse, kişinin bunu göz ardı etmesi ve model ajanın öngörebilirliği ve önleyebilirliği ölçütüne göre belirlenebilen diğer davranış kurallarına uyması gerekir. Esnek normlar ise, somut olaya göre belirlenebilen bir davranışa işaret eden normlardır ve bu tür normlar bakımından model ajanın öngörebilirliği ve önleyebilirliği esas alınır. Yazılı önleyici normların koruma alanının dışında kalan neticeler taksirli sorumluluğa neden olmaz⁴²⁹.

4.4.4.2.4. Taksirli suçta ceza

Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir (TCK m. 22/4).

⁴²⁵ Zafer (2011), s. 240.

⁴²⁶ Toroslu (2005b), s. 201

⁴²⁷ Zafer (2011), s. 240.

⁴²⁸ Zafer (2011), s. 240.

⁴²⁹ Hafızogulları ve Özen (2010), s. 299; Toroslu (2005b), s. 205-206.

Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası, kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir (TCK m. 22/4,5).

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda taksirle yaralamaya ve ölüme sebebiyet suçlarında kusurun derecesine göre cezanın sekizde bire kadar indirilebilmesi öngörülmekteydi. 5237 sayılı Kanun'un Gerekçesi'ne göre, uygulamada tereddütlere ve karışıklıklara yol açtığından, bu sistem terk edilmiş ve sorumluluğun nasıl belirleneceği gösterilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre, taksirli suça birden fazla kişinin karşılıklı olarak sebebiyet vermeleri durumunda neticenin oluşması bakımından her failin taksirli fiili dolayısıyla kusurluluğu, diğerinden bağımsız olarak belirlenecektir. Örneğin, trafik kazalarında her iki sürücünün de taksirli olması gibi. Benzer şekilde, birden çok kişinin katılmasıyla gerçekleştirilen bir ameliyatta ölüm neticesinin meydana gelmesinde, ameliyata katılan kişiler müştereken hareket etmekle birlikte, iştirak hükümleri uygulanmaz. Her bir hekimin kendi kusuru göz önünde bulundurulur ve diğer kişilerin kusurlu olup olmadığı dikkate alınmaz⁴³⁰.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na 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 (TCK m. 22/6). Bu hükmün getirilmesi isabetli olmuştur. Örneğin, babanın sebebiyet verdiği trafik kazasında çocuğun ölmesi durumunda babaya ceza verilmeyecektir⁴³¹. Bu hallerde örneğin babanın taksirli suçtan dolayı kovuşturmaya uğraması ve cezaya mahkûm edilmesi, esasen suçtan dolayı evladını kaybemenin doğurduğu acının şiddetlendirmekle kalmamakta, ayrıca ailenin tümüyle ağır derecede mağduriyete düşmesine neden olmaktadır. Bu hal kusurluluğu yani failin kınanmasına ilişkin değer yargısını da etkileyen bir neden olarak kabul edilmektedir⁴³².

⁴³⁰ Centel vd. (2008), s. 404.

⁴³¹ Centel vd. (2008), s. 405.

⁴³² Zafer (2011), s. 247.

4.4.4.2.6. Bilinçli (öngörülü) taksir

4.4.4.2.6.1. Kavram

Taksir (bilinçsiz) halinde failin hukuka aykırı neticeyi öngörmesi gerekirken öngörmemesi söz konusuysen, bilinçli taksirde failin hareketi yaparken neticeyi öngörmesi, ancak bunun gerçekleşmesini istememesi ve somut olaydaki koşullara göre neticenin gerçekleşmeyeceğine inanması söz konusudur (TCK m. 22/2).

Fail neticenin gerçekleşmesini istemese de, davranışından hukuka aykırı bir netice doğabileceğini düşünmüş ve bu ihtimale rağmen neticenin meydana gelmeyeceğini kabul ederek, neticenin doğmayacağı inancıyla davranışı yapmışsa ve failin gerçekleşmemesini istemediği netice gerçekleşirse fail özensiz davranışı nedeniyle sorumlu olur⁴³³.

4.4.4.2.6.2. Bilinçli taksirde ceza

Bir suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde, o suçun taksirli haline ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır (TCK m. 22/3)⁴³⁴.

Bilinçsiz taksirin daha hafif cezalandırılmasının nedeni, failin neticenin gerçekleşebileceğini tahmin edememesidir. Tahmin ettiği halde hareketin yapılması, faildeki kusurluluğun daha yoğun olduğunu gösterir⁴³⁵.

Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açsa da bilinçli taksirde ceza, basit taksirde olduğu gibi tamamen kaldırılmaz. Ancak, yarıdan altıda bire kadar indirilebilir (TCK m. 22/6). Maddenin uygulanmasına yönelik olarak ortaya bazı sorunlar çıkmaktadır. Örneğin, kanun kişisel veya ailevi durumdan bahsetmektedir. Bu durumda failin çok yakın arkadaşının ölümüne sebebiyet vermesi durumunda, bu da kişisel bir durum olarak kabul edilecek

⁴³³ Erem vd. (1997), s. 468, 469

⁴³⁴ Öğretide bilinçli taksirle işlenen suçlarda kanunda cezada bir artırım öngörülme bile suçun cezasının üst sınırdan tespit edilerek bu durumun cezaya yansıtılabileceği ileri sürülmüştür. Çakmut ve Çakmut (2001), s. 437.

⁴³⁵ Hakeri (2008), s. 176.

midir? Yine eşinin ölümünün yanı sıra, bir de bir yayanın ölümüne neden olmuşsa, yine bu maddeden yararlanabilecek midir? Öğretide her iki durumda da bu hükmün uygulanamayacağı savunulmaktadır⁴³⁶.

Kanun metninde yer alan “taksirli hareket sonucu neden olunan netice” ifadesi dolayısıyla ve madde metninde bilinçli taksirle ilgili bir açıklamanın da yer almaması nedeniyle bu hükmün yalnız taksirli suçlarda uygulanabileceği belirtilmiştir. Buna göre, taksir bilinçli ise, failin cezasızlıktan yararlanabilmesi mümkün olmayacak, sadece verilecek ceza yarından altıda bire kadar indirilebilecektir⁴³⁷. Öğretide bu hüküm eleştirilerek, bu durumu kanuni bir cezasızlık sebebi saymaktansa, bu konuda hakime takdir yetkisinin tanınmasının çok daha uygun olacağı belirtilmektedir⁴³⁸.

Ayrıca, taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa, bu ceza adli para cezasına çevrilebileceği halde, bilinçli taksir halinde hapis cezası ancak kısa süreli olduğu takdirde adli para cezasına çevrilebilecektir (TCK 50/4).

4.4.4.2.7. Taksir kalıpları

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda taksirin görünüm biçimleri olarak tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik ile kurallara uymama gösterilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda, “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık” taksirin görünüm şekli olarak tanımlanmıştır.

Dikkat ve özen yükümlülüğü, kurallara aykırılıktan, belirli bir meslek ve sanatı icra ediyor olmaktan, örf ve adetten veya sosyal yaşamdan kaynaklanabilir.

Kurallara aykırılık, yetkili mercilerin koydukları kurallara uymamadır. Kuralların mutlaka resmi makamlar tarafından konulmuş olması gerekmez. Gerçek kişilerin, belli çalışma alanlarında uyulması gereken kuralları öngörmeleri de mümkündür. Kurallara uymama başlı başına suç oluşturabilir.

⁴³⁶ Artuk vd. (2007), s.518; Koca ve Üzülmez (2008), s. 214.

⁴³⁷ Yargıtay, sanığın eşi ile birlikte ayrıca arkadaşının da öldüğü olayda, maddenin uygulanamayacağına karar vermiştir (9. CD, 15.05.2007, 4178). Aynı şekilde sanığın eniştesinin ölmesinin de, sanık hakkında cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede, sanığın sonuçtan mağdur olduğunu kabule yeterli olmadığı görüşü savunulmaktadır (9. CD, 30.05.2007,4851). Hakeri (2008), s. 180.

⁴³⁸ TCK 22/6 maddenin uygulandığı hallerde, doğrudan ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Önce ceza tayin edilip, daha sonra ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi yasaya aykırıdır (9. CD, 27.02.2007,1526). Hakeri (2008), s. 180.

Belli bir meslek veya sanatı icra etmek için gerekli olan bilgilerin bulunmaması, mesleki cüret de dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığı ifade eder⁴³⁹.

Dikkatsizlik ve özensizlikten ileri gelen taksir genel taksir, yazılı davranış kurallarına uyulmamasından kaynaklanan taksir ise özel taksir olarak adlandırılır. Her iki taksir şeklinde de neticenin öngörülebilirliği ve önlenebilirliği failin sorumluluğuna gidebilmek için araştırılması gereken hususlardır⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Ceza hukukunda taksirin dışında, mesleki taksir diye farklı bir kavram bulunmamaktadır. Mesleki taksir sadece belirli bir mesleği icra edenlerin, örneğin hekimlerin, bu mesleğin özellikleri karşısındaki taksirini ifade etmektedir. Bkz. K. Bayraktar, (1972). *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*. İstanbul: Sermet Matbaası, s. 206.

⁴⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Toroslu (2005a), s. 147-149.

İkinci Bölüm
İtalyan ve Alman Hukukunda
Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda
Ceza Sorumluluğunun Esası

1. İtalyan Hukukunda Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar

1.1. Genel Olarak

Bilindiği üzere 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kaynağı 1889 tarihli Zanardelli Ceza Kanunu'dur. Ancak özellikle 765 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, Rocco Kanunu dönemi İtalyan öğretisinin, Türk ceza hukuku öğretisinde etkisini sürdürdüğü görülmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise Alman Ceza Kanunu'na oldukça benzer düzenlemeler içermektedir. Bu nedenle İtalyan ve Alman ceza hukuklarında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ceza sorumluluğunun esasının neye dayandığı hususunun incelenmesi, Türk Ceza Kanunu'nun anlaşılması ve çıkabilecek sorunların tespiti ve çözüm önerileri açısından yararlı olacaktır.

İtalyan hukuk sisteminde de pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi, temel kasıtlı suçu işleyen failin, cezası daha ağır olan ve kasıt bulunmaksızın gerçekleştirilen ağır neticeden sorumluluğuna ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır ve bu hükümler açık veya örtülü olarak objektif sorumluluğu bünyesinde barındırmaktadır⁴⁴¹. Nitekim istenmeyen netice, temel kasıtlı suçun işlenmiş olmasına dayanarak kast veya taksirden bağımsız olarak faile isnat edilmektedir⁴⁴². Ancak kusur ilkesi objektif sorumluluğun aşılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Öğretinin konuyla ilgili olarak üzerinde

⁴⁴¹ Açık veya örtülü objektif sorumluluk terimi için bkz. Mantovani (1981), s. 463.

⁴⁴² Yakın bir tarihte İtalyan öğretisinin bir kısmı tarafından kabul edilen bir teoriye göre, gerçek veya varsayılan objektif sorumluluk hipotezleri gereğince netice, kasttan veya taksirden bağımsız olarak faile objektif sorumluluk gereğince isnat edilir. Bkz. G. Marinucci ve E. Dolcini (2001). *Corso di diritto penale, 1, le norme penali: Fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*. (3. ed.). Milano: Giuffrè, s. 458 vd; G. Marinucci ve E. Dolcini (2004). *Manuale di diritto penale*, PG. Milano: Giuffrè, s. 213 vd.

durduğu sorunlar şunlardır: İstenmeyen ağırlaşmış neticeden sorumluluk kriteri olarak objektif sorumluluğun bir alternatifi var mıdır? Özellikle objektif sorumluluk taksir ile ikame edilebilir mi? Eğer edilebilirse hangi şartlarla ikame edilebilir?

1.2. 1889 Tarihli Zanardelli Kanunu’nda Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar

1889 tarihli Zanardelli Kanunu’nda (30 Haziran 1889 tarih ve 6133 sayılı Ceza Kanunu) objektif sorumluluk hipotezlerine yer veren hükümler bulunmaktaydı.

Nitekim Zanardelli Kanunu’nun 45. maddesinin 1. fıkrasında cürmün cezalandırılabilmesi için fiilin kasten işlenmesi gerektiği belirtildikten sonra, fiilin faille başka şekilde yüklenebileceği hallerin kanunca öngörülebileceği kabul edilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ise, “kabahatlerde kast sabit olmasa bile herkes kendi hareket veya ihmalden sorumludur” ifadesine yer verilmiştir. Özellikle 2. fıkra düzenlemesinin objektif sorumluluğa temel oluşturup oluşturmadığı tartışılmıştır⁴⁴³.

Zanardelli Kanunu’nun özel hükümler kısmında da kastı aşan suç ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hipotezlerine yer verilmiştir. Nitekim öldürme suçları arasında⁴⁴⁴ kastı aşan öldürme suçu düzenlenmiş bulunmaktadır. Zanardelli Kanunu’nun 368. maddesinde yaralamaya yönelik hareketlerle ölüm neticesini meydana getiren failin bu neticeden dolayı cezalandırılacağı belirtilerek kastı aşan öldürme suçuna yer verilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise failce bilinmeyen ve suçtan önce var olan şartların birleşmesi veya failden bağımsız ve sonradan oluşan şartların birleşmesi söz konusu olmasa idi, ölüm neticesinin meydana gelmeyeceği hallerde cezanın azaltılacağı belirtilmektedir.

Aynı şekilde 1889 tarihli Kanun’un 574. maddesi uyarınca, vücut bütünlüğüne yönelik suçlarda da, neticenin failin niyetini aştığı hallerde failin cezası azaltılacaktır. Görüldüğü üzere, bu hükümde de failin kastını aşan ağır neticeden sorumlu olacağı belirtilmekle yetinilmiş ancak sorumluluğun kusura dayanıp dayanmayacağı konusunda bir açıklık getirilmemiştir.

⁴⁴³ Bu tartışmalar için bkz. V. Manzini (1926). *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. II. (2. ed.). Torino: UTET, s. 80, 83, 100.

⁴⁴⁴ Bazı kanunlarda kastı aşan öldürme suçuna, temel suçun yaralama olması nedeniyle yaralama suçları arasında yer verilmektedir.

Zanardelli Kanunu'nda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hipotezlerine de yer verilmiştir. Örneğin m. 146/3'de hürriyetten mahrum etme fiili sonucunda mağdurun hayatına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına yönelik ağır bir zarar meydana gelmesi halinde ceza artırılır. Aynı şekilde m. 382/2. uyarınca mağdurun rızası üzerine başlayan ve m. 383/2. uyarınca mağdurun rızası olmaksızın başlayan çocuk düşürtme sonucu veya çocuk düşürmede kullanılan araçların etkisiyle kadının ölmesi halinde failin cezası ağırlaştırılır. Failin kasıtlı temel suçunu takip eden istenmeyen neticeden sorumluluğunu gerektiren bir başka hal ise m. 386/2'de düzenlenmiştir. Buna göre, küçükleri veya kendini idare edemeyenleri terk etme, mağdurun vücudunda veya sağlığında büyük bir zarara, zihninde bir karışıklığa ya da mağdurun ölümüne neden olursa ceza ağırlaşır.

Zanardelli Kanunu'nda, Rocco Kanunu'ndan farklı olarak suçta sapma şeklinde temel suça eklenen istenmeyen neticeden sorumluluk için, temel suçun herhangi bir suç değil, m. 327⁴⁴⁵ ve 351⁴⁴⁶'de sayılmış suçlardan olmasını aramaktadır. Sayılan suçlar dışında temel kasıtlı fiil istenmeyen ağır bir netice meydana getirdiğinde ise sorun genel hükümler gereğince çözülecektir⁴⁴⁷.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, failin ağır neticeden sorumlu olması için failde bulunması gereken manevi unsur konusunda, kanunun özel hükümler kısmında herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Genel hüküm olan 45. madde uygulanacağından bu durumda da objektif sorumluluğun bulunduğu kabul edilmiştir⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ 1889 tarihli İCK m. 327 uyarınca, 366. maddenin 4. fıkrası ve 373. maddede sayılan fiiller dışında, 300 ile 306. maddeler arasında sayılan fiiller, 308, 312, 313, 315'den 321. maddeye kadar olan maddelerde öngörülen fiiller ile 325. maddede öngörülen fiillerden ölüm veya yaralanma sonucu meydana gelirse failin cezası artırılabilecektir (Maddede sözü edilen suçlar, yangın çıkarma, sel baskınına neden olma, gemi batırma veya kamunun bütünlüğüne yönelik suçlar ile yaralama, demiryolu ulaşımını engelleme veya aksatma, telgraf iletişimini engelleme, deniz ve karayolu taşımacılığını engelleme, bu tür taşımacılığın güvenliğini tehlikeye sokma, halkın kullandığı suları ve gıdaları zehirlenme veya bozma, gıdaları, ilaçları veya ticarete sunulan diğer malları sağlığı tehlikeye sokacak şekilde taklit etme ve içeriğini değiştirme fiilleridir).

⁴⁴⁶ 1889 tarihli İCK m. 351 uyarınca, 331, 332, 333, 340 ve 341. maddede öngörülen fiiller mağdurun ölümüne ya da yaralanmasına neden olursa ceza artırılır (Maddede sözü edilen suçlar, ırza geçme, ırza tasaddi, cinsel amaçlarla veya evlenmek niyetiyle reşit kadını alıkoymak veya kaçırmak fiilleri ile yine cinsel amaçlarla veya evlenmek niyetiyle reşit olmayan bir kimseyi kaçırmak veya alıkoymak fiilleridir)

⁴⁴⁷ Zanardelli Kanunu'nda, kötü muamele (m. 391), yardım ve bildirim yükümlülüğünü ihlal (m. 398) ve terbiye hakkının kötüye kullanılması (m. 390) sonucunda mağdurun sağlığına yönelik bir zarar gelmesi veya sağlığının tehlikeye düşmesi veya mağdurun ölmesi halinde failin cezasının artırılacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Zanardelli Kanunu'nda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. M. Finzi (1925). *Il "delitto preterintenzionale"*. Torino: Fratelli Bocca, s. 73 vd.

⁴⁴⁸ Bkz. Özen (1998), s. 28.

Üzerinde durulması gereken bir başka konu da suçta sapma durumunda ne tür bir uygulama yapılacağıdır. İtalyan öğretisinde hedefte sapma halini düzenleyen 52. maddenin⁴⁴⁹ suçta sapma hali için de uygulanacağı yönündeki görüş hakim durumdadır⁴⁵⁰.

1.3. 1930 Tarihli Rocco Kanunu’nda Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar

1.3.1. Genel olarak

Yapıldığı zamanın politik-ideolojik anlayışından esinlenen 1889 tarihli Ceza Kanunu liberal -muhafazakar bir ideolojinin ürünü iken⁴⁵¹, dönemin siyasal yapısının etkisiyle bazı yönleri itibariyle baskıcı ve ayrıcalıkçı bir ceza hukukunun özelliklerini taşıyan Rocco Kanunu (19 Ekim 1930 tarih ve 1398 sayılı Ceza Kanunu) 1930’da yürürlüğe girmiştir. Bu kanun, objektif sorumluluk hipotezlerine açıkça kanun metninde yer veren ender ceza kanunlarından biridir⁴⁵².

Rocco Kanunu açısından, sadece kanunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç şeklinde düzenlenmiş hükümleri incelemek, konunun bütün yönleriyle ele alınmaması sonucunu doğuracaktır. Gerçekten, Rocco Kanunu’nda temel iradi fiili takip eden

⁴⁴⁹ İCK’nın IV. Bölümünde, yani “İsnat edilebilirlik, isnat edilebilirliği kaldıran veya azaltan nedenler”i düzenleyen bölümünde, 52. maddede mağdurda hata hali düzenlenmişti: Bu madde uyarınca fail hatayla veya başka bir tesadüfi nedenle, suçu hareketinin yönelmesini hedeflediği kişi dışında başka bir kişiye karşı işlerse, hedeflediği kişiye karşı suçu gerçekleştirseydi uygulanacak olan mağdurun kişiliğinden kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenler kendisine yüklenmezken indirim nedenleri kendisine uygulanır. Zanardelli kanununu söz konusu hükme ilişkin hazırlık çalışmaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Regina (1970), s. 5 vd.

⁴⁵⁰ Bu yöndeki görüşler için bkz. Manzini (1926), s. 38. Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. E. Jannitti Piromallo (1932). *Corso di diritto criminale – esposizione sistematica delle norme del nuovo codice penale*. Roma: Colombo, k.n. 131.

⁴⁵¹ Toroslu (2005a), s. 10.

⁴⁵² Özen (1998), s. 29.

Gerçekten İCK m. 42 gereğince:

“Hiç kimse bilinçli ve iradi bir şekilde gerçekleştirmediği sürece kanunda suç olarak öngörölmüş hareketi veya ihmalinden dolayı sorumlu tutulamaz.

Hiç kimse kanunda cürüm olarak öngörölmüş olan bir fiilinden kanunda açıkça kastın aşılması suretiyle veya taksirli olarak işlenebileceği öngörölen haller dışında kasıtlı işlemediği sürece sorumlu olmaz.

Kanun hareketinin veya ihmalini takip eden neticelerin başka şekilde faile yüklenebileceği halleri belirler.

Kabahatlerde fail bilinçli ve iradi hareketinden veya ihmalinden, bu fiilin kasıtlı veya taksirli olması halinde sorumludur”.

istenmeyen neticeden sorumluluk hali değişik şekillerde öngörülmüştür. Kastı aşan suçlar ve özel olarak düzenlenmiş suçta sapma hallerinin incelenmesinin konunun bütünlüğü açısından gerekli olduğu kanaatindeyiz.

İtalyan hukuk sisteminde kastı aşan suçlar ve suçta sapma durumlarını düzenleyen bazı suç hipotezleri, temel kasıtlı suç ile meydana gelen netice arasında var olan maddi illiyet bağına dayanarak yani objektif olarak, taksirin varlığına ilişkin herhangi bir araştırma yapılmaksızın cezalandırılır. Oysa diğer bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde, ya ağırlaşmış neticeden failin sorumlu olabilmesi için genel hükümler kısmında ağırlaşmış netice açısından taksirli olması arandığından, ya da temel suç ile ağırlaşmış sonuç arasında fikri içtimain uygulanabilmesi için taksir gerektiğinden, yukarıda sözü edilen bu suçlar kusur esasına dayanmaktadır⁴⁵³.

1.3.2. Başlıca neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç çeşitleri

1.3.2.1. Suçta sapma şeklinde ortaya çıkan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar (İCK m. 586 ile genel sapma hükümleri arasındaki ilişki)

“Başka bir cürmü takip eden ölüm veya yaralanma” başlıklı İCK m. 586 uyarınca: “Kasıtlı cürüm olarak öngörülen bir fiilden, failce istenmeyen ölüm veya yaralanma neticesi meydana geldiğinde 83. madde hükümleri uygulanır, ancak faile 589 ve 590. maddelerde öngörülen ceza artırılarak verilir”.

İCK’nın 586. maddesinde sözü edilen 83. madde⁴⁵⁴ suçta sapmayı düzenleyen ve kanunun genel kısmında bulunan bir hükümdür. İCK m. 586’da söz edilen 589. madde taksirli öldürme, 590. madde ise taksirli yaralama suçlarını öngören hükümlerdir.

Temel kasıtlı suçu takip eden ölüm veya yaralanma durumunu düzenleyen 586. maddede, bu hüküm açısından hangi suçların temel suç olabileceği konusunda herhangi

⁴⁵³ Basile (2005), s. 2.

⁴⁵⁴ İCK m. 83’de, bu maddeden önceki maddelerde öngörülen haller dışında, suçun icrasında yararlanılan araçların kullanımında hata edilmesi veya başka bir nedenle, istenilenden farklı bir neticenin meydana gelmesi durumunda ve meydana gelen neticenin taksirli bir suç olarak kanunda öngörülmüş olması halinde, failin bu neticeden taksirli olarak sorumlu olacağı; eğer failin istediği netice de meydana gelmiş ise suçların içtimai hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir.

bir ayırım yapılmamıştır⁴⁵⁵. Bu nedenle 586. madde Rocco Kanunu'nun yürürlüğe girdiği ilk yıllardan itibaren çok çeşitli durumlarda uygulanmıştır⁴⁵⁶. Bu hüküm gerek temel suçun az veya çok, hayata ve vücut bütünlüğüne yönelik bir tehlike gösterdiği hallerde (örneğin, yangın, cinsel saldırı gibi), gerekse temel suçun hayat ve vücut bütünlüğü için herhangi bir tehlike doğurmadığı (örneğin kamu görevinin reddi, yargıyı yanıltma, hakaret, konut dokunulmazlığını ihlal, mala zarar verme, dolandırıcılık gibi)⁴⁵⁷ hallerde uygulanmaktadır⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ İCK m. 586 kanunilik ilkesinin belirlilik özelliğine uygun olup olmadığı konusunda çeşitli şüpheler bulunmaktadır. Bkz. S. Canestrari (1989b). *L'illecito penale preterintenzionale*. Padova: CEDAM, s. 228 vd., 234; S. Canestrari (1989a). *L'aberratio delicti e la responsabilità preterintenzionale: un istituto... in via di estinzione ed una categoria normativa da ricostruire. Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, s. 452 vd.; L. Cornacchia (1996). *Reato aberrante*. *Dpen*, XI, (2000 yılında yeniden basılmıştır), s. 186.

⁴⁵⁶ İCK m. 586. maddenin sıklıkla uyuşturucu madde satıcısına, uyuşturucu maddeyi kullanan kimsenin ölmesi durumu için uygulandığı görülmektedir. Canestrari (1989b), s. 30; A. Bondi (1999). *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, s. 108; V. Militello (1994). *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*. *Dpen*, vol. VIII, s. 8, dipnot 10.

⁴⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Donini (1991). *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*. Milano: Giuffrè, s. 387; E. Mezzetti (2004). *Giurisprudenza "creativa" nell'accertamento del nesso causale per la morte del tossicodipendente*. *CP*, s. 2840.

⁴⁵⁸ Temel suçun çok çeşitli olduğu değişik olaylarda 586. maddeye dayanarak hüküm kurulan kararlara sıklıkla rastlanmaktadır:

1) Kamu görevinin reddi (m. 328): Bir anestezi ve reanimasyon uzmanı emboli atması sorunu olan bir hastayı muayene ettikten ve sağlık durumunun kötü olduğunu gördükten sonra, daha donanımlı bir hastaneye ambulansla sevk edilecek olan hastaya hastane müdür yardımcısının emrine rağmen eşlik etmez. Hasta emboli nedeniyle kardiyovasküler daralma sonucu diğer hastaneye nakli sırasında ölür. C. 6.12.1995, Sonderegger, CED 204469, *RP* 1996, s. 464.

2) Delillerin karartılması (m. 374): A, B'yi bıçaklar. C ise A'nın akrabasıdır. A'ya suçun delillerini yok etmek için B'nin bedenini saklama konusunda B'nin öldüğünü düşünerek yardım eder (bu aşamada delillerin karartılması suçuna iştirak eder). Aslında B yalnızca yaralıdır, ancak bedeninin saklanmasına yönelik hareketler neticesinde ölür. C ass. app. Cagliari 4.5.1990, Oggianu, *Rivista Giuridica Sarda* 1992, s. 143.

Bu kararla ilgili olarak Yargıtay, C'nin 586. madde hükmüyle mahkûm edilmesine ilişkin kararı bozmuştur. C 11.2.1991, Oggianu, CED 187227, *CP* 1992, s. 1809.

3) Kasıtlı yangın çıkarma (m. 423): Sanıklar bir taşınmazı yakmak için iki kişiyi gönderirler. Amaçları sigortadan tazminat almaktır. Ancak yangın çıkarmak üzere giden kişiler yangında ölürlər. Bu olayda kasıtlı olarak yangın çıkarmak üzere gönderilen yangın çıkarma suçunun asıl failleri azmettiricilerin mağduru olmaktadır. C 24.6.1974, Gori, CED 129940, *CPMA* 1977, s. 882; C 12.11.1982 (ud. 14.9.1982), Maccanti, CED 156066/7, *CP* 1984, s. 900; C 18.9.2002 (ud. 19.6.2002), Persechino, *DPP* 2003, s. 844, Gambardella'nın şerhi ile birlikte yayınlanmıştır, aynı karar Di Salvo'nun şerhi ile *CP* 2004, s. 95'de yayınlanmıştır.

Aynı şekilde bir taşınmazı kasıtlı olarak yakan kişiler bu binayı işgal etmiş olan kişilerin istemeden ölümüne neden olurlar. Bu durumda da 586. madde uygulanmaktadır. C 13.10.1987, Lollo, CED 178194, *RP* 1989, s. 199; C 27.7.1993 (ud. 3.6.1993), Piga, CED 195270, *MDP* 1993, k.n. 116.

4) Çocuk düşürmeye iştirak (eski m. 547, yürürlükteki 194/1978 sayılı kanun): Hamile bir kadın sanıktan "sabina" adı verilen bir bitkisel karışım alır. Bu karışımın güçlü bir çocuk düşürücü etkisi olduğu

586. madde ile 83. maddenin birlikte uygulandığı kararlara sıklıkla rastlandığı halde 83. maddenin başka suçlarla uygulandığı az sayıda karar bulunmaktadır⁴⁵⁹.

bilinmektedir. Ancak söz konusu madde hamile kadının ölümüne neden olur. C 19.7.1939, Gasperini, *GP* 1940, II, s. 395.

5) Aile yükümlülüklerini ihmal etme (m. 570): Talasemi hastalığı olan bir kız çocuğunun anne babası dini nedenlerle (Yahova şahididirler), çocuklarına kan nakli yapılmasını reddederler. Anne baba çocuklarının bu tedavi olmaksızın yaşamasının mümkün olmadığını, düzenli olarak kan nakli olması gerektiğini, başka bir tedavi yönteminin bulunmadığını bilmektedir. Aileye çocuk mahkemesinden söz konusu çocuğu düzenli olarak sağlık kontrolüne götürmeleri yönünde de bir karar verilmiştir. Çocuk uygun tedavi görmemesi nedeniyle ölür. C ass. app. Roma 30.7.1986, Oneda, *FI* 1986, II, s. 606.

Bu kararda aslında olayda doğrudan veya olası kastın bulunup bulunmadığının tartışılması gerekirken, mahkeme ailenin meydana gelen neticeden taksirli sorumluluğu üzerinde durmuştur.

Bir başka kararda ise Yargıtay aile yükümlülüğünü ihmal ederek eşine gerek maddi, gerek manevi açıdan destek olmaması nedeniyle eşi intihar eden sanığa 586. madde yerine 589. maddeyi uygulamıştır. Böylece Yargıtay faili taksirli öldürmeden sorumlu tutmuştur. C 14.2.1940, Prado, *RP* 1940, s. 652. Bu konuda 586. maddenin uygulanması hususunda bkz. Basile, *Commento all'art. 586, Codice Penale Commentato*, vol. II, PS., a cura di Dolcini e Marinucci, 1999, s. 2978.

6) Kötü muamele (m. 572): Sanık kadın, sık sık aç bırakarak, saatlerce banyoya kilitleyerek, fiziksel olarak şiddet uygulayarak ve cinsel birtakım fiiller gerçekleştirerek 16 yaşındaki üvey oğluna kötü muamelede bulunmaktadır. Çocuk bu uzun süreli kötü muamelenin etkisi ile intihar etmiştir. C 11.12.1936 Piccioni, *RP* 1937, s. 385.

7) Cebir kullanma (m. 610): Bazı kolluk memurları suçunu itiraf ettirmek için şüpheliyi defalarca döverler ve bir boru yardımıyla midesine tuzlu su göndermek isterler ancak söz konusu boru yanlışlıkla akciğerlerine gider ve ölüm ile sonuçlanan bir akciğer ödemi gelişir. C ass. Caltanissetta 25.5.1990, Russo, *FI* 1992, II, s. 531.

8) Yağma (m. 628): A, B'yi zorla ıssız bir yere (bir tepenin zirvesine) götürdükten sonra, B'nin evinin anahtarlarını elinden zorla alır. B, A'ya direnmeye çalışırken yanlışlıkla bir kanala ayağını sokar ve düşerek ölür. C 5.11.1937, Tassinari, *GP* 1938, II, s. 385.

Bir başka olayda ise, üç kişi yaşlı bir kadının evine girerek, kadını evdeki para ve mücevherleri aramak için yatağa bağlayıp ağzını da ses çıkarmasını engellemek amacıyla kapatırlar (bunun dışında herhangi bir yaralayıcı davranış göstermezler). Kadın kalp hastasıdır. Kendisini hareketsiz kılmak için yapılan davranışların yarattığı psikolojik etkiyle ölür. Cass. Milano 3.6.1949, Muzzetta, *CrP* 1949, s. 186; C 10.1.1952, Soprano, *GComplCP* 1953, s. 289; Uff. indagini prel. Milano 27.11.2001, *GM* 2002, s. 777.

⁴⁵⁹ M. Trapani (1992). *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*. Torino: G. Giappichelli, s. 104.

83. maddenin de yer aldığı sınırlı sayıdaki karar örnekleri incelendiğinde de bunların genellikle 83. maddenin uygulanmasına yönelik kararlar olmadıkları, 83. madde ile birlikte uygulanan diğer maddenin hangi hallerde uygulama alanı bulacağını açıklamaya yönelik kararlar oldukları görülmektedir: C 15.5.1985 (ud. 19.1.1985), Toscano, CED 169211/2, *CP* 1986, s. 1553 (Bu kararda 82 madde ile 83. madde arasındaki ilişki ele alınmış ancak 82. maddenin uygulanabileceği özel durumların açıklanması hedeflenmiştir); C 26.2.1980, Longhin, *RP* 1980, s. 681; C 20.3.1985, La Rosa, *GP* 1986, s. 289 (83. madde ile 116. madde arasındaki ilişkiyi açıklamaya yönelik kararlardır); C 9.2.1980 (ud. 19.7.1979), Mollica, *CP* 1981, s. 737 (zorlayıcı nedenlerin 83. madde ile ilgili olaylarda uygulanmayacağına ilişkin bir karardır); C 26.3.1987 (ud. 16.12.1986), Denaro, *RP* 1987, s. 747 (hareketin zaten yaralama meydana getirme ihtimalinin olduğu durumlarda yaralanma neticesi meydana geldiğinde 83. maddenin uygulanmayacağına ilişkin bir karardır); C 26.1.1990, Piotto, *GP* 1990, II, s. 586 (kasıtlı bir suç ile taksirli yaralama arasında maddi içtima yapıldığında 83. maddenin uygulanamayacağına ilişkin bir karardır); C 7.12.1990 (11.7.1990), Ricci, CED 185973, *CP* 1992, s. 958 (Neticenin failin istediği netice olmasına rağmen gerçekleşme şeklinin failin öngördüğünden farklı olduğu durumlarda 83. maddenin uygulanamayacağına ilişkin bir karardır); C 20.12.1988, Ingrassia, *GP* 1989, II, s. 689 (ikinci neticenin

Öğretideki hakim kanaate⁴⁶⁰ ve uygulamaya⁴⁶¹ göre 83. madde ile 586. madde arasında genel norm-özel norm ilişkisi bulunmaktadır. Her iki hükmün ortak tarafları ise şunlardır: Her iki maddede de temelde kasıtlı suça ilişkin davranış bulunmaktadır ve bu davranışı takip eden istenmeyen netice, istenen neticeye oranla daha ağır bir neticedir⁴⁶².

alternatif kast veya olası kast kapsamında olduğu hallerde 83. maddenin 2. fıkrasının uygulanamayacağına ilişkin karardır).

⁴⁶⁰ C. Saltelli ve E. Romano Di Falco (1931). *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale, vol. II, parte II*. Torino: UTET, s. 926; E. Jannitti Piromallo (1937). *Il Codice Penale illustrato articolo per articolo*. (a cura di U. Conti). vol. III. Milano: Societa Editrice Libreria, k.n. 248; Manzini (1926), kn. 479; R. A. Frosali (1933). *L'errore nella teoria del diritto penale*. Roma: Tipografica Editrice, s. 430; R. A. Frosali (1958b). *Sistema penale Italiano, I, vol. II*. Torino: UTET, s. 222; S. Riccio (1935). Concorso di reati e delitti qualificati dall'evento. *ADPP*, s. 664; G. Battaglini (1940). *Diritto penale, PG*. Bologna: Zanichelli, s. 197; G. Leone (1940). *Il reato aberrante*. Napoli: Jovene, s. 220 vd.; F. Alimena (1947). *La colpa nella teoria generale del reato*. Palermo: G. Priulla, s. 87, 191; F. Chiarotti (1946). Omicidio preterintenzionale e morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, s. 242; Antolisei (2003), s. 378; F. Antolisei (1948). La colpa per inosservanza di leggi. *GP*, s. 13; E. Altavilla (1950). Reati colposi e condotta diretta a cagionare l'evento. *SP*, s. 34; M. Spasari (1957). Osservazioni sulla natura giuridica del cosiddetto delitto preterintenzionale. *AP*, s. 262; M. Gallo (1958). Aberratio delicti, causae. *EdD*, I., s. 58; A. Stile (1977). Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto. *EdD*, XXVII, s. 142; L. Concas (1966). I delitti qualificati da un'offesa aberrante, *Studi Università di Cagliari, vol. XLIV, I*, Padova, s. 389; V. Patalano (1984). *I delitti contro la vita*. Padova: CEDAM, s. 263; F. Dassano (1977). Colpa specifica ex art. 586 e funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p.: una erronea applicazione in un'ipotesi di responsabilità oggettiva. *RIDPP*, s. 402; L. Alibrandi (1976). L'art. 586 nella prospettiva del reato aberrante. *RP*, s. 210; Militello (1994), s. 5 vd.; G. Marini (1994). Omicidio. *Dpen*, VIII, 1994, s. 538; F. C. Palazzo (1973). "Voluto" e "Realizzato" nell'errore sul fatto e nell'aberratio delicti. *AG*, II, s. 27; C. F. Grosso (1963). Struttura e sistematica dei c.d. "delitti aggravati dall'evento". *RIDPP*, s. 499; M. Romano (2004). *Commentario sistematico del Codice Penale. Vol. I*. (3. ed.). Milano: A. Giuffrè, s. 791; Mantovani (1992), s. 386; Ramacci (1988), s. 266; C. Fiore (1995). *Diritto Penale, PG., vol. II*. Torino: UTET, s. 161; M. Boscarelli (1994). *Compendio di diritto penale, PG*. (8. ed.). Milano: Giuffrè, s. 173; I. Caraccioli (1998). *Manuale di diritto penale, PG*. Padova: CEDAM, s. 547; S. Ramajoli (1984). Sulla fattispecie dell'art 586 c.p. *CP*, s. 552; M. V. Corini (1987). Riflessioni sul titolo della responsabilità per l'evento non voluto nell'art 586 c.p. *RP*, s. 568; M. B. Mirri (1977). Considerazioni sull'omicidio come conseguenza non voluta di altro reato (art. 586 c.p.). *CPMA*, s. 885; M. B. Mirri (1994). Vita e incolumità individuale (delitti contro la). *EGT*, XXXII, 1994, s. 2; Trapani (1992), s. 104; F. Giunta (1993). *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I. – La fattispecie*. Padova: CEDAM, s. 445.

⁴⁶¹ C 8.2.1933, Gallo, *GP* 1933, II, s. 990; C 26.11.1934, Marchio, *GP* 1935, II, s. 747; T Monza 24.1.1936, Terni, *GI* 1936, II, s. 87; C 9.2.1950, Rucci, *GP* 1950, II, s. 982; T Genova 15.3.1964, Stoppa, *AP* 1964, II, s. 540; C 15.3.1971, Mannisi, *CPMA* 1972, s. 1242; C 10.6.1981, Coppola, CED 150386, *CP* 1983, s. 303; C 14.4.1982, Maccanti, CED 156067, *CP* 1984, s. 900; C 16.7.1982 (ud. 8.6.1982), Ruggiero, CED 154679, *CP* 1984, s. 549; C 6.11.1984, Frisina, CED 167810, *RP* 1985, s. 1030; T Busto Arsizio 26.3.1985, Irritano, *GM* 1986, II, s. 663; C 2.4.1986, Navarino, CED 174058, *CP* 1988, s. 451; C 23.10.1987 Stimoli, *RP* 1988, s. 244; C 6.12.1995, Sonderegger, CED 204469, *RP* 1996, s. 464; C 20.1.2003 (ud. 14.11.2002), Solazzo, CED 223841-2, *CP* 2004, s. 1269.

⁴⁶² Bkz. Leone (1940), s. 220; Ramajoli (1984), s. 552.

Ancak dikkat edilmelidir ki, 83. maddede yer alan temel kasıtlı suç bir cürüm veya kabahat olabilirken, 586. maddenin kapsamındaki temel kasıtlı suç bir cürüm olabilir. Ayrıca 83. maddede öngörülen ağır netice herhangi bir taksirli suç olabilirken, 586. maddede öngörülen ağır netice ise sadece taksirli öldürme veya yaralama olabilir. M. Gallo (1958), s. 64.

Şu noktayı da belirtmek gerekir ki, fail gerek 83. gerekse 586. maddede araçların yanlış kullanımı veya başka bir neden dolayısıyla meydana gelen neticeden sorumlu tutulmaktadır. Bu nedenle öğretide 586. maddede, 83. maddeye yapılan atfın (“83. madde hükmü uygulanır”) tamamlayıcı nitelikte olduğu belirtilmektedir⁴⁶³. 83. maddeye yapılan atıf dolayısıyla failin ölüm veya yaralama neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticelerin “araçların yanlış kullanımı” veya “başka bir nedenden” kaynaklanması gerekmektedir.

Yargı kararlarında ise 586. madde metninde 83. maddeye yapılan atfın istenmeyen neticeden taksirle sorumluluk ile ilgili bir atıf olduğu kabul edilmekte, suçta sapmanın şartları ile ilgili bir atfın yapılmadığı belirtilmektedir. Bu doğrultuda, herhangi bir hata ya da taksirli fiil olmaksızın da 586. maddenin uygulandığı kararlar bulunmaktadır⁴⁶⁴.

Öğretide azınlıktaki bir görüş 83. madde ile 586. madde arasında genel norm-özel norm ilişkisinin varlığını reddetmektedir. Bu görüşe göre 83. maddede bir hareketten veya ihmalden, failce istenen ve istenmeyen olmak üzere iki netice meydana gelmektedir. Oysa 586. maddede bir hareket veya ihmalden sadece bir tek netice meydana gelmektedir (kasıtlı cürüm), daha sonra bu suç istenmeyen ölüm veya yaralama neticesine neden olmaktadır⁴⁶⁵.

Benzer bir görüşe göre ise 586. madde hedeflenen kasıtlı cürüm ile meydana getirilen cürüm ve istenmeyen netice (ölüm veya yaralanma) arasında bir nedensellik

⁴⁶³ A. Santoro (1968). *Manuale di diritto penale, II, PS*. Torino: UTET, s. 76; Grosso (1963), s. 501; Dassano (1977), s. 402; Giunta (1993), s. 446, dipnot 58. Pannain de aynı görüşü değişik şekilde ifade etmiştir. Yazara göre 83. madde ile 586. madde arasında sözü edilen ilişki bulunmasa idi, 586. madde gereğince ölüm veya yaralama neticesinden faili sorumlu tutmak için bu neticelerin araçların yanlış kullanımı veya başka bir nedenden kaynaklanması aranmazdı. Pannain (1962), 1950, s. 481. Aynı doğrultuda görüşler için bkz. G. De Francesco (1998). *Aberratio, teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*. Torino: G. Giappichelli, s. 159, dipnot 160; Canestrari (1989b), s. 275.

⁴⁶⁴ C 8.11.1971, Lorello, CED 120861, CPMA 1973, s. 232; C 22.11.1991 (ud. 28.6.1991), Greco, CED 188768, RP 1992, s. 892; C 25.3.1985, Di Maio, CED 169934, CP 1986, s. 1550; C 13.12.1985 (ud. 24.5.1985), Sicchiero, CP 1987, s. 732 (bu karar 586. maddenin suçta sapmanın özel bir şekli olduğunu vurgulayan bir karardır); C 24.2.1986 (ud. 20.6.1985), Perinciolo, CED 171976, RP 1986, s. 1079.

586. maddenin uygulama alanı sadece suçun icra aşamasında meydana gelen hata haliyle sınırlı kalmamış, suçun karar aşamasında meydana gelen bir hata halinde de 586. madde uygulanmıştır. Örneğin, A, B'yi bıçaklıyor, daha sonra C, B'nin öldüğünü düşünerek B'nin bedenini saklıyor. Ancak, B'nin bedenini saklamak için yapılan bu hareketler hâlâ yaralı bulunan B'nin ölümüne neden oluyor. C ass. app. Cagliari 4.5.1990, Oggianu, *Rivista Giuridica Sarda*, 1992, s. 143.

Suçun karar aşamasında bir hatanın meydana gelmesi durumunda da 586. ve 83. madde hükümleri arasındaki ilişki ve bu hükümlerin 47. madde ile olan ilişkileri incelenmelidir. (Suçta sapma ve fiili hata (m. 47) arasındaki ilişki için bkz. Palazzo (1973), s. 27 vd.)

⁴⁶⁵ G. Sabatini (1947). *Istituzioni di diritto penale, Vol. II, PS*. (3. ed.). Catania: Casa del libro, s. 170.

bağı bulunması gerektiği halde 83. maddede hedeflenen cürüm genellikle gerçekleşmez, suçun işlenişindeki bir sapma sonucu istenen neticeden farklı bir suç meydana gelir⁴⁶⁶.

Bazı yargı kararlarında da özellikle nedensellik bağı açısından iki hüküm arasında fark bulunduğu belirtilmiştir. Buna göre, 83. madde uyarınca davranış ile istenmeyen netice arasında nedensellik bağının bulunması gerekirken, 586. madde uyarınca sadece istenen ve gerçekleştirilen netice arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir⁴⁶⁷.

83. madde ile 586. madde arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisinin bulunmadığını kabul eden azınlıktaki bu görüşe göre, temel kasıtlı suç teşebbüs aşamasında kalsa bile 586. madde gereğince ölüm veya yaralanma neticesi faile isnat edilebilir⁴⁶⁸.

Kanaatimizce öğretide azınlıkta kalan ve önceki nedensellik bağı kavramına dayanan bu görüşlerin kabul edilmesi mümkün görünmemektedir⁴⁶⁹.

1.3.2.2. Neticenin istenmemiş olması gereken neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar

Failin temel kasıtlı suça dayanarak meydana gelen ağır netice dolayısıyla daha ağır bir ceza ile cezalandırılmasını gerektiren bir başka hal ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardır. Bu suçlarda da eklenen neticeden⁴⁷⁰ sorumlu olma şartları, üzerinde durulması gereken bir konudur. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar öğretide genellikle, “biri zarar neticesi doğurabilecek davranışı cezalandıran hüküm, diğeri bu davranışa bağlı olarak kanunda daha ağır cezalandırılmış neticeyi öngören hüküm olmak üzere iki hükmün birleşmesiyle oluşmuş suç tipi” olarak tanımlanmaktadır^{471, 472}.

⁴⁶⁶ Nuvolone, P. (1982). *Il sistema del diritto penale*. (2. ed.). Padova: Cedam, s. 201.

⁴⁶⁷ C 24.2.1986 (ud. 20.6.1985), Perinciolo, CED 171976, *RP* 1986, s. 1079.

⁴⁶⁸ Militello (1994), s. 216; Marini (1994), s. 539; Remo PANNAIN, “Morte o lesioni come conseguenza di un altro delitto”, *NsD*, vol. XI, 1965, s. 874; Stile (1977), s. 148.

⁴⁶⁹ Aynı doğrultuda görüş için bkz. Basile (2005), s. 35.

⁴⁷⁰ Her ne kadar burada eklenen neticeden (ulteriore evento) bahsedilmekte ise de aslında temel suçun mutlaka bir neticeli suç olması gerektiği kastedilmemektedir. Bazı neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suç sırf davranış suçu olabilir. Eklenen netice kavramı temel suçtan sonra meydana gelen istenmeyen neticeyi ifade etmek için kullanılmaktadır; bu kavrama mutlaka temel kasıtlı suçun maddi bir neticenin olması gerektiği gibi bir anlam yüklenmemektedir. Aynı yönde bkz. G. Vassalli (1975). *Concorso tra circostanze eterogenee e “reati aggravati dall’evento”*. *RIDPP*, s. 18, dipnot 20.

⁴⁷¹ Ardizzone (1984), s. 12.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar çeşitli şekillerde ayrımlara tabi tutulmaktadır⁴⁷³:

1) Neticenin istenmiş olması gereken neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar⁴⁷⁴.

2) Neticenin istenip istenmemesinin önem arz etmediği neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar⁴⁷⁵.

3) Neticenin istenmemiş olması gereken neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar⁴⁷⁶.

Bu suçlarda eğer netice istenmiş olursa, fiil bağımsız olarak öngörölmüş bir kasıtlı suçun oluşumuna da sebebiyet verecektir.

Yukarıda belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar arasında en geniş anlamda incelenmesi gereken neticenin istenmemiş olması gereken neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardır. Gerçekten, objektif sorumluluğa alternatif olarak öngörölen taksir

⁴⁷² Öğretide bir grup yazar, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların ayrı bir suç grubu olduğunu görmezden gelerek bu fiillere ilişkin sorunların çözümünün genel hükümler kısmında yer alan düzenlemelerle sağlanabileceğini ileri sürmektedir. Vassalli (1975), s. 41. V. Spiezia (1938). Rilievi sulla nozione giuridica di incendio e di danneggiamento seguito da incendio. *RP*, s. 553.

Ayrıca İtalyan kanun koyucusu, son kırk-kırbeş yıldır kanunun genel hükümler kısmına yeni hükümler eklemiştir. Bu durum neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların sınırlarının çizilmesini daha da zorlaştırmıştır. Bondi (1999), s. 63 vd.; G. De Francesco (1993a). *Opus illicitum. Tensioni innovatrici e pregiudizi dommatici in materia di delitti qualificati dall'evento. RIDPP*, s. 995 vd.

Gerçekten, 11 Nisan 1974 tarihli 99 sayılı Kanun'un (d.l. 11 aprile 1974, n. 99) 6. maddesi ile İCK'nın 69. maddesinin son fıkrası değiştirilmiştir. Bu değişiklik, farklı nitelikteki ağırlaştırıcı nedenlerin toplanmasına izin veren bu hükmün neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda ağırlaştırıcı nedenlerin toplanmasına da uygulanacak mıdır tartışmalarına neden olmuştur. Bkz. Vassalli (1975), s. 4.

Daha sonra 7 Şubat 1990 tarihli 19 sayılı Kanun'un (l. 7 febbraio 1990, n. 19) 1. maddesi ile İCK'nın 59. maddesi değiştirilmiştir. Bu maddenin 2. fıkrası uyarınca "ağırlaştırıcı nedenler faile sadece fail tarafından bilinmesi veya ağırlaştırıcı nedenin bulunmadığı konusunda taksirli olarak hataya düşölmesi hallerinde uygulanabilir". Bu düzenlemenin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda ağırlaştırıcı neticelere de uygulanıp uygulanmayacağı konusunda da tereddütler doğmuştur. Bkz. G. De Francesco (1993a), s. 995 vd.

⁴⁷³ Bkz. Tagliarini (1979), s. 20, s. 35 vd.; G. De Francesco (1996). *I reati aggravati dall'evento. SJ*, s. 554; Bondi (1999), s. 49 vd.

⁴⁷⁴ Örneğin, sigorta dolandırıcılığı suçunda fail sigorta sözleşmesinden tazminat veya başka bir çıkar elde etmek niyetiyle hareket ederse İCK m. 642/2'de yer alan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan sorumlu tutulur.

⁴⁷⁵ Örneğin, iftira sonucu suçun mağduru belli bir ceza alırsa, fail İCK m. 368/3'de yer alan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış iftira suçundan sorumlu tutulur. Yine askeri alanlara sabotaj veya bu alanları tahrip etme, devletin savaş hazırlığını veya savaşdaki etkinliğini veya askeri operasyonlarını tehlikeye sokarsa 253. madde öngörölen neticesi nedeniyle ağırlaştırılmış suç hükümleri uygulanır.

⁴⁷⁶ Örneğin, aile bireylerine veya çocuklara kötü muamele eğer yaralama veya ölüm neticesini meydana getirirse İCK m. 572/2'de öngörölen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suça vücut verir. Eğer yaralama veya öldürme neticesi istenmiş ise İCK m. 582 ve 575'de öngörölen kasten yaralama veya öldürme hükümleri uygulanır.

sorumluluğu en yoğun şekilde, istenmeyen neticeden sorumluluğun şartları konusu kapsamında ele alınmaktadır⁴⁷⁷.

1.3.2.3 Kastı aşan suçlar

İtalyan hukukunda objektif sorumluluk hallerinden biri olup, bunun yerine taksirin önerildiği suç tiplerinden birisi de kastı aşan suçtur.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 43. maddesinde kastı aşan suçların genel tanımı yapılmıştır. Buna göre, “bir hareket veya ihmâl failin irade ettiğinin ötesinde daha ağır bir zarar veya tehlike neticesi doğurursa” kastı aşan suçtan söz edilebilir.

İtalyan Ceza Kanunu'nda kavga veya yaralama sonucu ölüm meydana gelmesi şeklindeki kastı aşan suç düzenlenmektedir. Öğretideki hakim görüş vücut bütünlüğünü ihlâl edecek nitelikteki hareketlerle gerçekleştirilen çocuk düşürme fiilleri sonucu kadının ölmesi halini de (194 sayılı 1978 tarihli Kanun m. 18/2) kastı aşan suç olarak değerlendirmektedir. Namus saikiyle işlenen suçlar hakkındaki kanun değişikliğinden önce, namus saikiyle yaralamak isteyen failin gerçekleştirdiği hareketler, ölüm neticesini doğurduğunda da, kastı aşan suçtan bahsedilmekteydi (İCK eski m. 587/3)⁴⁷⁸.

Kastı aşan suçtan bahsedebilmek için, istenen netice ile ağırlaşmış netice aynı yönde ilerlemelidir. Diğer bir deyimle, kastı aşan suçta, temel netice ile ağırlaşmış netice aynı hukuki yararı ihlâl etmiş olmalıdır. Bu durum, kanun gerekçesinde de yer almıştır⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Bondi (1999), s. 50; Canestrari (1989b), s. 38; E. Gallo (1990). Delitti aggravati dall'evento e delitti di attentato. *GI*, IV., s. 409 vd., özellikle s. 416; Grosso (1963), s. 444; T. Padovani (2002). *Diritto penale*. (6. ed.). Milano: Giuffrè, s. 203 vd.; S. Prosdocimi (1985). Delitti aggravati dall'evento e reato complesso. *IP*, s. 281; Romano (2004), m. 42, s. 428 ve m. 59, s. 636; Tagliarini (1979), s. 21; G. De Francesco (1993a), s. 995 vd.

⁴⁷⁸ V. Manzini (1951). *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. III. Torino: UTET, kn. 2918, s. 138; Vassalli (1975), s. 34, dipnot 38. İCK m. 587, 5 Ağustos 1981 tarihli, 442 sayılı kanunun 1. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁷⁹ Relazione del Guardasigilli a S. M. il Re sul testo definitivo del codice penale, vol. I, Roma, 1931, s. 40.

1.3.2.4. İCK m. 586, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama veya öldürme ve kastı aşan suç arasındaki ilişki

Yukarıda görüldüğü üzere İCK m. 586’da düzenlenen suçta, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama ve kastı aşan insan öldürmeyi düzenleyen hükümlerde, temelde kasıtlı bir suç ve bu suçun neden olduğu istenmeyen bir netice bulunmaktadır. Bu ağırlaşmış netice aslında kasıtlı veya taksirli şekilde bağımsız bir suç oluşturabilecek niteliktedir⁴⁸⁰. Aralarında ayırım yapmak için genel norm-özel norm ilişkisine bakmak gerekmektedir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar İCK m. 586 karşısında özel normlardır. Çünkü neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suç madde metninde özel olarak belirtilmişken, m. 586’da herhangi bir kasıtlı suç temel suçu oluşturabilmektedir⁴⁸¹.

Bunun dışında İCK’nın 586. ve 584. maddeleri arasında da genel-özel norm ilişkisi bulunmaktadır. Eğer temel normda öngörülen kasıtlı fiil yaralama amacını taşıyorsa bu durumda 584. maddede öngörülen kastı aşan öldürmeye ilişkin hüküm uygulanırken, temel kasıtlı suç yaralama dışındaki herhangi bir başka suç ise 586. madde uygulanır⁴⁸².

1.3.3. Rocco Kanunu’nun Hazırlık Çalışmaları

1.3.3.1. 1927 tarihli tasarıda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun anlayışını kavrayabilmek amacıyla, kanun ile ilgili hazırlık çalışmalarının incelenmesi faydalı olacaktır.

⁴⁸⁰ Bkz. C. F. Grosso (1991). Preterintenzione. *EGT*, XXIV, s. 1; Stile (1977), s. 145; Canestrari (1989b), s. 42; Militello (1994), s. 5; Cornacchia (1996), s. 186.

⁴⁸¹ Militello (1994), s. 5; Concas (1966), s. 389 e s. 399. Karşılaştırınız Stile (1977), s. 145; L. Conti (1950). I reati aggravati dall’evento. *RIDP*, s. 736.

⁴⁸² L. Conti (1947). Il problema dei rapporti tra l’art 584 e l’art 586 c.p. *GI*, II, s. 67; Patalano (1984), s. 263; Militello (1994), s. 5.

Yargı kararlarında da 584. madde kapsamına girmeyen olaylarda diğer şartların varlığı halinde 586. maddenin uygulandığı görülmektedir. C 23.10.1987, Stimoli, *RP* 1988, s. 244; C 23.3.1990, Damiani, CED 184229, *CP* 1992, s. 310; C 11.3.1999 (ud. 13.2.1999), Giorgione, CED 213028, *CP* 2000, s. 385; C 23.2.2000 (ud. 14.12.1999), Vito, CED 215478, *CP* 2001, s. 2371.

1927 tarihli tasarının genel hükümler kısmında sapma hali düzenlenmiştir. Tasarının 120. maddesi gereğince, araçların kullanımında hataya düşülmesi veya başka bir nedenle, hareketin yönelmesi hedeflenen kişi haricinde bir başka kişinin de bu hareketten zarar görmesi durumunda, fail hedeflediği suç açısından bu suçun tamamlanmış veya teşebbüs halinde kalmış şeklinden, istenmeyen diğer netice açısından ise kendi hareket veya ihmalinin sonucu olarak sorumlu olur. Bu durumda faile istenmeyen netice açısından bu suçun istenmiş olması halinde verilecek cezanın üçte biri uygulanır. Eğer ceza, ölüm cezası veya müebbet hapis cezası ise sekiz yıldan 15 yıla kadar hapis cezası uygulanır.

Tasarı metni incelendiğinde sözü edilen hükümde istenmeyen neticeden failin objektif sorumluluk esaslarına göre sorumlu olacağı anlaşılmaktadır⁴⁸³. Sözü edilen maddenin gerek suçta sapma, gerekse hedefte sapma halleri için uygulanması amaçlanmıştır⁴⁸⁴. İCK m. 120 ile failin istenmeyen netice açısından kasıtlı olması aranmaksızın faili bu suçtan kasten sorumlu tutmakta, ancak failin cezasında indirim yapılacağı düzenlenmektedir. Diğer bir ifadeyle bu durumda objektif sorumluluk söz konusudur. Tasarının 120. maddesi ile istenmeyen neticeden sorumluluk, hedefte sapma ya da failin iradesi dışındaki bir nedenden kaynaklandığında, failin bu neticeden objektif sorumluluk gereğince sorumlu olması öngörülmektedir⁴⁸⁵.

Zanardelli Kanunu'ndan farklı olarak, Rocco Kanunu'nda genel hükümler kısmında sapmaya ilişkin bir hüküm koymakla yetinmek istemeyen tasarı, özel hükümler kısmında da bir sistemleştirme çabası göstermiştir.

Zanardelli Kanunu'ndan farklı olarak Tasarı metninde özel hükümler kısmında temel kasıtlı suçtu takip eden ölüm veya yaralama neticelerinden sorumluluk konusunda tek hüküm öngörülmüştür. İstenmeyen ölüm ya da yaralanma neticesinden sorumluluğu düzenleyen Tasarının 587. maddesinde, temel suçtu oluşturabilecek kasıtlı suçları tek tek saymak yerine, herhangi bir kasıtlı suçun ölüm veya yaralama neticesini doğurması

⁴⁸³ Hazırlık çalışmaları sırasında bu yönde görüş bildirenler, komisyon başkanı Appiani, (Komisyon Tutanakları, vol. IV, bölüm I, s. 118-119), komisyon sekreteri Aloisi (Komisyon Tutanakları, vol. IV, bölüm II, s. 389) ve komisyon üyesi Massari'dir (Komisyon Tutanakları, vol. IV, bölüm II, s. 390, 392). Bu görüş tasarının son halinde de ileri sürülmüştür (Komisyon Tutanakları vol. V, bölüm. I, s. 135). Bu görüşün aksini savunan ise komisyon üyelerinden Manzini olmuştur (Komisyon Tutanakları, vol. IV, bölüm II, s. 390).

⁴⁸⁴ Bkz. Komisyon Tutanakları vol. IV, bölüm I, s. 118-119.

⁴⁸⁵ Basile (2005), s. 60.

halinde nasıl bir sorumluluk öngörüldüğü düzenlenmiştir. Buna göre: “Kanunun özel olarak düzenlediği haller dışında kasıtlı bir suç, failin istediği netice dışında ölüm veya yaralanma neticesini doğurursa, fail, temel suç yanında kasıtlı insan öldürme veya kasıtlı yaralama hükümlerinde öngörülen cezanın üçte biri ile de cezalandırılır. Ancak istenmeyen netice açısından mağdurun şahsından veya fail ile mağdur arasındaki ilişkiden kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenler faile uygulanmaz. Eğer kanun kasten insan öldürme suçu için ölüm cezası veya müebbet hapis cezası öngörmekte ise fail sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır”.

Tasarı’nın 587. maddesi yürürlükteki Rocco Kanunu’nun 586. maddesinin temelini oluşturur. Ancak aralarında bazı farklı görüşler bulunmaktadır: 587. maddede failin istenmeyen neticeden yani kasten yaralama veya kasten insan öldürme suçlarından hangi kusur türüyle sorumlu olacağı açıkça belirtilmiş değildir. Ayrıca genel hükümlerin bu suçlara nasıl uygulanacağı konusunda da bazı farklar bulunmaktadır.

Sözü edilen madde, Zanardelli Kanunu tarafından boş bırakılan ve bu nedenle uygulamada belirsizliklere neden olan bir alanın doldurulması nedeniyle olumlu bulunurken, 587. maddede temel kasıtlı suçun hangi suçlardan oluşacağı konusunda açıklık bulunmaması nedeniyle eleştirilmiştir. Özellikle cezanın aşırı derece artırılması eleştiri konusu olmuştur⁴⁸⁶.

Bakanlık Komisyonu 120. madde ile 587. madde arasındaki ilişkiye vurgu yapmış ve istenilen neticeden farklı bir neticenin meydana gelmesi halinde sorumluluğun versari in re illicita kuralından kaynaklandığına dikkat çekmiştir⁴⁸⁷.

Bütün bu tartışmalar, 1930 tarihli kanundaki başka bir suçu takip eden ölüm veya yaralama neticelerinden sorumluluğa ilişkin düzenlemeleri açıklamaya yardımcı olacaktır⁴⁸⁸.

Ceza Kanunu Tasarısı’nın 120. maddesi üzerinde 26-27 Nisan 1928 tarihli Bakanlık Komisyonu görüşmelerinin ilk oturumunda tartışmalar hedefte sapma üzerinde yoğunlaşmıştır. Sonuçta komisyonca hedefte sapma halinde failin kasıtlı insan

⁴⁸⁶ Roma istinaf mahkemesi ve Padova avukatları tarafından oluşturulan komisyonun görüşüdür. Komisyon Tutanakları, vol. III, bölüm IV, s. 72.

⁴⁸⁷ Komisyon Tutanakları (Lav. Prep.), vol. IV, parte I, s. 484; parte IV, s. 72.

⁴⁸⁸ Basile (2005), s. 63.

öldürmeden ceza alması ve hakimın takdirine bağılı olarak cezanın artırılması kararlaştırılmıştır⁴⁸⁹.

120. madde üzerindeki Bakanlık Komisyonu görüşmeleri Santoro'nun önerisi üzerine 27 Nisan'da yeniden açılmıştır. Santoro verdiği bir örnekle⁴⁹⁰ çift neticeli sapma halinde de 120. maddenin uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu Bakanlık Komisyonunda tartışmaya açmıştır. Komisyon üyelerinden neredeyse tamamı, bu örneğin, bir önceki gün komisyonda tartışılan 120. madde ile düzenlenen hedefte sapma hali ile aynı özellikleri taşımadığını vurgulamıştır. İstenen ile meydana gelen netice farklı türden suçları oluşturduğu takdirde 120. maddenin uygulanmayacağı vurgulanmıştır⁴⁹¹.

120. maddeyi öneren en önemli isim olan Massari tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış istenen netice açısından kast, istenmeyen netice açısından ise objektif sorumluluk bulunduğu görüşündedir. Diğer komisyon üyeleri ise, çift neticeli sapma halinde taksirli sorumluluğun bulunduğu görüşündedirler⁴⁹².

Görüşmeler sonucunda Massari tarafından da kabul edilen bir değerlendirme yapılmıştır: 120. madde metni sadece tek neticeli sapma hali için dikkate alınacak bir hükümdür. Çift neticeli sapma hallerinin de kanunda düzenlenmesi gerekmektedir.

⁴⁸⁹ Komisyon üyelerinden Binachi bu durumda 120. maddenin uygulanması halinde (B'ye yönelik öldürmeye teşebbüsün cezası ve C'ye yönelik ise tamamlanmış kasten öldürme suçunun cezasının üçte biri uygulanacaktır) cezanın failin çok fazla lehine olacağı görüşündedir. Aynı görüş komisyon üyesi Manzini tarafından da ifade edilmiştir. Manzini'nin görüşüne bir ilave yapan Bianchi'ye göre eğer ortada bir insan öldürme varsa daima insan öldürme suçunun cezası ile cezalandırılmalıdır. B veya C'nin öldürülmüş olması bir şeyi değiştirmez, ortada tamamlanmış bir kasten insan öldürme vardır. Aynı şekilde komisyonda görev alan Gregoraci, burada tek bir fiil olduğuna göre failin iki kere cezalandırılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar'a göre eğer C'nin ölmesi sonucunda ceza azaltılıyorsa, faili sadece tek bir insan öldürmeden sorumlu tutmak çok daha basit olacaktır. Gregoraci, söz konusu tereddütleri ortadan kaldırmak ve 120. madde hükmünü mağdurda sapma hallerine de tam olarak uygulayabilmek için metnin şu şekilde değiştirilmesini önermiştir: "Araçların kullanılmasındaki bir hatadan veya başka bir nedenden dolayı, hareketin yöneldiği kişi dışında başka bir kişi de suçtan zarar görmüş ise, fail tamamlanmış suçtan kasıtlı olarak sorumludur. Failin cezası tamamlanmış suçun cezasının üçte birinden üçte ikisine kadar artırılarak verilir". Aynı hüküm daha sonra Bianchi tarafından tekrar cezanın artırılmasının hakimın takdirine bırakılması şeklinde düzeltilmiş ve bu şekilde komisyonca onaylanmıştır. Bkz. Komisyon Tutanakları (Lav. Prep.), vol. IV, parte II, s. 388-392.

⁴⁹⁰ Santoro şu soruyu sormaktadır: A, savaş zamanı askerlikten kaçmak amacıyla kendisini tutuklatmak için bir biracının vitrinini kırar. Vitrinin kırılması nedeniyle failin istemediği ve öngörmediği bir netice doğar, üçüncü bir kişi ağır şekilde yaralanır. Bu durumda fail, mala zarar verme suçu için yaralama suçunun ağırlaşmış şekliyle mi cezalandırılacaktır? Bu durumda failin istemediği ve öngörmediği ve hedeflediği suçtan çok daha ağır bir suçtan sorumluluk söz konusu olacağı için adaletsiz olacaktır.

⁴⁹¹ Bkz. Komisyon Tutanakları (Lav. Prep.), vol. IV, parte II, s. 394.

⁴⁹² Komisyon Tutanakları (Lav. Prep.), vol. V, parte I, s. 135.

Ancak bu 120. maddenin ne eski ne de kabul edilen şekli içerisinde değil, ayrı bir hükümde dikkate alınacaktır⁴⁹³.

1.3.3.2. 1929 tarihli tasarı metninin son hali ve komisyon tutanakları

Tasarı metni üzerinde Bakanlık komisyonunda yapılan öneriler dikkate alınarak, hedefte sapma halini düzenleyen 85. maddenin⁴⁹⁴ (yürürlükteki kanunda 82. madde) ardından, 86. maddede⁴⁹⁵ (yürürlükteki kanunda 83. madde) çok neticeli sapma hali düzenlenmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere Tasarı'nın 120. maddesi istenmeyen neticeden faili objektif sorumluluk esasları gereğince sorumlu tutmaktaydı. Bu hüküm, bazen failin fazlasıyla yararına olurken, istenmeyen netice bakımından failin taksirle hareket ettiği hallerde ise fail açısından ağır sonuçlar doğurmaktaydı.

Tasarının son şeklinde ise 85. madde uyarınca hedefte sapma halinde, fiil failin istediği kişi üzerinde gerçekleşmiş gibi değerlendirme yapılacak ve tüm unsurlarıyla tam bir kasıtlı suçun olduğu kabul edilecektir. Hedefte sapma neticesi failin istediği kişi ile birlikte başka bir kişi üzerinde de neticenin meydana gelmesi halinde fail istediği kişiye karşı meydana gelen suç için kasıtlı olarak diğeri için ise objektif sorumluluk ile sorumlu olacaktır.

Tasarının 86. maddesi gereğince failin istediği suç tipi dışında başka bir suç tipini daha gerçekleştirmesi halinde ise sadece bir tanesi kasıtlı olarak işlenmiş bulunmaktadır. Diğerleri açısından suç kastı bulunmamaktadır. Eğer meydana gelen bu

⁴⁹³ Komisyon Tutanakları (Lav. Prep.), vol. IV, parte IV, s. 73.

⁴⁹⁴ 85. madde (Hedeflenenenden başka bir kişiye karşı suçun işlenmesi)

Suçun işlenmesinde yararlanılan araçların yanlış kullanılması nedeniyle veya başka bir nedenle hedeflenen kişinin dışında başka bir kişi üzerinde zararlı netice meydana gelirse, fail 64. maddede öngörülen haller dışında suçu işlemeyi hedeflediği kişiye karşı işlemiş gibi cezalandırılır.

Suçun, hedeflenen kişi yanında hedeflenmeyen kişiye karşı işlenmesi halinde fail hangi suçun cezası daha ağırsa ondan dolayı cezalandırılır ve ceza yarısına kadar artırılır.

⁴⁹⁵ 86. madde (Failin istediği netice dışında başka bir netice meydana gelmesi)

Suçun işlenmesinde yararlanılan araçların yanlış kullanılması nedeniyle veya başka bir nedenle failin hedeflediğinden başka bir netice meydana gelirse, fail istenmeyen neticeden, bu neticenin taksirli bir suçta vücut vermesi ve failin taksirinin bulunması halinde sorumlu olur.

Fail aynı zamanda hedeflediği neticeyi de gerçekleştirmişse suçların içtimai hükümleri uygulanır.

istenmeyen suç taksirli bir suç ise ve fail taksirli bulunuyorsa istenmeyen bu suçtan da sorumluluk söz konusu olacaktır.

Tasarı metninin ilk halinde 120. maddenin hem suçta hem de hedefte sapma hallerini düzenlemesi öngörülmüşken, madde daha sonra Bianchi'nin önerisi üzerine sadece hedefte sapma hallerini düzenlemek üzere değiştirilmiştir. Ayrıca ileride yasa metni yorumlanırken ve uygulanırken taksirli neticenin kasıtlı bir suç şeklinde değerlendirilmesine neden olabilecek muğlak bir durum yaratmamak için 86. maddeye ihtiyaç duyulmuştur. Bu hüküm yenilik getirmek amacından çok “zaten taksirli bir fiilin bulunduğu hallerde bu fiilden taksir ile sorumlu olunacağını” açıklama amacını gütmektedir⁴⁹⁶.

Tasarının özel hükümler kısmında da istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda önemli bir yenilik yapılmıştır. Tasarının ilk halinde 587. maddede yer alan hüküm, tasarının son şeklinde 585. maddede yeniden formüle edilmiştir.

Tasarı m. 585 (Başka bir suçun neticesi olarak ölüm veya yaralama) uyarınca, “Kasıtlı suç olarak öngörülmüş bir fiilden, fail tarafından istenmeyen yaralama veya ölüm neticesi meydana gelirse 86. madde hükmü uygulanır ancak faile 589 ve 590. maddede öngörülen cezalar artırılarak verilir”⁴⁹⁷.

Tasarının ilk şeklinde 585. maddede cezası üçte bir oranında azaltılmış kasıtlı öldürme ve kasıtlı yaralama hükümlerine atıf yapılmakta iken, tasarının son şeklinde yer alan 587. maddede cezası ağırlaştırılmış taksirli öldürme ve taksirli yaralama suçlarına atıf yapılmaktadır. Bu değişikliğin sadece maddenin önceki halinin katılgını gidermekle kalmadığı, aynı zamanda 86. maddeye atıf yaparak söz konusu fiili genel hükümler ile ahenkli bir yapıya kavuşturduğu ileri sürülmüştür⁴⁹⁸. Tasarı metnindeki bu hükmün dönemin kanunu olan Zanardelli Kanunu'na nazaran konuyu biraz daha ayrıntılı şekilde izah ettiği anlaşılmaktadır. Camı kırmak için bir vitrine taş atıp bir kimsenin yaralanmasına neden olunması halinde Zanardelli Kanunu gereğince de taksirli yaralama suçundan sorumluluk söz konusu idi. Tasarı metni de bu durumda taksirli yaralama suçundan sorumluluğun söz konusu olacağını ifade etmektedir. Çünkü 585. maddede 86. maddeye atıf yapılmakta ve suçun cezasının taksirli öldürme veya

⁴⁹⁶ Basile (2005), s. 76-77.

⁴⁹⁷ Bu hüküm bugünkü İCK'nın 586. maddesiyle birebir aynıdır.

⁴⁹⁸ Komisyon tutanakları (Lav. Prep.), vol. V, parte II, s. 383.

yaralama suçlarını düzenleyen 589 ve 590. maddeler dikkate alınarak belirleneceği vurgulanmaktadır. 585. madde hükmü kast ile öngörmeme halini aynı maddede birleştirerek olayı daha karışık bir hale getirmekle eleştirilmektedir. 585. madde olmasa da failin istenmeyen netice açısından taksirli olarak sorumlu olacağı, bu hükmün gereksiz olduğu belirtilmiştir⁴⁹⁹. 585. maddenin sadece durumu beyan edici bir özelliği bulunduğu ifade edilmiştir⁵⁰⁰.

Meclis komisyonunda da 585. maddede failin istenen netice açısından kasıtlı suçtan ve istenmeyen netice açısından failin taksiri bulunuyorsa, taksirli yaralama veya öldürme suçundan sorumlu olacağı ve bu iki suç açısından suçların içtimai hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir⁵⁰¹.

1.3.4. 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda (Rocco Kanunu) istenmeyen neticeden sorumluğa ilişkin teoriler

1930 tarihli Kanun'un tasarı metninde yer alan 86. madde, Kanun'un 83. maddesine; tasarının 585. maddesi ise Kanun'un 586. maddesine önemli bir değişiklik yapılmadan alınmıştır.

İCK'nın 83. maddesinde de failin istediği netice açısından kasıtlı olarak, istemediği netice açısından ise taksirli olarak sorumlu olacağı belirtilmiştir. Kastın aşılmasına ilişkin kuralların, suçta sapma hallerinde uygulanmasının yanlış olacağı vurgulanmıştır. Çünkü kastın aşılmasında aynı hukuki yararın ihlal edilmesi söz konusudur, oysa suçta sapma hallerinde iki ayrı hukuki yarar ihlal edilmektedir⁵⁰².

Yukarıda da belirtildiği üzere tasarının ilk halinde 587. maddesinde istenmeyen netice açısından objektif sorumluluk öngörüldüğü halde, son tasarı metninin 585. maddesi ve yürürlükteki kanunun 586. maddesi ise son tasarı metninin 86. maddesine

⁴⁹⁹ Söz konusu eleştiriler özellikle komisyon üyelerinden Madia ve De Blasio tarafından yöneltilmiştir. Komisyon tutanakları, vol. VI, s. 339 ve 548.

⁵⁰⁰ E. Altavilla (1934-1939). *Delitti contro la persona. Trattato di Diritto Penale*, (4. ed.). Milano: Vallardi, s. 66.

⁵⁰¹ Komisyon tutanakları (Lav. Prep.) vol. VI, s. 339.

⁵⁰² Adalet Bakanlığı Raporu, (Relazione a S. M. il Re, Roma, 1931), vol. I, s. 40 vd.

ve yürürlükteki kanunun 83. maddesine yapılan yollamalarla birlikte istenmeyen neticeden sorumluluk açısından taksirin aranacağını hüküm altına almıştır⁵⁰³.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, gerek son tasarı metninde gerekse yürürlükteki Kanunda m. 83 ve 586'da objektif sorumluluk öngörülmemiştir⁵⁰⁴.

Suçta sapma halinde istenmeyen neticeden sorumluluk için taksir aranmıştır. Hedefte sapma halinde ise kasıtlı ve taksirli sorumluluk halleri birlikte uygulanmaktadır. 585. madde gereğince istenmeyen netice bakımından fail taksirli olarak sorumlu olmasına rağmen 585. maddeye benzer başka karma suçlarda ise fail istenmeyen neticeden objektif sorumluluk esasları uyarınca sorumlu olmaya devam etmektedir. Örneğin çocuk düşürme sonucu ölüm veya yaralama neticesinin meydana geldiği durumlarda (m. 598) fail ölüm veya yaralamadan objektif olarak sorumludur. Tasarının 86. maddesi ile 585.madde objektif sorumluluk hipotezlerine istisna teşkil etmektedir⁵⁰⁵.

Failin temel iradi fiilinden meydana gelen istenmeyen neticeden sorumluluğuna ilişkin teorik gelişme dört aşamadan geçmiştir. Bu gelişim objektif sorumluluktan, tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğuna, ceza kanununun ihlali dolayısıyla meydana geldiği kabul edilen taksirden, tüm unsurlarıyla tam ve ispatlanmış bir taksire kadar çeşitli şekillerde ortaya çıkmıştır.

Bu sorumluluk türleri öğreti ve/veya kanun koyucu ve/veya uygulama tarafından benimsenmiş ancak bu görüşlerden biri üzerinde tam bir uzlaşma sağlanamamıştır.

1.3.4.1. Objektif sorumluluk

1.3.4.1.1. Teorinin izahı

Failin iradi temel fiilini takip eden istenmeyen neticeden sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan şartlar konusunda benimsenen birinci çözüm yolu objektif sorumluluk olmuştur. İCK'nın 83. maddesinde failin istemediği neticeden objektif sorumluluk

⁵⁰³ Adalet Bakanlığı Raporu, vol. I, s. 86.

⁵⁰⁴ Komisyon tutanakları (Lav. Prep.), vol. VI, s. 117.

⁵⁰⁵ Komisyon tutanakları (Lav. Prep.), vol. VI, s. 569.

esaları gereğince sorumlu olduğu kanaatinde olan yazarlar⁵⁰⁶, 83. maddenin özel hükümlerdeki karşılığı olan 586. madde için aynı kuralın geçerli olacağı sonucuna ulaşmıştır⁵⁰⁷.

Bu görüş uyarınca 83. madde metninden, suçta sapma hallerinde taksirli sorumluluğun öngörüldüğü sonucunun çıkarılması mümkün değildir⁵⁰⁸: “a titolo di colpa” (taksir ile) ifadesi tek başına bütün neticeleriyle gerçek bir taksirin varlığı için yeterli değildir. Taksir sadece verilecek ceza açısından dikkate alınmalıdır. Yani faile taksirli suç için öngörülen cezanın uygulanması gerekir. Bu durumda istenmeyen netice taksirliymiş gibi cezalandırılacaktır ancak bu ceza, taksirli sorumluluğun davranış kurallarının ihlalden meydana gelen yapısından bağımsız olarak uygulanan bir yaptırımdır⁵⁰⁹. Yani gerçekten failin taksirli olup olmadığı araştırılmaksızın, fail istenmeyen neticeden, taksirli sorumlulukta öngörülen ceza ile sorumlu tutulur.

Öğretideki bu kanaatin aksine “taksir ile” kavramının farklı bir şekilde yorumlanabileceğini savunan bir görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre, her ne kadar

⁵⁰⁶ V. Adami (1969). Le conseguenze non volute del reato. *GP*, II, s. 783; Boscarelli (1994), s. 112, 170; Canestrari (1989b), s. 133; Caraccioli (1998), s. 547; Concas (1966), s. 392, dipnot 24; G. Contento (1996). *Corso di diritto penale, vol. II*. Bari: Laterza, s. 171, 181 vd. ; L. Conti (1950), s. 735; L. Conti (1947), s. 71 (aksi görüş için bkz. L. Conti (1957). *Aberratio (ictus, delicti, causae)*. *NsDI*, I, s. 41); Cornacchia (1996), s. 181; Dassano (1977), s. 402; Fiandaca ve Musco (1989), s. 347, 581; Fiore (1995), s. 160 (ancak yazarın aksi yönde görüşü mevcuttur bkz. C. Fiore (1993). *Diritto Penale, PG., vol. I*. Torino: UTET, s. 378); M. Gallo (1958), s. 61; Grosso (1991), s. 6; C. F. Grosso (1989). *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva. Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, s. 272; G. Insolera (1981). *Riflessioni sulla natura soggettiva della preterintenzione*. *IP*, s. 763, dipnot 43; G. Marini (1993). *Lineamenti del sistema penale*. (2. ed.). Torino: Giappichelli, s. 573; Marini (1994), s. 540; G. Marinucci (1965). *La colpa per inosservanza di leggi*. Milano: Giuffrè, s. 225 (Anayasa mahkemesinin kusur sorumluluğunun objektif sorumluluğu reddettiğine dair kararından- Corte cost. n. 364 e n. 1085/1988-sonra yazar görüşünü değiştirmiştir. Bkz. Marinucci ve Dolcini (2001), s. 476); Mirri (1977); Mirri (1994), s. 3; Padovani (2002), s. 219; Prosdociami (1985), s. 291; D. Pulitanò (1974). Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale. *JUS*, s. 499; Ramacci (1988), s. 265; A. Regina (1970). *Il reato aberrante*. Milano: A. Giuffrè, s. 174 vd.; A. Regina (1991). *Reato aberrante*. *EGT*, XXVI, s. 10; Romano (2004), s. 429, 789; M. Romano (1970). *Contributo all'analisi della "aberratio ictus"*. Milano: A. Giuffrè, s. 132, dipnot 37; F. Righi (1965). Brevi osservazioni sull'art 586 c.p. *RP*, II, s. 405; Santoro (1958), s. 437; Santoro (1968), s. 76; Spasari (1957), s. 261-263; Tagliarini (1979), s. 199, 198, 207; G. Vassalli (1966). Sulla responsabilità penale dell'armatore per la eccessiva caricazione della nave. *Gcost*, s. 728; Vassalli (1975), s. 32; G. Zuccalà (1952). *Il delitto preterintenzionale*. Palermo: G. Priulla, s. 73; G. Zuccalà (2003). Nota introduttiva (art. 59-70). *Commentario breve al Codice Penale*. (4. ed.). Padova: CEDAM, s. 246. Aynı yönde, Pagliaro (2003b), s. 612; Militello (1994), s. 23 vd.

⁵⁰⁷ Pannain ve Canestrari 586. maddenin bir objektif sorumluluk hipotezi olduğunu kabul etmezler.

⁵⁰⁸ Concas (1966), s. 392, dipnot 24; Canestrari (1989b), s. 133. Özellikle m. 586 ile ilgili olarak bkz. A. Castaldo, (1988-89/1989-90). AIDS e diritto penale: tra dommatica e politica criminale. *Studi Urbinati*, s. 72; Zuccalà (2003), s. 246.

⁵⁰⁹ M. Gallo (1958), s. 61; Concas (1966), s. 392, dipnot 24; Fiandaca ve Musco (1989), s. 347; Canestrari (1989b), s. 133; Zuccalà (1952), s. 73; Contento (1996), s. 170 vd.; Vassalli (1975), s. 728.

sorumluluk çeşidinin “taksir” olarak adlandırılması ile sorumluluğun gerçekten taksir temeline dayanıp dayanmadığı farklı kavramlar olsa da, genellikle sorumluluk çeşidi hangi adla adlandırılmış ise aynı zamanda o temele de dayanmaktadır⁵¹⁰. Kanun koyucu içerik olarak taksirin öngörüldüğü bir hüküm yaratmak istediğinde “per colpa” (taksirden dolayı) ifadesini kullanmaktadır⁵¹¹. Ancak kanun koyucu bazı hükümlerde içerik olarak taksiri aradığı halde “a titolo di colpa” (taksir ile) kavramını kullanmıştır. Örneğin İCK m. 57⁵¹² ve Denizcilik Kanunu m. 1217⁵¹³, de failin “taksir ile” sorumlu olması öngörülmüştür.

ICK m. 57 hükmünde, 4 Mart 1958 tarihli kanun ile yapılan değişiklik⁵¹⁴ yazı işleri müdürünün sorumluluğunun Anayasa Mahkemesinin istediği şekilde subjektif sorumluluk⁵¹⁵ olarak düzenlendiği görülmektedir. O halde kanun koyucu tarafından (en azından 1958 tarihli kanun koyucu) da “a titolo di colpa” (taksir ile) ifadesi içerik olarak taksirli bir suçu ortaya koyan bir ifade olarak kullanılmaktadır.

Aynı şekilde 1962 tarihli kanun koyucu da Denizcilik Kanunu m. 1217’nin kanunlaşma aşamasında hükmün Anayasa’ya aykırılık teşkil etmesinin önüne geçmek için yazı işleri müdürünün sorumluluğunu düzenleyen 4 Mart 1958 tarihli yasayı örnek almıştır⁵¹⁶.

Gerçekten, Anayasa Mahkemesinin İCK m. 57 ve Denizcilik Kanunu m. 1217 hakkında verdiği kararlarda “a titolo di colpa” (taksir ile) ifadesi içerik olarak taksirin arandığı suçları ifade eder.

⁵¹⁰ C. sez. un. 18.11.1958, *RIDPP* 1959, s. 544 vd.

⁵¹¹ “Per colpa” ifadesi şu maddelerde kullanılmıştır: 254, 259, 261/son 262/son, 335, 350, 355/3, 387, 388-bis, 391/2, 449, 451, 452, 500/2, 589, 590. Ancak kanun koyucu taksirli sorumluluğu sadece “per colpa” ifadesiyle ortaya koymamaktadır. Taksirli sorumluluk için başka ifadeler de bulunmaktadır.

⁵¹² Süreli olmayan yayınlarda yazı işleri müdürü ve müdür yardımcısının söz konusu yayın ile suç işlenmemesi için gereken kontrolü yapmaması sonucu, yazarın işlediği suçtan taksir ile sorumlu olmasını öngören bir hükümdür.

⁵¹³ Geminin aşırı yüklenmesi halinde armatörün de taksir ile sorumlu olmasını öngören bir maddedir.

⁵¹⁴ C. cost. 23.6.1956, n. 3, *RIDP* 1956, s. 455. 57. madde metninin ilk halinin anayasaya uygun olup olmadığı konusundaki şüphe üzerine Anayasa Mahkemesinin söz konusu hüküm hakkında verdiği yorumsal karar, 57. maddenin Anayasa’ya aykırı olmadığı ancak söz konusu hükmün subjektif sorumluluk öngördüğünün daha açık bir şekilde kaleme alınmasının daha yararlı olacağı yönündedir.

⁵¹⁵ G. Delitala (1959). Titolo e struttura della responsabilità penale del direttore responsabile per i reati commessi sulla stampa periodica. *RIDPP*, s. 544; aynı makale, *Raccolta degli scritti*, II. Cilt, 1976, s. 939.

⁵¹⁶ Vassalli (1966), s. 728.

Anayasa Mahkemesi 1982 tarihli ve 198 sayılı kararı ile 57. maddenin Anayasa'ya uygun olduğuna karar vermiştir. Buna göre, 57. madde hükmünde yer alan taksir “yazı işleri müdürünün yazarın ifadelerinin bir suç oluşturup oluşturmadığını kontrol etme yükümlülüğünü ihlalden” ibarettir. Yargıç 57. madde ile ilgili bir olayda taksirin bulunup bulunmadığını ve mücbir sebep, zorlayıcı neden ve fiziksel şiddet hallerinin olup olmadığını kontrol ettikten sonra yazı işleri müdürünün söz konusu kontrol yükümlülüğünü ihlalden sorumlu olup olmayacağına karar vermelidir. 57. madde yapısal olarak taksirin arandığı bir hükümdür⁵¹⁷.

Anayasa Mahkemesi, Denizcilik Kanunu 1217. maddesinin yeni şekli ile ilgili bir aykırılık iddiası karşısında da, söz konusu hükmün Anayasa'nın ceza sorumluluğunun kişiselliğini düzenleyen hükmüne (m. 27/1) aykırı olmadığına karar vermiştir (1966 tarih ve 42 sayılı karar). Anayasa Mahkemesi'ne göre 1217. maddede sözü edilen “taksir ile” sorumluluk gerçekten taksirin olayda aranması gerektiğinin bir ifadesidir⁵¹⁸.

Anayasa mahkemesi, yukarıdaki kararı verdiği zaman Anayasa'nın ceza sorumluluğunun şahsiliğine dair hükmü ile “kusur ilkesi”ni kapsadığı henüz tespit edilmemişti⁵¹⁹. Ancak 1988 tarihli 364 ve 1085 sayılı kararlardan sonra “a tiolo di colpa” ifadesinin mecburen “içerik olarak taksirli” bir suça vücut veren bir ifade olduğu kabul edilmelidir⁵²⁰.

Aynı şekilde öğreti de “taksir ile” ifadesini tam olarak tatmin edici bulmasa da, bu ifadeyi içerik (yapısal) olarak taksirli bir suçu meydana getirecek bir ifade olarak algılamaktadır ve 57. maddede yer alan yazı işleri müdürünün sorumluluğunu taksirin araştırılmasını gerektiren bir suç olarak değerlendirmektedir⁵²¹. Çünkü her bir hükmün yorumunda kusur ilkesi daima göz önünde bulundurulması gereken temel ilkelerden olduğuna göre, bu normu da kusur ilkesi çerçevesinde değerlendirdiğimizde 57.

⁵¹⁷ C cost. 18/24 Novembre 1982, n. 198, *Gcost* 1982, s. 2114.

⁵¹⁸ C cost. 3/14 Maggio 1966, n. 42, *Gcost* 1966, s. 723. Bkz. Vassalli (1966), s. 728.

⁵¹⁹ 1966 tarih ve 42 sayılı kararı verdiği sırada Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 27. maddesi 1. fıkrasında belirtilen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin sadece “başkasının fiilinden sorumlu olmamayı” ifade ettiğini kabul etmiştir (Ay. m. 27/1'de yer alan hükmün gelişimi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Marinucci ve Dolcini (2001), s. 467; G. Flora (1974). La “responsabilità penale personale” nelle sentenze della Corte costituzionale. *Tem*, s. 264).

⁵²⁰ Bu karardan sonra objektif sorumluluk hipotezlerinin kanun metninden çıkarılmasına yönelik kanun değişikliklerin yapılması gerektiğine dair bkz. Marinucci ve Dolcini (2001), s. 477.

⁵²¹ Delitala (1959), s. 931 vd.; Romano (2004), s. 617; Mantovani (1992), s. 394; Fiandaca ve Musco (1989), s. 583; Antolisei (2003), s. 363; Marinucci ve Dolcini (2001), s. 465; Pagliaro (2003b), s. 332, dipnot 100.

maddede gerçek bir taksirli suçun öngörüldüğü sonucuna ulaşılır. Kanun koyucunun kanunu yapma amacı da bizi aynı sonuca ulaştıracaktır. Gerçekten 83. maddede öngörülen suçta sapma halinde kanun koyucunun amacı, objektif sorumluluk haricinde bir sorumluluk modeli öngörmektir⁵²².

Bu bağlamda, gerek kanun koyucunun, gerek öğretinin, gerekse Anayasal ilkelerin İCK'nın 83 ve 57. maddeleri ile Denizcilik Kanunu'nun 1217. maddelerinde yer alan "taksirli" (a titolo di colpa) ifadesinin içerik olarak taksirli bir suçun varlığını gerektirdiği sonucuna vardıklarını anlıyoruz⁵²³.

Burada üzerinde durulması gereken bir başka nokta ise İCK'nın 83. maddesinin gereksiz bir hüküm olup olmadığıdır. İtalyan öğretisinde, Ceza Kanunu'nda zaten taksirli sorumluluğu öngören hükümler bulunduğu için 83. maddenin gereksiz bir hüküm olduğunu ileri sürenler olduğu gibi; bu hükmün, taksirli sorumluluk hallerini düzenleyen 43. maddeden farklı, yeni bazı durumlar öngörmesi dolayısıyla gereksiz bir hüküm olmadığını savunanlar da bulunmaktadır. 83. maddenin gereksiz olmadığını savunan yazarlar, zaten taksirli fiilin arandığı bir hükümde, tekrar "taksir ile" (a titolo di colpa) ifadesine gerek duyulmayacağını, 83. maddede 43. maddeden farklı olarak objektif sorumluluk hallerinin taksirli sorumluluk olarak adlandırıldığını ifade etmişlerdir⁵²⁴.

Rocco Kanunu'nun hazırlık çalışmaları incelendiğinde failin hedeflediği hukuki konu yerine, başka bir hukuki konuyu ihlal etmesi halini cezalandırma veya cezalandırmama sorununun tartışılmadığı söylenebilir. İstenmeyen neticeden faili sorumlu tutma kararlılığı bulunmaktadır. Ancak sorun failin taksiriyle meydana gelen bu neticeden, failin taksirli olarak mı, kasıtlı olarak mı sorumlu tutulacağıdır. Bu doğrultuda sözü edilen tereddüdü ortadan kaldırmak, konuya açıklık getirmek amacıyla tasarı m. 86 ve yasalaşmış haliyle 83. maddede "taksir ile" sorumluluk öngörülmüştür⁵²⁵.

Yukarıda da belirtildiği gibi çok neticeli sapma halleri ilk defa tasarı metninin hedefte sapma hallerini öngören ve sapma halinde faili kasıtlı suçtan sorumlu tutan 120.

⁵²² Fiandaca ve Musco (1989), s. 583; Antolisei (2003), s. 363.

⁵²³ M. Donini (1997). Il principio di colpevolezza. *Introduzione al sistema penale*, vol. I. Torino: G. Giappichelli, s. 220. Aksi görüş Dassano (1977), s. 402 vd.

⁵²⁴ Prosdoci (1985), s. 291; Canestrari (1989b), s. 135.

⁵²⁵ Basile (2005), s. 105.

maddesi tartişılırken ele alınmıştır. Bu durumda 86. madde, sadece genel bir hüküm olarak  ng r lm ş olan taksir kavramının çok neticeli sapma haline de uygulanacağı konusuna açıklık getirme amacı güden bir hüküm olarak doėmuřtur⁵²⁶.

585 ve 586. madde ise genel hükümlerden ve 86. maddeden farklı olarak kasıtlı bir su ı takip eden ölüm veya yaralanma durumlarında faile taksirli suçun cezasının artırılarak uygulanacağını belirtmiştir. Bu artış dışında herhangi bir yenilik öngörmemiştir.

83. ve 586. maddeler genel hükümlere göre yeni bir tanımlama getirmemeleri nedeni ile gereksiz görülebilirler. Ancak bu hükümler failin hangi manevi unsurla cezalandırılacağını daha kesin bir şekilde tanımlamaları açısından faydalıdır. Söz konusu hükümler failin meydana gelen ağır neticeden kasıtlı olarak sorumlu tutulmalarını engelleme fonksiyonunu yerine getirmektedir⁵²⁷.

Uygulamada da taksirin düzenlenmiş olduğu  CK'nın 43/3. maddesinin karşısında 83. madde gereksiz bir hüküm olarak g r lm ştir ve 83. madde üzerine kurulmuş çok az sayıda karar bulunmaktadır.

Öğretide 83. maddenin yenilik getiren bir hüküm olarak yorumlanması, söz konusu hükmün tarihi süreçte geçirdiği aşamalar ve uygulama ile çatışan ve en önemlisi Anayasa'ya aykırı bir durum yaratacaktır. Bu hükmün yenilik getiren bir hüküm değil de sadece açıklayıcı bir hüküm olarak değerlendirilmesi Anayasa'ya, kanun koyucunun amacına ve hükmün lafzına uygundur⁵²⁸.

83. madde ile ilgili olarak üzerinde durulan bir başka konu ise 83. maddenin 2. fıkrasının suçların içtimaina yollama yapmasının gereksiz olup olmadığıdır.

Gerçekten suçta sapmayı objektif sorumluluk hipotezlerinden birisi olarak değerlendiren öğretiye göre “eğer fail somut olayda ispatlanması gereken bir taksir ile sorumlu tutulacaksa, madde metninde suçların içtimaina yollama yapılması gereksizdir”⁵²⁹.

Nitekim eğer çok neticeli sapma halleri gerçekten, maddi ve manevi tüm unsurları ile tam iki suçun i timainı ifade ediyor ise, genel hükümler gereğince zaten

⁵²⁶ Konuyla ilgili olarak Bakanlık Komisyonu'nda 26 Nisan 1927'de yapılan tartişmalara bakınız.

⁵²⁷ G. Marinucci (1996). *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*. RIDPP, s. 427.

⁵²⁸ Giunta (1993), s. 442. Aksi görüş Cornacchia (1996), s. 182.

⁵²⁹ Romano (2004), art. 83, s. 790; Canestrari (1989b), s. 312; Cornacchia (1996), s. 181.

kendiliğinden suçların içtimai hükümleri uygulanırdı, ayrıca açıkça bir atıfa gerek olmazdı. Ancak eğer bir kasıtlı suç ve taksirli olan ancak objektif sorumluluk ile faile yüklenen bir suçun birlikte bulunması amaçlanıyor ise bu durumda özel bir hükme ihtiyaç vardır ki bu ihtiyacı 83. madde karşılamaktadır. Bu durumda 83. maddenin gereksiz bir hüküm olmadığı kabul edilirse çok neticeli sapmanın bir objektif sorumluluk halini öngördüğü kabul edilecektir⁵³⁰.

Yukarıdaki görüşleri değerlendirebilmek için bir kez daha hazırlık çalışmalarından yararlanmak gerekmektedir. Komisyon tutanaklarından anlaşıldığı ve yukarıda belirtildiği üzere Tasarı metni m. 86 f. 2 (yürürlükteki kanun m. 83/2) sadece suçların içtimainın uygulanmasına ilişkin var olan durumu belirlemeye yönelik bir hükümdür. Bugün dahi öğretilde bir grup yazar kasıtlı suç ile taksirli suçların, suçların içtimaina (fikri içtima) konu olamayacağı görüşündedirler⁵³¹. Bu nedenle İCK m. 83, f. 2 sadece suçta sapma halinde suçların içtimai hükümlerinin uygulanması gerektiğine yönelik olan tereddütleri ortadan kaldırmaya yarayan bir hükümdür⁵³².

Suçta sapma halleri ile ilgili olarak 83. madde istenmeyen neticeden failin çok ağır şekilde cezalandırılmasını engellemek amacıyla düzenlenmiştir⁵³³.

Suçta sapma hallerinde objektif sorumluluğun bulunduğunu savunan bir görüş ise görüşünü fiili hataya ilişkin İCK m. 47 hükmünden yararlanarak açıklamaktadır. Bu görüşe göre fiili hata halinde temel fiil kasıtlı bir suç oluşturmaz, oysa suçta sapma halinde temelde bir kasıtlı suç vardır⁵³⁴. Fakat bu görüş eleştirilmiştir. Gerçekten, örneğin hukuka aykırı olarak avlanma halinde fail bir yaban domuzu zannederek bir kişiyi öldürdüğünde temeldeki fiil de bir suç oluşturur ve fail yasak avlanma suçunu meydana getirme kastıyla hareket eder⁵³⁵. O halde fiili hata hallerinde de temelde bir

⁵³⁰ Bkz. Basile (2005), s. 109.

⁵³¹ Regina (1970), s. 126 vd.; Regina (1991), s. 6.

⁵³² A. Fiorella (1988). Responsabilità penale. *EdD*, XXXIX, Milano, s. 1320; F. Mantovani (1995). *Diritto penale, PS.*, vol. I, *delitti contro la persona*. Padova: CEDAM, s. 214; M. Gallo (1958), s. 64.

Uygulamada bu yönde verilen kararlar için bkz. C 26.1.1990, Pioto, *GP* 1990, II, s. 587 (m. 83'de suçların içtimai ile ilgili kısım cezalandırma alanı ile ilgili değil, suçun yapısına ilişkindir).

⁵³³ Bkz. Son tasarı metni hakkında bakanlık raporu. Lav. Prep. vol. V, parte I, s. 135.

Aksi görüş: Suçta sapma hallerinde objektif sorumluluğun bulunduğunu ileri süren yazarlardan bir kısmı ise bu hükmün düzenlemesinin nedeninin kanun koyucunun titizliğinden ileri geldiğini belirtmektedirler. Romano (2004), art. 83, s. 790; Canestrari (1989b), s. 133, dipnot 96; Trapani (1992), s. 160.

⁵³⁴ Palazzo (1973), s. 59.

⁵³⁵ Fiandaca ve Musco (1989), s. 329.

kasıtlı suç bulunabilir. Bu durumda fail taksirli insan öldürme yanında en azından yasak avlanma suçuna teşebbüsten de cezalandırılmalıdır⁵³⁶. Ayrıca suç politikası ilkelerinin Anayasal ilkelere uygun olması gerekliliği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Ayrıca 83. maddede temel suç için var olan kastın istenmeyen netice bakımından taksire eşdeğer bir netice doğurduğu, bu nedenle ağır netice bakımından gerçekten taksirin var olup olmadığını araştırmaya gerek bulunmadığı da ileri sürülmüştür⁵³⁷. Ancak bu görüş sadece neticenin meydana gelmemesi halinde uygulanabilir bir teoridir, eğer her iki netice de meydana gelirse temel suçtaki kast ağırlaşmış netice için artık kullanılamaz. Temel kasıtlı suçun gerçekleşmiş olması istenmeyen neticenin de faile yüklenmesini gerektirmez. İstenmeyen netice taksirli ise ve fail taksirle hareket etmiş ise faile yüklenebilir ancak fail taksirli dahi değilse bu neticenin faile yüklenmesi mümkün değildir⁵³⁸.

Aslında temel suçun kasıtlı olup olmaması bir şeyi değiştirmez. Eğer temel suç kasıtlı olsa ve teşebbüs aşamasına dahi geçemese bu fiilin ceza hukuku karşısında hiçbir önemi olmayacaktır. Aynı şekilde eğer suç kasıtlı bir suçsa ve bu gerçekleşmişse genel hükümler gereğince bu suç zaten cezalandırılacaktır⁵³⁹.

Şu noktayı vurgulamak gerekir ki 83. ve 586. maddelerde objektif sorumluluğu kabul eden yazarlar da netice itibariyle taksirin varlığını kabul etmek zorunda kalmışlardır⁵⁴⁰. 83. ve 586. maddelerde taksir aranmaktadır. Bu konuda en önemli yol gösterici ise Anayasal kusur ilkesidir⁵⁴¹.

1.3.4.1.2. Teorinin yargı kararlarındaki yansıması

Saf (pür) objektif sorumluluk

1930'lu yıllardan itibaren başka bir suçu takip eden istenmeyen ölüm veya yaralama neticelerinde gerçek bir taksirin varlığı araştırılmadan, temel suçun işlenmesi

⁵³⁶ Frosali (1933), s. 423.

⁵³⁷ Palazzo (1973), s. 59.

⁵³⁸ M. Boscarella (1984). Riflessioni in tema di responsabilità penale anomala. *RIDPP*, s. 896.

⁵³⁹ Spasari (1957), s. 242; Basile (2005), s. 117. Aksi görüş. Trapani (1992), s. 150.

⁵⁴⁰ Romano (2004), art. 83, s. 790; Grosso (1989), s. 269 vd.; Grosso (1991), s. 4; Fiandaca ve Musco (1989), s. 575; Canestrari (1989b), s. 267; Cornacchia (1996), s. 181.

⁵⁴¹ Basile (2005), s. 117-118.

ve bu fiildeki hukuka aykırı irade istenmeyen neticeden sorumluluk için yeterli sayılmıştır⁵⁴².

Bu konuda 1945 yılında verilen bir karar söz konusu görüşü daha açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Buna göre, A, karısını tehdit etmek amacıyla silahını ateşler ve bu sırada oğlunu vurur ve oğlu ölür. Bu durumda Temyiz Mahkemesi, sadece nedensellik bağına ve temel suçta bulunan kasta dayanarak faile istenmeyen neticeyi objektif sorumluluk hükümleri gereğince yükleyerek 586. maddeyi uygulamıştır⁵⁴³. Burada aslında bir hedefte sapma durumu bulunduğu halde mahkeme 586. maddeyi uygulamıştır. Bu kararı örnek alan pek çok başka karar daha verilmiştir⁵⁴⁴.

Yargı kararlarına göre istenmeyen netice faile sadece bir nedensellik bağına dayanarak yüklenmektedir. 586. maddede öngörülen bu durum, genel hükümler kısmında sorumluluk çeşitleri ile ilgili olan İCK m. 42/3'de öngörülen ve failin hareketinin veya ihmalinin kendisine yüklendiği hallerin bir çeşididir⁵⁴⁵. Dolayısıyla 586. madde bir objektif sorumluluk hali öngörmektedir⁵⁴⁶. 586. maddede istenmeyen netice olarak hükümde öngörülen ölüm veya yaralama neticeleri kast veya taksirle ilgili herhangi bir araştırma yapılmaksızın faile yüklenmektedir⁵⁴⁷.

⁵⁴² C 17.4.1939, Rossi, *RP* 1939, s. 1212. C 30.11.1935, Espertis, *GP* 1937, II, s. 980. Bu kararlarda sadece nedensellik bağının bulunup bulunmadığı araştırılmıştır. Ağırlaşmış netice açısından kusura ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

⁵⁴³ C 10.4.1945, Gatta, *GP* 1946, II, s. 540.

⁵⁴⁴ C 14.2.1990, Bevilacqua, CED 184508, *RP* 1991, s. 322; C 8.3.1988, Lucarelli, CED 179343, *GP* 1989, II, s. 229; C 25.3.1985, Di Maio, CED 169934, *CP* 1986, s. 1550; C 16.7.1982, Ruggiero, CED 154679, *CP* 1984, s. 549; C 8.11.1971, Lorello, *CPMA* 1973, s. 232.

Ayrıca uyuşturucu madde satışı sonucu ölümün meydana gelmesi ile ilgili verilen şu kararlar da aynı doğrultudadır. C 28.6.1991, Greco, CED 188768, *RP* 1992, s. 892; C 4.3.1989, Bodini, CED 183885, *CP* 1991, s. 1572; C 19.2.1987, Faggion, CED 175993, *CP* 1988, s. 830; C 13.5.1986, Volta, CED 174072, *FI* 1987, II, s. 351; C 28.6.1991, Greco, CED 188768, *RP* 1992, s. 892; T Ferrara 16.10.1988, *MFF* 1991, III, s. 49; T Busto Arsizio 26.3.1985, Irritano, *GM* 1986, II, s. 663; T Firenze 6.11.1978, Pouloupoulos, *FI* 1979, II, s. 385.

⁵⁴⁵ C 15.2.1996, Caso, CED 205374, *DPP* 1997, s. 317. Bkz. P. Pisa (1997). Responsabilità oggettiva nell'omicidio preterintenzionale e per morte conseguente ad altro delitto doloso. *DPP* – commento alle sentenze C 25.6.1996 (ud. 15.2.1996), Caso; C 22.7.1996 (ud. 5.7.1996), Valerioti; C 21.10.1996 (ud. 2.10.1996), Paoletti, s. 317

⁵⁴⁶ C 4.2.1998 (ud. 19.12.1997), Paralupi, CED 210441, *CP* 1998, s. 2720.

⁵⁴⁷ C 18.10.1989, Angelelli, CED 183623, *RP* 1990, s. 1032.

Uygulama biri istenen diğeri istenmeyen iki neticenin meydana geldiği her olayda suç tipine bakmaksızın sadece nedensellik bağlantısına dayanarak 586. maddeyi uygulamıştır⁵⁴⁸.

- Cinsel saldırı sonucu hamile kalan kadın sezeryanla doğum sonucu meydana gelen ameliyat sonrası asidoz tablosu nedeniyle ölür⁵⁴⁹.
- A'nın hareketi sonucu B'nin beyinde bir hastalık meydana gelir. A, B'nin bu hastalığından, kendi hareketi neticesi meydana gelmesi dolayısıyla sorumlu tutulur⁵⁵⁰.
- A ile B kavga ederler. Bu durumu görüp korkan kalp hastası C ise bu olayın neden olduğu psikolojik travmanın etkisiyle kalp yetmezliği nedeniyle ölür⁵⁵¹.
- A, B'ye öldürücü dozda olmayan bir uyuşturucu satar. Ancak B aynı zamanda alkol de alır ve alkol uyuşturucunun etkisini artırarak aşırı dozdan B'nin ölümüne neden olur. A bu ölüm neticesinden sorumlu tutulur⁵⁵².

İstenmeyen neticeden sorumluluk konusunda kastı aşan suçların da incelenmesi gerekir. Kastı aşan suçlarda objektif sorumluluğun daha bariz şekilde kabul edildiği görülmektedir. Gerçekten kastı aşan suç ile ilgili verilmiş bir Temyiz Mahkemesi kararı Anayasa'nın 27. maddesini ve Anayasa mahkemesince 1988'de verilmiş olan 364 ve 1085 tarihli kararları dikkate almamaktadır. Bu kararda A, B'yi kafasından yaralar ve boğazını sıkarak. Yaşlı bir kişi olan B, bir süre sonra (kararda süre tam olarak belirtilmemektedir) ölür. Olay mahkemesi A'nın fiili ile B'nin ölümü arasında bir nedensellik bağı bulunmadığına karar verir. Ayrıca mahkemeye göre kastı aşan suçun kast ile taksirin birleşimi olarak kabul edilmesi halinde de somut olayda A'nın taksiri ispatlanamadığı için A'nın sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir. Temyiz Mahkemesi ise kastı aşan suç, kasıtlı ve taksirli suçun birleşiminden oluşan bir suç olarak değerlendirmemektedir. Gerçekten bu kararda mantıksal ve lafzi yorum yoluyla kastı aşan suçta kast ve taksir birleşiminin bulunduğu reddedilmektedir. Temyiz

⁵⁴⁸ Başka bir suç takip eden ölüm veya yaralama suçu ile ilgili başka bazı kararlar da öğreti tarafından eleştirilmektedir bkz. Patalano (1984), s. 302; Stile (1977), s. 144-148.

⁵⁴⁹ C 30.11.1935, Espertis, GP 1937, II, s. 980.

⁵⁵⁰ C 21.3.1967, Galli, GP 1968, II, s. 212.

⁵⁵¹ C ass. Salerno, 19.7.1971, FN 1972, II, s. 17.

⁵⁵² C 28.6.1991, Greco, CED 188768, RP 1992, s. 892.

Mahkemesi'ne göre Anayasa'nın 27. maddesi ilk fıkrası objektif sorumluluğu reddetmemektedir. Bu hüküm sadece kusurlu sorumluluk halinde suçun unsurlarının her somut olayda incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Nitekim objektif sorumluluk üçüncü kişinin fiilinden sorumluluktan farklıdır. Fail kendi hareket veya ihmaliyle meydana gelen neticeden bu neticeyi istemese de sorumludur⁵⁵³.

Objektif sorumluluk ve neticenin soyut öngörülebilirliği

1980'lerin sonundan itibaren özellikle objektif sorumluluğun terk edildiği izlenimini veren bazı kararlar verilmiştir. Aslında bu kararlar Anayasa Mahkemesi'nin 1988 yılında ceza sorumluluğunun kişiselliği ile ilgili verdiği kararın etkisiyle verilmiştir. Ancak Temyiz Mahkemesi'nce verilen bu kararlar, Anayasa Mahkemesi'nce verilen kararın özünü kavrayabilmiş kararlar değildir. Herhangi bir şekilde ispatı gerekmeyen soyut bir öngörülebilirliğin yer aldığı bu kararlar kusurlu sorumluluğun varlığını göstermek için yeterli değildi⁵⁵⁴. Gerçekten sözü edilen kararlarda:

- Sıklıkla meydana gelen sonuca göre öngörülebilirlik⁵⁵⁵
- Tehlikenin bilinirliği⁵⁵⁶
- Ölümcül neticelerin öngörülebilirliği ve sıradanlığı⁵⁵⁷
- Temel suçta varsayımsal olarak bir tehlikenin varlığı ve öngörülebilirliği⁵⁵⁸

ifadelerine yer verilerek neticenin öngörülebilirliği soyut olarak kabul edilmekteydi.

⁵⁵³ C 6.4.2002 (ud. 13.2.2002), Izzo, CED 222054, CP 2004, s. 874.

⁵⁵⁴ Pulitanò (1974), s. 499 vd.; D. Pulitanò (1989a). Repliche e conclusioni. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, 557-565s. 564; G. Marinucci (1991). Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza? *RIDPP*, s. 11 vd.; M. Gallo (1976). Relazione. *Orientamenti per una riforma del diritto penale*. Napoli: Jovene, s. 22.

⁵⁵⁵ A, B'ye belli bir miktarda eroin satar. B'nin ev arkadaşı olan C, B'ye normalde kullandığı dozdan daha fazla miktarda eroin hazırlar ve B aşırı dozda uyuşturucu kullanmak dolayısıyla ölür. Mahkeme A'yı diğer nedenler yanında uyuşturucu madde bağımlılarına uyuşturucu satılmasının, sıklıkla böyle bir sonucu meydana getirmesi nedeniyle bu riskin öngörülebilir olması dolayısıyla sorumlu tutmuştur. C 2.12.1988 (ud. 14.11.1988), Buzzi, RP 1989, s. 692.

⁵⁵⁶ "Uyuşturucu madde satıcılığının ölüme neden olabilme tehlikesi bilinmektedir". C 6.12.1988, Coppola, CP 1990, s. 859.

⁵⁵⁷ "Uyuşturucu madde bağımlısına yüksek dozda uyuşturucu madde satmanın, uyuşturucu bağımlısının sağlığına olan etkilerinin öngörülebilirliği ve sıradanlığı" diğer (nedenlerin yanında) failin uyuşturucu madde bağımlısının ölümünden sorumlu olmasına neden olur". T Lucca 1.9.1994, Boscagli, GM 1995, s. 781.

Öngörülebilirlik kriteri bu kararlarda aslında objektif sorumluluğu benimseyen kararlarn Anayasal kusur ilkesine uydurulması için kullanılan bir kamuflaj olmuştur⁵⁵⁹.

Netice olarak diyebiliriz ki, gerek saf objektif sorumluluğu kabul eden ilk kararlarda, gerekse neticeden bağımsız olarak öngörülebilirliği kabul eden kararlarda objektif sorumluluk temel alınmaktadır⁵⁶⁰.

1.3.4.2. Hukuka aykırı risk içeren fiilden kaynaklanan objektif sorumluluk

1.3.4.2.1. Teorinin izahı

Öğretide ve uygulamada yer bulan bir başka görüşe göre temel kasıtlı suçun faili istenmeyen neticeden, sadece nedensellik bağı nedeniyle sorumlu değildir, bu durumda “hukuka aykırı risk sorumluluğu” bulunmaktadır.

Hukuka aykırı risk sorumluluğunun temelinde daha eskilere dayanan bir teori bulunmaktadır. Söz konusu teori, neticenin öngörülebilir olmasını aramakta ve objektif sorumluluk hallerinde de hafif kusurun bulunduğunu kabul etmektedir⁵⁶¹. Zaman içerisinde objektif sorumluluğu sadece nedensellik bağına dayandıran anlayıştan uzaklaştırma çabaları süregelmış ve böylece hukuka aykırı fiilden kaynaklanan risk sorumluluğu teorisi geliştirilmiştir⁵⁶². Bu görüş özellikle objektif sorumluluk ve taksir kavramlarının içeriği ile ilgili derinlemesine incelemelerin yapılmasını sağlamıştır.

⁵⁵⁸ “586. maddede temel suç kendiliğinden öngörülebilir ve istisnai nitelikte olmayan bir şekilde öldürme veya yaralama riskini içerir. Bu da söz konusu sonucun öngörülebilirliğini ispatlar”. C 28.3.1997, Sambataro, CED 207274, CP 1998, s. 817.

⁵⁵⁹ Ancak bu kararlarn kusur ilkesine uygunluğu gerçekten sağlamak amacını güttüğünü kabul eden bir görüş de bulunmaktadır: G. Amato (1988). Sulla morte del tossicodipendente come conseguenza della cessione della sostanza stupefacente risultata letale. CP, s. 833.

⁵⁶⁰ Basile (2005), s. 123.

⁵⁶¹ G. Battaglini (1934). Gli elementi del reato nel nuovo codice penale. ADPP, s. 1097; Battaglini (1936), s. 8; Battaglini (1940), s. 150; V. Cavallo (1936). La pretesa responsabilità obiettiva nel codice Rocco. ADPP, s. 1324, ADPP 1936, s. 12; Cavallo (1937), s. 562 vd. ; V. Cavallo (1955). Diritto penale, PG. II. Napoli: Eugenio Jovene, s. 372.

⁵⁶² Bu görüş ilk olarak Pagliaro tarafından 1960’da ileri sürülmüş ve yazar daha sonraki eserlerinde görüşünü geliştirmiştir. A. Pagliaro (1960). La responsabilità per i reati commessi col mezzo della stampa secondo il nuovo testo dell’art. 57 c.p. Studi De Marsico, II, s. 254 vd.; A. Pagliaro (1966). La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto. Milano: Giuffrè, s. 101 vd.; Pagliaro (2003b), birinci basıdan itibaren tüm basılarında; A. Pagliaro (1985). Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato. RIDPP, s. 645 vd.; A. Pagliaro (1989a). Colpevolezza e

Pagliari'ya göre objektif sorumluluk sadece nedensellik bağı üzerine kurulmuş bir sorumluluk değildir⁵⁶³. Bu teori objektif sorumluluğa ilişkin genel hüküm olan İCK m. 42/3'ün yorumlanması sırasında ortaya çıkmıştır. Bu yorum ceza hukuku sisteminin temelini oluşturan ve hukuk sistemine Anayasa'nın 27. maddesi 1. fıkrası ile giren kusur ilkesine dayanmaktadır⁵⁶⁴.

Pagliari'ya göre ceza sorumluluğunun kişiselliğinden söz edebilmek için iki unsurun bulunması gerekir: Fail suçun unsurları üzerinde hâkimiyet kurabilmeli ve kaçınılmaz bir hataya düşmemiş olmalıdır⁵⁶⁵. Ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesi aynı zamanda kusur ilkesini de içermelidir. Bu kural sadece ceza yaptırımını ile karşılanan suçlar için geçerlidir. Eğer güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı bir suç varsa kusur ilkesini içermesine gerek yoktur. Kusur ilkesinin varlığı için yukarıdakilere ek olarak üçüncü bir şartın daha gerçekleşmesi gerekir: Fail isnat edilebilir yani anlama ve isteme yeteneğine sahip olmalıdır⁵⁶⁶.

Öğretideki hakim kanaatin aksine Pagliario'ya göre ceza sorumluluğunun kasıtsız ve taksirsiz olması Anayasal kusur ilkesine aykırı değildir⁵⁶⁷. Kusurun varlığı için failin gerçekleştirdiği fiil dolayısıyla kınanabilir olması yeterlidir. Kusur, fiilin nasıl

responsabilità obiettiva: Aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, s. 12 vd.; A. Pagliario (1989b). Repliche e conclusioni. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, s. 567 vd.; Pagliario (1991), s. 179 vd.; A. Pagliario (1996b). Lo schema di legge delega per la riforma: metodo di lavoro e principi ispiratori. *Prospettive di riforma del Codice Penale e valori Costituzionali (Convegno di studi Enrico De Nicola - S. Vincent 1994)*. Milano: Giuffrè, s. 29; A. Pagliario (1996a). Il principio di colpevolezza. *Prospettive di riforma del Codice Penale e valori Costituzionali*. Milano: Giuffrè, s. 159; A. Pagliario (1994). Valori e principi nella bozza italiana di legge delega per un nuovo codice penale. *RIDPP*, s. 374).

Teori başka yazarlarca da benimsenmiştir: Ardizzone (1984), s. 177 vd.; S. Ardizzone (1995). In tema di aspetto subiettivo del concorso di persone nel reato. *RIDPP*, s. 51; V. Militello (1984). *La responsabilità penale dello spacciatore per la morte del tossicodipendente*. Milano: Giuffrè, s. 45 vd.; V. Militello (1988). *Rischio e responsabilità penale*. Milano: A. Giuffrè, s. 273 vd.; V. Militello (1989). Modelli di responsabilità penale per incapacità procurata e principio di colpevolezza. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, s. 477; Militello (1994), s. 23; A. Carmona (2001). Il versari in re illecita "colposo". Un breve percorso tra pratiche giurisprudenziali e suggestioni dogmatiche, pensando alla riforma del codice penale. *IP*, s. 239.

⁵⁶³ Pagliario (2003b), s. 332; Pagliario (1991), s. 193; Pagliario (1989a), s. 11.

⁵⁶⁴ Pagliario (2003b), s. 319.

⁵⁶⁵ Pagliario (2003b), s. 320.

⁵⁶⁶ Pagliario (2003b), s. 320; bkz. Pagliario (1991), s. 42; Pagliario (1989a), s. 7; Pagliario (1994), s. 378.

⁵⁶⁷ Pagliario (2003b), s. 321, 327; Militello (1984), s. 38, dipnot 50.

gerçekleştigiinden bağımsız olarak ortaya çıkar. Kusurlu sorumluluk zorunlu olarak kasıtlı veya taksirli sorumluluğu gerektirmez⁵⁶⁸.

Özetle, isnat edilebilir, kanunu bilmemek konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmemiş olan ve fiili üzerinde hâkimiyet kurabilecek durumda bulunan bir failin kusurlu sayılabilmesi için fiilin mutlaka kasıtlı ve taksirli olması gerekmez, neticenin öngörülebilir ve önlenabilir olması yeterlidir⁵⁶⁹.

Yazara göre, İCK m. 42/3, kusurun varlığı için gerekli unsurlardan öngörülebilirliği ve önlenebilirliği kapsam dışına çıkarmamaktadır. Ancak bu madde, sözü edilen kavramlardan bahsetmemektedir⁵⁷⁰. Kusur ilkesinin bu yorum şekline objektif sorumluluğa ilişkin İCK'nın 42/3. maddesi ile beklenmeyen durum ve zorlayıcı nedene ilişkin İCK'nın 45. maddesi birlikte incelendiğinde de ulaşılabilir. Taksirin veya kastın aranmadığı bir ceza sorumluluğunda da mücbir sebep ve zorlayıcı neden hallerinde failin sorumluluğu ortadan kalkar⁵⁷¹. Anayasa ile ceza normları arasında alt norm üst norm ilişkisi olduğuna ve ceza normları Anayasa'ya aykırı olmamak zorunda olduğuna göre, ceza normları Anayasa'da öngörölmüş ilkelere aykırı olamazlar. Ceza kanunu metninde açıkça belirtilmese bile öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ceza sorumluluğu için aranan bir şarttır⁵⁷².

Sonuç olarak, başta da belirtildiği üzere objektif sorumluluk sadece nedensellik bağı üzerinde kurulmuş bir sorumluluk değildir.

İtalyan ceza hukuku sisteminde sadece nedensellik bağlantısına dayanan ve kusur ilkesiyle çatışan bir objektif sorumluluğun bulunamayacağı belirtildikten sonra objektif sorumluluğun şu üç temel özelliğinin incelenmesi gerekmektedir:

a) İCK m. 42/3'de öngörölen objektif sorumluluk ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesine uygun olmalıdır.

⁵⁶⁸ Pagliaro (2003b), s. 327; Ardizzzone (1984), s. 197; Carmona (2001), s. 239.

⁵⁶⁹ Pagliaro (2003b), s. 328; Pagliaro (1991), s. 185; Militello (1984), s. 41; Tagliarini (1979), s. 224.

⁵⁷⁰ Pagliaro (2003b), s. 329.

⁵⁷¹ Pagliaro (2003b), s. 330; Pagliaro (1991), s. 186; Pagliaro (1966), s. 102.

⁵⁷² Pagliaro (2003b), s. 330; Pagliaro (1991), s. 186; A. Pagliaro (2003a). *Appunti su alcuni istituti-chiave del progetto Grosso. La riforma della parte generale del Codice Penale. La posizione della dottrina sul progetto.* (a cura di Stile). Napoli: Jovene, s. 38.

b) Objektif sorumluluğa dair bu anlayışın taksir ile karıştırılmaması gerekir. Gerçekten objektif sorumluluğun varlığı için kanunda dikkat, tedbir ve özen yükümlülüğü öngören kuralların ihlali aranmamıştır.

c) Ceza siyaseti ilkeleri uyarınca objektif sorumluluk hallerinde faile verilecek cezanın, kasıtlı suç ile taksirli suçun içtimarı ile elde edilecek cezasından daha ağır bir ceza olması gerekir⁵⁷³.

Bu sorumluluk şekli taksir dolayısıyla sorumluluğa benzese de taksirli sorumluluk değildir. Temel fiil hukuka aykırı olduğunda takip eden neticeden sorumluluk için taksirden farklı ve daha ağır bir sorumluluk gereklidir. Çünkü taksirde başlangıçta izin verilmiş hukuka uygun bir risk bulunurken, ağırlaşmış neticeli suçlarda söz konusu olan risk izin verilmeyen bir risktir.

Pagliari, taksirin ancak yasal alanda başlayan bir hareketin bulunması halinde söz konusu olabileceğini, bu durumda yapılan hareketin izin verilen bir risk taşıdığını ve dikkatli, tedbirli ve özenli davranma yükümlülüğü bulunduğunu ve bu yükümlülüklerine uymayarak, dikkatsiz, tedbirsiz ve özensiz davranan failin taksirden sorumlu olabileceğini belirtir. Yazar, zaten hukuka aykırı bir alanda bulunan failin, taksir hipotezlerinde söz konusu olan izin verilen bir risk alanında bulunmadığını, hukuka aykırı bir riskli alanda bulunduğunu, bu durumda failin taksirinden bahsedilemeyeceğini savunur⁵⁷⁴.

Objektif sorumluluk ve taksir arasında ortak nokta her ikisinde de neticenin öngörülebilir ve önlenabilir olmasıdır. Ancak failin taksirli olarak sorumlu olabilmesi için, davranış kurallarına aykırılık göstererek, izin verilmiş olan riski aşması gerekir. Oysa failin İCK m. 42/3 dolayısıyla sorumlu tutulabimesi için riskin aşılmasını beklemeye gerek yoktur, çünkü burada zaten temel hareket hukuka aykırılık taşımaktadır⁵⁷⁵.

Eğer temel fiil zaten hukuka aykırı bir fiil ise bu durumda tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu (hukuka aykırı risk içeren fiilden kaynaklanan objektif sorumluluk) söz konusu olur⁵⁷⁶.

⁵⁷³ Pagliaro (2003b), s. 330; Pagliaro (1991), s. 190. Pagliaro (1996a), s. 161.

⁵⁷⁴ Pagliaro (2003b), s. 301 vd.; Pagliaro (1985), s. 647; Militello (1984), s. 45; Ardizzzone (1984), s. 204.

⁵⁷⁵ Pagliaro (1991), s. 191; Pagliaro (1985), s. 646, 648; Militello (1984), s. 44.

⁵⁷⁶ Pagliaro (2003b), s. 331; Pagliaro (2003b), 4. ed., s. 323, dipnot 90.

Tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğunda fail zaten hukuka aykırı bir fiile başlamış bulunduğundan ceza normlarıyla failin cezasının azaltılması için herhangi bir neden bulunmamaktadır. Bu nedenle tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu kasıtlı ve taksirli suçun, suçların içtimai ile elde edilecek cezasından daha az olmamalıdır⁵⁷⁷.

Yazara göre, tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu şeklinde karşımıza çıkan objektif sorumluluk, kastın ve taksirin bulunmadığı bir sorumluluk şeklidir, ancak kusur ilkesi açısından bakıldığında, kusurlu bir sorumluluktur. Bir ceza normunun ihlali şeklinde karşımıza çıkan ve sınırları öngörülebilirlik ve önlenebilirlik şeklinde belirlenen tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu taksirli sorumluluktan daha ağır bir kusur içerir⁵⁷⁸.

Bu tür sorumluluk, suçta sapma hallerinde, iştirak halinde istenmeyen neticeden sorumluluğun saf şekli olan kastı aşan suçlarda ve İCK 116. maddesinde öngörülen iştirak halinde işlenen suçlarda istenmeyen neticeden sorumluluğa ilişkin düzenlemede karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu, kastı aşan suçta, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta, objektif cezalandırılabilirlik şartlarında ve hedefte sapma hallerinde kast ile birlikte bulunmaktadır⁵⁷⁹.

Diğer bir yazara göre de tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu İCK m. 586'da öngörülen “kasıtlı suçu takip eden istenmeyen ölüm ve yaralama neticelerinden sorumluluk” ile ilgili hükümde de bulunmaktadır⁵⁸⁰.

Kastı aşan suçlarda da tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu teorisinin savunulduğu görülmektedir⁵⁸¹.

⁵⁷⁷ Pagliaro (2003b), s. 330; Pagliaro (1991), s. 193.

⁵⁷⁸ Pagliaro (2003b), s. 332; Pagliaro (1991), s. 193; Ardizzone (1984), s. 205.

⁵⁷⁹ Pagliaro (2003b), s. 333 vd.

⁵⁸⁰ Militello (1994), s. 26.

⁵⁸¹ Bkz. Pagliaro (2003b), s. 334 vd.; Ardizzone (1989), s. 290.

1.3.4.2.2. Teorinin eleştirisi

Tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu gerek Anayasa mahkemesince kusur ilkesinin kabulünden önce, gerekse kabulünden sonra öğretilde üzerinde yoğun tartışmaların yapıldığı bir teoridir.

Teorinin çelişkili birtakım yönleri bulunmaktadır:

1. Pagliaro Anayasa Mahkemesi tarafından kusur ilkesini açıkça tanıyan karar verilmeden önce, objektif sorumluluğun öngörülebilirlik ve önlenebilirliği kapsadığını kabul ediyordu. Bu görüşü benimsemesinde de İCK eski 45. maddesinde öngörülen mücbir sebep ve zorlayıcı neden etkili olmuştur. Çünkü zorlayıcı neden veya mücbir sebep hallerinde fail cezalandırılmamaktadır, bunun nedeni ise bu durumda öngörülebilirlik ve önlenebilirliğin bulunmamasıdır⁵⁸².

Pagliaro'ya göre hedefte sapma hallerinde istenilen ile gerçekleşen netice arasında fark bulunmaktadır. Bazen hedefte sapma zorlayıcı neden etkisiyle de meydana gelebilir. Bu nedene Pagliaro tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğunun bulunduğu hallerde zorlayıcı nedenin uygulanmayacağını belirtmektedir⁵⁸³. Dolayısıyla yazar istisnai bazı durumlarda, zorlayıcı nedenin varlığı halinde de objektif sorumluluğun kabulünü savunmaktadır.

2. Pagliaro'ya göre temel fiil hukuka aykırı fiil ise taksirden bahsedilemez. Ancak yine yazara göre, istenmeyen ağırlaşmış neticeden sorumluluk, suçta sapma halleri ve hedefte sapma halinde hedeflenen kişi ile birlikte başka bir kişi üzerinde de suçun işlenmesi halinde fail bu istenmeyen neticelerden taksir dolayısıyla sorumlu olur⁵⁸⁴.

3. Pagliaro tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğunun varlığından bahsedebilmek için temel fiilin hukuka aykırı bir fiil olması gerektiğini belirtir. Örneğin iştirak halinde şerikin istemediği neticeden sorumluluğu (ICK m. 116) tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğuna dayanır⁵⁸⁵. Ancak yine Pagliaro temel fiilin hukuka aykırı

⁵⁸² Pagliaro (2003b), s. 330.

⁵⁸³ Pagliaro (2003b), s. 621.

⁵⁸⁴ Pagliaro (2003b), s. 487.

⁵⁸⁵ Pagliaro (2003b), s. 334.

olmadığı tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu hallerinin de olabileceğini belirtmiştir⁵⁸⁶.

4. Pagliaro defalarca teorisini açıklamak için temel fiilin hukuka aykırı olması gerektiğini vurgulamıştır. Ancak tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğundan bahsedebilmek için temel fiilin teşebbüs aşamasına dahi ulaşmamış olmasının sorumluluğa herhangi bir etkisi olmayacaktır⁵⁸⁷. Bu durumda neden temel fiilin hukuka aykırı bir fiil olması aranmaktadır bunu anlamak güçtür⁵⁸⁸.

5. Pagliaro'ya göre kast veya taksir ile tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğunun birleşmesiyle oluşan suçlarda sözü edilen kast veya taksir tek başına bir suçu oluşturabilecek niteliktedir⁵⁸⁹. Ancak yazar objektif cezalandırılabilme şartlarıyla tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğunun birleşmesiyle de bazı suçların oluşabileceğini kabul eder. Bu durum, objektif cezalandırılabilme şartları tek başına suç oluşturmadıkları halde başka fiillerle birleştiklerinde suç meydana getirebilir anlamını taşır. Bu durumda Pagliaro'nun temel kural olarak belirlediği, objektif cezalandırılabilme şartlarıyla tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğunun birleştiği hallerde temel fiilin bir suç oluşturması kuralı işlemeyecektir⁵⁹⁰.

6. Pagliaro objektif cezalandırılabilme şartları ile oluşturulmuş suçların dar anlamda objektif sorumluluk halleri oluşturduğunu ve bu durumda bunların tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğuna benzer olduklarını kabul ederken⁵⁹¹, 1991 yılında yaptığı bir çalışmada bu tür suçların geniş anlamda objektif sorumluluk halleri olduğunu belirtmiş ve geniş anlamda objektif sorumluluk hallerinin tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğundan farklı olduğunu ifade etmiştir⁵⁹².

⁵⁸⁶ Pagliaro (2003b), s. 272.

⁵⁸⁷ Pagliaro (2003b), s. 333.

⁵⁸⁸ G. Insolera (1989). L'art. 116 c.p. come modello di responsabilità oggettiva: riflessioni interpretative e proposte di modifica. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, s. 469; G. Fiandaca (1989). Considerazioni su responsabilità obiettiva e prevenzione. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, s. 48.

⁵⁸⁹ Pagliaro (2003b), s. 333.

⁵⁹⁰ Aynı hataya Militello da düşmüştür: Bkz. Militello (1988), s. 292, 297.

⁵⁹¹ Pagliaro (2003b), s. 338.

⁵⁹² Pagliaro (1991), s. 194 vd.

7. Pagliaro'ya göre izin verilen risk, hem taksir, hem tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu için sınır teşkil eder⁵⁹³. Bu durumda taksir ile tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu arasında bir fark kalmamıştır.

Teorinin kendi içindeki çelişkiler dışında bu teoriye diğer yazarlarca yöneltmiş bazı eleştiriler de bulunmaktadır:

Her şeyden önce, bu görüş kanun koyucunun isterse taksirin hukuka aykırı bir alanda başlamasını öngörebileceğini göz ardı etmiştir.

Tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu teorisine yöneltilebilecek diğer eleştiriler ise şu başlıklar altında ele alınabilir.

1. Tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu teorisi ile Anayasa Mahkemesi'nce kusur ilkesi hakkında verilen karar uyuşmamaktadır.

Kasıtsız ve taksirsiz olarak işlenebilen suçlar kanunda bulunduğu müddetçe, objektif sorumluluk bu suçları açıklamak için kullanılmaya devam edilecektir⁵⁹⁴. Anayasa mahkemesinde kusur ilkesi ile ilgili kararlar verilinceye kadar bu öğretinin sürdürülmesi çabası objektif sorumluluğu sadece nedensellik bağı sorumluluğundan ibaret saymamak adına gerekli görülmüştür. Ancak 1988 yılında Anayasa Mahkemesi'nce kusur ilkesinin açıkça tanındığı 364 ve 1085 sayılı kararlardan sonra, sözü edilen teorinin, kusur ilkesinin ceza hukuku sistemi içerisine iyice nüfuz etmesini engellemek şeklinde ortaya çıkan olumsuz etki dışında hiçbir işlevi kalmamıştır⁵⁹⁵.

Anayasa Mahkemesi'nce verilen bu kararlardan sonra tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu ile kusur ilkesinin birlikte bulunması mümkün değildir⁵⁹⁶.

364 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı, kusurluluk terimini suçun unsuru olarak kullanmamış bir anayasal ilke olarak ele almıştır. Bu anlamda kullanılan kusurluluk kavramı, ceza sorumluluğunun kişiselliğiyle ilgili ve failin haklarını koruma amacı güden bir terimdir. Kusurluluk kavramı, bir kimse hakkında ceza sorumluluğunun var olabilmesi için minimum düzeyde subjektif koşullar ortaya koymaktadır⁵⁹⁷. Söz konusu

⁵⁹³ Pagliaro (1985), s. 645; aynı yönde, Pagliaro (2003b), üçüncü basıdan (1987) itibaren, s. 353, dipnot 99; sekizinci bası (2003), s. 332, dipnot 100.

⁵⁹⁴ Militello (1994), s. 22.

⁵⁹⁵ F. Bricola (1988). Rapporti tra dommatica e politica criminale. *RIDPP*, s. 26; Canestrari (1989b), s. 263; S. Canestrari (1995). Preterintenzione. *Dpen*, IX, s. 703; Insolera (1989), s. 468; Romano (2004), art. 42, s. 428.

⁵⁹⁶ Marinucci (1996), s. 435.

⁵⁹⁷ C cost. n. 364/1988, *FI* 1988, I, s. 1398.

karar uyarınca, bir fiilin cezalandırılabilmesi için bu fiilin en azından taksir dolayısıyla faile yüklenebilmesi gerekir⁵⁹⁸.

Sözü edilen karar aynı zamanda Anayasa'nın 27. maddesi 1. fıkrasında yer alan "ceza sorumluluğu şahsidir" ifadesinin, sadece fail ile hareket arasında bir nedensellik bağının varlığını ortaya koymadığını aynı zamanda fiilin sübjektif açıdan da faile ait olması gerektiğini yani en azından dar anlamda taksirle hareket etmesi gerektiğini ortaya koyar. Söz konusu karar sadece öngörülebilirlik ve önlenebilirlik kavramlarının kusurlu sorumluluğu garanti etmek için yeterli olmadığını vurgular⁵⁹⁹.

1988 yılında verilen 1085 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı ise, terimsel açıklamalara gerek duymadan doğrudan Anayasa'nın 27. maddesinin 1. fıkrası ceza sorumluluğunun gerçek anlamda kişisel olduğu belirtildiğine göre suçun bütün unsurlarının faile sübjektif açıdan bağlı olması gerektiğini (yani kast veya taksirin bulunması gerektiğini) ortaya koyar⁶⁰⁰.

Netice olarak Anayasa Mahkemesi kast ve taksir dışında başka bir sorumluluk şeklinin mümkün olmadığını ortaya koymuştur. Mahkemeye göre Anayasa'da aranan kusurluluk, kanun koyucu veya kanunu yorumlayan kişi tarafından ortadan kaldırılamaz ve değiştirilemez bir ilkedir⁶⁰¹.

2. Tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu ile taksir arasındaki sınır belirsizdir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere taksirde temel fiil hukuka uygun bir fiil olup izin verilen bir risk içermektedir. Oysa tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu şeklinde ortaya çıkan objektif sorumlulukta ise temel fiil hukuka aykırı bir fiil olup, izin verilen risk sınırı zaten aşılmış bulunmaktadır.

Taksir ile objektif sorumluluk arasındaki ayrım sağlam temellere dayanmamaktadır. Gerçekten öncelikle objektif sorumluluk halinde temel fiilin her zaman hukuka aykırı bir hareket olduğu söylenemez. Örneğin İCK m. 57'de öngörülen

⁵⁹⁸ C cost. n. 364/1988, s. 1403 ; söz konusu kararda en azından taksirin bulunması gerektiğine dair açıklama için bkz. C cost. n. 364/1988, s. 1398 vd.

⁵⁹⁹ Basile (2005), s. 141.

⁶⁰⁰ C cost. n. 1085/1988, FI 1989, s. 1387.

⁶⁰¹ C cost. n. 364/1988, s. 1399. Bu karardan sonra Ardizzone de Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne katılmıştır. S. Ardizzone (1996). Principio di colpevolezza ed abbandono della responsabilità obiettiva: il destino dei reati aggravati dall'evento. *Prospettive di riforma del Codice Penale e valori Costituzionali*. Milano: Giuffrè, s. 167.

yazı işleri müdürünün sorumluluğunda, yazı işleri müdürünün gerçekleştirdiği temel fiil olan bir süreli yayını yönetmek hukuka aykırı bir fiil değildir⁶⁰².

Ayrıca izin verilen risk kriteri taksir ile taksir olmayan arasındaki sınırı belirlemek amacıyla kullanılmaktadır. Eğer izin verilen risk aşılmamış ise taksir dahi bulunmamaktadır. Ancak aynı kriter objektif sorumluluk ile taksir arasındaki sınırı çizmek için de kullanılmaktadır ki bu hatalıdır. Bu kriter hem taksir olan ile olmayanı ayırmak, hem de objektif sorumluluk ile taksir arasındaki sınırı çizmek için kullanılamaz⁶⁰³.

Taksirli sorumluluk her zaman temel fiilin izin verilen bir risk doğurması şeklinde oluşmak zorunda değildir. Bazı faaliyetler vardır ki bunlar birtakım riskler içermektedirler ancak açıkça ne yasaklanmışlardır ne de bunlara izin verilmiştir. Bu faaliyetler yeni ve sosyal olarak yararlı ancak risk içeren faaliyetler olabilir. Örneğin yeni endüstriyel buluşlar, yeni tedavi yöntemleri gibi⁶⁰⁴.

Davranış kurallarında bireylerden bazı davranışları yapmaması istenir. Davranış kurallarına uymama taksirin temelini meydana getirir. Davranış kurallarında yapılmaması istenen faaliyet tek başına hukuka aykırı bir davranış değildir. Bu nedenle bu faaliyet çerçevesinde izin verilen risk bulunmamaktadır⁶⁰⁵.

İtalyan öğretisinde de izin verilen risk kavramı taksir kapsamında görülmemektedir. “*erlaubtes Risiko*” (izin verilen risk) teorisinin geçmişine bakarsak, izin verilen risk kavramı taksirin her ortaya çıkışında aranacak bir unsur değildi; taksir belirli bir oranda risk içerse de, izin verilen risk kavramına sadece “açıkça yasada izin verilen faaliyetler” alanında başvurmak gerekmekteydi⁶⁰⁶. Netice olarak, izin verilen risk kriterinin taksir ile tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğunu birbirinden ayırmada bir ölçüt olarak kullanılması mümkün değildir, bu kriter söz konusu ayrımı sağlamaya uygun bulunmamaktadır.

⁶⁰² Fiandaca (1989), s. 48; Canestrari (1989b), s. 266, dipnot 49.

⁶⁰³ Bkz. G. Marinucci (1971). *Il reato come azione: Critica di un dogma*. Milano: Giuffrè, s. 82 vd. Alman hukukunda izin verilen risk konusunda bkz. G. Forti (1990). *Colpa ed evento nel diritto penale*. Milano: A. Giuffrè, s. 250, dipnot 240.

Fiandaca (1989), s. 48; Fiandaca ve Musco (1989), s. 577; D. Pulitanò (1989a). *Repliche e conclusioni. Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, s. 561.

⁶⁰⁴ Canestrari (1989b), s. 112 vd.

⁶⁰⁵ Mantovani (1992), s. 351; F. Mantovani (1988). *Colpa. Dpen*, II, 1988, s. 310.

⁶⁰⁶ Marinucci (1965), s. 210.

Tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu ile taksirin birbirinden ayrılmasında kullanılan bir diğer kriter olan temel fiilin hukuka aykırılığı kriteri de ikna edici değildir.

Temel faaliyetin hukuka uygun veya aykırı olması riskin doğması üzerinde herhangi bir etki yaratmayabilir. Örneğin bir kürtaj bununla ilgili yasaya (194 sayılı 1978 tarihli yasa) uygun da aykırı da yapılsa kadının hayatı ve sağlığı açısından bir risk içerir. Aynı şekilde trafik kanununa uygun seyreden araçlar da gerek taşıdıkları kişiler gerekse başka araçlar açısından hayata ve vücut bütünlüğüne yönelik bir risk içerirler.

Örneğin jinekolog olan A, bayan B'nin rızasıyla, ancak bazı formalite işlemlerini yapmadan kürtaj operasyonunu gerçekleştirse (hukuka aykırılık vardır); jinekolog C ise, bayan D'nin rızasıyla ve tüm formalite işlemlerine uygun olarak gerçekleştirse (hukuka uygun işlem), jinekolog A ile C'nin istenmeyen ağırlaşmış sonucu engellemek için uymaları gereken davranış kuralları farklı mıdır? Bu örnekte ölüm neticesini önlemeye yönelik davranış kurallarına uyma yükümlülüğü hem hukuka aykırı durumda bulunana, hem de hukuka uygun durumda bulunana yöneltmiş bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. İtalyan öğretisinde bir kimsenin taksirden sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, failin hareketi gerek hukuka uygun bir hedefe yönelmiş olsun gerek hukuka aykırı bir hedefe yönelmiş olsun davranış kurallarına aykırılığının ispatlanması gerekir⁶⁰⁷.

3. Neticenin öngörülebilirliği ve önlenebilirliği kusur ilkesini garanti altına almakta yetersizdir.

Yukarıda da belirtildiği üzere Pagliaro'nun teorisinde, objektif sorumluluk halinde de sonucun öngörülebilirliği ve önlenebilirliği aranmaktadır.

Öngörülebilirlik ve önlenebilirlik kavramları kusur ilkesinin varlığını garanti altına almak için yeterli değildir. Öngörülebilirlik ve önlenebilirliğin soyut olarak mı yoksa somut olarak mı var olması gerekir, ayrıca öngörülebilirlik ve önlenebilirlik somut fail açısından mı değerlendirilecektir yoksa model ajan ölçütüne göre mi bir değerlendirme yapılmalıdır, bunların değerlendirilmesi gerekir⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ F. Carrara (1898). *Opuscoli di Diritto Criminale, vol. III, opera XXXI. "Sul caso fortuito"*. (5. ed). Firenze: Fratelli Cammelli, s. 15 vd.

⁶⁰⁸ Somut ve soyut öngörülebilirlikle ilgili bkz. F. Stella (1970). *La "descrizione" dell'evento, I, l'offesa – Il nesso causale*. Milano: Giuffrè, s. 32 vd.; Marinucci (1965), s. 213 vd.; Marinucci (1991), s. 11; G. Forti (1983). *La descrizione dell'evento prevedibile nei delitti colposi: Un problema insolubile? RIDPP*,

Tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu bu yollardan hangisini seçmelidir?

1) Öngörülebilirlik ve önlenabilirliğin somut olarak mı soyut olarak mı belirlenmesi gerektiği konusunda Pagliaro en azından son basılarında, somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir⁶⁰⁹.

Ancak, 1991 yılında yayınladığı bir eserinde ise, tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğunda da taksirli sorumlulukta olduğu gibi, öngörülebilirlik ve önlenabilirliğin somut olaya göre mi yoksa soyut olarak mı belirleneceğinin olaydan olaya değişeceğini ifade etmiştir⁶¹⁰.

2) Öngörülebilirlik ve önlenebilirliğin fail açısından mı yoksa model ajan ölçütüne göre mi belirleneceği konusu ise Pagliaro tarafından incelenmemiştir⁶¹¹. Sadece “eğer taksirli sorumlulukta öngörülebilirlik ve önlenebilirlik somut olarak araştırılmalı ise versai in re illicita sorumluluğunda da somut olarak araştırılması gerekir” demiştir⁶¹².

Tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu ile taksirli sorumlulukta öngörülebilirlik ve önlenebilirlik aynı özellikleri göstermektedir. Dolayısıyla bu iki sorumluluk şeklini birbirinden ayırmada bir ölçüt olarak kullanılamazlar⁶¹³. Belirtmek gerekir ki taksir sadece öngörülebilirlik ve önlenebilirlik kavramına indirgenemez. Taksirde bunlar yanında bir davranış kuralının ihlali de gereklidir⁶¹⁴.

Kanaatimizce öngörülebilirlik ve önlenebilirlik kavramları davranış kurallarından kaynaklanmaktadır⁶¹⁵. Taksirin olduğu hallerde davranış kurallarının ihlali ve

s. 1559; L. Fornari (1999). Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: “passi avanti” della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa”. *RIDPP*, s. 726 vd.

Sübjektif ve objektif öngörülebilirlik için bkz. Marinucci (1965), s. 181 vd.; V. De Francesco (1977-1978). Sulla misura soggettiva della colpa. *Studi Urbinati*, s. 275 vd.; Forti (1990), s. 244 vd.; C. Pedrazzi (1952). *Il concorso di persone nel reato*. Palermo: G. Priulla, s. 61 vd.

⁶⁰⁹ A. Pagliaro (1993). *Principi di diritto penale*, PG. (4. ed.). Milano: Giuffrè, s. 319; 6. ed., s. 312, 322, 323; 8.ed., s. 320, 328, 329; Pagliaro (1966), s. 109; Pagliaro (1989a), s. 16; Pagliaro (1989b), s. 568; Pagliaro (2003a), s. 40. Öngörülebilirliğin somut olması ile ilgili bkz. Militello (1984), s. 47; Militello (1994), s. 26; Militello (1988), s. 263 vd.

⁶¹⁰ Pagliaro (1991), s. 190.

⁶¹¹ Canestrari (1989b), s. 263.

⁶¹² Pagliaro (1989a), s. 16.

⁶¹³ Bu eleştiri için bkz. Boscarelli (1984), s. 895; Fiandaca ve Musco (1989), s. 577; Bricola (1988), s. 26; Pulitanò (1989a), s. 564

⁶¹⁴ Pagliaro (2003b), s. 331; Pagliaro (1991), s. 188 vd.

⁶¹⁵ Pagliaro (2003b), s. 300 vd.

dolayısıyla öngörülebilir neticenin öngörülmemesi söz konusudur⁶¹⁶. Gallo'ya göre dikkatsizlik, tedbirsizlik ve acemilik şeklindeki taksir söz konusu olduğunda, belirli bir neticenin meydana gelmemesi için düzenlenmiş bir kural ihlal edilmiş olmalıdır. Sübjektif sorumluluk neticenin öngörülebilirliği ve önlenebilirliğinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle öngörülebilirlik ve önlenebilirlik kavramları ile davranış kurallarının ihlali arasında fark bulunmamaktadır⁶¹⁷.

Bir kez daha tekrarlamak gerekir ki Pagliaro'ya göre, taksirden bahsedebilmek için sadece davranış kurallarının ihlali yeterli değildir, aynı zamanda izin verilen riskin aşılması gerekir⁶¹⁸.

İzin verilen riskin aşılması, davranış kurallarının ihlalinden farklı bir şey değildir. İzin verilen risk konusunda bir davranış kuralının öngörülmesi bulunması zaten burada bir zarar ihtimali olduğunu gösterir ve belli bir sınırın ötesine geçmemeyi emreder. Bu limit aşıldığı takdirde zaten söz konusu risk ortaya çıkmış olur. İzin verilen risk kapsamında bulunan bir kimse davranış kurallarını da ihlal etmiş sayılmaz. Örneğin şehir içinde 50 km'nin altında seyreden bir araç izin verilen risk kapsamında bulunmaktadır. Araç kullanmak her zaman bir risk taşır ancak bu izin verilen bir risktir.

Diğer bir ifadeyle, izin verilen risk ile taksir arasında doğrudan bir ilişki bulunmaz. Taksir bir davranış kuralının ihlalidir. Davranış kuralı ise öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütlerine göre oluşturulmuştur⁶¹⁹. Taksir ya davranış kuralı ile öngörülebilir ve önlenebilir olduğu kabul edilen neticenin meydana gelmesi halinde ya da neticenin meydana gelmesini engelleyici nitelikteki davranışın yapılmaması şeklinde ortaya çıkar⁶²⁰.

İzin verilen riskin aşılması ve davranış kurallarının ihlali aynı şeyi ifade eder. Bu durum Pagliaro tarafından da belirtilmiştir: İzin verilen risk kapsamı içerisinde bulunan davranışlar, davranış kurallarını da ihlal etmezler⁶²¹. Bu sınırın aşıp aşılmadığı model ajan ölçütüne göre belirlenir. Dolayısıyla davranış kurallarının ihlali ile izin verilen riskin aşılması konusunda aynı ölçütler kullanılır.

⁶¹⁶ M. Gallo (1960). Colpa penale (diritto vigente), *EdD*, VII, s. 637 vd.

⁶¹⁷ M. Gallo (1960), s. 637 vd.

⁶¹⁸ Pagliaro (2003b), s. 300, 327.

⁶¹⁹ Marinucci (1965), s. 211.

⁶²⁰ M. Gallo (1960), s. 640; Marinucci (1965), s. 211.

⁶²¹ Pagliaro (2003b), s. 301.

Sadece izin verilen risk sınırları dışına çıkılması halinde davranış kurallarının ihlal edildiği söylenebilir⁶²². İzin verilen bir riskin söz konusu olmadığı hallerde ise sonucun öngörülebilir ve önlenabilir olması taksirin varlığından bahsetmek için yeterlidir⁶²³.

4. Öngörülen cezalar bakımından orantısızlık bulunmaktadır.

a) Taksirli suçlar ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların cezalarının karşılaştırılması

Pagliario'ya göre, tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu hallerinde fail meydana gelen neticeden sorumludur. Çünkü fiil tamamen hukuka aykırıdır. Oysa taksirde, hareket hukuka uygun bir alanda başlar ve izin verilen riski aştığı oranda cezalandırılmalıdır. Bu nedenle taksirli suçtaki ceza, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan daha hafif olmalıdır⁶²⁴.

Pagliario'nun tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğunda temel fiilin hukuka aykırı olduğu ve taksirde ise temel fiilin hukuka uygun olduğu yönündeki açıklama girişimi başarılı değildir. Çünkü:

1) Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda iki netice bulunurken⁶²⁵, taksirli suçlarda tek netice bulunmaktadır. Bu nedenle taksirli suçlarda cezanın, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan daha az olması gerekir.

2) Pozitif hukukta da Pagliario'nun söylediğinin aksine hükümler bulunmaktadır. Yani taksirli suçun, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan daha ağır şekilde veya aynı şekilde cezalandırıldığı hükümler bulunmaktadır. Örneğin taksirli insan öldürme (İCK m. 589) yardım yükümlülüğünün ihlali sonucu ölüm meydana gelmesi (İCK m. 593/3) halinden daha ağır şekilde cezalandırılmaktadır. Taksirli yangın çıkarma suçu (İCK m. 449) mala zarar verme sonucu yangın meydana gelmesi halinden daha ağır şekilde cezalandırılmaktadır. Taksirli tren kazası (İCK m. 449) mala zarar vermenin tren kazasına neden olması haliyle aynı ceza ile cezalandırılmaktadır (İCK m. 231)⁶²⁶.

b) Hukuka aykırı risk sorumluluğu ile kasıtlı ve taksirli suçların içtimaı hallerinde öngörülen cezaların karşılaştırılması

⁶²² Canestrari (1989b), s. 116; Marinucci (1965), s. 212.

⁶²³ Fiandaca ve Musco (1989), s. 577.

⁶²⁴ Pagliario (2003b), s. 327; Pagliario (1989a), s. 17.

⁶²⁵ D. Rende (1938). I delitti con doppio evento. *RIDP*, s. 3 vd.; Delitala (1930), s. 129.

⁶²⁶ Basile (2005), s. 154.

Pagliari objektif sorumluluk halinde temel fiilin hukuka aykırı olması ve taksirli sorumluluk halinde temel fiilin hukuka uygun olmasının bir sonucu olarak temel fiilin hukuka aykırı olduğu hallerde cezanın daha ağır olması gerektiğini savunmuştur. Yazara göre, gerek yürürlükteki ceza hukuku, gerekse ceza siyaseti gereğince temel fiilin bir suç olduğu risk sorumluluğu hallerinde verilecek olan cezanın taksirli ve kasıtlı suçun içtimai hallerinde verilecek olan cezadan daha ağır olduğu görülmektedir⁶²⁷.

Bu görüşe katılmak mümkün değildir:

1) İlk olarak Pagliaro'nun hukuka aykırı risk sorumluluğu hallerine benzer durumlar olarak gördüğü taksirli ve kasıtlı suçların içtimai her suç hipotezi için geçerli değildir.

Tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu ile kasıtlı ve taksirli suçların içtimainın eşdeğer olması haline tek neticeli suçta sapma ve cezalandırılabilme şartlarına ilişkin durumlarda rastlanmaz. Ancak kastı aşan insan öldürme (İCK m. 584) ve şerikin öngörülmeleyen neticeden sorumluluğu (İCK m. 116) hallerinde sadece istenen neticenin en azından teşebbüs aşamasına geçilmiş olması halinde sözü edilen eşdeğerlik bulunabilir. Ancak Pagliaro bu şarta da değinmemiştir⁶²⁸. Netice olarak Pagliaro'nun sözünü ettiği eşdeğerlik sadece hedefte sapma ve çok neticeli suçta sapma ve neticenin zorunlu olarak istenmemiş olması gereken neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda var olabilir.

2) İkinci olarak, kasıtlı ve taksirli suçların içtimai hallerinin tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğuna göre daha ağır cezalandırılmaları da her zaman söz konusu değildir. Nitekim bazı suçlarda neticenin zorunlu olarak istenmemesi gereken neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtaki cezanın, kasıtlı ve taksirli suçun içtimai halinde verilecek cezadan daha fazla olmadığı hallere rastlanmaktadır⁶²⁹. Suçta çok neticeli sapma halinde kanunun açıkça belirttiği üzere (İCK m. 83) kasıtlı ve taksirli suçun içtimai hali için öngörülen ile aynı cezanın belirlendiği görülmektedir.

3) İtalyan ceza öğretisinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları kanundan çıkarma ve sorunun çözümünü suçların içtimai hükümlerinde arama yolu önerilmiştir. Ancak bu

⁶²⁷ Pagliaro (2003b), s. 330; Pagliaro (1991), s. 193; Pagliaro (1989a), s. 17.

⁶²⁸ Pagliaro (2003b), s. 334 vd.

⁶²⁹ Basile (2005), s. 155.

durumda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda daha ağır cezalandırma ihtiyacı karşılanmamış olacağından, bu yola gidilmemektedir.

1.3.4.2.3. Teorinin yargı kararlarındaki yansıması

Tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu teorisinin özü Temyiz Mahkemesi tarafından iki kararda ele alınmıştır⁶³⁰. Sözü edilen kararlar 586. madde hakkında verilmiştir.

1) İlk kararda, kırsal bir alanda bir arkadaş grubu gürültü yaparak eğlenmektedir. Bu bölgede yaşayan A, sözü edilen grubu gürültü yapmamaları yönünde uyarır. Sözü edilen grup, bu uyarıya hakaret ve tehdit içeren sözlerle karşılık verirler. Sonuçta grup içerisinde iki kişi, B ve C kendilerini uyaran kişinin evine girerler ve B, A'nın boğazını sıkarak, A, çevreden yetişenlerin yardımı ile B'nin hareketinden kurtulur ve dengesi bozuk bir halde kendi deposuna giderek bir çekiçle döner ancak bu çekici A'nın bir arkadaşı A'nın elinden alır. Bu anda A yere düşer, yerden kalksa da yeniden düşer. Kendisine yardım için gelenlere güçlü bir baş ağrısı olduğunu söyler. İki saat sonra geri dönüşü olmayan bir komaya girer ve üç gün sonra hastanede ölür.

Adli tıp raporu, A'nın endokronik anevrizma nedeniyle öldüğünü belirtir. Ancak bu anevrizma ani bir şekilde gelişmemiş, yavaş yavaş gelişmiştir ve yavaş bir şekilde beyin kanaması ortaya çıkmıştır. Bu anevrizma tansiyon yüksekliğinden kaynaklanmaktadır. Ancak bu toplardamarın kanamaya ne zaman başladığı bilinmemektedir. Yani A ile grup arasındaki kavga sırasında mı, boğazın sıkılması sırasında mı yoksa daha sonra mı meydana geldiği kesin olarak belirlenememektedir⁶³¹.

Temyiz Mahkemesi B ve C'yi konut dokunulmazlığını ihlali takip eden ölüm neticesi nedeniyle İCK 586. madde uyarınca cezalandırmıştır. İCK'nın 586. maddesi ile istenmeyen temel bir kasıtlı suç neticesi ölüm veya yaralama meydana gelen durumlarda fail sadece maddi nedensellik bağına dayanarak objektif sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutulmaktadır. Nedensellik bağına dayanan bu durumda objektif sorumlulukla cezalandırılabilir olan fail taksirli suçtan sorumlu tutulmaktadır. Temyiz Mahkemesi'ne göre burada hukuka uygun bir riskten bahsedilemez ve

⁶³⁰ Pagliaro (2003b), s. 332, dipnot 100.

⁶³¹ C 3.8.1993 (ud. 28.5.1993), Ciman, CED 194773, RP 1994, s. 284.

dolayısıyla taksirli suçta meydana gelen risk ile sözü edilen olayda meydana getirilen risk birbirleriyle örtüşmemektedir. Bu nedenle burada kusur ilkesinin uygulanması mümkün değildir. Temyiz Mahkemesi istenmeyen ölüm neticesinden faili nedensellik bağına dayanarak sorumlu tutmuştur⁶³².

Gerekçe okunduğunda kararda pek çok çelişki bulunduğu görünmektedir:

-İCK m. 586 uyarınca fail neticeden taksirli olarak sorumludur ancak taksirin araştırılmasına gidilmemiştir.

-586. madde kusur ilkesi ile çatışmamaktadır. Ancak kararda ceza sorumluluğunun kişiselliği ile bağdaşan hiçbir açıklama yapılmamıştır. Hatta Pagliaro'nun öne sürdüğü ve kusur ilkesinin varlığını gösteren öngörülebilirlik ve önlenebilirlik kriterlerinden dahi söz edilmemiştir.

-Kararda 586. maddenin bir objektif sorumluluk hipotezi olmadığı belirtilirken, fail sadece önceden gerçekleştirmiş olduğu kasıtlı suç ile meydana gelen netice arasındaki maddi nedensellik bağına dayanarak sorumlu tutulmaktadır.

2) İkinci kararda ise A ile B dostça konuşmaktadırlar. A cebinde hukuka aykırı olarak kamusal alanda taşımakta olduğu yarı otomatik silahı istemeksizin ateşler ve B'nin ölümüne neden olur⁶³³.

Temyiz Mahkemesi A'yı hukuka aykırı olarak silah taşıma sonucu ölümün meydana gelmesi nedeniyle İCK 586. maddesinden sorumlu tutar. Temyiz Mahkemesi bu kararda da 586. maddenin bir objektif sorumluluk hipotezi olmadığını belirtir. Çünkü temel fiil öngörülebilir ve istisnai olmayan bir risk doğurduğuna göre, bu risk gerçekleştiğinde objektif sorumluluktan bahsedilemez⁶³⁴.

Sözü edilen kararda fail silahı tedbirsizce ve özensizce kullanması nedeniyle ölüm neticesinden taksirli olarak sorumlu tutulmuştur. Bu karar gereğince İCK 586. madde uyarınca faili sorumlu tutabilmek için failin gerçek bir taksirinin bulunması gerekli değildir.

Görüldüğü gibi bu kararda gerçek bir taksirin bulunması aranmadığı gibi, neticenin öngörülebilirliğinin ve meydana gelen neticenin istisnai bir netice olup

⁶³² C 3.8.1993 (ud. 28.5.1993), Ciman, s. 284 vd.

⁶³³ C 28.3.1997, Sambataro, CED 207274, CP 1998, s. 817 kararın gerekçesi için bkz. P. Pisa (1999). *Giurisprudenza commentata di diritto penale, vol. I, delitti contro la persona, contro il patrimonio e in materia di stupefacenti*. (3. ed.). Padova: CEDAM, s. 112.

⁶³⁴ C 28.3.1997, Sambataro, s. 817.

olmadığının fail açısından mı yoksa objektif olarak mı araştırılacağı, somut olay göz önüne alınarak mı yoksa genel olarak öngörülebilir ve istisnai olmayan bir neticenin mi meydana geldiği konusunda herhangi bir açıklık getirilmemiştir⁶³⁵.

Temyiz Mahkemesi tarafından verilen bu kararlar nedensellik bağına dayanan sorumluluğun üzerini örtmek amacıyla tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu teorisinin “hukuka aykırı risk” ve “neticenin öngörülemez olmaması” ölçütlerini kullanmaktadır.

Bu teori kusur ilkesinin hukuk sistemi içerisine tam anlamıyla nüfuz etmesini engellemiştir.

1.3.4.2.4. Değerlendirme

Yukarıda belirtilen öğreti ile hukuka aykırı temel fiilin bulunduğu hallerde de taksirin söz konusu olabileceğini savunan öğreti birbirine aslında yakın öğretilerdir. Lafzi açıdan farklar bulunmakla birlikte aralarında esasa ilişkin az sayıda farklılık bulunmaktadır⁶³⁶.

Bu iki öğreti arasındaki farklılıklar zaman içerisinde azalmıştır. Her iki teori öngörülebilirlik ve önlenebilirlik kriterini kullanmışlardır. Aslında bu kriterler taksirin belirlenmesinde kullanılan kriterlerdir. İlk önceleri taksirli suç ile tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu arasındaki farkı açıklamak için izin verilen risk kriteri kullanılmaktaydı. Ancak zaman içerisinde öngörülebilirlik ve önlenebilirlik kriteri kullanılmaya başlanınca temel fiilin hukuka aykırı nitelik taşıdığı taksirli sorumluluk hallerinin de bulunduğu fark edilmiştir (istenmeyen ağırlaştırıcı nedenler, çok neticeli suçta sapma, çift neticeli hedefte sapma halleri gibi).

Yukarıda eleştirilen öğreti taksir ile objektif sorumluluk arasındaki ayrım konusunda bazı şüpheli alanlar bırakmaktadır. Bu nedenle ortadan kaldırılmak istenen nedensellik bağına dayanan sorumluluk hâlâ uygulanmaya devam edilmektedir. Eleştirilmekte olan teorinin uygulama tarafından sadece “temel fiilin hukuka aykırı olması halinde taksirin varlığından söz edilemeyeceği”ne dair açıklamasının

⁶³⁵ Basile (2005), s. 159.

⁶³⁶ A. Pagliaro (2006). Principi penalistici e dogmatica del reato. *Scritti in onore di Marinucci*. Milano: Dott. A. Giuffrè.

benimsenip, “tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğunun taksirli sorumluluğa çok benzer olduğu ve objektif sorumluluktan oldukça uzak bulunduğu”na dair tespitinin ise dikkate alınmayacağı, bu nedenle öğretiyi savunan yazarların amacına aykırı olarak kusur ilkesinin hukuk sistemine tam olarak girmesinin engellenmesi sonucunu doğuracağı endişesi taşınmaktadır⁶³⁷.

Kusur ilkesinin hukuk sistemine tam olarak yerleşebilmesi için temel fiilin hukuka aykırı nitelik taşıdığı hallerde de taksirli sorumluluğun bulunacağının kabul edilmesi gerekmektedir⁶³⁸.

1.3.4.3. Ceza kanununun ihlalinden doğan taksirli sorumluluk

1.3.4.3.1. Teorinin izahı

Temel kasıtlı suçu takip eden istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda, temel suçun işlenmesi ile ceza kanununun ihlal edildiği ve bunun ağırlaşmış netice bakımından taksiri meydana getirdiği, failin söz konusu taksir nedeniyle istenmeyen neticeden sorumlu tutulduğu anlayışı ortaya çıkmıştır. Bu teori özellikle temel suçun kasıtlı bir suç olduğu hallerde, suçta sapma halleriyle ilgili İCK’nın 83. ve 586. maddeleri hakkında uygulanmıştır⁶³⁹. Kastı aşan suçlarda da bu görüşü savunan yazarlar bulunmaktadır⁶⁴⁰.

Kasıtlı bir suç takip eden istenmeyen neticeden sorumluluk konusundaki bu teori ilk defa Zanardelli Kanunu⁶⁴¹ zamanında Finzi⁶⁴² tarafından, (geniş anlamda) kastı aşan

⁶³⁷ Bkz. Basile (2005), s. 160.

⁶³⁸ Basile (2005), s. 160.

⁶³⁹ Basile (2005), s. 161.

⁶⁴⁰ O. Vannini (1950). *Quid juris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale, vol. V (Aborto - Omicidio preterintenzionale)*. Milano: Giuffrè, s. 86; F. Alimena (1947), s. 199; F. Giannelli (1994). *La figura del delitto preterintenzionale*. Salerno: C.E.D. Gruppo cooperativistico editoriale, s. 23.

⁶⁴¹ Taksir kavramı Zanardelli Kanunu’nda genel hükümler kısmında tanımlanmış değildi. Ancak taksirin varlığı ve içeriği özel hükümler kısmında yer alan taksirli suçlardan anlaşılmaktaydı (örneğin, m. 371’deki taksirle öldürme, m. 311’de yer alan kamusal tehlike yaratan suçlar gibi. Burada taksir kavramı doğrudan ceza kanununun ihlalinden değil, diğer düzenlemelerin ihlalinden kaynaklanmaktadır. Ancak öğretide ceza kanunun ihlali halinde de bir taksirin bulunduğu kabul edilmektedir). B. Alimena (1910). *Principii di diritto penale, vol. I*. Napoli: Pierro, s. 330; P. Vico (1905). *Omicidio. Digesto Italiano*, XVII, s. 255; G. De Francesco (1993b). *La colpa nel codice Zanardelli in rapporto alla successiva evoluzione dommatica. Diritto penale dell’ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*. Padova: CEDAM, s.

suçlarda istenmeyen neticeden taksir ile sorumluluk düşüncesini desteklemek amacıyla ileri sürülmüştür. Zanardelli Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde bu teori Delitala'nın bazı çalışmalarında da yer almıştır⁶⁴³.

Bu teori Ceza Kanunu hazırlık çalışmaları sırasında 86. maddede (yürürlükteki Ceza Kanunu m. 83'de) düzenlenen suçta sapma hali ile ilgili tartışmalar kapsamında ortaya çıkmıştır⁶⁴⁴.

Ceza kanunun ihlali dolayısıyla meydana gelen taksir teorisi, özellikle Rocco Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile üzerinde daha fazla durulan bir konu haline gelmiştir. Teorinin yapısı teknik açıdan çok fazla incelenmeden, Vannini tarafından kastı aşan suç⁶⁴⁵, Spiezia tarafından neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar⁶⁴⁶, Altavilla tarafından suçta sapma⁶⁴⁷ konularında uygulanmıştır. Rende de 83. ve 586. maddelerin aslında geniş anlamda kastı aşan suç niteliği taşıdığını belirttikten ve kastı aşan suçun kast ve taksir birleşimi olduğunu açıkladıktan sonra, Delitala'nın açıklamalarından da yararlanarak "taksirin varlığı için sadece kanun dışındaki diğer düzenlemelerin veya idari tedbirlerin ihlali yeterli ise ceza kanununun ihlali de taksirin varlığı için neden yeterli olmasın?" sorusunu yöneltmiştir⁶⁴⁸. Frosali de İCK'nın 83. maddesinin uygulanmasında eğer çift netice var ise sözü edilen teorinin kullanılması taraftarıdır. Ancak tek netice bulunuyorsa istenen netice açısından teşebbüs dahi söz konusu

409 vd.; D. Castronuovo (2002). Le definizioni legali del reato colposo. *RIDPP* (2002). Le definizioni legali del reato colposo. *RIDPP*, s. 49.

⁶⁴² Finzi (1925), s. 156.

⁶⁴³ G. Delitala (1928). Le dottrine generali del reato nel progetto del codice Rocco (i titoli III e IV del Progetto). *Osservazioni intorno al progetto preliminare di un nuovo codice penale*. Milano: Vita e Pensiero; G. Delitala (1976). *Raccolta degli scritti, tomo I*. Milano: Giuffrè, s. 326.

⁶⁴⁴ Lav. Prep. vol. V, parte I, s. 138.

Son tasarı metninde sadece ceza kanununa uymama hali, istenmeyen neticeden sorumluluk için yeterli görülmemiştir. Failin istenmeyen netice açısından taksirinin bulunması gerekir (Lav. Prep. vol. V, parte I, s. 138).

⁶⁴⁵ O. Vannini (1932). *Lineamenti di Diritto Penale*, PG. Firenze: casa ed. poligr. universitaria Carlo Cya, s. 85 vd.

⁶⁴⁶ V. Spiezia (1937). *Il reato complesso*. Udine: Istituto delle Edizioni Accademiche, s. 165; yangın çıkarmayı takip eden mala zarar verme suçu ile ilgili olarak (ICK m. 424, f. 2): Spiezia (1938), s. 553.

⁶⁴⁷ E. Altavilla (1931). *Lineamenti di diritto penale*. Napoli: A. Morano, s. 135. Daha sonra yazar gerçek bir taksirin varlığının gerekli olduğuna dair görüşü benimsemiştir: Altavilla (1934-1939), s. 67 vd.

⁶⁴⁸ Rende (1938), s. 9, 15; D. Rende (1940). Reato aberrante e preterintenzione. *SP*, I, s. 266; D. Rende (1932). Intorno agli articoli 584 e 586 del codice penale. *ADPP*, s. 920.

olmadığından ceza kanunun ihlali de bulunmayacaktır. Bu nedenle bu teorinin kullanılması mümkün değildir⁶⁴⁹.

Leone, hedefte sapma, suçta sapma ve 586. maddede öngörülen suç (başka bir suçu takip eden ölüm veya yaralama neticelerinden sorumluluk) hipotezleri için ceza kanununun ihlalinden doğan taksir teorisinin kullanılabileceğini ifade etmiştir⁶⁵⁰.

Leone'ye göre temel kasıtlı suça ilişkin hareket ceza kanununun ihlalini oluşturur. Bu hareketten meydana gelen istenmeyen netice kanunun ihlali dolayısıyla 43. madde (suçun manevi unsuruna ilişkin genel hüküm) gereğince taksirli kabul edilir.

Bu sonuca varmak için öncelikle 43. maddede taksirin tanımı yapılırken kullanılan "kanunun ihlali" kavramında, sözü edilen "kanun" ifadesinin, kasıtlı bir fiili suç olarak düzenleyen ceza kanunlarını da içerdiğini kabul etmek gerekir⁶⁵¹. Ancak bu görüş sözü edilen dönemde öğreti tarafından kabul edilmemiştir⁶⁵².

Leone teorisini desteklemek için şu araçlardan yararlanmıştır.

1) İlk olarak 43. maddenin lafzı, kanunun ihlalinden bahsetmektedir. Burada, ceza kanunlarını "kanun" ifadesinin dışında bırakacak nitelikte herhangi bir ibare bulunmamaktadır⁶⁵³. Dolayısıyla "kanun", ceza kanunu da olabilir.

⁶⁴⁹ Frosali (1933), s. 429.

Frosali tarafından suçta tek neticeli sapma halinde taksirin kendiliğinden var olduğu kabul edilmiştir. Yazara göre "bir suçta öngörülen neticenin meydana gelmesi amaçlandığında bu başlı başına tedbirsizlik yaratır". Nitekim yazar daha sonraki bir eserinde m. 83/1'de "taksir varsayımını" kabul etmektedir. Frosali (1958b), s. 221; R. A. Frosali (1958a). *Sistema penale Italiano, I, vol. I*. Torino: UTET, s. 404.

Costa da "bir suç işlemek amacıyla harekete geçilmesi halinde taksir karinesinin varlığını- iuris et de iure" kabul etmiştir. S. Costa (1939). *La valutazione dell'errore nel diritto penale. RIDP*, s. 46.

Corini de ceza kanununun ihlalinden doğan taksir teorisini reddettikten sonra, "failin bir suç işleme kararının bulunduğu hallerde bu suçu işleyemese dahi başka bir istenmeyen netice meydana geldiğinde de failin hukuka aykırı bir zeminden hareket ederek istenmeyen neticeyi meydana getirdiği"nin kabul edileceğini ifade etmiştir. Corini (1987), s. 569.

⁶⁵⁰ Leone (1940), (art. 82 e 83 c.p.), s. 138, 206, 220; Manzini (1961), n. 262; Bettiol (1962), (1. ed. 1945), s. 301., G. Bettiol (1938). *Sul reato aberrante. Scritti in memoria di Massari*. Napoli: Eugenio Jovene, G. Bettiol (1966). *Scritti giuridici, tomo I*. Padova: CEDAM, s. 221; Chiarotti (1946), s. 239; D. Cucchiara (1962). Morte e lesioni come conseguenza di altro delitto. *RP*, I, s. 41; A. Grieco (1953). Suicidio in seguito a maltrattamenti. *GP*, II, s. 836; A. Marchesiello (1960). Atti di libidine e suicidio della vittima. *RP*, s. 596; N. Marvulli (1964). L'art 586 c.p. ed il suicidio come conseguenza di altro delitto doloso. *AP*, II, s. 543; Nuvolone (1978), s. 288; G. De Francesco (1998), s. 137 vd.

Bkz. F. Alimena (1947), s. 87.

⁶⁵¹ G. Leone (1941). Appunti polemici in tema di "aberratio ictus" con pluralità di eventi. *GP*, s. 213.

⁶⁵² Basile (2005), s. 143.

⁶⁵³ Leone (1940), s. 141.

2) Bir norm kural ve cezadan oluşur. Bir suç söz konusu olduğunda bu fiilin suç teşkil edip etmediğini tespit için önce davranış veya kural dikkate alınır, bu aşamada ceza dikkate alınmaz. Kuralın ihlal edildiği tespit edildikten sonra bu davranışın yaptırımının cezai mi hukuki mi olduğu tespit edilir. Dolayısıyla 43. madde açısından ilk önce kurala bakılması gerekir. Daha sonra bunun ceza hükmü mü, yoksa özel hukuk hükmü mü olduğu incelenir. 43. madde (suçun sübjektif unsuru) açısından bu ihlalin ceza hukukuna mı yoksa özel hukuka mı ilişkin bir ihlal olduğu önem arz etmez⁶⁵⁴.

3) Taksir, korunan hukuki yararlar zarar veya tehlikenin meydana gelmesini önlemeye yönelik davranış kurallarının ihlali⁶⁵⁵ olduğuna göre, her ceza normu bastırıcı bir etki yanında tehlikeyi önleme fonksiyonu da görür. Dolayısıyla her bir ceza kuralında yasak olan neticenin meydana getirilmemesi emredilirken aynı zamanda bu suçla korunan hukuki yarar için bir tehlike yaratılmaması da emredilmiş olur. Bu durumda ceza kanunu ihlal edildiğinde, bu ihlal aynı zamanda başka bir netice için de risk teşkil eder. Eğer bu risk gerçekleşir ise fail bu neticeden taksir ile sorumlu olur⁶⁵⁶.

Leone teorisinin suçta sapma halleri için kullanılabileceğini kabul eder. Bu teori bir taksir karinesi⁶⁵⁷ öngörmektedir. Somut olayda failin istenmeyen netice açısından gerçekten taksirli olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur⁶⁵⁸. Eğer tedbirsizlik, dikkatsizlik ve acemiliğin gerçekten bulunup bulunmadığı araştırılır ise, bu sadece taksirin derecesi konusundaki karar üzerinde etki eder⁶⁵⁹.

Netice olarak Leone'ye göre suçta sapma halinde sorumluluk için maddi nedensellik bağı ve temel suç açısından ceza kanununun ihlali yeterlidir⁶⁶⁰. Bu durum Leone tarafından da farkedildiği üzere taksir ile objektif sorumluluk arasındaki sınırı daraltıcı bir etki göstermiştir⁶⁶¹.

Leone teorisini desteklemek amacıyla kasıtlı ve taksirli kabahat ve cürümlerin içtimaı ve çok neticeli suçta sapma halinde kast ve taksirin bir arada bulunması gibi

⁶⁵⁴ Leone (1940), s. 141.

⁶⁵⁵ De Marsico (1940), s. 241.

⁶⁵⁶ Leone (1941), s. 216; Rende (1940), s. 264.

⁶⁵⁷ Leone (1940), s. 149-150, 209.

⁶⁵⁸ Taksir karinesini reddetmekle birlikte aynı yönde görüş için bkz. Rende (1938), s. 18.

⁶⁵⁹ Leone (1940), s. 151.

⁶⁶⁰ Leone (1940), s. 209, 150; Rende (1938), s. 18.

⁶⁶¹ Leone (1940), s. 209.

durumları kullanmaktadır⁶⁶². Ancak Leone'nin bu açıklamaları sadece kast ve taksirin bir arada bulunabileceğini kanıtlamayı sağlar; ceza kanununun ihlalinin doğan taksir teorisini destekleyici bir özellik göstermez. De Marsico'nunda ifade ettiği gibi esas sorun, bir hareket ile biri kasıtlı biri taksirli olmak üzere iki neticenin meydana geldiğini belirlemek değil, bu hareketin başka bir suç için taksir derecesinde bir sorumluluğu doğurduğunu tespit etmektir⁶⁶³.

1.3.4.3.2. Teorinin eleştirisi

Ceza kanununun ihlali dolayısıyla taksir karinesinin oluştuğu tezi, çeşitli açılardan eleştiriye maruz kalmıştır.

İlk olarak suçun sübjektif unsurunu düzenleyen İCK'nın 43. maddesinin teoriyi savunanların kabul ettiklerinden farklı şekilde de yorumlanabileceği ifade edilmiştir. İCK'nın 43. maddesinde öngörülen “kanun” ifadesinin, bir tehlikeyi önleyici nitelikteki davranış kurallarını içeren düzenlemeler ile aynı özellikleri taşıması gerektiği belirtilmiştir. Çünkü “diğer düzenlemeler” ve “kanun” terimleri birbiriyle eşdeğer anlamda kullanılmıştır. Diğer düzenleyici işlemler, sadece belli bir tehlikeyi önleyici niteliktedirler, cezalandırıcı bir işlev görmezler. İCK m. 43'de sözü edilen “kanun”lar da bu özellikte olmalı, yani cezalandırıcı bir özellik göstermemelidir⁶⁶⁴.

Ceza kanununun ihlalinin doğan taksir teorisini eleştiren bu görüşe göre, İCK'nın 43. maddesinde yer alan “kanun” kavramının yorumu için “özel taksir” teorisinin tarihi gelişimine bakmak faydalı olacaktır. Özel taksir ifadesi, ilk olarak 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda (m. 319) kullanılmıştır. Bu düzenleme 1859 tarihli Sardanya Ceza Kanunu'na (m. 554) aynen alınmıştır. Daha sonra da Zanardelli Ceza Kanunu tarafından benimsenmiştir⁶⁶⁵. Rocco Kanunu da söz konusu hüküm üzerinde herhangi bir değişiklik yapmadan, bu hükmü kanun metni içine almıştır⁶⁶⁶. Rocco Kanunu'nun taksire ilişkin hükmünde yer alan “kanun” ifadesi, Zanardelli Kanunu'nda

⁶⁶² Leone (1940), s. 143.

⁶⁶³ De Marsico (1940), s. 238.

⁶⁶⁴ A. De Marsico (1941). Ancora sulla colpa per “inosservanza di leggi” e sul reato aberrante. *ADPP*, s. 780.

⁶⁶⁵ F. Alimena (1947), s. 79.

⁶⁶⁶ Antolisei (1955), s. 4.

yer alan “kanun” ifadesine herhangi yeni bir anlam katmamaktadır⁶⁶⁷, sadece taksirin varlığı için gerekli olan önleyici nitelikteki davranış kurallarının bütünü ifade etmek üzere kullanılmış bir terimdir⁶⁶⁸.

Leone’nin teorisini eleştiren bu görüş, taksirin başkaları için tehlikeli neticeler doğurabilecek davranışlara ilişkin düzenlemelerin ihlalinin ibaret olduğunu belirtir⁶⁶⁹. Bu düzenlemeler devlet tarafından konulmuş olabilecekleri gibi diğer otoriteler tarafından da konulmuş olabilirler. Önemli olan bu düzenlemelerin tehlikeli neticeyi önlemeye yönelik davranış kurallarını içermesidir⁶⁷⁰. İCK’nın 43. maddesinde, sadece cezalandırıcı bir işlev gören kanun hükümlerine değil aynı zamanda tehlikeyi önleyici nitelikte olan kanun hükümlerine de yollama yapılmaktadır⁶⁷¹. Sadece cezalandırıcı işlev gören kanun hükümleri 43. madde kapsamında taksirin oluşumu açısından dikkate alınmaz⁶⁷².

Önleyici nitelikte olan hukuk kurallarının ihlalinin özel taksirin varlığı için gerekli olduğu öğretide kabul görmüştür⁶⁷³.

⁶⁶⁷ Zanardelli ve Rocco Kanunlarında taksirin düzenlenişine ilişkin karşılaştırma için bkz. E. Florian (1934). *Parte generale del diritto penale*, vol. I. (4. ed.). Milano: Vallardi, s. 483.

⁶⁶⁸ Antolisei (1955), s. 7; De Marsico (1940), s. 241; Mirri (1977), s. 883.

⁶⁶⁹ M. Gallo (1960), s. 641.

⁶⁷⁰ Antolisei (1955), s. 6; Forti (1990), s. 309.

⁶⁷¹ Antolisei (1955), s. 7. De Marsico’ya göre 43. maddede sözü edilen kanunlar, sadece idari kanunlar ve idari düzenlemeler olabilir. De Marsico (1940), s. 240.

⁶⁷² Antolisei (1955), s. 7.

⁶⁷³ Alimena’ya göre, 43. maddede yer alan “kanunlar” kavramı sadece hukuken korunan yarara ilişkin önleyici bir nitelik taşıyan kanun hükümlerini kapsar. F. Alimena (1947), s. 89.

Antolisei, tehlikeli veya zararlı neticenin önlenmesi amacını güden normlara aykırı hareket halinde taksirin bulunacağını ifade etmiştir. Yazara göre, idare tarafından öngörülen davranış kuralları 43. maddede “kanunlara uymama” ifadesiyle ortaya konulmuştur. F. Antolisei (1980). *Manuale di diritto penale*, PG. (8. ed.). Milano: A. Giuffrè, s. 339.

Azzaroli ve Flora da, kanunların yani davranış kurallarının ihlalinde ve zararlı neticelerin önlenmesine yönelik özel önleme normlarının ihlali halinde, neticenin özel taksir ile meydana geldiğini ifade ederler. G. Flora ve P. Tonini (1997). *L’elemento soggettivo del reato. Nozioni di Diritto Penale*, Milano: Giuffrè, s. 49.

Boscarelli’ye göre de 43. maddede sözü edilen kanunlar dikkatli ve özenli davranmayı öngören normlar yani suç olarak öngörülen belli neticelerin önlenmesi amacını güden önleyici normları ifade eden bir kavramdır. M. Boscarelli (1968). *Compendio di diritto penale*, PG. (1. ed.). Milano: Giuffrè, s. 94.

Yukarıda sayılanların dışında da pek çok yazar “kanunlar” ifadesinden önleyici davranış normlarının kastedildiğini ifade ederler. Bkz. Canestrari (1989b), s. 108; Contento (1996), s. 150; Dassano (1977), s. 400; G. Delitala (1940). *Legittima difesa e reato colposo. RIDP*, s. 540 (Raccolta degli scritti, tomo I, s. 462); Fiandaca ve Musco (1989), (3. ed. 1995), s. 493; Fiore (1993), s. 252; Gabrio Forti (1990), s. 313; Grosso (1963), s. 486; Mantovani (1992), (3. ed., 1992), s. 349; Marinucci (1965), s. 227; Marinucci

Leone, teorisinin zayıf taraflarını yukarıda belirtilen eleştiriler ışığında fark edip, ceza kanunlarının önleyici ve bastırıcı nitelikte ikili bir fonksiyonu olduğunu belirtmiştir.

Konu ile ilgili pek de kabul görmeyen örneğinde Leone, İCK'nın insan öldürme suçunu düzenleyen 575. maddesini ele almaktadır. Yazara göre 575. madde çifte anlama sahiptir, burada iki emir vardır: Öldürme ve fiilin işlenişinde hata yaparak öldürme⁶⁷⁴. Ancak 575. madde bu şekilde anlaşılırsa, hükmün fiilin işlenişinde hata yapmayarak öldür anlamına geleceği, dolayısıyla öldür emrini içeren bir hüküm haline geleceği eleştirisi yapılmıştır⁶⁷⁵.

Eğer gerçekten Leone'nin dediği gibi kasıtlı suçları öngören hükümlerin aynı zamanda önleyici bir fonksiyonu da bulunuyorsa, failin istediği neticenin dışında başka bir neticenin meydana gelmesi hallerini düzenleyen İCK'nın 83. maddesi uyarınca, herhangi bir kasıtlı suç işleyen fail, bu suçu takip edebilecek herhangi bir netice bakımından önleyici tedbirler almaksızın hareket etmiş bulunuyorsa, bu neticeden de taksirli olarak sorumlu olur⁶⁷⁶. Yani bu görüş doğrultusunda kasıtlı bir suç işleyen her failin tüm taksirli suçlardan sorumlu olma ihtimali doğar. Ancak bu durum öngörülebilirlik ilkesine aykırıdır. Nitekim öngörülebilirlik ilkesi gereğince, bir kasıtlı fiil işleyen fail sadece bu suç için belirlenmiş olan neticenin meydana gelebileceğini öngörmelidir⁶⁷⁷.

Diğer bir ifadeyle bir ceza normunun hem bastırıcı ve hem de önleyici fonksiyona sahip olduğunun kabulü halinde, taksirin hangi suça ilişkin olduğunun tespiti imkânsız

(1996), s. 435; Militello (1984), s. 11; Padovani (2002), s. 258; A. Pagliaro (1998). *Principi di diritto penale*, PG. (6. ed.). Milano: Giuffrè, s. 295; Palazzo (1973), s. 56, dipnot 65; Pannain (1962), (2. ed., 1950), s. 340; Ramacci (1988), s. 167; Romano (2004), art. 43, s. 461 vd.; Santoro (1958), s. 395; Spasari (1957), s. 236; Tagliarini (1979), s. 170; Zuccalà (1952), s. 70.

Aynı şekilde İCK ile ilgili yeni tasarı metinlerinde de (Grosso ve Nordio tasarılarında) taksir kavramı önleyici nitelikteki davranış kurallarının ihlali olarak tanımlanmıştır (art. 28, Prog. Grosso 2001; art. 21, Prog. Nordio 2004).

⁶⁷⁴ Leone (1941), s. 216.

⁶⁷⁵ Antolisei (1948), s. 8; Fiandaca ve Musco (1989), s. 493; De Marsico (1940), s. 243 dipnot 1; Marinucci (1996), s. 433.

⁶⁷⁶ Militello (1984), s. 18.

⁶⁷⁷ Dassano (1977), s. 401.

hale gelir. Bu anlayış, meydana gelen bütün neticelerden taksirli olarak sorumluluk sonucunu doğurur⁶⁷⁸.

Ayrıca, kanunlara ve düzenlemelere uymama şeklinde ortaya çıkan taksirin varlığından söz edebilmek için Leone'nin görüşleri kabul edilirse, taksire ilişkin normun çok genel nitelikte olması⁶⁷⁹ istenmeyen neticenin önlenmesi amacıyla gerekli olan tüm önleyici davranış kurallarını içermesi gerekir ki bu durumda somut olaydaki davranış kuralının tespiti mümkün olmaz⁶⁸⁰.

Bunun dışında suçta tek neticeli sapma hallerinde de ceza kanunun ihlali söz konusu olmadığına göre, ceza kanununa uymama şeklinde ortaya çıkan bir taksir de söz konusu olmayacaktır. Eğer taksir Leone'nin savunduğu gibi ceza kanununun ihlali ise faili taksirinden dolayı sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır⁶⁸¹.

Leone de daha sonra tek neticeli suçta sapma halinde ceza kanununun ihlali şeklinde taksirin oluşumunun mümkün olmadığını, temel suçun teşebbüs haline dahi ulaşmamış olması halinde sadece tek bir suçun bulunduğunu kabul etmiştir⁶⁸².

Ancak İCK'nın 83. maddesinin birinci fıkrasında yer alan tek neticeli suçta sapma halinin tek başına bu teorinin tamamen ortadan kalkmasına neden olmayacağı; 83. maddenin diğer fıkralarında ve başka bir suçu takip eden ölüm veya yaralama neticesinden sorumluluğu düzenleyen İCK'nın 586. maddelerinde temel suçun en azından teşebbüs aşamasına ulaştığı hallerde bu teorinin uygulanabileceği ifade edilmiştir⁶⁸³.

Öğretide Leone'nin teorisini desteklemek amacıyla, temel suçun teşebbüs aşamasına dahi ulaşmadığı hallerde de temel suçu işlemeye yönelik olduğu yönünde hiçbir şüpheye yer bırakmayan bir hareketin bulunması durumunda kanuna aykırılığın

⁶⁷⁸ Marinucci (1965), s. 221 vd.

⁶⁷⁹ M. Gallo (1960), s. 638.

⁶⁸⁰ Marinucci (1965), s. 236 vd.; Grosso (1963), s. 486, dipnot 78.

⁶⁸¹ Spasari (1957), s. 235; M. Gallo (1960), s. 61; Marinucci (1965), s. 226; Palazzo (1973), s. 56, dipnot 65; Dassano (1977), s. 400; Trapani (1992), s. 163; Frosali (1933), s. 429.

Teşebbüs ve tamamlanmış suç hallerinde ise İCK m. 83, f. 2 uygulanacaktır: Antolisei (2003), s. 392; Canestrari (1989b), s. 45; Concas (1966), s. 390, dipnot 19; Frosali (1933), s. 428; M. Gallo (1958), s. 62; Mantovani (1995), s. 212; Marini (1993), s. 573; Ramacci (1988), s. 266; Regina (1970), s. 162; Romano (2004), s. 790.

⁶⁸² Leone (1940), s. 140.

⁶⁸³ Canestrari (1989a), s. 440; Frosali (1933), s. 429.

bulunduğu, böylece istenmeyen neticeden kanun hükmünün ihlali dolayısıyla meydana gelen taksir, yani özel taksirden sorumlu olunacağı ifade edilmiştir⁶⁸⁴. Bu görüş kabul edilemez. Çünkü teşebbüs aşamasına dahi ulaşmamış suçun, taksirin unsurlarından olan “ceza kanunlarına uymama”yı oluşturduğu kabul edilirse, belli bir suça yöneldiği kesin olan bir hareketin teşebbüs aşamasına dahi ulaşmadığı durumlarda meydana gelen istenmeyen neticeden failin taksirli sorumluluğu sonucu doğacaktır. Aynı şekilde iştirake ilişkin hüküm olan İCK m. 115’de sözü geçen teşebbüs halinde kalmış suça iştirak hallerinde de istenmeyen neticeden sorumluk için aynı problemler doğacaktır⁶⁸⁵.

Leone’nin teorisi’nin savunduğu taksir karinesi, taksirin varlığının hiçbir şekilde araştırılmasına gerek bırakmamış, ayrıca temel kasıtlı suç ile meydana gelen istenmeyen netice arasındaki nedensel ilişkiye dayanan objektif sorumluluğu da gizlemiştir⁶⁸⁶.

Leone’nin teorisi taksir ile objektif sorumluluğu birbirinden ayırma çabaları açısından oldukça zararlı bir teodir. Kast, taksir veya kastın aşılması dolayısıyla sorumluluk ile objektif sorumluluğu düzenleyen İCK’nın 42. maddesinde açıkça “altrimenti” (başka şekilde) ifadesi yer almaktadır. Bu ifade objektif sorumluluk ile taksir arasında önemli bir farkın bulunduğunu ortaya koyar. “Altrimenti”, taksirin sadece nedensellik bağı üzerine kurulmasını engelleme amacı bulunan bir ifadedir⁶⁸⁷.

Öğretide, ceza kanunu hükmünün ihlali ile ortaya çıkan taksir teorisinin yukarıda sayılan eleştiriler dikkate alınarak artık suçta sapma hallerinde uygulanmasından vazgeçilmiştir⁶⁸⁸.

Ceza kanununun ihlalinden doğan taksir teorisi neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda ilginç neticeler doğurmaktadır. Gerçekten neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış

⁶⁸⁴ G. De Francesco (1998), s. 150.

⁶⁸⁵ Pedrazzi (1952), s. 25.

⁶⁸⁶ Antolisei (1955), s. 10; A. A. Calvi (1962). Reato aberrante e omicidio preterintenzionale. *RIDPP*, s.1137; L. Conti (1957), s. 41; Canestrari (1989a), s. 441; M. Gallo (1958), s. 63; Marini (1993), s. 501; Palazzo (1973), s. 56, dipnot 65; Patalano (1984), s. 303; D. Petrini (1984). L’elemento psicologico nel reato di cui agli art 586-83 c.p. *CP*, s. 904; L. Pettoello Mantovani (1954). *Il Concetto ontologico del reato, struttura generale: La copla*. Milano: A. Giuffrè, s. 230; Regina (1970), s. 138; Spasari (1957), s. 235; Stile (1977), s. 144; E. Dolcini (2000). Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza, (Qualche indicazione per l’interprete in attesa di un nuovo codice penale). *RIDPP*, s. 879 vd.

⁶⁸⁷ Marinucci (1965), s. 223 vd.; M. Gallo (1960), s. 642 (İCK’nın 43. maddesinin 3. fıkrasını, 42. maddesinin 3. fıkrasına göre yorumlamak gerekmektedir).

⁶⁸⁸ Ancak De Francesco suçta sapma halini düzenleyen 83. maddenin uygulamasında bu teorisin kullanılabileceği kanaatindedir. G. De Francesco (1998), s. 137 vd.

Suçta sapma halleri dışında ceza kanununun ihlali dolayısıyla taksir teorisi sadece Gianelli tarafından kabul edilmektedir. Giannelli (1994).

suçlarda kanunun kendisi bir suçun, başka bir suça neden olabileceğini belirtir. Bu nedenle ceza kanunlarının önleyici fonksiyonları da olduğu görüşü mantıksız değildir⁶⁸⁹. Ancak unutulmamalıdır ki, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda istenen netice ve istenmeyen netice açık bir şekilde belirlenmiştir. Böylece neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda taksirin alanının çok geniş olduğu ileri sürülemez⁶⁹⁰.

Leone'nin teorisi, taksirin öngörülebilirlikten ibaret olduğunu kabul eden Alman ve Avusturya ceza hukuku öğretisinde karşılaşılan ve kast taksir kombinasyonu (birleşimi) içeren suçlarla ilgili olarak geliştirilmiş teori ile pek çok ortak özelliğe sahiptir. Bu teori de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun meydana gelmesinde bir davranış kuralının ihlalini gerekli ve yeterli görmektedir⁶⁹¹.

Bu teori öğretilde eleştirilmiş olmasına ve kusur ilkesiyle çatışmasına rağmen uygulamada kullanılmaya devam edilen bir teoridir⁶⁹².

1.3.4.3.3. Teorinin yargı kararlarındaki yansıması

Ceza kanununun ihlalinden doğan taksirli sorumluluk

Yaklaşık elli yıldır ağır eleştirilere maruz kalmasına rağmen ceza kanununun ihlalinden doğan taksir teorisinin özellikle İCK'nın 586. (başka bir suçu takip eden öldürme veya yaralama) ve 584. (kastı aşan öldürme) maddeleri hakkında uygulanmasına devam edilmiştir⁶⁹³. Uygulamanın bu teoriyi kabul etmesinin nedeni, aynı neticenin, objektif sorumluluk yerine taksir ile faile yüklenebilmesini sağlaması, ancak taksirin ispatını gerektirmemesi nedeniyle muhakeme açısından sağladığı kolaylıktır⁶⁹⁴.

⁶⁸⁹ Prosdoci (1985), s. 288; Trapani (1992), s. 403, 409; Giunta (1993), s. 374, 366; Pagliaro (1991), s. 192.

⁶⁹⁰ Prosdoci (1985), s. 289.

⁶⁹¹ Basile (2005), s. 182.

⁶⁹² Teorinin objektif sorumluluğu gizlemek amacıyla kullanıldığı endişesi sıklıkla dile getirilmiştir. Marinucci (1996), s. 433; Pagliaro (1996b), s. 44.

⁶⁹³ Marinucci (1996), s. 434.

⁶⁹⁴ Objektif sorumluluğun modern ceza hukukunda uygulanabilirliği konusunda bkz. Pagliaro (1989a), s. 3; Fiandaca (1989), s. 29; D. Pulitanò (1989b). Responsabilità oggettiva e politica criminale. Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza. Napoli: Jovene, s. 61.

Bu teori Rocco Kanunu'nun yürürlüğe girdiği ilk yıllarda 83. ve 586. madde hakkındaki az sayıda kararda uygulanmıştır. Ceza kanununun ihlalinden doğan taksir teorisi özellikle 1974 yılında verilen bir karardan⁶⁹⁵ sonra daha sıklıkla uygulanmış⁶⁹⁶. Bu şekilde teoriye yenilik getiren ve 83. ve 586. maddelerin ceza kanununun ihlalinden doğan taksir ile sorumluluğu gerektiren hükümler olduğunu kabul eden pek çok karar verilmiştir. Örneğin şu olayda, sanıklar A ve B, sigortadan tazminat alabilmek için C ve D ile taşınmazlarını yakmaları konusunda anlaşır. Ancak bu yangın çıkarma sırasında C ve D ölür. Mahkeme, A ve B'yi, C ve D'nin ölümünden sorumlu tutmuştur. Çünkü A ve B, C ve D'den bir suç işlemelerini istemişler, bu nedenle suça iştirak etmişlerdir. Böylece A ve B, C ve D'nin ölümünden ceza kanununun ihlalinden doğan taksir ile sorumlu tutulurlar⁶⁹⁷. Görüldüğü gibi burada bastırıcı nitelikte olan ceza normları da md. 43 anlamında önleyici nitelikte ceza normu olarak kabul edilmiştir.

Söz konusu kararın gerekçesinde bu teoriye dair yenilik getirici bir açıklama yapılmamıştır. Ancak kararın gerekçesinde, teorinin suçta sapma hallerinde de uygulanabilir olduğu kabul edilmiştir. Teorinin orijinalinde, ihlal edilen ceza normunun önleyici nitelikte olması aranmaktaydı. Ancak bu kararda mahkeme suçta sapma durumlarında yani 83. ve 586. maddeler söz konusu olduğunda, temel kasıtlı suçu düzenleyen hükmün sadece o suçla korunan hukuki yararı korumadığı, bu hükmün temel suç neticesinde meydana gelebilecek neticeler açısından da önleyici bir fonksiyon gördüğü kabul edilmiştir. 83. ve 586. maddelerin uygulanacağı durumlarda temel suçtan failin sorumluluğu kabul edildiği takdirde ağırlaşmış netice açısından genel taksir şekilleri olan tedbirsizlik, dikkatsizlik ve acemiliğin muhakeme aşamasında kanıtlanmasına gerek bulunmadığı ifade edilmiştir.

En azından 83. madde söz konusu olduğunda temel kasıtlı suçun bir önleyici fonksiyon yüklendiği kabul edilirse, temel kasıtlı suçu düzenleyen normun ihlali halinde önceden belirlenmesi mümkün olmayan neticelerden taksirli sorumluluk kabul edilmiş

⁶⁹⁵ C 24.6.1974, Gori, *RIDPP* 1977, s. 397, Dassano'nun yorumu ile ve *CP* 1977, s. 882, Mirri'nin yorumu ile.

⁶⁹⁶ T Palermo, 7.12.1982, Campora, *FI* 1983, II, s. 514; C 2.4.1986, Navarino, CED 174058, *CP* 1988, s. 451; C 19.2.1990 (ud. 9.11.1988), Montoli, CED 183396, *RP* 1990, s. 943; C 14.4.1982, Maccanti, CED 156066/7, *CP* 1984, s. 900.

⁶⁹⁷ Yargıtay'da ise gerçek taksir dolayısıyla sorumluluklarına karar verilmiştir. Bkz. *RIDPP* 1977, s. 399.

olur⁶⁹⁸. Bu durum kasıtlı suç ile meydana gelen taksirli suç arasındaki bağı özel olarak belirlenmesini engeller. Aralarındaki bağ genel ifadelerle kurulmaya çalışılır⁶⁹⁹. Bu karara uygun hareket edilirse, kim kasıtlı bir suç işlerse bundan neredeyse tesadüfen meydana gelen neticelerden de taksirli olarak sorumlu olacaktır⁷⁰⁰.

Palermo Mahkemesi tarafından da 83. maddenin uygulanmasına yönelik çok ilginç bir karar verilmiştir. Söz konusu karar şu şekilde özetlenebilir: A, uyuşturucu bağımlısıdır. A, uyuşturucu satıcısı B'den bir doz kokain ister. Ancak elinde kokain bulunmayan B, A'ya bir buçuk doz eroin hediye eder. Birkaç gün sonra A, kokain almak için gelir. Kokain bulunmaması nedeniyle B, A'ya yarım gram eroin satar. A bu eroni alır ve ölür. Mahkeme B'nin, A'nın ölümünden ceza kanununun ihlalinden doğan taksir dolayısıyla sorumlu olduğuna karar verir. Mahkeme yukarıda ele alınmış olan kararın gerekçesinden farklı olarak kanun koyucu hükmü koyarken üçüncü şahıslar açısından meydana gelebilecek tehlikeleri önleme amacını da gütmüş ise, istenmeyen netice açısından ceza kanununun ihlalinden doğan bir taksirin varlığı kabul edilebilir⁷⁰¹.

Mahkeme bu kararda 22 Aralık 1975 tarih ve 685 sayılı uyuşturucu madde kullanımı ile ilgili genel çerçeveyi çizmeyi hedefleyen kanunun, uyuşturucu madde kullanımının doğurabileceği neticeleri önleme amacı güden genel bir kanun olmasından yola çıkmıştır.

Bu karar pek çok eleştiriyle karşılaşmıştır: Söz konusu karar temel kasıtlı suçun ne olduğu ve taksirli neticeyi nasıl önleyici bir etki gösterdiği konusunda herhangi bir ayrıntı içermemektedir. Hangi temel kasıtlı suçtan, hangi istenmeyen netice meydana gelirse taksirli olarak sorumlu olunacağının tespitine yönelik herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

Sözü edilen kanunun önleyici niteliğinin incelenmesi gerekir. Bu kanun doğrudan bireylerin bedensel bütünlüklerini koruma amacını taşımaktadır. Örneğin kişisel olarak uyuşturucunun kullanılmasını yasaklamamaktadır. Bu yasa başkalarına uyuşturu madde

⁶⁹⁸ Dassano (1977), s. 401.

⁶⁹⁹ Militello (1984), s. 20.

⁷⁰⁰ Basile (2005), s.185.

⁷⁰¹ T Palermo 7.12.1982, Campora, *FI* 1983, II, s. 513.

satılmasını yasaklamaktadır. Böylece bunun sonucu olarak toplumun sağlığı korunmuş olmaktadır. Ancak esas amaç uyuşturucu ticaretini yasaklamaktır⁷⁰².

Bu kanunun doğrudan kişilerin sağlığını korumayı amaçlamadığı, bu kanunun yerine yürürlüğe giren yeni kanun metninden (decreto della Presidente della Repubblica 309/1990) de anlaşılmaktadır. Temyiz Mahkemesi'nin 333 sayılı 1991 tarihli kararında da belirttiği gibi kanunun temel amacı uyuşturucunun hukuka aykırı ticaretini engellemektir. Bu amaca eklenen diğer amaç ise, kamunun sağlığını ve güvenliğini korumaktır. Bu yeni kanun da daha önceki gibi, uyuşturucu madde kullanımını yasaklamamaktadır. Bu da göstermektedir ki amaç uyuşturucu ticaretini yasaklamaktır, yoksa uyuşturucu kullanımını yasaklamak amaçlanmamıştır⁷⁰³.

Bu teoriyi kastı aşan suçlarda da uygulayan yargı kararları da bulunmaktadır⁷⁰⁴.

Ceza kanununun ihlalden doğan taksir ve neticenin (soyut) öngörülebilirliği

1980'li yılların sonunda uyuşturucu madde kullanımı sonucunda ölüm neticesinin gelişmesi halinde, uyuşturucu satan failin İCK m. 586 gereğince, ölüm neticesinden taksirli olarak sorumlu tutulduğu kararlara rastlanmaktadır. Bu kararlarda yasaklanmış olan uyuşturucu madde satışı dolayısıyla meydana gelen ölüm neticelerinin, bu temel suçun sonucu gelişebilecek bir netice olduğunun öngörülebilir bulunması dolayısıyla sorumluluk kabul edilmektedir. Ancak burada öngörülebilirlik soyut olarak kabul edilmekte, somut olayda neticenin gerçekten öngörülebilir nitelikte olup olmadığına dair herhangi bir araştırma yapılmamaktaydı⁷⁰⁵.

⁷⁰² İCK'nın 586. maddesinin uygulanması ile ilgili bir kararda 1975 tarihli 685 sayılı kanunda öngörülen uyuşturucu madde ticareti suçunun önleyici amaç güttüğü yönündeki kanaat açıkça reddedilmektedir. T Velletri 11.3.1986, Mattiazzo, *GM* 1987, II, s. 973.

Militello (1984), s. 21 vd.

⁷⁰³ Söz konusu karar hakkında Fiandaca'nın değerlendirmesi için bkz. G. Fiandaca (1991). La nuova legge antidroga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa, *C cost.* 333/1991. *FI*, I, s. 2628; Palazzo'nun değerlendirmesi için bkz. F. C. Palazzo (1992). Dogmatica ed empirica nelle questioni di costituzionalità della Legge Antidroga, nota a *C cost.* 333/1991. *RIDPP*, s. 308.

Uyuşturucu madde ticaretini yasaklayan sözü edilen yasa ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. G. Piffer (1999). Commento al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (testo unico in materia di stupefacenti). *Codice penale commentato*, vol. II, PS. (a cura di Dolcini e Marinucci). Milano: IPSOA, s. 4025.

⁷⁰⁴ C 15.11.1989, Paradisi, CED 182907, *RP* 1990, s. 744; C app. Bologna 13.2.1981, Cavina, *IP* 1981, s. 757.

⁷⁰⁵ Basile (2005), s. 189.

Bu teori de kusur ilkesini dikkate alıyor görünmekle birlikte aslında kusur ilkesi açısından diğer yaklaşımlardan daha ileri bir adım atmış değildir. Bu nedenle daha önceki dönemlerde karşılaşılan ve nedensellik bağı ve soyut öngörülebilirliği sorumluluk için yeterli gören teorilerle aynı eleştirilere maruz kalacaktır⁷⁰⁶.

Gerek ceza kanunun ihlalinin doğan taksir, gerekse ceza kanunun ihlali ve neticenin soyut öngörülebilirliği teorilerine dayanan kararlarda istenmeyen netice açısından herhangi bir kusur araştırılması yapılmamış, maddi nedensellik bağının varlığı yeterli sayılmıştır⁷⁰⁷. Başka bir suçu takip eden ölüm veya yaralama neticelerinden sorumluluğu düzenleyen İCK'nın 586. maddesi açısından genel taksirin somut olayda gerçekten bulunup bulunmadığının araştırılmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir. Buna göre, özel taksir hallerinde sadece temel suça ilişkin davranışın gerçekleştirilmesi, beklenmeyen durum ve zorlayıcı neden gibi istisnai durumların ve failin isnadiyetini etkileyen diğer hallerin bulunmadığının ispatı yeterlidir⁷⁰⁸. Ceza kanununun ihlali bakımından kusurun varlığı ispat edildikten sonra somut olayda meydana gelen netice bakımından kusurun varlığını araştırmaya gerek görülmemiştir⁷⁰⁹.

Ceza kanununun ihlali dolayısıyla taksir veya taksir karinesi bir çeşit gizli objektif sorumluluktur.

Netice olarak belirtmek gerekir ki, uygulama adeta bu son teorinin objektif teoriyle aynı olduğunun farkında değildir. Yeni tarihli bir Temyiz Mahkemesi kararında da objektif sorumluluk hipotezlerini kabul etmenin ceza hukukunun gelişimine ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki görüşüne aykırı olacağı belirtildikten sonra, taksirin temel suçun ihlal edilmesi dolayısıyla, adeta bu ihlale bitişik bir şekilde ortaya çıktığı ifade edilmiştir⁷¹⁰.

⁷⁰⁶ Basile (2005), s. 189.

⁷⁰⁷ C 9.2.1996, Sonderegger, CED 204469, RP 1996, s. 464.

⁷⁰⁸ C 12.11.1982, Maccanti, CED 156066/7, CP 1984, s. 900; C 11.1.1995, Marrez, CED 201242, GP 1996, II, s. 280.

⁷⁰⁹ C 24.6.1974, Gori, s. 397.

⁷¹⁰ C 22.10.1998, D'Agata, DPP 1999, s. 86; T Velletri 11.3.1986, Mattiazzo, GM 1987, II, s. 973.

1.3.4.4. Sübjektif sorumluluk esasına dayanan taksir teorisi

1.3.4.4.1. Teorinin izahı

1930 tarihli Rocco Ceza Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında istenenden farklı bir neticenin oluşmasına sebep olma durumunda da gerçek bir taksirin bulunması hedeflenmekteydi⁷¹¹. Objektif sorumluluk hipotezlerini eleştiren yazarlar, istenmeyen netice bakımından taksirin aranması gerektiğini savunuyorlardı, ancak bu teoriler iyi bir şekilde izah edilemedikleri için uygulama objektif sorumluluğa doğru kaymıştır. Gerçekten istenenden farklı bir neticenin oluşumuna neden olma durumunda İCK m. 42/2'de öngörülen genel ilkedan ayrılınması için hiçbir sebep bulunmamaktadır. İstenmeyen neticeden sorumluluk ile ilgili hükümler Anayasa hükümleriyle birlikte okunduğunda da bu hükümlerde taksirin aranması gerektiği anlaşılır⁷¹².

İstenmeyen neticeden *taksirli* sorumluluğu kabul ettikten sonra “ceza kanununun ihlali dolayısıyla taksir teorisi” ile artık bazı kelime oyunlarına başvurarak tekrar objektif sorumluluğa dönüş yapılmamalıdır⁷¹³.

Saltelli ve Romano di Falco daha Rocco Kanunu yeni yürürlüğe girdiği sırada (Kasım 1930) istenmeyen neticeden failin ancak taksiri varsa sorumlu olacağını belirtmişlerdir. Burada sözü edilen tüm unsurlarıyla gerçek bir taksirdir. Yazarların taksirli sorumluluğu ararken kanunun hazırlık çalışmalarından etkilendikleri söylenebilir⁷¹⁴.

Eugenio Jannitti Piromallo da, İCK m. 586'da (kasıtlı bir suçun neticesi olarak meydana gelen ve fail tarafından istenmemiş olan ölüm veya yaralamadan failin sorumluluğunu düzenleyen hükümdür) İCK m. 43'de tanımlanan kastın aşılması veya objektif sorumluluk hallerinin söz konusu olmadığı görüşündedir. Yazara göre,

⁷¹¹ Donini (1997), s. 220.

⁷¹² Basile (2005), s. 192-193.

⁷¹³ Yukarıda da izah edildiği üzere ceza kanununun ihlali dolayısıyla taksir teorisi uyarınca, ceza kanununun ihlali bir davranış kuralının ihlali şeklinde karşımıza çıkarsa özel taksirin meydana geldiği söylenecektir. Bu durumda meydana gelen netice taksirli şekli cezalandırılan bir suç teşkil ediyorsa fail taksirli suçtan sorumlu tutulabilecektir. Giunta (1993), s. 445.

⁷¹⁴ C. Saltelli ve E. Romano Di Falco (1930). *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, vol. I. Roma: Regia tipolitografia delle Mantellate, s. 449.

neticenin öngörülebilir olması, sadece kanun koyucunun 83. maddeye atıf yapması dolayısıyla aranmaktadır⁷¹⁵.

Sabatini de fail tarafından istenenden farklı bir neticenin meydana gelmesi halini düzenleyen İCK'nın 83. maddesine ilişkin olarak bu hükümde istenen bir netice ve taksirli şekilde gerçekleştirilmiş olan istenenden başka bir neticenin bulunduğunu belirtmiştir⁷¹⁶.

Carnelutti⁷¹⁷, Altavilla⁷¹⁸, Ugo Conti⁷¹⁹, Florian⁷²⁰ ve Maggiore⁷²¹ de istenmeyen netice bakımından taksiri arayan yazarlardandır.

Riccio'ya göre ise eklenen neticenin en azından öngörülmüş olması yani istenmeyen netice açısından en azından bilinçli taksirin bulunması gereklidir⁷²².

ICK'nın 82. (istenenden farklı bir kişiye karşı suçun işlenmesi) ve 83. maddesini (failce istenenden başka bir neticenin meydana gelmesi) karşılaştıran Santoro, hazırlık çalışmalarına dayanarak 82. maddede bir kasıtlı suç ve bir objektif sorumluluk halinin bulunduğunu, 83. maddede ise failin istenen neticenin yanında meydana gelen neticeden taksirli olarak sorumlu olacağını belirtmiştir⁷²³.

De Marsico'ya göre de failin istenmeyen neticeden sorumlu olabilmesi için taksirli olması gerekir. Örneğin bir kişinin evine gidip onu tehdit ettiğinde, tehdit edilenin annesi kalp krizi geçirip ölürse, fail bu ölüm neticesinden taksirli olarak sorumlu olacaktır⁷²⁴. Ancak De Marsico tarafından verilen bu örnekte birtakım eksiklikler bulunmaktadır. Fail annenin ölümünden ancak anneyi daha önce tanıyorsa

⁷¹⁵ Jannitti Piromallo (1932), s. 171-172; Jannitti Piromallo (1937), art. 586, k.n. 248.

⁷¹⁶ Sabatini (1935), s. 341.

⁷¹⁷ F. Carnelutti (1933). *Teoria generale del reato*. Padova: CEDAM, s. 195; F. Carnelutti (1943). *Lezioni di diritto penale. Il reato*, I. Milano: Giuffrè, s. 183.

⁷¹⁸ Altavilla (1934-1939), s. 67, 70; Altavilla (1931), s. 135 (Yazar bu eserinde ceza kanununun ihlali dolayısıyla taksir anlayışını benimsemiş gibi görünmektedir ancak açık bir ifadeyle bunu dile getirmemiştir).

⁷¹⁹ U. Conti (1934). *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, vol. I. Milano: Societa Editrice Libreria, art. 83, s. 298.

⁷²⁰ Florian (1934), s. 567.

⁷²¹ G. Maggiore (1937). *Principi di diritto penale*, vol. I, PG. (2. ed.). Bologna: N. Zanichelli., s. 342.

⁷²² Riccio (1935), s. 666.

⁷²³ A. Santoro (1949). *Diritto penale*. Roma: Edizione dell'Ateneo, s. 222. Daha sonra yazar istenmeyen netice bakımından failin objektif sorumluluk esaslarına göre sorumlu olacağı yönünde görüşünü değiştirmiştir. Santoro (1958), s. 437, vol. II, s. 76.

⁷²⁴ De Marsico (1940), s. 238.

ve onun kalp krizi riskini biliyorsa taksirli olarak sorumlu olabilir. Ancak De Marsico daha sonra yazdığı bir eserinde 83. maddenin taksirli sorumluluğu öngören bir madde olduğunu açıkça belirtmiştir⁷²⁵.

Antolisei de istenmeyen neticeden sorumluluğun taksirli sorumluluk olduğunu kabul eder. Antolisei'e göre fail istenmeyen neticeden her zaman değil ancak dikkatsiz ve özensiz davrandığı hallerde sorumlu olmalıdır⁷²⁶. Yazara göre bir maddenin yorumunda ceza hukukunun gelişim çizgisinin de takip edilmesi gerekir. Bugün ceza hukukunun geldiği noktada kusursuz ceza olmaz anlayışı hakimdir⁷²⁷. Bu nedenle istenmeyen neticeden sorumluluk için de kusur ilkesinin aranması gerekmektedir.

Pettoello Mantovani de Antolisei'in görüşlerine katılarak istenmeyen netice bakımından söz konusu olan taksirin gerçek bir taksir olduğunu ve her somut olayda kanıtlanması gerektiğini, eğer fiilin taksirli olduğu ispat edilemezse şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir⁷²⁸.

Yargı kararlarında uzun bir süre istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda objektif sorumluluk anlayışı uygulanagelmıştır. Ancak İtalyan Anayasası'nın 27. maddesinde yer alan ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesinin kusur ilkesini de kapsadığı yönündeki anlayış kabul edilince, öğretide istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda da kusurun aranmaya başlandığını görmekteyiz.

Kusur ilkesi üzerinde önemle duran yazarlardan Mantovani, 83. maddede sözü edilen "taksirli olarak" ifadesi için şüpheyi düşülmesi halinde ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesinin bu durumda da uygulanması gerektiğini, 83. maddenin özel hükmü olan 586. madde için de aynı kuralın geçerli olduğunu belirtmiştir⁷²⁹.

Dinacci de verilmiş olan bir ilk derece mahkemesi kararı (T Velletri 11.3.1986, imp. Mattiazzo) üzerine kanunu yorumlarken Anayasal ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesine uygun bir şekilde yorum yapılması ve dolayısıyla istenmeyen neticeden

⁷²⁵ De Marsico (1941), s. 777.

⁷²⁶ Antolisei (1948), s. 14.

⁷²⁷ Antolisei (1947), s. 215 (Bu görüş eserin son basılarına kadar önemli bir değişiklik olmaksızın sürmüştür Antolisei (1994), s. 392).

⁷²⁸ Pettoello Mantovani (1954), s. 232.

⁷²⁹ Mantovani (1995), s. 213.

sorumluluk için failin kusurunun aranması gerektiğini, yani neticenin öngörülebilir ve önlenabilir bir netice olması lüzumunu vurgular⁷³⁰.

Anayasa Mahkemesi'nce 1988 yılında verilen 364 ve 1085 sayılı kararlar doğrultusunda 83. ve 586. maddeleri şerh eden Marinucci ve Dolcini bu kararların yasa koyucuya yasalarda bulunan tüm objektif sorumluluk hallerini kaldırmayı emrettiği ve yargıcın da yasayı yorumlarken kusurlu sorumluk ilkesine uygun bir yorum yapması gerektiğini belirtmişlerdir⁷³¹.

Fiorella da 364 sayılı Anayasa mahkemesi kararıyla bağlantılı olarak, bir normun yorumunda şüpheyi düşülmesi halinde Anayasa'ya uyumlu bir yorumun tercih edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. İstenenden başka bir neticenin meydana gelmesi halleri için de şüphe doğduğunda taksirli sorumluluk tercih edilmelidir⁷³².

Giunta da gerek maddenin lafzi yorumundan gerekse mantıksal yorumundan istenenden başka bir neticenin meydana gelmesi hallerini düzenleyen hükümlerde gerçek bir taksirin bulunduğunu ifade etmiştir⁷³³.

Donini, Pisa ve Pulitanó'ya göre de Anayasa Mahkemesi'nin 364 ve 1085 sayılı kararlarından sonra objektif sorumluluğun öngörüldüğü tüm hükümler için yeniden Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına uygun bir yorum yapılması gerekmektedir. Bu arada 83. ve 586. madde için de böyle bir yorum yapılmalıdır⁷³⁴.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarıyla birlikte kusur ilkesinin yerleşmesi beklenirken objektif sorumluluk ile ilgili farklı düşünceler varlığını devam ettirmiştir. 83. ve 586. maddelerde taksirin varlığının kabul edilmesinde direnç ile karşılaşmıştır. Bu hükümlerde objektif sorumluluğun özellikle kabul edilmiş olduğu da öğretide savunulan görüşlerden biridir.

Son zamanlarda, kastı aşan suçta da taksirin bütün şartlarıyla birlikte aranması gerektiği görüşü kabul edilmiştir. Bu görüşe göre, suçun manevi unsuru ile ilgili hüküm olan İCK'nın 42. maddesinin 2. fıkrasında kasıtlı, taksirli ve kastı aşan sorumluluktan

⁷³⁰ E. Dinacci (1987). Le ragioni di responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente. *GM*, II, s. 973; ⁷³⁰ E. Dinacci (1986). Riflessioni sull'art. 586 c.p. in relazione alla responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente, nota a T Busto Arsizio 26.3.1985, Irritano. *GM*, II, s. 663.

⁷³¹ Marinucci ve Dolcini (2001), s. 474; F. Mucciarelli (1996). Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale 364/1988. *RIDPP*, s. 229; Dolcini (2000), s. 877.

⁷³² Fiorella (1988), s. 1320-1321.

⁷³³ Giunta (1993), s. 440 vd.

⁷³⁴ Donini (1997), s. 220-221; Pisa (1999), s. 114; Pulitanò (2005), s. 408.

bahsedildikten sonra maddenin 3. fıkrasında “kanunun failin neticeden sorumluluğunu öngördüğü diğer haller dışında” ifadesine yer verilmiştir. İCK m. 42/3’de yer alan “başka şekilde” ifadesi kastı aşan suç ile objektif sorumluluğun farklı şeyler olduğunu ortaya koymaktadır. Suçun sübjektif unsurunun düzenlendiği bu hüküm kastı aşan suç, kast ile taksir arasında bir yere koymaktadır⁷³⁵.

1.3.4.4.2. Teorinin yargı kararlarındaki yansıması

Taksirin gerçekten bulunmasını arayan kararlar

Bazı Temyiz Mahkemesi kararlarında 586. madde ile ilgili olarak gerçek bir taksirin bulunup bulunmadığı tartışılmaktadır:

1) Rocco Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden hemen sonra 586. madde kapsamına girebilecek bir olayda Temyiz Mahkemesi gerçek taksirin varlığını aramıştır: Damarları ile ilgili sorunu olan bir kadın, bu nedenle yüksek tansiyon problemi yaşamaktadır. Bu kadın ile kavga eden birisi ona tokat atar. Kadın bu tokadın etkisiyle yarım saat sonra hemipleji dolayısıyla yere düşer ve başını yere çarpar ve birkaç gün sonra beyin kanamasından ölür. Mahkeme failin dikkatsiz ve özensiz davranış göstermediğini, çünkü onun kadının hasta olduğunu öngörmesinin mümkün olmadığını, sadece bu konuda uzman bir hekimin bu durumu öngörebileceğini belirtmiştir. Aynı zamanda fail eğitilmiş bir insan da değildir. Bu nedenle failin bu ölüm neticesinden sorumlu olmadığına karar verilmiştir⁷³⁶.

2) Bir başka kararda ise bir bağ bekçisi tarafından bağ korumak amacıyla dövdüğü çocuğun ölmesi durumunda mahkeme, ölüm neticesinin öngörülebilir olduğu bu olayda faili 586. madde ile cezalandırmıştır. Bu kararda, mantıklı ve öngörülü bir kişinin bu neticeyi öngörebileceği ve bu nedenle ölüm neticesi açısından taksirin bulunduğu kabul edilerek fail ölüm neticesinden sorumlu tutulmuştur⁷³⁷.

⁷³⁵ Mantovani (1992), s. 359; E. Gallo (1990), s. 414; Pisa (1997), s. 325; Marinucci ve Dolcini (2001), s. 477; De Asua (1962), s. 10; F. C. Palazzo (2004). *Il fatto di reato*. Torino: G. Giappichelli, s. 87; Pulitanò (2005), s. 406; Grosso (1989), s. 269; Insolera (1981), s. 758.

⁷³⁶ C. ass. Firenze, 17.10.1932, Berti, *GP* 1933, II, s. 1032. Benzer başka bazı kararlar için bkz. C. 25.11.1932, Montresor, *GP* 1933, II, s. 1936; T. Terni 6.2.1935, Bacchio, *GI* 1935, II, s. 108.

⁷³⁷ Ass. Caltanissetta 18.12.1933, Lo Votrico, *FI* 1934, II, s. 211.

İlk yıllarda taksir bu şekilde aranmakta iken, 586. ve 83. maddeler yaklaşık yirmi yıl (1957-1979) gerçek bir taksirin varlığı aranmaksızın uygulanmıştır. Ardından 1980'li yılların ortalarında Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra kusur ilkesinin kabul edilmesiyle gerçek bir taksirin varlığı tekrar aranmaya başlanmıştır.

3) Uyuşturucu satıcısı, bir kişiye uyuşturucu satar ve bu kişi aşırı doz nedeniyle ölür. Mahkemenin kararına göre, fail objektif sorumluluk ile sorumlu tutulamaz, çünkü bu durum Anayasa'nın 27. maddesine aykırı olacaktır. Aynı zamanda özel taksirden de bahsedilemez çünkü uyuşturucu satışını yasaklayan yasanın önleyici bir özelliği de bulunmamaktadır. Ancak bu durumda genel taksirden bahsedilebilir. Şöyle ki, uyuşturucu satıcısı, bu uyuşturucuyu satarken gerçekleştirdiği fiili, bu fiilin doğuracağı tehlikeleri bilmektedir ve bu durumda özensiz davranmış sayılır. Bu nedenle ölüm neticesinden taksirli olarak sorumludur⁷³⁸.

4) Bir başka kararda ise talasemi hastası olan bir çocuk ailesinin dinsel inançları nedeniyle kan transfüzyonuna izin vermemesi sonucu ölür. Bu durumda aile ağır bir dikkatsizlik göstermiştir. Medeni Kanunu'nun 147. maddesinde yer alan çocuklarının sağlık hizmetlerinden yararlanması gereğine ilişkin hükmü ihlal etmişlerdir. Bunun dışında çocuk mahkemesi de aile hakkında, çocuklarını düzenli olarak sağlık kontrolüne götürmeleri gerektiğine dair karar vermiştir. Bu nedenle aile bu tedavi yapılmazsa çocuklarının öleceğini bilmektedirler. Sonuçta aile ölüm neticesi bakımından taksirlerinin bulunması dolayısıyla, İCK m. 586'da öngörülen başka bir suçu takip eden öldürme suçundan sorumlu tutulmuştur⁷³⁹.

Aslında bu kararda ailenin fiili bakımından olası kastın veya doğrudan kastın tartışılması gerekirken mahkeme taksir üzerinde durmuştur.

5) Yeğen A, amcasının kalp ile ilgili problemleri olduğunu bildiği halde onu tehdit eder ve bu olayın etkisiyle amcası ölür. A, amcasının koroner yetmezlik nedeniyle ölmesinden taksirli olarak sorumlu bulunmuştur⁷⁴⁰.

Bütün bu kararlarda öngörülebilirliğin bir karine olarak kabul edilmemesi, gerçekten bu öngörülebilirliğin bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği vurgulanmıştır.

⁷³⁸ T Velletri 11.3.1986, Mattiazzo, *GM* 1987, II, s. 973. Benzer bir başka karar: App. Palermo 13.1.1982, Bonomolo, *FI* 1983, II, s. 513.

⁷³⁹ C ass. app. Roma 13.6.1986, Oneda, *FI* 1986, II, s. 606.

⁷⁴⁰ C ass. Milano 24.10.1986, Gibin, *RP* 1987, s. 567.

6) Uyuşturucu satıcısı A, sarhoş ve başka ilaçlar almış olan B'ye uyuşturucu madde satar. B'nin sarhoş olduğunu görmesine rağmen uyuşturucuyu satan A'nın, ağır sonuçların meydana gelebileceğini öngörmesi gerekirken öngörmeyerek uyuşturucuyu satması sonucunda B'nin ölümünden taksirle sorumlu olduğuna karar verilmiştir⁷⁴¹.

Bu kararlarda neticenin öngörülebilir olup olmadığı dikkate alınmıştır. Bu araştırma yapılırken model ajan ölçütü kullanılmış, eğer faille aynı özelliklere sahip bir kimse tarafından bu netice öngörülebilir ise fail açısından da öngörülebilir kabul edilmiştir. Ancak yukarıdaki kararların bir kısmında fail model ajandan da daha fazla bir bilgiye sahip kabul edilip model ajan tarafından öngörülemez bazı neticeler de öngörülebilir kabul edilmiştir. Temel fiilin hukuka aykırı olması durumu ile hukuka uygun olması arasında ağırlaşmış netice bakımından taksirin aynı şekilde aranması gerekir⁷⁴².

Kastı aşan suçlar bakımından da tüm unsurlarıyla tam bir taksirin varlığını araştıran kararlar bulunmaktadır. Örneğin kendisine hakaret edildiğini duyan, 46 yaşında, 70 kg civarında ve 157 cm boylarında olan bayan A, 96 yaşında, zayıf ve 150 cm. civarında boyu olan bayan B'nin bu hakaretimiz sözleri söylediğini zannederek onu iter ve B'nin bacağı kırılarak uzun süre yatağa bağımlı kalır. Bu olayın etkisiyle uzun süre hareketsiz kalan B'nin, kanı sulandırıcı ilaçların da iyi bir şekilde ayarlanamaması dolayısıyla vücudunda emboli oluşur. Bu emboli kalp toplardamarını tıkararak B'nin ölümüne neden olur. Mahkeme bu olayda objektif sorumluluk kurallarının uygulanamayacağını, çünkü bunun Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir. Objektif sorumluluğa karşı olan anlayış versari in re illicita anlayışını reddettiği için kast ve taksir birleşimini kabul eder. Bu taksir davranış kurallarının ihlalinden kaynaklanan taksirdir; ceza kanununun ihlalinden kaynaklanan bir taksir değildir.

Mahkeme gerçek bir taksirin varlığını aramıştır. Örneğin A'nın yaşlı bir kadını iterken, onun zayıf bir yapıda olduğunu ve böyle ağır sonuçların doğabileceğini öngörebileceği, bu nedenle taksirli olarak kabul edileceğine karar vermiştir⁷⁴³.

⁷⁴¹ C 11.4.1990 (ud. 9.12.1989), CED 184003/4, Virdis, *GP* 1991, II, s. 49.

⁷⁴² Basile (2005), s. 210.

⁷⁴³ C ass Milano 6.6.2003, Palamara, *FI* 2004, II, s. 36.

Taksirli sorumluluğu kabul etmesine rağmen somut olayda gerçek bir araştırma yapmaksızın taksirin bulunduğunu kabul eden kararlar

Bazı Temyiz Mahkemesi kararlarında ise olayda neticenin öngörülebilir olup olmadığı somut olay dikkate alınmaksızın, soyut olarak böyle bir neticenin öngörülebilir olup olmadığının tartışılmasıyla yetinilmiştir. Sonuçta bu kararlarda gerçekten bir taksirin bulunup bulunmadığına dair hiçbir araştırma yapılmadan, taksirli sorumluluk kabul edilmiştir. Örneğin A, B'yi bir çekiç savurarak tehdit eder. Olay anına tanık olan B'nin 66 yaşındaki eşi korkarak rahatsızlanır ve kısa bir süre sonra hastanede ölür. Bu olayda mahkeme kusur ilkesine uygun karar verebilmek için sadece neticenin “öngörülemez olmaması”nın yeterli olduğunu kabul edip, 66 yaşındaki bir kişinin korku verici davranışla karşılaştığında böyle bir neticenin doğurmasının öngörülemez olmadığı gerekçesiyle faili ölüm neticesinden sorumlu bulmuştur⁷⁴⁴.

1.3.5. İtalyan Anayasa Mahkemesi kararlarında kusur ilkesi

İtalyan Anayasası m. 27 uyarınca “Ceza sorumluluğu şahsidir”.

1960'lı yıllardan itibaren öğretilde Anayasa'nın 27. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesinin sadece “başkasının fiilinden sorumlu olmama”yı ifade etmediği aynı zamanda “kusur ilkesini” de içeren bir anlam taşıdığı yönünde görüşler ortaya çıkmıştır⁷⁴⁵.

Öğretilde azınlıktaki bir grup ise, Anayasa'nın 27. maddesinde kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesinin bulunmadığını, bu nedenle objektif sorumluluğun Anayasa'ya aykırı olmadığını kabul eder⁷⁴⁶.

Anayasa Mahkemesi 1988 yılından önceki dönemde Anayasa'nın 27/1. maddesinin içeriğini “başkasının fiilinden sorumlu olmama” olarak algılamıştır.

⁷⁴⁴ C 14.1.2002 (ud. 5.11.2001), Pellegrino, *RP* 2002, s. 206. Benzer bir karar için bkz. C 20.1.2003 (ud. 14.11.2002), Solazzo, CED 223841-2, *CP* 2004, s. 1269.

⁷⁴⁵ M. Spasari (1966). *Diritto penale e Costituzione*. Milano: Giuffrè, s. 84 vd.; M. Siniscalco (1968). *Giustizia penale e Costituzione*. Torino: Eri, s. 76 vd.; R. Pannain (1965b). Sull'art. 116 del codice penale. *AP*, s. 432; C. F. Grosso (1968). Responsabilità penale. *Nss. Dig.*, XV, s. 712; F. Bricola (1973). Teoria generale del reato. *NsDI*, XIX, Torino, s. 53 vd.; D. Pulitanò (1976). *L'errore di diritto nella teoria del reato*. Milano: Giuffrè, s. 116.

⁷⁴⁶ Boscarelli (1994), s. 113; Boscarelli (1984), s. 898 Caraccioli (1998), s. 340; Marini (1993), s. 245 vd.; Tagliarini (1979), s. 220.

Anayasa Mahkemesi 1988 yılında, İCK'nın 5. maddesinde yer alan kaçınılmaz bir hataya düşme hali ile ilgili verdiği 364 sayılı kararda, Anayasa'nın 27/1. maddesini kullanarak ilk defa ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine ilişkin olan bu maddenin, kusur ilkesini de kapsadığını kabul etmiştir⁷⁴⁷.

Bu kararın liberal bir anlayışın hakim olduğu bir dönemde verildiği akıldan çıkarılmamalıdır⁷⁴⁸. Kararda vurgulanan konular şu şekilde özetlenebilir: Devlet vatandaşa ceza verme hakkını elinde bulundururken, aynı zamanda vatandaşa karşı birtakım yükümlülükleri de yüklenmiştir.

- Devlet vatandaşa neyin suç olduğunu, neyin olmadığını önceden bildirmekle yükümlüdür. Kanunlar açık olmalıdır⁷⁴⁹.

- Fail sadece kontrol edebildiği hareketlerden sorumlu tutulabilir. Suçun sınırlarının ve unsurlarının iyi bir şekilde belirlenmiş olması gerekir. Bu noktada objektif sorumluluk ile ilgili sorunlar tartışılmaya başlanmaktadır⁷⁵⁰.

Devlet, kişilerin hukuki yararlarını ceza yaptırımları ile korur. Bunu yaparken de aynı zamanda bu hukuki yararları ihlal edenlerin haklarını da korumalıdır. Neyin suç olduğunu, neyin olmadığını önceden bildirmelidir. Bu anlamda kusur ilkesi, hukuk devletinde bulunması gereken bir ilkedir⁷⁵¹.

⁷⁴⁷ Bu karar (C cost. 24 marzo 1988, n. 364), pek çok yazarın değerlendirmesiyle birlikte değişik dergilerde yer almıştır. Bkz. G. Fiandaca (1988). Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/1988. *FI*, I, s. 1385; D. Pulitanò (1988). Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza, nota a C cost. n. 364 del 1988. *RIDPP*, s. 686; Mucciarelli (1996), s. 223, dn. 3; G. De Francesco (1996). Il principio di personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione (suggestioni teleologiche ed esigenze politico-criminali nella ricostruzione dei presupposti costituzionali di 'riconoscibilità' dell'illecito penale). *RIDPP*, s. 38, dn. 31.

⁷⁴⁸ Fiandaca (1988), s. 1389; Pulitanò (1988), s. 691, 696.

⁷⁴⁹ C cost. 364/1988, par. 8, *FI* 1988, I, s. 1399.

⁷⁵⁰ 364 sayılı kararda ağırlaşmış neticenin meydana gelmesinde davranış kurallarının ihlalinin bulunup bulunmadığı üzerinde de durulmaktadır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda meydana gelen son netice istenmeyen neticedir. Fiilin isnat edilebilmesi için davranış kurallarının ihlalinin bu son neticede aranması gerekir. Davranış kurallarının ihlal edilip edilmediğinin araştırılması, ceza kanununun ihlali dolayısıyla taksir hipotezinin kabul edilmesini önlemek açısından faydalı olacaktır. Bkz. G. Flora (1989). La difficile penetrazione del principio di colpevolezza: riflessioni per l'anniversario della sentenza costituzionale sull'art. 5 c.p. *GI*, IV, s. 342; Pulitanò (1988), s. 701.

⁷⁵¹ C cost. 364/1988, par. 8, *FI* 1988, I, s. 1399.

Objektif sorumluluk ile fiilin sınırlarının iyi bir şekilde kanunda çizilmiş olmasına dair olan bu kural bağdaşmaz. Ayrıca objektif sorumluluk hallerinde fail meydana gelen tüm neticeleri kontrol edebilecek durumda değildir⁷⁵².

Kusurlu sorumluluk anlayışı liberal devlet anlayışından kaynaklanmaktadır ve bu anlayış ceza hukukunun temelini oluşturmaktadır⁷⁵³: “Kusurluluk” terimi suçun unsurlarının da ötesinde Anayasal bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasal anlamda kusurluluk ceza hukuku açısından önem taşıyan fiillerin faile yüklenebilmesi için gereken asgari şartlardan birisini ifade etmektedir⁷⁵⁴. Anayasa Mahkemesi bu kararlarda bir fiilin faile yüklenebilecek bir suç teşkil edebilmesi için asgari subjektif unsurun ne olması gerektiği konusuna da açıklık getirmiştir. Buna göre, somut olayda, en azından taksirli sorumluluk için gerekli şartların bulunması gerekir⁷⁵⁵. Diğer bir ifadeyle 1988 tarihli ve 364 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi faile fiilin isnat edilebilmesi için gerekli minimum unsur olarak taksiri aramaktadır.

Mahkeme failde en azından taksir bulunması gerektiğine karar verirken Anayasa’nın 27. maddesinin 1. ve 3. fıkralarını karşılaştırmıştır. Cezanın aynı zamanda ıslah edici bir araç olduğunu göz önüne alan mahkemeye göre, ceza verilebilmesi için failin ıslah edilmesi gerekmektedir yani failin kusurlu olması gerekir. Eğer fail kusurlu değilse ıslah edilmesini gerektirir bir durum da bulunmamaktadır⁷⁵⁶.

Anayasa Mahkemesi bu kararı verirken 27. maddenin hazırlık çalışmalarından da yararlanmıştı. Gerçekten, söz konusu maddenin hazırlık çalışmalarında fiilin isnat edilebilirliğinden bahsederken sadece suçun maddi unsurundan bahsetmemekte, suçu manevi unsuru ile birlikte ele almaktadır. Fiilden bahsederken hareketin bilinmesi ve istenmesinin ötesinde asgari düzeyde bir kusurun varlığı da daima aranmıştır⁷⁵⁷.

Bu karar ile objektif sorumluluğun net bir kavram olmadığı belirtilmektedir. Buna göre, bir fiilde kast veya taksirin kapsamadığı bazı unsurların bulunması mümkündür.

⁷⁵² Fiandaca (1989), s. 57.

⁷⁵³ Pulitanò (1989b), s. 69.

⁷⁵⁴ C cost. 364/1988, par. 8, *FI* 1988, I, s. 1398. Bkz. Marinucci (1996), s. 424.

⁷⁵⁵ C cost. 364/1988, par. 13, *FI* 1988, I, s. 1403. Mahkeme daha önce bazı kararlarda “bir psikik bağ”dan söz etmiştir: 15 giugno 1956, n. 3, *RIDP*, 1956, s. 455 vd; 13 maggio 1965, n. 42, *AP* 1965, II, s. 431 vd.

⁷⁵⁶ C cost. 364/1988, par. 11, *FI* 1988, s. 1402. Anayasa’nın 27. maddesinin 1. ve 3 fıkraları arasındaki bu ilişki daha önce öğretilerde de üzerinde durulan bir konu olmuştur: Bricola (1973), s. 51 vd.; Pulitanò (1976), s. 117 vd.; Fiandaca ve Musco (1989), s. 578.

⁷⁵⁷ C cost. 364/1988, par. 10, *FI* 1988, s. 1399.

Bu nedenle objektif sorumluluğun kabul edilip edilmeyeceği fiilin tüm unsurlarına bakılarak kararlaştırılmaz. Fakat her bir fiilde daha fazla öneme sahip olan unsurlarda mutlaka kast veya taksirin bulunması gerekir⁷⁵⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin objektif sorumluluk ile ilgili olarak verdiği kararlardaki açıklamalar genel niteliktedir. Daha detaylı açıklamalar, yargı kararlarına ve öğretiye bırakılmıştır⁷⁵⁹. Mahkemeye göre suçun niteliğini ve cezayı etkileyen unsurlar suçun en önemli unsurlarıdır ve bu unsurların faile yüklenebilmesi için kast veya en azından taksirin bunları kapsaması gerekir⁷⁶⁰.

Ceza Kanunu m. 626, f. 1, b.1 ile ilgili olarak zorlayıcı neden veya mücbir sebep hallerinin kullanma hırsızlığı bakımından da hukuka uygunluk nedeni sayılması gerektiğine, bu sebeplerin kullanma hırsızlığı bakımından hukuka uygunluk sebebi sayılmamasının Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceğine dair 1988 tarihli 1085 sayılı kararda ise⁷⁶¹, 364 sayılı karardan farklı olarak kusur ilkesi ile objektif sorumluluk arasındaki ilişki daha net bir şekilde ortaya konulmuştur. Buna göre:

1) 1085 sayılı karar versari in re illicita kuralı'nın Anayasa'nın 27/1. maddesiyle bağdaşmadığını açık bir şekilde belirtir⁷⁶².

2) Diğer yandan 364 sayılı kararda adı geçen "suçun önemli unsurları" kavramı da bu kararda daha net bir şekilde ortaya konmaktadır. Gerçekleştirilen fiilin ceza hukuku açısından önem arzeden bir fiil olmasını sağlayan bütün unsurlar, suçun önemli unsurlarıdır⁷⁶³. Bir suçtan bahsedebilmek için bu unsurların hepsinin faile subjektif

⁷⁵⁸ C cost. 364/1988, par. 12, *FI* 1988, I, s. 1403. Kararda sözü edilen fiilin önemli unsurlarının neler olduğu konusu öğretilerde tartışılmıştır: Mantovani (1981), s. 465; A. Pagliaro (1980). *Principi di diritto penale*, PG. (2. ed.). Milano: Giuffrè, s. 333.

⁷⁵⁹ Pulitanò (1989b), s. 70; Romano (2004), s. 427; Flora (1989), s. 337.

⁷⁶⁰ Fiandaca (1988), s. 1395; Pulitanò (1988), s. 706 vd.; S. Canestrari (1997). Responsabilità oggettiva. *Dpen*, XII, s. 117; Guardata (1988). L'ignoranza della legge penale dopo l'intervento della Corte costituzionale. *CP*, s. 1153.

⁷⁶¹ Söz konusu karar için bkz. P. Veneziani (1990). Furto d'uso e principio di colpevolezza, nota a C cost. 13 dicembre 1988, n. 1085. *RIDPP*, s. 289; G. Marini (1988). Struttura del furto d'uso e principio di colpevolezza, nota a C costo 13 dicembre 1988, n. 1085. *Gcost*, s. 5283; D. Bartoletti (1989). Furto d'uso e principio di colpevolezza, nota a C costo 13 dicembre 1988, n. 1085. *Legislazione Penale*, s. 415; A. Inghioia (1989). Nota a C costo 13 dicembre 1988, n. 1085. *FI*, I, s. 1378.

⁷⁶² C cost. 1085/1988, par. 5, *FI* 1989, I, s. 1385. Anayasa'nın verssari in re illicita sorumluluğunu reddettiğine ilişkin öğreti için bkz. Donini (1997), s. 218; Boscarelli (1994), s. 112; Fiandaca (1989), s. 41; Grosso (1989), s. 272 vd.

⁷⁶³ "Suçun önemli unsurları" kavramının anlamını daraltan ve sadece neticeyi esas alan kararlar da verilmiştir. G. De Simone (1992). Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e nullum crimen sine culpa, nota a C. 26.6.1990. *RIDPP*, s. 1142 vd.

olarak yüklenebilir olması gerekir⁷⁶⁴. Sadece, objektif cezalandırma şartları gibi suçun varlığını veya ağırlığını etkilemeyen haller için failin kastının veya taksirinin varlığı aranmamaktadır⁷⁶⁵.

Anayasa Mahkemesi, 364 ve 1085 sayılı kararlar ile ortaya konulan görüşler doğrultusunda başka kararlar da vermiştir.

1991 tarihli 2 numaralı Anayasa Mahkemesi kararı ile Askeri Ceza Kanunu m. 233, f.1, b.1’de yer alan “askeri araçlara ilişkin kullanma hırsızlığı” suçu kapsamında çalınan askeri malların iade edilmemesinin, zorlayıcı neden veya mücbir sebepten kaynaklanması halinde, bu durumları hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmeyen madde hükmü Anayasa’ya aykırı bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen 1085 sayılı karara atıfta bulunarak, askeri mallar veya diğer mallar arasında mücbir sebep ve zorlayıcı nedenin hukuka uygunluk nedeni teşkil etmesi bakımından fark olmadığına, bu nedenle askeri mallar için de 1085 sayılı kararın benimsediği gibi hukuka uygunluğun kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu kararda ayrıca 1085 sayılı kararda *versari in re illicita* kuralının mahkeme tarafından kabul edilmemiş olduğu tekrar vurgulanmıştır⁷⁶⁶.

1991 tarihli 179 sayılı kararda da Askeri Ceza Kanunu m. 233, f. 1, b.1’in Anayasa’ya uygunluğu tekrar tartışılmıştır. Arabayı kullanmak amacıyla çalan failler, trafik kazası yaparak arabanın tamamen kullanılamaz hale gelmesine neden oldukları için arabayı iade edememişlerdir. Bu kararda da Anayasa’nın 27. maddesi 1. ve 3. fıkraları birlikte değerlendirilerek karar verilmiştir. Kararda ilk önce 1991 tarih ve 2 numaralı kararda çözülmüş olan mücbir sebep veya zorlayıcı neden hallerindeki hukuka uygunluk sorununa tekrar değinilmiş, ayrıca malın iade edilememesinde failin kusurunun-taksirinin bulunduğu, bu nedenle failin cezalandırılabilir olmasının Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir⁷⁶⁷. Bu karar aynı zamanda 364 sayılı 1988 tarihli kararı tekrarlayarak ceza sorumluluğu için en azından taksirin varlığının aranacağını belirtmiştir⁷⁶⁸.

⁷⁶⁴ C cost. 1085/1988, par. 5, *FI* 1989, I, s. 1387.

⁷⁶⁵ C cost. 1085/1988, par. 5, *FI* 1989, s. 1386.

⁷⁶⁶ C cost. 8/10 gennaio 1991, n. 2, estensore Conso, causa Cortellazzi, *Gcost.*, 1991, s. 14 vd.

⁷⁶⁷ C cost. 22/29 aprile 1991, n. 179, estensore Ferri, causa Bellini, *Gcost.*, 1991, s. 1469-1473.

⁷⁶⁸ C cost. 8/10 gennaio 1991, n. 2, s. 16.

Ceza sorumluluğu için kusuru arayan benzer kararlar verilmiştir⁷⁶⁹. Bu kararlar ile objektif sorumluluk hallerinin zamanla ortadan kalkacağı düşünülmekteydi ancak bu beklenti gerçekleşmemiştir⁷⁷⁰. Nitekim yargı organlarınca objektif sorumluluk hallerinin 27. madde ile çelişip çelişmediği meselesi Anayasa Mahkemesi önüne pek götürülmemiştir. Yargı organları daha ziyade somut kanun maddesinin bir objektif sorumluluk hali oluşturup oluşturmadığı meselesi ile uğraşmışlar ve objektif sorumluluk hali olmadığı sonucuna varmışlardır⁷⁷¹.

Uygulamanın büyük bir kısmı yukarıda belirtildiği üzere ceza kanununun ihlalden doğan taksiri kabul etmektedir. Bu da objektif sorumluluğun gizli bir şekilde sürdürülmesine neden olmuştur. Hatırlanacağı üzere bu anlayışı kabul edenlerce taksirin varlığı ile ilgili herhangi bir araştırma yapmadan taksirin bulunduğu kabul edilmektedir.

⁷⁶⁹ 1995 tarihli 61 numaralı karar da, 1085 sayılı 1988 tarihli kararda olduğu gibi Askeri Ceza Kanunu'nda da kaçınılmaz hatanın sorumluluğu kaldıracağını kabul etmektedir. M. Petrone (1995). *L'efficacia scusante dell'ignoranza dei doveri militari*, nota a C cost. 20/24 febbraio 1995, n. 61. *Gcost*, s. 524-530; Mucciarelli (1996), s. 273.

1996 tarihli ve 206 sayılı kararda da Anayasa'nın 27/1. maddesinin kusur ilkesini içerdiği ve bu hüküm ile objektif sorumluluğun bağdaşmayacağı tekrar vurgulanmıştır. C cost. 14/21 giugno 1996, n. 206, estensore Vassalli, causa Moretti, *Gcost*. 1996, s. 1833-1836.

1998 tarihli 218 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı ise, 31 Mayıs 1965 tarihli 575 sayılı Mafya tipi örgütlenmelere karşı kanunun 3-bis maddesi 4. fıkrasında yer alan kefalet niteliğindeki parayı ödememeyi suç sayan hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar verirken, Anayasa'nın 27. maddesinde fiilin en azından taksirle işlenmiş olmasının arandığı, bu nedenle eğer ödeme gücü yok ise failin suç işlemiş olamayacağı, taksirinin dahi bulunmaması nedeniyle cezalandırılmayacağı, bu hükmün bir objektif sorumluluk hipotezi teşkil etmediği ve bu nedenle Anayasa'ya uygun olduğu ifade edilmiştir. C cost. 1/19 giugno 1998, n. 218, estensore Zagrebelsky, causa Turturro, *Gcost*. 1998, s. 1725.

⁷⁷⁰ Marinucci (1971).

⁷⁷¹ Flora (1989), s. 341; Bondi (1999), s. 9; Fiandaca (1988), s. 1395.

Yargıtay Ceza Kanunu'nun 586. maddesi hükmü ile ilgili olarak temel suçun istenmeyen netice bakımından yüksek bir risk taşıması halinde neticenin objektif sorumluluk dolayısıyla faile yüklendiğinin söylenemeyeceği, çünkü zaten temel fiil gerçekleştirildiğinde istenmeyen neticenin öngörülebilir olduğunu belirterek, objektif sorumluluk tartışmasına hiç girmeden meselenin halli yolunu tercih etmiştir. Bu kararda gerçek bir taksirin bulunmasının aranmadığı vurgulanmıştır. C 28.3.1997, Sambataro, CED 207274, CP 1998, s. 817. Kararın gerekçesi için bkz. Pisa (1999), s. 112.

Yargı organlarının bu şekildeki tavırları 586. maddenin Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkeme'sinin önüne gitmesini ve konu ile ilgili gerçek ve derinlemesine bir araştırmanın yapılmasını engellemektedir. Yargıtay tarafından verilen bu karar ile Anayasa Mahkemesi kararları arasındaki zıtlık çok açıktır.

1.3.6. Kast-taksir birlikteliği

1.3.6.1. Normatif olarak kast ve taksir birlikteliğinin mümkün olup olmadığı tartışması

Öğretinin bir kısmı neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda meydana gelen eklenen netice bakımından gerçek bir taksirin bulunması gerektiğini kabul etmiştir. Diğer bir görüş ise, temel fiilin hukuka aykırı olduğu bir alanda, eklenen netice bakımından taksirin var olamayacağını kabul etmektedir. Dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda da kast ve taksir birlikteliğinin kurulamayacağı savunulmaktadır⁷⁷².

1.3.6.1.1. Negatif eğilim

Öğretideki negatif eğilime göre temel fiilin zaten kasıtlı olduğu bir durumda, davranış kurallarının ihlal edilip edilmediğinin araştırılmasının hiçbir anlamı bulunmamaktadır⁷⁷³.

Bu görüşe göre, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış bir suçta eklenen netice açısından taksirin aranması, kendi içinde mantıksal bir sorun yaratmaktadır. Eğer eklenen netice açısından taksir aranırsa ilk suçu meydana getiren fiilin dikkat ve özenle gerçekleştirilmesi bekleniyor demektir ki, bu ilk fiile izin verildiği anlamına yol açar. Örneğin “özenli ve dikkatli olarak yarala” emri varmış gibi bir sonuç doğurur⁷⁷⁴.

Bu görüşü savunan yazarlardan bazıları, bu görüşün aksi yönde açıklamalar da yapmışlardır⁷⁷⁵. Örneğin, hukuka aykırı bir alanda taksirin bulunamayacağını savunan

⁷⁷² Canestrari (1989b), s. 122 vd.; Donini (1991), s. 392 vd., s. 421 vd.; M. Donini (1996). *Teoria del reato: Una introduzione*. Padova: CEDAM, s. 345; G. De Francesco (1993a), s. 1034; Carmona (2001), s. 223 vd.; A. Carmona (2002). La responsabilità colpevole è necessariamente solo dolosa o colposa? A proposito della scomparsa delle ipotesi di responsabilità oggettiva. *La Riforma del Codice Penale: La Parte Generale*, Milano: Giuffrè, s. 240 vd.

⁷⁷³ Ardizzone (1984), s. 205.

⁷⁷⁴ Zuccalà (2003), s. 271; Padovani (2002), s. 202; Carmona (2001), s. 229, 237; Giunta (1993), s. 367; M. Piccardi (2004). Riflessioni sul criterio d'imputazione soggettiva nell'omicidio preterintenzionale. *CP*, s. 877; A. Castaldo (1989a). La struttura dei delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, s. 317; A. Castaldo (1989b). *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*. Napoli: Jovene, s. 177, dn.3.

⁷⁷⁵ Örneğin Zuccalà aynı hareketten iki netice doğduğunda birinin kasıtlı, diğerinin taksirli olmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir. Zuccalà (1952), s. 72.

yazarlardan Antolisei, kanun koyucunun bir suçu işlerken failin dikkat ve özen kurallarına uygun olarak bu suçu işlemesini emretmiş olmasının mümkün olmadığını belirtmektedir⁷⁷⁶. Ancak yazara göre, Leone'nin "her ceza normunun aynı zamanda başka bir neticenin meydana gelmesi tehlikesini ortadan kaldırdığı" yönündeki görüşleri hatalıdır. Yazar, eklenen her neticeden failin otomatik olarak sorumlu olmaması, bu netice bakımından taksirinin araştırılması gerektiğini savunarak, aslında hukuka aykırı bir durumda da taksirin aranabileceğini kabul etmiştir. Yazara göre davranış kuralları hukuka aykırı fiili gerçekleştiren kişi için de hukuka uygun fiili gerçekleştirmekte olan kişi için de geçerlidir. Fail hem belirli bir neticeyi istemiş olması dolayısıyla hem de başka bir neticenin meydana gelmemesi için dikkatli davranmaması nedeniyle kınanmaktadır⁷⁷⁷.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kast-taksir birlikteliğinin bulunamayacağını savunan görüşe bazı eleştiriler yöneltmiştir: Kastı aşan suç halinde "dikkat ve özen yükümlülüğüne uyma" durumunun aslında kendi içerisinde bir çelişki taşımadığı, çünkü eğer yaralama gerçekleştirirken fail dikkatli ve özenli davranmazsa, yaralamanın ötesine geçip öldürme neticesi doğurabileceği, bu nedenle yaralarken de, ölüm neticesini meydana getirmemek için failin dikkatli ve özenli davranması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁷⁸.

Diğer taraftan temel fiilin hukuka aykırılık taşıması halinde, eklenen netice açısından taksirin var olup olmadığının araştırılmamasının eşitlik ilkesine de aykırılık

Padavani de Ceza Kanunu'nun suça etki eden nedenlerde bilgisizlik ve hata ile ilgili 59. madesinin 2. fıkrasının yeni metni ile ilgili olarak ağırlaştırıcı nedenlerin en azından genel taksir ile faile yüklenebileceğinden söz etmektedir. Yazar, kasıtlı temel fiili işleyen kişinin hukuka aykırı alana girdiği ve bu alanda eklenen netice bakımından taksirin aranmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Padovani (2002), s. 236.

⁷⁷⁶ Antolisei (1948), s. 8.

⁷⁷⁷ Antolisei (1948), s. 11.

⁷⁷⁸ E. Gallo (1990), s. 414.

De Marsico da konu ile ilgili şu görüşleri ileri sürmüştür. Yazara göre, aynı fiilde iki ayrı subjektif unsur bulunabilir. Ancak önemli olan iki subjektif unsurun bulunduğunu belirtmek değildir. Önemli olan bu subjektif unsurların sınırlarını çizebilmektir. Bir hareketten biri kasıtlı, diğeri taksirli iki suçun meydana gelmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. De Marsico (1940), s. 242, dn.1; De Marsico (1941), s. 779.

Delitala da kasıtlı hareketten hem kasıtlı hem de taksirli neticenin gerçekleşebileceği fikrini reddetmemekte, ancak her kasıtlı hareketten meydana gelen istenmeyen neticede bir dikkatsizlik ve tedbirsizliğin bulunduğu otomatik olarak kabul edilmesini eleştirmekte ve taksirin varlığının her somut olayda araştırılması gerektiğini ifade etmektedir. Delitala (1976), s. 326.

teşkil edeceği savunulmuştur. Bu görüşe göre, örneğin arkasında uçurum olduğunu bile bile birini iten kişi, ittiği kişi düşüp öldüğünde alacağı ceza ile otların bulunduğu bir alanda birini iten kişinin düşünce kafasını otların arasında bulunan sert bir cisme çarpması nedeniyle ölmesi halinde alacakları ceza aynı olacaktır. Bu nedenle farklı durumlarda olan kişilere aynı ceza verilecektir. Bu durumda taksirin varlığını aramak bu sorunu ortadan kaldıracaktır⁷⁷⁹.

Ayrıca gerek Anayasa'nın 27/1. maddesinde suçun esaslı unsurları bakımından taksirin aranacağıının belirtilmesi⁷⁸⁰, gerekse Ceza Kanunu'nun 59/2. maddesi ile suçun esaslı olmayan unsurlarından biri olan ağırlaştırıcı nedenler bakımından dahi taksirin aranacağıının belirtilmesi karşısında, kastı aşan suç, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç gibi suçun esaslı unsurlarına ilişkin bir durumda taksirin aranmayacağıının belirtilmesi birbiriyle çelişmektedir.

Sonuç olarak, temel fiilin suç teşkil ettiği hallerde de davranış kurallarına aykırılığın aranması sayesinde uygulama, kusur ilkesini ihlal etmeksizin hukuki yararları korumaya devam etmektedir⁷⁸¹.

1.3.6.1.2. Pozitif eğilim

Günümüz İtalyan öğretisinde hakim anlayış, De Marsico, Antolisei ve Delitala'nın öğretilerini takip ederek hukuka aykırı fiili kasıtlı olarak gerçekleştiren failin de taksirinin bulunabileceğini kabul etmektedir. Bu yöndeki eğilim, 1800'lü yılların uygulamasına ve Francesco Carrara'nın öğretilerine dayanmaktadır.

Rocco Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, 1800'lerin ikinci yarısından itibaren Almanya'da ortaya Feuerbach'ın kastta beliren taksir teorisi ile birlikte, İtalyan öğretisinde de hukuka aykırı bir fiille meydana gelen istenmeyen

⁷⁷⁹ G. De Francesco (1996), s. 559; B. Alimena (1910), s. 338.

⁷⁸⁰ C. cost. 364/1988, s. 1402 vd.

⁷⁸¹ Örneğin doktor olan A, B'ye para karşılığında böbreğini bir başkasına vermesini önerir. Bunu kabul eden B, ameliyat olurken A'nın dikkatsizliği sonucu ölürse A, bu ölüm sonucundan sorumlu olmalıdır. Burada temel fiil olan organ ticareti de bir suç teşkil etmektedir. Ancak bu suç teşkil eden fiili meydana getirirken de failin dikkat ve özen yükümlülüğüne uyması gerekmektedir. Aksi taksirde fiil yaralama ile kalmayıp ölüm neticesi doğurabilecektir. Bu durumda yasal bir şekilde organ nakli yaparken beklenen dikkat ve özenin A tarafından da gösterilmesi beklenmektedir.

neticede taksirin bulunabileceği ve bunun araştırılması gerektiği anlayışı yayılmaya başlamıştır.

Kast ve taksirin aynı fiilde birlikte bulunabileceğini ifade eden anlayış ilk ifade edenlerden biri Carrara'dır. Yazar kastı aşan adam öldürmenin ve genel olarak kastın aşılması hallerinin kast ve taksir birleşimi halleri olduğunu kabul eder. Örneğin kastı aşan adam öldürmenin iki unsur üzerine kurulduğunu kabul eder: 1. Bir kişiyi yaralama iradesi, 2. Hareketin ölümle sonuçlanmasını öngörebilecek durumda olduğu halde öngörmemesi⁷⁸².

Carrara, hukuka aykırı durumda olan kişinin de taksirinin bulunabileceğini açık bir şekilde ifade etmiştir.

Carrara bazı eserlerinde *versari in re illicita* kuralını kabul ettiğini, ancak burada istenmeyen neticenin öngörülebilir olduğu halleri kastederek *versari in re illicita* kuralını kabul ettiğini belirtir. Ayrıca *versari in re illicita* kuralının yanlış veya gereksiz olduğunu belirtir: Yanlıştır, çünkü hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirirken meydana gelmesi dolayısıyla öngörülemez olsa dahi netice faile yüklenmektedir. Eğer öngörülemez bir netice söz konusu olduğunda bu kurala göre de fail sorumlu tutulmuyorsa ve eğer öngörülebilir bir netice söz konusu olduğunda sorumlu tutuluyorsa *versari in re illicita* kuralına gerek yoktur, bu durumda genel taksir kuralları uygulanarak olay çözümlenebilir⁷⁸³.

Pessina da Carrara'nın taksirin gerek hukuka uygun temel fiilde gerek hukuka aykırı temel fiilde aynı görünüme sahip olduğu anlayışını benimseyerek, iradi hukuka aykırı fiilden taksirli bir neticenin meydana gelmesi halinde kast-taksir birleşimi formülünü kullanmıştır⁷⁸⁴.

⁷⁸² F. Carrara (1877). *Programma del corso di diritto criminale*, PG. (5. ed.). Firenze: Cammelli, § 269, § 271; F. Carrara (1906). *Programma del corso di diritto criminale*, PS. (8. ed.). Firenze, § 1102.

⁷⁸³ Carrara (1898), s. 15 vd.

⁷⁸⁴ Pessina da “kast-taksir birleşimi”ni kastı aşan insan öldürme halleriyle ilgili olarak ele almıştır. Yaralama amacıyla hareket eden failin ya taksir ya da tesadüf sonucu mağdurun ölümüne neden olabileceğini ve tesadüf hallerinde failin bu neticeyi öngöremeyeceğini ve bu nedenle cezanın yaralamaya oranla ağırlaştırılmasında asgari oranda bir artırım yapılması gerektiğini, aynı ölüm neticesinin taksirle meydana getirilmesi halinde yapılacak artırımın daha fazla olması lüzumunu ifade etmiştir.

Pessina, Carrara'dan farklı olarak kast ve tesadüf birleşimini benimseyerek objektif sorumluluğu kabul etmesine rağmen, kast-taksir ve kast-tesadüf birleşimlerini kabul ederek hukuka aykırı bir fiilde de gerçek bir taksirin bulunabileceğini ifade etmiştir. E. Pessina (1882). *Elementi di diritto penale*, vol. I, II. Napoli: Riccardo Marghieri di Gius, s. 181, E. Pessina (1882). *Elementi di diritto penale*, vol. II. Napoli: Riccardo Marghieri di Gius, s. 8 vd.

Zanardelli Kanunu döneminde Carrara'nın teorisi Mosca, Bernardino, Alimena ve Finzi tarafından kullanılmıştır.

Mosca da Carrara gibi, kasıtlı bir suçu takip eden netice öngörülebilir bir netice değilse bu neticeden failin sorumlu olmayacağını belirtmiştir. Ayrıca *versari in re illicita* kuralının bir hata olduğunu vurgulamıştır⁷⁸⁵.

Bernardino Alimena da, kasıtlı suçla birlikte taksirli bir suçun da meydana gelebileceğini⁷⁸⁶, kast ve taksir birleşimlerinin genellikle kastı aşan adam öldürme suçlarında ortaya çıktığını belirtmiştir. Yazara göre, kastı aşan suçlar kasıtlı bir netice olan yaralama ile taksirli bir netice olan ölüm neticesinin birleşmesi ile meydana gelir ve ölüm neticesinden fail ancak bu neticenin öngörülebilir olduğu hallerde sorumlu tutulabilir⁷⁸⁷.

Kast ve taksirin bir arada bulunamayacağını savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bunlardan birisi olan Impallomeni, bir hareketin ya istenerek ya da dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi meydana gelebileceğini kabul eder ve bir kimsenin hem isteyerek hem de dikkatsizlik ve tedbirsizlikle hareket etmesinin mümkün olmadığını ifade eder⁷⁸⁸.

Rocco Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra da hukuka aykırı bir neticenin kastedilmesi halinde de gerçek bir taksirin bulunabileceğini kabul eden yazarlar vardır⁷⁸⁹. Söz konusu yazarlar açık bir şekilde ifade edilmese de neticesi sebebiyle

⁷⁸⁵ T. Mosca (1896). *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa nel diritto civile, penale ed amministrativo*. Roma: Tip. di G. Bertero, s. 181 vd.

⁷⁸⁶ B. Alimena (1910), s. 339.

⁷⁸⁷ B. Alimena (1912), *Principii di diritto penale*, vol. II. Napoli: Pierro, s. 336.

Kastı aşan suçun kast-taksir birlikteliği olduğu yönünde bkz. B. Paoli (1885). *Esposizione dei lavori di preparazione del Codice Italiano*, vol II. Firenze: L. Niccolai, s. 55, dn. 123; Finzi (1925), s. 152 vd.

⁷⁸⁸ G. B. Impallomeni (1899). *L'omicidio nel diritto penale*. Torino: Unione tipografica editrice, s. 100, 178. Aynı yönde bkz. Vico (1905), s. 2.

⁷⁸⁹ Bettiol'e göre bir suç işleyen failin suçu, başka bir suça da neden olmayacak şekilde işlemesi gerekir. Öngörülebiyecek nitelikteki daha ağır neticeye neden olabilecek şekilde suçu işleyen failin, bu ağır neticeden de sorumlu olacağını belirtmiştir. G. Bettiol (1982). *Diritto penale PG*. (11. ed. riveduta e aggiornata). Padova: Cedam, s. 478. Aynı doğrultuda bkz. F. Bricola (1960). *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*. Milano: Giuffrè, s. 35, dn. 57; Dolcini (2000), s. 871; Fiandaca (1989), s. 49; Fiore (1993), s. 378; Mantovani (1992), s. 359; Marinucci (1991), s. 38; F. Ramacci (1997). *I delitti di omicidio*. (2. ed.). Torino: Giappichelli editore, s. 83.

Pulitanò'ya göre de "engellenebilir ve öngörülebilir bir neticeyi meydana getirmeme görevi her türlü faaliyette bulunmaktadır. Hukuka aykırı bir fiil gerçekleştiren kişi de başka neticelerin meydana gelmemesi için gerekli özeni göstermelidir". Pulitanò (2005), s. 371. Aynı doğrultuda bkz. Bondi (1999),

ağırlaştırılmış suçlar ile kastı aşan suçların kast ve taksir birleşiminden meydana gelen suçlar olduğunu kabul etmektedirler. Bir grup yazar ise neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar ile kastı aşan suçlarda objektif sorumluluğun bulunduğunu kabul etmelerine rağmen, bu suçlarda taksirin bulunmasının imkânsız olmadığını ifade ederler. Söz konusu yazarlar, taksirin bu tür suçlarda araştırılmasının cezanın doğru bir biçimde takdir edilmesi açısından faydalı olabileceğini vurgularlar⁷⁹⁰.

1.3.6.2. İtalyan Ceza Kanunu'nda kast - taksir birlikteliğinin bulunabileceğini gösteren düzenlemeler

İCK'nın 59/2, 81/1, 589/2, 590/3. maddeleri bu yöndeki pozitif eğilimi gösteren normlardır.

1.3.6.2.1. İCK m. 59/2: Ağırlaştırıcı nedenlerin isnadı

İCK'nın 59/2. maddesinin yeni metni⁷⁹¹ uyarınca ağırlaştırıcı nedenler faile sadece bu ağırlaştırıcı nedenleri biliyorsa veya bu konuda taksirli davranmışsa ya da bu ağırlaştırıcı nedenin varlığı konusunda taksirle hataya düşmüşse isnat edilebilir.

Bu metin çerçevesinde ağırlaştırıcı nedenlerin faile yüklenebilmesi için kast veya taksire ilişkin bir araştırma yapmak gerekir⁷⁹². Temel suç açısından kast ve ağırlaştırıcı neden açısından taksirin aranacağı bu durumda kanun koyucunun hukuka aykırı kasıtlı bir faaliyetten meydana gelen neticeler bakımından taksiri araştıracağı kabul edilmektedir.

İCK m. 59/2'de öngörülen suç kasıtlı bir suç olabileceğine ve ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için en azından taksirle davranmak gerektiğine göre kanun koyucu kast ve taksirin aynı harekette bulunabileceğini kabul etmektedir⁷⁹³. Bir Temyiz Mahkemesi

s. 167, 202; L. Eusebi (2000). Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato. *RIDPP*, s. 1062; Canestrari (1989b), s. 152; Tagliarini (1979), s. 166, 197.

⁷⁹⁰ Concas (1966), s. 393; Stile (1977), s. 148; Canestrari (1989b), s. 135; Prosdoci (1985), s. 291, dn. 23; Fiandaca ve Musco (1989), s. 347 vd.; Boscarelli (1994), s. 112; Grosso (1989), s. 277; Romano (2004), s. 157 vd.; Zuccalà (1952), s. 72.

⁷⁹¹ Söz konusu madde “legge 7 febbraio 1990, n. 19, art. 1” ile değiştirilmiştir.

⁷⁹² G. Marconi (1993). *Il nuovo regime di imputazione delle circostanze aggravanti*. Milano: Giuffrè, s. 2.

⁷⁹³ Bkz. Dolcini (2000), s. 870; Donini (1996), s. 347.

kararı da kastın bulunmasının, taksirin bulunması ile herhangi bir çelişki taşımadığını belirtmektedir⁷⁹⁴.

59. maddede suçun esaslı unsurlarını oluşturmaya da bir harekette kast ve taksirin bulunabileceği kabul edilmektedir. 59. maddede bu değişiklik yapılırken belki de uygulamada böylesine bir etki yaratacağı düşünülmemiş olabilir. 59. madde ve kusur ilkesi birlikte değerlendirildiğinde buradan elde edilen sonuçlar istenmeyen bir neticenin meydana geldiği bir suçta benzer bir yorum yapmaya yardımcı olacaktır⁷⁹⁵.

1.3.6.2.2. İCK m. 81/1: Suçların fikri içtiması

Aynı faaliyette kast ve taksirin birlikte bulunabileceğinin, suçların fikri içtimayı düzenleyen İCK m. 81/1'den de anlaşılabileceği ileri sürülmüştür⁷⁹⁶.

ICK m. 81'de öngörülen fikri içtima hükümleri bir hareket sonucu iki veya daha fazla suçun meydana gelmesi halini öngörmektedir. Fikri içtimanın kasıtlı ve taksirli iki suç arasında meydana gelemeyeceğine ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bu durum, hakim öğreti⁷⁹⁷ ve uygulama⁷⁹⁸ tarafından da kabul edilmektedir.

Örneğin bir parçası kırık antika bir Yunan vazosunu çalan fail bunun değerini bilip bilmemesine göre malın değerinden kaynaklanan ağırlaştırıcı neden kendisine uygulanır veya uygulanmaz. Eğer bu vazo çok güzel bir vitrinin içerisinde bulunuyor, özel olduğunu belirten birtakım işaretler varsa bunun değerini bilmese bile değeri konusunda taksirli davranmış olur.

⁷⁹⁴ C 2.3.1995 (6.12.1994), Imerti, CED 200902, CP 1996, s. 3627.

⁷⁹⁵ Bkz. G. De Francesco (1993a), s. 1000.

⁷⁹⁶ F. Alimena (1947), s. 85; Leone (1940) (art. 82 e 83 c.p.), s. 143 vd.

⁷⁹⁷ Zanardelli Kanunu dönemi için bkz. Finzi (1925), s. 165; Manzini (1926), § 509, s. 394.

Rocco Kanunu dönemi için bkz. Manzini (1926), § 479; Leone (1940), s. 143; De Marsico (1941), s. 779; V. Zagrebelsky (1996). Reato continuato e concorso formale di reati. *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*. (2. ed.). Torino: UTET, s. 373; Romano (2004), art. 81, s. 754; Romano (1970), s. 143; Mantovani (1992), s. 464; S. Prosdocimi (1984). *Contributo alla teoria del concorso formale di reati*. Padova: CEDAM, s. 19; G. De Francesco (1998), s. 93, 157; D. Brunelli (2004). Concorso formale di reati e aberratio delicti plurilesiva: brevi spunti per una rivalutazione della dimensione 'naturalistica' della unicità della condotta. CP, s. 2831. Regina ise aksi görüştedir. Regina (1970), s. 126 vd.; Regina (1991), s. 6.

⁷⁹⁸ C 16.11.1905, Di Jasio, RP vol. LXIII- LXIV, 1906, s. 179 (tehdit ile taksirli yaralama suçlarının içtiması); C 16.6.1951, GP 1952, II, s. 139; C 16.5.1984 (ud. 9.4.1984), CED 164212, Carone, RP 1985, s. 103 (ICK m. 437/ 2'de öngörülen iş kazalarına yönelik önlemlerin ihmal edilmesi, kaldırılması veya zarara uğratılması neticesi ölüm meydana gelmesi); C 7.7.1999 (ud. 18.5.1999) CED 214197, Bornaghi, CP 2000, s. 2278 (bu kararda da tek bir hareketle birden fazla kanun hükmünün veya aynı hükmün birden fazla ihlal edilmesi halinde bu suçların taksirli veya kasıtlı olmalarından bağımsız olarak İCK m. 81/1 hükmünün uygulanacağı ifade edilmiştir).

1.3.6.2.3. İCK m. 589/2 ve 530/3: Taksirli öldürme ve yaralama suçlarına özgü ağırlaştırıcı nedenler

Ceza Kanunu'nun özel kısmında da kasıtlı bir suça eklenen netice bakımından taksirli sorumluluğun söz konusu olabileceğine dair hükümler bulunmaktadır. İCK m. 589/2. ve 590/3, 296 sayılı 11 Mayıs 1966 tarihli kanundan sonra taksirli öldürme ve yaralama suçlarının trafik kurallarının veya iş güvenliğine ilişkin davranış kurallarının ihlali sonucu meydana gelmesi halini daha ağır şekilde cezalandırmaktadır.

Gerçekten 30.12.1999 tarihli ve 507 sayılı yasa ile yürürlükten kaldırılana kadar trafik kurallarının ihlali ve iş güvenliği kurallarının ihlali kabahat suçlarındandı. Bu durumda fail trafik kurallarını ve iş güvenliği kurallarını kasıtlı olarak ihlal ederken taksirli ölüm veya yaralamaya neden olabilmektedir. Böylece kasıtlı bir suç işlerken de kişi taksirli bir neticeye neden olabilir.

İCK'nın 589/2 ve 590/3. maddelerinde kast ve taksirin birleştikleri hipotezler öngörülmüştür. Böylece yasal çerçevede de kast ve taksirin birleşmesi, taksirin, kasıtlı bir alanda da doğabilmesi sağlanmıştır⁷⁹⁹.

Uygulama ve öğretinin büyük bir kısmı 589/2. ve 590/3. maddelerde trafik kurallarının ve iş güvenliğinin ihlaline ilişkin suçlar ile taksirli öldürme ve yaralama suçlarının fikri içtimai hükümleri gereğince birleştiklerini kabul eder⁸⁰⁰. Ancak öğretideki bir grup yazar, söz konusu hükümlerin bileşik suç teşkil ettiğini kabul eder⁸⁰¹.

⁷⁹⁹ Canestrari (1989b), s. 151.

⁸⁰⁰ C 5.7.1976, Ciani, *RIDPP* 1978, s. 429; C 19.5.1971, *CPMA* 1972, s. 1256; C 27.1.1971, *CPMA* 1972, s. 542; C 12.11.1969, *CPMA*, 1971, s. 288.

G. Lozzi (1974). *Profili di un'indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*. Milano: Giuffrè, s. 88 vd.; Patalano (1984), s. 363; Marinucci ve Dolcini (2006), s. 201.

1966 tarihli reformdan önce de taksirli öldürme veya yaralama ile trafik suçları arasında içtimai kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. L. Galli (1951). In tema di concorso tra contravvenzione e delitto colposo. *GP*, II, s. 509; M. Spasari (1960). Contravvenzione stradale e delitto colposo: concorso di reati o conflitto apparente di norme penali? *RGCT*, s. 78.

⁸⁰¹ Bkz. G. De Francesco (1978). Profili sistematici dell'omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale. *RIDPP*, s. 429 vd.; F. Mantovani (1966). *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*. Bologna: Zanichelli, s. 540.

Her iki görüş açısından da kast ve taksirin birlikte bulunması bakımından bir değişiklik olmayacaktır⁸⁰².

1.3.6.3. Diğer Avrupa devletlerinin yasal düzenlemeleri çerçevesinde kast - taksir birlikteliğinin mümkün olduğunun kabulü

İtalyan Ceza Kanunu'nda istenmeyen eklenen netice açısından taksirin varlığını açıkça arayan bir hükme ihtiyaç vardır. Bazı Kara Avrupası ülkelerinde istenmeyen neticeden sorumluluk için taksiri açık biçimde arayan kanunlar bulunmaktadır. Nitekim ileride daha ayrıntılı göreceğimiz üzere Almanya'da 1953 yılında § 56 ile (daha sonra § 18 olmuştur) ve Avusturya'da 1974'de § 7/2 ile istenmeyen netice açısından taksir aranmıştır. Başka Avrupa kanunlarında da bu kadar açık bir şekilde belirtilmese de kasıtlı suçun neticesi olan istenmeyen netice açısından taksir arandığını görüyoruz.

1902 tarihli Norveç Ceza Kanunu § 42'ye göre, cezalandırılabilir bir fiili takip eden istenmeyen bir netice meydana geldiğinde ceza ağırlaşıyorsa, bu ağırlaşmış cezanın faile uygulanabilmesi için, failin bu ağır neticeyi öngörebilecek durumda olması veya fiilin meydana getirebileceği neticelere ilişkin tehlikeyi öngörmesine rağmen fiiline devam etmesi gerekir⁸⁰³.

1930 tarihli Danimarka Ceza Kanunu'nun (1933 tarihinde yürürlüğe girmiştir) 20. maddesinde de istenmeyen ağırlaşmış neticeden sorumluluk için failin bu ağır neticeyi öngörebilecek durumda olması veya fiilin meydana getirebileceği sonuçlara ilişkin tehlikeyi öngörmesine rağmen fiiline devam etmesini aramaktadır⁸⁰⁴.

1932 tarihli Polonya Ceza Kanunu'nun 15. maddesi gereğince, cezayı ağırlaştırıcı nedenlerden fail bunları bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde sorumlu olur. Fiili takip eden neticelerin cezayı ağırlaştırdığı hallerde de fail, neticeyi öngördüğü veya öngörmesi gerektiği hallerde bu ağırlaştırıcı neticeden sorumlu olur⁸⁰⁵.

1926 tarihli Sovyet, 1950 tarihli Çekoslovak (§ 6/a), 1951 tarihli Yugoslav (§ 8), 1968 Demokratik Alman Cumhuriyeti (§ 11/2) kanunlarında da "Ağırlaştırıcı

⁸⁰² S. Prosdoci, Commento all'art. 84, (1999). *Codice penale commentato*, vol. I, PG. (a cura di Emilio Dolcini, Giorgio Marinucci). Milano: IPSOA, s. 815, kn. 5.

⁸⁰³ M. Rispo (1998). *Il Codice Penale Norvegese*. Padova: CEDAM, s. 55.

⁸⁰⁴ Bkz. Antolisei (1948), s. 14.

⁸⁰⁵ Bkz. Antolisei (1948), s. 14.

nedenlerden sorumluluk” başlığı altında, kasıtlı suç neticesi meydana gelen istenmeyen neticelerden failin, sadece bu neticeleri öngörebildiği hallerde sorumlu olacağı belirtilmiştir⁸⁰⁶.

1983 tarihli İspanyol kanun koyucusu 1848 tarihli Eski Ceza Kanunu’nun 1/1. maddesini Alman Ceza Kanunu § 18 ile birebir aynı olacak şekilde düzenlemiştir⁸⁰⁷.

1995 tarihli Portekiz Ceza Kanunu 18. maddesi de eklenen ağırlaştırılmış neticeden failin sorumlu olabilmesi için bu netice bakımından dikkatsizce davranmasını aramıştır⁸⁰⁸.

1995 tarihli Slovenya Ceza Kanunu 19. maddesi istenen neticeden daha ağır bir netice meydana gelmesi halinde bu ağır netice taksirle meydana gelmiş ise sorumlu olur⁸⁰⁹.

1996 tarihli Rusya Ceza Kanunu m. 27’de “İki kusurluluk şekliyle işlenen suçtan sorumluluk” başlığı altında, kanunun daha ağır ceza öngördüğü neticeler failin kastının kapsamı dışında kaldığında, bu ağır neticeden failin ancak bu neticeyi öngörmesine rağmen meydana gelmemesi için gerekli niteliklere sahip olduğuna inandığı veya öngörebilecek bir netice olmasına rağmen öngörmediği hallerde sorumlu olacağı belirtilmiştir⁸¹⁰.

1.4. Hukuka Aykırı Alanda Doğan Taksirin Niteliği

Yukarıda da belirtildiği üzere istenmeyen neticeden sorumluluk için taksirin aranması gerekir ve İtalyan Ceza Hukukunda taksirin aranmasını engelleyen herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ancak hukuka aykırı bir alanda başlayan taksir, genel taksir niteliğini mi taşır yoksa hukuka aykırı alanda doğmuş olması nedeniyle bu taksire özgü bazı nitelikler mi aranmalıdır⁸¹¹?

⁸⁰⁶ Bkz. Basile (2005), s. 274.

⁸⁰⁷ Bkz. Basile (2005), s. 275.

⁸⁰⁸ Bkz. Basile (2005), s. 275.

⁸⁰⁹ Z. Fišer vd. (1998). *Il Codice Penale Sloveno*. Padova: CEDAM, s. 47.

⁸¹⁰ Bkz. Basile (2005), s. 276.

⁸¹¹ F. Bricola (1997). Le definizioni normative nell’esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge-delega italiano. *Scritti di diritto penale, Vol. I/II*. Milano: A. Giuffrè, s. 1719.

1.4.1. Taksirli suçlarda taksirin niteliği

1.4.1.1. İtalyan öğretisinde kabul edilen taksir tanımı

Hukuka aykırı bir alanda doğan taksiri anlayabilmek için hukuka uygun bir alanda doğan taksirin anlaşılması gerekir. Bunun için taksirli suçların incelenmesi gerekir.

Taksirde fail, suçu meydana getiren hareketi istemektedir ve davranış kurallarına uymayan fail bu uymama dolayısıyla sorumlu tutulur⁸¹².

Dikkat ve özen kuralı ise neticeyi öngörmeyi ve engellemeyi sağlayan kurallardır⁸¹³.

Taksirde neticenin öngörülebilirliği ve önlenebilirliğini belirlemek için model ajan ölçütü kullanılır ve ex ante bir değerlendirme yapılır⁸¹⁴.

1.4.1.2. Taksirin tespitinde model ajan ölçütünün kullanılması

Model ajan ölçütü, davranış kurallarına uyan bir kimsenin failin bulunduğu şartlarda nasıl hareket edeceğine dayanan bir ölçüttür⁸¹⁵. Bu ölçüt somut olaydaki failin davranışlarıyla aynı nitelikte olmayacağı gibi çok fazla dikkat ve özen gösteren bir kişi de model ajan ölçütü olarak kabul edilmemelidir⁸¹⁶.

Model ajan ölçütü bazı olumlu yönleri nedeniyle günümüz ceza hukukunda benimsenmektedir:

⁸¹² Romano (2004), art. 43, s. 454; Lunghini, art. 43, (1999). *Codice penale commentato*, vol. I, PG. (a cura di Emilio Dolcini, Giorgio Marinucci). Milano: IPSOA, s. 325.

⁸¹³ Marinucci (1965), s. 177 vd.; Fiandaca ve Musco (1989), s. 488 vd.; E. Gallo (1990), s. 414; S. Canestrari (1999). *Dolo eventuale e colpa cosciente: ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*. Milano: A. Giuffrè, s. 175 vd.; Canestrari (1989b), s. 99; Romano (2004), art. 43, s. 458.

⁸¹⁴ M. Gallo (1960), s. 639, dn. 39; Marinucci (1965), s. 215, 272.

Somut failin kişisel özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılması gerektiği de savunulmuştur. V. De Francesco (1977-1978), s. 275; Donini (1996), s. 360; Forti (1990), s. 294 vd.

⁸¹⁵ Forti (1990), s. 237.

⁸¹⁶ Canestrari (1989b), s. 261.

1) Model ajan ölçütü sorumluluğu çok fazla sübjektifleştirme⁸¹⁷ riskini ortadan kaldırır. Eğer model ajan ölçütü kullanılmayıp gerçek failin içinde bulunduğu şartların birebir aynısı düşünülürse, olayların çoğunda failin başka türlü hareket etme ihtimalinin olmadığı sonucuna ulaşılması riski doğar⁸¹⁸.

2) Ayrıca model ajan ölçütü sayesinde dikkatsizlik ve tedbirsizlik yargısı soyut bir yargı şeklinde değil, birebir aynı olmasa bile failin içinde bulunduğu şartlar göz önünde bulundurularak verilmektedir. Failin özelliklerini (örneğin o konudaki bilgisizliği) bilmek de taksirin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır⁸¹⁹.

3) Bunun yanında her olaya göre model ajan ölçütü de değişmektedir. Bu da tek bir ajan ve buna göre taksirin belirlenmesine dair sakıncaları ortadan kaldırmaktadır⁸²⁰.

1.4.1.3. Model ajan ölçütünün oluşturulması

Model ajan ölçütünün oluşturulabilmesi için şu usul takip edilmelidir:

İlk önce somut failden yola çıkılmalıdır. Ancak somut failin tüm özellikleri ele alınmaz, sadece somut olay bakımından önem arz eden özellikleri dikkate alınır. Böyle yapılmadığı ve failin tüm özellikleri dikkate alındığı takdirde faili taksirden dolayı sorumlu tutmak imkânsız hale gelecektir. Ayrıca somut olaydaki failin içinde bulunduğu ortam dikkate alınarak buna yakın bir model ajan oluşturulur. Böylece model ajan, somut faile benzer özellikler taşımaktadır⁸²¹.

Model ajan ölçütü ortalama insan ölçütünden farklı bir nitelik gösterir. Ortalama insan dikkatli ve tedbirli bir insan özelliği göstermeyebilir. Dolayısıyla ortalama insan ölçütü kullanılması, failin bir hukuki yararı ihlal etmemesi yönünde davranışlarında iyileştirici bir etki yaratmaz⁸²².

⁸¹⁷ M. Gallo (1960), s. 639.

⁸¹⁸ Marinucci (1965), s. 193. Bkz. Canestrari (1989b), s. 125; Fiandaca ve Musco (1989), s. 511; Padovani (2002), s. 196; V. De Francesco (1977-1978), s. 292.

⁸¹⁸ M. Gallo (1960), s. 639.

⁸¹⁹ Marinucci (1965), s. 185.

⁸²⁰ Marinucci (1965), s. 192; V. De Francesco (1977-1978), s. 297.

⁸²¹ Basile (2005), s. 283.

⁸²² Marinucci (1965), s. 187; Forti (1990), s. 237, dn. 207.

Model ajan ölçütü aynı zamanda normatif bir ölçüt de yaratır. Yargı organı yasalara göre adil bir karar vermelidir. Bunun için istatistiksel bir yöntemin kullanılması ve ortalama insanın ele alınması mümkün değildir⁸²³.

Ayrıca çağdaş bir toplumda, toplum değişik kültür ve bilgi düzeyinde bulunan kişilerden oluşur ve bunlar arasından ortalama bir insanın bulunması da mümkün değildir.

Model ajan bir kez oluşturulduktan sonra, model ajan fiilin işlendiği andaki failin yerine konulur. Model ajanın fiili takip eden neticeyi öngörmesi ve önlemesi mümkün ise, model ajanın bu durumda gerçekleştirebileceği davranışlar ile somut failin davranışları arasında farklılık bulunuyorsa failin taksirli davrandığına karar verilir⁸²⁴.

Failin özellikleri her olayda değişik şekilde ele alınabilir. Örneğin failin mesleği bunlardan biridir. Bazı meslekler daha dikkatli olmayı gerektirebilir⁸²⁵.

Aynı şekilde failin yapmakta olduğu faaliyet bazı özellikler gerektirebilir. Örneğin araba kullanmak bir meslek olmamasına rağmen araba kullanabilmek için bazı özelliklere sahip olmak gerekmektedir.

Failin yaşı da önem arz etmektedir. Örneğin altmış yaşındaki bir sürücü ile otuz yaşındaki bir sürücünün bir okulun yanından geçerken göstermeleri gereken dikkat ve özen düzeyleri farklıdır⁸²⁶.

Failin fiziksel özellikleri de dikkate alınmaktadır. Şöyle ki güçlü, iri bir kimsenin kapıyı açarken kullanacağı güç ile zayıf, güçsüz bir kimsenin kapıyı açarken kullanacağı güç farklı olacaktır. Güçlü adam eğer dikkat etmezse kapının arkasındaki kişinin zarar görmesine neden olabilir.

Failin hangi sosyal düzeyden olduğu ve eğitim durumu, deneyimleri de önem arz etmektedir.

Model ajan, somut failin sahip olduğu bütün değişmez özelliklere sahip olmalıdır⁸²⁷.

⁸²³ Basile (2005), s. 284.

⁸²⁴ Basile (2005), s. 284.

⁸²⁵ Marinucci (1965), s. 194; V. De Francesco (1977-1978), s. 300; Forti (1990), s. 240; Canestrari (1989b), s. 126; Lunghini, art. 43, s. 329; A. Crespi (1993). *Medico-chirurgo. Dpen*, VII, s. 592; A. Crespi (1955). *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*. Palermo: G. Priulla, s. 119.

⁸²⁶ Bkz. Marinucci (1965), s. 200; Forti (1990), s. 240.

⁸²⁷ V. De Francesco (1977-1978), s. 307 vd., Marinucci (1965), s. 198 vd.

Somut olayda failin bütün özelliklerinin model ajanda da olması aranmaz. Model ajan, sadece taksirin belirlenmesi açısından önem arz eden özellikleri bakımından failin özelliklerini taşımalıdır. Örneğin failin mesleği taksirin belirlenmesinde oldukça etkili olarak kullanılır. Mesela erimiş demirle çalışan bir kimse, işini yaparken çok dikkatli olmalıdır. Ancak bu kişi sokakta yürürken ortalama bir insan gibi davranmakla yükümlüdür, çok yüksek bir özen ve dikkat işi haricindeki alanlarda bu failden beklenemez⁸²⁸.

1.4.1.4. Faaliyetin niteliğinin taksirin belirlenmesi üzerindeki etkisi

Bazı faaliyetler ya izin ya da özel bir hazırlık (örneğin fiziksel bir hazırlık) gerektiren faaliyetlerdir. Örneğin avcılık, motosiklet kullanma, araba kullanma, kayak yapma gibi faaliyetler özel nitelikte faaliyetlerdir. Bu faaliyetlerde birtakım hazırlıklar yapılması veya bilgiye sahip olunması gerekir.

Diğer bazı faaliyetler ise, özel bir davranış veya bilgi gerektirmeyen, birini diğerinden ayırmanın pek de önemli olmadığı faaliyetlerdir. Bunlar, genel nitelikteki olan ve günün herhangi bir zaman diliminde gerçekleştirilebilecek faaliyetlerdir. Örneğin bir gezinti yapmak, toplu taşıma araçlarına binmek gibi⁸²⁹.

Sübjektif sorumluluğun faile yüklenebilmesi için mümkün olduğunca gerçeğe uygun bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu nedenle failin neticeyi öngörüp öngöremeyeceğini tespit edebilmek için, failin önemli niteliklerini bilmek gerekmektedir. Nitekim bazı faaliyetlerde genel olarak o işi yapan dikkatli bir kişiden bahsedilemez, örneğin denize taş atan bir kimse bir dalgıcı yaraladığında dikkatli bir taş atıcısından bahsedilemez. Ancak taş atan kişinin orada uzun zamandır oturup oturmadığını, buralarda denize dalan kişilerin olabileceğini bilip bilmediğini araştırmak failin taksirinin bulunup bulunmadığını tespit açısından daha önemlidir⁸³⁰.

Model ajan failin yaşı, sosyal çevresi gibi bütün özelliklerine sahip ve dikkatli ve özenli bir kişi olacaktır⁸³¹.

⁸²⁸ Basile (2005), s. 290.

⁸²⁹ Bkz. Marinucci ve Dolcini (2006), s. 202.

⁸³⁰ Basile (2005), s. 293.

⁸³¹ Marinucci (1965), s. 201.

Özel nitelikte olmayan faaliyetler gerçekleştirildiğinde model ajan ölçütü yerine sağduyulu kişi ölçütü kullanılacaktır⁸³².

Anglo sakson sistemde ise sağduyulu kişi kavramı sadece öğretilerde değil uygulamada da kullanılan bir kavramdır⁸³³.

Yasal düzenlemeler açısından da 1962 Model Penal Code § 2.02 (2) (d)'de sağduyulu insan davranışı ölçütünü esas almaktadır. Yine pek çok federe devlet de Model Penal Code'u örnek almışlardır⁸³⁴.

1.4.1.5. Failin özel bilgi ve tecrübesi

Model ajanın neticeyi öngörüp önleme yeteneğini tespit edebilmek için ayrıca failin somut özelliklerinin de göz önüne alınması gerekir. Somut failin özel bilgisi vs. aynı zamanda model ajanın da özellikleri olarak kabul edilmelidir⁸³⁵. Sorumluluk yargısına varabilmek için, öngörülebilecek neticelerin yanında öngörülmuş bütün neticelerin de dikkate alınması gerekir. Örneğin tehlikeli bir dörtyol ağzına gelen fail eğer bu yolu tanıyor ve tehlikeliliğini biliyorsa model ajanın da bildiği kabul edilir⁸³⁶. Örneğin jinekoloji uzmanı olan ve acil servis nöbeti tutmakta olan bir hekimin, hamile bir kadın gebelik ile ilgili bir rahatsızlığı nedeniyle acil servise geldiğinde, normal bir cerrah veya hekim gibi davranması yeterli olmayacaktır. Jinekoloji hekimi olarak hamile kadınla ilgili daha fazla bir şeyler yapabileceği bilinmektedir ve normal bir hekim için taksir oluşturmeyen bir durum, bu hekim için taksir oluşturabilir ve model ajanın da bu özel bilgiye sahip olduğu kabul edilir⁸³⁷.

⁸³² Basile (2005), s. 295.

⁸³³ G. P. Fletcher (1995). *Eccesso di difesa*. (İtalyancaya çev: M. Senore). Milano: A. Giuffrè, s. 54.

Bkz. W. R. La Fave, ve A.W. Scott (1986). *Criminal law*. (2. ed.). St. Paul (Minn.): West publishing, s. 233 vd. ("reasonable man"); R. M. Perkins ve R. N. Boyce (1982). *Criminal law*. (3. ed.). Mineda: The foundation pres, s. 105 ("reasonable person"); M. C. Bassiouni (1985). *Diritto penale degli stati uniti d'America: substantive criminal law*. Milano: Giuffrè, s. 227; J. Smith ve B. Hogan (1996). *Criminal law*. (8. ed.). London, Edinburgh, Dublin: Butterworths, s. 94 vd. ("reasonable man").

⁸³⁴ A. Cadoppi (1993). *Mens rea*. *Dpen*, VII, s. 642 vd; BASSIOUNI, *Diritto penale*, s. 227.

⁸³⁵ Lunghini, art. 43, (1999). *Codice penale commentato, vol. I, PG.*, s. 331.

⁸³⁶ Romano (2004), art. 43, s. 460.

⁸³⁷ Basile (2005), s. 298. Kısmi olarak farklı görüş için bkz. Marinucci ve Dolcini (2006), s. 204.

1.4.2. Kast-taksir birlikteliğinde taksirin niteliği

Hukuka aykırı fiil üzerine de taksirin oluşabileceğini kabul eden yazarlar buradaki taksirin yapısı üzerinde hiç durmamışlardır. Bunun nedeni söz konusu yazarların hukuka uygun fiilde de hukuka aykırı fiilde de taksirin yapısının aynı olduğunu kabul etmelerinden kaynaklanır. Hukuka aykırı fiillerde de taksirin oluşabileceğini kabul eden yazarlardan olan Carrara, bir neticenin gerçekleşmesini isteyen ve istemeyen fail bakımından da taksirin tedbirsizlik ve dikkatsizlik üzerine kurulması açısından herhangi bir farklılık bulunmadığını ifade etmiştir⁸³⁸. Antolisei de hukuka aykırı bir neticenin istenmesi ile başlayan fiilde de taksirin genel şartlarının aranacağını belirtmiştir⁸³⁹. Pulitanò da taksirin yapısının hukuka uygun veya aykırı bir fiilden kaynaklanan durumlarda aynı olacağını belirtir⁸⁴⁰.

Canestrari ise, davranış kurallarının ihlalinin fail tarafından gerçekleştirilen hareketin hukuka uygun veya aykırı olduğu hallerde farklılık göstereceği görüşündedir⁸⁴¹. Yazara göre, hukuka aykırı fiili takip eden taksirin ispatı, normal bir taksirli fiilin ispatından farklıdır. Hukuka aykırı bir durumda model ajan ölçütünü oluşturmak mümkün değildir⁸⁴². Çünkü eğer bu şekilde bir model ajan ölçütü oluşturulursa hukuka aykırı davranan bir model ajan olacaktır. Bu nedenle, hukuka aykırı fiil ile başlayan olaylarda ölçüt ortalama insan ölçütü olacaktır⁸⁴³.

Kanaatimizce ortalama insan ölçütü çok genel bir ölçüttür. Taksir gerek hukuka aykırı fiilde, gerekse hukuka uygun fiilde aynı niteliktedir. Fail davranışına hukuka uygun şekilde de başlasa veya hukuka aykırı şekilde de başlasa taksirin tespiti bakımından aynı ölçüt kullanılacaktır⁸⁴⁴. Genel olarak sağduyulu bir insan ölçütüne

⁸³⁸ Carrara (1898), s. 20. Aynı yönde bkz. Mosca (1896), s. 185.

⁸³⁹ Antolisei (1948), s. 11.

⁸⁴⁰ Pulitanò (2005), s. 371.

⁸⁴¹ Canestrari (1999), s. 109; Canestrari (1989b), s. 152.

⁸⁴² Canestrari (1989b), s. 129, 210, 238. Aynı yönde, Donini (1996), s. 375; Marconi (1993), s. 221; Carmona (2001), s. 230.

⁸⁴³ Canestrari (1989b), s. 210, 255, 261; Marconi (1993), s. 222.

⁸⁴⁴ Genel olarak sağduyulu bir insan ölçütüne değil, somut failin işlenen suç açısından önemli nitelikleriyle donatılmış model ajan ölçütü kullanılacağına dair görüşler için bkz. Bondi (1999), s. 214; Ardizzzone (1996), s. 168.

değil, somut failin işlenen suç açısından önemli nitelikleriyle donatılmış bir model ajan ölçütü kullanılmalıdır.

Hukuka aykırı durumda bulunan bir kişinin model ajan olarak kullanılması mantığa aykırı görünmektedir. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması hallerinde fiil taksirli ise bu durumda taksirli suçlara ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngören madde (İCK m. 55) dikkate alındığında, herhangi bir mantıksal çelişkinin bulunmadığı anlaşılır. Gerçekten hukuka uygunluk nedenlerinde sınırı aşan kişi hukuka aykırı bir alanda bulunmaktadır ve burada taksirin aranacağı kanun tarafından da öngörülmüştür⁸⁴⁵.

Uygulamada ise kast-taksir birlikteliği hallerinde taksir üzerinde fazla durulmadığı gözlenmektedir. Örneğin İCK m. 586'da yer alan, başka bir suçu takip eden yaralama ve öldürme suçlarında temel suç kasıtlı, ölüm veya yaralama ise taksirli olarak gerçekleşir. Bu durumda model ajanın bu neticeleri öngörüp öngöremeyeceği tespit edilmelidir. Ancak yargı kararlarında bu tespitin yapılmadığı görülmektedir. Örneğin bir reanimasyon uzmanının emboli sorunu olan bir hastaya başka bir hastaneye sevk edilirken refakat etmemesi (böylece görevi ihmal suçunu işlemiş oluyor) ve hastanın yolda giderken kalbine pıhtı atması sonucu ölmesi olayında mahkeme, reanimasyon uzmanının hastaya refakat etmesi halinde ölüm neticesinin meydana gelip gelmeyeceğini, bu durumda sağduyu sahibi bir reanimasyon uzmanının nasıl hareket edeceğini araştırmadan, ceza kanunun ihlali dolayısıyla taksirin somut olayda varlığını kabul ederek faili İCK m. 586'dan sorumlu tutmuştur⁸⁴⁶.

Bir başka olayda ise metil alkol satan bir tüccar ile şarap üreten bir tüccar, şaraptaki alkol oranını artırmak için kişileri zehirleyici etkisi olan metil alkolü kullanırlar. Model ajan şarap üreticisi metil alkolün tehlikesini ve etil alkol kullanılması gerektiğini bilmelidir. Somut olayda ise sanıklar kendilerini bu tehlikeyi bilmedikleri şeklinde savunmuşlardır. Ancak bu sektörde çalışan dikkatli tedbirli bir kimse bu sonuçları öngörebilir ve bu nedenle gerçek bir taksir ile failerin ölümüne neden olmaktan

⁸⁴⁵ Fiandaca ve Musco (1989), s. 225. Bkz. Padovani (2002), s. 161. Romano (2004), art. 55, s. 584; C. Faranda (1988). *L'eccesso colposo: Errore di giudizio ed errore modale nell'art. 55 cp.* Milano: A. Giuffrè, s. 102.

⁸⁴⁶ C 6.12.1995, Sonderegger, CED 204469, RP 1996, s. 464.

sorumlu tutulması mümkündür. Oysa Temyiz Mahkemesi burada failleri objektif sorumluluk gereğince sadece nedensellik bağına dayanarak sorumlu tutmuştur⁸⁴⁷.

Benzer bir olayda da, A, B'ye hakaret içeren sözler söyler. Bu sözleri duyan C korkarak nörolojik bir hastalığa kapılır. Model ajan ölçütünün kullanılabilmesi için A'nın C'yi ve onun rahatsızlığını bilip bilmediğinin araştırılması gerekir. Ancak olayda bu araştırma yapılmamıştır. Temyiz Mahkemesi sadece nedensellik bağına dayanarak C'nin yaralanmasından A'yı sorumlu tutmuştur⁸⁴⁸.

1.5. Yeni Ceza Kanunu Tasarılarında Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlardan Sorumluluğa Dair Düzenlemeler

Yürürlükteki İtalyan Ceza Kanunu'na göre, temel kasıtlı suçu işleyen fail, istenmeyen neticelerden de genellikle açık veya örtülü şekilde objektif sorumluluk gereği sorumlu tutulmaktadır. Bu durumun önüne geçmek ve kusur ilkesini ceza hukukunda tam olarak hakim kılmak amacıyla çeşitli ceza kanunu tasarıları hazırlanmıştır⁸⁴⁹.

1991 tarihli Pagliaro Ceza Kanunu Tasarısı⁸⁵⁰, ceza kanununun Anayasal ilkelere uygun olması gerektiğini (İtalyan Ay. m. 2, b. 1) ifade eder. Özellikle Tasarının suçun manevi unsurunu düzenleyen 12. maddesinde kusura dayanmayan bütün sorumluluk şekilleri ortadan kaldırılmış ve kusurluluğun şekillerinin sadece kast ve taksirden ibaret olduğu ifade edilmiştir.

⁸⁴⁷ C 16.4.1994, Franzoni, *RP* 1995, s. 186.

Yargıtayın hukuka aykırı risk sorumluluğunu kabul ettiği benzer bir kararda ise, bir grup genç A'nın evinin yakınlarında gürültülü bir şekilde konuşurlar. Bir süre sonra hala gürültünün devam etmesi üzerine A gençleri uyarır. Ancak gençlerden B, A'nın yakasına yapışarak boğazını sıkarak. Bir süre sonra A baş ağrısı duymaya başlar, beyinde anevrizma gelişmiştir. Bu olaydan sonra A ölür. Daha sonra adli tabibin yaptığı incelemede A'nın anevrizmadan öldüğü ve bunun damarda zayıflık bulunmasından kaynaklandığı ve anevrizmanın tam saatinin bilinmediği belirtilir. Dolayısıyla anevrizmanın kavga sırasında mı, öncesi veya sonrasında mı gerçekleştiği bilinmemektedir. B fiili icra ederken A'yı tanımamaktadır. Bu nedenle A'nın böyle bir hastalığa sahip olduğunu bilemeyecek durumdadır ve olay öncesinde A oldukça sağlıklı görünmektedir. Sağduyulu bir kişinin (failin yaptığı fiil özellikli bir fiil değildir) de bu neticeyi öngörmesi mümkün değildir. B'nin bu durumda ölüm neticesinden sorumlu olmaması gerekirdi. Ancak Yargıtay tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu ile faili sorumlu tutmuştur. C 3.8.1993 (ud. 28.5.1993), Ciman, CED 194773, *RP* 1994, s. 284.

⁸⁴⁸ C 21.3.1967, Galli, *CP* 1968, s. 1259.

⁸⁴⁹ Bkz. E. Dolcini (1979b). L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato. *RIDPP*, s. 755 vd.

⁸⁵⁰ Bkz. Relazione al progetto Pagliaro, *IP* 1992, s. 579 vd.

Bu tasarıda sübjektif sorumluluk ilkesi m. 12’de düzenlenmiştir. Anayasanın 27. maddesinin 1. fıkrasına uygun olarak, kusura dayanmayan tüm sorumluluk şekilleri ortadan kaldırılmaktadır. Kast ve taksire dayanmayan bir cezanın verilemeyeceği vurgulanmaktadır⁸⁵¹.

1995 tarihli Riz Tasarısı’nda da Anayasa’nın 27. maddesinin kabul ettiği ilkelere uygun olarak, kusura dayanmayan tüm sorumluluk şekillerinin ceza hukukundan çıkarılması ve sorumluluğun sadece kast ve taksir üzerine kurulması hedeflenmiştir. Bu dönemde Anayasa Mahkemesi tarafından da kusurlu sorumluluğu hakim kılmayı amaçlayan bir karar (1988 tarihli 364 numaralı karar) verilmiştir. Anayasa Mahkeme’since kusur ilkesine uygun olarak kasıtlı bir suçun neticesi istenen sınırın ötesine geçtiğinde failin bundan sorumlu olabilmesi için sübjektif unsur açısından en azından taksirin arandığı ifade edilmiştir⁸⁵². Riz Tasarısı m. 40’da “İstenmeyen netice dolayısıyla ağırlaşmış kasıtlı fiiller” başlığı altında, failin kastettiği temel suçtan istemediği ve cezayı ağırlaştıran neticelerin meydana gelmesi halinde, bu ağır cezanın, faile en azından taksir ile hareket etmesi halinde uygulanacağı hükmüne yer verilmiştir.

2000-2001 tarihli Grosso Tasarısı da kusur ilkesini hakim kılmayı amaçlamıştır. Gerçekten bu tasarıdan önce kurulan 1 Ekim 1998 tarihli Bakanlık Komisyonu’nda, ceza reformu yapmanın temel amacının kusur ilkesine tam olarak uyan bir ceza kanunu yapmak olduğu belirtilmiştir⁸⁵³.

Tasarının 28. maddesi 1. fıkrasında, “Kusurlu sorumluluk” bölümünde ceza sorumluluğu için en azından failin kusurunun bulunması gerektiği ifade edilmiştir.

Tasarının 28. maddesini şerh eden yazarlar, kusur ilkesinin tam olarak uygulanması ile liberal ve bireylere garanti sağlayıcı bir ceza hukukunun yaratılmasının amaçlandığını ve bu anlayışın daha önce Pagliaro ve Riz tasarılarında da benimsendiğini ifade etmişlerdir. Tasarı hakkındaki raporda, kusur ilkesini hakim kılmak için objektif sorumluluğun tüm görünüm şekillerinin kaldırılması gerektiği ifade edilirken, kusurlu sorumluluktan bahsedebilmek için failin kusurunun araştırılması gerektiği belirtilmiştir. Kusur ilkesi bireylere güvence veren bir ceza hukukunun temel

⁸⁵¹ Relazione al progetto Pagliaro, s. 583.

⁸⁵² Relazione al Progetto Riz, *RIDPP* 1995, s. 944.

⁸⁵³ Relazione della Commissione, *RIDPP* 1999, s. 604.

unsurudur. Komisyon, yapılan ceza kanunu reformunun en önemli amaçlarından birinin kusur ilkesini hakim kılmak olduğunu belirtmiştir⁸⁵⁴.

Grosso tasarısı (2001 tarihli yeni şeklinde) m. 31’de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar başlığı altında: “ Yasanın kasıtlı bir suçtan meydana gelen istenmeyen netice için daha ağır bir ceza öngörmesi durumunda, istenmeyen netice faile ancak taksirli ise isnat edilebilir” hükmüne yer vermiştir.

Grosso tasarısında yer alan taksir tanımında, bir fiilin ancak önleyici bir davranış kuralını ihlal ettiği takdirde taksirli sorumluluğa neden olacağı belirtilmiştir. Tanımda açıkça öngörülebilirlik ve önlenebilirlikten bahsedilmiş olmasına rağmen, bu öngörülebilirliğin ve önlenebilirliğin somut olması gerektiği üzerinde durulmamıştır⁸⁵⁵.

Nordio Tasarısı⁸⁵⁶,nın 2004 tarihli genel hükümler kısmında kusursuz sorumluluğun tüm şekilleri kanundan çıkarılmıştır. Bu tasarının 19. maddesinde “kimse kanunda yazılı bir fiili, kanunun taksirli sorumluluğu açıkça öngördüğü durumlar haricinde, kasten işlemediği takdirde cezalandırılmaz” ifadesine yer verilmiştir.

Nordio Tasarısının 2004 tarihli genel kısmında taksir (m. 21) şu şekilde tanımlanmıştır: Zararlı veya tehlikeli netice, dikkatsiz, tedbirsiz ve özensiz bir davranışın neticesi olarak meydana gelmişse ve somut olarak öngörülebilir nitelikte ise veya kanunda ya da diğer düzenleyici işlemlerde öngörülen bir davranış kuralının ihlali suretiyle meydana gelmiş ise taksirden söz edilir.

Yukarıda belirtilen değişik tasarılar da ceza hukukunun Anayasa’da belirtilen kusur ilkesine uygun olması amacı bulunmaktadır⁸⁵⁷.

Kusur ilkesini hakim kılmaya yönelik genel bir hüküm koymak mümkün olsa da, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar açısından kusur ilkesinin ayrı bir hükümle kanunda açıkça ifade edilmemesi ihtimali çok daha yüksektir. Çünkü Almanya ve Avusturya ceza kanunlarında olduğu gibi neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır neticeden sorumluluk konusunda kusurun aranacağına dair bir hükmün kanun metnine alınması,

⁸⁵⁴ S. Canestrari (2003). La responsabilità colpevole nell’articolato della parte generale del progetto Grosso. *La riforma della parte generale del Codice Penale, la posizione della dottrina sul Progetto*. Napoli: Jovene, s.207 vd.

⁸⁵⁵ Canestrari (2003), s. 905.

⁸⁵⁶ <http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/riforma/nordio/index.htm> (erişim tarihi: 25.01.2010)

⁸⁵⁷ M. Gallo (1976). *Relazione, Orientamenti per una riforma del diritto penale*. Napoli: Jovene, s. 18.

Almanya ve Avusturya’da yaşanan uzun süreçte görüldüğü üzere kusur ilkesinin tam olarak hakim olması için yeterli değildir.

1.6. Değerlendirme

İtalyan Ceza Hukuku’nda istenmeyen neticeden sorumluluk ölçütünün ne olduğu henüz öğretide üzerinde anlaşma sağlanmış bir konu değildir. Teorik olarak temel fiilin kasıtlı olması durumunda da, istenmeyen neticeden sorumluluk için taksirin aranması konusunda herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak uygulamada taksirin şartları somut olayda araştırılmadan fail sorumlu tutulmaktadır⁸⁵⁸. Böylece fail adeta objektif sorumluluk ile sorumlu tutulmaktadır. Taksirli sorumluluğun açık olarak arandığı yasalarda da uygulama, her olayda bir şekilde taksiri kabul etmektedir. Bu nedenle yasada “taksir” yazılsa da, bu ifade objektif sorumluluk şeklinde algılanmaktadır.

Yasal olarak istenmeyen neticeden sorumluluk için taksirin arandığı hukuk sistemleri incelenerek, taksirin uygulanması konusundaki güçlüklerin aşılma çalışıldığı gözlenmektedir. Bu kapsamda bu sorunları ortadan kaldıracak bir yasal düzenleme hazırlıkları devam etmektedir.

2. Alman Hukukunda Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar

2.1. Genel Olarak

Diğer bazı Avrupa hukuk sisteminden farklı olarak Almanya ve Avusturya Ceza Kanunları’nda, hukuka aykırı bir fiili işleyen failin, meydana gelen istenmeyen neticeden sorumlu tutulabilmesi için taksirin varlığı açık bir şekilde aranmıştır (Alman Ceza Kanunu § 18 ve Avusturya Ceza Kanunu § 7 fıkra 2).

Alman Ceza Kanunu § 18 gereğince, kanun failin fiilinden doğan bazı neticelerin daha ağır cezalandırılacağını belirtmiş ise, bu ağır netice faile veya şerike bu neticeyi en

⁸⁵⁸ Uygulamada taksirin araştırılması gerektiğine dair anlayışın kabul edilmesindeki güçlük konusunda bkz. G. Contento (1989). *La responsabilità senza colpevolezza nell’applicazione giurisprudenziale, Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, s. 513 vd.

azından taksirle meydana getirmeleri halinde yüklenebilir⁸⁵⁹. Bu hükmün hangi hallerde uygulanacağı konusunda birtakım tereddütler bulunmakla birlikte, bu hükmün neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda uygulanacağı konusunda herhangi bir şüphe yoktur⁸⁶⁰.

Alman Ceza Kanunu § 18 genel kısımda yer alan bir normdur. Alman Ceza Hukuku'nda özel hüküm olarak çok sayıda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hipotezi öngörülmüştür. Bu suçlarda, genellikle temel suçun sonucunda ölüm ve sağlığı bozma neticelerinin meydana gelmesi, suçu neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç haline dönüştürür⁸⁶¹.

⁸⁵⁹ (2003). *Il Codice Penale Tedesco*. (a cura di Sergio Vinciguerra; introduzione di H.H. Jescheck; traduzione di G. Bonadio). (2. ed.). Padova: CEDAM.

⁸⁶⁰ Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların tipik örneği ACK § 227'de öngörülen yaralamayı takip eden ölüm neticesidir. Burada neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama (3 yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası) sadece yaralama suçundan (hafif yaralama halinde para cezası, daha ağır durumlarda on yıla kadar hapis cezası) oldukça ağır şekilde cezalandırılmaktadır.

⁸⁶¹ Alman Ceza Kanunu'nda yer alan "gerçek" neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar şunlardır:

I) Ölüm neticesi nedeniyle ağırlaşmış suçlar

a) En azından ağır taksirle ölüme neden olma (wenigstens leichtfertig)

§ 176b Çocukların cinsel istismarı sonucunda ölüm meydana gelmesi

§ 178 Cinsel şiddet ve ırza geçme sonucunda ölüm meydana gelmesi

§ 179, f. 6 Kendini savunamayacak nitelikte bulunan kişilerin cinsel istismarı

§ 239, a f.3 Adam kaçıрма şeklinde işlenen yağma

§ 239 b f.2 Rehin alma

§ 251 Soygun

§ 252 Yağma (hırsızlık sonucu elde edilmiş malı korumak amacıyla fiziksel şiddet veya tehdit uygulayan kişinin de gasp suçu faili olacağına dair hüküm)

§ 255 Fiziksel şiddet veya hayat veya vücut bütünlüğüne zarar verileceği tehdidi ile işlenen yağma

§ 306c Yangın çıkarma

§ 307, f.3 Nükleer enerji yoluyla bir patlama meydana getirme (ölüm neticesine neden olma halinde)

§ 308, f.3 Patlayıcı maddeler kullanarak patlama meydana getirme

§ 309, f. 4 Zararlı iyonlaştırıcı radyasyonlu maddelerin kullanımı

§ 313, f. 2 Sel baskınına neden olma

§ 314, f.2 Toplum için tehlike doğurabilecek şekilde zehirleme

§ 316a, f.3 Kazanç amacıyla ulaşım aracı sürücülerine saldırı

§ 316c, f.3 Uçak ve gemi korsanlığı

Uyuşturucu maddeler ile ilgili kanun (28.7.1981 tarihli Uyuşturucu Maddeler ile İlgili Kanun (BtMG)) § 30, f.1, b.3 uyuşturucu madde satışı

b) En azından taksirle neden olunan ölüm neticesi nedeniyle ağırlaşmış suçlar (wenigstens fahrlässig)

§ 221, f.3 Kendini idare edemeyenleri terk

§ 227 Yaralama

§ 235, f.5 Çocuk kaçırma

§ 239, f.4 Kişiyi hürriyetinden mahrum bırakma

§ 312, f.4 Nükleer tesisin yanlış imali (inşası)

§ 318, f.4 Toplumun ortak kullanımına ait tesislere zarar verme

§ 330, f.2 b.2 Çevreye karşı suçlardan birinin kasıtlı olarak işlenmesi sonucu ölüm meydana gelmesi

§ 330a, f.2 Zararlı (zehirli) maddeler yoluyla (kişi ya da kişileri) ağır tehlikeye maruz bırakma

§ 340, f. 3 Kamu görevinin yerine getirilmesi sırasında meydana gelen yaralama

II) Ağırlaştırıcı netice olarak ağır yaralama neticesinin öngörüldüğü haller

§ 226 Ağır yaralama

§ 340, f.3 Kamu görevinin ifası sırasında işlenen yaralama

III) Sağlığa ağır bir zarar verme şeklindeki ağırlaştırıcı netice dolayısıyla meydana gelen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar

§ 221, f.2, b.2 Kendini idare edemeyenleri terk

§ 239, f.3, b.2 Kişi özgürlüğünden yoksun kılma

§ 306, f.1 Yangın çıkarma

§ 308, f.2 Patlayıcı maddeler yoluyla patlamaya neden olma

§ 309, c.3 İyonlaştırıcı radyasyonlu maddelerin zararlı kullanımı

§ 312, f.3 Bir nükleer tesisin hatalı üretimi

§ 315, f.3, b.2 Demiryolu araçlarının, gemilerin ve uçakların güvenliğine yönelik saldırılar

§ 315b, f.3 Karayolu araçlarının güvenliğine yönelik saldırılar

§ 318, f.3 Toplumun ortak kullanımına ayrılmış tesislere zarar verme

IV) Bir ya da birkaç kişinin sağlığına ağır bir zarar verme şeklinde ortaya çıkan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar

§ 306b, f.1 Yangın çıkarma

§ 308, f.2 Patlayıcı maddeler yoluyla patlamaya neden olma

§ 309, f.3 İyonlaştırıcı radyasyonlu maddelerin zararlı kullanımı

§ 312, f.3 Bir nükleer tesisin hatalı üretimi

§ 315, f.3, b.2 Demiryolu araçlarının, gemilerin ve uçakların güvenliğine yönelik saldırılar

§ 315b, f.3 Karayolu araçlarının güvenliğine yönelik saldırılar

§ 318, f.3 Toplumun ortak kullanımına ayrılmış tesislere zarar verme

V) Bir haftadan daha uzun süreli kişi hürriyetinden yoksunluk şeklindeki ağırlaştırıcı netice

§ 239, f.3, b.1 Kişi hürriyetinden yoksun kılma (Lorenzen bu durumda sadece bir tek netice olması nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan bahsedilemeyeceğini, burada sadece kişi özgürlüğünden mahrumiyet süresi açısından özelleştirilmiş bir maddenin varlığından bahsedilebileceğini belirtmektedir. C. Lorenzen (1981). *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*. Berlin: Duncker & Humblot, s. 71. Ceza Hukuku Altıncı reform yasasıyla yeniden şekillendirilen § 239'un "gerçek" neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar arasında yer almasına karşı çıkan görüşler çoğalmıştır. Bkz. H. Tröndle ve T. Fischer (2001). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. (50. neubearb. Aufl.). München: C.H. Beck § 239, k.n. 15, s. 1366. Karşı görüş için bkz. B. Hardtung (2002). *Versuch und Rücktritt bei den Teilvorsatzdelikten des § 11 Abs. 2 StGB. Über Erfolgsqualifikationen und andere*

Alman ceza hukukunda, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, teorik olarak temel suç kasıtlı veya taksirli bir fiil olabilir. Ağır netice ise en azından taksirle meydana getirilmelidir. Yani ağır netice ya taksirle veya kasıtlı meydana getirilmelidir⁸⁶².

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar şu şekilde bir ayrıma tabi tutulmaktadır:

a) Gerçek (echte) neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar⁸⁶³ (Kast-taksir birlikteliği): İtalyan ceza hukukundan farklı olarak Alman ve Avusturya ceza kanunlarında eklenen netice açısından en azından taksir aranmaktadır.

b) Gerçek olmayan (unechte) neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar (kast-kast birlikteliği): Alman ceza hukukunda temel suç ve ağırlaşmış netice bakımından kastın arandığı neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar denilmektedir. Örneğin, Alman Ceza Kanunu § 226 f. 2’de yer alan temel kasıtlı yaralama suçunun, kanunda öngörülen ağırlaştırılmış neticelerinden sorumluluk için, bu ağır neticelerin doğrudan kast veya taammüt ile işlenmiş olması gerekir.

Belirtmek gerekir ki, kast-kast birlikteliği ile kast-taksir birlikteliği arasında farklılıklar bulunmaktadır ve § 18 birbirinden farklı olan kurumlara uygulanmak durumundadır. Ayrıca kast-kast birlikteliği halinde aslında temel fiilde bulunan kastın hem temel suçu hem de ağırlaşmış neticeyi kapsadığı, bu nedenle § 18 metninden “en azından” ifadesinin çıkarılması önerilmiştir⁸⁶⁴.

so genannte Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen. Köln: Heymanns, s.93. Yazar altıncı ceza reformu yasasının Komisyon Tutanaklarına gönderme yapmaktadır).

⁸⁶² Alman öğretisinde ve uygulamasında uzun bir süre neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, ağırlaşmış neticenin, kanunda açıkça belirtilen haller dışında kastla gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. Ancak ağırlaşmış neticenin kasten meydana gelmesi haline karşı çıkan bu görüş eleştirilere maruz kalmıştır. Özellikle “wenigstens” (en azından) ağır taksirle ifadesinin yer aldığı Altıncı Reform Yasası’ndan sonra, ağırlaşmış neticenin kasten de meydana getirilebileceği açıkça kabul edilmiş bulunmaktadır. Bkz. A. Bondi (1994). L’esclusività di Rengier. Contributo alla critica dei reati aggravati dall’evento. *RIDPP*, 1460-1477, s. 1460 vd; H. U. Paeffgen (1989). Soluzioni e problemi dell’imputazione dell’evento in rapporto ai delitti aggravati dall’evento nel diritto tedesco. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, s. 102 vd.

⁸⁶³ Diğer bir grup yazar ise bu suçları “maddi anlamda” (in materiellen Sinne) neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar olarak adlandırmaktadır. Bir başka görüş ise, bu suçları “etkin olmayan kast ve taksir birleşimleri (uneigentliche Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen) olarak adlandırmaktadırlar ki bu suçlar kast ve taksir birlikteliği hallerinden olsalar bile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar kapsamının dışında kalırlar. Bkz. Basile (2005), s. 342.

⁸⁶⁴ Bkz. R. Rengier (1986). *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*. Tübingen: J. C. B. Mohr, s. 292; Il Codice Penale Tedesco, s. 250.

c) Neticesi sebebiyle ağırlaşmış taksirli suçlar (taksir-taksir) birlikteliği: Burada aslında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar yerine, failin davranışın şekli nedeniyle nitelikli hale gelmiş neticeli taksirli suçlardan bahsetmek daha doğru olur. Burada davranışı meydana getiren taksir ile eklenen neticeyi meydana getiren taksir birbirinden farklıdır. 1998 yılında yapılan Altıncı Alman reform yasası ile Alman hukukunda taksir-taksir birlikteliği şeklindeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ortadan kaldırılmış bulunmaktadır⁸⁶⁵. Altıncı reform yasasının yürürlüğe girmesinden önce, genel tehlike suçları (taksirli yangın çıkarma (§ 309), taksirle su baskınına neden olma (§ 314) ve taksirle toplum için tehlike yaratma (§ 320) suçları) sonucu taksirle ölüme neden olunması neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç meydana getirmekteydi ve taksir-taksir birlikteliği örneğini oluşturmaktaydı⁸⁶⁶.

2.2. Tarihi Gelişim

2.2.1. Dolaylı Kast. 1794 Tarihli Prusya Devletinin Genel Ülke Kanunu (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten)

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların Alman hukukundaki gelişimi dolaylı kast ile başlamıştır. Feuerbach'ın eleştirilerinden önce öğretinin büyük bir kısmı istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda dolaylı kasttan yararlanmıştır. Dolaylı kast, bir kast türü olarak ortadan kalkmış, ancak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar varlığını sürdürmüştür.

Dolaylı kast kavramı *versari in re illicita* kavramıyla bağlantı olarak XVII ve XVIII. yüzyılda ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda dolaylı kast kavramı, doğrudan kasttan doğabilecek bütün neticeleri kapsamak için geliştirilmiş bir kavramdır⁸⁶⁷. Roma hukukunda kast, doğrudan kastı ifade eden bir kavramdır, temel kasıtlı suçu takip eden öngörülebilir neticeler ise dolaylı kastla ifade edilir. Dolaylı kast adeta bir kast

⁸⁶⁵ 1968 tarihli Demokratik Alman Cumhuriyeti Ceza Kanunu (DDR) § 11, f. 2'de kast taksir birlikteliğinden sonra § 12 ile taksir taksir birlikteliğini de düzenlemekteydi.

⁸⁶⁶ Bkz. Il Codice Penale Tedesco, § 309, § 314, § 320 ile ilgili dipnotlar.

⁸⁶⁷ Finzi (1925), s. 31 vd.

varsayımdır ve kasıtlı bir davranıştan meydana gelen bütün neticelerin de kasıtlı olduğu varsayımına dayanır⁸⁶⁸.

1700'lü yılların sonunda dolaylı kast kavramı Prusya Devletinin Genel Ülke Kanunu ile (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR)- 1794)⁸⁶⁹ yasal metinlere girmiştir. § 27 ALR uyarınca temel fiil kasıtlı ise eklenen neticeler de kasıtlı olur. Dolaylı kast kavramı, özel hükümler kısmında da öldürme fiilleri ile ilgili olarak kanun metnine alınmıştır. ALR § 806 uyarınca, bir başkasına yönelik fiziksel olarak zarar verici bir davranış ölüme neden olursa, fail ölüm neticesinden dolaylı kast dolayısıyla sorumlu olur. Kişinin vücut bütünlüğüne zarar verebilecek nitelikte olan başka bazı suçlarda da eklenen ölüm neticesinden sorumluluk öngörülmüştü; ancak § 806'dan farklı olarak bu durumlarda dolaylı kastın arandığını belirten açık bir hüküm bulunmamaktadır. Örneğin, cinsel saldırı (§ 1056), yangın çıkarma (§1513, 1514, 1516), yağma (§ 1191) gibi suçlar bu tür suçlardandır⁸⁷⁰.

2.2.2. Feuerbach'ın kastta beliren taksir hipotezi

Aydınlanma dönemi ve Feuerbach'ın teorileri ile birlikte dolaylı kast kavramı giderek önemini kaybetmiştir.

Dolaylı kast kavramı, çok genel bir kavram olması ve çok geniş bir alanda uygulanabilir nitelikte olması nedeniyle eleştirilmiştir. Dolaylı kast, kastın ispatıyla ilgili güçlüğü yenmek amacıyla oluşturulmuş bir kavramdır ve sadece basit bir şüpheyile failin cezalandırılmasına neden olmaktadır⁸⁷¹. Aydınlanma döneminde ise bir masumun cezalandırılmasındansa yüz tane suçlunun serbest kalması yeğlenmiştir. Bu nedenle bu dönemde dolaylı kast kavramının kabul edilmesi mümkün değildir⁸⁷².

Feuerbach dolaylı kast kavramını kabul etmeyerek, temel kasıtlı suçu takip eden istenmeyen neticeden sorumluluk için, doğrudan kastta beliren taksir kavramını ilk defa

⁸⁶⁸ Dolcini (1979b), s. 761 vd.; Finzi (1925), s.163.

⁸⁶⁹ Bkz. K. Volk (1993). L'influenza del diritto penale della Rivoluzione Francese e dell'Impero sulle codificazioni Tedesche. *I codici preunitari e il Codice Zanardelli, diritto penale dell'ottocento*. (studi coordinati da Sergio Vinciguerra). Padova: CEDAM, s. 61

⁸⁷⁰ Bondi (1999), s. 286.

⁸⁷¹ G. De Francesco (1993b), s. 409 vd.; Dolcini (1979b), s. 765.

⁸⁷² Bkz. G. Marinucci (2002). Il diritto penale messo in discussione. *RIDPP*, s. 1040 vd.

kullanan yazar olmuştur. Yazar, 1800 yılında yayınlanan *Betrachtungen* ve 1801 yılında yayınlanan *Lehrbuch*'da dolaylı kast kavramının taksirden başka bir şey olmadığını belirtmiştir. Ancak Feuerbach dolaylı kast kavramını reddetmesine rağmen, kasıtlı bir suç takip eden istenmeyen neticenin taksirle meydana gelmesi halinde failin alacağı cezanın, normal bir taksirli suçtan daha ağır olması gerektiğini ifade eder. Yazara göre, kasıtlı suç takip eden ölüm neticesi için failin müebbet hapis cezası ile cezalandırılması gerekir ki, bu ceza kasıtlı öldürme suç için verilen cezanın aynısıdır. Böylece bu görüş gereğince teorik olarak dolaylı kast kavramı reddedilmekte ise de pratikte dolaylı kastın kabulü ile aynı neticelerin doğduğu görülmektedir. Feuerbach ayrıca *Kritik* adlı eserinde, neticenin öngörüldüğü hallerde kasttan, öngörülmediği ancak öngörülebilir olduğu hallerde taksirden sorumlu olunacağını ifade etmiştir⁸⁷³. Böylece yazar dolaylı kast kavramını reddetmekle birlikte çeşitli eserleri arasında da çelişki bulunmaktadır⁸⁷⁴.

Feuerbach daha sonraki yıllarda 1810 ve 1824 tarihli Bavyera Ceza Kanunu tasarılarına yönelik olarak yazdığı eleştirilerde kasıtlı suç takip eden istenmeyen neticede kast karinesini kabul etmiştir⁸⁷⁵.

Ancak sonuç olarak her ne kadar görüşlerinde değişiklikler olsa da, Feuerbach'ın neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda taksirin aranması gerektiğini belirten ilk kişi olması ve bu konuda yapılan diğer araştırmalara öncülük etmesi oldukça büyük bir önem arz etmektedir. Ayrıca Feuerbach'ın bu görüşleri ileriki yıllarda yapılacak ceza yasalarını da etkilemiştir⁸⁷⁶.

2.2.3. Birleşme öncesi Alman kanunları

Almanya'da XIX. yüzyılın ilk yarısında yapılan ceza kanunları incelendiğinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar konusunda dört temel çözüm yolu izlendiği görülür:

⁸⁷³ von Feuerbach, P. J. A. (1988). *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*. (Gießen, 1804, neu herausgegeben von Werner Schmid). Frankfurt –Main: Keip'den aktaran Basile (2005), s. 363.

⁸⁷⁴ Finzi (1925), s. 22; Dolcini (1979b), s. 765-766.

⁸⁷⁵ Bkz. Basile (2005), s. 365.

⁸⁷⁶ Finzi (1925), s. 67; Dolcini (1979b), s. 766.

1) Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda dolaylı kastın varlığını kabul eden görüşün özellikle Feuerbach tarafından yoğun bir şekilde eleştirilmesinden sonra, dolaylı kastın kullanımı giderek azalmıştır. Sadece 1838 yılında yapılan Saksonya Ceza Kanunu m. 31’de kasıtlı bir hareketi takip eden öngörülme neticeden, eğer bu netice öngörülebilir bir netice ise kasıtlı olarak sorumlu olunacağı hükme bağlanmıştır⁸⁷⁷. 1855 yılında kanunda bir değişiklik yapılarak dolaylı kast kavramından vazgeçilerek kast-taksir birleşimi sistemine geçilmiştir.

2) Bazı pre-üniter devlet yasalarında dolaylı kast öğretisinin ceza hukukunda kabul edilemeyeceği anlayışı benimsenmekle birlikte, kasıtlı suçu takip eden netice bakımından failin sorumluluğun ispatlanması ile ilgili tereddütler de varlığını sürdürmekteydi. Bu nedenle kasıtlı suçu takip eden netice bakımından kast karinesini içeren birtakım hükümler getirilmiştir.

Bu sistemi kabul eden 16 Mayıs 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu’nun 41. maddesi uyarınca, bir suçu işlemeyi kastetmiş olan kişi, bu suça eklenen netice kastettiğinden daha ağır da olsa, daha hafif de olsa bu neticeyi istemediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Kanunun 44. maddesi gereğince de, bir hareketi kasıtlı bir şekilde yapan kişi, bu hareketten genel tecrübe gereği belli bir neticenin meydana geleceği beklenebilir ise, aksi ispat edilmediği sürece bu neticeyi de istemiş kabul edilir⁸⁷⁸.

29 Ağustos 1948 tarihinde yapılan bir kanun ile 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu’nun 41. ve 44. maddeleri yürürlükten kaldırılmış ve her somut olayda kastın, taksirin veya kusursuzluğun somut olarak tespitinin gerektiği belirtilerek kast karinesi Kanun’dan tamamen çıkarılmıştır⁸⁷⁹.

⁸⁷⁷ Tagliarini (1979), s. 231.

⁸⁷⁸ Bavyera Kanunu’ndaki sözü edilen hükümlerin Feuerbach tarafından düzenlenmiş olmaları oldukça şaşırtıcıdır. Bu hükümlerle Feuerbach’ın kendi teorisini terk etmiş olduğu ileri sürülmüştür.

Bavyera Ceza Kanunu 41. maddesi ile aynı nitelikteki hükümler 1814 tarihli Oldenburg Ceza Kanunu’nun 54. maddesinde de yer alır. Aynı şekilde 1840 tarihli Hannover Ceza Kanunu’nun 43. maddesi ile Bavyera Ceza Kanunu’nun 44. maddesi birbirlerine çok benzemektedirler. Ancak “unmittelbar und nothwendig” ifadesini içeren Hannover Ceza Kanunu failin daha aleyhine bir nitelik taşımaktaydı. Basile (2005), s. 368.

⁸⁷⁹ Bkz. Basile (2005), s. 369.

3) Pre-üniter ceza kanunlarının çoğunluğunda Feuerbach'ın teorisinden ilham alınmakta ve temel suç bakımından kast, bu suçu takip eden netice bakımından ise taksir aranmaktadır.

Kastta belirmiş taksirin benimsendiği en belirgin örnek Württemberg Ceza Kanunu'nun (1839) 60. maddesidir. Söz konusu hükme göre eğer fail tarafından belli bir neticenin meydana gelmesine yönelik istenerek gerçekleştirilmiş bir hareketten, failce istenmeyen bir netice meydana gelirse, fail istenen netice açısından failin kastı bulunmasına rağmen, meydana gelen netice açısından somut olayda taksirin şartları gerçekleşmişse taksirli olarak sorumlu olur. Hessen Ceza Kanunu (1841, m. 61) ve Baden Ceza Kanunu (1845, m. 103) da bu hükme benzer hükümler içermektedir. Özellikle Baden Ceza Kanunu kast ve taksirin aynı olayda birleşmesi durumunda özel hükümler kısmında ayrıca bir düzenleme olmadığı sürece suçların içtimai kurallarının uygulanacağını açıkça belirtmektedir⁸⁸⁰.

4) Pre-üniter devletlerin çoğu tarafından benimsenen ve yukarıda açıklanmış olan çözüm yoluna benzer bir çözüm yolu da 1840 tarihli Braunschweig Ceza Kanunu'nda yer almaktadır. Söz konusu kanunun 28. maddesinde istenmeyen netice açısından taksirle sorumluluk söz konusudur denmekte ancak, sadece kasıtlı suçun işlenmesiyle istenmeyen netice açısından taksirin olduğu kabul edilmektedir. Benzer bir durum 1840 Hannover Ceza Kanunu'nda da bulunur. Bu kanunun 43. maddesi kasıtlı bir suçu takip eden istenmeyen netice bakımından kast karinesini kabul etmiş, 44. maddesinde ise eğer fail muhakeme aşamasında söz konusu karinenin aksini kanıtlayabilirse istenmeyen neticeden taksirle sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla istenmeyen netice bakımından sonuçta taksirin varlığı otomatik olarak kabul edilmiştir yani bu kanunda da taksir karinesi bulunmaktadır⁸⁸¹.

Genel kısımda kastta beliren taksir anlayışı hakim kılınmaya çalışılırken özel kısımda objektif sorumluluk anlayışının izlerine rastlanmaktadır. Objektif sorumluluk özellikle XIX. yüzyılın ikinci yarısında sıklıkla kullanılmıştır.

Kastta beliren taksir anlayışı, dolaylı kast anlayışını aşmak açısından oldukça faydalı olmuştur. Ancak dolaylı kast anlayışını tam olarak ortadan kaldıracak sağlam bir

⁸⁸⁰ Kasıtlı ve taksirli suçların içtimai sistemi diğer pre-üniter ceza kanunları da benimsenmiştir. Örneğin Darmstadt Ceza Kanunu (1841) m. 61, Nassau Ceza Kanunu (1849) m. 58, Thüringen Ceza Kanunu (1850) m. 30 ve yeni Saksonya Ceza Kanunu (1855) m. 49. Bkz. Basile (2005), s. 371.

⁸⁸¹ Basile (2005), s. 371.

teori geliştirilememiştir. Gerçekten kastta beliren taksir anlayışını benimseyen yazarların kendileri de teorideki eksiklikleri kabul etmektedirler. Bu teorinin uygulamaya geçirilmesinde ve özel hükümler bakımından uygulanabilmesinde pek çok sorunla karşılaşmıştır.

Bu dönem kanun koyucusunun kast ve taksirin bir arada bulunduğu bu gibi durumları suçların içtimaına ilişkin hükümlerden farklı şekilde cezalandırma amacı bulunmaktaydı.

Dönemin kanun koyucusuna göre örneğin kötü muamele gibi suçları takip eden ölüm neticelerinde fikri içtima kurallarının uygulanması halinde ceza çok hafif kalmaktadır ve failin daha ağır şekilde cezalandırılması gerekmektedir.

Birleşme öncesi Alman Ceza Kanunları kastta belirmiş taksir teorisini kabul etmektedirler. Cezanın miktarı ile ilgili olarak ise suçların içtimaı kuralları uygulanmaktadır. Özel hükümlerde ise bugün neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar olarak adlandırabileceğimiz suçlar bulunmaktadır. Bu suçlarda cezanın belirlenmesinde suçların içtimaı, fiilin isnat edilmesinde ise kastta belirmiş taksir anlayışı benimsenmiştir, ancak sonuçta verilen ceza suçların içtimaı ile belirlenen cezadan daha ağırdır⁸⁸².

Bu dönemdeki kanunlardan en önemlisi Prusya Ceza Kanunu'dur. Bu kanun, daha sonra yapılan Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nu en fazla etkileyen kanun olmuştur. 1851 tarihli kanun özel hükümler kısmında bugün neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar olarak adlandırdığımız pek çok suçu içermekteydi. Sözü edilen kanunda, eklenen neticenin nedenleri, hangi suçların neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç bakımından temel

⁸⁸² Özel hükümlerde yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda eklenen netice açısından bazı kanunlar gerçek ve tüm unsurlarıyla tam bir taksirin varlığını ararlarken (Turingia Ceza Kanunu m. 125/2, Saksonya Ceza Kanunu m. 162, 163, 164, Baden Ceza Kanunu m. 212), bazı kanunlar eklenen neticenin öngörülebilirliğini aramaktadırlar (Baden Ceza Kanunu m. 225; Württemberg Ceza Kanunu m. 246). Bazı kanunlar ise genel hükümler kısmında kastta belirmiş taksir anlayışını benimsemiş olmasına rağmen eklenen netice açısından taksirin varlığını gerekli görmemiştir. Saksonya Ceza Kanunu m. 161, 170, 185, 212, 353, 359, Hannover Ceza Kanunu m. 244/3'de kusurluluğun aranması gerektiği veya gerekmediği konusunda açık bir ifade bulunmazken, 1813 Bavyera Ceza Kanunu m. 175; Oldenburg Ceza Kanunu m. 180, Darmstadt Ceza Kanunu m. 287; Hannover Ceza Kanunu m. 240'da ise kusurluluğun gerekli olmadığı ifade edilmiştir. Öğretideki bir görüş bu çeşit normların sadece cezanın belirlenmesi açısından değil aynı zamanda suçun varlığı için de sadece maddi nedensellik bağının yeterli olduğunu yani objektif sorumluluğu (*Erfolgshaftung*) kabul etmektedir. Bkz.Basile (2005), s. 373-374.

suçu oluşturabileceği⁸⁸³ üzerinde durulmasına rağmen, bu neticelerin nasıl cezalandırılacağına ilişkin herhangi bir hüküm içermemekteydi⁸⁸⁴.

1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu döneminde ise, uygulamada kastta beliren taksir anlayışından uzaklaşmış ve taksir karinesi kabul edilmiştir. Bu durumun nedenlerinin başında, kanun metninde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan sorumluluk ölçütünün ne olacağı konusunda bir açıklık bulunmaması, kastta beliren taksir anlayışının bazı eksik yönlerinin bulunması, Prusya Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girdiği ilk yıllarda ne öğretide, ne kanunda, ne de uygulamada *conditio sine qua non* anlayışının kabul edilmemiş olması ve bu dönemde geleneksel nedensellik bağı teorilerinin⁸⁸⁵ uygulanması gelir⁸⁸⁶. Ayrıca taksir karinesi yargılama sürecinde de ispat kolaylığı sağlaması bakımından uygulama tarafından tercih edilmiştir⁸⁸⁷.

⁸⁸³ Örneğin genel tehlike suçları, çocuk düşürme, zehirlleme, yağma, yaralama suçları bu tür suçlardı. Ağırlaştırıcı neden olarak da ölüm veya ağır yaralama öngörülmekteydi.

⁸⁸⁴ Prusya Ceza Kanunu’nun genel kısmında herhangi bir açıklık bulunmamasının nedenini anlayabilmek için hazırlık çalışmalarına bakmak gerekir. 1827 tarihli tasarıda genel kısmında (§ 71) kastta belirmiş taksir ve ceza açısından ise suçların içtimai hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür. 1828 ve 1843 tasarıları da aynı şekilde düzenleme yapmaktaydı. Kastta belirmiş taksir anlayışı iyi bir şekilde yorumlandığında aslında burada gerçek bir kast ve taksirin arandığı görülmektedir. Ancak madde iyi bir şekilde yorumlanmadığı takdirde sorun çıkmaktaydı. Bu nedenle 1845 tarihinden itibaren kastta beliren taksir anlayışının kanun tasarılarında yer almadığı görülmektedir. Dolayısıyla 1851 tarihli bu kanun yapıldığında kastta belirmiş taksir anlayışı devam etmekle birlikte, açıkça genel hükümler kısmında kastta belirmiş taksire ilişkin bir hüküm koymak oldukça gereksiz görünmekteydi. Ayrıca bu kanunda kast ve taksirin tanımı yapılmayarak, bu tanımlama öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır. Paeffgen (1989), s. 96, dn. 28.

Oehler ise kastta belirmiş taksir anlayışının 1851 tarihli kanunda açıkça yer alamayışını farklı şekilde açıklamaktadır: Yazara göre kanun koyucunun amacı, objektif sorumluluğu kabul etmektir. Yazar 1851 tarihli bu kanunun Fransız Ceza Kanunu’ndan etkilenmiş olabileceğini belirtmektedir. Gerçekten sözü edilen Fransız Ceza Kanununda ölümle sonuçlanan yaralama suçlarında failin ölüm neticesinden nedensellik bağına bağlı olarak sorumlu tutulduğu görülmektedir (Fransız Ceza Kanunu m. 309). Dolcini (1979b), s.768; Volk (1993), s. 54 vd.

⁸⁸⁵ Geleneksel anlayışa göre netice ile bu neticeye neden olan şey arasında sıkı (etkili (wirkend) ve gerekli (notwendig)) bir bağlantının varlığı aranmaktaydı. Örneğin ölümle neticelenen yaralamada, fiil ile netice arasında nedensellik bağının varlığı için yaranın öldürücü nitelikte olması gerekir.

⁸⁸⁶ Bkz. F. Antolisei (1960). *Il rapporto di causalità nel diritto penale*. Torino: Giappichelli, s. 36

⁸⁸⁷ Gerçekten 22.5.1857 tarihli Obertribunal kararında, Prusya Ceza Kanunu § 194’de öngörülen ölümle neticelenen kasıtlı yaralama suçu ile ilgili olarak “öldürme amacı olmaksızın gerçekleştirilen yaralama ve taksirli ölüm neticesinden dolayı cezalandırılır” ifadesine yer verilerek, kasıtlı olmayan yaralama, ölüm ile neticelendiğinde bu ölüm neticesinin taksirli olduğu otomatik olarak kabul edilmiştir. GA 1857, Band 5, s. 390. Aynı yönde bir başka karar: Obertribunal 4.12.1863, GA 1864, Band 12, s. 142.

7.1.1857 tarihli kararında da mahkeme, temel suçta yer alan tehlikeyi göz önünde bulundurarak eklenen netice bakımından kastın bulunup bulunmadığı yönünde herhangi bir araştırma yapılmasına gerek görmez. Çünkü fail kişilerin ikamet ettiği bir binayı kasıtlı olarak yaktığında başkalarının hayatı için tehlikeli bir durumunun bilincinde olarak (mit dem Bewußtsein) hareket etmektedir. GA 1857, Band 5, s. 69 vd.

Görüldüğü üzere kanun koyucunun amacı, kastta belirmiş taksir anlayışını benimsemek olsa da neticeden faili sorumlu tutabilmek için taksir karinesi benimsenmekte ve böylece taksir karinesi adı altında objektif sorumluluk tekrar hukuk sistemine girmektedir.

2.2.4. 1870-1871 Tarihli İmparatorluk Ceza Kanunu

1866 yılında Prusya, Bismarck önderliğinde Avusturya'ya karşı bir savaş açmış ve yenmiştir. Böylece Kuzey Almanya Konfederasyonu oluşturulmuş ve Sedan galibiyetinden (1870) sonra güney Alman devletlerinin de birleşmesiyle Alman İmparatorluğu kurulmuştur (18 Ocak 1871)⁸⁸⁸.

Politik olarak birleşme hukuksal birleşmeyi de beraberinde getirmiş, Prusya Ceza Kanunu bundan sonra yapılan tüm kanunların hazırlık çalışmalarında dikkate alınmıştır⁸⁸⁹. Kuzey Almanya parlamentosu (Reichstag) tarafından 25 Mart 1870'de yeni ceza kanunu kabul edilmiştir. Bu kanun 15 Mayıs 1871 tarihinde herhangi bir değişiklik olmaksızın Alman İmparatorluk Kanunu (*Reichsstrafgesetzbuch* – RStGB) olarak kabul edilmiştir⁸⁹⁰.

1871 tarihli bu kanunun kısa bir süre içinde hazırlanması gerekmekteydi. Bu nedenle model alınan 1851 tarihli ceza kanununa çok benzemektedir: 1871 tarihli kanunda da kast ve taksire ilişkin herhangi bir tanımlama yapılmamıştır. Ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin sorumluluk esasları ile ilgili genel kısımda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Kanunun özel kısmında yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümlerde, istenmeyen neticeden sorumluluk için objektif sorumluluk (Erfolgshaftung) benimsenmiştir⁸⁹¹.

1870-1871 tarihli kanun koyucu da 1851 tarihli kanun koyucu gibi sadece sorumluluk için fail ile ağır netice arasında nedensellik bağıını yeterli saymaktadır. Ancak 1851 tarihli Ceza Kanunu zamanında daha sıkı bir bağı arayan ve bu nedenle failin daha lehine olan geleneksel nedensellik anlayışından vazgeçilip şartların eşitliği

⁸⁸⁸ Fatti sulla Germania, s. 89 vd.

⁸⁸⁹ Dolcini (1979b), s. 767.

⁸⁹⁰ Volk (1993), s. 54.

⁸⁹¹ Basile (2005), s. 384.

anlayışı kabul edilmiştir. Böylece, sorumluluğun çok genişlediği bir sorumluluk sistemi hakim olmuştur⁸⁹².

2.2.5. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan sorumluluk konusunda 1871 ile 1953 yılları arasında yaşanan gelişmeler

2.2.5.1. Uygulama

1870-1871 İmparatorluk Ceza Kanunu'nun amacı, eklenen neticeyi objektif sorumluluk esaslarına göre cezalandırmaktır.

Uygulamada bu dönemde 1953 tarihli kanun, yürürlüğe girinceye kadar eklenen neticeyi objektif sorumluluk esaslarına göre cezalandırmaktaydı. Temel suç ile eklenen netice arasında şartların eşitliği anlayışına dayanan nedensellik bağının (condicio sine qua non) varlığı yeterli görülmüştür. Failin eklenen netice bakımından kusurlu olup olmamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁸⁹³.

İmparatorluk Ceza Kanunu'nun sadece nedensellik bağına dayanan sorumluluk anlayışı Preußisches Obertribunal'in⁸⁹⁴ ilk kararlarından beri uygulanı gelmiştir.

Örneğin 8.9.1871 tarihli kararda⁸⁹⁵ mağdura sadece acı vermek isteyen fail (ölüm neticesini istememektedir), mağdura nitrobenzol içirir, ancak bu yağın öldürücü nitelikte olduğunu bilmemektedir. Mahkeme fail tarafından öngörülmemiş ve fail tarafından öngörülemeyecek dahi olsa meydana gelen neticeden failin sorumlu olacağına karar vermiştir.

Reichsgericht⁸⁹⁶ de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır neticeden objektif sorumluluğu benimseyen kararlar vermiştir.

Nitekim 28.9.1881 tarihli kararda fail, zaten gözünde mikrobik bir hastalık bulunan mağdurun gözüne bir yumruk atar ve mağdur görme yeteneğini kaybeder. *Reichsgericht*, bu durumda failin meydana gelen neticeden sorumlu olduğunu, bu

⁸⁹² Basile (2005), s. 387.

⁸⁹³ Bkz. Bondi (1999), s. 289, 317.

⁸⁹⁴ Preußisches Obertribunal, İmparatorluk dönemi Alman Yüksek Mahkemesine verilen addır.

⁸⁹⁵ GA 1871, Band 19, s. 683.

⁸⁹⁶ Reichsgericht, Alman Yüksek Mahkemesi'nin 1945'e kadar aldığı addır.

konuda nedensellik bağıının varlığının yeterli bulunduğunu kabul eder. Mahkemeye göre nedensellik bağı konusunda önceden geçerli olan geleneksel anlayış kabul edilemez, şartların eşitliği teorisinin kabul edilmesi gerekir. Mahkeme ayrıca failin neticeden sorumlu tutulabilmesi için taksire ilişkin herhangi bir araştırmanın yapılmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Mahkeme üstü örtülü şekilde versari in re illicita anlayışını benimsemekte ve kusurlu bir davranıştan kaynaklanan her türlü neticeden, bu neticeler öngörülmemiş dahi olsa faili sorumlu tutmaktadır⁸⁹⁷.

Bundesgerichtshof⁸⁹⁸ tarafından da şartların eşitliği teorisi kabul edilmiştir. 28.9.1951 tarihli kararında mahkeme, mağdura tokat atan failin ölüm neticesinden sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme ölümle neticelenen yaralama suçunda (§ 226) failin ölüm neticesi açısından kusurunun aranmayacağına karar vermiştir. Mahkeme bu kararda aynı zamanda uygun nedensellik anlayışını reddetmektedir⁸⁹⁹.

1871 ile 1953 yılları arasında sadece az sayıda kararda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, ağırlaştırılmış neticeden sorumluluk konusunda farklı yönde karar verilmiştir. Bu kararlarda da kusur aranmazken, nedensellik bağı konusunda farklı bir anlayış benimsenmiştir.

Bu dönemde neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda bu ağır neticeden sorumluluğun sınırlarını daraltmak konusunda ilk olarak failin davranışından önce ortaya çıkan nedenleri eleme yöntemi kullanılmıştır. Bu dönemde mahkeme şartların eşitliği teorisini reddetmeksizin meydana gelen ağır neticenin sadece failin hareketinden kaynaklanması halinde failin sorumlu tutulabileceğine karar vermiştir. Temel suçun işlendiği sırada eklenen nedenin ve bu nedenin de eklenmesiyle neticenin meydana gelebileceğinin öngörülebilir olması gerekir.

Mahkeme ölümle neticelenen yaralama suçuna (§ 226) ilişkin olarak verdiği kararda, bir tüfeği baston gibi kullanıp bir kimseyi döven kişinin bu sırada elinin tetiğe denk gelmesi ile silahın ateş alması ve ölüm neticesinin meydana gelmesi olayında failin ölüm neticesinden sorumlu olmayacağına hükmetmiştir. Mahkemeye göre neticesi

⁸⁹⁷ RGSt 1882, Band 5, s. 29.

⁸⁹⁸ Bundesgerichtshof, Alman Federal Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi'ne 1949 tarihli Anayasa'nın ilanından sonraki dönemde verilen addır.

⁸⁹⁹ JZ 1951, s. 787.

sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan sorumlu olabilmesi için, sadece ve doğrudan bu yaralamanın ölümüne neden olması gerekir⁹⁰⁰.

Bir başka olayda fail yangın çıkarmak için yanıcı madde kullanır ancak henüz yangın çıkmadan önce mağdurunun yanıcı madde ile teması sonucu mağdur ölür. Bu olayda da mahkeme, ölümle neticelenen yangın çıkarma suçundan failin ancak mağdurun yangın nedeniyle ölmesi halinde sorumlu olabileceğini, mağdurun yangın dolayısıyla değil de yanıcı madde ile teması sonucu öldüğünü ve bu nedenle failin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir⁹⁰¹.

Aynı şekilde mağdurun failin çıkardığı yangında içeride bulunması dolayısıyla değil de yangını görüp de eşyalarını kurtarmak için yanan eve girmesi neticesinde ölmesi olayında da mahkeme faili neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan sorumlu tutmamaktadır⁹⁰².

Başka kararlarında ise mahkeme ağırlaştırıcı nedenin uygulama sınırlarını daraltmak için uygun nedensellik teorisini kullanmıştır.

Heidelberg mahkemesi (Landgericht) tarafından 25.7.1947 tarihinde verilen bir kararda, genel suçlar açısından nedensellik bağı konusunda şartların eşitliği anlayışının kabul edilebileceği, çünkü bu suçlarda kusurun aranması dolayısıyla sorumluluk alanının çok genişlemesi riskinin ortadan kalkacağı, ancak neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda ağırlaştırılmış netice bakımından kusurun aranmaması dolayısıyla şartların eşitliği teorisinin uygulanmasının sorumluluk alanını çok genişleteceği, bu nedenle neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda nedensellik bağı konusunda uygun nedensellik anlayışının benimsenmesi gerektiği ifade edilmiştir⁹⁰³.

Reichsgericht da düello sonucu hafif şekilde yaralanıp da yarasını kasıtlı şekilde tedavi ettirmeyen kişinin bu yaranın meydana getirdiği enfeksiyon nedeniyle ölmesi olayında faili meydana gelen ölüm neticesinden (§ 206) sorumlu tutmamıştır. Mahkeme bu olayda uygun nedensellik anlayışını benimsemeksizin şu gerekçeleri öne sürmüştür: Düello neticesi ölüm ile ilgili bu madde gereğince ölümün meydana gelen düellodan ileri gelmesi gerekir. Olayda mağdurun kendisi veya bir başkası meydana gelen yaranın

⁹⁰⁰ RG 24.10.1910, *RGSt* 1911, Band 44, s. 137.

⁹⁰¹ *RGSt* 1907, Band 40, s. 321.

⁹⁰² *RGSt* 1882, Band 5, s. 202.

⁹⁰³ *SJZ* 1948, s. 207.

iyileşmesine engel olmuşlardır. Bu nedenle failin meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu olmaması gerekir⁹⁰⁴.

2.2.5.2 Öğreti

1953 yılına kadar İmparatorluk Ceza Kanunu döneminde az sayıda yazar ağır neticeden sorumluluk için en azından taksirin bulunması gerektiğini savunmaktadır. Söz konusu yazarlara göre, failin istenmeyen neticeden sorumluluğunu, hareket ile netice arasında sübjektif bir bağ bulunmaksızın sadece maddi nedensellik bağının bulunması ile açıklamak oldukça zordur. Ayrıca, öngörülemez nitelikteki ağır neticeden dolayı faile ağır ceza verilmesi de adil değildir⁹⁰⁵.

1870-1871 tarihli Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği ilk yıllarda eklenen netice bakımından taksirin aranmasını savunan yazarlar birleşme öncesi ceza kanunları ve 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu'nun güttüğü amacı referans olarak göstermekteydiler. Gerçekten bu kanunlarda eklenen netice bakımından failin en azından taksirinin bulunması halinde cezalandırılması gerektiği kabul edilmekteydi. 1884'den sonra patlayıcı maddelerin kullanımı ile ilgili bir kanun yürürlüğe girmiştir. Bu kanunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır neticeden sorumluluk için sadece nedensellik bağının varlığı yeterli görülmekteydi. Bu kanunun etkisi ve ayrıca uygulamada eklenen netice bakımından taksirin aranmaması yönündeki eğilimin devam etmesi dolayısıyla öğretide de eklenen netice bakımından taksiri arayan yazarların sayısı giderek azalmıştır. Eklenen neticenin taksirli olması gerektiği anlayışı ise, ikinci dünya savaşı sonrası yeni bir ceza kanununun yapılmasına dair beklentilerle birlikte tekrar karşımıza çıkmaktadır⁹⁰⁶.

XIX. yüzyılın sonunda öğretilde ortaya çıkan bir başka anlayış ise istenmeyen netice bakımından taksirin aranmakta olduğu sonucuna yorum yoluyla ulaşılabileceğini kabul etmektedir. Yazarlardan bir kısmı ise eklenen netice bakımından taksir karinesinin bulunduğunu ileri sürmektedirler⁹⁰⁷. Bir başka görüş ise, nedensellik

⁹⁰⁴ 6.5.1930, RGSt 64, s. 143.

⁹⁰⁵ Bkz. Basile (2005), s. 396.

⁹⁰⁶ K. Binding (1902). *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, BT, Band 1.* (2. Auflage). Leipzig: Engelmann, s. 18 vd.

⁹⁰⁷ Bkz. Finzi (1925), s. 49, dn. 3.

bağından bahsetmenin anlamsız olduğunu, çünkü zaten temel suç olmasa idi ağırlaştırılmış neticenin de meydana gelmesinin mümkün olmadığını, bu nedenle her zaman en azından hafif bir taksir bulunduğunu ifade eder⁹⁰⁸.

Genel itibariyle bakıldığında 1953'e kadar hakim öğreti ve özellikle bu dönemde yürürlükte olan kanununun anlayışı, eklenen netice bakımından objektif sorumluluğu benimsemiştir. Bu yazarlardan bir kısmı, eklenen neticenin, gerçekleştirilen temel suça uygun bir netice olmaması halinde, failin bu neticeden sorumlu tutulmaması gerektiğini ileri sürmekteydi. Bu anlayışa göre uygun nedensellik anlayışı benimsenerek bu anormal neticelerin faile yüklenmesi engellenebilir. Uygun nedensellik anlayışını benimseyen bu öğreti de iki gruba ayrılmaktadır: Bir gruba göre bütün suçlar bakımından uygun nedensellik anlayışı benimsenmelidir. Diğer grup ise uygun nedensellik anlayışının sadece neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir⁹⁰⁹. Kanunun anlayışı da ağırlaştırılmış netice bakımından temel suçun bir tehlike içermesi durumunda bu ağır neticenin meydana geldiği durumlarda faili daha ağır cezalandırmak yönünde olmuştur. Örneğin, yaralama, zehirleme, kendini idare edemeyen kişiyi terk, yangın gibi suçlarda ölüm neticesinin meydana gelme tehlikesi bulunmaktadır. Ancak hırsızlık, dolandırıcılık suçlarının ölüm neticesini meydana getirme ihtimali düşüktür. Bu nedenle ilk grup suçlar için kanun koyucu cezanın artmasını öngörürken, ikinci grup suçlar bakımından böyle bir artışı öngörmemiştir. Böyle bir düzenlemenin nedeni ilk grup suçların eklenen netice bakımından özel bir tehlike içermeleri (unter Verwirklichung einer ihm innewohnenden Gefahr) ve bu tehlikenin özel bir şekilde cezalandırılması isteğidir⁹¹⁰.

5.3.5.3. Objektif sorumluluğun aşılması yönündeki çalışmalar

Hakim öğreti ve uygulama eklenen neticeden sorumluluk konusunda kanunun objektif sorumluluğu benimsediği görüşündedir. Ancak çok sayıda yazar objektif sorumluluğun öngörülmüş olmasını eleştirmekteydi. Objektif sorumluluğu eleştiren bu yazarlar yeni bir kanun ile objektif sorumluluğun ortadan kaldırılmasını ve neticesi

⁹⁰⁸ A. Löffler (1895). *Die Schuldformen des Strafrechts*. Leipzig: Hirschfeld, s. 281.

⁹⁰⁹ Bkz. Dolcini (1979b), s. 779 vd.

⁹¹⁰ G. Radbruch (1902). *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*. Berlin: J. Guttentag, s. 388; Finzi (1925), s. 167.

sebebiyle ağırlaştırılmış suçların kusur esası uyarınca cezalandırılmasını öngören bir normun yapılmasını ummaktaydılar⁹¹¹.

Alman Kanun koyucusu öğretideki gelişmeleri izleyerek objektif sorumluluğu hukuk sisteminden çıkarma ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar kusur ilkesine (*Schuldprinzip*) uygun hale getirme yolunda adımlar atmıştır. Bu gelişim 1909 tarihli tasarı § 62 ve devamındaki tüm tasarıların gerekçelerinden izlenebilmektedir.

1909 tarihli tasarıda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların kusur ilkesine uygun hale getirilebilmesi için “öngörülebilirlik” kavramından yararlanılmıştır⁹¹². Bu maddenin amacı öğretide savunulduğu gibi objektif sorumluluğu ortadan kaldırmaktır. Ancak “fail bu neticenin meydana gelme ihtimalini öngörebilir ise” ifadesi pek kabul görmemiştir. Çünkü taksiri düzenleyen Tasarı § 60’da öngörülebilirliğe ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Ayrıca § 62’de eklenen netice bakımından açıkça taksirin arandığının belirtilmiş olması gerektiği, böylece hafif taksir ve taksir karinesinin kabul edilmesi tehlikesinin ortadan kaldırılacağı ifade edilmiştir.

Öğretide 1909 tasarısında yer alan öngörülebilirlik terimi eleştirilse de, 1913⁹¹³ ve 1919⁹¹⁴ tasarılarında da taksir terimi yerine ağırlaştırıcı neticenin öngörülebilirliği ifadesine yer vermeye devam edilmiştir⁹¹⁵.

1911 tarihli karşıt tasarıda⁹¹⁶ ve 1922 yılında hazırlanan Radbruch tasarısından⁹¹⁷ itibaren tüm tasarılarda taksir terimine yer verilmiştir. Bu tasarılarda “taksir” terimi

⁹¹¹ Kusur esasına göre sorumluluğu gerekli gören sözü edilen yazarlar için bkz. Basile (2005), s. 402, dn. 186.

⁹¹² 1909 tarihli Alman Ceza Kanunu tasarısı

§ 62 Neticeden sorumluluk

“Kanun tarafından cezalandırılan bir hareket istenmeyen bir neticeye neden olduğunda, kanununda aksi belirtilmediği sürece eklenen netice ancak *öngörülebilir* olduğu takdirde faile yüklenebilir.”

⁹¹³ § 17 Neticeden Sorumluluk

“Kanunda özel olarak öngörülmüş bir neticenin meydana gelmesine bağlı olarak daha ağır bir ceza öngörülmüş ise kanunda aksi belirtilmemişse, fail tarafından hareketini takiben böyle bir netice meydana gelmesi ihtimali öngörülebilir ise bu ağır ceza faile uygulanabilir.”

⁹¹⁴ § 17 “Neticeden Sorumluluk”

“Kanunda özel olarak öngörülmüş bir neticenin meydana gelmesine bağlı olarak daha ağır bir ceza öngörülmüş ise, kanunda aksi belirtilmemişse ve fail tarafından fiilini takiben böyle bir netice meydana gelmesi ihtimali öngörülebilir ise bu ağır ceza faile uygulanabilir.”

⁹¹⁵ Bkz. C. Roxin (1997). *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*. (3. Auflage). München: C.H. Beck, s. 52.

⁹¹⁶ 1911 tarihli karşıt tasarı

§ 24 Neticeden Sorumluluk

kullanılarak diğer tasarılarından daha ileri bir adım atılmıştır. Böylece ağırlaştırıcı netice bakımından gerçek taksir dışında herhangi bir sorumluluk şeklinin var olabileceği yönündeki görüşlerin ortaya çıkma ihtimali yok edilmiştir.

Ağırlaştırıcı nedenin faile ancak en azından taksirli olması halinde isnat edilebileceği ifadesi daha sonraki bütün tasarılarda⁹¹⁸ ve 1953 kanununda da yer almaktadır.

“Cezalandırılabilir bir hareketten kasıtlı olmayan bir netice meydana geldiğinde kanun bu neticeyi daha ağır şekilde cezalandırıyor ise, bu neticenin meydana gelmesi açısından failin taksiri bulunması halinde faile bu ağır ceza uygulanır”.

⁹¹⁷ 1922 tarihli Alman ortak ceza kanunu projesi (Radbruch tasarısı) § 15 uyarınca “Kanunda özel olarak belirtilmiş bir neticenin meydana gelmesine bağlı olarak daha ağır bir cezanın öngörüldüğü hallerde bu netice en azından taksirle meydana getirilmiş ise faile sözü edilen ceza uygulanır”.

⁹¹⁸ 1925 tarihli resmi Alman ortak ceza kanunu tasarısı

§ 15 Neticeden sorumluluk

“Kanunda özel olarak gösterilmiş eklenen neticenin meydana gelmesine bağlı olarak kanunun daha ağır şekilde öngördüğü ceza, faile bu neticeye en azından taksirle neden olması halinde yüklenir.”

Bu hükmün gerekçesinde sadece kasıtlı veya taksirli failin cezalandırılacağına dair olan § 12, f. 1 ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda cezanın sadece nedensellik bağına dayanarak artırılması halinin bağdaşamayacağı belirtilmektedir. Bu nedenle ağırlaştırıcı nedenin faile uygulanabilmesi için eklenen netice bakımından failin en azından taksirinin bulunması gerektiği vurgulanmıştır.

1927 tarihli resmi Alman ortak ceza kanunu tasarısı

§ 21 Fiili takip eden özel neticeden sorumluluk

“Kanunda özel olarak gösterilmiş eklenen neticenin meydana gelmesine bağlı olarak, kanunun daha ağır şekilde öngördüğü ceza faile bu neticeye en azından taksirle neden olması halinde yüklenir”.

Bu hükmün gerekçesinde eklenen neticenin sadece nedensellik bağına dayanarak faile yüklenmesinin adalet (*Gerechtigkeit*) düşüncesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Bu tasarı 1925 tasarısında olduğu gibi geleneksel anlayışı yıkıp neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaşmış neticeden sorumluluk için en azından taksirin bulunması gerektiğini vurgulamıştır. 1927 tasarısı da, 1925 tasarısında olduğu gibi bir kimsenin cezalandırılabilmesi için kast veya taksirle hareket etmesi gerektiğine dair bir hüküm (§ 16) içermektedir.

1930 tarihli Alman ortak ceza kanunu tasarısı (Kahl tasarısı)

§ 21 Fiili takip eden özel neticeden sorumluluk

“ Kanunda özel olarak gösterilmiş eklenen neticenin meydana gelmesine bağlı olarak kanunun daha ağır şekilde öngördüğü ceza, faile bu neticeye en azından taksirle neden olması halinde yüklenir.”

Bu tasarıda da sadece kasıtlı veya taksirli şekilde hareket eden kişinin cezalandırılabileceğine dair bir hüküm bulunmaktadır (§ 16).

1936 tarihli Alman ceza kanunu tasarısı

§ 17 Fiili takip eden özel neticeden sorumluluk

“Kanunda özel olarak gösterilmiş eklenen neticenin meydana gelmesine bağlı olarak kanunun daha ağır şekilde öngördüğü ceza, faile bu neticeye en azından taksirle neden olması halinde yüklenir.”

Bu hükmün gerekçesinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaştırıcı neticenin faile yüklenmesi ile kusur ilkesi arasındaki bağ üzerinde daha özenli bir şekilde durulmuştur. Gerekçeye göre kimsenin kusuru bulunmaksızın cezalandırılmayacağı kabul edildiğine göre failin kusurlu şekilde neden olmadığı ağır

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaştırıcı nedenin taksirli şeklinin cezalandırılmasına dair düzenlemenin tasarı metinlerine alınması ile birlikte kast ve taksirin aynı harekette birlikte bulunup bulunamayacağı ile ilgili bir tartışma ortaya çıkmıştır. Ancak öğretideki hakim kanaat özellikle kasıtlı ve taksirli suçların fikri içtimai hallerini örnek göstererek aynı harekette kast ve taksirin bir arada bulunabileceğini kabul etmektedir⁹¹⁹.

Alman öğretisinde 1953 yılından önce, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda subjektif sorumluluğun sınırları belirlendikten sonra bu suçlara verilecek cezanın ne olacağı sorunu da tartışılmıştır. Çünkü neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar için

neticeden de sorumlu olması kabul edilmez. Ağır neticeden fail ancak kusurlu ise sorumlu tutulabilir. Taksiri açıklayan § 16'da da taksirin kusurluluğun ikinci şekli olduğu belirtilmiştir.

1939 tarihli Alman ceza kanunu hükümet tasarısı

§ 18 Fiili takip eden özel neticeden sorumluluk

“Kanunda özel olarak gösterilmiş eklenen neticenin meydana gelmesine bağlı olarak kanunun daha ağır şekilde öngördüğü ceza, faile bu neticeye en azından taksirle neden olması halinde yüklenir”.

Söz konusu tasarılar ile ilgili bkz. Dolcini (1979b), s.814.

⁹¹⁹ Radbruch “Vergleichende Darstellung” adlı eserinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda öngörülen cezanın, temel suçun kasıtlı suç ağırlaşmış neticenin ise taksirli şekilde meydana geldiği iki suçun fikri içtimai ile elde edilen cezadan daha ağır olduğunu ortaya koymuştur. Yazar, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun, temel kasıtlı suç ile taksirli neticenin meydana geldiği suçun fikri içtimainin cezası ağırlaşmış şeklinden ibaret olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla, yazar, aynı harekette kast ile taksirin bulunduğunu kabul etmektedir. G. Radbruch (1908). *Erfolgshaftung. Vergleichende Darstellung, AT, Band 2.* s. 249-251.

Kast ve taksirin birarada bulunabileceğine dair görüş daha önce de Feuerbach tarafında kastta belirmiş taksir anlayışı ile öğretide yer almıştı. Öğretide pek çok yazar kast ve taksirin birlikte bulunabileceğini zaten kabul etmekte ve bu durumu öylesine doğal karşılamakta idiler ki bunu açıkça belirtme ihtiyacını dahi hissetmemişlerdir.

1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu yürürlükte olduğu dönemde von Buri ve Jesse ölümle sonuçlanan yaralama suçunda kast ve taksirin bir arada bulunduğu bahsetmişlerdir. M. Von Buri (1863). *Zur Lehre von der Tödtung. GA,11, s. 798*; Jesse (1854). *Ueber Vorsatz und Fahrlässigkeit bei Tödtungen und Körperverletzungen und Mißhandlungen nach praktischen Erfahrungen besonders beim Schwurgericht und mit Rücksicht auf das Archiv für Preußisches Strafrecht. GA, 2 (1854), s. 493.*

Berner de kasıtlı bir suçun bazen istenmeyen ancak öngörülebilir bir neticeyi meydana getirebileceğini böylece kast ve taksirin aynı harekette bir arada bulunabileceğini ifade etmiştir. A. F. Berner (1898). *Lehrbuch des deutschen Strafrechts.* (18. Auflage). Leipzig: Scientia, s. 131.

Wach da fikri içtimadan bahsederken aynı harekette kast ve taksirin bir arada bulunabileceğini ifade etmiştir. A. Wach (1908). *Legislative Technik, VDA, Band VI, Berlin, s. 69.*

1909'dan sonra tasarı § 62 tartışılırken Lilienthal ve Binding kast ile taksirin birarada bulunabileceğinden şüphe edilmemesi gerektiğini vurgulamışlardır. Von Lilienthal (1910). *Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. ZStW, 30, s. 227*; K. Binding (1911). *Die Behandlung der Schuld in dem deutschen Vorentwurf. GS, 77, s. 44, dn.2.*

Beling kasıtlı olarak vitrini kıran kişi, bu taş ile bir kişiyi de yaraladığında kast ve taksirin aynı fiilde bulunduğunu belirtmektedir. E. Beling (1925). *Grundzüge des Strafrechts.* 8. aufl. Tübingen: Mohr, s. 105 (§ 84).

öngörölmüş olan cezanın, aynı suçlara fikri içtima kuralları uygulansa idi verilecek olan cezadan daha ağır olduğu görölmektedir⁹²⁰. Böylece neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, kusur ile orantılı ceza verilmesini de ifade eden kusur ilkesine aykırı şekilde ceza belirlendiğı görölmektedir. Bu durumda kanun koyucunun faile verilecek cezayı belirlerken kusur derecesini değil, meydana gelen neticeyi dikkate aldığı eleştirisi getirilmiştir. Bu görüşe göre sadece kanuna kasıtlı bir suçtan istenmeyen bir netice meydana geldiğinde, failin bu istenmeyen neticeden ancak taksirli ise cezalandırılacağını yazmak yeterli değildir; failin taksirine uygun bir cezanın verilmesi gerekir, aksi halde her ne kadar kanunda taksir aransa da netice itibariyle fail objektif sorumlulukta olduğu gibi kusurunun ötesinde bir ceza ile cezalandırılmış olacaktır⁹²¹.

Bu sorunları aşmak amacıyla bazı yazarlar neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların kanundan çıkarılıp, bir fiil ile biri kasıtlı diğeri taksirli iki suç meydana getirildiğinde fikri içtima kurallarının uygulanmasını, bunun daha adil bir çözüm yolu olduğunu ifade etmişlerdir⁹²². Ancak bu görüş kanun tasarılarında kabul edilmemiştir.

2.2.6. Kast- taksir birlikteliğinin yasalaştırılması

1953 kanunu öncesi dönemde pek çok kanun tasarısı yapılmış olmasına rağmen, bu dönemde Almanya’da hakim olan politik ve sosyal durum dolayısıyla bu tasarıların hiçbirisi kanunlaşmamıştır. İkinci dünya savaşından sonra, demokrasinin gelişi ve yeni bir Anayasanın yapılmasının ardından (23 Mayıs 1949) ceza hukuku reformları yapılmaya başlanmıştır.

Yeni bir ceza kanununun yapılması beklenirken ceza kanununda değişiklik yapan Üçüncü Kanun ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda taksirin sınırı belirlenmiştir (4 Ağustos 1953). Bu kanun ile Alman kanun koyucusu bir yandan ceza kanunundan nazi döneminin kalıntılarını temizlemeyi hedeflerken diğeri yandan ceza kanununu 1949 Anayasasında yer alan hukuk devleti ilkesine uygun bir hale getirmeyi hedeflemektedir. Bu doğrultuda, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların kusur ilkesine uygun hale

⁹²⁰ Bkz. Marinucci ve Dolcini (2006), s. 310 vd.

⁹²¹ Löffler (1895), s. 280.

⁹²² M. Galliner (1910). *Die Bedeutung des Erfolges bei den Schuldformen des geltenden Strafgesetzbuchs unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch*. Breslau: Schletter, s. 55.

getirilebilmesi için, kanunun genel kısmına bu suçlarda ağırlaştırıcı neticenin faile taksirli olarak isnat edilmesi yönünde bir hüküm eklenmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu dönemde, uygulamada da kusur ilkesinin ceza hukukunun temelini oluşturduğu kabul edilmektedir⁹²³.

Üçüncü reform yasası ceza kanununa şu hükmü eklemektedir:

“Alman Ceza Kanunu § 56 (1953 versiyonu)

Eğer kanun fiili takip eden özel neticeye daha ağır ceza öngörüyor ise, bu ağır ceza faile, bu takip eden neticeye en azından taksirle neden olması halinde uygulanır”.

Maddenin gerekçesinde bu hüküm ile objektif sorumluluğun ceza hukukundan çıkarıldığı, objektif sorumluluğu öngören düzenlemelerin ceza hukukuna hakim olan kusur ilkesine aykırılık teşkil ettikleri belirtilmiştir. Ayrıca sadece nedensellik bağının varlığına dayanarak bir kimseyi eklenen netice dolayısıyla daha ağır şekilde cezalandırmak adalete (*Gerechtigkeit*) aykırıdır⁹²⁴.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, ağırlaşmış neticeden en azından taksirle sorumlu olmayı öngören § 56 hükmü bundan sonra yapılan kanun tasarılarında da yer almıştır⁹²⁵. Daha sonra ikinci reform yasası (4 Temmuz 1969 tarihinde yapılmış ve 1 Ocak 1975’de yürürlüğe girmiştir) ile genel hükümler kısmında oldukça önemli değişiklikler yapılmış ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin ve halen yürürlükte bulunan şu düzenleme hüküm altına alınmıştır:

“Eğer kanun fiili takip eden özel netice için daha ağır bir ceza öngörüyor ise, bu ceza faile veya şerikine ancak bu netice bakımından taksirlerinin varlığı halinde uygulanır”.

⁹²³ Bkz. G. Marinucci (2003). Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo. *RIDPP*, s. 367.

⁹²⁴ Ceza Kanununu değiştiren Üçüncü Kanunun hükümet tasarısı gerekçesi için bkz. BT-Drucksachen, I/3713, 1952, s. 18.

⁹²⁵ 1962 tarihli ceza kanunu tasarısı

§ 22 Fiili takip eden özel netice için öngörülen ağır ceza

“Eğer kanun fiili takip eden özel netice için daha ağır bir ceza öngörüyor ise, bu netice faile veya şerikine taksirle yüklenebiliyorsa, fail daha ağır ceza ile cezalandırılabilir.”

1966 tarihli alternatif tasarının ilk şeklinde de benzer bir hüküm yer almaktadır:

§ 16 Kasıtlı ve taksirli hareket

f. 3: “Eğer kanun fiili takip eden özel netice için daha ağır bir ceza öngörüyor ise, bu netice faile veya şerikine taksirle yüklenebiliyorsa, fail daha ağır ceza ile cezalandırılabilir.”

Söz konusu tasarılar için bkz. Basile (2005), s. 430-432.

1968 tarihli Alman Demokratik Cumhuriyeti Ceza Kanunu § 11 de “Cezayı ağırlaştıran nedenlerden sorumluluk” başlığı altında şu düzenlemeyi yapmıştır:

f. 2: “Eğer kanun kasıtlı bir fiilin işlenmesiyle taksirli şekilde daha ağır bir neticeye neden olunması halini daha ağır cezalandırıyor ise, bu ağır neticelerin meydana gelebileceğinin fail tarafından bilinmesi veya failin bu neticeleri öngörebilecek durumda olması halinde fail bu neticelerden sorumlu olur”.

2.3. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esasına İlişkin Görüşler

2.3.1. Genel olarak

1953 yılında, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda eklenen istenmeyen neticeden sorumluluk için en azından taksirin aranacağına ilişkin düzenleme ile Alman hukuk sisteminde ilk defa eklenen netice bakımından taksir açıkça aranmıştır.

Burada sözü edilen taksirin sınırlarının belirlenmesi önemlidir. Eğer buradaki taksirin normal gerçek bir taksir olduğu kabul edilirse, hakim failin bu ağır neticeden sorumlu olup olmadığına ilişkin karar vermesi zorlaşacaktır. Ancak buradaki taksirin daha hafif bir taksir olduğu kabul edilirse, hakim karar vermesi çok daha kolay olacaktır.

Taksirin içeriği ne kadar dolu ise kişilere o kadar çok güvence sağlayacaktır. Çünkü böylece yargıç faile eklenen neticeyi yükleyebilmek için, taksirin içeriğinde yer alan bütün bu unsurları aramak zorunda kalacaktır.

§ 56’nın yürürlüğe girmesinden bu yana elli yıldan fazla bir süre geçmiştir. Bu süre benzer bir hükmü düzenleyen Türk ceza hukuku sisteminde söz konusu hükmün ne gibi sonuçlar yaratabileceğini anlamak için yeterli bir süredir.

1953’den bu yana Alman hukukunda taksirin uygulamasına ilişkin iki ayrı dönem yaşanmıştır:

1) 1953’den 1970’li yıllara kadar olan dönemde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda eklenen netice açısından taksirin aranması oldukça önemli ve olumlu bir gelişme olarak ele alınmıştır. Bu dönemde uygulama eklenen netice bakımından, gerçek ve bütün unsurlarıyla tam bir taksirin varlığını aramıştır.

2) 1970’li yıllardan günümüze kadar olan dönemde ise daha hafif bir taksirin arandığı görülmektedir. Bu dönemde taksir eklenen neticenin öngörülebilirliğine indirgenmiştir. Bunun dışında eklenen neticenin faile isnat edilebilmesi için yasada yer almadığı halde “eklenen neticenin kasıtlı temel suçtan hemen sonra meydana gelmesi” de aranmıştır.

2.3.2. Taksirin bütün unsurlarıyla aranması

1953’den 1970’li yıllara kadar olan dönemde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda eklenen netice bakımından aranan taksir, normal bir taksirli suçtaki taksir ile aynı özelliklere sahiptir ve taksirin ispatı da aynı şekilde yapılmıştır.

Bu gelişme öğretideki tartışmaların neticesidir. Uzun yıllar süren bu tartışmalarda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaşmış neticeden sorumluluk için taksirin aranması gerektiği ifade edilmekteydi. Bu bakımdan taksirin hukuka aykırı bir durum üzerine mi oluştuğu, yoksa hukuka uygun bir durumdayken mi ortaya çıktığının bir önemi bulunmamaktadır. Kasıtlı bir suçu takiben de meydana gelse taksirin bütün unsurları tıpkı normal taksirli bir suçta olduğu gibi araştırılmaktadır.

Dolayısıyla 1953’den 1970’li yıllara kadar taksirin ağırlaşmış neticeden sorumluluk bakımından iyi bir filtre görevi gördüğü söylenebilir. Bu yönde pek çok karar bulunmaktadır:

1) Aşırı derece alkollü olan A herhangi bir neden olmaksızın 84 yaşındaki bir yaşlıya yumruk atar ve yere düşen yaşlı adam düşme sırasında yaralanır ve sonuçta ölür. İlk derece mahkemesi bu kadar yaşlı bir adama atılan yumruğun onu öldürebileceğinin öngörülebileceği gerekçesiyle A’yı ölüm neticesinden sorumlu tutar. Yüksek mahkeme ise ilk derece mahkemesinin taksire ilişkin değerlendirmesini hatalı bulduğu için kararı bozmuştur. Yüksek mahkeme sadece genel tecrübe kurallarına göre neticenin öngörülebilir olup olmadığının değerlendirilmesinin yeterli olmadığı, aynı zamanda failin fiili işlediği sıradaki fiziksel ve psikolojik özelliklerinin de dikkate alınması ve öngörülebilirliğin buna göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtir. Yüksek mahkemeye göre alt derece mahkemesi sadece objektif olarak neticenin öngörülebilirliğini değerlendirmiş ve böylesine yaşlı bir insana yapılan bu davranışın böyle bir etki

yaratabileceğinin öngörülebileceğini kabul etmiştir. Oysa A'nın içinde bulunduğu durumda bu neticeyi öngörememiş olması mümkündür⁹²⁶.

2) Barda çalışan C ve bar müşterilerinden olan D, E'yi sarhoş etmek için ona çok miktarda şarap verirler. Dışarıdan bakılınca gayet sağlıklı görünen birisi olsa da çok miktarda alkol almaya alışkın olmayan E, alkol zehirlenmesi nedeniyle ölür (kandaki alkol oranı ‰ 4,7dir). Yüksek mahkeme (BGH), bir kimsenin sarhoş edilmesi her ne kadar yaralama suçu sayılsa da olayda ölümle neticelenen bir yaralama suçundan sorumluluğun bulunmadığına karar vermiştir. Çünkü C ve D'nin, E'ye içirdiği miktar kanda sadece binde 2,5 oranında alkol bulunmasına neden olacak düzeydedir. Alkol zehirlenmesi dolayısıyla ölüm tehlikesi binde 3 sınırında başlar. Ancak E bara gelmeden önce de alkol içmiştir ve dış görünüş itibariyle de iyi görüldüğü için C ve D, E'ye içki vermeye devam etmişlerdir. C ve D, E'nin daha önce içtiğini bilemeyeceklerinden ve verdikleri alkol miktarı normalde ölüm tehlikesi oluşturabilecek düzeyde olmadığından, ayrıca E dış görünüş itibariyle iyi görüldüğünden davranışlarından alkol zehirlenmesi ve dolayısıyla ölüm neticesinin meydana gelebileceğini öngörmeleri mümkün değildir⁹²⁷.

3) Akli melekeleri tam olarak gelişmemiş olan H, I ile bir para meselesi yüzünden tartışır. Bunun üzerine H bahçesinden üzeri topraklı olan bir sopa bulur ve bu sırada uzaklaşmakta olan I'nın kafasına vurur. Bu darbe sonucu I'nın kafasında birkaç kırık oluşur ve I hastanede tedavi edilir. Olaydan iki gün sonra I, sopadaki toprakta bulunan tetanoz mikrobu dolayısıyla tetanoz hastalığına yakalanması nedeniyle ölür.

H ölüm neticesi açısından taksirli davranmıştır. Çünkü H duvar işçiliği konusunda eğitim veren bir okula gitmiştir ve bu nedenle toprak ile temas halinde olan cisimlerle yaralanma durumunda tetanoz mikrobu kapılabileceğinin bilincindedir. Bu bilince sahip olmasına rağmen topraklı bir sopayla kemik kırığına neden olabilecek ölçüde bir yaralama gerçekleştiren H, ölüm neticesi bakımından dikkatsiz ve özensiz davranmıştır⁹²⁸.

Yukarıdaki ilk iki olayda mahkeme ağırlaştırıcı nedenden dolayı faili sorumlu tutmamıştır. Mahkeme bu kararlarda, temel kasıtlı suçun ağır neticeye doğrudan neden

⁹²⁶ BGH 19.7.1972, MDR 1973, s. 18.

⁹²⁷ BGH 21.12.1971, MDR 1972, s. 386.

⁹²⁸ OLG KÖLN 5.7.1963, NJW 1963, s. 2381.

olmamasını gerekçe olarak göstermektedir. Mahkeme bu kararlarda somut olay bakımından failin taksirli olup olamayacağını araştırmıştır.

Üçüncü olayda ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda eklenen neticeden sorumluluk konusunda gerekçe oldukça ayrıntılı bir şekilde verilmiştir. Gerçekten mahkeme, sağduyulu bir insan ölçütü için failin geçmişine de bakmış ve toprakla uğraşan bir kimsenin toprakla temas eden yaralama neticesinde tetanoz gelişebileceğini öngörebilecek durumda olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla mahkeme bu olayda model ajan ölçütünü kabul etmektedir.

Bu örneklerde taksir genel, normal bir taksir olarak değerlendirilmiştir. Burada tüm unsurlarıyla aranan taksir, failin eklenen neticeden sorumluluğunda iyi bir filtre işlevi görmüştür.

Başka bazı kararlarda ise mahkeme taksirin ispatı konusu üzerinde durmaksızın sadece failin neticeyi öngörebilip öngöremeyeceğini tartışmıştır:

1) A, B'nin kafasına oldukça kuvvetli bir yumruk atar. Bu yumruğun etkisi ile B asfaltla kaplı yolun üzerine düşer. Bu olaydan 9 gün sonra B gerekli tedaviyi yaptırmamış durumda iken ölür.

Yüksek mahkeme (BGH), cumhuriyet savcısının A'nın ölümle sonuçlanan kasten yaralamadan sorumlu tutulması gerektiğine yönelik itirazını reddettiği kararda, § 226'dan faili sorumlu tutabilmek için A'nın yumruğu attığı sırada B'nin ölümünü öngörebilecek durumda olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre A'nın kişiliği dikkate alındığında A'nın bu neticeyi öngörmesi mümkün değildir. Bu nedenle cumhuriyet savcısının muhakemenin yenilenmesi yönündeki talebi kabul edilemez⁹²⁹.

2) C, sarhoş olan D'ye bir tokat atar ve D yere düşüp ve ölür.

Yüksek mahkeme (BGH) bu olaya ilişkin kararda somut olayın bütün özellikleri dikkate alınarak hüküm verilebileceğini ifade eder. Mahkemeye göre normalde avuç içiyle vurulan bir tokat neticesi bir kimsenin ölmesini kimse öngöremez. Ancak failce bilinen özel durumlar söz konusu ise böyle bir sorumluluktan bahsedilebilir. Failin böyle özel bilgisinin olmadığı bir olayda, çok hafif bir zarar meydana getirmesi normal olan davranışın böylesine ağır sonuçları meydana getirebileceği öngörülemez⁹³⁰.

⁹²⁹ BGH 2.6.1964, GA 1965, s. 343.

⁹³⁰ BGH 20.10.1953, MDR 1954, s. 150.

3) E, suç ortaklarıyla birlikte F'ye karşı yağma suçunu işlemek için hareket eder. Suç ortaklarına F'nin başına bir sopayla vurmalarını, böylece bayılacağını ve onları tanıyamayacağını söyler. Ancak F başına aldığı bu darbeye ölür.

Yüksek mahkeme (BGH), E'nin ölümle neticelenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış yağma suçundan (Al.CK § 251) sorumluluğuna ilişkin kararı onaylar. Bu kararda mahkeme, E'nin taksiri üzerinde durmaz. Ölüm neticesi bakımından taksirin varlığına ilişkin araştırma ilk derece mahkemesi tarafından yapılmıştır. İlk derece mahkemesi hakimleri, mağdurun cinsiyeti ve yaşını (mağdur 80 yaşlarında yaşlı bir kadındır), yaralamak için kullanılan aracı (bir sandalyenin bacağı), darbenin geldiği vücut bölgesini (ense kökü), E'nin günlük hayat tecrübeleri ile olayların gidişatını öngörebilecek deneyime ve zeka seviyesine sahip oluşunu dikkate alarak sağduyulu (ortalama zeka) ve dikkatli (hayatın normal akışına uygun neticeleri kavrayabilecek düzey) insan ölçütünü kullanarak, seksenli yaşlarındaki bir kadına karşı yapılan bu davranışta taksirli olduklarına karar vermiştir⁹³¹.

4) Polis memuru G, sarhoş olan H'nin saldırgan tavırlarına maruz kalır. Bu direnişe karşı, elinde silah bulunduğu ve bir parmağı tetikte olarak H'nin başına vurup karşı koyar. Bu sırada H yere düşer ve G aynı eliyle tekrar H'nin kafasına vurur ve bu sırada silahtan çıkan kurşun H'nin kafasına isabet eder ve H ölür.

Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesi tarafından verilen ölüm neticesinden faili sorumlu tutan kararı taksire ilişkin herhangi bir araştırma yapmaksızın onaylamıştır. Bu karara göre, silahlar konusunda uzman bir kişinin, bir parmağı tetikte iken bir başkasına vurduğunda, bu silahın ateş almasının ve silah bir kimsenin hayati bir bölgesine yönelmiş ise bu kimsenin ölmesinin istisnai bir durum olmadığını öngörmesinin bekleneceği ifade edilmiştir⁹³².

Bu örneklerde de taksirin tüm unsurlarıyla somut olayda bulunması aranmış ve olaylarda somut failin özel bilgi ve tecrübeleri dikkate alınmıştır. Taksirin genel, taksirli diğer suçlarda olduğu gibi bir taksir olduğu konusu hiç tartışmaya gerek duyulmayan bir konu olmuştur.

İncelediğimiz bu dönemde (1953'den 1970'li yıllara kadar olan dönemde) verilen üçüncü bir grup kararda ise yüksek mahkeme -neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardaki

⁹³¹ BGH 3.6.1964, BGHSt 19, s. 339.

⁹³² BGH 2.2.1960, BGHSt 14, s. 110.

taksirin genel taksirli suçlardaki tüm unsurlarıyla bulunması gerektiğini reddetmeksizin - taksirin varlığını detaylı bir açıklama yapmaksızın kabul etmiştir:

1) A kaçırıldığı sırada arabadan düşer ve bu sırada kafasını yere çarpar ve ölür.

Yüksek mahkeme faili, ölümle neticelenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış kişi hürriyetinden mahrum etme suçundan sorumlu tutmuştur. Ancak bu kararda taksirin varlığına dair ve bu düşmenin nedeninin bir kaza mı yoksa failin mağduru itmesi mi olduğuna ilişkin herhangi bir araştırma yapılmamıştır⁹³³.

Az sayıda olan bu şekildeki kararlarda, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, ağırlaşmış neticeden kusurlu sorumluluk için taksir yeterli bir filtre görevi görememiştir. Çünkü yargı organı taksiri bütün özellikleri ile birlikte somut olayda araştırma gereğini duymamıştır. Yargı organı neticenin öngörülebilir olup olmadığı ile ilgilenmemiş ve davranış kuralının ihlali ile meydana gelen netice arasındaki neden sonuç ilişkisine dair bir araştırma da yapmamıştır.

Bu dönemde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, temel kasıtlı suç ve istenmeyen neticenin tek bir hareketten kaynaklanması gerekliliği üzerinde de durulmuştur. Dolayısıyla eklenen neticeyi ortaya çıkaran taksir temel kasıtlı suça dair hareketin yapıldığı anda var olmalıdır. Eğer taksir, temel kasıtlı suçun gerçekleştirildiği anda bulunmuyor ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edilmez, bu durumda iki suç arasında maddi içtima kuralları uygulanacaktır⁹³⁴.

Bu dönemin hakim uygulamasına göre temel suç ile ağırlaşmış neticeye neden olan hareketin tekliği ve ağırlaşmış netice bakımından taksirin varlığı, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun var olabilmesi için gerekli şartlardır⁹³⁵.

Gerek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, gerekse kasıtlı ve taksirli suçun fikri içtimalı konusunda temel suç ile ağırlaşmış suçun tek bir hareketten meydana gelmesi ve

⁹³³ BGH 14.7.1964, BGHSt 19, s. 382.

⁹³⁴ Bkz. Schröder, § 56 şerhi, A. Schönke ve H. Schröder (1963). *Strafgesetzbuch, Kommentar*. (11. neubearb. Aufl.). München: C.H. Beck.

⁹³⁵ Örneğin (BGH 28.8.1962), A, B'ye defalarca yumruk atar. Bu yumrukların etkisi ile bayılan B yere düşer. Yolu üzerine düşen B'yi bir kamyon ezer ve B ölür.

Yüksek mahkemeye göre (BGH), ölümle neticelenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçuna ilişkin hüküm (§ 226 v.t) faile uygulanamaz, çünkü A'nın B'ye vurduğu sırada B'nin kamyon tarafından ezilebileceğine ilişkin herhangi bir öngörü bulunmamaktadır⁹³⁵. A'nın taksiri B'yi dövdüğü sırada değil, onu baygın bir şekilde yolun üzerinde bıraktığı sırada meydana gelmiştir. Bu nedenle ölüm neticesi A'ya § 222'de öngörülen taksirli insan öldürme hükümleri gereğince yüklenebilir. Bu nedenle yüksek mahkeme A'yı kasıtlı yaralama ile taksirli ölüme neden olmaya ilişkin hükümlerden sorumlu tutmuş ve iki suç arasında maddi içtima hükümlerini uygulamıştır.

ağır neticenin meydana geldiği suçun taksirli olması şarttır. Ancak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ile fikri içtima arasındaki fark, kendisini faile verilecek cezada göstermektedir⁹³⁶.

1970’li yılların başında yeni bir teori oluşmaya başlamış⁹³⁷ ve 70’li yılların sonunda çok önemli bir teori halini almıştır. Bu teoriye göre neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedebilmek için sadece hareketin tekliği ve ağırlaşmış netice bakımından taksirin bulunması yeterli değildir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedilebilmesi için ayrıca “doğrudanlık bağlantısı” (bu unsur teorinin ilk doğduğu sırada bu adı henüz almamıştır ancak daha sonra bu adı alacaktır) gereklidir. Eğer bu bağlantı yok ise temel kasıtlı suç ile eklenen taksirli suç arasında fikri içtima hükümleri uygulanacaktır.

Örneğin yüksek mahkemenin önüne gelen bir olayda, bir grup kişi yağma suçunu işlemek üzere yaşlı bir kişi olan A’yı döverler. A saldırganlardan kaçıp yardım istemek için koşarken karanlığın da etkisi ile ayağı takılıp düşer ve meydana gelen yaralar neticesinde ölür.

Yüksek Mahkemeye (BGH) göre, yağmayı takip eden ölümle sonuçlanan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça ilişkin hükmün (Al.CK § 251) uygulanabilmesi için ölümün mağdur üzerinde kullanılan kuvvetten ileri gelmesi gerekir. § 251 metni zaten bu hükmün uygulanabilmesi için mağdur üzerinde kullanılan kuvvetin, doğrudan neticeye neden olması gerektiğini ifade etmektedir. Somut olayda hareket ile meydana gelen ağır netice arasından doğrudanlık bağlantısı bulunmadığına göre, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yağma (Al.CK § 251) suçundan faili sorumlu tutmak mümkün değildir. Ölüm ile faillerin yağma fiilleri arasında nedensellik bağı bulunduğuna ve failler ölüm neticesi bakımından taksirli bulunduklarına göre yağma suçu ile taksirli ölüme sebebiyet suçu arasında fikri içtima hükümleri uygulanır⁹³⁸.

⁹³⁶ Örneğin, polis memurunun silahla mağdurun kafasına vururken silahın ateş alması sonucu mağdurun öldüğü olayda, sanık müdafii ölümün yaradan kaynaklanması gerektiği ancak somut olayda ölümün yaralamaya yönelik hareketlerin yapıldığı sırada meydana geldiği bu nedenle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerinin uygulanmaması gerektiğini belirtmiş ancak BGH, bu görüşün Reichsgericht döneminde kabul edildiğini, fakat § 56 ile birlikte artık ağırlaşmış netice bakımından açıkça taksir aranarak kusur ilkesine, eklenen netice bakımından da uyulduğunu, bu nedenle eklenen neticeden sorumluluğu sınırlamaya yönelik olan bu görüşün artık kabul edilemeyeceğini, failin yaralamaya yönelik hareketi yaparken taksirli olmasının sorumluluk açısından yeterli olduğunu ifade etmiştir.

⁹³⁷ Bu konuda özellikle şu karar dikkat çekicidir: BGH 30.9.1970, NJW 1971, s. 152.

⁹³⁸ BGH 18.3.1969, BGHSt 22, s. 362.

Bu karardan da anlaşıldığı üzere neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların uygulanma alanını kısıtlama eğilimi bulunmaktadır. Doğrudanlık bağlantısı ise bu amacı sağlamak üzere kullanılan bir objektif şart olmuştur.

Doğrudanlık bağlantısı, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç ile suçların fikri içtima arasında ayırıcı bir özellik gösterir. Böylece yukarıda ifade edilen ve aslında neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar ile fikri içtima hükümlerinin aynı şey olduğuna ilişkin görüş çürütülmüştür.

2.3.3. Doğrudan bağlantı teorisi

Yukarıda da belirtildiği gibi 1953'den 1970'li yıllara kadar neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından gerçek ve tüm unsurlarıyla tam bir taksirin varlığı aranmış ve bu dönemde taksir, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda iyi bir filtre görevini görmüştür. 1970'li yıllardan itibaren tüm unsurlarıyla gerçek bir taksirin varlığı gerekli görülmemiştir. Uygulama neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardaki taksiri daha hafif bir taksir olarak yorumlamaya başlamıştır. Böylece neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardan sorumluluk konusunda taksir daha az etkin bir filtre görevi görmüştür. Alman uygulamasında, taksirin içeriğinin zayıflatılması eğilimi sadece neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda değil, tüm taksirli suçlar bakımından kendisini göstermiştir⁹³⁹.

Bu dönemde hakim olan doğrudan bağlantı (unmittelbarer Zusammenhang) görüşünün ortaya çıkmasında 30.9.1970 tarihli Rötzel kararı önemli bir dönüm noktası olmuştur.

Bu karara göre⁹⁴⁰ A, annesinin evinde çalışan bir kadına saldırır ve kadının kolunu yaralar ve burnunu kırar. Kadın korkuya kapılır ve saldırı henüz bitmediği için kendi odasına kaçır ve balkona çıkar. Balkondan başka bir odanın balkonuna atlamaya çalışır. Atladığı sırada kadın düşerek yaralanır ve söz konusu yaralar nedeni ile ölür.

İlk derece mahkemesi faili ölümlle neticelenen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralamadan mahkum eder (Al.CK § 226'nın eski metni). Yüksek mahkeme (BGH) ise alt derece mahkemesi kararını ıslah eder ve basit yaralama suçu (Al.CK § 223'ün eski metni) ile taksirli ölüme neden olma suçuna fikri içtima hükümlerini uygular. Söz

⁹³⁹ Bkz. Marinucci (1991), s. 9 vd.

⁹⁴⁰ BGH 30.9.1970, NJW 1971, s. 152.

konusu olayda ölüm neticesi öngörülebilir bir netice olarak kabul edilmiş ancak olayda yaralama suçu ile ölüm neticesi arasında doğrudan bağlantının bulunmadığı ifade edilmiştir. Fail tarafından meydana getirilen yaraların doğrudan ölüm neticesine neden olabilecek nitelikte olmadığına karar verilmiştir.

Alman Ceza Kanunu § 226 açısından doğrudan bağlantı teorisine duyulan gereksinim söz konusu kararda şu şekilde gerekçelendirilmiştir:

Alman Ceza Kanunu § 226 hükmünün yapılış nedeni dikkate alındığında, bu hükümde yaralama ile ölüm neticesi arasında çok sıkı bir bağ gereklidir. Bu bağ şartçı nedensellik bağından çok daha sıkı bir bağdır. Al.CK § 226 yaralama neticesi meydana gelebilecek ağır neticelerin meydana gelmesi tehlikesini ortadan kaldırmak amacıyla oluşturulmuştur. Eğer bu ölüm neticesi üçüncü bir kişinin veya mağdurun bir davranışı nedeniyle meydana geliyor ise hükmün korumak istediği tehlike bulunmamaktadır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun ağır cezası da dikkate alındığında Al.CK § 226'nın sadece sınırlı bazı olaylarda uygulanması gerekliliği de ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten, doğrudan bağlantı görüşünün temelinde, suçun ihdasına neden olan tehlike düşüncesi yer alır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun cezalandırılmasının nedeni, temel kasıtlı suçun içerisinde barındırdığı ağır neticenin meydana gelmesi tehlikesinin ortaya çıkmasıdır.

Ayrıca doğrudan bağlantı teorisi, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların uygulama alanını daraltmak, olaya üçüncü bir kişinin veya mağdurun fiilinin de katıldığı durumlarda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine başvurulmamasını sağlamak amacıyla ortaya çıkmıştır. Bu görüşünün doğmasına neden olan bir başka faktör ise taksirin uygulama ve öğreti tarafından içeriğinin boşaltılması nedeni ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan dolayı failin sorumluluğunda yeterli bir filtre görevi görmemesidir⁹⁴¹.

Uygulamayı doğrudan bağlantı görüşünü benimsemeye iten üçüncü neden ise gerek Al.CK § 226, gerekse diğer neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda çok ağır bir netice meydana gelmese dahi, failin ağır şekilde cezalandırılmasıdır⁹⁴². Öğreti de Al.CK

⁹⁴¹ Dolcini (1979b), s. 811.

⁹⁴² Bkz. BGH 20.7.1995, NJW 1995, s. 3194.

Daha önceki bölümlerde de ifade edildiği üzere neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda cezanın böylesine ağır olması özellikle İmparatorluk Ceza Kanunu (1871) ile bu suçlarda dolaylı kastın varlığının kabul edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. 1953 tarihli kanun koyucu (§ 56'yı kabul eden kanun koyucudur)

§ 226 gereğince çok ağır bir cezanın öngörülmesi nedeni ile doğrudan bağlantı görüşünü kabul etmiştir⁹⁴³.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda sorumluluğun sınırı olarak taksirin dışında bir çözüm yolu bulma çabasında doğrudan bağlantı görüşü dışında başka arayışlar da olmuştur. Öğretide az sayıda yazar, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar ile fikri içtima hükümlerinin uygulanma alanını ayırma konusunda, taksiri derecelendirme yolunu tutmuştur. Bu konuda ilk önce bilinçli taksir, daha sonra da ağır taksir kavramları ortaya çıkmıştır. Bazı yazarlar ise temel kasıtlı suçta yer alan özel bir kast türünden bahsetmişlerdir⁹⁴⁴.

Rötzel kararından sonra da ölümle neticelenen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama dışında, başka bazı neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından da, doğrudan bağlantı görüşünü kabul eden pek çok karar verilmiştir.

Ancak verilen kararlar içerisinde hem doğrudan bağlantı, hem de ağırlaştırılmış netice bakımından taksirin bulunmadığı kararlara pek rastlanmamaktadır. Temel suç ile ağırlaştırılmış netice arasında doğrudan bağlantının bulunmadığı az sayıda kararda ise mahkeme, faili en azından taksirli suçtan dolayı sorumlu bulmuştur. Bu durum, uygulamanın kasıtlı suçun neden olduğu istenmeyen bir netice meydana geldiğinde bu netice bakımından taksiri, tüm unsurlarıyla tam bir taksir türü olarak algılamadığının bir göstergesidir. Yüksek mahkemenin doğrudanlık bağlantısı bulunmadığı gerekçesiyle neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümlerini uygulamadığı kararlarda ise, aslında olayda nedensellik bağı bulunmamaktadır⁹⁴⁵.

ve 1969-1975 tarihleri arasındaki kanun koyucu da neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara ağır cezalar öngörmeye devam etmişlerdir.

⁹⁴³ Bkz. Basile (2005), s. 474, dn. 58.

⁹⁴⁴ Bkz. Basile (2005), s. 477.

⁹⁴⁵ 1) Yaralama ve ölüm neticesi arasında nedensellik bağının bulunmaması: A, B'ye çok güçlü bir yumruk atar. B dengesini kaybeder ve sert bir şekilde kafasını yere çarparak asfalta düşer. B'nin kafa kemikleri kırılır. B yerde iken C de B'nin başına bir tekme atar. Bu hareket de B'nin bir başka kafa kemiğinin kırılmasına neden olur. Sonuçta B ölür.

Mahkeme bu olayda B'nin ölüm neticesinden doğrudan bağlantının bulunmaması nedeniyle sorumlu olmadığına karar verir. Mahkemeye göre, ölüm neticesi A'nın attığı yumruğun içerdiği tehlikeden değil C'nin tekmesinin taşıdığı tehlikeden ileri gelmektedir. Ölüm neticesinden sadece C sorumludur. BGH 29.6.1983, BGHSt 32, s. 25.

Aslında burada nedensellik bağlantısının bulunmaması dolayısıyla A'nın, B'nin ölüm neticesinden sorumlu olmaması durumu söz konusudur.

Yüksek mahkeme doğrudan bağlantının bulunmadığı ancak ağırlaşmış netice bakımından taksirin bulunduğu olaylarda, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümlerin değil, fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir⁹⁴⁶.

2) Hareketin tekliği şartının bulunmaması: Sarhoş olan D, iki buçuk aylık çocuğunu yaralayıcı hareketler yapar. Daha sonra bu davranışların sona ermesinin ardından yanlışlıkla bebeğini yere düşürür ve bebek ölür.

Yüksek mahkeme D'yi neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan (§ 226) doğrudan bağlantının bulunmaması nedeniyle sorumlu bulmaz. BGH 3.7.1985, JR 1986, s. 380.

Aslında çocuk öldüğü sırada D yaralama hareketlerini bırakmış durumda olduğundan, ortada hareketlerin tekliği unsuru bulunmamaktadır, bu nedenle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedilemez. Ölüm neticesi failin bebeğini iyi bir şekilde tutmaması ve düşürmesinden ileri gelmiştir daha önce gerçekleştirdiği yaralama fiilinden ileri gelmemiştir.

Aynı yöndeki bir başka kararda ise, A, B'nin boynunu, onu öldürmek istemeksizin sıkarak, B bir süre sonra bayılır. A, B'nin öldüğünü düşünerek olayı intihar gibi göstermeye karar verir. Bir kimeri B'nin boynundan geçirerek tavandaki demirlerden birine asar. Bu sırada B havasız kalarak ölür.

Olay mahkemesi A'yı neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan (§ 226 eski metin) sorumlu bulmuştur. Yüksek mahkeme ise temel suç ile ölüm neticesi arasında doğrudan bağlantının bulunmadığı görüşündedir. BGH 29.10.1991, StV 1993, s. 75.

Aslında olayda, doğrudan bağlantıdan önce, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından şart olan hareketin tekliği unsuru eksiktir. B'nin ölümü yaralama suçunun bir neticesi değil, olayı intihar gibi göstermeye yönelik hareketlerin neticesidir.

⁹⁴⁶ 1) A, B'nin evine girerek B'nin başına sert darbeler vurmaya başlar. Bu sırada B'nin başına sert sivri bir cisimle de vurur. Daha sonra B'nin cüzdanını alarak kaçır. Birkaç saat sonra B boynundaki yaradan çok fazla kan kaybetmiş olması nedeni ile ölür. Alt derece mahkemesi B'nin, A'nın gerçekleştirdiği darbeler nedeniyle mi yoksa düşerken yerde bulunan cam kırıklarının boynunu kesmesi nedeniyle mi öldüğünü tespit edemez. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, B'nin düşerken cam kırıklarının boynunu kesmesi nedeniyle öldüğüne karar verir.

BGH, A'nın kasıtlı ağır yaralama suçu ile taksirli yaralama suçundan fikri içtima hükümleri uygulanarak cezalandırılmasına karar verir. Ayrıca A'yı hırsızlık suçundan dolayı da sorumlu tutar.

Mahkeme § 226'nın somut olayda uygulanamayacağını, eğer B bu yaralamayı düşerken meydana getirmişse yaralama ile ölüm neticesi arasında doğrudan bağlantının bulunmadığını, çünkü A'nın hareketi ile ölüm neticesi arasına mağdurun davranışının girdiğini belirtir. Ancak mahkemeye göre, bu olayda A, kendisinin meydana getirdiği yaralama sonucu, bu yaranın ölümüne neden olabileceğini bildiği halde ihmali davranmış, B'ye herhangi bir yardım çağırmadan olay yerinden uzaklaşmıştır. BGH 23.9.1981, MDR 1982, s. 102.

Bu olayda BGH, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça dair cezanın faile uygulanmamasını hedeflemiştir. Bu nedenle failin hareketi ile ağır netice arasında doğrudan bağlantının var olmadığını ifade edebilmek için mağdurun kendi davranışının da olaya karışmasını kullanmıştır. Ancak mağdur somut olayda düşmüş olsa dahi, kendi kendine düşmemiş failin davranışı dolayısıyla düşmüştür. Mahkeme ölüm neticesinden failin sorumlu olmamasını da kabullenememiş ve bu nedenle ona yardım etme ve yalnız bırakmama yükümlülüğü bulunduğunu ifade ederek faili ölüm neticesinden sorumlu tutmuştur.

2) Sanıklar bir bankadan soygun yaparlar. Kaçmalarını kolaylaştırmak için bankadaki memurlardan birini de kendileriyle götürürler. Polis olaya hızlı bir şekilde müdahale eder ancak bir memurun soyguncularla birlikte götürüldüğünden haberdar değildir. Polis failleri durdurmak için ateş eder, bu sırada banka memuru vurulur ve ölür.

Olay mahkemesi, soyguncuları yağma suçundan ve ölümle neticelenen rehin alma suçundan (§ 239 b/ 2) dolayı sorumlu tutar. Yüksek Mahkeme somut olayda doğrudanlık bağlantısı bulunmaması nedeniyle bu kararı bozar. Yüksek mahkemeye göre neticesi sebebiyle ağırlaşmış rehin alma suçundan sorumluluk için (§ 239 b/ 2) ölüm neticesinin temel suçta bulunan tehlikeden ileri gelmesi gerekir. § 239 b/2, ölüm

Doğrudan bağlantının ve ağırlaşmış netice bakımından taksirin bulunduğu durumlarda ise yüksek mahkeme neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluğu kabul etmektedir⁹⁴⁷.

neticesi nedeniyle ağırlaşmış yaralama suçundan farklı olarak doğrudanlık bağlantısı üçüncü kişinin veya mağdurun davranışı ile kesintiye uğramaz. Rehin alma suçunda yer alan temel suç ile meydana gelen tehlike yanında rehinenin kurtarılabilmesi için örneğin polisin veya mağdurun kendisinin, mağdur açısından tehlike doğuran bazı davranışlarda bulunması mümkündür. Polis, somut olayda bir kişinin rehin alındığını göz önüne almaksızın hareket etmiştir. Bu nedenle rehineyi kurtarmak için değil failerin kaçmalarını engellemek amacıyla hareket etmiştir. Dolayısıyla BGH'ya göre temel suçla meydana gelmesi engellenmeye çalışılan tehlike ortaya çıkmamıştır. Yüksek mahkemeye göre, alt derece mahkemesinde yeniden yargılama yapıldığında doğrudanlık bağlantısı bulunmadığı için, failin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan dolayı sorumlu bulunmaması gerekir. Ancak failin taksirli öldürme dolayısıyla cezalandırıp cezalandırılmayacağını araştırılması gerektiğini ifade etmiştir. BGH 18.9.1985, NJW 1986, s. 438.

Bu kararda § 239 b'de aranan ağır taksir göz önünde bulundurulmamıştır. Ayrıca somut olayda failerin davranışlarıyla netice arasında doğrudan bağlantının bulunmaması değil üçüncü kişilerin (polislerin) somut olayın şartlarına ilişkin bilgisizliği söz konusudur.

⁹⁴⁷ 1) Bir barda geçmişte kavga etmiş olan A ve B karşılaşır. B'den çok daha iri yapılı olan A, B'yi arkasındaki tahta kısmın yüksek olduğu bir sandalyeye oturmaya zorlar. Daha sonra B'nin kafasını iki kez sandalyenin arkasındaki tahta kısma çarptırır. Bu darbeler B'nin beyinde küçük bir kanamaya neden olur. Ancak A tarafından bilinmeyen bir hastalık nedeniyle B'nin beyindeki kanama durmaz. A'nın gerçekleştirdiği darbeler ve doktorların B'ye tanı koymakta yanlıya düşmeleri nedeniyle B bu olaydan üç gün sonra ölür.

Olay mahkemesi A'yı ölüm neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumlu tutar. Yüksek mahkeme bu olayda doğrudan bağlantı bulunduğu için alt derece mahkemesince verilen kararı onaylar. Doğrudan bağlantı A'nın, B'nin hastalığını bilmemesi ve doktorların yanlış teşhis koyması dolayısıyla kesintiye uğramaz. Yüksek mahkeme taksir açısından ise, objektif (objektif öngörülebilirlik, günlük yaşam deneyimlerine göre meydana geleceği öngörülebilir durumlarda var kabul edilir) ve soyut (somut olay üzerinden değil soyut olarak değerlendirme yapılarak öngörülebilirliğin var olup olmadığının kabul edildiği öngörülebilirliktir) öngörülebilirliği yeterli saymaktadır. BGH 15.7.1975, MDR 1976, s. 16.

2) Bir ormanda C avlanmak için kurulmuş 3,5 metre yüksekliğindeki platform üzerinde amcası A'nın bulunduğu sırada platformu düşürür. Platformla birlikte amcası da düşer ve bacağına bir kırık oluşur. Amca 20 gün hastanede yattıktan sonra eve gönderilir. Daha sonra evde de birkaç zaman yatakta hareket etmeden yatar. Eve döndükten 17 gün sonra amca kalp krizi nedeniyle ölür. Bu kalp krizi, zatürre ve bir akciğer embolisi nedeniyle meydana gelir. Bu zatürre ve emboli mağdurun uzun süre hareketsiz kalması ve aynı zamanda önceden sahip olduğu kalple ilgili bir problemten ileri gelmektedir. Tedavisi sırasında embolinin oluşmasını önleyici herhangi bir ilaç verilmemiş ve bu emboliyi engellemek için nasıl hareket etmesi gerektiği yönünde herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Ayrıca bu risklere karşı kontrol yapılması gerektiği konusunda da mağdur doktorlarca uyarılmamıştır.

Olay mahkemesi C'yi tehlike yaratacak şekilde yaralamadan dolayı sorumlu bulmuştur. Ancak mahkeme ölüm neticesi bakımından failin taksirini kabul etmeyerek, C'yi neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan dolayı sorumlu bulmamıştır. Mahkeme burada ölüme neden olan akciğer embolisinin öngörülebilir nitelikte olmadığına hükmetmiştir.

Yüksek mahkeme ise bu kararı bozmuştur. Rötzel kararına atıf yapan mahkeme, doğrudanlık bağlantısı konusunda şu hükmü vermektedir: § 226'nın uygulanabilmesi için yaralama suçu ile ölüm neticesi arasındaki bağın çok sıkı bir bağ olması gerekir (yaralamanın içerdiği tipik tehlikenin ölüm neticesi olması gerekir), sadece nedensellik bağının bulunması bu hükmün uygulanabilmesi için yeterli değildir. Yaralanma ile ölüm neticesi arasında bir bağın bulunması, bunlar arasında sıkı bir bağlantının varlığını kabul etmek için yeterli değildir. Yaralama hareketi ile ölüm neticesi arasında da sıkı bir bağın bulunması gerekir. Yaralama davranışı ile ölüm neticesi arasına üçüncü bir kişinin davranışı dahi girse, eğer normal

Yüksek Mahkemenin otuz yıl boyunca verdiği kararlar analiz edildiğinde sadece çok az sayıda kararda doğrudan bağlantının bulunmadığına hükmedilmiştir. Doğrudan bağlantı, neredeyse hemen her olayda var sayıldığından, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından, ağırlaştırılmış neticeden sorumluluğu sınırlayıcı fonksiyonunu etkin bir şekilde gösterememektedir⁹⁴⁸.

Doğrudan bağlantı teorisi uygulamada bu teoriyi benimseyenler ve benimsemeyenler tarafından farklı şekillerde yorumlanmıştır. Üçüncü kişinin veya mağdurun davranışları veya özelliklerinin etkisiyle neticenin meydana geldiği benzer olayların bazılarında doğrudan bağlantının bulunduğu kabul edilirken bazılarında bulunmadığı kabul edilmiştir.

Doğrudan bağlantı teorisi adeta yargıcın faili netice bakımından kastla sorumlu tutmak istediği ancak yeterli delil bulamadığı hallerde faili daha ağır şekilde cezalandırmak için kullandığı bir araca dönüşmüştür⁹⁴⁹.

Yüksek mahkemenin doğrudan bağlantının varlığını kabul ettiği olaylarda eklenen netice bakımından taksir, adeta doğrudan bağlantının bir devamı şeklinde bulunmakta, doğrudan bağlantının bulunduğu kabul edildiğinde, otomatik olarak taksirin de bulunduğu sonucuna varılmaktadır.

hayat deneyimleri gereği bu üçüncü kişinin davranışları öngörülebilir nitelikte ise, yaralama davranışı ile ölüm neticesi arasındaki bağ ortadan kalkmaz.

Yüksek mahkeme, taksir konusunda ise, fail tarafından ölüm neticesinin öngörülebilir nitelikte olup olmadığını dikkate almaktadır. Neticenin öngörülebilir olduğundan bahsedebilmek için hareketten doğan tüm neticelerin tüm ayrıntılarıyla öngörülebilir olması aranmaz. Bir hareketten meydana gelen netice tahmin edilmesi imkânsız değilse her zaman öngörülebilirdir ve bu imkânsızlık dışında failin taksirle sorumlu tutulması her zaman mümkündür. Ancak failin tecrübeleriyle sonucu öngörmesi imkânsız ise bu durumda öngörülebilirlik somut olayda bulunmamaktadır. BGH 30.6.1982, *BGHSt* 31, s. 96.

Bu kararda doğrudanlık bağlantı teorisi, oldukça belirsiz ve esnek şekilde uygulanmıştır. Oysa doğrudan bağlantı teorisi neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardan sorumluluğu sınırlandırmak ve bu konuda filtre görevi görmek üzere geliştirilmişti. Bu kararda yaralama hareketi ile ölüm neticesi zaman açısından oldukça farklı zamanlarda ve üçüncü bir kimsenin de davranışı eklenerek meydana geldiği halde doğrudanlık bağlantısının bulunduğu kabul edilmiştir. Yüksek mahkeme doğrudan bağlantıyı, kararda sadece kelime olarak kullanmıştır ancak içerik olarak bu kavrama uygun bir karar verilmemiştir. Ayrıca taksir de sadece soyut öngörülebilirliğe dayandırılmıştır. Bunun dışında taksir de, soyut olarak ele alınmış somut olay üzerinden bir inceleme yapılmamıştır.

Netice istisnai bir netice değilse taksir ve doğrudan bağlantı bulunmaktadır. Böylece gerek kanunda yazılı bulunan taksir, gerekse öğretide yaratılmış olan doğrudan bağlantı görüşü yeterli bir filtre görevi görememektedir.

⁹⁴⁸ Bkz. Dolcini (1979b), s. 812.

⁹⁴⁹ Bkz. Basile (2005), s. 496.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda ağırlaştırılmış netice bakımından aranan taksirin içeriği zaman içinde giderek zayıflatılmıştır. Taksir kavramı soyut öngörülebilirlik kavramına indirgenmiştir. Sadece neticeye bakılıp bu neticenin normal yaşam deneyimlerine uygun olup olmadığı araştırılmaktadır. Bu nedenle yargıçlar somut olayda neticenin gerçekten öngörülebilir olup olmadığını incelememişlerdir. Meydana gelmesi failce planlanan netice ile meydana gelen netice arasında çok büyük bir farklılık bulunsa dahi fail neticeden sorumlu tutulmaktadır. Genel olarak fail neticeyi öngörmesini engelleyecek fiziksel veya psikolojik bir durumda bulunduğu taksirli sayılmamalıdır⁹⁵⁰. Ancak somut olayda öngörülebilirliğin var olup olmadığına ilişkin herhangi bir araştırma yapılmamaktadır. Bu nedenle failin neticeyi öngörebilirliğini engelleyen haller bulunsa bile, araştırılmadıkları için bu durumların karara bir etkisi olmamaktadır.

Doğrudan bağlantı teorisinin ortaya çıkış amacı ile teorisinin uygulamasının birbiriyle çelişmesi nedeniyle, öğretide doğrudan bağlantı teorisinin sınırlarının kesin bir şekilde çizilmesi yönünde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, doğrudan bağlantının somut olayda araştırılması sırasında, temel suça dair hareket gerçekleştirilirken başka riskler bulunsa da, bu riskler temel soyut suç tipinde öngörülen riskler değilse doğrudan bağlantının tespitinde dikkate alınmazlar, ancak taksirin bulunup bulunmadığına ilişkin araştırmada dikkate alınırlar. Doğrudan tehlikenin genel değil özel, zaman olarak harekete çok yakın ve gerçekleşme olasılığının yüksek olması gerekir. Neticenin meydana gelmesine neredeyse kesin gözüyle bakılan ve failin tehlikeyi kontrol etmesinin mümkün olmaması nedeni ile kısa bir süre içerisinde meydana gelmesi ihtimalinin yüksek olduğu durumlarda söz konusu tehlike bu özellikleri taşıyor demektir⁹⁵¹.

Aslında doğrudan bağlantı teorisi uygulamada kendiliğinden doğan bir teori değildir. Bu teori uygun nedensellik teorisi ile aynı temele dayanmaktadır. Her iki teoride de neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç, temel suçtaki tehlikeden ileri gelmektedir⁹⁵². Gerçekten Rötzel kararının (BGH 30.9.1970) gerekçesinde de bu bağlantı görülmektedir. Rötzel kararında, doğrudan bağlantı teorisinin açıklanması

⁹⁵⁰ Forti (1990), s. 441; Marinucci (1965), s. 261 vd.; Marinucci (1991), s. 18 vd.

⁹⁵¹ Bkz. Dolcini (1979b), s. 810 vd.

⁹⁵² Dolcini (1979b), s. 755 vd.

amacıyla faydalanılan argümanların, uygun nedensellik teorisinin açıklanmasında da kullanıldığı gözlenmektedir. Doğrudan bağlantı teorisinde olduğu gibi, uygun nedensellik teorisini savunanlar da, bu teoriyi neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların konuluş amacından yola çıkarak açıklamak istemişlerdir. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda temel suç bir tehlike barındırmaktadır. Uygun nedensellik teorisini savunanlar da bazı suçların daha ağır bir neticenin meydana gelmesi riskini taşıdıklarını ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda temel suçun bu tür bir suç olması ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda ağırlaştırılmış neticenin temel suçun barındırdığı bu riske ilişkin olması gerektiğini ifade ederler⁹⁵³.

Taksir, 1953'den 1970'lere kadar ağırlaştırılmış neticeden sorumluluk konusunda bir filtre olarak iyi bir şekilde fonksiyon görmesine rağmen, taksirin içeriğinin yavaş yavaş zayıflaması sonucu artık filtre görevini gereği gibi yapamaz hale gelmesi ile birlikte, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda sorumluluğun sınırı konusunda herhangi bir sınırlayıcı ölçütün kullanılmadığı dönemde ortaya çıkmış olmasına rağmen, uygun nedensellik teorisi, doğrudan bağlantı teorisi olarak neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardan sorumlulukta filtre görevi görmek üzere tekrar kullanılmıştır⁹⁵⁴. Ancak bu görüş, sorumluluğu sınırlama konusunda taksirden daha iyi bir sonuç vermemiştir.

1970'den sonra, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, taksirin içeriğinin zayıflamış olması nedeniyle ağırlaştırılmış neticeden sorumluluğu sınırlamakta yetersiz kalması üzerine, sorumluluğu sınırlamak üzere neticenin objektif isnadı teorisi geliştirilmiştir. Ancak bu teori de aslında uygun nedensellik teorisine benzer özellikler gösterir⁹⁵⁵. Neticenin objektif isnadiyeti teorisi uygulandığında da neticeden sorumluluk için taksir gereklidir. Ancak buradaki taksirin gerçek bir taksir olması gerekmemektedir⁹⁵⁶.

Bu arada belirtmek gerekir ki, doğrudan bağlantı teorisini benimseyen yazarlardan bir kısmı bu teorisinin “suçla korunması amaçlanan hukuksal değer bağlantısı (*Schutzzweckzusammenhang*)” ile aynı şeyi ifade ettiğini kabul ederler⁹⁵⁷. Korunması

⁹⁵³ Bkz. Dolcini (1979b), s. 798.

⁹⁵⁴ Canestrari (1989b), s. 87.

⁹⁵⁵ Marinucci (1991), s. 9 vd.; Fiandaca ve Musco (1989), s. 213.

⁹⁵⁶ Roxin (1997), § 24, kn. 10, s. 922, kn. 13, s. 924.

⁹⁵⁷ Roxin (1997), s. 278.

amaçlanan değer bağlantısı kavramı, taksir teorisi içerisinde o suçla korunması amaçlanan hukuksal değer ile meydana gelen netice arasındaki bağlantıyı içermektedir⁹⁵⁸. Doğrudan bağlantı ile suçla korunması amaçlanan hukuksal değer bağlantısının aynı şeyleri ifade ettiğinin kabul edilmesi halinde, eklenen ağırlaşmış neticeden sorumluluk için eklenen neticede taksirin varlığı için, bir davranış kuralının ihlalini aramaya gerek bulunmamaktadır. Suçla korunun hukuki yarar bağı, bu suçlarda temel suç ile ağırlaşmış netice arasında kurulacağından temel suçun işlenmiş olması ağır neticeden sorumluluk için yeterlidir, ayrıca bir davranış kuralı ihlalini aramaya gerek bulunmamaktadır⁹⁵⁹.

Doğrudan bağlantı teorisi ile neticenin objektif isnadı teorisi, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda taksirin içeriğinin zayıflaması nedeniyle meydana gelen boşluğu doldurmak amacıyla ortaya çıkmışlar ancak daha sonra taksirin içeriğinin genişlemesinin önünü kesen bir durum oluşturarak taksir bakımından tehlikeli bir ortam yaratmışlardır⁹⁶⁰.

2.3.4. Taksirin tek özelliği olarak öngörülebilirliğin kabul edilmesi

Yukarıda yer alan kararlar incelendiğinde uygulama tarafından doğrudan bağlantı teorisi uygulandığında açık bir şekilde ifade edilmese de taksirin varlığını kabul etmek için sadece soyut öngörülebilirliğin bulunması yeterli sayılmıştır.

Yüksek mahkeme tarafından, Al.CK § 56'da (yeni § 18) yer alan taksirin tek özelliğinin öngörülebilirlik olduğunu kabul eden ilk karar 1971'de verilmiştir⁹⁶¹.

Söz konusu karara göre, bir barda A, B ve C içmeye başlarlar. Sarhoş oldukları zaman A ve B, C'yi döverler. C herhangi bir karşılık vermez. Belli bir süre sonra C yüzü yere gelecek şekilde düşer. Bu kavga ve düşme sırasında aldığı darbeler nedeniyle deri lezyonları ve kafa travması meydana gelir. Bu kafa travmasının etkisiyle C bilincini kaybeder. Yerde iken sarhoş da olması nedeniyle kusar ve kusma sırasında bilinci yerinde olmadığı için solunum yollarına kusmuk kaçarak hastaneye giderken ölür.

⁹⁵⁸ Marinucci (1991), s. 10 vd.; Canestrari (1989b), s. 166; Forti (1990), s. 424.

⁹⁵⁹ Bkz. Basile (2005), s. 513-514.

⁹⁶⁰ Marinucci (1991), s. 13.

⁹⁶¹ BGH 22.9.1971, BGHSt 24, s. 213.

Olay mahkemesi yargıcı, A ve B'yi kasıtlı yaralamadan dolayı sorumlu bulmuş ancak sarhoş olmaları nedeni ile hareketlerini kontrol etme ve durumu anlayabilme yeteneklerinin zayıflamış olması nedeniyle ölüm neticesinden sorumlu bulmamıştır. Yüksek Mahkeme cumhuriyet savcısının talebini kabul ederek kararı bozmuştur. Yüksek Mahkeme A1.CK § 226'nın uygulanması için gerekli şartların somut olayda var olup olmadığının kontrol edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme, olay mahkemesinin kararını özellikle gerekçenin faillerin sarhoş olmaları dolayısıyla anlama ve davranışlarını kontrol etme yeteneklerini kaybetmelerine bağlamasını eleştirmektedir. Yüksek mahkemeye göre önemli olan faillerin davranışlarını kontrol etme yeteneklerini kaybetmeleri değil, anlama yeteneklerini kaybetmeleridir. Yüksek mahkemeye göre failler temel kasıtlı suçu meydana getirerek, ağırlaştırılmış neticenin meydana gelmemesini sağlamaya yönelik davranış kurallarını ihlal etmişlerdir. Ağır neticenin sadece öngörülebilir olması neticeden sorumluluk bakımından yeterlidir. Bu nedenle failin davranışı, ağırlaştırılmış netice bakımından da kınanabilir bir davranış kuralı ihlali (*vorwerfbare Sorgfaltsverletzung*) oluşturur. Yüksek Mahkeme'ye göre faillerin sarhoş olmalarının somut olayda herhangi bir etkisi yoktur, taksirin varlığından bahsedebilmek için sadece anlama yeteneğine sahip olmak yeterlidir hareketlerini kontrol etme yeteneğinin bulunması önemli değildir, faillerin sarhoş olsalar dahi neticeyi öngörmeleri gerekmektedir⁹⁶².

Yüksek Mahkeme tarafından verilen karar üç önemli bölüm içermektedir. İlk olarak söz konusu karar uyarınca, temel kasıtlı suçun işlenmesi davranış kuralı ihlali anlamına gelir. Bunun yanında eklenen ağır neticeden failin taksirli sorumluluğu için, yeniden davranış kuralı ihlalinin ispatına gerek yoktur. Sadece ağırlaştırıcı nedenin öngörülebilir bir netice olup olmadığına bakmak yeterlidir. Ayrıca fail anlama yeteneğinden yoksun ise, eklenen neticeden taksirli olarak sorumlu olmaz. Ancak sadece davranışlarını kontrol etme yeteneği bulunmuyorsa fakat anlama yeteneği bulunuyorsa eklenen neticeden taksirli olarak sorumlu tutulabilir.

Yüksek mahkeme bu kararı verirken Große Strafrechtskommission üyelerinin görüşlerinden yararlanmıştır⁹⁶³.

⁹⁶² Tröndle ve Fischer (2001), § 20, kn. 5.

⁹⁶³ Komisyonunda yer alan Koffka, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, eğer eklenen netice öngörülebilir nitelikteyse failin bundan taksirli olarak sorumlu olacağını belirtmiştir. Temel suçu kusurlu şekilde gerçekleştiren fail objektif ve sübjektif olarak göreve aykırı (*pflichtwidrig*) davranmıştır. Yazara göre

Yüksek Mahkeme'nin bu kararı, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaşmış neticeden sorumluluk açısından daha sonraki uygulama ve öğreti tarafından temel alınmıştır. Uygulamada sarhoşluk hali dışında da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaşmış suçtan sorumluluk için öngörülebilirlik yeterli sayılmış ve öğretilerde de bu yönde bir kabul meydana gelmiştir.

Öğretilerde de taksirli bir suç işlemenin davranış kuralına aykırı davranmak anlamına geldiği ifade edilmiştir. Al.CK § 56 buna uygun yorumlandığında, bir davranış kuralı ihlal edildiğinde bu davranış kuralının ihlali sonucu bu ihlale uygun, yani bu davranış kuralının ihlali ile muhtemelen meydana gelecek olan bir netice söz konusu olacaktır. Temel kasıtlı fiilin icrası zaten kendiliğinden eklenen ağırlaştırıcı neticeyi engellemeye yönelik davranış kuralının ihlali anlamına gelir. Böylece temel kasıtlı fiili işleyen failin, ağırlaştırıcı netice bakımından taksirinin bulunduğu kabul edilir. Bu noktada sorumluluğu etkileyebilecek olan tek faktör, failin davranışlarının ağırlaşmış netice bakımından tehlike yaratan bir davranış olduğunun, algılama yeteneğinin bulunmaması nedeniyle anlaşılabilmesi olacaktır⁹⁶⁴. Öğretilerde daha sonra Al.CK. § 56 yani neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından taksirin tek ölçütü olarak öngörülebilirlik kabul edilmiştir. Ancak bu neticenin “fail tarafından öngörülebilir olması” gerekir. Yani soyut değil, somut bir öngörülebilirlik aranmaktadır⁹⁶⁵.

göreve aykırılık hem temel suç için, hem de ağırlaşmış suç için geçerlidir. Bkz. K. Lackner ve K. Kühl (2001). *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. (24. Neubearb. Aufl.). München: C.H. Beck, § 15, kn. 37 vd.

Aynı şekilde Jescheck de taksirin belirlenmesinde tek ölçütün öngörülebilirlik olduğunu kabul eder. Jescheck ve Koffka neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır neticeden sorumluluk için öngörülebilirlik kriterinin uygulanması gerektiğini ancak sarhoşluk hali gibi hallerde bu kriterin failin cezadan kurtulmasına neden olması dolayısıyla bu durumdaki failer için başka kriterler öngörülürken, Yüksek Mahkeme söz konusu yazarların görüşlerini onların görüşlerinden farklı olarak sarhoşluk halinde de öngörülebilirlik kriterinin taksirin varlığı için yeterli olduğunu, bu anlamda sadece anlamayabilme yeteneğinin araştırılması ile yetinileceğini kabul etmekteydi. Bkz. Basile (2005), s. 518-520.

⁹⁶⁴ Bkz. Dolcini (1979b), s. 802.

⁹⁶⁵ “Temel suçun işlenmesi ile daima bir davranış kuralı ihlali gerçekleştirilmiş olur. Bu nedenle § 56 uyarınca ağır neticeden sorumluluk için gerekli olan tek şey ağır neticenin öngörülebilirliğidir”. H. H. Jescheck (1969). *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, s. 379.

Jescheck'in eserinin ikinci basısından itibaren ağır netice bakımından davranış kuralının ihlaline gerek olmadığı daha net bir şekilde ortaya konulmaya başlanmıştır. Temel kasıtlı suç bir zarar neticesi meydana getirmekle zaten ağır netice açısından davranış kuralı ihlali niteliği taşıdığı için ağır neticeden sorumluluk için ispatı gereken tek şey neticenin fail tarafından öngörülebilir olmasıdır. Yazar görüşüne destek olarak Yüksek Mahkeme (BGH) tarafından 22.9.1971 tarihinde verilen kararı da örnek olarak göstermektedir. H. H. Jescheck ve T. Weigend (1996). *Lehrbuch des Strafrechts*. (5. vollständig neubearb. und erw. Aufl.). Berlin: Duncker & Humblot, s. 572.

Yukarıda sözü edilen 1971 tarihli Yüksek Mahkeme kararından sonra, öngörülebilirliğin Al.CK. § 56/18'in uygulanması için tek ölçüt olduğu başka bazı kararlara da rastlanmaktadır. Ancak çok az sayıda karar, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaşmış neticeden sorumluluk için sadece öngörülebilirliğin arandığı şeklinde açık bir ifade kullanmıştır:

Geçmişte kavga eden A ve B bir barda karşılaşırlar ve tekrar kavga etmeye başlarlar. A, B'den çok daha güçlü bir yapıdadır. A, B'yi bir sandalyeye oturtur ve en az iki kez B'nin başını sandalyenin sırtlık kısmına vurur. B, bu olayda küçük bir beyin kanaması geçirir. B zaten kanın pıhtılaşmasını engelleyen bir hastalığa sahiptir. Bu hastalık ve doktorların teşhis koymakta gecikmeleri nedeniyle olaydan üç gün sonra B ölür. Yüksek mahkeme A'yı ölüm neticesi dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan mahkûm eder. Mahkeme, olayda doğrudanlık bağlantısının yanında Yüksek Mahkemenin 22.9.1971 tarihli kararına atıf yaparak, aynı zamanda failin taksirinin de bulunduğunu ifade eder. Mahkemeye göre öngörülebilirlik taksirin tek ölçütüdür. Bu öngörülebilirlik objektif ve soyut bir öngörülebilirliktir. Somut olayın özellikleri öngörülebilirliğin belirlenmesinde dikkate alınmaz. Hayatın doğal akışı gereği başın bir yere vurulmasının beyinsel bir takım sorunları beraberinde getirmesi tahmin edilebilir. A'nın, B'nin hastalığını ve doktorların teşhiste gecikeceğini öngörmesi gerekmediği için, ağırlaştırıcı netice bakımından taksirli bulunup ölüm neticesinden sorumlu olacaktır⁹⁶⁶.

Başka bir olayda ise, sarhoş olan dört futbol fanatığı herhangi bir neden olmaksızın bir kişiyi yumruk ve tekmelerle döverler. Atılan yumruklardan biri mağdurun geriye doğru düşmesine neden olur. Mağdur düştüğü sırada da kafasını yere çarpar, kafatası kırılır ve ölür. Yüksek mahkeme usul hatalarından dolayı ilk derece mahkemesinin kararını bozarken aynı zamanda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda taksirin tek ölçütünün öngörülebilirlik olduğunu vurgular⁹⁶⁷.

Benzer bir olayda sarhoş olan C, metro istasyonunun kapısında dururken, daha önce hiç tanımadığı D'ye bir şeyler söyler. Ardından arkasını dönüp giderken aniden geri döner ve D'yi dizi ve koluyla duvara doğru iter. D, bu hareket sonucu başını metro

Yazarın görüşleri öğretilerde başka yazarlarca da benimsenmiştir. Tröndle ve Fischer (2001), § 227, kn. 3; Lackner ve Kühl (2001), § 18, kn. 7, s. 115.

⁹⁶⁶BGH 15.7.1975, MDR 1976, s. 16

⁹⁶⁷BGH 19.1.1984, NStZ 1984, s. 328.

istasyonunun duvarına çarpar ve bayılır. Uyandığında sadece kolunda bir ağrı hisseder ve evine gidip uyur. D ertesi gün beyin kanaması geçirmiş olduğu için ameliyat edilmesine rağmen kurtarılamayarak ölür. Olay mahkemesi C'yi kasıtlı yaralamadan mahkûm ederken, ölüm neticesinden sorumlu bulmaz. Çünkü mahkemeye göre C sarhoş olması nedeni ile D'nin başını duvara vuracağını ve bu nedenle D'nin ölebileceğini öngörememiştir. Yüksek Mahkeme olay mahkemesinin kararını bozar. Gerekçe olarak da olay mahkemesinin doğrudanlık bağlantısı yanında C'nin, D'nin ölümü bakımından taksirinin bulunup bulunmadığını araştırması gerektiğini ifade eder. 22.9.1971 tarihli kararına atıf yapan yüksek mahkeme failin temel kasıtlı fiili işlemekle objektif ve sübjektif olarak göreve aykırı davrandığını, ağır netice bakımından taksirin varlığı için aranması gereken tek unsur olarak öngörülebilirliğin kaldığını vurgular. Mahkeme öngörülebilirliğin sübjektif bir öngörülebilirlik olduğunu belirtir ve söz konusu olayda failin hayat tecrübeleri ile somut olayda neticenin meydana gelebileceğini öngörebilecek durumda olduğunu, hareketlerini yaptığı sırada ne yaptığını algılayabilecek durumda bulunduğunu, ancak sarhoş olması nedeni ile davranışlarını kontrol etme yeteneğinin bulunmadığını ifade eder. Mahkeme ayrıca öngörülebilirliğin soyut olduğunu da belirtir, yani öngörülebilirliğin somut olayın meydana geliş şeklinden bağımsız olarak belirleneceğini vurgulamıştır⁹⁶⁸.

1996 yılında gerçekleşen bir olayda ise, bir diskotekte iki güvenlik görevlisi bir genci döverler. Aldığı yumruklar neticesi gencin ağzında ve boğazında kanama olur. Genç bayılıp yere düşer ve bu sırada kusar. Kusmuk ve kan akciğerlerine kaçarak gencin ölümüne neden olur. Yüksek Mahkeme, her iki güvenlik görevlisini de ölüm neticesi bakımından neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan sorumlu tutmuştur. Mahkeme temel suç ile meydana gelen ağır netice arasında doğrudanlık bağlantısının bulunduğunu ve ağırlaştırılmış netice bakımından taksirin söz konusu olduğunu, taksir için sadece öngörülebilirliğin bulunmasının yeterli olduğunu, meydana gelen neticenin normal yaşam deneyimlerinin dışına çıkmadığını kabul etmiştir⁹⁶⁹.

Yukarıdaki kararlar incelendiğinde şu sonuçlara ulaşılır:

1) Uygulama, öğretilen farklı olarak bu teoriyi sadece ölümle neticelenen yaralama suçları için kullanmaktadır.

⁹⁶⁸ BGH 28.3.2001, *NStZ* 2001, s. 478.

⁹⁶⁹ BGH 17.10.1996, *NStZ* 1997, s. 82.

2) Mahkemeler bu teoriyi kullanıp taksirin tek kriterinin öngörülebilirlik olduğunu kabul edince, fail daima eklenen neticeden sorumlu tutulmuştur.

3) Uygulama, taksir ile netice arasındaki bağı araştırma gereği duymamıştır.

4) Öngörülebilirlik kavramı da bazen soyut ve objektif, bazen soyut ve sübjektif, bazen de somut ve sübjektif bir öngörülebilirlik olarak ele alınmıştır.

Yüksek mahkeme genellikle öngörülebilirliği soyut öngörülebilirlik olarak kabul etmektedir. Yukarıda incelenen son kararda Yüksek Mahkeme öngörülebilirliğin somut öngörülebilirlik olduğunu kabul eder. Yüksek Mahkeme'nin 22.9.1971 tarihli kararında da öngörülebilirliği somut olarak algıladığı kabul edilebilir. Çünkü bu kararda da Yüksek Mahkeme dosyayı olay mahkemesine yollarken mahkemenin sanıklar tarafından da neticenin öngörülebilecek nitelikte olup olmadığını araştırmasını istemiştir.

2.3.5. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç (Al.CK. § 56/18) bakımından taksirin içeriği

Alman öğretisinde öngörülebilirliği taksirin tek kriteri olarak kabul eden yazarlara göre, normal bir taksirli suçta taksirin belirlenebilmesi için, tipik fiilin icra edilmesi ve failin fiilinin model ajan ölçütüyle karşılaştırılması gerekir⁹⁷⁰.

Buna göre, tipik fiil aşamasında (*Unrechtstatbestand*):

- 1) Davranış kuralının ihlali gereklidir. Davranış kuralının ihlalinde model ajan ölçütü kullanılır. Önce somut failin içinde bulunduğu durumda özenli ve dikkatli bir model ajanın neticenin meydana gelmesini engellemek için nasıl hareket edeceği araştırılır⁹⁷¹.
- 2) Davranış kuralının ihlali ile netice arasında çifte bir bağ bulunmalıdır. Somut olayda meydana gelen netice, davranış kuralı ile korunmak istenen tehlikelerden biri olmalı ve eğer davranış kuralına uygun davranılmış olsa idi bu netice hiçbir zaman meydana gelmeyecekti denilebilmelidir⁹⁷².

⁹⁷⁰ Jescheck ve Weigend (1996), s. 576, 592; Lackner ve Kühl (2001), § 15, kn. 36 vd., kn. 49 vd.

⁹⁷¹ Jescheck ve Weigend (1996), s. 577 vd.

⁹⁷² Jescheck ve Weigend (1996), s. 584 vd.; Lackner ve Kühl (2001), kn. 41 vd.

- 3) Gerçekleşmiş olan somut netice model ajan tarafından öngörülebilir olmalıdır (objektif öngörülebilirlik)⁹⁷³.

Sübjektif açıdan ise (*Schuld*):

- 4) Fail, kişisel nitelikleri gereği, davranış kuralını anlama ve davranış kuralına uygun davranma olanağına sahip olmalıdır⁹⁷⁴.
- 5) Fail kişisel kapasitesi ve bilgisi dâhilinde somut neticeyi öngörebilecek durumda olmalıdır (Sübjektif öngörülebilirlik).

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardaki taksirde 3 ve 5 numaralı bentlerdeki objektif ve sübjektif öngörülebilirliğin⁹⁷⁵ ve 1 ve 4 numaralı bentlerde yer alan bir davranış kuralının ihlali ve bu davranış kuralına uygun davranma kapasitesinin bulunması da gereklidir⁹⁷⁶. Ancak açık bir şekilde belirtilmese de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda davranış kuralının ihlali ile netice arasında çifte bağlantının bulunması gerekmez.

2.3.5.1. Temel kasıtlı suçun işlenmesi ile birlikte davranış kurallarının ihlalinin de gerçekleşeceği yönündeki görüşler

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaşmış neticeden sorumluluk açısından aranan taksirin, diğer taksirli suçlara oranla daha zayıf bir taksir olduğunu gördük. Özellikle bir davranış kuralının ihlalinin ispatı üzerinde pek durulmamaktadır. Çünkü davranış kurallarının ihlali temel suçun işlenmesi ile gerçekleşmiş kabul edilmektedir.

Gerek uygulamada gerek öğretide bu görüş tartışılmıştır. Gerçekten Yüksek Mahkeme'nin 22.9.1971 tarihli kararına göre, "Temel suçun kusurlu bir şekilde işlenmiş

⁹⁷³ Jescheck ve Weigend (1996), s. 586 vd.

Öngörülebilirlik ve davranış kuralının ihlali arasındaki bağlantı konusu genel taksir bakımından Alman öğretisinde en çok tartışılan konulardan olmuştur. Bu konuda başlıca üç görüş ortaya çıkmıştır:

1. Hakim öğretiye göre, bu iki kavramın bir arada bulunması genel taksirin varlığı için gereklidir.

2. İkinci bir görüşe göre öngörülebilirlik ve davranış kuralının ihlali, tamamlayıcı ve karşılıklı bir ilişki içindedir. Şöyle ki öngörülebilirlik hangi davranış kuralının ihlal edildiğinin belirlenmesi için gereklidir.

3. Bir diğer görüş ise, genel taksir kavramı içerisinde davranış kuralının ihlalinin çıkarmakta, sadece öngörülebilirlik kavramını dikkate almaktadır.

⁹⁷⁴ Jescheck ve Weigend (1996), s. 594 vd.; Lackner ve Kühl (2001), kn. 49

⁹⁷⁵ Lackner ve Kühl (2001), § 18, kn. 7; Jescheck ve Weigend (1996), Lehrbuch, s. 572.

⁹⁷⁶ Jescheck ve Weigend (1996), s. 572; Lackner ve Kühl (2001), § 18, kn. 7, s. 115.

olması durumunda davranış kuralı ihlalinin daima bulunduğu kabul edilir”. Aynı şekilde Yüksek Mahkeme’nin 22.9.1971 ve 28.3.2001 tarihli kararlarına göre, “Fail temel suç kusurlu bir biçimde işlemekle objektif ve sübjektif olarak göreve aykırı (*pflichtwidrig*) davranmaktadır”. Öğretide de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel kasıtlı suçun işlenmiş olmasının davranış kuralının ihlalinin de içerdiği ifade edilmiştir⁹⁷⁷.

Bu kapsamda olmak üzere, bazı yazarlar temel suça ilişkin hükmün, aynı zamanda ağırlaşmış neticeyi öngören neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç için davranış kuralı niteliğini taşıdığını kabul ederler.

Bir görüşe göre kanun koyucu temel suçta, ağır neticenin meydana gelmesi riskini öylesine yüksek görmüştür ki bu riskin gerçekleşmesi durumu için özel bir hüküm koyma gereği duymuştur. Temel suçu işleyen fail, aynı zamanda kanun koycunun eklenen, istenmeyen neticenin meydana gelmesini engellemek için koyduğu davranış kuralını da ihlal etmektedir⁹⁷⁸. Böylece taksirli suçların tipikliği içerisinde bulunması gereken göreve aykırı davranış başka bir hükümde düzenlenmiştir.

Örneğin, patlayıcı maddeler ile bir patlama yaratıp bir kişinin ölümüne neden olunması suretiyle işlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta (Al.CK § 308, fıkra 3), istenmeyen neticeyi önlemeye yönelik davranış kuralı, Al.CK § 308, fıkra 1’de “patlayıcı maddeler kullanarak bir kişinin hayatını tehlikeye sokma” şeklindeki temel suçta öngörülmüştür. Aynı şekilde sele neden olma şeklindeki temel suçun öngörüldüğü Al.CK § 313, fıkra 1 hükmü, “sele neden olarak bir başka kişinin hayatını tehlikeye sokma” şeklindeki davranış kuralını meydana getirir. Bu hükmün ihlali sonucunda ölüm neticesi meydana geldiğinde, bu ölüm neticesinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak cezalandırılmasına imkân tanımaktadır⁹⁷⁹.

Bu görüşü savunan yazarlar, temel suçun işlenmesi ile davranış kuralının ihlal edilmiş olacağını belirttikten sonra, davranış kuralının ihlali ile meydana gelen netice arasında da çifte bağlantının varlığının ispat edilmesi gerektiğini ifade ederler. Böylece

⁹⁷⁷ H. H. Jescheck (1972). *Lehrbuch des Strafrechts, AT*. (2. neubearbeitete und erweiterte Auf.). Berlin: Duncker & Humblot, s. 433.

⁹⁷⁸ Dolcini (1979b), s. 804; Prosdociami (1985), s. 288; Trapani (1992), s. 403, 409; Giunta (1993), s. 366, 374; Pagliaro (1991), s. 192.

⁹⁷⁹ B. Hardtung (2003). § 18 şerhi. *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1*. München: C. H. Beck, kn. 30, s. 711.

davranış kuralının ihlal edildiği her olayda taksirin de bulunduğu yönündeki bu görüşe yöneltile eleştirinin önüne geçilmiş olur⁹⁸⁰.

2.3.5.2. Teorinin eleştirisi

Temel suçun işlenmesi ile ağırlaşmış netice açısından davranış kuralının ihlal edildiğine dair yukarıda ifade edilen görüşler kabul edilemez. Çünkü bu görüşler İtalya’da yaklaşık altmış yıl önce ortaya çıkan “ceza kanununun ihlali dolayısıyla ortaya çıkan taksir karinesi” anlayışına benzetilmektedir. Hatırlanacağı gibi bu teoriye göre bir ceza normunun önleyici ve bastırıcı olmak üzere iki fonksiyonu bulunduğu kabul edilmektedir.

Gerçekten Leone’ye göre, “her bir ceza normunda yasaklanan neticenin meydana gelmesinin engellenmesi emredildiği gibi, belli bir şekilde davranmama yükümlülüğünü de yüklemektedir. Çünkü bu davranış istenen netice yanında taksirli bir suçla gerçekleşmesi engellenmeye çalışılan bir neticenin de meydana gelmesi tehlikesini doğurmaktadır⁹⁸¹. İtalyan öğretisinde “ceza kanunun ihlal edilmesi nedeniyle ağır netice açısından taksir karinesi”nin kabul edilmesi anlayışı yıllar önce terk edilmiştir⁹⁸². Bu durumun gerekçeleri ise şu şekilde özetlenebilir:

1) Bir ceza normu bastırıcı ve önleyici ikili bir karaktere sahip olmaz. Aksi durumda, bir norm bir taraftan bir suçu işlememeyi emrederken, diğer yandan da dikkatli bir şekilde işlemeyi emreder ki bu durum mantıksal olarak kabul edilemez⁹⁸³.

2) Önleyici davranış kuralında belli bir davranış ile belli bir netice arasında özel bir bağlantı bulunmalıdır. Ancak temel kasıtlı suça ilişkin norm incelendiğinde, belli bir davranış ile önlenmesi amaçlanan tehlike arasında bu şekilde özel bir bağlantı değil genel bir bağlantı bulunmaktadır.

Taksir, genel bir dikkat kuralına aykırılık değildir, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak içeriği belirlenmiş spesifik bir dikkat kuralına aykırılıktır. Taksir, sınırları belirlenmiş zararlı bir neticenin önlenmesi için öngörülmüş davranış

⁹⁸⁰ Hardtung (2003), kn. 27, s. 710.

⁹⁸¹ Rende (1940), s. 264.

⁹⁸² P. Veneziani (2003). *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*. Padova: Cedam, s. 3.

⁹⁸³ Antolisei (1955), s. 8; Fiandaca ve Musco (1989), s. 493; Marinucci (1996), s. 433.

kuralının ihlalidir⁹⁸⁴. Tipik kasıtlı davranışın belirlenmesi yolu tutulmaz, her bir somut neticenin meydana gelmesinin engellenmesi için nasıl davranılması gerektiği belirtilmezse⁹⁸⁵ tek bir genel suç hipotezi ile tüm neticelerin engellenmesine kadar uzanabilecek bir yolun önü açılacaktır⁹⁸⁶. Ancak bu şekilde genel bir suç yaratmak kabul edilemez. Aksi takdirde, taksirden ziyade objektif sorumluluğu ifade eden bir sorumluluk şekli ortaya çıkacaktır.

3) Yukarıda sözü edilen teoride, temel suçun işlenmesinin daima ağır netice bakımından taksirin varlığı için davranış kuralı ihlalini gösterdiği kabul edilir. Bu kabul yapılırken de bu suçtan meydana gelen ağır netice ve bu neticenin meydana geldiği şartlar dikkate alınmamaktadır. Bunun nedeni ise öğretilerde temel suçun, içerisinde ağırlaşmış netice bakımından doğal bir tehlike barındırması olarak ifade edilmiştir. Buna göre tehlike içeren bir davranış taksirli davranış ile eşdeğerdedir. Bu ise tehlike kavramı ile taksir kavramını eşdeğer saymak anlamına gelir ki bu görüş kabul edilemez. Taksir ile tehlike kavramlarının her ikisi de geleceğe ilişkin bir belirti içeren kavramlardır. Ancak bu kavramlar aynı şeyi ifade etmezler. Gerçekten Angioni'nin somut tehlike suçları ile ilgili olarak yaptığı çalışma⁹⁸⁷ da açıkça göstermektedir ki taksirli olmayan tehlikeli davranışlar bulunmaktadır. Temel suç bir tehlike içerse de ağırlaştırılmış netice bakımından bir davranış kuralının ihlal edildiği sonucu otomatik olarak kabul edilemez.

4) Temel kasıtlı suçla ağırlaştırıcı neticenin de önlenmesinin hedeflendiği kabul edilse dahi, temel suçun her ihlalinde otomatik olarak davranış kuralının da ihlal edildiği kabul edilemez. Somut olayda taksirin var olup olmadığının araştırılması gerekmektedir⁹⁸⁸.

⁹⁸⁴ K. Engisch (1930). *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Neudruck der Ausgabe Berlin: Liebmann, s. 327 vd.

⁹⁸⁵ H. Welzel (1961). *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*. Karlsruhe: Müller, s. 14 vd.

⁹⁸⁶ Engisch (1930), s. 327 vd., s. 331; Marinucci (1971), s. 87.

⁹⁸⁷ F. Angioni (1994a). *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*. Milano: Giuffrè, s. 178 vd.; aynı yönde bkz. M. Parodi Giusino (1990). *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*. Milano: Giuffrè, s. 362 vd.

⁹⁸⁸ Welzel (1961), s. 18 vd.; Forti (1990), s. 314.

2.3.5.3. Öngörülebilirlik ve davranış kuralı arasındaki ilişki

Yukarıda incelenen anlayış, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suçun işlenmesi ile davranış kuralı ihlalinin de gerçekleştiğini ve bu nedenle taksirin tek unsurunun öngörülebilirlik olduğunu kabul eder. Bu görüş, genel taksir kavramında yer alan iki unsurun yani davranış kuralının ihlalinin ve öngörülebilirliğin birbirinden bağımsız olarak varlıklarını sürdürmeleri düşüncesine dayanmaktadır.

Almanya'da azınlıkta kalan⁹⁸⁹ ancak İtalya'da hakim öğreti durumunda bulunan anlayışa göre⁹⁹⁰ ise, aslında öngörülebilirlik ve davranış kuralının ihlali birbirinden bağımsız unsurlar değildir. Öngörülebilirlik, uyulması gereken davranış kuralının ne olduğunun tespiti için gereklidir⁹⁹¹. Öngörülebilirliğin bulunup bulunmadığının araştırılması, davranış kuralı ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin de araştırılmasına engel değildir⁹⁹².

Taksir içerisinde yer alan öngörülebilirlik ve bir davranış kuralının ihlali arasındaki ilişki konusu oldukça karmaşık bir konudur. Öngörülebilirlik ve davranış kuralının ihlali arasında bir bağlantı bulunduğu yani bunların birbirlerinden bağımsız olmadıkları kabul edilirse, öngörülebilirlik ve davranış kuralı ihlalinin aynı şeyi ifade ettiğikabul edilir. Ancak bunun için öngörülebilirliğin soyut olarak değil, somut olarak tespit edilmesi ve taksir ile somut netice arasında çifte bağlantının bulunması gerekir⁹⁹³.

Öngörülebilirliğin taksirin tek unsuru olduğunu kabul eden öğreti ve uygulama bu görüşte değildir.

2.3.5.3.1. Öngörülebilirliğin somut olarak tespit edilmesi

Öngörülebilirlik ile davranış kuralının aynı şeyi ifade ettiğini ve taksirin tek ölçütünün öngörülebilirlik olduğunu kabul eden öğretiye göre, genel taksirli suçlar

⁹⁸⁹ J. Wessels ve W. Beulke (1998). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. (28. neubearb. Aufl.). Heidelberg: Müller, s.219.

⁹⁹⁰ M. Gallo (1960), s. 637 vd.; Marinucci (1965), s. 177

⁹⁹¹ Forti (1990), s. 436.

⁹⁹² Canestrari (1989b), s. 143; G. Stratenwerth (1982). *Schweizerisches Strafrecht, AT I, Die Straftat*. Bern: Stämpfli, § 16, kn. 25, s. 406.

⁹⁹³ Forti (1990), s. 440; Welzel (1961), s. 11 vd.

bakımından öngörülebilirliğin somut olarak tespit edilmesi gerekir⁹⁹⁴. Ancak aynı görüşü savunan yazarlar, Al.CK. § 56/18’de yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından ise taksirin tek ölçütü olarak öngörülebilirliği yeterli bulmakta ve öngörülebilirliğin somut olarak tespit edilmesini gerekli görmemektedir⁹⁹⁵. Sadece meydana gelen neticeyi dikkate almakta, bu neticenin meydana gelmesinde etkili olan nedensellik ilişkilerini göz önünde bulundurmakta ve meydana gelen neticenin hayat tecrübeleri gereği gerçekleşme olasılığı bulunmayan bir netice olup olmadığını değerlendirmektedir⁹⁹⁶. Bu durumda teori kendi içinde çelişkiye düşmektedir.

Soyut öngörülebilirlik anlayışı, Yüksek Mahkeme’nin doğrudanlık bağlantısı teorisini kullandığı kararlarında yer almış öngörülebilirlik anlayışıdır. Yüksek Mahkeme yukarıda ifade edilen taksir kavramını, doğrudanlık bağlantısı veya içeriği hafifletilmiş taksir anlayışını kabul ettiği kararlarında uygulamıştır.

Taksirin objektif veya sübjektif olarak tespit edilmesi anlayışı uygulamada herhangi bir farklılık arz etmemektedir. Gerçekten yargı kararlarına baktığımızda genel olarak öngörülebilecek bir neticenin, her somut olayda olayın faili tarafından da öngörülmesi gerektiği kabul edilmektedir⁹⁹⁷. Bu eğilim neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda daha açık bir şekilde kendini göstermektedir.

Kısacası, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda uygulama genellikle somut olayı dikkate alarak öngörülebilirliğin var olup olmadığı değerlendirmesini yapmamaktadır. Böylece soyut olarak yapılan değerlendirme ağırlaşmış netice bakımından yeterli bir filtre görevi görememekte ve hemen her olayda taksirin var olduğu kabul edilmektedir⁹⁹⁸.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından soyut öngörülebilirlik kavramının kullanılması, korunan hukuksal yarara tesadüfen verilen zararlardan da sorumlu olmaya yol açmaktadır. Böylece objektif sorumluluk sınırlarına yaklaşan bir şekilde ağırlaşmış neticeden sorumluluğun kabul edildiği görülmektedir⁹⁹⁹.

⁹⁹⁴ Jescheck ve Weigend (1996), s. 587.

⁹⁹⁵ M. Maiwald, BGH 30.6.1982 tarihli karar üzerine yazılmış not, *JuS* 1984, s. 442.

⁹⁹⁶ R. Maurach (1960). *Adäquanz der Verursachung oder der Fahrlässigkeit?* *GA*, s. 97.

⁹⁹⁷ Jescheck ve Weigend (1996), s. 592.

⁹⁹⁸ C. Ferschl (1999). *Das Problem des unmittelbaren Zusammenhangs beim erfolgsqualifizierten Delikt*. Frankfurt am Main [u.a.]: Lang, s. 119.

⁹⁹⁹ Marinucci (1991), s. 10; Maurach (1960), s. 101; M. Gallo (1976), s. 22; Pulitanò (1974), s. 515 vd.

2.3.5.3.2. Taksir ile netice arasındaki bağıın ispatı

Taksir ile netice arasında çifte bağlantının bulunduğu durumlarda, davranış kuralının ihlali ve öngörülebilirlik birbirine eşit sayılır. Bunun için ihlal edilen davranış kuralının ne olduğunun bilinmesi gerekir. Ancak davranış kuralının tespitinden sonra, bu davranış kuralına uyulsa idi, bu neticenin önlenip önlenemeyeceği tespit edilir¹⁰⁰⁰.

Genellikle uygulama, taksiri sadece öngörülebilirlikten ibaret saymakta olduğundan¹⁰⁰¹ neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından taksir ile netice arasındaki bu bağlantıyı araştırmamaktadır.

Öğreti ise bu konu üzerinde durmamıştır. Bu nedenle öğretinin taksir ile netice arasındaki çifte bağlantının aranıp aranmayacağı konusunda ne düşündüğü ile ilgili herhangi bir bilgi bulunmamaktadır¹⁰⁰². Öğreti davranış kuralının ihlal edilip edilmediğinin araştırılmasına gerek görmediğinden, böyle bir bağlantıyı araştırması da mantıksal birtakım sorunlar yaratacaktır.

Sonuç olarak belirtilmelidir ki, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından davranış kuralının ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmaması, taksirin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından bir filtre görevi görmesini engellemektedir. Öğreti ve uygulamada son yıllarda genel taksirli suçlar bakımından taksir ile netice arasındaki çifte bağlantının araştırılması konusunda birtakım gelişmeler yaşanmıştır¹⁰⁰³. Ancak neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından bu gelişme gerçekleşmemiştir.

2.3.6. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından da genel taksirli suçlardaki kuralların uygulanması

Yukarıda da belirttiğimiz üzere neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından sadece öngörülebilirliğin bulunmasını taksirin varlığı için yeterli saymak, bu suçlarda

¹⁰⁰⁰ C. Roxin (1962). Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten. ZStW, 74, s. 411; M. Burgstaller (1974). *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht – Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*. Wien: Manz, s. 129 vd; Marinucci (1991), s. 20 vd.; Forti (1990), s. 659 vd.; Veneziani (2003), s. 20 vd.

¹⁰⁰¹ Rengier (1986), s. 152.

¹⁰⁰² Bkz. Hardtung (2003), kn. 19, dn. 34.

¹⁰⁰³ Jescheck ve Weigend (1996), s. 583 vd.; Lackner ve Kühl (2001), kn. 41 vd.; Marinucci (1991), s. 13.

sorumluluğu sınırlamak bakımından taksirin fonksiyonunu zayıflatmaktadır. Çünkü bu teoriye göre öngörülebilirlik soyut bir şekilde tespit edilmekte ve netice ile taksir arasındaki bağlantı araştırılmamaktadır.

Bu durumun *versari in re illicita* sorumluluğuna yaklaştığını fark eden Alman öğretisi, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından da genel taksirli suçlar bakımından meydana gelen gelişmelerin yaşanması¹⁰⁰⁴ ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda ağır neticeye neden olan davranış kuralı ihlalinin ne olduğunun temel suçtan bağımsız olarak tespit edilmesi gerekliliğini vurgulamıştır¹⁰⁰⁵.

Bazı yazarlar ise neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar ile genel taksirli suçlardaki taksirin aynı nitelikte olduğunu¹⁰⁰⁶, ancak neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından ihlal edilip edilmediğinin araştırılması gereken davranış kuralının temel kasıtlı suçta yer aldığını ifade ederler.

Öğretideki başka bir görüşe göre ise, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardaki taksir ile genel taksirli suçlardaki taksir aynı özelliklere sahiptir. Temel suçun işlenmesi ağırlaştırılmış netice bakımından her zaman davranış kuralının ihlali anlamını taşımaz. Gerçekten temel suçu işleyen fail ağırlaştırılmış neticenin meydana gelmemesi için model ajanın gösterebileceği davranışların aynısını göstermiş ise ağır netice bakımından taksirli şekilde davranmamıştır¹⁰⁰⁷.

Davranış kuralı ihlalinin somut olayda ispatlanması gerektiği konusu üzerinde durulduktan sonra taksir ile netice arasındaki bağlantı üzerinde de durulması gerekmektedir¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁴ E. Kohlrausch ve R. Lange (1961). *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. (43. Aufl.). Berlin: de Gruyter, s. 214.

¹⁰⁰⁵ G. Stratenwerth (2000). *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*. (4. völlig neu bearb. Aufl.). Köln: Heymanns, § 15, kn. 28, s. 416; A. Bacher (1999). *Versuch und Rücktritt vom Versuch beim erfolgsqualifizierten Delikt - zugleich ein Beitrag zum Begriff der Tat*. München: Utz, s. 41, 48; G. Küpper (1982). *Der "unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*. Berlin: Duncker & Humblot, s. 73, dn. 50.

¹⁰⁰⁶ Rengier (1986), s. 149, 319; Hardtung (2003), kn. 17, 20.

¹⁰⁰⁷ E. Horn (1998). § 226 ve 227şerhi. *Systematischer Kommentar StGB, Band II*. (44. Lieferung, 7. Auflage). Frankfurt/M.: Metzner, kn. 4, s. 56 vd.

¹⁰⁰⁸ H. J. Hirsch (1972). Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts. GA, s. 75, dn. 48; Horn (1998), kn. 18, s. 51.

2.3.7. Alman hukuk sisteminde taksirin sınırlarına ilişkin değerlendirme

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, ağırlaşmış neticeden kusurlu sorumluluğun varlığı için sadece yasada taksirin aranması yeterli değildir, aynı zamanda uygulamada da gerçek ve somut bir taksirin varlığın araştırılması zorunlu olmalıdır. Failin hukuka aykırı bir durumda bulunması daha zayıf veya eksik bir taksirin yeterli sayılmasına neden olmamalıdır.

Bu sonuçlara, Alman öğretisi bir önceki yüzyılda 1909 Ceza Kanunu Tasarısı § 62'ye dair tartışmalar yapılırken ulaşılmış bulunmaktaydı. Gerçekten bu tartışmalar sırasında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından taksirin tek unsuru olarak öngörülebilirliğin ele alınamayacağı, bu şekilde bir kabulün taksirin içeriği konusunda yanlış yorumlara neden olabileceği ifade edilmiştir. Tasarı üzerinde tartışmalar yapılırken, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından gerçek bir taksirin aranması hedeflenmiştir. 1970'li yıllara kadar Alman uygulamasında da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından gerçek bir taksir aranmıştır.

İtalyan öğretisinde de özellikle Carrara ile başlayarak temel kasıtlı bir suçtan meydana gelen netice bakımından da normal taksir kuralları uygulanarak neticeden sorumlu olup olunmayacağının belirlenebileceği kabul edilmiştir. Carrara taksirin gerek yasaya uygun, gerekse aykırı durumda bulunulsun her zaman normal taksir kuralları uygulanarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁰⁹.

2.4. Ağır Taksir (Leichtfertigkeit) Kavramının Ağırlaşmış Neticeden Sorumluluk Kriteri Olarak Kullanılması

5.4.1. Yasama ve reform çalışmaları

5.4.1.1. Genel olarak

Son yıllarda Alman yasama organı, § 18'in uygulaması ile ilgili olarak hâlâ birtakım sorunların yaşanıyor olması dolayısıyla, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan

¹⁰⁰⁹ Carrara (1898), s. 20.

sorumluluğu sınırlayıcı ölçüt olarak taksir (*Fahrlässigkeit*) yerine ağır taksir (*Leichtfertigkeit*) kavramının kullanılması yönünde çeşitli teşebbüslerde bulunmuştur.

Aslında ağır taksir kavramı Alman hukuk sisteminde yüz yılı aşkın bir süredir varlık göstermiş, ancak bu kavram neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar açısından kullanılmamıştır.

Alman hukuk sisteminde ağır taksir kavramı ilk defa 20 Haziran 1872 tarihli Askeri Ceza Kanunu § 152, f. 2 ve 27 Aralık 1872 tarihli gemi adamlarına ilişkin düzenleme § 94, f. 2’de yer alan ve askerlerin ve gemi adamlarının emre itaatsizliklerini cezalandıran hükümlerde yer almıştır. Ağır taksir kavramı iftira suçu ile ilgili 1933 tarihli değişiklik ile Alman Ceza Kanunu’na girmiştir (suçun ağır taksir ile işlenmiş olmasını cezalandıran § 164, f. 5 daha sonra yürürlükten kaldırılmıştır)¹⁰¹⁰.

1950’li yıllardan itibaren pek çok suç için ağır taksirin öngörüldüğü ve bu kavramın kullanımının gittikçe yaygınlaştığı görülmektedir. Ağır taksir kavramına daha çok özel yasalarda yer verilmiştir: İmparatorluk Vergi Kanunu § 402, f. 1’de yer alan vergi kaçakçılığı suçu ağır taksir ile cezalandırılmaktadır (Bu hüküm 1956 yılında değiştirilmiştir). Aynı şekilde 30 Mart 1957 tarihli Askeri Suçlar Kanunu § 21’de ağır taksir ile bir emre itaatsizlik ve § 41, f. 3’de ağır taksir ile astları denetimde ihmal gösterme suçları öngörülmektedir. Ceza Kanunu’nda ise 1953 tarihli Ceza Kanunu’nda değişiklik yapan Üçüncü Kanun ile ağır taksir ile suçu bildirmeme suçu (Al.CK § 138, f. 3); 1957 tarihli Ceza Kanunu’nda değişiklik yapan Dördüncü Kanun ile ulusal güvenliği tehlikeye düşürebilecek belgeleri hazırlama veya yayma suçu da ağır taksirin arandığı suçlar olmuştur (Al.CK § 109g, f. 4). Yine 1968 tarihli Ceza Kanunu’nda değişiklik öngören Sekizinci Kanun ile devlet sırrının ifşası ile devletin dış güvenliği bakımından tehlike yaratan bir durumun meydana gelmesine ağır taksir ile neden olma (Al.CK § 97, f. 2); 1974 tarihli Kanun ile masum birinin cezalandırılmasına ağır taksir ile neden olma (Al.CK § 345, f. 2); 1976 tarihli Ekonomik Suçlarla Mücadele Kanunu ile ekonomik destek sağlayan bir fonu alabilmek için ağır taksir ile sahtecilik yapma (Al.CK § 264, f. 3, daha sonra gerçekleştirilen değişiklikle f. 4) ve ağır taksir ile gerçekleşen iflas (Al.CK § 283, f. 4, b. 2 ve f. 5, b. 2); 1992 tarihli Organize Suçlarla

¹⁰¹⁰ C. Birnbaum (2000). *Die Leichtfertigkeit - Zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz*. Berlin: Weißensee, s. 32 vd.

Mücadele Kanunu ile ağır taksir ile kara paranın aklanması suçu (Al.CK § 261, f. 5) ağır taksir ile işlenebilen suçlar arasında yer almıştır¹⁰¹¹.

2.4.1.2. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları ağır taksir ile cezalandırma yönündeki tasarılar

2.4.1.2.1. Große Strafrechtskommission'da yaşanan tartışmalar

Große Strafrechtskommission çalışmaları sırasında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır taksir kavramının kullanılmasının bazı avantajlar sağlayacağı ileri sürülmüştür.

Bu komisyonda, kanunun genel kısmına ilişkin tartışmalar sırasında, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların kanunda yer almaya devam etmesi ve ağır neticeden taksirli olarak sorumlu olunması yönündeki görüş kabul görmüştür. Ancak Gallas, ortada çözülmesi gereken bir sorunun daha bulunduğunu ifade etmiştir. Yazara göre, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda verilen ceza çok ağırdır ve kanun metninde ağır neticeden sorumluluk için kusurun arandığını belirtmek yeterli değildir. Çünkü cezalandırmada temel alınan unsur halen neticedir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, temel suç ile ağır suçun maksimum cezalarının toplanması halinde verilebilecek kadar ağır bir cezanın belirlenmesi ve temel suçu icra eden failin ağır neticenin meydana gelmesi tehlikesini öngörmesinin beklenmesi, buradaki taksirin ağır bir taksir olduğunu göstermektedir. Bilindiği üzere kusur ile verilen ceza arasında orantı bulunmalıdır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda cezanın çok ağır olmasının nedeni de buradaki taksirin özel bir ağırlığa sahip olmasıdır¹⁰¹².

Große Strafrechtskommission'da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar için cezanın belirlenmesi konusu ile ilgili tartışmalar sırasında hafif cezadan (*Gefängnis*) daha ağır cezaya hükmedebilmek için daha ağır neticenin meydana gelmesi gerektiği, ağır cezanın

¹⁰¹¹ Söz konusu hükümler için bkz. Basile (2005), s. 558-559.

¹⁰¹² W. Gallas (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr., s. 257.

uygulanması için ayrıca daha ağır bir taksirin (*gesteigerte Fahrlässigkeit*) de varlığının gerekli olduğu ifade edilmiştir¹⁰¹³.

Komisyon'da ağır taksir, içerisinde ölüm tehlikesi barındıran suçlardan olan kişi özgürlüğünden mahrum etme (*Freiheitsberaubung*) ve küçükleri ve kendini idare edemeyenleri terk (*Aussetzung*) suçları örnek olarak incelenmiştir. Komisyon üyelerine göre bu suçlarda, temel suçun, hayata yönelik tehlikeyi içeren kasıtlı bir suç olması dolayısıyla temel suçu takiben ölümün meydana gelmesi hallerinde, bu netice bakımından zaten fail taksirle hareket ettiğinden, eğer taksirin derecesi artmamış ise, ölüm meydana geldiği için faile verilecek cezayı artırmak mümkün olmamalıdır. Eğer ağır taksir bulunmadığı halde failin cezası artırılırsa, verilen bu ağır ceza bakımından objektif sorumluluk kabul edilmiş demektir¹⁰¹⁴.

Objektif sorumluluk anlayışına geri dönmek için ileri sürülen çözüm yolları konusunda ise komisyon üyeleri hemfikir olamamışlardır:

1) Bir grup komisyon üyesine göre failin ağır neticeden sorumlu olduğunu söyleyebilmek için kusurluluğun derecesi artırılmalıdır ve ağır taksir kavramı kanun metni içerisine alınmalıdır¹⁰¹⁵. Söz konusu yazarlara göre objektif sorumluluğa tekrar yer verilmemesi için ağır taksir kavramından yararlanılmalıdır. Örneğin bir hapishanede bir odada zaman zaman zehirleyici gaz birikmektedir. İnfaz memuru başka oda bulunmaması nedeni ile bir mahkûmu bu odaya koyar. Mahkûm gaz kaçağından zehirlenerek ölür. Burada infaz memurunun ölüm neticesi bakımından ağır taksirinin bulunduğu kabul edilir¹⁰¹⁶.

¹⁰¹³ Fritz (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr., (5. Band), s. 47.

Komisyonun üyelerinden Lackner'a göre ağır taksir kavramı sadece dogmatik bir anlam taşımaz, aynı zamanda ceza politikası açısından da önem taşır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır netice basit taksirle meydana geldiğinde, bu neticenin ağır taksir ile meydana gelmesi halinde verilmesi gereken cezanın uygulanması adil değildir. Lackner (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, 5. Band, s. 51.

¹⁰¹⁴ E. Dreher (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. (7. Band, Besonderer Teil, 69), s. 100.

¹⁰¹⁵ Lackner, (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, 6. Band, Besonderer Teil, 66, s. 265; Schwalm, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, 6. Band, Besonderer Teil 66, s. 265.

¹⁰¹⁶ Schwalm (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr., 6. Band, Besonderer Teil 66, s. 265.

Bu görüşe göre, ağır taksirin bulunması cezanın ağırlaştırılmasını haklı gösterebilir¹⁰¹⁷. Küçükleri ve kendisini idare edemeyenleri terk suçu da başkasının hayatı için tehlike oluşturan somut bir tehlike suçudur. Dolayısıyla sadece terkin gerçekleşmesi ile ölüm neticesi açısından basit taksir gerçekleşmiş olur. Ölüm neticesi meydana geldiğinde failde bulunan taksir ile ölüm neticesi meydana gelmediğinde failde bulunan taksir arasında herhangi bir fark yoktur. Faile daha ağır ceza verebilmek için failin ölüm neticesi bakımından taksirinin derecesinin artmış olması gerekir. Aksi takdirde sadece neticeye bakılarak cezanın artırılması söz konusu olacaktır ki bu durum kusur ilkesi ile bağdaşmamaktadır¹⁰¹⁸.

2) Komisyon üyelerinin büyük bir kısmına göre temel kasıtlı suçun ölüm tehlikesi içermesi nedeniyle, somut olayda meydana gelen ölüm neticesi bakımından taksir bulunmaktadır. Ancak eğer temel kasıtlı suç ölüm neticesi bakımından çok ağır bir tehlike meydana getiriyor ise ağır taksirin varlığından bahsedilebilir. Bu durumda tasarı metnine, ölüm neticesini, kişiyi hürriyetinden mahrum etme ve kendisini idare edemeyecek kişiyi terk suçları için ağırlaştırıcı netice olarak almamanın daha doğru olacağı kanaatine ulaşılmıştır¹⁰¹⁹.

Große Strafrechtskommission'un ağır taksir hakkında vardığı sonuçlar ise şu şekilde özetlenebilir:

1) Ağır taksir kavramı neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardan sorumluluk bakımından faydalı bir kavramdır.

2) Temel kasıtlı suç için öngörülen ceza daha hafiftir, ağırlaştırılmış netice bakımından öngörülen ceza daha ağırdır. Dolayısıyla temel suç için öngörülen hafif cezadan, ağırlaştırılmış netice için öngörülen ağır cezaya geçiş için basit bir taksir yeterli değildir, daha ağır bir taksirin bulunması gerekir.

3) Temel suçun başkasının hayatını tehlikeye sokan bir fiil olması halinde, ağır taksirin kullanılması dahi objektif sorumluluğu ortadan kaldırmak için yeterli değildir.

¹⁰¹⁷ Burada ceza, “cezanın artmasına neden olan örnek durum” bulunması nedeniyle artar. Alman ceza hukukunda örnek durum, cezanın ağırlaştırılmasına neden olan halleri ifade eden bir kavramdır.

¹⁰¹⁸ Schwalm (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr., (7. Band, Besonderer Teil, 67. bis 75. Sitzung), s. 97.

¹⁰¹⁹ Gallas (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr., (6. Band), s. 264.

Objektif sorumluluğu engellemek için ölüm neticesinin bazı suçlar bakımından ağırlaştırıcı netice olmasından vazgeçilmesi gerekir.

2.4.1.2.2. 1962 tarihli hükümet tasarısı

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda ağır taksir kavramının kullanılmasının çeşitli yararları olması dolayısıyla hükümet tasarısında pek çok suçta ağır netice olan ölüm neticesinden sorumluluk için ağır taksir aranmıştır¹⁰²⁰.

1962 tasarısında ağır taksir kavramının gerek cezanın miktarının, gerekse niteliğinin artırılması için kullanılması kabul edilmiştir¹⁰²¹.

¹⁰²⁰ § 139, kendini idare edemeyenleri terk; § 141, f. 1, b. 3, ağırlaştırılmış çocuk düşürme; § 165, f. 2, b. 2, küçükleri kaçırma şeklinde işlenen yağma; § 205, f. 2, ağırlaştırılmış ırza geçme; § 206a, f. 4, cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden mahrum bırakma (burada cinsel özgürlüğe yönelik olan diğer suçlara da atıf yapılmaktadır (örneğin § 207, 208, 210, 211); § 246, f. 2, menkul mal yağması (burada aynı zamanda ilk önce malı alıp sonra tehdit veya şiddetin uygulandığı yağma türüne de atıf yapılmıştır § 247); § 260, f. 1, b. 5, ilk önce tehdidin gerçekleştirilip mağdurunun kendisinin parayı verdiği yağma (burada failin zorla parayı aldığı ve mağdurun hareketsiz kalması için tehdit ettiği yağma § 261); § 338, f. 1, b. 1, genel tehlike yaratan suçlar; § 413, f. 4, b. 2, savunma araçlarına sabotaj suçu gibi.

¹⁰²¹ a) *Özel bir cezanın belirlenmesi için ağır taksirin kullanılması*

Temel suç için öngörülmüş olan hafif cezadan ağır cezaya geçişi sağlayabilmek için iki durumda ağır taksir kavramının kullanılması öngörülmüştür.

Bu hallerden birincisi 1962 tasarısında § 141, f. 1, b. 3’de yer alan çocuk düşürme neticesi ölüm veya ağır yaralanmanın meydana gelmesi ile oluşan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış çocuk düşürme suçudur.

Bu tasarıda çocuk düşürme suçunda, ağır netice nedeniyle cezanın artırılması için ağır taksirin bulunması aranmaktadır. Bundestag-Drucksachen, IV/650, s. 280.

1962 tasarısı § 260, f. 1, b. 5’de öngörülen yağma neticesi ölüm meydana gelmesi halinde de hafif suçtan ağır suça geçiş için failin sadece basit taksir ile hareket etmesi yeterli sayılmamış, ağır taksir ile hareket etmiş olması aranmıştır. Bundestag-Drucksachen, IV/650, s. 432.

b) *Cezanın miktar olarak artması için ağır taksirin kullanılması*

Başka bazı durumlarda nitelik olarak aynı olan cezaların miktarının artması için ağır taksir aranmıştır.

1962 tasarısı § 165, f. 2, b. 2’de öngörülen çocukların fidye istemek amacıyla kaçırılması neticesi ölüm meydana gelmesi halinde bu ağır neticeden sorumluluk için ağır taksirin bulunması aranmıştır. Bu suçta da basit taksir cezanın bu denli artması için sağlam bir gerekçe kabul edilmemiş, ağır taksirin varlığı aranmıştır. Basit taksir zaten birinci fıkrada öngörülen cezanın verilmesi için gerekli ve yeterli görülmüştür. Bundestag-Drucksachen, IV/650, s. 304.

Aynı nitelikte olan cezanın artırılması için ağır taksirin arandığı bir diğer durum ise, 1962 tarihli tasarı § 205, f. 2’de öngörülen ırza geçme neticesi ölüm meydana gelmesi ve § 206a, f. 4’de öngörülen cinsel saikle gerçekleştirilen kişi hürriyetinden yoksun kılma suçu neticesi ölüm meydana gelmesi halidir:

Asgari cezanın 10 yıla çıktığı bu ağır neticeden sorumluluk halinde sadece basit taksir cezanın bu denli artmasını açıklamakta yetersiz kalır. Sadece basit taksir ile cezanın bu denli artması kusur ilkesiyle bağdaşmaz. Bundestag-Drucksachen, IV/650, s. 362.

Große Strafrechtskommission'un görüşünden farklı olarak 1962 tasarısı, ağır taksirin objektif sorumluluğu ortadan kaldırılabileceğini kabul etmektedir. Çünkü tasarının anlayışına göre temel kasıtlı suç sonucu ağır neticenin meydana geldiği hallerde, temel suçun işlenmesi ile ağır netice bakımından da basit taksirin oluştuğu kabul edilmektedir. Oysa temel suç ölüm neticesi bakımından ne kadar ağır bir tehlike meydana getirirse de, temel suçun işlenmesi ile birlikte ağır netice bakımından ağır taksirin de meydana geldiği kabul edilemez¹⁰²².

Bu görüş tasarı metninde genel tehlike yaratan suçlar sonucu ağır taksirle ölüme neden olunması durumunda cezanın ağırlaşacağına ilişkin hükümde (§ 338, f.1, b.1) formüle edilmiştir. § 338'e atıf yapan genel tehlike suçlarında, failin başkasının hayatı için bir tehlike yaratması öngörülmektedir. Fail kasıtlı olarak başkasının hayatı veya vücut bütünlüğü için tehlikeli bir hareket gerçekleştirip de bunun sonucu ölüm meydana geldiğinde, temel kasıtlı suçta yer alan tehlike kastının, meydana gelen netice açısından taksiri de içerisinde barındırdığı kabul edilir. Temel kasıtlı suçun işlenmesi ile basit taksir de meydana geldiği için § 338, f. 1, b. 1'de öngörülen ağırlaştırıcı neden dolayısıyla cezanın artırılabilmesi için basit taksir yeterli olmayacak, daha ağır bir taksirin bulunması gerekecektir¹⁰²³.

Temel suçun başkasının hayatı için tehlike içermesi ve ağır netice olan ölüm neticesi bakımından ağır taksirin arandığı bir diğer hal de 1962 tasarısı § 246, f. 2'de düzenlenmiş olan ölümlle neticelenen menkul mal yağmasıdır. Bu suç bakımından da temel kasıtlı suçun işlenmesi ile birlikte ağır netice bakımından basit taksirin meydana geldiği, bu nedenle ölüm neticesi meydana geldiğinde cezanın artırılabilmesi için daha ağır bir taksirin bulunması gerektiği ifade edilmiştir¹⁰²⁴.

¹⁰²² Schroeder, § 18 şerhi, StGB Leipziger Kommentar, (11. Aufl. Berlin, New York: De Gruyter, 1993-2001), kn. 17.

¹⁰²³ Bundestag-Drucksachen, IV/650, s. 516.

¹⁰²⁴ Bundestag-Drucksachen, IV/650, s. 417.

2.4.1.3. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır taksir kavramının kullanılması

2.4.1.3.1. 1964 ve 1994 yılları arasındaki dönem

Große Strafrechtskommission'un çalışmaları ve 1962 tasarısı kanunlaşmamıştır. Ancak bu çalışmaların da etkisiyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından ağır taksirin aranmaya başlandığı çeşitli hükümler kanun metinlerine girmiştir¹⁰²⁵.

Ağır neticeden sorumluluk konusunda ağır taksirin aranmasına dair aşamalar ise şu şekilde gerçekleşmiştir:

1) Alman Ceza Hukukunda ağır neticeyi cezalandırmak için ağır taksirin kullanıldığı ilk kanun Ceza Hukukunda Değişiklik Yapan Yedinci Kanun (1 Haziran 1964) olmuştur. Bu kanun ile Alman Ceza Kanunu'na § 311, f. 3 eklenmiştir. Bu hüküm uyarınca kasıtlı olarak patlayıcı maddeler ile meydana getirilen patlama¹⁰²⁶ (asgari cezası 1 yıl hapis cezasıdır) sonucu ağır taksir ile ölüme neden olma¹⁰²⁷ (asgari cezası 5 yıl hapis cezasıdır) cezalandırılmıştır. Bu kanunun hazırlık çalışmaları incelendiğinde kanunun hazırlanmasında görev alan komisyonun, 1962 tasarısı § 338, f. 1, b. 1'i örnek alarak, burada da ölüm neticesi dolayısıyla cezanın artırılabilmesi için ağır taksirin aranmasını önerdiği görülmektedir. Komisyona göre ağır taksir kavramı kabul edilmeksizin 5 yıllık hapis cezasını haklı bulmak mümkün değildir. Kanun koyucu 1962 tasarısı § 338, f. 1, b. 1'e atıf yaparak ağır taksir kavramını kusur ilkesine uygun davranmak için kullanmaktadır¹⁰²⁸. Ağır taksir kavramı kusur ilkesi bakımından temel suçta zaten bulunduğu kabul edilen basit taksire göre ek bir kavramdır.

Sözü edilen Ceza Kanunu'nu Değiştiren Yedinci Kanun 1959 tarihli Nükleer Enerji Kanunu'nda (*AtomGesetz* (AtG)) yer alan iki maddeyi yeniden düzenlemiştir. Bu değişiklik uyarınca, failin ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için ağır taksirli olması aranacaktır ve bu hal ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle, failin, başkalarının hayatı, sağlığı ve malvarlığı bakımından tehlike yaratacak nitelikte

¹⁰²⁵ M. Maiwald (1974). Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte. GA, s. 257.

¹⁰²⁶ Birnbaum (2000), s. 41; Rengier (1986), s. 81.

¹⁰²⁷ Bu hüküm aslında gerçek bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan ziyade ağırlaştırıcı nedendir.

¹⁰²⁸ Bundestag-Drucksachen, IV/2186, s. 2.

gerçekleştirdiği nükleer patlama sonucu ağır taksir ile ölüme neden olması (§ 40, f. 3, AtG) ve sağlık için tehlikeli nükleer radyasyonun kullanımı sonucu ağır taksir ile ölüme neden olması (§ 41, f. 3, AtG) halleri cezanın ağırlaştırılmasına neden olmaktadır. Bu hükümler 2 Mart 1974 tarihli Ceza Kanunu'nun Yürürlüğüne İlişkin Kanun ile Ceza Kanunu metni içerisine alınmış ve 1974 itibariyle Ceza Kanunu'nun § 310b, f. 3 ve § 311a, f. 3 hükümlerinde düzenlenmişlerdir. Daha sonra 1998 tarihinde Ceza Kanunu'nu değiştiren Altıncı Reform Kanunu ile ağırlaştırıcı neden olmaktan çıkıp neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar grubuna dahil olmuşlardır (§ 307, f. 3 ve § 309, f. 4)¹⁰²⁹.

2) Ceza Kanunu'nu Değiştiren Onbirinci Kanun (16 Aralık 1971) ile sert tartışmalardan sonra ağır taksir kavramı neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hava korsanlığı suçunda ağır neticeden sorumluluk için gerekli şartlardan sayılmıştır (Al.CK §316c)¹⁰³⁰. Söz konusu hükmün 2. fıkrasında öngörülen ağır netice, ölüm neticesidir ve on yıldan az olmayan hapis veya ömür boyu hapis cezasını öngörmektedir. Söz konusu hükmün hazırlık çalışmaları sırasında örneğin kalp hastası bir yolcunun uçağın kaçırıldığıının anons edilmesi üzerine kalp krizi geçirip ölmesi durumunda ölüm neticesi bakımından ağır taksirin değil basit taksirin bulunduğu kabulü gerektiği ve bu durumda cezanın artırılması için gerekli olan şartların gerçekleşmediği ifade edilmiştir¹⁰³¹. Oysa uçak kaçırma eylemi sırasında bir kimsenin başına silah dayanması ve bu sırada bu kişinin kalp krizi geçirip ölmesi durumunda ölüm neticesi bakımından ağır taksirin bulunduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde uçak kaçırma sırasında eğer fail uçakta güvenlik görevlilerinin bulunduğu biliyor ve uçak kaçırmaya engel olmak için silah kullanabileceklerini biliyor ise bu durumda silahla uçağı kaçırmaya devam etmesi ve bu sırada güvenlik görevlileri ile fail arasında çıkan çatışmada bir kişinin ölmesi halinde ölüm neticesi bakımından ağır taksirin bulunduğu kabul edileceği vurgulanmıştır¹⁰³².

Bu şekilde kanun koyucu ağır neticeyi cezalandırmak için ağır taksiri arayarak kusur ilkesine uygun bir şekilde cezalandırmayı amaçlamıştır. Ancak belirtmek gerekir

¹⁰²⁹ Birnbaum (2000), s. 45; Rengier (1986), s. 81.

¹⁰³⁰ König (1993-2001). § 316c şerhi, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Berlin, New York, s. 469.

¹⁰³¹ Bundestag-Drucksachen, VI/2721, s. 4.

¹⁰³² König (1993-2001). § 316c şerhi, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Berlin, New York, s. 469.

ki yukarıda belirtilen kalp krizi örneğinde komisyon üyelerinin ağırlaşmış neticeden sorumluluk konusunda gerçek bir taksiri aramakta oldukları konusu şüphelidir.

3) Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından ölüm neticesinden sorumluluk konusunda ağır taksirin arandığı bir başka kanun da Ceza Hukukunu Değiştiren Onikinci Kanun'dur (16 Aralık 1971). Bu kanun adam kaçırma suretiyle gerçekleştirilen yağma (Al.CK § 239a) ve rehin alma (Al.CK § 239b) suçları neticesinde ağır taksir ile ölüme neden olunması halini on yıldan az olmayacak şekilde hapis veya müebbet hapis cezası ile cezalandırmıştır¹⁰³³. Bu hükümler 1962 tasarısı § 165, f. 2, b. 2'de düzenlenen fidye için çocuk kaçırma sonucu ölüme neden olma suçu örnek alınarak düzenlenmiştir. Tasarıda, böylesine ağırlaşmış cezanın haklı olabilmesi için ağır taksirin varlığı aranmıştır.

Komisyonla göre cezanın bu kadar ağır olduğu bir durumda taksirin de ağır olması gerekir. Basit taksir hallerinde ağır bir ceza verilmemelidir. Örneğin kaçırılan kişi kalp hastalığı bulunması nedeniyle kaçırılırken içinde bulunduğu stres nedeniyle kalp krizi geçirip ölse, ancak mağdurun kalp hastalığı fail tarafından bilinmese failin ölüm neticesi bakımından ağır taksiri değil basit taksiri bulunduğu kabul edilir¹⁰³⁴.

Görüldüğü üzere, komisyonun ağır neticeden sorumluluk konusunda gerçek bir taksirden bahsettiği konusunda şüphe bulunmaktadır ve söz konusu taksir ağır neticeden sorumluluk konusunda bir filtre görevi göremeyecek niteliktedir.

4) Ceza Kanunu'nu Değiştiren Dördüncü Kanun ile cinsel özgürlüğe karşı suçlardan bazılarında ağır taksir aranmıştır. 1973 tarihi itibarıyla Ceza Kanunu'nun § 176, f. 4 (çocukların cinsel istismarı), § 177, f. 3 (ırza geçme) ve § 178, f. 3 (ölümle neticelenen cinsel saldırı) hükümlerinde ağır taksir öngörülmüştür¹⁰³⁵.

Ancak belirtmek gerekir ki, 1973 tarihli kanun koyucunun kabul ettiği taksir, içeriği zayıflatılmış bir taksirdir ve basit taksir ifadesi sadece soyut öngörülebilirliği ifade etmektedir¹⁰³⁶.

¹⁰³³ Bkz. Träger-Schluckebier (1993-2001). § 239a şerhi, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Berlin, New York, s. 25 vd.

¹⁰³⁴ Bundestag-Drucksachen, VI/2722, s. 2 vd.

¹⁰³⁵ Birnbaum (2000), s. 284.

¹⁰³⁶ "Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform", Bundestag-Drucksachen, VI/3521, s. 37, 40.

1973 tarihi itibariyle Alman pozitif hukukunda ağırlaşmış neticeden faili sorumlu tutmak oldukça zorlaşmıştır. Bu nedenle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç için öngörülen ağır cezaların uygulama alanı daraldığı için genel olarak faile verilen cezalarda da bir azalma görülmüştür. Fakat daha sonra kanun metninde ağır taksire yer verilmiş olması, failin daha ağır cezalandırılmasına neden olmuştur¹⁰³⁷.

5) 2 Mart 1974 tarihli Ceza Kanunu'nun Yürürlüğüne İlişkin Kanun ile Ceza Kanunu § 251'de düzenlenen yağma suçu da değiştirilmiş ve ölümle neticelenen yağma suçundan failin sorumluluğu için ağır taksir aranmıştır. Bu değişikliğe dair herhangi bir gerekçe yazılmamış Ceza Kanunu § 239a, f. 2 için yazılmış olan gerekçenin bu hüküm için de geçerli olduğunun belirtilmesi ile yetinilmiştir¹⁰³⁸.

1974 yılı itibariyle Alman Ceza Kanunu § 250, f. 1, b. 3 uyarınca, yağma suçu mağdurun ölmesi tehlikesini de içeriyor ise cezanın artırılması gerekir. Dolayısıyla 1974 kanun koyucusunun 1962 tarihli tasarıda yer alan düzenlemeye benzer bir düzenleme gerçekleştirmek istediği görülmektedir. 1962 tasarısı § 246'da ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun meydana geldiği ve ölüm neticesi dolayısıyla ağır cezanın faile uygulanabilmesi için ağır taksirin bulunması gerektiği kabul edilmiş (f. 2), aynı zamanda bu hükümle kasıtlı olarak mağdurun hayatı için bir tehlike yaratılması yağma suçu bakımından ağırlaştırıcı neden teşkil etmiştir (f. 1, b. 2)¹⁰³⁹.

6) Ceza Hukuku'nu Değiştiren Beşinci Reform Kanunu ile (18 Haziran 1974) Ceza Kanunu § 218, f. 2 hükmünde de ölüm tehlikesine veya sağlığa ağır bir zarar verilmesi tehlikesine ağır taksir ile neden olunması hali, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hipotezi olarak öngörülmüştür¹⁰⁴⁰. Bu hükmün gerekçesi olarak aynı hükmü düzenleyen 1962 tasarısı § 141, f. 1, b. 3 hükmünün gerekçesi kullanılmıştır. Söz konusu gerekçeye göre ölüm tehlikesi dolayısıyla cezanın ağırlaşmasının nedeni failin ağır taksir ile işlenmiş olmasıdır¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁷ Basile (2005), s. 576.

¹⁰³⁸ § 251 şerhi, (1993-2001). *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Berlin, New York, s. 183 vd.

¹⁰³⁹ Birnbaum (2000), s. 45.

¹⁰⁴⁰ Rengier (1986), s. 87.

¹⁰⁴¹ Bundestag-Drucksachen, VI /3434, s. 13

7) Ceza Hukukunu Değiştiren Onsekizinci Reform Kanunu ile (28 Mart 1980) nükleer merkezin kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı için tehlike yaratacak şekilde hatalı kurulumu neticesi ağır taksir ile ölüme neden olma (§ 311e, f. 3, ikinci cümle)¹⁰⁴² ve Atmosfere Salınan Zararlı Gazlara Dair Federal Kanun'un § 64, f. 2 hükmü ve 1977 tarihli Atıklara Dair Kanun'un § 16, f. 4 hükümlerini esas alarak düzenlenmiş olan¹⁰⁴³, kişilerin hayatına ve vücut bütünlüğüne yönelik tehlike yaratan çevreye karşı suçlarda ağır taksir ile ölüme veya ağır yaralanmaya neden olma hali (§ 330, f. 4, ikinci cümle, b. 2) ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür¹⁰⁴⁴.

8) 1 Ocak 1982'de Uyuşturucu maddeler ile ilgili yeni bir kanun (BtMG, 28.7.1981) yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanun § 30, f. 1, b. 3'de uyuşturucu madde satışı sonucu ağır taksir ile ölüme neden olma suçu düzenlenmiştir¹⁰⁴⁵.

Hükmün gerekçesinde ağır taksirin neden arandığı konusunda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Belirtmek gerekir ki, bu hükümden önce uyuşturucu maddeler ile ilgili 1972 tarihli eski kanunda uyuşturucu madde kullanımı sonucu meydana gelen ölümler ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu kanunun yürürlükte olduğu dönemde uyuşturucu madde kullanımı sonucu ölüm meydana geldiğinde uyuşturucu maddeyi satan fail uyuşturucu madde satışı ve taksirli ölüme neden olma suçlarından cezalandırılır ve cezaları fikri içtima hükümleri gereğince içtima ettirilirdi. Bu şekilde elde edilen ceza § 30, f. 1, b. 3, BtMG uyarınca verilecek cezadan daha hafifti¹⁰⁴⁶.

9) Alman Ceza Kanunu'nda ağır yaralama suçunu düzenleyen § 225 hükmü, 28 Ekim 1994 tarihli kanun ile değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile söz konusu hükmün birinci fıkrasına yaralama suçunun ağır neticelerinden (örneğin, görme, duyma, konuşma, çocuk yapma yeteneğinin kaybolması) failin “en azından ağır taksir”inin¹⁰⁴⁷ bulunması halinde sorumlu olacağı ifadesi eklenmiştir. Bu değişiklik faile verilecek cezanın

¹⁰⁴² Birnbaum (2000), s. 50.

¹⁰⁴³ Rengier (1986), s. 89.

¹⁰⁴⁴ Tröndle ve Fischer (2001), kn. 1, s. 1950.

¹⁰⁴⁵ Rengier (1986), s. 90

¹⁰⁴⁶ BGH 28.4.1981, NStZ 1981, s. 350; BGH 28.10.1982, NStZ 1983, s. 72.

¹⁰⁴⁷ Birnbaum (2000), s. 51.

artırılabilmesi için yapılmış bir değişikliktir. Ağır cezanın gerekçesini yaratmak için ağır taksir kavramının kullanıldığı hallerden biri değildir¹⁰⁴⁸.

10) Genel bir değerlendirme yapıldığında kanun koyucunun ağır taksir kavramını kabul etme nedenleri şunlardır:

1. Bazı hallerde (yukarıda 1, 5, 7 numaralı başlıklarda) kanun koyucu, kişilerin hayatı için somut bir tehlikenin var olduğu durumlarda meydana gelen ölüm neticesinden faili sorumlu tutarken kusur ilkesinin tam olarak uygulanmasını sağlamak için ağır taksir kavramını kullanmıştır. Große Strafrechtskommission ve 1962 tasarısı gereği temel kasıtlı suç ağır netice olan ölüm neticesi için basit taksiri de içerdiğinden, ağır netice dolayısıyla cezanın artırılmasının kusur ilkesine göre gerekçelendirilmesi için ağır taksir kavramı kullanılmıştır.

2. Başka bazı durumlarda ise (2, 3, 6, 8 ve 9 numaralı başlıklar) ağır taksir kavramı iki görüş arasında orta yolu bulmak için kullanılmaktadır.

- bir yandan ağır bir neticenin meydana gelmesi dolayısıyla faili ağır şekilde cezalandırma ihtiyacı doğmuştur.

- diğer yandan ise failin ağır ceza ile cezalandırılırken haklarının da garanti altına alınması hedeflenmiştir. Bu nedenle sorumluluk konusunda daha seçici bir ölçütün kullanılması amaçlanarak basit taksir yerine ağır taksirin kullanılması yolu tercih edilmiştir¹⁰⁴⁹.

3. Cinsel özgürlüğe karşı suçlar neticesi ölümün meydana gelmesi halinde ağır taksir kavramının kullanılması hem cezanın miktarının azaltılması hem de bu ağır cezalar ile cezalandırılma sıklığının azaltılması amacını taşımaktadır (4 numaralı başlık). Nitekim 1973 tarihinde yapılan değişiklikle ağırlaşmış neticeden sorumluluk için aranan kusurun derecesi artırıldığı gibi, ağır neticenin meydana gelmesi halinde verilecek cezanın da hafifletildiği görülmektedir.

Ağır taksir kavramının kanuna giriş şekli, hangi amaçlarla yürürlüğe girdiği ve değişik dönemlerde kanun metinlerine alınmış olması sadece tek bir gereksinim dolayısıyla bu kavramın kullanılmadığını göstermektedir¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁸ Bkz. Bundestag-Drucksachen, 12/6853, s. 25.

¹⁰⁴⁹ Maiwald (1974), s. 271; Lorenzen (1981), s. 53 vd.

¹⁰⁵⁰ Rengier (1986), s. 92.

2.4.1.3.2. 1998 tarihli Altıncı Reform Kanunu

1998 tarihli Altıncı Reform Kanunu (1 Nisan 1998’de yürürlüğe girmiştir)¹⁰⁵¹ ile ölüm neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar önemli değişikliğe uğramıştır. Bu kanunun amacı kişilere ait hukuki yararların ihlali dolayısıyla verilecek cezaların daha uyumlu ve etkin olmasını sağlamaktır¹⁰⁵². Kişisel hukuki yararların en önemlisi kişinin hayatıdır. Dolayısıyla ölümle neticelenen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar dolayısıyla verilecek cezaların düzenlenmesi de bu kanunun amaçları arasındadır.

1998 tarihli bu kanun ile neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara ne kadar ceza verileceği ve ölüm neticesinin basit taksirle mi yoksa ağır taksirle mi cezalandırılacağı belirlenmesi amaçlanmıştır.

2.4.1.3.2.1. Altıncı Reform Kanunu’na dair hükümet tasarısı

Altıncı Reform Kanunu hazırlanırken neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda verilen cezalarda bir dengesizlik bulunduğu görülmüştür. Gerçekten bazı suçlarda temel suç için verilen ceza aynı olmasına rağmen ölüm neticesi meydana geldiğinde verilen cezaların oldukça farklı olduğu; bazı suçlarda ise temel suçun oldukça farklı şekillerde cezalandırılmasına rağmen ölüm neticesi meydana geldiğinde verilen cezaların aynı olduğu görülmüştür¹⁰⁵³. Cezalar arasındaki bu dengesizlik ve verilen cezaların bu denli yüksek olması karşısında ölümle neticelenen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda cezalandırma ölçütünün belirlenmesi ihtiyacı doğmuştur.

Eğer temel suç bir cünha (*Vergehen*) ise ve ağırlaştırıcı neden olan ölüm neticesi meydana gelirse faile verilecek ceza 3 ile 15 yıl arası olacaktır.

Eğer temel suç bir cürüm (*Verbrechen*)¹⁰⁵⁴ ise, ağırlaştırıcı neden olan ölüm neticesi meydana gelirse, faile verilecek ceza 10 yıldan az olmamak üzere müebbet hapse kadar uzanabilmektedir¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵¹ Bondi (1999), s. 324; S. Preziosi (2000). *La fattispecie qualificata*. Padova: CEDAM, s. 242 vd.; K. Bussmann (1999). Zur Dogmatik erfolgsqualifizierter Delikte nach dem 6. StrRG. GA, s. 21 vd.

¹⁰⁵² Bundestag-Drucksachen, 13/8587, s. 55; Bussmann (1999), s. 25.

¹⁰⁵³ Hükümet Tasarısı Çalışmaları için bkz. Bundestag-Drucksachen, 13/8587, s. 21.

¹⁰⁵⁴ Verbrechen, asgari cezası bir yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı ceza olan suçları, Vergehen ise asgari sınırı bir yılın altındaki hürriyeti bağlayıcı cezaları içeren suçları ifade eder. Jescheck ve Weigend (1996), s. 55; Tröndle ve Fischer (2001), § 12 açıklaması, kn. 1 vd.

Sonuç olarak bu suçlar dolayısıyla verilen cezaların kusur ilkesine uygun hale getirilmesi amacıyla, ölümle neticelenen bütün neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır neticeden sorumluluk için ağır taksir aranmıştır¹⁰⁵⁶.

Ölüm neticesi meydana geldiğinde verilen cezanın ağır olması nedeniyle, bu ağır cezanın uygulanabilmesi için failin taksirinin de ağır olması gerekir.

2.4.1.3.2.2. Bundesrat'ın Hükümet Tasarısı konusundaki görüşü

Bundesrat neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda öngörülen cezaların birbiriyle uyumlu hale getirilmesi konusunda tasarıya olumlu bakmaktadır. Ancak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların tümünde ağır taksirin aranmasının cezaların genel önleme fonksiyonu bakımından doğuracağı etkiler konusunda endişeleri bulunmaktadır¹⁰⁵⁷. Bundesrat özellikle ölümle neticelenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, ağır taksir kavramının kullanılmasını doğru bulmamaktadır¹⁰⁵⁸. Bundesrat bu durumu şu şekilde gerekçelendirmektedir: Öncelikle ağır taksir kavramı belirsiz bir kavramdır. Ağır taksir kavramı belirsiz bir kavram olarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama (tasarıya göre 3 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır) ile kasıtlı yaralama ile taksirli ölüme neden olma suçları arasında suçların içtimaı hükümlerinin uygulanması (azami 5 yıl hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır) arasında ayırıcı bir kriter olamaz. Çünkü eğer tasarı metni kabul edilir ise, ölüm neticesi açısından failin ağır taksirinin bulunduğu ispat edilemezse, fail hakkında fikri içtima hükümleri uygulanacaktır. Cezalar arasında bu kadar farklılık bulunurken suçların içtimaı ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç arasındaki ayrımı belirsiz bir kavrama bağlamak tehlikeli sonuçlar doğuracaktır¹⁰⁵⁹.

Ayrıca, ölümle neticelenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunda meydana gelen neticenin ağırlığı göz önüne alındığında verilecek ağır ceza bu suç için uygun bir cezadır. Çevreye karşı suçların ölüm neticesi meydana getirmesi dolayısıyla

¹⁰⁵⁵ Hükümet Tasarısı Çalışmaları, Bundestag-Drucksachen, 13/8587, s. 21.

¹⁰⁵⁶ G. Küpper (1999). Zur Entwicklung der erfolgsqualifizierten Delikten. ZStW, 111, s. 798.

¹⁰⁵⁷ Bundesrat'ın görüşü için bkz. Bundestag-Drucksachen 13/8587, s. 55.

¹⁰⁵⁸ Bundestag-Drucksachen 13/8587, s. 61.

¹⁰⁵⁹ Küpper (1999), s. 798.

ortaya çıkan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda (Al.CK § 330) da ağır taksirin kullanılması aynı gerekçelerle doğru bulunmamıştır.

Ağır taksir kavramının belirsiz bir kavram olması aynı zamanda cezalandırılabilir olan ile olmayanın ayrımını yapmayı da zorlaştırmaktadır. Ayrıca Al.CK § 18 hükmü de “en azından taksirin” varlığını yeterli gördüğüne göre ağır neticeden sorumluluk için basit taksirin varlığı yeterli görülmelidir¹⁰⁶⁰.

Sonuç olarak Bundesrat ağır taksir kavramının belirsiz bir kavram olması ve ölüm neticesinden faili sorumlu tutmak için gereksiz bulunması nedeniyle, ölüm neticesinin meydana gelmesi ile ortaya çıkan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır taksirin aranmasını kabul etmemektedir. Ayrıca failin ağır cezadan kaçmak için taksirinin basit taksir olduğu iddiasını ileri süreceğini de belirtmiştir¹⁰⁶¹.

2.4.1.3.2.3. Bundesrat’ın görüşleri karşısında hükümetin tavrı

Hükümet, Bundesrat tarafından dile getirilen ağır taksir veya hafif taksir ile suçun işlenmesi arasındaki cezanın böylesine farklı olması dolayısıyla bu durumun faili koruyucu bir hal alacağı yönündeki endişelere katılarak, Hükümet Tasarısında bazı değişiklikler yapmıştır. Özellikle failin ağır taksirinin ispat edilemediği durumlarda, basit taksirinin bulunduğu kabul edilip suçların fikri içtimaı yoluna gidilecek ve temel suç ile taksirli insan öldürme suçlarının fikri içtimaı neticesi faile 5 yılı aşan bir ceza verilemeyecektir. Aynı suçta ölüm neticesi bakımından failin ağır taksiri ispat edilebilseydi faile 3 yıldan 15 yıla hapis cezası verilebilecekti¹⁰⁶². Hükümet bu durumu kabul ederek sözü edilen suçlar karşısında verilecek cezalarda bir azalma tehlikesinin bulunduğunu kabul etmiş¹⁰⁶³, ancak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda azami ceza sınırını düşürmek yerine ağır taksir kavramından vazgeçmeyi tercih etmiştir. Bunun

¹⁰⁶⁰ Bundestag-Drucksachen 13/8587, s. 75.

¹⁰⁶¹ Basile (2005), s. 585.

¹⁰⁶² § 52 gereğince Alman Ceza Kanunu’nda suçların fikri içtimaı neticesinde elde edilen ceza, içtima edilen suçların en azğınının cezasından ağır olamaz. Dolayısıyla içtima neticesinde verilen ceza 5 yılı hiçbir zaman aşamaz.

¹⁰⁶³ Bundestag-Drucksachen 13/8587, s. 79.

sonucunda basit taksir hallerinde dahi 15 yıla kadar hapis cezası uygulanabilir hale gelmiştir¹⁰⁶⁴.

2.4.1.3.2.4. Altıncı Reform Kanunu düzenlemesi

Altıncı Reform Kanunu ile yapılan değişikliklerde bazı suçlarda ağır taksir aranırken, bazı suçlarda ise basit taksirin varlığı yeterli görülmüştür.

1) Ağır taksir şu suç hipotezlerinde ilk defa kullanılmıştır:

- yangın çıkarma sonucu ölüme neden olma (yürürlükteki Alman Ceza Kanunu § 306c)

- sel baskınına neden olma sonucu ölüme neden olma (yürürlükteki Alman Ceza Kanunu § 313, f. 2)

- genel tehlike yaratan zehirlleme fiilleri sonucu ölüme neden olma (yürürlükteki Alman Ceza Kanunu § 314, f. 2)

- mal veya para taşıyan araç sürücüsüne saldırı sonucu ölüme neden olma (bu durum cezayı ağırlaştırıcı örnek durum (ağırlaştırıcı neden) iken bu reform kanunu ile gerçek bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç haline dönüşür) (yürürlükteki Alman Ceza Kanunu § 316a, f. 3).

Tüm bu durumlar için on yıldan az olmamak üzere hapis cezasından müebbet hapis cezasına kadar uzanan bir ceza belirlenir.

2) 1998'den önce ağır taksiri öngören hükümler de Altıncı Reform Kanunu ile korunmuştur:

- çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel istismar sonucu ölüme neden olma (yürürlükteki Alman Ceza Kanunu § 176b.)

- ırza geçme sonucu ölüme neden olma (yürürlükteki Alman Ceza Kanunu § 178)

- cinsel davranışa zorlama sonucu ölüme neden olma (yürürlükteki Alman Ceza Kanunu § 178)

Bu suçların ağır taksirle cezalandırılmasına dair hükümler korunduğu gibi cezalarında da artırımı gidilmiştir (on yıldan az olmamak üzere hapis veya müebbet hapis cezası).

¹⁰⁶⁴ Söz konusu seçimin eleştirisi için bkz. R. Rengier (1999). Die Reform und Nicht-Reform der Körperverletzungsdelikte durch das 6. StrRG. ZStW, 111, s. 21.

3) Ağır taksir kavramı, eskiden ağırlaştırıcı neden olan ancak Altıncı Reform Kanunu ile neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç haline dönüşen bazı suçlarda da varlığını devam ettirmiştir:

- kendini savunma yeteneğinden mahrum olan kişilerin cinsel istismarı (yürürlükteki Alman Ceza Kanunu § 179, f. 6)

- nükleer patlamaya neden olma (yürürlükteki Alman Ceza Kanunu § 307, f. 3, b. 1)

- patlayıcı maddeler ile patlamaya neden olma (yürürlükteki Alman Ceza Kanunu § 308, f.3)

- radyasyonun kişilerin hayatı için tehlikeli olacak şekilde kullanımı (yürürlükteki Alman Ceza Kanunu § 309, f. 4).

Radyasyonun kişilerin hayatı için tehlikeli olabilecek şekilde kullanımı hali dışında bütün diğer durumlar için ceza artırımına gidilerek, ceza on yıldan az olmamak üzere hapis cezası veya müebbet hapis cezası olarak belirlenmiştir.

Böylece ağırlaştırıcı netice olarak ölüm neticesinin öngörüldüğü tüm neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda verilecek ceza eşitlenmiştir. Dolayısıyla bu suçlar bakımından tespit edilen ceza ile § 239a, f. 3 (yağma amacıyla adam kaçıрма), § 239b, f. 2 (rehin alma), § 251 (ölüm neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yağma), § 252 (tehdit veya şiddetin malın elde edilmesinden sonra gerçekleştiği yağma türü), § 255 (şiddet göstererek veya kişilerin hayatı veya vücut bütünlükleriyle ilgili tehditte bulunarak gerçekleştirilen yağma), § 316c, f. 3'de (hava veya gemi korsanlığı) öngörülen cezalar da eşit hale getirilmiştir. Bütün bu suçlar için öngörülen hapis cezası on yıldan az olmayan hapis cezası veya müebbet hapis cezasıdır.

4) Aşağıdaki durumlarda ise ağır taksir yerine basit taksirin kullanılması tercih edilmiştir:

- nükleer tesisin hatalı kuruluşu sonucu ölüme neden olma (yürürlükteki Alman Ceza Kanunu § 312, f. 4). Burada ölüm neticesi cezayı ağırlaştıran neden olmaktan çıkıp, suçu neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç haline getirmiştir.

- çevreye karşı suçlar sonucu ölüme neden olma (yürürlükteki Alman Ceza Kanunu § 330, f. 2). Burada da ölüm neticesi, cezayı ağırlaştıran neden olmaktan çıkıp suçu neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç haline getirmiştir.

- ağırlaşmış yaralama (yürürlükteki Alman Ceza Kanunu § 225, f. 1 hükmünün eski halinde yer alan en azından ağır taksir ile neticeye neden olma ifadesi hükümden çıkarılmıştır).

5) Diğer bütün neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda (§ 221, f. 3’de yer alan kendisini idare edemeyenleri terk; § 227’de yer alan ölümle neticelenen yaralama, § 239, f. 4’de yer alan kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma, § 318, f. 4’de yer alan kamunun ortak kullanımına ait mallara zarar verme, § 330a, f. 2’de yer alan zehirleyici maddeler ekleme, § 340, f. 3’de yer alan kamu görevinin icrası sırasında yaralama) ölüm neticesi dolayısıyla cezanın artırılması için basit taksir aranmıştır.

2.4.1.3.2.5. Altıncı Reform Kanunu’na dair genel değerlendirme

Altıncı Reform Kanunu’nun ölüm neticesi dolayısıyla ağırlaşmış suçlardan sorumluluk konusunda öngördüğü düzenlemeler genel olarak değerlendirildiğinde aşağıdaki sonuçlara ulaşılabilir:

a) 1998 tarihinde yapılan değişiklikleri izleyen bir eğilim olarak ölüm neticesinden sorumluluk için ağır taksirin arandığı pek çok suçta aynı zamanda cezada da bir artış görülmüştür¹⁰⁶⁵. Gerçekten bu tarihte yapılan değişikliklerde de kişinin hayatını veya vücut bütünlüğünü ihlal eden suçlar bakımından cezanın artırıldığı görülmektedir¹⁰⁶⁶. Aslında bu dönemde ağır neticeden sorumluluk için ağır taksirin aranmasının nedeni çok ağır olan cezalara bir gerekçe bulmak olduğu halde, öğretideki bu yaklaşım uygulamaya doğru biçimde yansıyamamış ve ağır taksir kavramı ile cezalar da artmıştır¹⁰⁶⁷.

b) 1998 yılına kadar yapılan bütün reform tasarılarında 1962 tasarısı ve Große Strafrechtskommission’un görüşleri temel alınmıştır. Ancak 1998’de yapılan reform kanununda 1962 tasarısı ve Große Strafrechtskommission’un anlayışından uzaklaşmıştır.

Altıncı Reform Kanunu ile, önceden ölüm neticesi için ağır taksirin arandığı bazı suçlar da basit taksir yeterli görülmüştür (§ 221’de düzenlenen kendisini idare

¹⁰⁶⁵ Bussmann (1999), s. 25, 33.

¹⁰⁶⁶ Küpper (1999), s. 802.

¹⁰⁶⁷ Bussmann (1999), s. 21 vd.; Maiwald (1974), s. 271.

edemeyecek kişileri terk, § 312’de düzenlenen nükleer tesisin hatalı olarak kurulması, § 318’de düzenlenen kamunun ortak kullanımına tahsis edilmiş şeylere zarar verme, § 330a’da düzenlenen zehirli maddelerin yayılması suçları gibi).

c) 1998 kanun koyucusu ağır taksir kavramını cezanın belirlenmesi amacıyla kullanmamıştır. Kanun koyucu ilk önce suçun cezasını belirlemiş ve bu cezayla uyumlu olarak ağır taksir veya basit taksiri kullanmayı uygun bulmuştur¹⁰⁶⁸.

Altıncı Reform Kanunu ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarla ilgili olarak ağır taksirin aranmaya başlanmış olması kusur ilkesine daha fazla önem verildiğini göstermez. Burada kanun koyucunun amacı sadece cezanın belirlenmesidir¹⁰⁶⁹.

d) Ağır taksirin arandığı tüm neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hipotezlerinde (uyuşturucu madde ticareti neticesi ölüme ilişkin § 30, f. 1, b. 3, BtMG hariç) ağır taksir ifadesi “en azından” ifadesiyle birlikte yer almıştır¹⁰⁷⁰.

e) Altıncı Reform Kanunu ile aynı zamanda *Vergehen*’e teşebbüs durumlarının bazıları da düzenlenmiştir (yaralama (§ 223, f. 2), küçükleri hürriyetinden mahrum etme (§ 235, f. 3), kişi hürriyetinden mahrum etme (§ 239, f. 2) suçlarında olduğu gibi). Bu şekilde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların teşebbüs aşamasında kalmaları halinde de cezalandırılabilir oldukları belirtilmiştir¹⁰⁷¹.

f) Bu reform yasası ile küçüklerin hürriyetinden mahrum edilmesi sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesi şeklinde yeni bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hipotezi yaratılmıştır (§ 235, f. 5).

2.4.1.4. Ağır taksir kavramının kanundaki tanımı

Günümüzde Alman kanun koyucusu kavramları tanımlamaktan kaçınmaktadır. Gerçekten kast ve taksiri tanımlamamış olan Alman kanun koyucusu ağır taksir kavramını da tanımlamamıştır¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁸ Küpper (1999), s. 798.

¹⁰⁶⁹ Küpper (1999), s. 799.

¹⁰⁷⁰ Bundestag-Drucksachen, 13/8587, s. 79; Birnbaum (2000), s. 54.

¹⁰⁷¹ Bussmann (1999), s. 22.

¹⁰⁷² F. Angioni (1998). Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale. *Il Diritto Penale alla Svolta di Fine Millennio: Atti del Convegno in Ricordo di Franco Bricola, Bologna, 18-20 maggio 1995*. Torino: G. Giappichelli, s. 189.

Oysa birleşme öncesi Alman ceza kanunlarında ağır taksir kavramı tanımlanmıştı. Daha sonraları ise bazı Ceza Kanunu tasarılarında da ağır taksirin tanımına yer verilmiştir. Bu kanunlar ve tasarılar incelenerek ağır taksir kavramının ne anlama geldiğini anlamak mümkün olacaktır.

2.4.1.4.1. Birleşme öncesi dönem kanunları

Ağır taksir kavramına XIX. yüzyıl Alman Ceza Kanunları'nda yer verilmiştir. Özellikle 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu ağır taksir kavramını detaylı bir şekilde tanımlamıştır. Bu kanunun yaratıcılarından olan Feuerbach'a¹⁰⁷³ göre kanun basit taksir ve ağır taksirin ne olduğunu tanımlamalıdır ki böylece somut olay karşısında yargıç hangi taksirin bulunduğunu kolayca tespit edebilsin¹⁰⁷⁴. Bu noktadan hareketle, Bavyera Ceza Kanunu m. 65'de ağır taksir kavramının ayrıntılı bir tanımı yapılmıştır. Buna göre:

1. Fail tehlikeli bir davranış gerçekleştirmekte olduğunu fark etmesine rağmen umursamazlık (Leichtsinn) dolayısıyla davranışına devam etmiş ise,
2. Failin davranışının çok tehlikeli olduğu durumlarda, eğer fail yaptığı davranışa çok az bir dikkat göstermiş olsa idi bu neticenin meydana gelme ihtimali ile meydana gelmeme ihtimali eşit olacak ise,
3. Fail sahip olduğu kapasite ve özel bilgisi sayesinde herhangi bir kişiden çok daha kolaylıkla yaptığı davranışın tehlikeliliğini anlayabilecek nitelikte ise,
4. Taksirli davranış başka bir nedenle veya kendiliğinden yasak bir davranış ise¹⁰⁷⁵,
5. Fail dikkatli, tedbirli ve özenli davranma konusundaki genel yükümlülüğün ötesinde mesleği veya kendisine verilmiş olan görev nedeniyle daha dikkatli ve özenli davranmak zorunda ise, ağır taksir (grobe Fahrlässigkeit) vardır.

Ağır taksire dair olan bu tanım, sadece cezanın belirlenmesi amacıyla yapılmıştır. Suçun unsurları bakımından herhangi bir önem taşımamaktadır¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷³ Feuerbach (1988), s. 44 vd.

¹⁰⁷⁴ Feuerbach (1988), s. 49; Löffler (1895), s. 100 vd.

¹⁰⁷⁵ Feuerbach (1988), s. 52.

¹⁰⁷⁶ Birnbaum (2000), s. 31.

Ağır taksir kavramına ilişkin bir diğer tanım da 1840 Hannover Ceza Kanunu m. 48, f. 3'de yapılmıştır. Bu tanım da sadece cezanın belirlenmesine hizmet etmek üzere yapılmıştır¹⁰⁷⁷. Buna göre:

1. Failin tehlikeli bir davranış gerçekleştirmekte olduğunu fark etmesine rağmen umursamazlık (*Leichtsinn*) dolayısıyla davranışına devam etmesi durumunda
2. Taksirli davranış başka bir nedenle veya kendiliğinden yasak bir davranış ise ağır taksir vardır.

2.4.1.4.2. Yeni ceza kanunu tasarıları

XX. yüzyılda ağır taksir kavramının pek çok suç hipotezinde yer alması dolayısıyla çeşitli kereler bu kavramın tanımı yapılmaya çalışılmıştır. Ancak tanımın öğreti yerine yargıca yaptırılması (metot sorunu) ve yapılan tanımın bu kavramın kullanıldığı tüm hükümlerde geçerli olmaması¹⁰⁷⁸ dolayısıyla bu çabalar başarıya ulaşmamıştır.

1936 tarihli kanun koyucu tanımı kendisi yapmaya karar vermiştir. Tasarı § 16, f. 3'e göre davranışını özel bir tehlikelilik ve kayıtsızlıkla gerçekleştiren fail ağır taksirlidir. Hükmün gerekçesine göre ağır taksir, Kanun'un İkinci kitabında yer alan bazı suçlar bakımından, örneğin § 356, f. 2'de yer alan iftira ve § 384'de yer alan yalan yere yemin suçlarının cezalandırılabilmesi için gereken bir unsurdur. Ağır taksirin varlığı için özel bir düşüncesizlik (*Leichtsinn*) ve umursamazlıkla (*Gleichgültigkeit*) davranılmış olması gerekir¹⁰⁷⁹.

1936 tasarısındaki bu hüküm 1939 tasarısında da aynen tekrar edilmiştir (§ 16, f. 3).

Große Strafrechtskommission tarafından hazırlanan kanun tasarısında ağır taksir kavramı birçok suç hipotezi için kullanılmıştır. Komisyon üyelerinin çoğunluğu için

¹⁰⁷⁷ P. J. A. von Feuerbach (1886). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. (1. Ausgabe). Gießen, 1801, (14. Ausgabe). Gießen: Heyer, 1847, (2. Neudruck Aalen, 1986), s. 111; Löffler (1895), s. 248.

¹⁰⁷⁸ Delitala (1928), s. 279 vd.; Forti (1990), s. 74 vd.; Castronuovo (2002), s. 511 vd.

¹⁰⁷⁹ K. Uekötter (1993). *Das Merkmal 'Leichtfertigkeit' bei strafrechtlichen Erfolgsdelikten und erfolgsqualifizierten Delikten*. Münster, (Hochschulschrift Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1992), s. 75.

ağır taksirin tanımının yapılması pek doğru bir çözüm yolu olmasa da¹⁰⁸⁰ ağır taksir kavramının uygulamada yargıçlar tarafından farklı farklı yorumlanmasını engellemek¹⁰⁸¹ ve sübjektif unsurun tam bir tanımını yapabilmek için¹⁰⁸² de ağır taksirin tanımının yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Ağır taksir kavramı, kavramı tam olarak kapsamayan, bazı hususları dışarıda bırakan, genel bir şekilde tanımlanmıştır¹⁰⁸³.

1959 tarihli tasarı § 18, f. 3'e göre, çok ağır şekilde taksirli davranan kişi (wer grob fahrlässig handelt) ağır taksir ile hareket etmektedir (leichtfertig handelt).

Große Strafrechtskommission üyelerinin ağır taksir konusunda üzerinde anlaştıkları iki konu bulunmaktadır: Ceza hukukundaki ağır taksir kavramı, özel hukuktaki ağır kusur kavramından farklıdır¹⁰⁸⁴ ve ağır taksir kavramı taksirinin daha yüksek bir seviyesidir¹⁰⁸⁵ ve nitelik olarak kasttan (özellikle olası kasttan) tamamen farklı bir kavramdır¹⁰⁸⁶. Taksirin dereceleri bulunmaktadır ve ağır taksir bu derecelerden birisidir¹⁰⁸⁷. Komisyon üyelerinden Welzel' göre ağır taksir kavramı değişik şekillerde yorumlanabilir. Çok önemli bir yükümlülüğün ihlal edildiği şeklinde yorumlanabileceği gibi, çok önemli olmayan bir yükümlülüğün özel bir ağırlıkla ihlal edilmiş olması şeklinde de yorumlanabilir. Ağır taksir kavramının suçun hukuki konusu

¹⁰⁸⁰ Bkz. Gallas (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr., 12. Band, Zweite Lesung des Entwurfs, Allg. Teil, 1959, s. 137.

¹⁰⁸¹ Lackner(1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr., 12. Band, s. 137.

¹⁰⁸² Gerçekten 1959 tasarısında sadece kast ve taksirin tanımı değil, aynı zamanda bilinçli ve bilinçsiz taksirin, doğrudan kast ve tasarlamanın da tanımı yapılmıştı. Böyle bir durumda ağır taksiri tanımlamamak kanunun sistemine aykırı olacaktı. Dünnebier(1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr., 12. Band, s. 137.

¹⁰⁸³ Dreher (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr., 12. Band, s. 105.

¹⁰⁸⁴ Dreher (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr., 12. Band, s. 136.

¹⁰⁸⁵ Bockelmann (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr., 12. Band, s. 136.

¹⁰⁸⁶ Gallas (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr. 12. Band, s. 137.

¹⁰⁸⁷ Jescheck (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr., 5. Band, s. 65.

(*Rechtswidrigkeitsbestandteil*)¹⁰⁸⁸ ile mi yoksa kınanabilirlik (*Vorwerfbarkeitsbestandteil*) ile mi ilgi olduğu anlaşılamamaktadır¹⁰⁸⁹.

Große Strafrechtskommission ağır taksir kavramının içeriğinin suçun tipiklik unsurunda mı, yoksa kınanabilirlik unsurunda mı aranması gerektiğine bir çözüm getirmemiştir. Lackner özel bir ağırlığa sahip durumlarda gerek tipik fiilin ve gerekse kusurluluğun derecesinin arttığı kanaatindedir¹⁰⁹⁰. Ancak belirtmek gerekir ki, ağır taksir kavramının içeriğini doldurmak kanun koyucu için zor olduğu kadar öğreti için de zor bir faaliyettir¹⁰⁹¹. Große Strafrechtskommission üyeri uygulamada ağır taksir kavramının çok farklı şekillerde yorumlandığının ve bunun nedeninin yargıçtan yargıca oluşan yorum farklılığı olduğunun bilincindeydiler¹⁰⁹². Sonuç itibariyle, kanun koyucu fiilin ne zaman cezalandırılıp ne zaman cezalandırılmayacağına ilişkin sınırları çizmek konusundaki görevini yerine getirmemiştir denilebilir¹⁰⁹³.

1962 tarihli hükümet tasarısında da ağır taksir kavramı oldukça belirsiz ve genel bir biçimde tanımlanmıştır. 1959 tasarısı § 18, f. 3’de yer alan tanımın aynısı yapılarak kavramın içeriğini belirleme görevi uygulamaya bırakılmıştır¹⁰⁹⁴. Uygulama ise ALCK § 138, f. 3 ve § 164, f. 5 hükümlerine ilişkin olarak verdiği kararlarda ağır taksirin derecesi basit taksire göre daha ağır bir taksir (*wesentlich gesteigert*) olduğu, ağır taksirin, taksirin bir derecesini ifade ettiği kabul edilmiştir. Karşısına gelen somut olayda taksirin içeriğini ortaya koyma yargıcın görevidir¹⁰⁹⁵.

1962 tasarısı § 18, f. 1 ve 2’de basit taksirin tanımı yapılmıştır. Buna göre; Sahip olduğu bilgi düzeyi ve kapasitesi dikkate alındığında dikkatli davranabilecek olan bir kimse, dikkatli davranmayarak kanunda yazılı olan bir fiili (suçu) işlemiş ise taksirlidir.

¹⁰⁸⁸ Objektif davranış kuralının ihlali anlamına gelen “Rechtswidrigkeit” kavramı için bkz. Hans Welzel, *Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Allgemeinen Teil eines neuen Strafgesetzbuchs auswirken?* (1954). *Materialien zur Strafrechtsreform*. Bonn: Heger, 1. Band, s. 45.

¹⁰⁸⁹ Welzel (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr., 12. Band, s. 136.

¹⁰⁹⁰ Lackner (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr., 12. Band, s. 137.

¹⁰⁹¹ Tanım getirme zorluğuna dair bkz. Delitala (1928), s. 282.

¹⁰⁹² J. Tenckhoff (1976). *Die Leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen*. ZStW, 88 (4), s. 899, dn.22; JESCHECK, *Niederschriften*, 5. Band, s. 53, 65.

¹⁰⁹³ Delitala (1928), s. 280.

¹⁰⁹⁴ (1962). *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 – Bundestagsvorlage*. Bonn; Bundestag-Drucksachen, IV/650.

¹⁰⁹⁵ (1962). *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 – Bundestagsvorlage*. Bonn, s. 132.

Bunun yanında, kanunda yazılı olan bir hükmün (suçun) meydana gelebileceğinin farkında olmasına rağmen bu suçun meydana gelmeyeceğini umarak göreve aykırı ve kınanabilir bir şekilde hareket etmeye devam eden kişi de taksirli davranmıştır¹⁰⁹⁶.

1962 tarihli tasarıda basit taksire dair tanım, taksirin psikolojik bir karakteri bulunduğunu ortaya koymaktadır¹⁰⁹⁷. Taksir içsel bir dikkatsizliktir ve sadece içsel hareketlerle ilgilidir¹⁰⁹⁸. Taksir, suç işlemekte olduğuna dair içsel bir dikkatsizlik olarak kınanmaktadır.

Bu tasarıda basit taksir için kabul edilen psikolojik karakter aynı zamanda ağır taksir (§ 18, f. 3) için de geçerlidir. Ağır taksir üç şekilde ortaya çıkmaktadır: İlk olarak, ağır taksirde fail, ağır dikkatsizlik nedeniyle (in grober Achtlosigkeit) tipik fiili gerçekleştirmekte olduğunun farkına varamamaktadır¹⁰⁹⁹. İkinci olarak, fail “suçun meydana gelmesi olasılığının açıkça bilinmesi”ne rağmen kınanabilir bir acımasızlık ile bu durumu dikkate almaksızın hareket eder¹¹⁰⁰. Üçüncü olarak, failin özel olarak uymak zorunda olduğu bir yükümlülüğe uymaması (eine besonders ernst zu nehmende Pflicht)¹¹⁰¹ durumunda da ağır taksirin varlığından söz edilir. Bu hipotezde ağır taksir bilinçli veya bilinçsiz olabilir. Taksirin psikolojik bir kavram olduğunu gösteren önceki iki durumdan farklı olarak burada taksir kavramı için normatif bir ölçüt kullanılmaktadır

¹⁰⁹⁶ (1962). *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 – Bundestagsvorlage*. Bonn, s. 132.

¹⁰⁹⁷ Forti (1990), s. 94 vd.

¹⁰⁹⁸ Bkz. Engisch (1930), s. 269; bkz. Marinucci (1965), s. 147; bkz. Forti (1990), s. 99 vd.

¹⁰⁹⁹ Bir araç sürücüsü bir çocuk parkının yanından geçerken telefonda kavga etmekte olması nedeniyle dikkatini toplayamaz ve top oynayan bir çocuğa çarpar. Fail bu olayda konsantrasyon eksikliği nedeniyle suça dair tipik fiili gerçekleştirebileceğini farkedememektedir. (1962). *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 – Bundestagsvorlage*. Bonn, s. 132; bkz. Engisch (1930), s. 271 vd.; Tenckhoff (1976), s. 911.

¹¹⁰⁰ (1962). *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 – Bundestagsvorlage*. Bonn, s. 132.

Burada taksirin ağırlığını ifade etmek için kullanılan açıkça ve kınanabilir kavramları taksirin psikolojik bir içeriğe sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Birnbaum (2000), s. 108.

Maiwald’a göre “kınanabilir acımasızlık” kavramı failin amacı ile ihlal edilen hukuksal yarar arasında açık bir oransızlık bulunduğu durumlarda söz konusudur. Örneğin, bir araç sürücüsü geç kaldığı bir randevuya yetişmek istemektedir. Yolda giderken yaya geçidinde önündeki aracın yaşlı bir bayana geçmesi için durmakta olduğunu görür. Yaşlı kadının yoldan geçtiğini ve onun hayatını tehlikeye koyduğunu dikkate almaksızın yaya geçidini geçer. Burada failin amacı olan randevuya yetişmek ile kişinin hayatı arasında bir orantısızlık bulunmaktadır bu durumda “kınanabilir acımasızlık” söz konusudur. Maiwald (1974), s. 259.

Aslında bu örnek daha ziyade bilinçli taksir ve olası kast ayrımını ortaya koymaktadır (Söz konusu ayrıma ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Canestrari (1999), s. 3)

¹¹⁰¹ (1962). *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 – Bundestagsvorlage*. Bonn, s. 132.

ve bir davranış kuralının ihlalinin bahsedilmektedir. Ancak bu hipotezde yer alan “özel olarak uyulması gereken bir yükümlülüğün” ne olduğunu anlamak güçtür.

Tasarıyı hazırlayanlar tarafından ağır taksir hakkında ortaya konulmuş olan bu üç hipotez ağır taksir kavramını açıklamayı denemiş ve faydalı olmuş ise de pek yeterli olamamıştır. İlk iki hipotez, ağır taksiri psikolojik bir kavram olarak ele alırken sadece içsel dikkatsizlikten bahsetmektedirler. 1960’lı yılların başında içsel dikkatsizlik kavramı terk edilmiştir ve bugün hiç uygulanmamaktadır¹¹⁰². Üçüncü hipotezde ise uyulması zorunlu yükümlülükten bahsedilmekte ancak bu yükümlülüğün ne olduğu açıklanmamaktadır.

2.4.1.4.3. Alternatif Ceza Kanunu Tasarısı (Alternativ-Entwurf) ve İkinci Reform Kanunu

Yukarıda incelenen tasarılarından farklı olarak Alternatif Ceza Kanunu Tasarısında (Alternativ-Entwurf¹¹⁰³) ağır taksir kavramının kanunda yer alması gerektiği ancak bu kavramın tanımının kanun metninde bulunmasına gerek olmadığı yönündeki görüş kabul edilmiştir¹¹⁰⁴.

Ağır taksire ilişkin bir tanıma yer vermeme yönündeki eğilim 1969 tarihli İkinci Reform Kanunu’na (1 Ocak 1975’de yürürlüğe girmiştir) da yansımıştır¹¹⁰⁵. Bu kanunun hazırlık çalışmaları sırasında 1962 tasarısında yer alan ağır taksir tanımının hakim öğreti tarafından gereksiz bulunduğu ifade edilmiştir¹¹⁰⁶.

İkinci Reform Kanunu’nda suçun manevi unsuru ile ilgili herhangi bir tanım yapılmamıştır. Gerçekten bu kanunda sadece ağır taksirin değil, kast ve taksirin de tanımları yapılmamıştır. Bu da hakim öğretinin savunduğu görüşe uygun bir yaklaşımdır¹¹⁰⁷.

¹¹⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. Welzel (1961), s. 7 vd.

¹¹⁰³ Alternativ-Entwurf, 1966’da bir grup ceza hukukçusu tarafından hazırlanan alternatif bir ceza kanunu tasarısıdır.

¹¹⁰⁴ (1966). *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*. Tuebingen: Mohr, s. 55.

¹¹⁰⁵ Tenckhoff (1976), s. 898.

¹¹⁰⁶ G. Stratenwerth, (1964). Die Definitionen im Allgemeinen Teil des Entwurfs 1962. *ZStW*, 76, s. 700

¹¹⁰⁷ Münster’de yapılan bir kongrede “ceza kanununun bir ders kitabı olmadığı” sloganıyla öğreti, kanun metni içerisinde tanımlama yapılmaması gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. (1954). *Materialien zur Strafrechtsreform*. Bonn: Heger, s. 45; J. Baumann vd. (1995). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. (10.

Alman kanun koyucusu kavramları tanımlamama eğilimi gösterirken, 1930 İtalyan kanun koyucusu ise kast ve taksiri tanımlamaktadır. Bu anlamda iki kanunun kabul ettikleri yöntemin birbirinden oldukça farklı olduğu görülmektedir. Rocco Kanunun hazırlıklarının yapıldığı dönemde, İtalyan öğretisinde, kanun koyucunun, kanun metninde kullanılan kavramların içeriğinin belirlenmesinin, teorik bir konu olmak yanında, bir ceza siyaseti problemi olduğu kabul edilmiştir. Kavramları tanımlayan bir kanun koyucu sadece teorik bir açıklama yapmamakta, aynı zamanda kanun koyucu fonksiyonunu da yerine getirmektedir¹¹⁰⁸. Kanun koyucunun görevi suçu meydana getiren unsurların iyi bir tarifini yapmaktır. Ceza siyaseti açısından bir kişinin ne kadar cezalandırılacağından ziyade, nasıl, yani hangi unsurların bir araya gelmesi durumunda cezalandırılacağı daha büyük önem arz eder¹¹⁰⁹.

Alman kanun koyucusunun görevi 1871 Kanunu'ndan bu yana sadece kuralı koymak olarak görülürken, İtalyan kanun koyucusunun görevi sadece kuralı koymak değil bu kuralın neyi ifade ettiğini de açıklamak olarak algılanmıştır.

Suçun unsurlarını tanımlama İtalyan öğretisinde bir ceza siyaseti sorunu olarak görülürken¹¹¹⁰, Alman öğretisinde suçun unsurlarını tanımlama sadece teorik bir sorundur ve tanım yapma görevi öğreti ve uygulamaya bırakılmalıdır¹¹¹¹.

Alman kanun koyucusunun ağır taksir (*Leichtfertigkeit*) kavramını tanımlamaması¹¹¹² nedeniyle ortaya çıkan bu boşluk öğreti ve uygulama tarafından doldurulmuştur. Bu çerçevede uygulama olaydan olaya değişen bir ağır taksir tanımlaması yaparken, öğreti ise ceza politikasından tamamen bağımsız bir şekilde tanımlama yolunu seçmiştir. Böylece ağır taksir konusunda üzerinde birleşilmiş tek bir tanım yapılamamıştır¹¹¹³.

Auflage). Bielefeld: Gieseking, § 28 II 2 hakkındaki görüşleri; K. A. Friedrichs (1968). Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1967 in Münster. ZStW, 80, s. 122 vd.; Forti (1990), s. 88 vd.

¹¹⁰⁸ Delitala (1928), s. 280.

¹¹⁰⁹ M. Gallo (1960), s. 625; Marinucci (1996), s. 427; Angioni (1998), s. 197; Forti (1990), s. 79 vd.; C. F. Grosso (1996). Il principio di colpevolezza. *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*. Milano: Giuffrè, s. 127.

¹¹¹⁰ Marinucci ve Dolcini (2001), s. 130.

¹¹¹¹ WELZEL (1954). *Materialien zur Strafrechtsreform*. Bonn: Heger, s. 45.

¹¹¹² Forti (1990), s. 91.

¹¹¹³ Birnbaum (2000), s. 142; G. Jakobs (1983). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Berlin: de Gruyter, s. 267.

Tanım eksikliği dolayısıyla bir hükümde ağır taksir arandığında, bu fiilin cezalandırılır olup olmadığı kesin bir şekilde belirlenememiştir¹¹¹⁴.

Almanya’da yaşanan bu tecrübe Beccaria’nın taksirin ne zaman hafif, ne zaman ağır olduğunun kanun tarafından belirlenmesi gerektiği konusundaki görüşünün¹¹¹⁵ halen geçerliliğini koruduğunu göstermektedir.

2.4.2. Öğreti

2.4.2.1. Öğretide ağır taksir kavramı konusunda üzerinde görüş birliğine varılan noktalar

Yukarıda görüldüğü üzere kanun metni içerisinde ağır taksir kavramı tanımlanmamıştır. Bu nedenle bu kavram öğreti ve uygulama tarafından tanımlanmaya çalışılmıştır. Ancak herkes tarafından kabul edilen bir ağır taksir tanımı yapılamamıştır. Ağır taksir kavramının üzerinde anlaşılmış tek bir tanımının yapılamamasının nedenlerinden biri basit taksir konusunda öğretide çok çeşitli görüşlerin ileri sürülmüş olmasıdır. Basit taksir konusunda herkesçe kabul edilmiş bir tanımın yapılamaması karşısında ağır taksirin de herkesçe kabul edilmiş bir tanımının yapılamaması olağandır¹¹¹⁶.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar söz konusu olduğunda ağır taksir ile ilgili görüş ayrılığı daha da artmaktadır¹¹¹⁷.

Ağır taksir kavramı konusunda öğreti ve uygulamada üzerinde anlaşma sağlanamayan noktaları incelemeye geçmeden önce, anlaşma sağlanan noktaların tespiti faydalı olacaktır:

Terimsel açıdan “*Leichtfertigkeit*” ve “*grobe Fahrlässigkeit*” kavramlarının eş anlamlı olduğu kabul edilmiştir¹¹¹⁸.

¹¹¹⁴ Basile (2005), s. 614.

¹¹¹⁵ Beccaria (1994), s. 86.

¹¹¹⁶ Birnbaum (2000), s. 145; H. Wegscheider (1986). Zum Begriff der Leichtfertigkeit. ZStW, 98 (3), s. 656.

¹¹¹⁷ Birnbaum (2000), s. 276.

¹¹¹⁸ Tenckhoff (1976), s. 898; Küpper (1982), s. 28.

Leichtfertigkeit taksirin bir çeşididir¹¹¹⁹. Kast ve taksir arasında kalan üçüncü bir kusurluluk şekli değildir¹¹²⁰.

Ağır taksir daha üst derecede daha güçlü, nitelikli bir taksirdir. Dolayısıyla taksir derecelendirilebilir bir kavramdır¹¹²¹.

Gerçekten Alman genel hükümler kitaplarında ağır taksir kavramından sonra hafif taksir ve çok hafif taksir kavramlarının açıklanıyor olması tesadüf değildir. Alman öğretisindeki hakim görüş, çok hafif taksir ile işlenen fillerin çok dikkatli bir kimse tarafından da gerçekleştirilebileceği, herkesin bazen çok hafif bir dikkatsizlik gösterebileceği gerekçesiyle cezalandırılmamaları gerektiğini savunmaktadır. Çok hafif taksir halinde ceza verilse dahi bu failin daha dikkatli davranmasını sağlayamayacaktır¹¹²². Bazı yazarlara göre, hafif taksir ve çok hafif taksir durumları cezalandırmayı engelleyen mazeret nedeni teşkil ederler¹¹²³ ya da ceza muhakemesi hukukunda yer alan kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilebilecek hallerdendir. Çok hafif taksir (*geringfügige Fahrlässigkeit*) hallerinde failin cezalandırılmayacağı *Alternativ-Entwurf* § 16'da düzenlenmiştir.

Ağır taksir, kasttan çok farklı bir kavramdır¹¹²⁴. Bu nedenle bugünkü anlamda ağır taksir kavramı, Roma hukukunda yer alan ağır taksir kavramından çok farklıdır. Roma hukukuna göre, ağır taksir kavramı kast kavramıyla ilişkilendirilebilir (Ulpiano, *Dig.*, 11, 6, 1, 1) ve ağır taksir, kasttır (Paolo, *Dig.* 50, 16, 226)¹¹²⁵.

Ağır taksir ile kastın birbirine yaklaştırılmaya çalışıldığı kararlar da olmuştur. Özellikle kastın ispat edilemediği hallerde ağır taksirin varlığı kabul edilmiştir¹¹²⁶.

¹¹¹⁹ Bkz. Roxin (1997), s. 946.

¹¹²⁰ Wegscheider (1986), s. 646; Tenckhoff (1976), s. 900.

¹¹²¹ Bkz. Roxin (1997), s. 946.

¹¹²² P. Bockelmann (1967). Blendung und Übermüdung als Fahrlässigkeitsprobleme. *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Hamburg: Seidewinkel, § 58, dn. 1.

¹¹²³ Roxin (1997), s. 950; Burgstaller (1974), s. 201, 210.

¹¹²⁴ Gallas (1958), 12. Band, s. 137; Bockelmann (1967), s. 217.

¹¹²⁵ Tenckhoff (1976), s. 900; H. H. Jescheck (1988). *Lehrbuch des Strafrechts, AT*. (4. neubearbeitete und erweiterte Auf.). Berlin: Duncker & Humblot, § 54, II, 2, s. 514.

¹¹²⁶ Birnbaum (2000), s. 221; Bondi (1999), s. 345; W. Engelmann (1895). *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*. Leipzig: Duncker & Humblot, s. 139 vd.

5) Ağır taksir kavramı bilinçli taksir kavramından da farklıdır¹¹²⁷. Ağır taksir bilinçli de, bilinçsiz de olabilir¹¹²⁸. Bilinçli taksir hallerinin ağır taksir düzeyine ulaşma ihtimali, bilinçsiz taksir hallerinden daha yüksektir¹¹²⁹.

Bilinçli taksir ile bilinçsiz taksir arasında hafiflik ağırlık ilişkisi yoktur¹¹³⁰. Bilinçli taksirin bilinçsiz taksirden daha ağır olduğu her zaman söylenemez. Bazı hallerde bilinçsiz taksir bilinçli taksirden daha ağır olabilir. Örneğin bir kimse belli bir neticenin meydana gelmesi ihtimalinin çok az da olsa var olduğunu bilerek fiili işlediğinde var olan taksir, bu neticenin meydana gelmesi ihtimalinin çok yüksek olduğu durumlarda bu neticenin meydana gelebileceğini öngörmeyerek hareket eden faildeki taksirden daha hafiftir¹¹³¹. Bu nedenle bilinçli taksir ile hareket eden fail, bazen bilinçsiz taksir ile hareket eden failden daha az bir ceza ile cezalandırılabilir.

6) Ağır taksir her somut olayda araştırılıp ispatlanmalıdır¹¹³².

2.4.2.2. Ağır taksirin içeriğine dair teoriler

Yukarıda sayılan ve üzerinde anlaşma sağlanan konular dışında ağır taksir kavramı üzerinde öğretide bir görüş birliği sağlanamamıştır.

Öğreti ve uygulamada ağır taksire ilişkin olarak yapılan tanımlar yürürlükteki kanunlarda yer alan ağır taksiri tam olarak ifade edememekteydi. Tanımlar sadece birkaç olaya uygulanabilecek nitelikte olup, tüm olayları kapsayacak bir tanım getirilememekte, somut olaya göre ağır taksir kavramının tanımı değişebilmekteydi.

¹¹²⁷ Tenckhoff (1976), s. 900; Lackner ve Kühl (2001), s. 105.

¹¹²⁸ Uekötter (1993), s. 217.

¹¹²⁹ Roxin (1997), s. 949; Küpper (1982), s. 29.

¹¹³⁰ K. Binding (1919). *Die Normen und ihre Übertretung, IV*. Leipzig: Meiner, s. 470; Tenckhoff (1976), s. 900, 903; Hirsch (1972), s. 73.

İtalyan Ceza Kanunu (m. 61, f.3) ise bilinçli taksirin, bilinçsiz taksire göre daha ağır şekilde cezalandırılmasını öngörmektedir. Nitekim öğretide de bilinçli taksirin, bilinçsiz taksire göre daha ağır bir taksir türü olduğu kabul edilmektedir. Mantovani (1992), s. 368; Carrara (1877), § 88, s. 95.

¹¹³¹ Tenckhoff (1976), s. 900.

¹¹³² Tröndle ve Fischer (2001), § 16, kn. 20, s. 120.

2.4.2.2.1. Psiko-karakteristik teori

Bu görüş, ağır taksir kavramını “failin sosyal faaliyetlerine dair otokontrol eksikliği”¹¹³³ ve “failin içsel davranışlarındaki hata”¹¹³⁴ olarak tanımlamıştır¹¹³⁵.

Sosyal ahlak kavramından yola çıkarak ağır taksiri tanımlayan bu anlayış ağır taksiri “kayıtsızlık” (*Gleichgültigkeit*) kavramı ile açıklamaya çalışmıştır. Failin içsel bir davranışı (*Einstellung des Täters*) olarak ağır taksir, “başkalarının hukuki yararlarına karşı kayıtsız kalma” olarak nitelenmektedir. Dolayısıyla fail mağdurun hukuki yararlarına karşı kayıtsız kalmakla, ağır taksir ile hareket etmektedir¹¹³⁶.

Başka bazı yazarlara göre ise ağır taksirli davranış kayıtsızlıktan öte “düşüncesizlik”le (*Leichtsinn*) hareket etmek demektir. Özel bir ağırlığa sahip kayıtsızlık veya düşüncesizlikle hareket eden fail ağır taksirli olarak hareket etmiştir¹¹³⁷.

Psiko-karakteristik nitelikteki bir diğer tanıma göre ağır taksir “başkalarına karşı acımasızca davranış” olarak tanımlanmaktadır¹¹³⁸. Bu görüşü savunan Maurach § 315c, b. 2 hükmünü ağır taksiri açıklamak için bir örnek olarak kullanmaktadır. Buna göre trafik kurallarını açık şekilde ihlal ederek araç kullanan ve başkalarının hayatı veya diğer hukuki yararlarına karşı çok dikkatsiz bir şekilde hareket eden kişi ağır taksirli bir şekilde hareket etmektedir¹¹³⁹. Dolayısıyla “insan yaşamının bariz ihmali” halinde, diğer bir ifadeyle “failin egoist davranışlarıyla başkalarının hayatını bariz şekilde tehlikeye sokması” durumunda ağır taksir bulunmaktadır¹¹⁴⁰.

¹¹³³ W. von Sauer (1949). *Allgemeine Strafrechtslehre*. (2. voellig neue Aufl. d. Grundlagen des Strafrechts). Berlin: de Gruyter, s. 156.

¹¹³⁴ K. A. Hall (1954). Über die Leichtfertigkeit - Ein Vorschlag de lege ferenda, *FS-Mezger*, München: Beck, s. 248.

¹¹³⁵ H. Welzel (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. (11. neubearb.). Berlin: de Gruyter, s. 80 vd.; C. Roxin (1992). *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*. München: C.H. Beck, § 10, kn. 78 vd., s. 194. Benzer bir görüş İtalyan ceza hukukunda da savunulmuştur. Bkz. E. Morselli (1989). *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*. Padova: CEDAM, s. 55 vd.

¹¹³⁶ J. Wolter (1981). Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte. *JuS*, s. 170.

¹¹³⁷ Laufhütte, § 176 şerhi. (1993-2001). *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Berlin, New York LK, 1995, kn. 29; Sander, § 251 şerhi, (2003). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. München: C.H. Beck, Band 3, kn. 13, s. 1204.

¹¹³⁸ R. Maurach (1972). Probleme des erfolgsqualifizierten Delikts bei Menschenraub, Geiselnahme und Luftpiraterie. *Festschrift für Ernst Heintz zum 70. Geburtstag am 1. Jan. 1972*. Berlin: De Gruyter, s. 403.

¹¹³⁹ O. Schweling (1960). Der Begriff “rücksichtslos” im Verkehrsrecht. *ZStW*, Band 72, s. 464 vd.

¹¹⁴⁰ Maurach (1972), s. 417.

Bir başka yazar da “failin ciddiyetsiz ve acımasız (*Frivolität oder Rücksichtslosigkeit*) davrandığı” hallerde ağır taksirin bulunduğunu ifade etmiştir¹¹⁴¹.

Psiko-karakteristik teori çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Bunları belli ba lı üç ana gruba ayırmak mümkündür.

 lk olarak, teorinin kişilik ve psikoloji temeline dayandığı ve bunların taksir kavramı ile doğrudan bir bağlantısının bulunmadığı eleştirisi gelmiştir. Günümüz öğretisinde psikoloji veya karakter ölçütlerinin taksiri açıklarken hiçbir şekilde kullanılmamakta olduğu vurgulanmıştır. Bu teorinin taksire ilişkin eski tanımların, yani “kayıtsızlık”, “acımasızlık”, “ilgi eksikliği”, “duygusal bozukluk” gibi kavramların tekrarından ibaret olduğu belirtilmiştir¹¹⁴².

Teoriye y nelt len bir diğer eleştiri ise psiko-karakteristik kusur anlayışının, bugün terk edildiği düşünülen fail kusuru anlayışına dayanmakta olduğu y n ndedir¹¹⁴³. Bu görüşe göre, ağır taksire ilişkin yargı, failin karakteri ve olu  şekli üzerine kurulur ise kişilik nedeniyle kusurluluk anlayışı tekrar kabul edilmiş olur¹¹⁴⁴. Kişilik yönünden sorumluluk anlayışı kabul edildiğinde ise failin ki ili i suçun unsurları arasına girmiş olur¹¹⁴⁵. Failin ki ili ini ve sosyal etik açısından kınanabilir olmayı ağır taksirin belirlenmesinde kullanan bu anlayış modern ceza hukukunda kabul edilemez¹¹⁴⁶. Günümüz ceza hukukunun amacı hukuksal yararları korumaktır, hukuksal yararları ihlal eden kişilerin kötü bir karaktere sahip olmalarının önüne geçmek de ildir¹¹⁴⁷.

Ağır taksir ile ilgili olarak bu teorinin kabul edilemeyecek olmasının bir başka nedeni ise, bu anlayış kabul edildiği takdirde hakimin kişisel görüşüne göre karar verecek olmasıdır. Ayrıca bu teori kabul edildiği takdirde, ağır taksirin varlığını ispatlamak oldukça güç olacaktır. Yargıç bu teoriyi benimseyerek hüküm verirken failin

¹¹⁴¹ Bockelmann (1967), s. 217.

¹¹⁴² Jescheck ve Weigend (1996), s. 422; Engisch (1930), s. 240, 451 vd.; von Sauer (1949), s. 156.

¹¹⁴³ Jescheck ve Weigend (1996), s. 423; Roxin (1992),   6, kn. 1 vd., s. 94 vd.,   19, kn. 21 vd., s. 542; E. Dolcini (1979a). *La commisurazione della pena. La pena detentiva*. Padova: Cedam, s. 289 vd.

¹¹⁴⁴ Fail kusuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. K. Engisch (1963). *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. Berlin: de Gruyter. (2. unveränd. Aufl. 1965); Fail kusurunun ele tirisi için bkz. A. Kaufmann (1976). *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*. Heidelberg: Winter, s. 187 vd.

¹¹⁴⁵ Dolcini (1979a), s. 293.

¹¹⁴⁶ Roxin (1997), s. 948

¹¹⁴⁷ Bkz. C. Roxin (1973). *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewu ter Fahrl ssigkeit. Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlin: de Gruyter, s. 217.

işsel davranışlarına bakmak zorunda kalacağı için daha büyük bir zorlukla karşılaşacaktır¹¹⁴⁸. Faili sorumlu bulma veya bulmama konusunda objektif bir ölçüt bulmak mümkün olmayacak, yargıcın sezgilerine dayanarak karar verilecektir¹¹⁴⁹.

2.4.2.2.2. *Sübjektif teori*

Alman öğretisinde psiko-karakteristik teori pek kabul görmemiştir. Öğretideki hakim anlayışa göre, ağır taksirin, taksir ile aynı özelliklere sahip bulunması gerekir. Taksiri meydana getiren unsurlar ağır taksirde de bulunmalıdır, ancak ağır taksir halinde bu özellikler taksirdekenden daha yoğun olmalıdır.

Taksirde bulunan unsurların ağır taksirde de bulunması gerektiği düşüncesinden yola çıkıldığında taksirin hangi unsurlarının ağır taksirde artmış olması gerektiği sorusu akla gelmektedir.

Öğretideki bazı yazarlar, ağır taksirde, basit taksire oranla sadece sübjektif unsurların artmış olmasını ararken, diğer bazı yazarlar ise, ağır taksirde, basit taksire oranla gerek objektif gerek sübjektif unsurlarda bir artışı gerekli görürler¹¹⁵⁰.

Sübjektif teoriye göre ağır taksir halinde, basit taksire göre sadece taksirin sübjektif ölçütlerinde bir artış olması yeterlidir.

Bu görüş doğrultusunda hareket eden Uekötter'e göre taksirin ağırlığı veya hafifliği, hareketi gerçekleştiren failin hareketi yaptığı sırada tipik neticeyi meydana getiren risk faktörlerini (*Risikokenntnis*) tanıma oranına göre belirlenecektir¹¹⁵¹: Failin risk faktörlerinin bilme oranı arttığı oranda, bu faktörleri bilmesine rağmen hareketinden vazgeçmeyen failin kusurluluk oranı da artacaktır¹¹⁵². Yazarın görüşüne göre eğer neticenin meydana gelmesi için on tane risk faktörü var ise, fail bunlardan ikisini biliyor ise faile herhangi bir taksir atfedilemez. Eğer bu faktörlerden üç ila beşini

¹¹⁴⁸ Bkz. Roxin (1992), § 10, kn. 78 vd, s. 195; Jescheck ve Weigend (1996), s. 423.

¹¹⁴⁹ Antolisei (2003), s. 335.

¹¹⁵⁰ Benzer tartışmalar daha önceki dönemlerde de yapılmıştır. Gerçekten, Große Strafrechtskommission'da 1959 tasarısı § 18, f. 3 görüşülürken, Welzel ağır taksirin iki şeyi ifade etmiş olabileceğine dikkat çekmiştir. Yazara göre ağır taksirde, davranış kuralının ihlaline dair özel bir ağırlık ve taksirin kınanabilirliğine ilişkin özel bir ağırlık söz konusu olabilir. Welzel, (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr. 12. Band, s. 136.

¹¹⁵¹ Uekötter (1993), s. 199 vd., s. 226.

¹¹⁵² Uekötter (1993), s. 236.

biliyor ise basit taksirle hareket etmektedir. Eğer bu faktörlerden altı ila sekizini biliyor ise ağır taksir ile hareket etmektedir. Eğer dokuzunu biliyor ise bir ayırım yapmak gerekir: neticeyi öngörmüş ise kasıtlıdır, neticeyi öngörmemiş ise bilinçsiz ağır taksirle hareket etmiştir. Eğer bütün risk faktörlerini biliyorsa kesinlikle kast ile hareket etmiştir¹¹⁵³.

Park'a göre de taksirin ağırlığının artması için sübjektif unsurda bir artışın bulunması gerekir. Yazar, basit taksirin (*Fahrlässigkeit*) sübjektif ve içsel bir karaktere sahip olduğu noktasından hareket ederek, failin basit taksire oranla hareketin belli bir netice meydana getirme riskini daha fazla anladığı durumlarda ağır taksirin bulunduğunu kabul etmektedir¹¹⁵⁴. Yazar, ağır taksirin varlığının belirlenmesinde, failin bilgi ve tecrübesi, fiziksel ve psikolojik problemleri, fiilin meydana getirildiği zaman ve yer, failin başka bir şekilde davranabilme ihtimali olup olmadığı, mağdurun özel bazı durumlarının olduğunun failce bilinip bilinmemesi ve taksirden önce failce temel kasıtlı bir suçun işlenip işlenmediğinin de önemi olduğunu vurgulamaktadır¹¹⁵⁵.

Sübjektif teoriyi kabul eden yazarlar, suçun objektif kısmını dikkate almamakla eleştirilmişlerdir. Alman öğretisine göre, taksir sübjektif alandan önce objektif alanda, yani tipik fiil alanında¹¹⁵⁶ belirlenmiş olmalıdır. Bu durum dikkate alındığında ağır taksirin, taksirin daha yoğun bir şekli olduğu kabul edildiğinde, bu kavramın objektif alan dikkate alınmaksızın açıklanmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılır. Bu görüşe göre, kusurluluğun tespitinde hukuka aykırı tipik fiil de önemli bir ölçüttür¹¹⁵⁷.

2.4.2.2.3. Objektif-sübjektif teori

Taksirin esasen tipik fiil üzerine kurulmuş olduğu kabul edildikten sonra, ağır taksirin varlığı için sadece sübjektif ölçüt değil, objektif ölçüt de dikkate alınacaktır.

¹¹⁵³ Uekötter (1993), s. 207.

¹¹⁵⁴ Y. K. Park (2000). *Die Leichtfertigkeit - Zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz*. Berlin: Weißensee Die Leichtfertigkeit, s. 7, 194.

¹¹⁵⁵ Park (2000). *Die Leichtfertigkeit*, s. 196.

¹¹⁵⁶ Engisch (1930), s. 241, 348; Roxin (1997), § 24, kn. 3, s. 679. Aynı yöndeki eğilimin İtalya'daki yansımaları için bkz. Forti (1990), s. 138 vd.; Fiandaca ve Musco (1989), s. 487; Veneziani (2003), s. 8.

¹¹⁵⁷ Burgstaller (1974), s. 204

Dolayısıyla ağır taksir bakımından tipik fiil ve kusurluluk açısından taksirin daha ağır derecede olduğu gözlenmektedir¹¹⁵⁸.

Alman öğretisinde hakim görüş olan ve basit ve ağır taksirin aynı unsurları içerdiği yönündeki bu anlayış, kendi içerisinde iki ayrı gruba ayrılmıştır.

Objektif-sübjektif teoriyi kabul eden yazarlardan bir bölümü, ağır taksirin “davranış kuralının açık ve ağır ihlali” şeklinde ortaya çıktığını kabul eder.

Maiwald’a göre, ağır taksir, failin davranışının ağır bir değersizlik içermesi halinde (*eine bestimmte Höhenmarke des Unwerts*) söz konusu olacaktır. Bu ise, ancak davranış kuralının çok açık bir ihlalinin olduğu hallerde mümkündür. Davranışın değersizliğini ölçmek için objektif bir ölçüte ihtiyaç vardır (*zunächst anhand eines objektiven Maßstabs*). Ancak bu objektif ölçütün sübjektif alanda yani kınanabilirlik alanında da uygulanabilmesi gerekir¹¹⁵⁹.

Diğer bazı yazarlar¹¹⁶⁰ da, ağır taksirin tipik özelliğini, davranış kuralının ağır ve açık ihlali olarak değerlendirmişlerdir. Bu yazarlar davranış kuralının ağır ve açık ihlalinin taksirin gerek objektif gerek sübjektif ölçütleriyle bağdaştırabilmişlerdir¹¹⁶¹.

Wegscheider, taksirin tüm unsurlarının ağır taksir bakımından da aranacağı noktasından hareket etmiştir¹¹⁶². Yazar, Alman hakim öğretisine göre taksirin unsurlarının objektif ve sübjektif açıdan davranış kuralının ihlali ve neticenin objektif ve sübjektif öngörülebilirliği olduğunu hatırlattıktan sonra, failin davranış kuralını bilebilecek ve başka şekilde davranabilecek durumda olmasına rağmen, çok önemli bir davranış kuralını ihlal etmesi durumunda veya çok önemli olmamakla birlikte pek çok davranış kuralını ihlal ettiğinde ağır taksirin bulunduğunu savunur. Ayrıca sağduyulu bir kişi, faille aynı şartlarda bulunduğu, neticenin büyük olasılıkla meydana gelebileceğini tespit ettiği durumda¹¹⁶³ (objektif öngörülebilirlik), fail de yarattığı

¹¹⁵⁸ K. Lackner, (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr., 12. Band, s. 137; Roxin (1997), § 24, kn. 80, s. 948; Birnbaum (2000), s. 209; Wegscheider (1986), s. 649.

¹¹⁵⁹ Maiwald (1974), s. 263-265.

¹¹⁶⁰ Roxin (1997), § 24, kn. 84; Jescheck ve Weigend (1996), s. 569; Tenckhoff (1976), s. 911 vd.; Küpper (1982), s. 30; J. Wessels ve W. Beulke (2000). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. (30. neubearb. Aufl.). Heidelberg: Müller, s. 218.

¹¹⁶¹ H. L. Günther (1999). *Der Zusammenhang zwischen Raub und Todesfolge (§ 251 StGB). Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*. Berlin- New York: De Gruyter, s. 551.

¹¹⁶² Wegscheider (1986), s. 649.

¹¹⁶³ Wegscheider (1986), s. 652.

büyük tehlikeyi algılayabilecek durumda ise veya algıladı ise (sübjektif öngörülebilirlik) ağır taksir ile hareket ettiği kabul edilir¹¹⁶⁴.

Daha yakın bir tarihte Birnbaum da, ağır taksirin objektif-sübjektif tanımını yapan ve gerek davranış kuralının ihlalinin (objektif ve sübjektif) ağırlaşması, gerekse öngörülebilirliğin (objektif ve sübjektif) ağırlaşması üzerine kurulan bir görüş ileri sürmüştür. Çok önemli olmayan bir davranış kuralının çok ağır ihlali halinde veya çok sayıda ve fazla önemli olmayan davranış kurallarının ihlali durumunda ağır taksir söz konusudur. Ayrıca “daha az öneme sahip olan davranış kuralı ihlalinin çok kolaylıkla öngörülebildiği hallerde de ağır taksir bulunmaktadır”. Ağır taksir halinde failin kınanabilirliğinin de daha yüksek düzeyde olduğunu da ifade eden yazar, buna dair herhangi bir örnek gösterememiştir. Birnbaum ağır taksirle hareket eden failin sübjektif açıdan bakıldığında “kayıtsız”¹¹⁶⁵ davrandığını belirtmiştir. Ancak, bu şekilde ağır eleştirilere uğramış olan psiko-karakteristik teoriye yaklaşmış ve böylece savunmakta olduğu taksirin objektif-sübjektif izahına dair teoriden uzaklaşmıştır.

Objektif-sübjektif teoriyi kabul eden bazı yazarlar ise, ağır taksiri “davranış kuralının (olağandışı ağır) ihlali temeline dayanmadan izah etmektedirler.

Ağır taksir durumunda taksirin tipik unsurlarında objektif ve sübjektif yönden derece artışı görüldüğünü kabul eden bu yazarlar ise, ağır taksirin tipik unsurunun davranış kuralının ağır ihlali olduğunu kabul etmezler. Bu yazarlara göre davranış kuralının ihlalinin, taksir açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹¹⁶⁶.

Roxin’e göre, ağır taksiri belirleyen unsur davranışın özel tehlikeliliğidir. Hukuki yararları korumayı amaçlayan objektivist bir ceza hukukunda ağır taksir sadece özel bir tehlikeliliği içeren davranışla açıklanabilir¹¹⁶⁷. Davranışın özel tehlikeliliğini belirlemek için sayısal bir ölçü kullanmak mümkün değildir, somut olayda söz konusu olan hukuki yarara göre bir değerlendirme yapılacaktır (örneğin hayatın tehlikeye atıldığı bir olayda ağır taksirin tespiti malvarlığının tehlikeye sokulduğu bir olaydan çok daha kolay olacaktır). Ayrıca ağır taksirin tespitinde davranışın sosyal değeri de dikkate alınacaktır (örneğin bir yere yetişmek için hızlı araba kullanmak ile bir yaralıyı hastaneye

¹¹⁶⁴ Wegscheider (1986), s. 653.

¹¹⁶⁵ Birnbaum (2000), s. 164-197.

¹¹⁶⁶ Roxin (1997), § 24, kn. 8 vd.

¹¹⁶⁷ Roxin (1997), s. 948.

yetiştirmek amacıyla hızlı araba kullanmak arasında taksirin ağırlığı konusunda fark bulunmaktadır)¹¹⁶⁸.

Schroeder’e göre ise, ağır taksirin varlığı için neticenin meydana geleceğinin açık bir biçimde belli olması gerekir. Neticenin meydana geleceğinin açık bir şekilde belli olmadığı hallerde de failin neticenin meydana gelme ihtimalini görmeye dair en ufak bir dikkat ve özen göstermediğı durularda ağır taksir bulunmaktadır¹¹⁶⁹.

Objektif-sübjektif teorilerde “davranış kuralının özel bir ağırlıkta ihlali” kavramına yer verilmiş olması ağır taksirin de normatif bir yapıya sahip olduğunu ortaya koymaktadır¹¹⁷⁰. Böylece “davranış kuralının ihlali” ifadesine yer veren basit taksir ile ağır taksir arasında bir uyum sağlanmaktadır.

Bu teorinin zayıf tarafı ise “davranış kuralının ağır ihlali”nin ne zaman gerçekleşeceğine ilişkin ölçütleri ortaya koyamamış olmasıdır.

Birnbaum ve Roxin tarafından kullanılmış olan, ihlal edilen hukuki yararın niteliğı kriteri, sözü edilen yazarlar farklı noktalardan hareket etmiş olsalar da ağır taksirin belirlenmesi konusunda pek de başarılı olamamıştır¹¹⁷¹.

Söz konusu yazarlara göre eğer ihlal edilen hukuki yarar çok önemli ise davranış da o oranda taksirli olacaktır. Örneğın silah kullanan bir kişinin davranışı bir kişinin hayatını tehlikeye soktuğunda ağır şekilde taksirli sayıldığı halde, sadece bir camı kırma tehlikesi yarattığında davranışı ağır taksirli sayılmayacaktır. Bu şekilde düşünüldüğü takdirde kişinin hayatını tehlikeye sokan her davranış ağır taksirli sayıldığından tüm taksirli öldürmeler otomatik olarak ağır taksir ile gerçekleştirilmiş sayılacaktır¹¹⁷².

Teoriye yöneltilen bir diğeri eleştirisi ise ağır taksirin sadece çok önemli hukuki yararları ihlal eden suçlarda değil, daha az öneme sahip hukuki yararları ihlal eden suçlar bakımından da öngörölmüş olmasını göz ardı etmesidir. Gerçekten, Alman kanun koyucusu sadece kişinin hayatı, ulusal güvenlik, kişinin özgürlüğü gibi değerleri değil aynı zamanda mal varlığı gibi daha az öneme sahip olan değerleri koruyan hükümlerde de ağır taksiri aramıştır. Aynı şekilde aynı hukuki yarar (örneğin hayat) ağır taksir ile

¹¹⁶⁸ Roxin (1997), s. 949; Jakobs (1983), s. 267.

¹¹⁶⁹ Schroeder (1993-2001), § 16 şerhi, kn. 213.; R. Maurach vd. (1995). *Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2*. (8. Auflage). Heidelberg: Müller, s. 380.

¹¹⁷⁰ Maiwald (1974), s. 262.

¹¹⁷¹ Jakobs (1983), s. 267; Birnbaum (2000), s. 259.

¹¹⁷² Birnbaum (2000), s. 165, 168.

ihlal edilebildiği gibi (örneğin, ölüm neticesi sebebiyle ağırlaşan ırza geçe veya yağma), basit taksirle de ihlal edilmesi mümkündür (örneğin § 222’de öngörülen taksirli öldürme).

Ayrıca belirtmek gerekir ki, hukuki yararın değeri ve niteliği konusunda yapılacak değerlendirme, kanunun yapılışı aşamasında bir önem arz eder. Hukuki yararın değeri, söz konusu davranışın kast ile mi, taksir ile mi, ağır taksir ile mi cezalandırılacağıının belirlenmesinde dikkate alınabilir. Hukuki yarar soyut cezanın kanun koyucu tarafından belirlenmesi açısından da önem arz edebilir. Ancak kanun koyucu tarafından söz konusu hukuki yararı ihlal eden suça dair norm belirlendikten sonra, suçla korunan hukuki yarar, normun uygulanması konusunda herhangi bir etkide bulunamaz¹¹⁷³.

2.4.2.2.4. Eklektik (karma-bağdaştırıcı) teori

Alman öğretisinde ağır taksire ilişkin görüşleri tam olarak inceleyebilmek için, hem psiko-karakteristik özellikleri, hem de taksirin objektif-sübjektif tipik unsurlarını temel alan karma teorilerin de ele alınması gerekmektedir.

Hem failin psiko-karakteristik özelliklerini dikkate alan, hem de öngörülebilirlik kavramına önem veren bu görüş sıklıkla uygulanmıştır.

Teorinin kabul ettiği öngörülebilirlik, sübjektif ve objektif öngörülebilirliği kapsayan bir anlam taşır. Buna göre, öngörülebilirlik sübjektif olmalıdır yani özel bir dikkatsizlik ve kayıtsızlık ile hareket eden fail, çok kolaylıkla öngörülebilecek (gözünün önünde bulunan- *die ihm aufdrängende Möglichkeit*) bir neticeyi öngöremediği takdirde ağır taksir ile hareket etmiş kabul edilmektedir¹¹⁷⁴.

Öngörülebilirlik ayrıca objektif bir öngörülebilirlik olarak da ele alınmıştır. Özel bir dikkatsizlik ve kayıtsızlık ile hareket eden fail, içinde bulunduğu şartlar, bariz bir şekilde neticenin meydana gelme ihtimalini gösterdiği halde (*die nach den Umständen naheliegende Möglichkeit*) bu olasılığı dikkate almadığında ağır taksirli kabul edilir¹¹⁷⁵.

Bazı durumlarda ise öngörülebilirlik hem objektif hem de sübjektiftir: Fail öylesine ağır bir dikkatsizlik ve kayıtsızlıkla hareket etmektedir ki, objektif bir gözlemci

¹¹⁷³ Schroeder (1993-2001), § 16 şerhi, kn. 212.

¹¹⁷⁴ Uekötter (1993), s. 179 vd.

¹¹⁷⁵ H. H. Körner (1994). *Betäubungsmittelgesetz Arzneimittelgesetz*. (4. neubearb. Aufl.). München: Beck, § 30, kn. 40, s. 758; Lackner ve Kühl (2001), s. 105; Rengier (1986), s. 125, dn. 38.

(*sich einem objektiven Betrachter aufdrängt*) için neticenin meydana gelebileceği açık bir şekilde ortadadır ve somut fail açısından da bu neticenin öngörülebilir olması gerekirdi denilebiliyorsa ağır taksir söz konusudur (*sich dem individuellen Täter zumindest hätte aufdrängen müssen*)¹¹⁷⁶.

Paeffgen tarafından yapılan ağır taksir tanımında da objektif-sübjektif unsurlar ile psiko-karakteristik durumların birlikte bulunduğu görülmektedir. Yazara göre, failce gerçekleştirilen hareket, fail basit taksirle hareket etmiş olsa idi mağdurun içinde bulunacağı durumdan daha tehlikeli bir duruma düşmesine neden olmuşsa (*über den Durchschnittsfall hinausgehende erkennbare Opfergefährdung*), fail ağır taksir ile hareket etmiş demektir. Yazara göre, fail, mağdurun hayatı için tehlike doğurucu bir davranış yaptığının farkında olarak hareket etmekte ise bilinçli ağır taksir söz konusu olacaktır. Bunun yanında, kişinin hayatına dair hukuki yarara yönelik tehlike kastıyla hareket eden fail de ağır taksirle hareket etmiştir. Son olarak, başkasının hayatını tehlikeye soktuğuna dair belirtiler bulunmasına rağmen, bunları dikkate almayan fail de ağır taksirle hareket etmiştir. Bu son durumda fail bilinçsiz taksir ile hareket etmektedir. Diğer bir deyişle fail sadece kendi çıkarlarıyla öylesine meşguldür ve aşırı derecede dikkatsiz ve başkalarının haklarına karşı öylesine kayıtsızdır ki neticeyi öngörememektedir¹¹⁷⁷.

Dikkat edilirse, üçüncü hipotez ilk iki hipotezi de içerisinde barındırmaktadır. Çünkü gerek bilinçli taksir halinde, gerek tehlike kastının bulunduğu hallerde fail sadece kendi hedeflerini ön planda tutmakta ve mağdurun hukuki yararlarına karşı dikkatsiz ve kayıtsız kalmaktadır¹¹⁷⁸.

Karma teori failin psiko-karakteristik özelliklerine vurgu yapmakla, ağır taksirden bahsedebilmek için failin kayıtsız, dikkatsiz davranması gerektiğini belirtmekle, somut olayda ağır taksirin bulunup bulunmadığının tespitinde yargıca yardımcı olabilecek bir çözüm yolu getirememiştir.

Paeffgen'in görüşleri ise şu nedenlerle eleştirilebilir: Yazar tarafından ileri sürülen ilk hipotezde ağır taksir, aslında bilinçli taksirdir. Buna göre bilinçli taksirin bulunduğu

¹¹⁷⁶ Günther (1999), s. 551.

¹¹⁷⁷ H. U. Paeffgen (1995). § 18 şerhi, *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges, Band I. 2, 1995.

¹¹⁷⁸ Bkz. Paeffgen (1989), s. 100.

her durumda ağır taksir de bulunmalıdır. Ancak bilinçli taksirin bulunduğu her olayda ağır taksirin de bulunduğu kabul edilemez.

İkinci hipotezde ise, ağır taksir, tehlike kastı ile aynı anlamda kullanılmıştır. Bu durumda taksirli fiiller kasıtlı olarak nitelenebilir hale gelir ki bu durum yasaya aykırıdır¹¹⁷⁹.

2.4.2.3. Derecesi yükselmiş öngörülebilirlik olarak ağır taksir

Ağır taksiri tanımlamaya yönelik olarak öğretide ileri sürülen görüşlerden yasanın sistematığıne en uygun olan görüş, ağır taksiri davranış kurallarının ağır şekilde ihlali olarak tanımlayan objektif-sübjektif görüştür. Teorinin ağır taksir tanımı, taksir ile ağır taksirin aynı yapıya sahip olduğunu ancak ağır taksirin, taksirin derecesi yükselmiş şekli olduğunu kabul etmektedir. Objektif-sübjektif teori taksir ile ağır taksir arasındaki farkı, taksiri düzenleyen normun içerisinde aramaktadır¹¹⁸⁰.

Eğer taksir, davranış kurallarına uyan model ajan ile somut failin davranışları arasındaki farklılığa dayanmakta ise, ağır taksir durumunda model ajan ile somut fail arasındaki davranış farklılığı daha fazla olacaktır¹¹⁸¹.

Hakim kanaate göre şehir merkezinde 60 km/saat hızla seyreden bir sürücü bir kimseye çarpıp ona zarar verirse, basit taksir ile hareket ettiği kabul edilir. Oysa şehir merkezinde 120km/saat hızla seyreden bir sürücü bir kişiye çarpıp ona zarar verirse, burada davranış kuralının ağır bir ihlali söz konusu olduğu için ağır taksir bulunmaktadır.

Davranış kuralının ağır ihlalinin hangi durumlarda söz konusu olduğunu söyleyebilmek için birtakım unsurların daha bilinmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere öngörülebilirlik taksirin unsurlarından biridir. Taksirin unsurlarından olan öngörülebilirliğin taksirin derecesinin tespitinde de rol alması gerekir. Bir netice kolaylıkla öngörülebilir olduğunda, fail ile model ajanın davranışları arasındaki farklılık da daha fazla olacaktır.

¹¹⁷⁹ G.A.De Francesco (1988). Dolo eventuale e colpa cosciente. *RIDPP*, s. 127.

¹¹⁸⁰ Bkz. Marinucci ve Dolcini (2006), s. 199.

¹¹⁸¹ Pagliaro (2003b), s. 493; Marinucci ve Dolcini (2006), s. 211; Dolcini (1979a), s. 279; Mantovani (1992), s. 367; Fiandaca ve Musco (1989), s. 708; Palazzo (2004), s. 149 vd.

Yukarıdaki örneğe dönecek olursak davranış kuralının öngördüğü sınırlara daha yakın seyreden sürücü için netice daha az öngörülebilirken, yani 60 km/saat hızla seyreden sürücü için netice öngörülebilir iken, davranış kuralının öngördüğü davranıştan uzaklaşıldıkça yani şehir içi hız sınırından uzaklaşıldıkça örneğin 120 km/saat hızda netice çok daha fazla öngörülebilirdir ve bu durumda failin ağır taksir ile hareket ettiği kabul edilebilir.

Somut olayda model ajan tarafından öngörülebilirlik, davranış kuralının ihlaline ilişkin bir ölçüt olarak kabul edilebilir. Bu ölçüt taksirde olduğu gibi, ağır taksirde de kullanılabilir¹¹⁸².

Alman öğretisinde öngörülebilirliğin, ağır taksirin tespitinde bir ölçüt olarak kullanılabileceği kabul edilmiştir¹¹⁸³.

İtalyan öğretisinde de taksirin derecesinin tespiti konusunda öngörülebilirlikten faydalanılabileceğini kabul eden çok sayıda yazar bulunmaktadır¹¹⁸⁴.

2.4.2.4. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan sorumluluğun ölçütü olarak ağır taksir

Yukarıda ağır taksir kavramının ne anlama geldiği üzerinde durulmuştu. Bu başlık altında ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından ağır taksir kavramı üzerinde durulacaktır. İlk olarak ağırlaştırıcı neticeden sorumluluk konusunda ağır taksirin, basit taksirden daha iyi bir filtre oluşturup oluşturmadığı incelenecektir. İkinci olarak ağır taksir kavramının kusur ile ceza arasındaki orantıyı sağlamakta etkin olup olmadığı ve son olarak da ağır taksirin arandığı suç hipotezlerinin sayısını artırmaya gerek olup olmadığı hususu değerlendirilecektir.

¹¹⁸² Jakobs (1983), s. 267.

¹¹⁸³ Wegscheider (1986), s. 652; Tröndle ve Fischer (2001), § 15, kn. 20; Jescheck ve Weigend (1996), Lehrbuch, s. 569; Birnbaum (2000), s.169, 197; Lackner ve Kühl (2001), s. 105.

¹¹⁸⁴ Carrara (1877), § 87, s. 93; G. B. Impallomeni (1916). *Istituzioni di diritto penale*. (2. rist. dell'ed. Postuma). (curata da V. Lanza). Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, s. 258; Romano (2004), art. 43, s. 471; Mantovani (1992), s. 368; C. Pedrazzi (2003). *Diritto penale*. Milano: A. Giuffrè, s. 871.

2.4.2.4.1. *Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan sorumluluk konusunda ağır taksir, basit taksire göre daha iyi bir filtre olabilir mi?*

Öğretideki bir görüşe göre, ağırlaştırıcı neticeden sorumluluk konusunda ağır taksir daha etkin bir filtre görevi göremeyecektir¹¹⁸⁵.

Bu görüşe göre, neticenin daha ağır olduğu her durumda, ağır taksir bulunduğundan, ağır taksir sorumluluk konusunda daha iyi bir ölçüt olarak değerlendirilemez¹¹⁸⁶.

Maiwald, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından taksir ile ağır taksirin aynı şeyi ifade ettiği görüşündedir. Yazar bu görüşe 1962 tasarısı § 18, f. 3'ün gerekçesinden yola çıkarak ulaşmıştır. Gerekçede ağır taksir için “aşırı vicdansızlık” ifadesine yer verilmişti. Yazara göre neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temelde istenen netice, zaten suç olan ve bu nedenle kınanabilir bir davranıştır. Fail bu temel suçun sonucu olarak daha ağır bir netice meydana getirdiğinde “aşırı vicdansızlık” zaten temel suçun istenmesi ile meydana geleceğinden ağır taksir ağırlaştırıcı netice bakımından daima bulunmaktadır¹¹⁸⁷.

Roxin de taksir ile ağır taksirin aynı şeyi ifade ettiğini savunur. Yazara göre, “özel bir ağırlığa sahip tehlikeli davranış”ın gerçekleştirildiği durumlarda ağır taksir bulunmaktadır. Ancak davranış her zaman özel bir tehlikeliliği içermemektedir. Bu tehlikelilik korunan hukuki yarara ve failin davranışına sosyal açıdan verilen değere göre belirlenir. Roxin’e göre temel kasıtlı suç zaten kınanabilir bir davranıştır. Ağırlaştırıcı kısım ise hayatı korumakta ise - ki bu hukuki yarar çok önemli bir değere

¹¹⁸⁵ Birnbaum (2000), s. 278; Maiwald (1974), s. 269.

¹¹⁸⁶ Bkz. Roxin (1997), s. 949; bkz. Wolter (1981), s. 169; Maiwald (1974), s. 267; Birnbaum (2000), s. 277.

¹¹⁸⁷ Maiwald (1974), s. 266 vd.

Maiwald’ın görüşü 1962 tasarısı § 18, f. 3’e çok fazla önem vermesi nedeniyle eleştirilmiştir (Tenckhoff (1976), s. 909 vd.). 1962 tarihli tasarı § 18, f. 3’de yer alan “aşırı vicdansızlık” neticenin öngörülmesi üzerine oturtulmuş bir kavramdır. Dolayısıyla burada söz konusu olan bilinçli taksir şeklinde ortaya çıkan bir ağır taksirdir (Birnbaum (2000), s.108 vd.). Eğer aşırı derecede dikkat ve özen eksikliği” ağır taksiri oluşturuyorsa ve bu ifade bilinçli taksiri ifade ediyorsa “bilinçli taksir=ağır taksir” sonucuna ulaşılır. Ancak bu görüş kabul edilemez. Aynı şekilde Maiwald da ağır taksirin bilinçli ve bilinçsiz taksir şeklinde ortaya çıkabileceğini kabul etmektedir (Maiwald (1974), s. 261). Ayrıca “aşırı vicdansızlık” kavramı psikolojik bir kavramdır. Oysa Maiwald’ın kendisi ağır taksirin davranış kurallarına normalin ötesinde riayetsizlik olarak normatif bir kavram olduğunu ifade etmiştir.

sahiptir- ağır taksir daima bulunmaktadır. Bu ağır taksir, basit taksirden çok az bir miktar daha ağır bir taksirdir¹¹⁸⁸.

Alman öğretisindeki hakim görüşe göre ise, taksir kavramından ağır taksir kavramına geçiş neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluğu daha fazla sınırlamaktadır¹¹⁸⁹. Ağır taksir, ağırlaşmış neticeden sorumluluk konusunda, basit taksire göre daha iyi bir filtre görevi görmektedir¹¹⁹⁰.

Ağır taksirin ispatı konusunda ise sadece soyut öngörülebilirlik yeterli değildir, ağırlaşmış netice bakımından özel bir davranış kuralının ihlali de gereklidir¹¹⁹¹.

Yağma neticesi ağır taksir ile ölüme neden olma suçunda (Al.CK § 251), sadece ağırlaşmış neticenin öngörülmüş olması ile § 18’de yer alan taksire ilişkin tek şartın gerçekleştiği, temel kasıtlı suçun işlenmesi ile davranış kuralının da ihlal edildiği görüşü kabul edilemez¹¹⁹². Sadece yağmanın işlenmiş olması ağır taksirin varlığını göstermez. Aksi halde her yağma suçu işlendiği durumda ağır taksirin varlığı kabul edilirse, bu sübjektif unsurun (ağır taksir) bulunmasının bir anlamı bulunmazdı¹¹⁹³.

Genellikle, ağır taksirin varlığından bahsedebilmek için davranış kuralının ağır şekilde ihlali aranmaktadır¹¹⁹⁴. Ancak her temel suçun işlenmiş olması ile ağırlaşmış netice bakımından davranış kuralının ağır ihlali söz konusu olamaz¹¹⁹⁵.

§ 18’da aranan taksirin varlığı için sadece soyut öngörülebilirliğin bulunmasını yeterli gören yazarlar da, ağır taksirin, taksirin içeriğindeki zayıflamaya karşı daha dirençli olduğunu kabul ederler.

Lackner, Al.CK § 251 metnine ağır taksirin ilavesinden sonra, failin hukuka aykırı amaçlar güderek hareket etmesi ve bu nedenle ağır şekilde kınanabilir olmasının ağır

¹¹⁸⁸ Roxin (1997), s. 949.

Roxin’in görüşü, ağır taksirin ihlal edilen hukuki yarara göre belirlenmesinin mümkün olmadığı yönünde eleştirilmiştir. Yazar görüşünü “davranışın özel tehlikeliliği” üzerine oturtmaktadır, taksirin varlığı için davranış kuralının ihlali şart koşmamaktadır. Böylece Roxin, taksirin varlığı için gerekli unsurlardan birini gereksiz görmektedir ve bu nedenle eleştirilmektedir.

¹¹⁸⁹ Tenckhoff (1976), s. 909 vd., özellikle s. 912.

¹¹⁹⁰ Marinucci (2003), s. 373; karşıt görüş için bkz. Bondi (1999), s. 343 vd., Castaldo (1989a), s. 325 vd.

¹¹⁹¹ Karşıt görüş için bkz. Wegscheider (1986), s. 655.

¹¹⁹² Günther (1999), s. 551.

¹¹⁹³ A. Eser (1997). § 251 şerhi, *Schönke-Schröder Kommentar*. (25., neubearb. Aufl. / von Theodor Lenckner). München: Beck, kn. 6, s. 1767.

¹¹⁹⁴ Bacher (1999), s. 41.

¹¹⁹⁵ Küpper (1982), s. 31.

taksirin varlığı için yeterli olmadığını kabul eder. Aksi takdirde ölümle neticelenen her neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç bakımından ağır taksirin varlığı kabul edilirdi. Ancak kanun koyucu ölümün meydana geldiği her olayda ağır taksiri kabul etmeyi amaçlamamaktadır. Kanun koyucu temel suçu işleyen failin ağırlaşmış neticeden de sorumlu olacağı halleri sınırlamak istemektedir¹¹⁹⁶.

Lackner'den çok daha açık bir ifadeyle Wessels de ağır taksirin bulunduğu hallerde davranış kurallarının ağır şekilde ihlalinin söz konusu olduğunu ifade eder¹¹⁹⁷. Yazara göre, ölümle neticelenen yağma suçlarında, ağır taksirin varlığı sadece yağma suçunun işlenmiş olmasına dayandırılmaz. Aksi taksirde öngörülebilir her ölüm neticesinin ağır taksir ile işlenmiş olduğu kabul edilmelidir. Bu ise § 18'in sorumluluğu sınırlandırma amacı ile çatışmaktadır¹¹⁹⁸.

Jescheck de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından § 18'de yer alan taksirin sadece öngörülebilirliğe dayandığını ifade ettikten sonra, davranış kuralının ihlalinin temel suçun işlenmesi ile gerçekleştiğini ifade eder. Yazar da ağır taksirin varlığından bahsedebilmek için davranış kuralının ağır ihlalinin bulunması gerektiğini belirtir¹¹⁹⁹.

Ağır neticenin faile yüklenebilmesi için ağır taksirin bulunması yani davranış kuralının ağır ihlali aranmaktadır. Davranış kuralı ile öngörülebilirlik arasındaki ilişki konusunda yukarıdaki açıklamaları hatırlarsak, bir davranış kuralının ihlali ispat edildiğinde bu aynı zamanda somut öngörülebilirliğin (daha yüksek derecede bir öngörülebilirlik) de araştırılması sonucunu doğuracaktır. Bu da taksir ile netice arasındaki ilişkinin ispatı sonucunu doğuracaktır.

2.4.2.4.2. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kusur ile ceza arasında orantının sağlanmasında ağır taksirin etkisi

Alman öğretisindeki bazı yazarlar neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından ağır taksirin bu suçlardan sorumluluğu sınırlamakla kalmayıp, aynı zamanda kusur ile

¹¹⁹⁶ Lackner ve Kühl (2001), § 251, kn. 2.

¹¹⁹⁷ Wessels ve Beulke (2000), s. 231.

¹¹⁹⁸ J. Wessels ve T. Hillenkamp. *Strafrecht, besonderer Teil, Band 2*. Heidelberg: Müller, s. 143

¹¹⁹⁹ Jescheck, H. H. (1988). *Lehrbuch des Strafrechts*. (4. Aufl.). Berlin: Duncker & Humblot, s. 516; Jescheck ve Weigend (1996), s. 572, dipnot 48.

ceza arasındaki dengenin oluşturulmasına da hizmet ettiğini ifade etmişlerdir¹²⁰⁰. Bu görüşe göre daha yüksek derecede bir taksirin kullanılması, fiilin de ağırlığını göstermektedir¹²⁰¹. Suçtaki bu ağırlık, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından fikri içtimadan daha ağır bir cezanın belirlenmiş olmasını açıklar¹²⁰².

Ancak bazı yazarlar ağır taksirin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan sorumluluk hallerini azaltmış olsa da, kusur ilkesi ile ağırlaşmış suç arasındaki bağı tam olarak sağlayamadığı kanaatindedirler. Gerçekten, ölüm neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, ölüm neticesi ağır taksir ile meydana getirildiğinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç için verilen ceza (bkz. ağır taksirle ölüme neden olma suçu Al.CK § 222), kasıtlı suç ile meydana gelen ağır taksir ile işlenmiş öldürme suçlarının fikri içtimai ile elde edilen cezadan daha ağırdır¹²⁰³.

2.4.3. Uygulama

2.4.3.1. *Ölüm neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır taksirin arandığı yargı kararları*

Ölüm neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda bu neticeden sorumluluk için ağır taksirin arandığı pek çok karar bulunmaktadır¹²⁰⁴.

Öğretide olduğu gibi Alman uygulaması da ağır taksire ilişkin pek çok tanım getirmiştir. Bir kısım kararlarda, model ajan bakımından neticenin öngörülebilirlik düzeyinin yüksek olduğu durumlarda ağır taksirin bulunduğu belirtilmiştir. Bu kararlarda somut olayda, davranış kuralının ağır ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda, öngörülebilirliğin yüksek olduğu tespit edilmiştir. Sağduyulu bir model ajan tarafından ağırlaşmış neticenin kolaylıkla öngörülebilir kabul edildiği durumlarda davranış kuralının ağır ihlali söz konusu olacaktır. Dolayısıyla ağır taksir neticenin

¹²⁰⁰ Jescheck ve Weigend (1996), s. 572.

¹²⁰¹ H. L. Günther (1998). § 251 şerhi, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, (5. Aufl.), kn. 18.

¹²⁰² Schroeder (1993-2001), § 18 şerhi, kn. 34, s. 139; Rengier (1986), s. 124 vd., özellikle s.142; Roxin (1997), § 10, kn. 111, s. 277.

¹²⁰³ Lorenzen (1981), s. 54.

¹²⁰⁴ Ancak, ağır taksirin içeriği üzerinde durulan yargı kararlarının sayısı oldukça azdır. Birnbaum (2000), s. 58.

meydana gelme ihtimalinin çok yüksek olduğu ve bu nedenle kolaylıkla öngörülebilir olduğu durumlarda söz konusudur.

Ağır neticenin öngörülebilirliğinin yüksek olduğu ve bu nedenle ağır netice bakımından ağır taksirin bulunduğu kabul eden kararlardan birkaç örnek inceleyecek olursak;

1) A ve B, A'nın tanıdığı 88 yaşında ve tek başına yaşayan bir kadının evine girerler. Daha sonra yaşlı kadını bağlayarak, bağarmaması için de ağzını bir bant ile kapatırlar. Telefonun kablosunu da çekerler. Evdeki para ve mücevherleri alarak yaşlı kadını bağlı şekilde bırakıp oradan uzaklaşırlar. Yaşlı kadın kendisini bağlardan kurtaramaz ve ağzındaki bant nedeniyle havasızlıktan ölür¹²⁰⁵.

Yüksek Mahkeme bu olayda failleri ölümle neticelenen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yağma (Al.CK § 251) suçundan sorumlu tutmuştur. Burada ölüm neticesi faillere ağır taksir ile yüklenmektedir.

Mahkemeye göre, bu olayda ağır taksirin varlığı açık bir şekilde ortadadır. Sağduyu sahibi olan herkes 88 yaşındaki yaşlı bir kadının yağmanın ve üzerinde kullanılmış fiziksel kuvvetin yarattığı travma etkisi altında ve bağlı bir şekilde ve yardımına gelebilecek kimsenin olmadığını bilerek bırakıldığında ölebileceğini öngörebilir. O halde ölüm neticesi, açık bir şekilde öngörülebilir bir neticedir.

2) C ve diğer bazı terörist örgüt üyeleri, dolu silahlarla bir bankaya soygun yapmaya giderler. Soygunu yaptıktan sonra pek çok kişinin bulunduğu bir alışveriş merkezine kaçarlar. Bankanın bazı memurları ve polisler soyguncuların ardından koşarlar. Özellikle polis D ve fail C karşılıklı olarak birbirlerine ateş ederler. C'nin D'yi hedefleyerek sıktığı kurşunlardan biri D'ye isabet etmek yerine yoldan geçen bir kişiye isabet eder ve söz konusu kişi ölür¹²⁰⁶.

BGH doğrudan veya olası kastın bulunmadığını belirterek C'yi ağır taksir ile meydana gelen ölüm neticesi dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yağma suçundan sorumlu tutar (Al.CK § 251).

Mahkemeye göre bu olayda da ağır taksirin varlığı açıktır. Söz konusu kişiler dolu silahlarla soygun yapmak dışında kalabalık bir yere kaçmış ve silahla ateş etmiştir.

¹²⁰⁵ BGH 12.4.1988 (BGHSt 35, s. 257; NStZ 1989, s. 225).

¹²⁰⁶ BGH 15.5.1992 (BGHSt 38, s. 295; NStZ 1992, s. 589).

Böyle bir durumda herhangi bir sağduyulu kişi bakımından ölüm neticesi kolaylıkla öngörülebilir bir neticedir.

3) E, F ve G'den, nefret ettiği L ve M'nin çalıştıkları CD dükkanını soymak için yardım ister. F ve G söz konusu teklifi kabul ederler ve olaya H'nin de dahil edilmesini önerirler. F ve G'ye göre, H'nin daha önce gerçekleştirdikleri fiiller ve hayat tarzı bu suçun işlenmesini bir hayli kolaylařtıracakđ izlenimini oluşturmaktadır. H, daha önce bir kişiyi öldürmüş olan İ'nin de olaya dahil edilmesini önerir. Sanıklar bu fiili planlamak için birkaç kez bir araya gelirler ve bu sırada E'nin mesleki rakiplerinden birini de öldürmeyi tasarlarlar. Bu soygunu gerçekleştirmek için 12 cm uzunluğunda kesici kısmı bulunan iki bıçak, iki tabanca ve bir küçük yay götürmeyi kararlaştırırlar. Ayrıca gerekirse bu silahların kullanılmasına da karar verirler. Özellikle, mağdurlardan L, parayı vermez ise bir bacağını yaralayabileceklerini söylerler. Ayrıca E, ortaklarından mağdurlara mümkün olan bütün zararın verilmesini ister. Bu nedenle bütün sanıklar bu şartlar altında ölüm neticesinin de meydana gelebileceğini öngörebilecek durumdadırlar. Daha önce kararlaştırdıkları üzere F, G, H ve İ, L ve M'nin dükkânına giderler. Ancak sözü edilen parayı L ve M'nin kendilerini savunmaları nedeniyle elde etmekte zorlukla karşılaşırlar. H, yay ile L'nin bacağını yaralamakta güçlük yaşar. L, H'nin elindeki yayı düşürmeyi başarır. Bunun üzerine H, L'yi öldürme kastı ile pek çok defa göğsünden, karnından ve sırtından yaralar. Sesleri duyan komşulardan birinin gelmesi üzerine sanıklar parayı almadan olay yerinden kaçarlar. L, aldığı bıçak yaralarının etkisiyle kısa bir süre sonra ölür¹²⁰⁷.

İlk derece mahkemesi sanıkları ölüm neticesi sebebiyle teşebbüs halinde kalmış neticesi sebebiyle ağırlaşmış yağmadan (Al.CK § 251) sorumlu tutmuştur. BGH olay mahkemesinin kararını onaylar. Ayrıca şu eklemeleri yapar: H kasten öldürme suçunu işlemiştir. Diğerleri ise en azından ağır taksir ile hareket etmişlerdir.

Mahkemeye göre, bu olayda da ağır taksir söz konusudur. Yağmanın planlanış şeklinden ölüm neticesinin meydana gelebileceği kolaylıkla öngörülebilir niteliktedir. Ayrıca söz konusu olayda geçmişte şiddet içeren fiiller işleyen kişiler şerik durumundadır ve gerekirse mağdurları öldürme, mağdurlara mümkün olduğunca çok zarar verme, silahlı olarak gitme ve gerekirse kullanma konusunda anlaşmış bulunmaktadırlar. Bunun dışında gerekli olması halinde düşündüklerinden daha fazla

¹²⁰⁷ BGH 27.5.1998 (NJW 1998, s. 3361; NStZ 1998, s. 511).

kuvvet kullanabileceklerinin de bilincindeydiler. Dolayısıyla öylesine tehlikeli bir durum yaratmışlardır ki, ağır bir neticenin meydana gelebileceği kolaylıkla öngörülebilir durumdadır¹²⁰⁸.

Ağır neticenin öngörülebilirlik derecesinin yüksek olmadığı durumlarda ise uygulama ağır taksirin bulunmadığı yönünde kararlar vermiştir. Bu kararlara da kısaca göz atacak olursak:

6) R, bir miktar eroin satın alır ve bu eroinin normal eroinden daha fazla bir etki yaptığını fark eder. R, birkaç saat sonra bu eroinden bir miktarını S'ye verir. S, R'nin yanında iken 0,1 gr. eroini hazırlar ve kendine enjekte eder. Kısa bir süre içerisinde S ölür¹²⁰⁹.

Olay mahkemesi R'yi ağırlaşmış taksir ile neden olunan ölüm neticesi dolayısıyla ağırlaşmış uyuşturucu madde dağıtım suçu (§ 30, f. 1, b. 3, BtMG) sorumlu tutar. BGH ise söz konusu maddenin, olayda ağır taksirin bulunmaması dolayısıyla uygulanamayacağına karar vermiştir. BGH'ye göre ölüm neticesi bakımından ağır taksir, failin davranışı ile ölümün meydana geleceğinin açık bir şekilde belli olduğu durumlarda, bu duruma aldırış etmeksizin failin hareketine devam etmesi halinde söz konusudur.

Bu olayda BGH şu nedenlerle olayda ağır taksir bulunmadığına karar vermiştir:

- S bir hafta önce R'den bir doz eroin almış ve R'nin gözü önünde bu eroini kullanmış ve herhangi bir şey olmamıştır.
- R, S'ye eroini verirken eroinin saf olduğunu başka maddelerle karıştırılmadığını ve bu nedenle daha fazla etki ettiğini söylemiştir.
- R de olaydan birkaç saat önce aynı eroinden, aynı dozda kullanmıştır ve herhangi bir sorun yaratmamıştır.
- S, biraz sarhoş olsa da eroini alırsa rahatsızlanacağına dair herhangi bir belirti göstermemektedir¹²¹⁰.

¹²⁰⁸ Benzer kararlar için bkz. BGH 10.11.1999 (3 StR 331/99 www.hrr-straftrecht.de); BGH 11.2.2000 (NJW 2000, s. 1661; NStZ 2000, s. 265).

¹²⁰⁹ BGH 9.11.1984 (BGHSt 33, s. 66; NStZ 1985, s. 319).

¹²¹⁰ Mahkeme, mağdurun bilerek ve isteyerek tehlikeye atılması teorisine dayanarak failin sorumluluğuna gitmemiştir. Söz konusu teori ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Roxin, BGH 14.2.1984 tarihli karar incelemesi, NStZ 1984, s. 411; Roxin, BGH 9.11.1984 tarihli karar incelemesi, NStZ 1985, s. 319; O. Di Giovine (2003). *Il contributo della vittima nel delitto colposo*. Torino: G. Giappichelli, s. 109 vd.; Mezzetti (2004), s. 2850 vd.

7) T ve U, bir mücevher dükkânını soymaya giderler. U, mücevherleri alırken, T boş bir silahı dükkânın sahibi V (56 yaşında ve daha önce kalp krizi geçirmiş ve kısa bir süre içerisinde bypass ameliyatı olması gereken bir kimsedir) ve karısı Z'ye doğrultur. U, V'den vitrindeki mücevherleri de almasını ister. Bu sırada V kalp krizi geçirerek ölür¹²¹¹.

Mahkeme olayda ağır taksirin bulunmaması nedeniyle ölüm neticesi dolayısıyla ağırlaşmış yağma suçundan (Al.CK § 251) sorumluluğu kabul etmez ve sanıkların yağma ve taksirli insan öldürme suçundan fikri içtima hükümleri uygulanarak sorumlu olacaklarına karar verir.

Somut olayda, soyguncular V ve Z'ye herhangi bir şey olmayacağını söylemişler, boş bir silah kullanmışlar ve V ve Z'ye karşı herhangi bir fiziksel şiddet uygulamamışlardır. Aynı zamanda Z'nin fiziksel yapısı, kalp hastalığı bulunduğu ve kalp krizinden ölebileceği izlenimi yaratacak herhangi bir belirti göstermemektedir. Bu nedenle ağır taksirin bulunmadığı yönündeki bu karar yerindedir. Eğer failer mağdurlar üzerinde ağır bir fiziksel şiddet uygulamış ve ağır yaralı şekilde mağdurları bırakmış olsalardı ağır taksir ile neticeden sorumlulukları söz konusu olabilirdi.

Ancak kararda faillerin taksirli insan öldürmeden dolayı sorumlu tutuldukları görülmektedir. Bu karar kanaatimizce hatalıdır. Çünkü ağır taksirin bulunmadığını ifade etmek için kullanılan gerekçeler aynı zamanda somut olayda basit taksirin varlığını da reddetmemize neden olan gerekçelerdir. Olayda neticenin somut öngörülebilirliği bulunmamaktadır.

8) F, 20 yaşındaki bir genç olan ve ara sıra uyuşturucu madde kullanan G'ye beyaz eroin (normal eroine göre çok daha güçlü bir uyuşturucudur) verir. Uyuşturucuyu verirken damar yoluyla almamasını, burun yoluyla almasını tavsiye eder. G bu eroini burun yoluyla aldıktan kısa bir süre sonra ölür¹²¹².

BGH, uyuşturucu madde dağıtılması nedeniyle ölüme neden olmaya ilişkin hükmün (§ 30, f. 1, b. 3, BtMG) ağır taksirin bulunmaması nedeniyle uygulanamayacağını ve ölüm neticesi açısından basit taksirin dahi bulunmadığını kabul eden olay mahkemesinin kararını onaylamıştır. Böylece faili taksirli ölüme neden olma suçundan (Al.CK § 222) da sorumlu tutmamıştır.

¹²¹¹ OLG Nürnberg 4.9.1986 (NStZ 1986, s. 556).

¹²¹² BGH 11.4.2000 (NJW 2000, s. 2286).

9) 20.10.1992 tarihli BGH kararında ise, ağır taksirin içeriğine dair az da olsa bir açıklık getirilmiştir. Mahkeme, ölüm neticesi dolayısıyla ağırlaşmış yağma (Al.CK § 251) suçunun, ölümün kasıtlı şekilde gerçekleştirilmiş olması durumunda da uygulanacağını ifade etmiştir¹²¹³. Bu kararda, ağır taksirin, taksirin derecesinin artırılmış şekli olduğu ifade edilmiştir.

10) BGH bir başka kararında ise ağır taksirin bilinçsiz taksir şeklinde de ortaya çıkabileceğini ifade eder¹²¹⁴.

2.4.3.2. Değerlendirme

Yüzeysel bir analiz yapıldığında uygulamada genel kabul görmüş bir ağır taksir tanımı yapılamadığı söylenebilir¹²¹⁵. Ancak daha detaylı bir inceleme yapıldığında, neticenin somut olarak kolaylıkla öngörülebilir ve meydana gelmesi ihtimalinin yüksek olduğu, yani somut fail ile aynı şartlar altında bulunan sağduyulu bir kişi tarafından neticenin meydana gelmesi tehlikesinin bariz şekilde ortada olduğunun kabul edildiği durumlarda ağır taksir bulunmaktadır. Eğer bu yüksek düzeyli öngörülebilirlik bulunmuyor ise, ağır taksirin de bulunmadığı kabul edilmelidir.

Kanun koyucu tarafından ağır taksirin tanımı yapılmamıştır. Ayrıca öğreti ve uygulamada da genel kabul görmüş bir tanım yapılamamıştır. Bu nedenle ağır taksirin içeriği kolaylıkla değiştirilebilir durumdadır.

Alman uygulamasında, öngörülebilirliğin derecesinin yüksek olması ağır taksirin değerlendirilmesinde bir kriter olarak kullanılmamaktadır. Ancak ağır taksirin bulunduğu kabul edildiği kararlarda, öngörülebilirliğin derecesinin yüksekliği ortak bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. İncelenen kararlarda da görüldüğü üzere, uygulama ağır taksirin varlığını ispat etme konusunda güçlük çekmekte, ağır taksir ağırlaşmış neticeden sorumluluk konusunda pek kullanılamamaktadır. Genellikle temel suç ile meydana gelen ağır netice arasındaki doğrudanlık bağlantısı veya mağdurun kendisini riskli bir duruma sokup sokmadığı üzerinde durulmuştur. Bu da ağır taksirin

¹²¹³ BGH 20.10.1992 (BGHSt 39, s. 100; NJW 1993, s. 1662).

¹²¹⁴ BGH 1.2.2000 (NStZ 2001, s. 24).

¹²¹⁵ Birnbaum (2000), s. 83 vd.

neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan sorumluluk kriteri olması konusunda bazı tereddütler doğurmaktadır.

Ancak basit taksirin de zaman içerisinde orijinalinde var olan içeriğinin büyük bir kısmını kaybettiği ve basit taksirin neredeyse her olayda varlığının kabul edilmekte olduğu da göze çarpmaktadır.

2.4.3.3. Ağır taksirin, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar haricindeki durumlardaki görünümü

Öncelikle belirtmek gerekir ki ağır taksir, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar haricindeki diğer suçlar bakımından da, taksirin derecesi ağırlaştırılmış şekli¹²¹⁶ veya özel bir ağırlığa sahip taksir¹²¹⁷ olarak değerlendirilir. Bu tür suçlarda ağır taksir ile kast arasında bir bağlantı bulunduğu da gösterilmektedir. Ağır taksirin kasta çok yakın olduğu ifade edilmiştir¹²¹⁸. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar dışındaki suçlarda da ağır taksir, bilinçli taksir şeklinde ortaya çıkmak zorunda değildir¹²¹⁹. Bu suçlarda da ağır taksirin tespiti için somut olayın özelliklerini dikkate almak gerekmektedir. Korunan hukuki yarar ağır taksirin varlığı veya yokluğunu tespit açısından önem arz etmez korunan hukuki yarar zaten soyut cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır¹²²⁰. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar dışındaki bu tür suçlarda da ağır taksir psiko-karakteristik özellikte bir kavram olarak ele alınmıştır. Burada da ağır taksir ağır bir dikkatsizlik veya vicdansızlık veya kayıtsızlık olarak değerlendirilmiştir¹²²¹.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar haricindeki suçlarda da ağır taksir bir davranış kuralının ağır ihlali veya uyulması zorunlu olan bir emrin ihlali halinde

¹²¹⁶ BGH 13.4.1960, (BGHSt 14, s. 241) (Karar bugün yürürlükten kaldırılmış olan ağır taksirle işlenen iftira suçu-§ 164, f. 5 (eski metni) StGB- hakkında verilmiştir); BGH 4 StR 79/73, (MDR 1973, s. 728), OLG Bremen 26.4.1985, (StV 1985, s. 282), (Kararlar ağır taksirle vergi kaçırma suçuna -§ 402, f. 1, Regolamento fiscale dell'Impero- dairdir).

¹²¹⁷ OLG Karlsruhe 17.11.1960, (BB 1961, s. 437) (Karar, ağır taksir ile vergi kaçırma suçuyla ilgilidir).

¹²¹⁸ BGH 17.7.1997, (BGHSt 43, s. 158).

¹²¹⁹ BGH 23.2.1994, (StV 1994, s. 48). (Karar belgelerin ulusal güvenliği tehlikeye sokacak şekilde ağır taksirli olarak üretilmesi ve dağıtılmasına -§ 109g, f. 4, StGB- dairdir).

¹²²⁰ OLG Köln 22.6.1976, (MDR 1977, s. 66).

¹²²¹ OLG Hamm 14.12.1982, (NStZ 1983, s. 459).

meydana gelebilir. Ağır taksirin kabulü için, herhangi bir kimse tarafından neticenin öngörülebiyecek durumda olması¹²²² kriteri de kullanılmıştır.

¹²²² BGH 13.4.1960, (*BGHSt* 14, s. 241).

Üçüncü Bölüm
Türk Hukukunda
Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda
Ceza Sorumluluğunun Esası

1. Genel Olarak

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, gerek 765 sayılı TCK'da, gerekse 5237 sayılı TCK döneminde, özellikle suçun manevi unsuru kapsamında en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan iktibas edilen 765 sayılı TCK, kural olarak kusur ilkesine bağlı kalma yönünde bir eğilim gösterse de kastı aşan suçlar ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından objektif sorumluluğu kabul etmiştir. Öğretide bu suçlar bakımından da kusursuz sorumluluğun değil, kusuru aşan sorumluluğun bulunduğunu savunan yazarlar da bulunmaktaydı¹²²³.

5237 sayılı kanun ile objektif sorumluluk hipotezlerinin kanundan çıkarılması amacıyla neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, failin kastettiğinden daha ağır veya başka neticeden sorumlu olabilmesi için en azından taksirli olması aranmıştır. Benzer bir hükmü benimsemiş olan Almanya'da, ağırlaşmış neticeden sorumluluk için sadece taksirin öngörülmesinin, kusura dayanan sorumluluğu garanti altına almak bakımından tüm sorunların aşılmasını sağlamadığı bir önceki bölümde incelenmiştir. Bu bölümde, Almanya örneğinden de yararlanarak Türk hukukunda yaşanabilecek bazı sorunlar üzerinde kısaca durulacaktır.

¹²²³ Bkz. M. E. Artuk vd. (2002). *Ceza hukuku genel hükümler I*. Ankara: Seçkin yayınevi, s. 242 vd.

2. Tarihi Gelişim

2.1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

765 s. TCK, kastın aşılması suretiyle işlenen suçlar ve neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından fail ile gerçekleşen ağır netice arasında sübjektif bir bağ aramaksızın cezai sorumluluğu kabul etmekteydi. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suç tipleri, objektif sorumluluk kurumunun en tipik uygulamasını oluşturmaktaydı¹²²⁴. 765 sayılı TCK döneminde, kastı aşan suçlar ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların gerçekten birer kusursuz sorumluluk halleri mi olduğu konusu üzerinde oldukça yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Bu tartışmalara objektif sorumluluk ile ilgili genel açıklamaların yer aldığı, çalışmanın birinci bölümünde değinildiğinden burada tekrar edilmeyecektir.

Kastı aşan suçlar ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde de suça etki eden bir neden değil bağımsız birer suç olarak kabul edilmişlerdir¹²²⁵. Ancak bu suçlarda verilecek ceza, suçun kasten işlenen şeklinden indirim yapmak suretiyle tespit edilmekteydi.

2.1.1. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların genel dayanağı olarak 765 sayılı TCK'nın 45. Maddesi

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ve kastın aşılması suretiyle işlenen suçlardaki objektif sorumluluğa izin verdiği kabul edilen genel hüküm, kanunun 45. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde yer almaktaydı. Buna göre; “Cürümde kasdın bulunmaması cezayı kaldırır. Failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır”. Bu hüküm bir yandan taksire dayanan sorumluluk hallerine, diğer yandan da objektif sorumluluk hallerine işaret etmektedir¹²²⁶. Öğretide objektif

¹²²⁴ Özen (1998), s. 183.

¹²²⁵ Özen (1998), s. 152, 213 vd.

¹²²⁶ Toroslu (2001), s. 111; Ersoy (2002), s. 100; F. Erem (1982). *Adam öldürmek cürümleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 36.

Sübjektif sorumluluğun istisnası olarak ortaya çıkan objektif sorumluluğun örneklerine gerek İtalyan Ceza Kanunu'nda, gerekse 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda oldukça fazla rastlanmaktadır. Türk hukukunda, bu sorumluluğun yasal dayanağını 765 sayılı TCK'nın 45. maddesindeki düzenlemenin

sorumluluğu kusursuz, istisnai bir sorumluluk şekli olarak kabul eden görüş hakim konumdadır; ancak objektif sorumluluğu kusur sorumluluğu içerisinde değerlendiren yazarlar da bulunmaktadır¹²²⁷.

2.1.2. Kastın aşılması suretiyle adam öldürme

765 sayılı TCK'nın 452. maddesinde “Katil kastiyle olmıyan darp ve cerh veya bir müessir fiilden telefi nefis husule gelmiş olursa fail ... muvakkat hapse mahkum olur” düzenlemesine yer verilerek kastı aşan adam öldürme suçu düzenlenmiştir. 452. madde suçun cezasını azaltan bir hal değil, suç vasfını değiştiren sebeptir¹²²⁸. Kastın aşılmasından söz edebilmek için, ilk hareket kasten yapılmalı, bu hareketten istenmeyen bir netice meydana gelmeli ve bu netice ile istenen netice arasında ağırlık farkı bulunmalı (nitelik farkı bulunması halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedilir), hareket ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağı olmalı ve ağır

oluşturduğu belirtilmektedir. Toroslu (2001), s. 88; Özek (1972), s. 209; T. T. Yüce (1985). *Ceza hukukunun temel kavramları*. Ankara: Turhan, s. 68.

Nitekim 765 Sayılı TCK'nın 45. maddesinde, “Cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır” demek suretiyle bütün cürümlerde kastın aranması gerekeceği belirtilmiştir. Bu hükmün ikinci cümlesi ise “failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır” düzenlemesine yer vererek kuralın istisnasını göstermiştir. Kast olmaksızın dahi bir kimsenin cezalandırılabilceğini öngören bu istisnai hüküm, bir yandan taksirli suçların yasal dayanağını oluştururken, diğer yandan objektif sorumluluk hipotezlerinde failin cezalandırılmasına imkân vermektedir. Dönmezer ve Erman (1997b), s. 261, 264-265; Toroslu (2001), s. 88; Özek (1972), s. 209; Önder (1922b), s. 271; İçel (1967), s. 128. M. E. Artuk (1989). *Ceza hukuku el kitabı*. İstanbul: Beta, s. 221, S. Donay (1979). *Ceza hukukunda objektif veya kusursuz sorumluluk. (Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu), Danıştay Dergisi*, 9 (34-35), s. 77.

İCK'nın 42. maddesinde de, gerek madde başlığında gerekse madde içinde yer verilerek objektif sorumluluk açıkça hükme bağlanmaktadır. İCK'nın 42. maddesi, ikinci fıkrasında kast ve taksir esasına göre manevi sorumluluğa işaret ettikten sonra, üçüncü fıkrasında “icrai veya ihmali hareketinin sonucu olarak neticenin faile başka şekilde yüklendiği halleri kanun belirler” hükmüne yer vermiştir. İtalyan kanun koyucu bu düzenleme ile geleneksel olarak objektif sorumluluk denilen ve esasen failin gerçekleştirdiği neticeden salt maddi nedensellik bağının varlığına dayanarak sorumlu tutulduğu bir sorumluluk türüne işaret etmektedir. Fiandaca ve Musco (1989), s. 469; Antolisei (2003), s. 335; Mantovani (1992), s. 367.

TCK m. 45'in ne lafzı ne de ruhundan böyle bir sonuca ulaşamayacağı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, TCK kusur sorumluluğunu benimsemiştir. Asli kusur kasttır. TCK m. 45/1 buna işaret etmektedir. TCK m. 45/2 taksir düzeyindeki bir kusurun da cezalandırılacağını belirtmektedir. 765 sayılı TCK m. 452 objektif sorumluluk getirmemektedir. Bu ifadeyi objektif sorumluluğa dayanak olarak yorumlamamak gerekir. Objektif sorumluluk olarak olarak nitelenen hallerde kusursuz sorumluluk değil, kusuru aşan bir sorumluluk söz konusudur. Yüce (1982), s. 67, Artuk vd. (2002), s. 655.

¹²²⁷ Ayrıntılı bilgi için çalışmanın Birinci Bölümündeki “4.3.2. Objektif Sorumluluğun Kusurluluk İçindeki Yeri” başlığına bakınız.

¹²²⁸ Erem (1982), s. 36.

neticeden sorumluluk için yasada açıklık bulunmalıdır¹²²⁹. Eğer failde müessir fiil kastının bulunduğu sabit olmamışsa, failin kastın aşılması suretiyle adam öldürmeden mahkum edilmesi mümkün değildir¹²³⁰. O halde, kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçunun meydana gelebilmesi için fail müessir fiile neden olmak için bir harekette bulunmalı ve bu hareketten failin istediğinden daha ağır bir netice olan ölüm neticesi gerçekleşmelidir. Müessir fiil kastıyla hareket eden fail, ölüm neticesini öngörmemiş olsa dahi, sadece nedensellik bağına dayanarak bu maddeye göre cezalandırılmaktaydı¹²³¹.

Suçun varlığı için öncelikle manevi unsuru bakımından failin yaralama kastıyla hareket etmiş olduğunun yani öldürme kastı taşımadığının ispatı gerekir. Eğer fail müessir fiilden ölümün meydana geleceğini biliyorsa, kasten adam öldürme suçu söz konusu olur¹²³².

Bu düzenlemenin alınmış olduğu İtalyan Ceza Kanunu'nun hazırlık aşamalarında, failin ölüm neticesini tahmin edebilir durumda olup olmadığının suçun unsuru sayılıp sayılamayacağı tartışılmış ve bunun mümkün olamayacağı sonucuna varılmıştır. Kastı aşan suçlar bakımından, taksiri açıklayan görüşlerden biri olan tahmin kavramının kullanılmaması isabetli olmuştur. Çünkü, aksinin kabulü davaya bakan hakimî ispatı zor araştırmalara yöneltecektir¹²³³.

2.1.3. Kastın aşılması suretiyle müessir fiil

Failin sadece kastından dolayı sorumlu tutulmasının istisnalarından biri de kastı aşan müessir fiil suçudur. 765 sayılı TCK'nın 458. maddesi uyarınca, "Geçen maddelerde beyan olunan ahvalde¹²³⁴ fiil; netice itibarile failin asıl maksadını tecavüz etmiş olduğu takdirde ceza üçte birden yarısına kadar eksiltilir".

¹²²⁹ Özbek (2007), s. 223.

¹²³⁰ Erem (1982), s. 39.

¹²³¹ Ersoy (2002), s. 109.

¹²³² F. Erem ve N. Toroslu (2003). *Ceza hukuku özel hükümler*. (9. bası). Ankara: Savaş yayınevi, s. 379.

¹²³³ Erem ve Toroslu (2003), s. 379.

¹²³⁴ Bundan kasıt 456 ve 457. maddelerde sayılan ve kasten yaralamanın ağırlaşmış şekilleri ile suçun işlenmesinde silah kullanılması halidir.

Bu suçtan söz edebilmek için de tıpkı kastı aşan adam öldürme cürmünde olduğu gibi failde müessir fiil kastının bulunması gerekir¹²³⁵. Failde müessir fiil kastının bulunmadığı hallerde taksirli müessir fiil suçu meydana gelebilir. Meydana gelen netice yine bir müessir fiil olmalıdır ancak bu failin kastettiğinden daha ağır bir müessir fiildir. Eğer netice, ölüm neticesi olursa, kastı aşan adam öldürmeden söz edilir.

765 sayılı TCK m. 458 hükmü cezada indirim öngörmesine rağmen, yeni düzenlemede bu şekilde bir ceza indirimi öngörülmemiştir. Buna gerekçe olarak eski düzenlemenin fail ile meydana gelen ağır netice arasında hiçbir sübjektif bağ aramaksızın sadece nedensellik bağına yeterli gören ve bu şekliyle objektif sorumluluk olarak kabul edilebilecek bir düzenleme olması gösterilebilir¹²³⁶.

2.1.4. Diğer neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar

Suçun varlığı için gerekli olanın ötesinde zararlı veya tehlikeli bir netice gerçekleştiği zaman, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç meydana gelmektedir. 765 sayılı TCK döneminde failin istemiş olduğundan daha ağır netice, kast veya taksirin varlığı aranmaksızın sadece maddi nedensellik bağına dayanarak faile isnat edilmektedir. Dolayısıyla 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar objektif sorumluluk hipotezleri olarak öngörülmüşlerdir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ve objektif sorumluluk hakkında ayrıntılı bilgi birinci bölümde verilmiş olduğundan burada sadece neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara birkaç örnek vermekle yetinilecektir.

765 sayılı TCK'nın 473. maddesinde “muhafazası kendisine ait olan oniki yaşından küçük bir çocuğu veya müptela olduğu akıl veya beden hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyen bir kimseyi, kasten kendi başına terk etmek” cezalandırılmıştır. Burada temel suç yani terk fiili kasıtlı bir şekilde gerçekleştirilmelidir. Maddenin ikinci fıkrasında “bu terk fiilinden o kimsenin vücuduna veya sıhhatine büyük bir zarar gelmiş veya akli teşevvüğe uğramış ise” cezanın arttırılacağı öngörülmüştür. Bu ağır neticeler

¹²³⁵ Erem ve Toroslu (2003), s. 414.

¹²³⁶ Bu konuda Hirsch'e göre de eğer neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından en azından taksirle hareket etme koşulu getirilemiyorsa, mutlaka cezada indirim yapma zorunluluğu ortaya çıkar (Hirsch, Ceza Hukuku Reformu, s. 586), aktaran Doğan (2011), s. 44.

bakımından failin kastı veya taksiri aranmamaktadır¹²³⁷. Fail sadece hareket ile meydana gelen ağır neticeler arasındaki nedensellik bağına dayanarak bu ağır neticelerden sorumlu olur. Bu hükümden dolayı failin cezalandırılabilmesi için failin ağırlaştırılmış neticeleri kast ile gerçekleştirmemiş olması da şarttır.

765 sayılı TCK'nın 418. maddesinde ise, ırza geçme, namusa tasaddi ve küçüklerle cinsi temas suçlarında fiil “mağdurun ölümünü mucip olursa” veya “bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatına sair büyük bir nakise irasına veya maluliyet veya mayubiyetini müstelzim olursa” ceza arttırılır. Bu hükümler bakımından da mağdurun ölmesi, bir hastalığa yakalanması, sağlığına zarar gelmesi, herhangi bir uzvunun görev yapamaması veya ayıplı kalması halinde failin bu neticeler bakımından kastı veya taksiri aranmaksızın sadece temel suç ile olan nedensellik bağına dayanarak sorumluluğu yoluna gidilecektir. Failin bu ağır neticeleri kasıtlı şekilde işlememiş olduğunun da tespiti gereklidir. Aksi takdirde fail bu ağır neticelerden kasıtlı olarak ayrıca sorumlu olur¹²³⁸.

Görüldüğü üzere neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar 765 sayılı TCK döneminde objektif sorumluluğun tipik örneklerini teşkil etmektedirler.

2.2. Türk Ceza Kanunu Tasarılarındaki Düzenlemeler

1989 ve 1997 TCK ön tasarıları, 765 sayılı TCK'nın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardan sorumluluk kriterine ilişkin herhangi bir değişiklik getirmemiştir. Örneğin 1997 tasarısının kastı düzenleyen 20. maddesi 1. fıkrasında kastın tanımı yapıldıktan sonra, 2. fıkrasında “Bilerek ve isteyerek yaptığı veya yapmadığı bir hareketten doğan neticeden dolayı kanunun kişiyi sorumlu tuttuğu haller saklıdır” hükmüne yer verilmiştir. Öntasarının genel gerekçesinde de 20. maddede kast ve objektif sorumluluğun düzenlendiği açıkça belirtilmiştir.

1997 Öntasarısının 21. maddesinin gerekçesinde de objektif sorumluluğun şartları üzerinde durulmuştur: “...Maddenin ikinci fıkrasında, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların ve kast kuralından ayrılmayı gerektiren durumların yani istenmeyen neticeden sorumluluk hallerinin varlığı gözönünde tutularak kuralın istisnası gösterilmiştir. Ancak

¹²³⁷ Özen (1998), s. 201.

¹²³⁸ Erem ve Toroslu (2003), s. 306-307.

bu hallerde de failin sorumlu tutulabilmesi için varlığı gereken iki ana şarta temas olunmuştur. Bu şartlardan birincisi icra ve ihmal şeklinde olabilen hareketin failce bilinerek ve istenerek yapılmış olmasıdır. Böylece fail hareketi isteyerek yani iradi olarak yapmamış ise bundan doğan sonuçtan dolayı cezalandırılmayacaktır. İkinci şart, failin yapmış veya yapmamış olduğu bu hareketle meydana gelen sonuç arasında bir nedensellik bağlantısının bulunmasıdır. Bu itibarla, meydana gelen anormal, istisnai, önceden tahmini mümkün olmayan bir netice ise, failin bundan dolayı cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

Böylece, kastın istisnası olarak kabul edilen bu durumla medeni hukuktaki kusursuz sorumluluk arasındaki farklar belirtilmiş bulunmaktadır”.

1997 Öntasarısı özel hükümler kısmında da objektif sorumluluk öngören düzenlemelere yer vermiştir (örneğin kastın aşılması suretiyle adam öldürme, öntasarı m. 135).

Öntasarıda objektif sorumluluğun ceza hukuku sisteminden çıkarılmaması öğretide eleştiriyile karşılanmıştır¹²³⁹.

3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

3.1. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suça Dair Genel Hüküm (TCK m. 23)

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç 5237 sayılı TCK’da genel hükümler kısmında, bünyesinde kast ve taksiri barındıran bir sorumluluk şekli olarak ceza sorumluluğunun şahsiliği, kast ve taksir başlığı altında düzenlenmiştir.

Bilindiği üzere genel hükümlerde, böyle bir hükme yer verilmesi, genel hükümlerdeki düzenlemenin, özel hükümlerde yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara da herhangi bir atıf yapmaya gerek olmaksızın uygulanması sonucunu doğurur. Ancak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, ağır neticeden sorumluluk bakımından söz konusu olan taksirin, kolaylıkla bir taksir karinesine dönüşebileceği en azından yukarıda incelenmiş olan Alman uygulamasından çıkarılabilecek bir sonuçtur. Gerçekten öğretide de özel hükümlerde yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemelerinde de TCK’nın 23. maddesinde yer alan “en azından taksirle” hareket etme koşulunun

¹²³⁹ Bkz. Ünver (1997), s. 174.

tekrarlanması veya 23. maddenin bu suçlar bakımından da uygulanabileceğini gösterir bir yollama yapılması gerektiği ifade edilmiştir¹²⁴⁰.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu düzenleyen TCK'nın 87. maddesi gerekçesinde ise bu husus failin bu ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için Genel Hükümler Kitabı'nda yer alan netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümlerin, 87. maddede de geçerli olduğu şeklinde açıkça belirtilmiştir. Ancak gerekçe metninin bağlayıcılığının olmadığı düşünüldüğünde, söz konusu açıklığın madde metninde getirilmesi daha uygun olurdu.

TCK'nın 23. maddesi gereğince, “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka¹²⁴¹ bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir”.

5237 sayılı TCK “kastedilenden daha ağır veya başka” bir neticenin oluşması ifadesini kullanarak, 765 sayılı TCK dönemindeki kastı aşan suçları ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları kapsamına almıştır.

Madde metninde yer alan “en azından taksirle” ifadesinin anlamı öğretide eleştirilen bir konu olmuştur¹²⁴².

1953 tarihli Alman Ceza Kanunu'nda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları düzenleyen § 56'da yer alan “en azından” ifadesi bir görüşe göre, failin isteğinin ötesinde meydana gelen netice bakımından failin bilinçli taksirle, olası kastla hatta kasten hareket etmiş olabileceği şeklinde yorumlanmaktadır¹²⁴³. Federal Mahkemenin de bu görüşü destekler kararları bulunmaktadır. Federal Mahkeme Genel Kurulu, ölümle neticelenen yağma suçunu düzenleyen Alman Ceza Kanunu § 251'in ölüm neticesine kasten sebebiyet verilmesi halini de kapsadığı yönünde karar vermiştir¹²⁴⁴. § 251 gereğince, fail yağma suçunu işlerken ölüm neticesine sebebiyet verirse, bu netice

¹²⁴⁰ Toroslu ve Ersoy (2004), s. 16.

¹²⁴¹ Kastedilenden başka bir netice meydana geldiğinde, bu neticenin kastedilenden ağır bir netice olmayabileceği vurgulanarak kanundaki bu tanımın yanlış olduğu ifade edilmiştir. Toroslu ve Ersoy (2004), s. 10.

¹²⁴² Hafizoğulları ve Özen (2010), s. 308 vd.

¹²⁴³ F. C. Schröder (1998). Taksirin kanunen tanımlanmasına ilişkin problemler. *Türk Ceza Kanunu Tasarısı için müzakereler*. (Çev: İ. Özgenç). Konya: Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi yayını, s.273; Erdem (2008), s. 260.

¹²⁴⁴ Bkz. Doğan (2011), s. 48.

bakımından en azından ağır taksirle hareket etmiş olması koşulu ile ömür boyu hapse veya on yıldan az olmayan hapis cezasına mahkûm olur.

Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen ölüm neticesi öngören neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara ilişkin hükümlerde, TCK m. 23 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, failin ölüm neticesini kastettiği durumlarda artık neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümleri değil, kasten öldürme suçuna dair hükümlerin uygulanması gerekir. Böyle bir durumda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan söz edilemez¹²⁴⁵.

Türk Ceza Kanunu m. 23 düzenlemesi aynı fiil içerisinde aynı maddi konuya yönelik olarak hem kastın hem de taksirin varlığını öngörmesi nedeniyle sakıncalı bulunmuştur¹²⁴⁶. Burada aslında kastedilmiş olan netice ve kastedilenin ötesinde meydana gelen netice olmak üzere iki netice bulunduğu ve bu ikinci netice bakımından failin taksirli olmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz. Kast ve taksir birlikteliğinin mümkün olduğuna dair gerek İtalyan gerek Alman öğreti ve uygulamasındaki görüşler de düşüncemizi destekler niteliktedir¹²⁴⁷.

Öğretide ayrıca, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından en azından taksirle hareket edilmiş olması aranmasına rağmen, failin temel suç bakımından kasten hareket etmekle objektif özen yükümlülüğünü ihlal ettiği ve bu nedenle taksirin sadece öngörülebilirlik unsurunun, ağır veya başka neticeden sorumluluk bakımından araştırılmasının yeterli olduğu savunulmuştur. Bu görüşe göre, madde metninde taksir değil öngörülebilirlik ifadesine yer verilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹²⁴⁸. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda ağır neticede bakımından aranan taksirin öngörülebilirliğe indirgenmesinin sübjektif sorumluluktan uzaklaşma tehlikesini artıracak kanaatindeyiz.

¹²⁴⁵ Toroslu (2008), s. 210.

¹²⁴⁶ Doğan (2011), s. 49.

¹²⁴⁷ İtalyan ceza hukuku bakımından çalışmanın ikinci bölümündeki “1.3.6. Kast-Taksir Birlikteliği” başlığına, Alman ceza hukuku bakımından ise “2.2.5. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardan sorumluluk konusunda 1871 ile 1953 yılları arasında yaşanan gelişmeler” başlığına bakınız.

¹²⁴⁸ Doğan (2011), s. 49.

3.2. Özel Hükümlerde Yer Alan Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak nitelendirilebilecek haller genellikle kastedilenden başka neticenin oluşması şeklinde düzenlenmiştir¹²⁴⁹.

5237 s. TCK neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara özel hükümlerde ağırlıklı olarak Kişilere Karşı İşlenen Suçlar kısmında yer vermekle birlikte, Topluma Karşı Suçlar ve Millete ve Devlete Karşı İşlenen Suçlar kısımlarında da yer alan düzenlemeler bulunmaktadır.

Kişilere karşı işlenen suçlarda, suçu neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç haline getiren eklenen netice olarak ölüm neticesinin düzenlendiği hükümler ağırlıktadır (TCK m. 87/4, m. 90/5, m. 91/8, m. 95/4, m. 97/2, m. 98/2, 99/3, 4, m. 102/6, m. 103/7, m. 149/2). Bunun yanında yaralama neticesinin düzenlendiği neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ikinci sırada yer almaktadır (TCK m. 90/5, m. 95/1,2, m. 97/2, m. 99/3,4, m. 102/5, m. 103/6, m. 109/6, m. 149/2). Son olarak ekonomik bir kayıp, mağdurun işi bırakmak zorunda kalması, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalması gibi neticeler de eklenen netice olarak düzenlenmiştir (TCK m. 105/2, m. 109/4).

Topluma karşı işlenen suçlarda ise genellikle, TCK m. 87'de öngörülen kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekilleri eklenen netice olarak kabul edilmiştir (TCK m. 223/5, m. 224/3, m. 265/5).

Millete ve Devlete Karşı işlenen suçlarda ise genellikle failin kastettiği suçun, devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliği veya askeri hareketlerini tehlikeye koymuş olması eklenen netice olarak düzenlenmiştir (TCK m. 326 vd.).

Öğretide, terk dolayısıyla mağdurun bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüş olması halinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunacağını öngören TCK m. 97/2 hükmünün aslında bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olmadığı, bu hükmün sadece ağır neticeden sorumluluk için failin en azından taksirle hareket etmiş olmasını gösterdiği belirtilmiştir. Bu görüşe göre, hükümde ağır ceza öngörülmüş olmadığı için, ağır neticenin meydana gelmesi durumunda kanunilik ilkesi gereği failin daha ağır bir ceza ile cezalandırılmasının

¹²⁴⁹ Özbek (2007), s. 228.

mümkün olmadığı, bu durumun temel cezanın tayininde dikkate alınacağı ifade edilmiştir¹²⁵⁰.

Kanun koyucu özel hükümlerde yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tiplerinden bazılarını, temel suç tipinden ayrı maddeler içinde düzenlerken bazılarını ise nitelikli hallerle birlikte aynı madde içinde düzenlenmiştir (TCK m. 90/5, m. 149/2). Birer nitelikli hal olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların, bu şekilde nitelikli hallerle aynı madde içerisinde düzenlenmesi beraberinde bir takım uygulama sorunlarını getirmektedir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış terk suçunu düzenleyen hükümde (TCK m. 95/2) ise suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli suçun basit şekli ile aynı maddede ikinci fıkra olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin tamamının birer yeksanak düzenleme haline getirilmesi gerekmektedir.

3.3. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Kast ve Taksir

3.3.1. Temel suçun kasıtlı olması

Yukarıda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ait koşullar başlığı altında belirttiğimiz üzere, TCK'nın 23. maddesi düzenleme şekli gereği failin temel suç tipi bakımından kastının varlığı şarttır. Bunun içinde failin temel suç tipine ait objektif unsurları bilmesi ve istemesi gerekir (TCK m. 21).

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin kastının mutlaka temel suça yönelik olması gerekir. Eğer failin kastı doğrudan eklenen neticeye yönelik ise gerçek anlamda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edilemez¹²⁵¹. Örneğin ölüm neticeli kasten yaralama suçunda, failin kastının mutlaka yaralamaya yönelik olmasına rağmen ölüm neticesinin meydana gelmiş olması gerekir.

Failin kastının öldürmeye mi yoksa yaralamaya mı yönelik olduğu noktasında Yargıtay “hedef alınan vücut bölgesi, fail ile mağdur arasında olay öncesine dayalı, öldürmeyi gerektirir bir husumetin bulunup bulunmadığı, olayda kullanılan vasıtanın öldürmeye elverişli olup olmadığı, mağdurdaki darbe sayısı ve şiddeti, darbelerin vurulduğu bölgenin hayati önem taşıyıp taşımadığı, failin fiiline kendiliğinden mi,

¹²⁵⁰ Özbek (2007), s. 244.

¹²⁵¹ Centel vd. (2007). *Kişilere karşı işlenen suçlar, Cilt I*. İstanbul: Beta, s. 160.

yoksa engel bir nedenden dolayı mı son verdiği, olay sonrası mağdura yönelik davranışları, başka bir anlatımla olayın kendine özgü tüm özellikleri dikkate alınarak saptanmalıdır” demek suretiyle somut olaya özgü sübjektif kriterleri¹²⁵² istikrarlı bir şekilde kullanmaktadır.

Kastın belirlenmesinde kural olarak failin saiki önem arz etmez. Yargıtay 765 s. TCK döneminde verdiği kararında belirttiği üzere “şaka amaçlı olarak, ancak hoyratça bir sorumsuzlukla tankerini arkadaşının üzerine süren, yirmi bir metrelik frene rağmen durduramayarak arkadaşına çarpıp ölümüne sebep olan sanığın eyleminin TCK. 452/1. maddeye uygun kastı aşan durum neticesi ölüme neden olma suçunu oluşturduğu halde, vasıfta hataya düşülerek 455/1. madde ile uygulama yapılması yasaya aykırıdır¹²⁵³”. Ancak bu olayda kastın aşılmasından söz edebilmek için öncelikle failin yaralamaya yönelik kastının tespit edilmesi gerekir. Failin şaka saikiyle hareket ediyor olması kural olarak onun öldürme veya yaralama kastıyla hareket ettiği noktasında belirleyici olmaz.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu bakımından da temel yaralama suçunun mağdurun yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olması (TCK m. 87/1-d) veya yaralama neticesi mağdurun bitkisel hayata girmesi (TCK m. 87/2-a) neticeleri bakımından dikkatli bir inceleme yapmak gerekir. Bu neticelerin ortaya çıktığı durumlarda da failin öldürme kastıyla hareket etmiş olması halinde kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılacaktır. Ancak bu eklenen neticeler bakımından ayırımın yapılabilmesi diğer eklenen neticelere göre daha zordur. Çünkü bu neticeleri meydana getirecek hareketin, öldürme kastıyla hareket edilen olaylarla benzerlik göstermesi ihtimali çok yüksektir.

3.3.2. Temel Suçun Taksirli Olması

Yukarıda açıklandığı üzere temel suç tipinin taksirle gerçekleştirildiği olaylarda gerçek anlamda bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edilemeyeceği yönündeki görüş hakimdir. Yani taksir-taksir birlikteliklerinde, alışılmış taksirli suçların nitelikli halleri söz konusudur.

¹²⁵² Bu sübjektif kriterler hakkında detaylı bilgi için bkz. Özbek (2008), s. 254; H. Hakeri (2007a). *Kasten öldürme suçları. TCK 81-82-83*. Ankara: Seçkin, s. 31 vd.

¹²⁵³ Y. 1CD, 16.11.1994, 31180/3925, A. Z. Polat (1999). *Adam öldürme suçları*. İstanbul: Alfa, s. 419.

Türk Ceza Kanunu'nun tercih ettiği şekli ile bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipinden söz edebilmek için failin hareketinin kasıtlı olması şarttır¹²⁵⁴. TCK'nın 23. maddesi “Bir fiilin, *kastedilenden* daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde..” ifadesine yer vererek kastın gerekliliğini açık şekilde belirtmiştir.

3.3.3. Eklenen neticeye taksirle neden olunması

Ceza hukukumuzda ilk kez 5237 sayılı TCK m. 23'le giren düzenlemeye göre neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda eklenen neticeden failin sorumlu olabilmesi için en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir. Türk öğretisinde eklenen netice bakımından aranan taksir seviyesindeki bu sübjektif ilişki prensip olarak yerinde bir düzenleme olarak görülmüştür¹²⁵⁵.

Ancak Aİ.CK'ndan doğrudan alınan bu düzenleme Alman öğretisinin bir kısmı tarafından eleştirilmektedir. En azından taksirle hareket etme koşulunu arayan Aİ.CK. § 18 hakkında teorik açıdan yapılan değerlendirmelerde, tartışmalı bir hüküm olduğu ortaya konulmasına rağmen, hakim görüş tarafından netice sorumluluğunun önemli bir kısıtlaması olması nedeniyle gerekliliği savunulmaktadır. Aİ.CK. § 18'in gerekliliğini savunanlar dahi taksirin tek başına neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda bir çözüm olamayacağını belirtmektedir. Federal Mahkeme de taksirin varlığını tek başına yeterli görmemektedir¹²⁵⁶.

Alman içtihatlarında öngörülebilirlik için, failin neticeyi son karar verme aşamasında öngörebilmiş olması yeterli görülmektedir, yoksa neticeye neden olan sebepler zincirindeki her bir halkanın öngörülmüş olması aranmamaktadır. Ayrıca Federal Mahkemenin görüşüne göre neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda fail, temel suç tipinin gerçekleşmesi ile her zaman objektif ve sübjektif yükümlülüğe aykırı hareket etmektedir, bu yüzden taksir kriteri burada neticenin sadece sübjektif öngörülebilirliği anlamındadır. Bu durumda bu suç gruplarında objektif öngörülebilirlik unsurunun ortadan kaldırıldığı gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. Bununla da şart teorisi -ki Fede-

¹²⁵⁴ Özbek (2007), s. 229; Hakeri (2008), s. 210.

¹²⁵⁵ Demirbaş (2007), s.358 vd; Ünver (2006), s.56; Artuk vd. (2009a), s.495 vd.; Özgenç (1998), s.37

¹²⁵⁶ Bkz. Doğan (2011), s. 201.

ral Mahkeme § 56'nın getirilmesinden sonra bunun gereksizliğini ortaya atmıştır-yeniden önem kazanmaktadır¹²⁵⁷.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda taksirin bir unsuru olarak objektif özen yükümlülüğünün işlevi hakkında ileri sürülen bir görüş, temel suç tipinin gerçekleştirilmesi ile objektif özen yükümlülüğünün ihlal edilmiş olacağı, eklenen netice bakımından ayrıca objektif özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğinin incelenmesinin gerekli olmadığıdır¹²⁵⁸. Bu görüşe göre failin taksirini araştırırken yapılacak inceleme neticenin sübjektif olarak öngörülebilir olup olmadığı ile sınırlı olacaktır.

Taksir koşulunun yetersiz görülmesi sebebiyle, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların uygulama alanını uygun şekilde sınırlandırmak için İsviçre Yüksek Mahkemesi, bu suçlarda gerekli olan taksir derecesini irdelemek suretiyle bir çözüm aramıştır. Buna göre aranması gereken taksir bilinçli taksir ya da basit taksire göre daha ağır bir taksir şekli olmalıdır. Ancak kanun, taksirin diğer gerçekleşme şekillerine göre neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, ölüm neticesinin öngörülebilirliğini daha zor bir şekilde kabul etmek istemiştir. Bu hükümler bakımından ölüm sadece eğer yaralama, (burada yüze vurulan bir yumruk) yaralının somut özellikleri bakımından özel, ağır ve akla yakın bir tehlikeye neden oluyorsa öngörülebilirdir. Ayrıca failin yasaklanan özen yükümlülüğü ile kişisel ilişkisi dikkate alındığında, bu tehlikeyi biliyor olması gerektiği söylenebilmelidir. Ancak mahkeme bu çizgisini sürdürmemiş aksine devam eden kararlarında failin ölüm ihtimalini bilebilecek durumda olmasını yeterli görmüştür¹²⁵⁹.

Öğretideki bir görüşe göre, yeni TCK “en azından taksir” ifadesi ile kusursuz sorumluluk yerine, ceza hukukuna yabancı, bir tür “taksir karinesi” kabul etmiştir. Kanun, sorumluluğun bir türü olan kusursuz sorumluluğun, “kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çeliştiğini” kabul ettiği içindir ki, ceza hukukuna tümünden yabancı, kanuni bir karine kabul etme yolunu seçmiştir. Ceza hukukunda kusurlu sorumluluk asıl, kusursuz sorumluluk istisnadır. İstisna, bir şeyi benzerinden ayrı tutma, genelden ayrı olma, kural dışı olma, ayrıklık anlamına gelmektedir. Bu demektir ki, istisna, Kanunun kabulünün aksine, kuralla çelişen değildir, kuraldan ayırık olandır. Böyle

¹²⁵⁷ Doğan (2011), s. 201.

¹²⁵⁸ Bu konuda çalışmanın ikinci bölümündeki “2.3.4. Taksirin tek özelliği olarak öngörülebilirliğin kabul edilmesi” başlığına bakınız. Aynı yönde görüş için bkz. Özbek vd. (2010), s. 242.

¹²⁵⁹ Doğan (2011), s. 202.

olunca, Kanun, taksir karinesi getirmekle kusursuz sorumluluğu ortadan kaldırmış olmamakta, sadece ismini değiştirmektedir¹²⁶⁰.

Benzer bir görüşü savunan Toroslu'ya göre ise, "bu tür suçlar yönünden objektif sorumluluğu bertaraf etmek amacıyla failin en azından taksirli olması aranmakta ise de, suçu ağırlaştıran sonuç yönünden taksirin belirlenmesindeki güçlük nedeniyle, uygulamada taksir karinesinin kabulü ve dolayısıyla objektif sorumluluk sonucuna varılması tehlikesine karşı dikkatli olmak gerekmektedir"¹²⁶¹.

3.3.4. Eklenen neticeye bilinçli taksirle neden olunması

Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesinde failin en azından (basit) taksirle hareket etmesi arandığından, fail ağırlaşmış hükümde yer alan neticelere bilinçli taksirle de neden olabilir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından üzerinde durulması gereken husus, eklenen neticeye bilinçli taksirle neden olunması halinde, TCK'nın 22. maddesi 3. fıkrasında öngörülen ceza artırımının neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç bakımından uygulanıp uygulanamayacağıdır. TCK m. 22/3'e göre "Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır". Kanun koyucu bilinçli taksirin varlığı halinde ceza artırımının taksirli suça ilişkin ceza üzerinden yapılmasını öngörmüştür. Halbuki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, Aİ.CK'da olduğu gibi açık bir düzenleme olmamasına rağmen kasıtlı temel suç tipi dikkate alınarak birer kasıtlı suç olarak kabul edilecek olursa bu artırımın uygulanabilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda TCK m. 61 anlamında failin taksire dayalı kusurunun ağırlığı dikkate alınarak temel cezanın belirlenmesinde ceza alt sınırdan uzaklaşarak verilebilir.

¹²⁶⁰ Hafizoğulları ve Özen (2010), s. 308; benzer eleştiri için bkz. Hakeri (2008), s. 216.

¹²⁶¹ Toroslu (2008), s. 210-211.

3.3.5. Eklenen neticeye olası kast ve doğrudan kastla neden olunması

Eklenen netice bakımından failin doğrudan kastla veya olası kastla hareket etmiş olması TCK m. 23 “en azından taksirle” hareket edilmesinden söz edildiği için bir neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun varlığını kabul anlamında yeterli görülebilir. Ancak yukarıda çeşitli vesilelerle dile getirdiği üzere eklenen netice bakımından failin doğrudan kastının olduğu kast-kast birlikteliği durumlarında, gerçek anlamda bir neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan söz edilemez. Bu durumlar görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç olarak sadece neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçu bakımından uygulanabilir nitelik taşımaktadır. Örneğin fail doğrudan mağdurun gözünü çıkarmak ya da bacağını kırmak kastıyla hareket etmiş olabilir. Bu durumda ortada gerçek anlamda bir neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç olmamasına rağmen fail hakkında uygulanacak kanun hükmü yine neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralamadır (TCK m. 87). Bunun dışında failin kastının doğrudan eklenen neticeye yönelik olduğu durumlarda failin kast etmiş olduğu suç tipinden (örneğin kasten öldürme, çocuk düşürtme gibi) cezalandırılması gerekir¹²⁶².

Zaten neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların tanımlandığı TCK m. 23 “kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumu”ndan söz etmektedir. Bu nedenle failin kastının eklenen neticeye yönelik olduğu durumlar gerçek anlamda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç olarak kabul edilemez.

Bu gerekçeler aynı zamanda failin olası kastla hareket etmiş olduğu durumlar için de geçerlidir¹²⁶³. Ancak bilinçli taksirde olduğu gibi olası kast bakımından da akla gelen soru TCK m. 22/2’de öngörülen ceza indiriminde failin yararlandığını yararlandırılamayacağıdır. TCK m. 22/2 olası kastın varlığı halinde suçun kasten işlenmiş şekline göre daha az ceza verilmesini sağlayan bir düzenlemedir. Failin eklenen netice bakımından olası kastının söz konusu olduğu bir somut olay bakımından failin ceza miktarında bir indirim yapılabilmesi mümkün değildir. Çünkü zaten neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda öngörölmüş ceza miktarları, failin en azından taksirinin varlığını yeterli görmek suretiyle suçun kasten işlenmiş şekline göre daha azdır. Bu

¹²⁶² Aynı yönde bkz. Dönmezer, S. (2001). *Kişilere ve mala karşı cürümler*. (16. bası). İstanbul: Beta, s. 105.

¹²⁶³ Artuk vd. (2009a), s. 496; Hakeri (2008), s. 214.

nedenle bu cezalar üzerinden bir de olası kast indirimi yapılabilmesi mümkün değildir. Ancak bunun TCK m. 61 kapsamında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması mümkündür. Elbette bu açıklama sadece neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunda eklenen neticenin ayrı bir suç tipine vücut vermediği haller bakımından geçerlidir. Bunun dışındaki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipleri bakımından fail eklenen netice bakımından olası kastla hareket etmiş ve eklenen netice ayrı bir suç tipini meydana getiriyorsa cezalandırma ilgili suç tipinden yapılır¹²⁶⁴ ve failin cezasında TCK m. 22/2'nin öngördüğü şekilde bir ceza indirimi yapılır.

Alman ve Avusturya Ceza Kanunlarında olduğu gibi TCK m. 87'de yer alan ve ayrı bir suç tipi öngörmeyen neticeler bakımından failin kasten hareket etmiş olabileceği öngörülerek bu durum için daha ağır bir cezanın öngörülmesi gerekir. Eğer bu şekilde failin eklenen netice bakımından kasten hareket etmiş olma ihtimali gözetilerek ayrı bir düzenleme yapılırsa, bu düzenlemenin ceza miktarı üzerinden olası kast indirimi de yapılabilir hale gelecektir.

3.4. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçların Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, eklenen netice bakımından en azından taksirle hareket edilmesinin gerekli olduğu suçlar olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, öngördüğü ağır cezalar nedeniyle Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olmuş ve çeşitli yazarlarca Anayasaya aykırılığı iddia olunmuştur.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların Anayasaya aykırılığını iddia eden görüşlerin dayanak noktası, bu suçların ağır ceza öngörmesi nedeniyle kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesine ya da eşitlik ilkesine aykırı olmasıdır. Aslında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar içerisinde yer alan suçların, suçların içtimasına ilişkin hükümlerle cezalandırılması mümkündür. Ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır netice bakımından farklı kusur çeşitlerine aynı cezanın verilmesi de eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Örneğin gerçekleşen ağır veya başka netice bakımından failin en

¹²⁶⁴ M. E. Artuk vd. (2009b). *Türk Ceza Hukuku genel hükümler*. (4. bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 390.

azından basit taksirinin yeterli görülmesi nedeniyle, failin bilinçli taksirinin veya olası kastının bulunması halinde de aynı cezayı alacak olması eleştirilmektedir¹²⁶⁵.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suça ilişkin genel hüküm olan TCK m. 23 hakkında, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen Hukuk Devleti ilkesine aykırılığı iddia edilerek Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştır¹²⁶⁶. Ancak kusursuz suç ve ceza olmaz

¹²⁶⁵ Doğan (2011), s. 52.

¹²⁶⁶ Anayasaya aykırılık iddiasının gerekçesi şu şekildedir: “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4 maddesinde kasıtlı bir suçtan bahsedilmiş, yaralama kastı ile hareket eden failin istemediği bir ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde ceza sorumluluğu belirlenmiştir. Bu maddedeki düzenleme sanığın kastından farklı bir neticenin meydana gelmesine ilişkin bir düzenlemedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23. maddesinde aynı konuda bir düzenlemeye gidilmiş, failin sorumlu tutulabilmesi için en azından netice bakımından taksirle hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 21/1 maddesinde “kast suçu kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesidir” şeklinde tanımlanmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 22/2 maddesinde ise “taksir dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlamalar ışığında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4 maddesine ve 23. maddesine baktığımızda iki maddenin birbiri ile açıkça çeliştiği görülecektir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4 maddesinde kasıtlı işlenen bir suçun özel düzenlemesi mevcuttur. Kastın ve taksirin yapıları tanımına ve birbirinden farklı müesseseler olmasına göre aynı olayda bir araya gelmeleri, olayda hem kastın hem de taksirin bulunması mümkün değildir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4 maddesinden bir şahsı cezalandırabilmek için mutlaka yaralama kastının bulunması ancak ölüm neticesinin istenmemiş olması gerekir. Ölüm neticesinin istenmediği bir durumda taksirin varlığı nasıl belirlenecektir. En azından taksirle hareket etmesi gerekir cümlesinin neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış suçlarda uygulama kabiliyeti bulunmamakla birlikte bu maddedeki düzenleme karışıklığa sebebiyet verecek bir düzenlemedir ve bir çelişkidir. Kastı sadece yaralamak olan bir şahsın eylemi sonucunda ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde taksirle hareket nasıl olacaktır. Taksir dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık olarak tanımlandığına göre sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği ne şekilde ispatlanacaktır. Olayımızda olduğu gibi olay yerinde bulunanların yaralı şahsı hemen hastaneye götürmeleri halinde ne şekilde sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek netice açısından taksirle hareket ettiği söylenebilecektir.

Neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış suçlarda kastın özel bir hali söz konusudur. Neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış suçlarda fiilin hiçbir aşamasında taksirin varlığından bahsetmek mümkün değildir. Zira taksirin varlığı kabul edilecekse sanık farklı bir maddede düzenlenmiş olan taksir ile ölüme sebebiyet vermek suçundan cezalandırılacaktır. Sanığın müdahale edemeyeceği durumlarda ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde sanığa ne şekilde dikkat ve özen yükümlülüğü yüklenecektir. Taksirle hareket etmek fiilen mümkün olmadığına göre neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış öldürme fiilinde sanıkları öldürme suçundan ne şekilde sorumlu tutabileceğiz.

Kanun koyucu 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 452/2 maddesinde yer verdiği objektif sorumluluk ilkesinden uzaklaşmak amacı ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23. maddesinde bu düzenlemeyi getirmiş, ancak bu elde edilmek istenen amaca uygun bir düzenleme olmamıştır. Failin hareketi sonucunda meydana gelen netice öngörülemiyor ise neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış ölümden fail sorumlu tutulmak istenmemiş, ancak 23. maddedeki bu hüküm ile sonuç alınamayacak bir düzenlemeye gidilmiştir.

Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti; insan haklarına dayanan, hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun, olan her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, kişilere hukuk güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı tutum ve durumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan bir devlettir.

ilkesine atıf yapan Anayasa Mahkemesi düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığını belirterek, itirazın reddi yönünde karar vermiştir¹²⁶⁷. Anayasa Mahkemesi'ne göre neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda daha fazla ceza öngörülmesinin nedeni, temel suç tipinin ağır neticeyi veya başka bir neticeyi doğurma ihtimaline rağmen işlenmiş olmasıdır. TCK'nın 23. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, temel suç, kasten işlenmiş, ancak kastedilenden daha ağır bir netice meydana getirmişse, failin meydana gelen bu neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksire dayanan bir kusurunun bulunması gerekir. Bu nedenle hiç kimse tarafından öngörülmesi veya önlenmesi mümkün olmayan bir neticeden dolayı fail sorumlu tutulamayacaktır. Failin istemiş bulunduğu neticenin dışında ya da daha ağır neticelerin meydana gelmesi durumunda, failin bu neticelere yönelik kastı veya en azından taksiri aranmaksızın, sadece hareket ile sonuç arasındaki nedensellik bağı yeterli görülerek sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Amacı kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesine uygun olarak objektif

Yukarıda açıklandığı üzere anılan kanun hükümleri arasındaki çelişkiler ve birinin ötekini uygulanabilir olmaktan çıkartması ve bu şekilde adalet duygusu ile bağdaşmayan sonuçlar doğurabilmesi adil bir hukuk düzeni kurmak ve kişilere hukuk güvenliği sağlamakla yükümlü bir hukuk devletinde kabul edilemez. (Anayasa Mahkemesi, E: 2006/72 - K: 2009/ 24, T. 19.02.2009, Resmi Gazete: 25.06.2009 - 27269, www.kazanci.com.tr).

¹²⁶⁷ “Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda fail için yeni suç tipine göre daha fazla ceza öngörülmesinin nedeni, temel suç tipinin ağır neticeyi veya başka bir neticeyi doğurma ihtimaline rağmen işlenmiş olmasıdır. 23. maddede yer alan düzenlemeye göre, temel suç, kasten işlenmiş, ancak kastedilenden daha ağır bir netice meydana getirmişse, failin meydana gelen bu neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksire dayanan bir kusurunun bulunması gerekir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Çağdaş ceza hukukunun önde gelen özelliklerinden biri kusurlu sorumluluğu benimsemiş bulunmasıdır. Ceza hukukçularının büyük bir çoğunluğuna göre, bir insan davranışı olmadan suç olmaz, ancak onun bu davranışı nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için de, o davranışının en azından kusurlu bulunması gerekir. Böylece modern ceza hukuku, objektif sorumluluğu terk ederek “kusursuz suç olmaz” anlayışını çağdaş ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul etmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda da bu doğrultuda düzenleme yapılarak 23. maddede kusurun en hafif şekli olan taksire yer verilmiştir. Buna göre, fail ağır neticeden, bu ağır netice öngörülebilir olmasına rağmen özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle meydana gelmesi durumunda sorumlu tutulabilecektir. Hiç kimse tarafından öngörülmesi mümkün olmayan veya öngörülebilir olmakla birlikte önlenmesi mümkün olmayan bir neticeden dolayı bir kimse sorumlu tutulamayacaktır. Failin istemiş bulunduğu neticenin dışında ya da daha ağır neticelerin meydana gelmesi durumunda, failin bu neticelere yönelik kastı veya en azından taksiri aranmaksızın, sadece hareket ile sonuç arasındaki nedensellik bağı yeterli görülerek sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu 23. maddesi genel hükümler arasında yer alan ve amacı kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesine uygun olarak objektif sorumluluğu ortadan kaldırarak sistemi çağdaş ceza hukuku anlayışına kavuşturmak olan genel bir düzenlemedir.”

sorumluluğu ortadan kaldırarak sistemi çağdaş ceza hukuku anlayışına kavuşturmak olan TCK m. 23 hükmü bu nedenlerle Anayasa'ya aykırı değildir.

Özel hükümler bakımından TCK m. 102'de düzenlenen cinsel saldırı ve TCK m. 103'de düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçlarının neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli olan mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına dair hükümlerin de Anayasa'ya aykırılığı iddia edilmiştir. İddia gerekçesi ise, suçun basit şeklinin de nitelikli şeklinin de mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olmaları halinde verilecek cezanın aynı olmasının suç ve ceza arasındaki orantılılık ilkesini ihlal etmesidir. Anayasa mahkemesi, cinsel saldırı suçunda korunan hukuksal menfaatin öncelikle mağdurun cinsel özgürlüğü ve doğal olarak cinsel saldırı sonucunda etkilenecek olan fiziksel ve ruhsal bütünlüğü olduğu, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasının suçun netice sebebiyle ağırlaşmış halini teşkil ettiği ve netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise failin gerçekleşen ağır neticeden sorumlu olabilmesi için Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca en az taksirle hareket etmesi gerektiğini belirttikten sonra en az taksir düzeyinde olan hareketin, hafif veya ağır nitelikte olmasının bir öneminin bulunmadığı gerekçesiyle itirazı reddetmiştir¹²⁶⁸.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların Anayasa'ya aykırılığı konusunda genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, bazı neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ait soyut cezaların, hem eşitlik hem kusur ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bir fiil karşılığında kanunda öngörülen soyut cezanın, söz konusu fiille ihlal edilen hukuki değerle ve failin kusuru ile orantılı olması gerekir¹²⁶⁹. Kanun koyucu soyut ceza miktarını belirlerken aynı hukuki değeri koruyan diğer suç tiplerinin ceza miktarlarını gözetmek zorundadır. Aksi takdirde hukukun genel prensiplerinden eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olur. Bu bağlamda örneğin neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçunun düzenlendiği TCK m. 95/4 gereği “işkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur”. Kasten öldürme suçunun cezası ise müebbet hapis cezasıdır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçunda failin kastı öldürmeye yönelik olmamasına rağmen cezası kusur ilkesine aykırı olacak şekilde kasten öldürmeden daha ağırdır. Düzenlemenin ceza miktarı, kasten öldürmenin nitelikli hallerinden “eziyet çektirerek öldürmenin” cezası ile aynıdır. Neticesi sebebiyle

¹²⁶⁸ Ay. M. 26.2.2009, 2006/154, 2009/35.

¹²⁶⁹ V. Ö. Özbek vd. (2010). *Türk Ceza Hukuku genel hükümler*. Ankara: Seçkin, s. 600.

ağırlaştırılmış işkence suçundan hüküm kurulabilmesi için işkence yapan kişinin ölüm neticesi bakımından basit taksirinin varlığı dahi yeterlidir. Ceza miktarı basamaklı olmadığı için fail ölüm neticesine taksirle de, kasten de neden olsa ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Bu nedenle düzenleme açıkça eşitlik ve kusur ilkesine aykırıdır. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun cezası hiçbir durumda eklenen neticenin unsuru olduğu suçun kasten işlenen şeklinin cezasından daha ağır olmamalıdır.

Bunun yanında neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda failin eklenen neticeyi doğrudan kast ettiği durumlarda da soyut cezaların bu durum gözetilerek belirlenmesi gerekirken bu konuda bir ayrıma gidilmemiş olması, eşitlik ve kusur ilkelerine aykırılık teşkil eder¹²⁷⁰. Bu ayrımın, eklenen neticenin ayrı bir suç tipine ilişkin olmadığı neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından yapılması gerekir. Eğer eklenen netice ayrı bir suç tipine vücut veriyorsa ve failin kastı buna yönelikse fail kastının yönelmiş olduğu suçtan cezalandırılır. Ancak neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların tamamında eklenen netice ayrı bir suç tipini oluşturmaz. Örneğin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama düzenlemelerinin yer aldığı TCK m. 87/1, 2 ve 3. fıkralarında öngörülen eklenen neticeler, “gebe bir kadının çocuğunun düşmesi” neticesi haricinde, ayrı bir suç tipine ait değildir. Failin kastı doğrudan bu neticelere yönelik olsa dahi kasten yaralama suçu işlenmiş olmaktadır. Ancak kanun koyucu, bu neticeleri failin doğrudan kast etmiş olduğu durumlar ile failin bu neticeler bakımından taksirinin söz konusu olduğu durumları birbirinden ayırmamış, her iki durumu da neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama olarak cezalandırmıştır. Öğretide, somut cezanın belirlenmesinde failin kast ve taksire dayalı kusurluluğunun ağırlığı kriterine göre yapılacak değerlendirmede bu durumun dikkate alınabileceği (TCK m. 61/1-f) ifade edilmektedir¹²⁷¹. Ancak kanımızca bahsettiğimiz durumda söz konusu olan kast veya taksirin yoğunluğu değil, bizzat kast veya taksirden birisinin varlığıdır¹²⁷².

Yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararına konu olduğu üzere, mağdurun fiil neticesinde beden veya ruh sağlığının bozulması şeklindeki neticesi sebebiyle

¹²⁷⁰ Erdem (2008), s. 260; H. Karakehya (2009). Neticesi sebebiyle ağırlaştırılan neticenin muhtemel olmasının cezai sorumluluğa etkisi. *CHD*, 4 (9), (Nisan), s. 161.

¹²⁷¹ Bkz. M. Koca ve İ. Üzülmaz (2009). *Türk Ceza Hukuku genel hükümler*. Ankara: Seçkin, (2009), s. 246.

¹²⁷² Aynı yönde, Doğan (2011), s. 60.

ağırlaşmış cinsel saldırı ve çocuğun cinsel istismarı suçları bakımından öngörülen soyut ceza da ceza hukukuna egemen olan ilkelerden orantılılık ilkesine aykırıdır. Bu düzenlemeler gereği mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde temel suç tipi olan cinsel saldırının basit şekli veya nitelikli şekli bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Oysa mağdurun ruh veya beden sağlığı vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle (TCK m. 102/2, TCK m. 103/2) bozulabileceği gibi, basit nitelikteki cinsel davranışlarla da bozulmuş olabilir (TCK m. 102/1, TCK m. 103/1). Kanun koyucu benzer bir düzenleme olan kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekilleri bakımından ise temel suç tipinin basit yaralama olması ile nitelikli yaralama olması arasında ayırım yapmıştır (TCK m. 87). Bu nedenle Mahkeme'nin "Yasakoyucu, değişik eylemler için değişik cezalar yanında, daha hafif bir eylem için daha ağır bir cezayı da uygun görebilir" şeklindeki gerekçesine TCK m. 3/1'de yer alan "Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur" açık hükmü karşısında katılmak mümkün değildir.

3.5. Kusur İlkesine Tam Olarak Uyuma Gereği ve Değerlendirme

3.5.1. Genel olarak

Yukarıdaki bölümler incelendiğinde görülmektedir ki 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve yürürlükteki İtalyan Ceza Kanunu gereğince, temel bir kasıtlı suçu işleyen fail, istenmeyen neticelerden de genellikle açık veya örtülü şekilde objektif sorumluluk gereği sorumlu tutulmaktadır. Alman Ceza Kanunu § 18 (ve Avusturya Ceza Kanunu § 7, f. 2) düzenlemesi, kusur ilkesinin tam olarak uygulanması ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Kusur ilkesini ceza hukukunda tam olarak hakim kılmak sadece suçlulukla savaşmak değil, aynı zamanda bireylere güvenlik sağlamak amacını gütmenin bir sonucudur¹²⁷³.

Bir ceza kanununun kusur ilkesine uygun olarak yapılıp yapılmadığını anlamak için iki konunun araştırılması gerekir: İlk olarak sorumluluğun fiilin kusurlu bir şekilde işlenmesine bağlı olup olmadığı, ikinci olarak kusur ile ceza arasında orantının bulunup

¹²⁷³ Pulitanò (1974), s. 526; C. Roxin (1969). Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs. ZStW, 81, s. 613 vd.

bulunmadığı. Bu iki konu her zaman birbirinden bağımsız değildir. Gerçekten temel kasıtlı suçu takip eden neticenin faile yüklenmesi konusunda kusur ilkesine uygunluğun denetlenmesi için iki kriterin de aynı anda bulunup bulunmadığının kontrol edilmesi gerekmektedir¹²⁷⁴.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kusur ilkesinin tam olarak uygulanabilmesi için aşağıdaki hususların çözümlenmesi gerekmektedir:

İlk olarak fail ile meydana gelen ağır netice arasında bir bağın bulunması gerekir. Eklenen bu neticeden sorumluluk konusundaki kriter ise taksir olmalıdır. Bu taksir gerçek bir taksirdir. Bu nedenle Almanya ve Avusturya’da olduğu gibi, uygulamanın içeriği hafifletilmiş bir taksire yönelmesini engelleyecek mekanizmaların da oluşturulması gerekmektedir. İstenmeyen neticeden sorumluluk için sadece taksirin aranması yeterlidir, ağır taksire gerek yoktur. Ağır taksir, sadece cezanın daha ağır şekilde verilmesine neden olan bir taksir olarak yer alabilir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda eklenen neticeden hangi kusur çeşidi ile sorumlu olunacağı belirlense dahi, bu suçlara verilecek olan cezalar ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kanunda düzenlenmemiş olsaydı suçların içtimai hükümlerinin bu fiillere uygulanması ile bulunacak cezalar arasında oldukça büyük farklılıkların olduğu görülecektir. Bu durumda yapılması gereken iki şey vardır: Ya böylesine yüksek bir cezanın verilmesine bir gerekçe bulunmalıdır ve bu tür suçların ceza hukuku içerisinde korunmasına devam edilmelidir, ya da böylesine yüksek bir cezayı açıklayacak gerekçe bulunamayarak, bu tür bir cezalandırma anlayışının eski dönemlerden kalan bir miras olduğu kabul edilerek bu suçların hukuk sisteminden çıkarılması ve suçların içtimai ilişkin genel hükümlerin bu durumlarda da uygulanmasına karar verilmelidir.

¹²⁷⁴ Pulitanò (1974), s. 500.

3.5.2. Temel kasıtlı suçun faili ile istenmeyen netice arasında sübjektif bağın kurulmasının güvence altına alınması

3.5.2.1. Taksir kriteri

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, temel suçun failinin ağırlaşmış netice bakımından ancak kusurunun bulunması halinde sorumlu olması güvence altına alınmalıdır.

Yukarıdaki bölümlerde izah edildiği üzere, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan sorumluluk konusunda objektif sorumluluk, taksir karinesi, tamamen hukuka aykırı risk sorumluluğu ve öngörülebilirlik kriterleri¹²⁷⁵ kabul edilemez.

Günümüz öğretisinde istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda taksir kriterinin kabul edilmesi yönünde neredeyse görüş birliği bulunmasına rağmen¹²⁷⁶, gerekli araçlar olmaksızın bu kriterin kabul edilmesi, fail ile istenmeyen netice arasındaki sübjektif bağın kurulması konusunda birtakım sıkıntılar yaşanmasına engel olamayacaktır¹²⁷⁷.

Kasıtlı suç takip eden istenmeyen neticeden sorumluluk ile ilgili olarak kusur ilkesinin gözetilmesi konusunda bir yasal düzenleme yapmak sorun teşkil etmemektedir. Böyle bir yasal düzenleme herhangi bir güçlük yaşanmadan yapılabilir. Ancak sorun teşkil eden bu yasal düzenlemenin uygulamada gerçekten etkin bir şekilde

¹²⁷⁵ Öngörülebilirlik, taksirin en önemli unsurlarından birisi olsa dahi gerçek bir taksir yerine öngörülebilirlik teriminin kullanılması yorum hatalarına neden olabilir ve kusurlu sorumluluğu neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda tam olarak hakim kılmak konusunda yetersiz kalabilir. İstenmeyen neticeden sorumluluk konusunda öngörülebilirlik terimini kullanan 1909, 1913 ve 1919 tarihli Alman Ceza Kanunu tasarıları, dönemin öğretisi tarafından yorumda sıkıntılar yaratması ve taksirin içeriğini hafifletici etki doğurması nedeniyle eleştirilmiştir. Öğretiye göre taksir sadece öngörülebilirlikten ibaret değildir ve böylece uygulamada suçun manevi unsuru konusunda yerleşmiş kurallardan farklı bir yorum yapılmasına neden olmaktadır, bu nedenle taksirin içeriğini zayıflatmaktadır. F. von Liszt (1941). Zum Vorentwurf eines Reichstrafgesetzbuches. ZStW, 30, s. 264.

¹²⁷⁶ İtalyan öğretisinde bir görüşe göre, hukuka aykırı bir fiil icra eden failin taksirli bir suç işlemesi mümkün değildir. Bu görüşü kabul eden yazarlar kast-taksir birleşimini reddetmektedirler. Ancak sözü edilen anlayışın kabul edilemeyeceği yukarıda açıklanmıştır. Nitekim yaklaşık yarım yüzyıl önce Antolisei (ve ondan da önce Carrara) kast ve taksirin aynı fiilde bulunabileceğini ifade etmiştir. Yazara göre bir fail aynı zamanda hukuka aykırı bir neticenin doğmasını isteyerek hareket ederken dikkatsiz davranarak istemediği bir neticenin daha meydana gelmesine neden olabilir. Bu istenmeyen neticelerin faile yüklenebilmesi için en azından taksir ile meydana getirilmiş bulunulmaları ve bu taksirin her somut olayda ispat edilmesi gerekir. Antolisei (1948), s. 11.

¹²⁷⁷ Bkz. Dolcini (1979b), s. 826.

kullanılıp kullanılmayacağıdır. Uygulamanın kusur ilkesine uygun olmayan kararlar vermeye devam etmesi mümkündür.

Taksirin madde metninde bulunmasına rağmen, Alman ve Avusturya öğretisinde taksirin bulunup bulunmadığının ispatı yoluna gidilmemiştir. Dolayısıyla tek başına taksirin madde metninde yer alması kusur ilkesinin tam olarak uygulanmasını garanti altına almaya yetmemektedir. Gerçekten, taksir kriterini kabul etmiş olan Alman ceza hukukunda istenmeyen neticeden failin sorumlu bulunmadığı haller çok sınırlı kalmıştır¹²⁷⁸. İstenmeyen neticeden faili sorumlu tutmak için uygulamada taksirin içeriğinin zayıflatılması dahi göze alınmıştır. Bu eğilimin nedenleri versari in re illicita anlayışının kalıntılarının hala bulunması veya yargıçların bir ölüm neticesi meydana geldiğinde kastı ispatlayamadıkları zaman en azından taksirle faili cezalandırma isteklerinden veya duygusal olarak bir kişiyi öldürmüş bir faili cezalandırma ihtiyacından ileri gelmektedir. Bazen de hakimler mağdura veya yakınlarına tazminat verilmesini kolaylaştırmak kaygısı ile hareket etmiş olabilirler¹²⁷⁹.

Sonuç olarak uygulama bakımından taksir, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda sorumluluğu sınırlamak konusunda yetersizdir. Kasıtlı suçu takip eden neticeden taksirli sorumluluğa ilişkin hüküm benimsenirken dikkatli olunmalıdır. Çünkü bunun altında objektif sorumluluğun gizlenmesi ihtimali yüksektir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda taksirin aranacağına ilişkin hüküm kandırmaca bir nitelik alabilir ve madde metninde taksir yazmasına rağmen aslında objektif sorumluluk doğurabilir¹²⁸⁰.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 584 (kastı aşan adam öldürme) ve 586. (başka bir suçu takip eden ölüm ya da yaralama) maddeleri ile ilgili yargı kararları incelendiğinde, kararların pek çoğunda bu hallerin objektif sorumluluk değil taksirli sorumluluk halleri oldukları belirtilir. Ancak hemen her olayda taksirin bulunluğu yönünde karar verildiği görülmektedir. Bunda da temel suça ilişkin hükmün ihlalinden yani ceza kanununun ihlalinden doğan bir taksirin bulunduğu kabul edilmesi etkili olmuştur¹²⁸¹.

¹²⁷⁸ Küpper (1999), s. 799.

¹²⁷⁹ Bkz. Dolcini (1979b), s. 823; bkz. Horn (1998), kn. 2.; bkz. F. Alexander ve H. Staub (1948). *Il delinquente e i suoi giudici. Uno sguardo psicoanalitico nel campo del diritto penale*. (Prefazione e traduzione del dott. P. Veltri). Milano: Giuffrè, s. 108.

¹²⁸⁰ Marinucci (2003), s. 371; G. Contento (1989). La responsabilità senza colpevolezza nell'applicazione giurisprudenziale. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, s. 519.

¹²⁸¹ Bu konuda çalışmanın İkinci Bölümündeki "1.3.4.3. Ceza kanununun ihlalinden doğan taksirli sorumluluk" başlığına bkz.

Kasıtlı bir suçu takip eden istenmeyen neticeden faili taksirli şekilde sorumlu tutmayı sağlayacak bir başka çözüm yolu olarak neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçları kanun metninden çıkarıp bu suçlarda suçların içtimai hükümlerini uygulamak gösterilebilir. Ancak bu durumda da yaralamanın ölüme neden olabileceğinin öngörülebilir olduğu ve bu nedenle ölüm neticesi bakımından failin taksirinin bulunduğu veya temel kasıtlı suçun işlenmiş olması dolayısıyla meydana gelen ağır netice bakımından taksirin bulunduğu otomatik olarak kabul edilebilir.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan sorumluluk kriteri olarak taksirin seçilmesi ve bunun teorik olarak sorumluluğu sınırlamada etkin biçimde kullanılması mümkündür. Almanya ve Avusturya’da da bazı Yüksek Mahkeme kararlarında taksirin kasıtlı suçu takip eden istenmeyen neticeden sorumluluk kriteri olarak oldukça etkin bir şekilde kullanıldığı görülmektedir. Gerçekten taksirin bütün unsurlarıyla arandığı bu kararlarda eklenen istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda kusurlu sorumluluğun sağlandığı görülmektedir.

Almanya’da özellikle § 56’nın yürürlüğe girdiği ilk yirmi yıl içinde verilen kararlardan bazılarında taksir bütün unsurlarıyla gerçek bir taksir olarak aranmıştır¹²⁸².

Gerçekten BGH kasıtlı bir şekilde mağduru sarhoş eden iki kişiyi, daha sonra alkol komasından dolayı ölen mağdurun ölüm neticesinden, taksir kriterini etkin şekilde kullanarak sorumlu bulmamıştır. Mahkemeye göre, faillerin mağdura içirdikleri alkol tek başına ölüme neden olabilecek düzeyde değildir. Ancak mağdur, bu olaydan kısa süre önce de alkol almıştır ve failler bunu bilmemektedir. Bu nedenle verdikleri alkolün ölüme neden olabileceğini öngörmeleri mümkün değildir¹²⁸³.

BGH yine bir başka kararında yaşlı bir kimseye yumruk atan faili bu kimsenin ölümünden sorumlu tutan kararını, gerçek bir taksirin aranması gerektiği gerekçesiyle bozmuştur. Bu olayda, ilk derece mahkemesi, failin yaşlı ve güçsüz bir kimseyi yumrukladığı, bu durumdaki bir kimseye yumruk atmanın ölüme neden olabileceğinin öngörülebilir olduğunu ve bu nedenle failin bu ölüm neticesinden taksirli olarak sorumluluğunu kabul etmiştir. Ancak BGH kararı, taksirli sorumluluktan

¹²⁸² Ayrıntılı bilgi için çalışmanın ikinci bölümündeki “2.3.2. Taksirin bütün unsurlarıyla aranması” başlığına bkz.

¹²⁸³ BGH 21.12.1971, (MDR 1972, s. 386).

bahsedebilmek için falin bu neticeyi öngörebilecek durumda olup olmadığının somut olarak ispatı gerektiğini belirterek kararı bozmuştur¹²⁸⁴.

Avusturya'da da az sayıdaki kararda bütün unsurlarıyla tam, gerçek bir taksirin aranması yoluyla failin istenmeyen neticeden sorumlu olmadığına hükmedilmiştir.

Örneğin OGH, duvara iki adım yakınlıkta bulunan mağduru iterek başının çarpmasına neden olan failin, mağdurda meydana gelen hareket bozukluğundan ve bağırsak ve idrar torbasını kontrol edememesinden dolayı ağır yaralama nedeniyle ağırlaşmış suçtan (Avusturya CK § 85) sorumlu tutmamıştır. Somut olayda temel suçun meydana getiriliş şekli, ağırlaştırıcı netice bakımından özel olarak belirlenmiş bir tehlike meydana getirmiyorsa, ağırlaşmış netice bakımından davranış kuralının ihlali bulunmamaktadır. Dolayısıyla duvara yakın bir kimseyi duvara doğru itmenin ağır neticelere neden olabileceği öngörülebilir ancak bunun beyinde böylesine kalıcı ve ağır neticeler doğurabileceği öngörülemez gerekçesi ile mahkeme faili sorumlu bulmamıştır¹²⁸⁵.

OGH verdiği başka bir kararda, bir kocanın sarhoş olan karısının suratına iki yumruk vurması neticesi, mağdurun dişinin kırılması veya düşmesi gibi bir netice doğmamasına rağmen, daha sonra mağdurun ölmesiyle bu ölüm neticesinden faili sorumlu tutan olay mahkemesinin verdiği mahkumiyet kararını bozmuştur. OGH'ya göre, fail sadece, meydana gelen netice fail ile aynı şartlar altında bulunan ve faille aynı özellik ve tecrübelerle sahip sağduyulu bir kişi tarafından öngörülebilir ise sorumlu olur. Yetişkin bir kimseye vurulan ve düşme veya dişin kırılması gibi bir etki dahi yaratmayan bir yumruk darbesinden normal hayat deneyimlerine göre kadının ölmesinin öngörülebilmesi mümkün değildir¹²⁸⁶.

İtalyan Temyiz Mahkemesi de, gerçek taksir kriterini kullanarak, bir kadının suratına tokat atan sanığı mağdurun ölümünden sorumlu tutmamıştır. Bu olayda mağdur dış görünüş itibarıyla sağlıklı görünmektedir ancak ateroskleroz hastasıdır ve yüksek tansiyonu bulunmaktadır ve felce meyillidir. Atılan bu tokat beyin toplardamarlarının yırtılmasına neden olmuş ve bu durum ölümle sonuçlanmıştır¹²⁸⁷.

¹²⁸⁴ BGH 19.7.1972, (MDR 1973, s. 18).

¹²⁸⁵ OGH 29.4.1986, (JBl 1988, s. 395).

¹²⁸⁶ OGH 3.5.1988, (JBl 1989, s. 395).

¹²⁸⁷ C ass. Firenze, 17.10.1932, Berti, (GP 1933, II, s. 1032).

Ancak bu kararlar failin daima meydana gelen ağır neticeden sorumlu sayıldığı kararlara istisna teşkil etmektedir. Uygulamada genellikle herhangi bir kusur aranmaksızın failin ağırlaşmış neticeden sorumluluğuna karar verilen hallere rastlanmaktadır.

3.5.2.2. Taksir ile birlikte gerçek ve tüm unsurlarıyla tam bir taksirin aranmasını sağlayacak yasal unsurların kanuna alınması

Şu ana kadar yapılan incelemelerden taksirin tüm unsurlarıyla birlikte somut olayda araştırılmadığı hallerde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluğu sınırlama konusunda da yetersiz olduğu anlaşılmaktadır¹²⁸⁸.

Almanya ve Avusturya uygulaması göstermektedir ki taksirin içeriği uygulamada zayıflamaktadır. Gerçek bir taksirin aranması konusunda sadece öğretinin, uygulamaya gerçek bir taksiri araştırması gerektiğini vurgulaması yeterli değildir. Ceza hukuku tarihinde öğretinin uygulamaya belli bir şekilde hareket etmesi gerektiğini bildirmesine rağmen uygulamanın bu yolu takip etmediği pek çok örnek bulunmaktadır¹²⁸⁹.

Sadece kanun koyucu uygulamada taksirin içeriğinin zayıflatılmasına engel olabilir¹²⁹⁰.

1. Bu konuda yapılacak ilk şey, taksirin, önleyici bir davranış kuralının ihlali olarak tanımlanması olabilir¹²⁹¹.

Nitekim İtalya’da, Grosso Tasarısı’nda taksire davranış kuralının ihlalini de dahil eden bir tanım yapılmıştır. Grosso tasarısının ilk şeklinde 31/1. maddesi veya tasarının ikinci şeklinde 28/1. maddesi gereğince, bir davranış ile dikkat, tedbir ve özen kurallarına aykırı davranarak veya kanunlarda ve diğer düzenleyici işlemlerde belirtilen davranış kurallarını ihlal ederek, öngörülebilir ve önlenebilir bir neticenin, davranış kurallarına uymama sonucu meydana gelmesine neden olduğunda, fail, bu neticeden taksirli olarak sorumlu olur. Davranış kurallarının niteliğinin bu şekilde belirtilmesinin nedeni, önleyici olmayan davranış kurallarının da bulunması olarak izah edilmiştir. Bir

¹²⁸⁸ I. Kant (1995). Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria ma non vale per la prassi. *Scritti di Storia, Politica e Diritto*. (trad. it. a cura di F. Gonnelli). Roma: Laterza, s. 123 vd.

¹²⁸⁹ Bkz. Marinucci (1996), s. 431.

¹²⁹⁰ Marinucci (1996), s. 431.

¹²⁹¹ Bkz. Marinucci ve Dolcini (2006), s. 199.

kanun hükmünün ihlali şeklinde ortaya çıkan özel taksirin ancak önleyici davranış kurallarının ihlali ile meydana gelebileceği vurgulanmak istenmiştir¹²⁹².

2004 tarihli Nordio Tasarısı genel hükümler kısmında (m. 21) da “önleyici” nitelikteki davranış kurallarının ihlali ile özel taksirin meydana geleceğine ilişkin bir hüküm yer almaktadır.

2. Davranış kurallarına uymayarak meydana getirilen neticenin somut olarak öngörülebilir ve önlenabilir nitelikte olması da aranmalıdır. Böylece yargıçlar zorunlu olarak neticenin öngörülebilirliğini ve önlenebilirliğini somut olayda belirleyeceklerdir. Bu şekilde yapılacak olan somut belirleme, taksir ile netice arasındaki bağlantının da ispatını sağlayacaktır.

3. Son olarak kanunda bir madde ile sadece temel kasıtlı suçun işlenmesi dolayısıyla failin ağırlaşmış neticeden taksirli olarak sorumlu olmayacağı açık bir şekilde yazılabilir¹²⁹³.

Bu şekilde bir hükmün kanun maddesine eklenmesi ile uygulama, temel kasıtlı suçun işlenmesi ile ağırlaşmış netice bakımından davranış kuralının da ihlal edildiğini otomatik olarak kabul edemez.

Temel kasıtlı suçu takip eden istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda taksiri bir sorumluluk kriteri olarak kabul etmek, yukarıda belirten araçları eklemeksizin sadece görünüşte bir değişiklik sağlar. Bu araçlar eklenmeksizin sadece taksirin madde metnine alınması ile Almanya ve Avusturya’da görülen problemler, Türkiye’de de görülecektir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun kanun metninde düzenlendiği durumlarda olduğu kadar, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç türlerine kanunda yer verilmeyerek kasıtlı suç ile taksirli suç arasında suçların içtimai hükümlerinin uygunladığı durumlarda bu sorunlarla karşılaşmak kaçınılmazdır.

Kusur ilkesinin temel kasıtlı suçu takip eden istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda da geçerli olmasını sağlayabilmek için taksir kriterinin ve uygulamanın içeriği zayıflatılmış bir taksir kabulüne engel olacak araçları içeren hükümlerin

¹²⁹² G.Forti (2002). Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale. (2002). *La riforma del Codice Penale: La parte generale*. (Atti del Convegno di Pavia, 10-12 maggio 2001, a cura di C. de Maglie, S. Seminara). Milano: Giuffrè, s. 67, 92.

¹²⁹³ Ardizzone (1984), s. 174 vd.; Tagliarini (1979), s. 237.

eklenmesi gerekir. Böylece uygulamaya gerçek ve tüm unsurlarıyla tam bir taksirin varlığını ispat yükümlülüğü yüklenmiş olur.

3.5.2.3. Ağır taksir kriteri

Almanya’da gerek yasama gerekse öğreti tarafından üzerinde durulan ağır taksir kavramının, ağırlaşmış istenmeyen neticeden sorumluluk kriteri olarak Türk Ceza Kanunu’nda da kullanılmasının ne gibi sonuçlar doğuracağına incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Ağır taksir kavramının Almanya’da böylesine hakim olmasının nedeni öğreti ve uygulamada taksirin içeriğinin zayıflamasına izin verilmiş olmasıdır. Tüm unsurlarıyla tam ve gerçek bir taksirin ve bunu garanti altına alacak araçların bulunduğu bir sistemde ağır taksire gerek duyulmayacaktır. Ancak, cezanın belirlenmesi bakımından ağır taksirin, taksir ile birlikte kullanılıp kullanılamayacağını değerlendirmek gerekmektedir.

Ağır taksirin kullanılacağı bir sistemde, kanun koyucunun bu kavramı tanımlaması gerekmektedir¹²⁹⁴. Ağır taksirin tanımının yapılmaması uygulama ve öğretiye çok geniş bir alan bırakmak anlamına gelir. Bu durum ceza hukukunun belirliliği ilkesi ile ilgili ciddi sorunlara neden olabilir. Geçekten Alman Ceza Hukuku’nda bazen bu tehlike ortaya çıkmıştır. Taksirin tüm unsurlarıyla ispatının arandığı araçlar eklenmeksizin ağır taksirin de içeriğinin zayıflaması kaçınılmazdır. Bu nedenle eğer ağır taksir kabul edilecekse, detaylı bir tanımının yapılması gerekir¹²⁹⁵. Ağır taksirin tanımı daha yüksek düzeyde bir öngörülebilirliği içermelidir. Böylece ağır taksir kavramının failin psiko-karakteristik özellikleri ile (vicdan eksikliği, kayıtsızlık, egoistlik vs.) tanımlanmasının önüne geçilebilir. Daha yüksek derecede öngörülebilirlik hallerinde ağır taksirin bulunduğunu kabul etmek, aynı zamanda taksir ile ağır taksiri aynı ölçütlere göre belirlemeyi de mümkün kılacaktır.

İstenmeyen ağırlaşmış neticeden sorumluluk konusunda tek taksir çeşidi olarak ağır taksirin aranması cezalarda adaletsizliğe neden olacaktır. Örneğin:

¹²⁹⁴ Bkz. Delitala (1928), s. 280 vd.

¹²⁹⁵ Wolter (1981), s. 169, 177.

a) A, kanun tarafından yasaklanmayan, hatta düzenlenen bir davranışı gerçekleştirirken (örneğin araba kullanırken) bir kimsenin basit taksir ile ölümüne neden olur.

b) B, bir kimseyi yaralarken, yani bir suç işlerken yine basit taksir ile söz konusu kimsenin ölümüne neden olur.

Bu durumda A, basit taksirle neden olduğu ölüm neticesinden taksirli öldürme suçu hükümleri gereğince sorumlu olurken, B, ölüm neticesinden sorumlu olmayacaktır. Çünkü bir kasıtlı suçu takip eden ölüm neticesinden sorumlu olabilmesi için ağır taksirinin bulunması gerekecektir. Ancak somut olayda B, basit taksirle hareket ettiği için ölüm neticesi B'ye yüklenemeyecektir.

Böylece temel kasıtlı suçu işlemiş olan fail, temelde hukuka uygun bir fiil işleyen kişiye göre çok daha avantajlı duruma geçmektedir ki bu durum adaletli sonuçlar vermeyecektir.

Ayrıca istenmeyen ağırlaşmış neticeden sorumluluk kriteri olarak ağır taksirin, tüm neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kullanılması bazı durumların cezasız kalmasına neden olarak hukuki yararın korumasız kalması sonucunu doğurmaktadır.

Taksir ile ağır taksir arasındaki fark, bir derece farkıdır, bu nedenle somut olayda iki taksir çeşidinden hangisinin bulunduğunu belirlemek her zaman kolay olmayabilir.

Uygulama, ağır taksirin cezada adaletsizliklere yol açması ve bazı hukuki yararların korumasız kalması risklerini ortadan kaldırmak amacıyla ağır taksirin içeriğini zayıflatacak ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda fail, gerçekte ağır taksiri bulunmamasına rağmen cezalandırılacaktır. Ancak bu durumda da fail basit taksiri bulunmasına rağmen, ağır taksirin bulunması durumunda uygulanması düşünülmüş ceza ile cezalandırılmış olacaktır. Bu da failin gereğinden ağır cezalandırılması sonucunu doğuracaktır.

Görüldüğü üzere, ağır taksirin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda tek kriter olarak uygulanması bazı sorunlar yaratmaktadır. Bu durumda, ağır taksirin sadece bazı durumlarda istenmeyen neticeden sorumluluk kriteri olarak kullanılması akla gelebilir.

Alman ceza hukukunda ağır taksir, ağırlaşmış neticeden sorumluluk kriteri olarak sadece bazı suç hipotezlerinde kullanılmıştır. Ağır taksirin ağırlaşmış neticeden sorumluluk kriteri olarak kullanıldığı bu suçlarda ağırlaştırıcı netice ölüm neticesi iken

temel suç ise (hayata yönelik) kasıtlı bir somut tehlike suçudur. Almanya’da, temel kasıtlı suçun ağır netice bakımından bir tehlike yarattığı bu suçlarda, ağır netice bakımından basit taksirin, temel kasıtlı suçun işlenmesiyle ortaya çıktığını kabul eden öğreti oldukça etkili olmuştur¹²⁹⁶. Bu görüşe göre, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluk halinde faile verilecek ceza miktarında bir artış yaşandığına göre, cezadaki bu artışı kusur ilkesi bakımından haklı göstermek için, kusurun derecesinin de artması gerekir. Ancak basit taksir bu durumda ağır cezanın uygulanması için uygun değildir, çünkü bu suçlarda temel kasıtlı suç zaten ağır netice bakımından daima basit taksir içerdiğine göre bu tür suçlarda her zaman cezanın artması sonucunu doğuracaktır. Cezanın her olayda otomatik olarak artırılması, kusur ilkesi ile örtüşmez. Bu nedenle, cezanın artırılabilmesi için daha ağır bir taksire ihtiyaç bulunmaktadır¹²⁹⁷.

Ancak Türk ceza hukukunda kasıtlı bir tehlike suçunun işlenmesi ile birlikte ağırlaşmış suç bakımından basit taksirin otomatik olarak meydana geldiği kabul edilemez.

¹²⁹⁶ 1962 tarihli tasarımı hazırlayan Große Strafrechtskommission’da ortaya çıkan bu görüş daha sonra öğreti tarafından da benimsenmiştir.

¹²⁹⁷ Große Strafrechtskommission’da kendini idare edemeyecekleri terk suçunun ölümle neticelenmesi ile ilgili olarak yapılan tartışmalar sırasında, cezanın artırılmasını gerekçelendirmek için daha ağır bir taksire yani ağır taksire ihtiyaç bulunduğu ifade edilmiştir. Kendini idare edemeyenleri terk suçunun, başkasının hayatını tehlikeye sokan bir suç olması dolayısıyla, temel kasıtlı suçun işlenmesi ile basit taksirin daima ortaya çıkacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla failin, ağır neticeden, temel suçu işlemiş olması nedeniyle daima sorumlu olacağı ve bu durumun kusur ilkesi ile bir çelişki yarattığı vurgulanmıştır. Bu nedenle ağır taksirin kullanılması gerektiği ifade edilmiştir. M. Schwalm, (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr, 7. Band, s. 97.

Benzer şekilde Almanya’da 1962 tarihli tasarının hazırlık çalışmaları sırasında, genel tehlike suçlarının ölümle sonuçlanması halleri (1962 tasarısı § 338, f. 1, b. 1) tartışılırken, bu suçların neredeyse tamamında failin temel suçu işlemekle kişilerin hayatı veya vücut bütünlüğü bakımından bir tehlike yarattığı ifade edilmiştir. Eğer bu genel tehlike suçları, bir de ölüm neticesi meydana getirirse cezanın artırılması öngörülmüştür. Ancak bu ölüm neticesinden sorumluluk konusunda gerekli olan taksir zaten temel suçun işlenmesi ile genellikle meydana gelmektedir. Bu nedenle cezanın ölüm neticesi dolayısıyla artırılabilmesi için daha ağır bir taksire ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir. Bundestag-Drucksachen, IV/650, s. 516.

1 Haziran 1964 tarihli Yedinci Reform Yasası’nın hazırlık çalışmaları sırasında kasıtlı patlama yaratma suçu neticesi ölüm meydana gelmesi halinde, ölüm neticesinden sorumluluk için (Al. CK § 311, f. 3, 1964 versiyonu) ağır taksirin bulunması aranmıştır. Bunun gerekçesi olarak 1962 tasarısı § 338, f. 1, b. 1’de olduğu gibi ölüm neticesinden sorumluluğun sadece ağır taksir halinde mümkün olması gösterilmiştir. Kusur derecesinde böyle bir artış olmaksızın cezada bir artışın haklı görülmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Ölüm neticesi açısından basit taksirin, zaten temel kasıtlı tehlike suçunun işlenmesi ile ortaya çıktığı, dolayısıyla eğer cezadaki ağırlaşmanın kusurun ağırlaşması da öngörülmese sadece ölüm neticesinin meydana gelmesine dayanacağı, bu durumun kusur ilkesi ile bağdaşmayacağı söylenmiştir. Bundestag-Drucksachen, IV/2186, s. 2.

Bkz. Engisch (1930), s. 401; Kaufmann (1976), s. 244. Teoriye dair geniş bilgi için bkz. G. Küpper (1988). *Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit*. ZStW, 100, s. 768 vd.

Unutmamak gerekir ki, Almanya’da somut tehlike suçunu takip eden istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda güvenilir bir filtre görevi görmesi için ağır taksirin kabul edilmiş olmasına rağmen, uygulama basit taksir hallerinde de faili cezalandırmanın bir yolunu bulmuştur. Ağır taksirin bulunmadığı durumlarda fail neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan sorumlu tutulamamakla beraber, uygulama bu durumda temel kasıtlı suç ile basit taksirli suçun fikri içtima hükümleri gereğince içtima ettirilerek uygulanması yolunu seçmiştir. Ancak burada da temel kasıtlı somut tehlike suçunun işlenmesi ile birlikte, ağır netice bakımından basit taksirin otomatik olarak ortaya çıktığı kabul edilmiştir.

Sonuç olarak Türk ceza hukukuna ağır taksir kavramını almak yerine, taksiri temel kasıtlı somut tehlike suçlarının işlenmesi ile meydana gelen ağır neticeden sorumluluk kriteri olarak kabul etmek ve bu taksirin içeriğinin zayıflatılmasına engel olacak araçları kanun metnine eklemek çok daha etkili bir sonuç doğuracaktır. Böylece temel kasıtlı suçun işlenmesi ile birlikte, meydana gelen ağır netice bakımından basit taksirin dahi otomatik olarak kabul edilmesi mümkün olamayacaktır.

Ağır taksirin taksir ile birlikte cezanın bireyselleştirilmesinde kullanılıp kullanılmayacağını da araştırmak gerekmektedir.

Kanun koyucu basit taksir halinde daha düşük bir ceza öngörürken, ağır taksir halinde daha ağır bir ceza öngörebilir. Böylece ceza ile kusurun derecesi arasında da daha sağlam bir orantı gerçekleşmiş olur. Bu durumda her somut olayda failin kusurunun belirlenmesi gerekmektedir.

Ağır taksirle işlenen bir netice söz konusu olduğunda, suçun basit taksirle işlenmesinden daha yüksek bir soyut ceza öngörülmüş olacağından, yani ceza yüksek olmaya devam edeceğinden uygulama olası kastın alanını genişleterek cezanın azaltılmasının önüne geçmeye çalışmayacaktır¹²⁹⁸. Türk Ceza Kanunu metnini de dikkate alacak olursak, olası kast ile bilinçli taksirin birbirinden ayrılmasının ne kadar güç olduğu açıktır. Bu nedenle, olası kastın uygulama alanının genişletilmesi riski oldukça ciddi bir risktir.

¹²⁹⁸ Bkz. Dolcini (1979b), s. 830; Ardizzzone (1984), s. 172 vd.

Taksir ile ağır taksirin birlikte kullanımı Beccaria’nın öğretilerine kadar uzanan bir suç siyaseti anlayışına bizi ulaştırmaktadır. Beccaria’ya göre, failin fiiline gerçekten uygun bir sorumluluk yüklemek için, kast ile ağır taksir, ağır taksir ile basit taksir, basit taksir ile kusursuzluk seviyeleri arasında ayırım yapmak gerekmektedir. Beccaria (1994), s. 85 vd.

3.5.3. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda uygulanacak ceza

Alman, Avusturya ve İtalyan ceza hukuklarında olduğu gibi neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların açıkça düzenlendiği sistemlerde, bu suçlar için öngörülen ceza Almanya ve Avusturya'da olduğu gibi daima veya İtalya'da olduğu gibi genellikle fikri içtima hükümlerinin uygulanması halinde verilecek cezadan daha ağırdır¹²⁹⁹.

¹²⁹⁹ Fikri içtima durumlarında Almanya ve Avusturya'da öngörülen ceza, bu durumlar için İtalya'da öngörülen cezadan oldukça farklıdır. Almanya ve Avusturya'da (Al.CK § 52, Av. CK § 28) içtima edilen suçlardan hangisinin cezası daha ağırsa o cezanın uygulanması ile yetinilir, cezada herhangi bir ağırlaşma söz konusu olmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. F. Geerds (1961). *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*. Hamburg: Hansischer Gildenverl.; Paeffgen (1989), s. 91; Preziosi (2000), s. 23, 240. Oysa İtalya'da fikri içtima (İCK m. 81, f. 1, f. 3) daha ağır olan cezanın oldukça anlamlı bir oranda artırılmasına izin vermektedir. R. A. Frosali (1937). *Concorso di norme e concorso di reati*. Citta di Castello: Societa anonima tipografica Leonardo da Vinci; Marinucci ve Dolcini (2006), s. 309 vd.

İtalyan ceza hukukunda özellikle ölüm ve yaralanma ile neticelenen suçlarda cezanın ağırlaştığını görmekteyiz. Ölüm ve yaralanma ile neticelenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda öngörülen ceza, fikri içtima için öngörülen cezadan daha ağırdır. Bkz. Canestrari (1989b), s. 275.

Ancak kastı aşan suçlar ile neticenin zorunlu olarak istenmemesi gereken suçların çoğunda da öngörülen cezanın bu suçlara fikri içtima hükümlerinin uygulanması durumunda verilecek olan cezadan daha ağır olduğu görülmektedir. Bkz. Canestrari (1989b), s. 40,47 vd., 55, 132, 223; Bondi (1999), s. 123, 130, 399; Donini (1996), s. 370.

Kastı aşan suçlar ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin öngörülen cezalar incelendiğinde cezanın gerek alt ve gerekse üst sınırının, aynı suçlara fikri içtima hükümlerinin uygulanması halinde hesaplanacak cezadan daha fazla olduğu görülmektedir. Örneğin:

İCK m. 571/2: Terbiye ve disiplin araçlarının kötüye kullanımı neticesi ölümün veya basit, ağır veya çok ağır yaralanmanın meydana gelmesi

İCK m. 572/2: Aile bireylerine veya çocuklara kötü muamele neticesi ölüm veya ağır veya çok ağır yaralanmanın meydana gelmesi

İCK 584: Hafif ve basit yaralama sonucunda ölümün meydana gelmesi (kastı aşan insan öldürme)

İCK m. 588/2: Kavga neticesi basit veya ağır yaralanmanın meydana gelmesi

İCK m. 591/3: Küçükleri veya kendini idare edemeyenleri terk neticesi basit veya ağır yaralanmanın meydana gelmesi

İCK m. 582/1: Basit yaralama neticesi çocuğun düşmesine neden olma (kastı aşan çocuk düşürme, 1978 tarihli 194 sayılı kanun m. 18/2)

1978 tarihli 194 sayılı kanun m. 18/4: Kasıtlı veya kastı aşan çocuk düşürme neticesi ölümün veya çok ağır yaralanmanın meydana gelmesi

1978 tarihli 194 sayılı kanun m. 19/6: Bu kanunun 19. maddesinin birinci ve üçüncü fıkrasında öngörüldüğü şekilde hukuka aykırı biçimde gerçekleştirilen çocuk düşürme neticesi ağır yaralanmanın meydana gelmesi.

Başka bazı durumlarda ise kastı aşan suçlarda veya neticenin zorunlu olarak istenmemiş olması gereken neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, bu suçlar için öngörülmüş azami cezanın, fikri içtima hükümlerinin uygulanması halinde uygulanabilecek azami cezadan daha fazla olduğu görülmektedir. Örneğin:

İCK m. 588/2: Kavga neticesi çok ağır yaralanmanın meydana gelmesi

İCK m. 593/3: Yardım yükümlülüğünün ihmali sonucu basit yaralanmanın meydana gelmesi.

1978 tarihli 194 sayılı kanun m. 18/4: Kasıtlı çocuk düşürme ve kastı aşan çocuk düşürme sonucu basit yaralamanın meydana gelmesi.

Kastı aşan suçlar veya neticenin zorunlu olarak istenmemiş olması gereken neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda öngörülen asgari cezanın, bu suçlarla ilgili fikri içtima hükümlerinin uygulanması halinde uygulanacak asgari cezadan daha yüksek olduğu durumlar da vardır. Bu suçlar için öngörülen azami ceza ise fikri içtima hali için öngörülen cezadan daha düşük veya eşittir. Örneğin:

a) Kastı aşan veya neticenin zorunlu olarak istenmemiş olması gereken neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda öngörülen suçların asgari cezasının fikri içtima için öngörülen asgari cezadan yüksek, azami cezalarının ise eşit olduğu durumlar:

İCK m. 427/2: Sel, toprak kayması veya çığ düşmesi tehlikesi yaratan mala zarar verme sonucu, sel, toprak kayması veya çığ düşmesi.

İCK m. 429/2: Geminin batmasına, başka bir eşyanın batmasına veya hava araçlarıyla ilgili bir felaketin meydana gelmesi tehlikesine neden olan mala zarar verme neticesi, geminin batması, eşya batması veya hava araçlarına dair bir felaketin meydana gelmesi

1978 tarihli 194 sayılı kanun m. 19/6: Hukuka aykırı çocuk düşürme neticesi çok ağır yaralama.

b) Kastı aşan veya neticenin zorunlu olarak istenmemiş olması gereken neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda öngörülen suçların asgari cezasının, fikri içtima için öngörülen asgari cezadan yüksek, azami cezalarının ise fikri içtima halinden daha düşük olduğu durumlar:

İCK m. 424/2: Yangın tehlikesi taşıyan mala zarar verme suçu neticesi yangın çıkması.

İCK m. 431/2: Demiryolu felaketine neden olma tehlikesi doğuran mala zarar verme neticesi demiryolu felaketinin meydana gelmesi.

İCK m. 583/1: Ağır yaralama neticesi çocuğun düşmesine neden olma (kastı aşan çocuk düşürme)

İCK m. 591/3: Küçükleri ve kendini idare edemeyenleri terk neticesi ölüm veya çok ağır yaralama.

İCK m. 630/2: Yağma amacıyla kişi hürriyetinden mahrum etme neticesi ölüm meydana gelmesi.

1978 tarihli 194 sayılı kanun m. 19/6: Bu hükmün birinci fıkrasında öngörülen hukuka aykırı çocuk düşürme sonucu ölüm meydana gelmesi.

1978 tarihli 194 sayılı kanun m. 19/6: Bu hükmün üçüncü fıkrasında öngörülen hukuka aykırı çocuk düşürme sonucu ölüm veya çok ağır yaralama meydana gelmesi.

Çok az durumda kastı aşan veya neticenin zorunlu olarak istenmemiş olması gereken neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda öngörülen azami ve asgari cezanın fikri içtima halleri için öngörülen hallerden daha az olduğu görülmektedir:

İCK m. 583/2: Çok ağır yaralama sonucu çocuk düşürmeye neden olma (kastı aşan çocuk düşürme)

İCK m. 588/2: Kavga neticesi ölüm meydana gelmesi

İCK m. 593/3: Yardım yükümlülüğünün ihlali neticesi ölüm veya ağır veya çok ağır yaralamanın meydana gelmesi.

Alman veya Avusturya ceza hukukları bakımından neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar için öngörülen cezalar fikri içtima hallerine göre çok daha yüksektir.

Örneğin Almanya’da yaralama neticesi ölüm meydana gelmesi halinde 3 yıldan 15 yıla hapis cezası öngörülmüştür (§ 227, f. 1). Bu durumda kasıtlı yaralama (§ 223, f. 1) ve taksirli ölüme neden olma (§ 222) suçları hakkında fikri içtima kuralları uygulansa idi verilecek ceza, asgari ceza para cezası olurken azami ceza 5 yıl hapis cezası olacaktır. Bkz. Bacher (1999), s. 20 vd.; Küpper (1999), s. 801.

Aynı şekilde Avusturya’da yaralama neticesi ölüm meydana gelmesi halinde (§ 86) en fazla on yıl hapis cezası verilir. Bu durumda kasıtlı yaralama (§ 83) ve taksirli ölüme neden olma (§ 80) suçları hakkında fikri içtima kuralları uygulansa idi verilecek azami ceza 1 yıl hapis cezası olacaktır.

İtalyan, Alman ve Avusturya ceza hukuklarında bazı özel hükümlerde ise, kasıtlı suçu takip eden istenmeyen neticeler için öngörülen cezanın, temel suç ile ağırlaştırıcı suçun başlıbaşına bağımsız suçlar olması halinde bu suçların cezalarının maddi içtima ile bulunacak cezadan daha ağır olduğu görülmektedir¹³⁰⁰.

Gerek suçların maddi içtimasının daha ağır bir ceza sonucunu doğurduğu İtalyan ceza hukukunda (maddi içtimada, iki suçun cezasının matematiksel toplamı uygulanır İCK m. 71)¹³⁰¹ gerekse Almanya ve Avusturya gibi suçların maddi içtimasının daha az cezayı gerektirdiği hukuk sistemlerinde (Almaya’da maddi içtima halinde, hakim iki suçtan ağır olanının cezasını azami sınırına kadar artırabilir, ancak ağırlaştırılmış bu ceza iki suçun cezalarının matematiksel toplamından daha düşük olmalıdır- Al.CK § 53 ve 54, Avusturya’da ise failin daha da lehine bir durum doğmaktadır, suçun maddi içtima ile fikri içtimada verilecek cezalar aynıdır- Av.CK § 28) neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların cezaları bazen bu suç içerisinde bulunan iki suçun maddi içtimadan daha yüksek bir ceza olabilir.

Bazı durumlarda ise, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar/kastı aşan suçlar bakımından öngörülen ceza, taksirli suçlardan daha hafif olabilmektedir¹³⁰².

¹³⁰⁰ Löffler (1895), s. 280.

¹³⁰¹ Marinucci ve Dolcini (2006), s. 309 vd.; Pagliaro (2003b), s. 600, 704.

İtalyan ceza hukukunda sıklıkla neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar veya kastı aşan suçlarda öngörülen ceza suçların maddi içtimadan daha yüksektir. Örneğin;

İCK m. 571/2 uyarınca terbiye hakkının kötüye kullanımı sonucunda ağır yaralama neticesinin meydana gelmesi halinde 1 yıldan 2 yıl 4 aya kadar, çok ağır yaralama meydana gelirse 2 yıldan 4 yıla kadar, eğer ölüm neticesi meydana gelirse 3 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası uygulanır. Bu olayda eğer İCK m. 571/1’de öngörülen terbiye hakkının kötüye kullanılması suçu ile ağır yaralama suçu hakkında maddi içtima kuralları uygulansa idi ceza 1 ay 15 günden 1 yıla kadar, İCK m. 571/1 ile çok ağır yaralama suçu hakkında maddi içtima kuralları uygulansa idi 3 ay 15 günden 2 yıl 6 aya kadar, İCK m. 571/1 ile öldürme suçları hakkında maddi içtima kuralları uygulansa idi ceza 6 ay 15 günden 5 yıl 6 aya kadar hapis cezası olacaktır.

Aynı durum İCK m. 572/2’de öngörülen aile bireylerine veya çocuklara karşı kötü muamele suçu için ve İCK m. 584’de öngörülen yaralama suçlarının ölümle neticelenmesi halinde, İCK m. 588/2’de öngörülen kavgaya karışma suçunun yaralamaya neden olması, İCK m. 591/3’de yer alan küçükleri ve kendini idare edemeyenleri terk suçunun yaralanmaya neden olması, 1978 tarihli 194 sayılı kanunun 18/4 maddesi uyarınca kasıtlı veya kastı aşan çocuk düşürmenin kadının ölümüne, ağır yaralanmasına neden olması, 1978 tarihli 194 sayılı kanunun 19/6 maddesi uyarınca hukuka aykırı olarak kasıtlı çocuk düşürme suçunun ağır yaralamaya neden olması durumlarında da geçerlidir.

¹³⁰² Örneğin İCK’da yardım yükümlülüğünün ihlali sonucunda ölümün meydana gelmesi durumunda öngörülen ceza (m. 593, f. 3), taksirli öldürme için öngörülen cezadan düşüktür (m. 589); mala zarar verme sonucu yangın çıkması (m. 424, f. 2) için öngörülen ceza taksirli yangına neden olma (m. 499, f. 1) için öngörülen cezadan düşüktür; mala zarar verme sonucu demiryolu felaketine neden olma (m. 431, f. 2) için öngörülen ceza, taksirli olarak demiryolu felaketine neden olma (m. 449, f. 2) için öngörülen cezaya eşittir. Canestrari (1989b), s. 42, 45, 136; Pagliaro (1989a), s. 17.

Birbirine çok benzer neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların cezaları arasında da önemli farklar bulunmaktadır¹³⁰³. Bazı durumlarda temel suç için öngörülen cezalar aynı iken, aynı ağırlaştırıcı neticenin meydana gelmesi ile oluşan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara verilen cezalar arasında fark bulunmaktadır¹³⁰⁴. Bazen de temel suç için farklı cezalar öngörülmüş iken, aynı ağırlaştırıcı neticenin meydana gelmesi halinde farklı cezalar verilebilmektedir¹³⁰⁵.

Genellikle kanun koyucu belli bir suç için öngörülecek cezayı belirleme konusunda seçim hakkına sahiptir¹³⁰⁶. Ancak kanun koyucu cezayı belirlerken sonsuz bir özgürlüğe sahip değildir, Anayasal ilkelere uygun şekilde bir belirleme yapmak zorundadır¹³⁰⁷.

Öğretide, Anayasa’da öngörülen bu sınırın temelinde kusur ilkesinin yer aldığı ifade edilmektedir. Soyut cezanın belirlenmesinde fiilin ağırlığı önem taşımaktadır¹³⁰⁸ ve fiilin ağırlığı ise kusura göre belirlenecektir¹³⁰⁹.

¹³⁰³ Bkz. Contento (1996), s. 169; Militello (1994), s. 11 vd.; T. Padovani (1992). La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale. *RIDPP*, s. 439 vd.

¹³⁰⁴ Örneğin, aile bireylerine kötü muamele suçu (m. 572, f. 1) ile küçükleri ve kendini idare edemeyenleri terk suçu (m. 591, f. 1, 2) için öngörülen azami cezalar aynıdır (5 yıl hapis cezası). Bu suçlar neticesi ölüm meydana gelirse birinci durumda ceza 20 yıl hapis cezası olurken (m. 572, f. 2), ikinci durumda sadece 8 yıl hapis cezası öngörülmüştür (m. 591, f. 3).

¹³⁰⁵ Örneğin terbiye vasıtalarının kötüye kullanımı ve küçükleri ve kendini idare edemeyenleri terk suçları farklı cezalar ile cezalandırılmışlardır. Birinci suç için 6 yıla kadar hapis (m. 571, f. 1), ikincisi için 6 aydan 5 yıla kadar hapis (m. 591/1, 2) cezası öngörülmüştür. Ancak bu suçlar sonucunda ölüm neticesi meydana gelirse her ikisi için de aynı ceza, 3 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür (m. 571/2 ve 591/3). 1978 tarih ve 194 sayılı Kanun’un 19. maddesinin 1 ve 3 fıkralarında belirtilen şekilde hukuka aykırı çocuk düşürme suçu için farklı cezalar öngörülmüş iken (birinci fıkra için 3 yıla kadar hapis cezası (m. 19/1) üçüncü fıkra için 1 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası (m. 19/ 3)), bu suçlardan ölüm veya ağır yaralama veya çok ağır yaralama neticeleri meydana gelirse bütün bu neticeler için aynı ceza verilmiştir (m. 19/6).

¹³⁰⁶ C cost. 25.7.1994, n. 341, *FI* 1994, I, s. 2587.

¹³⁰⁷ Bkz. S. Corbetta (1997). La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale. *RIDPP*, s. 134 vd.; Lorenzen (1981), s. 88 vd.

¹³⁰⁸ Beccaria (1994), s. 19.

¹³⁰⁹ Bkz. E. Dolcini (1985). Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione. *Diritto penale in trasformazione*. (a cura di Marinucci e Dolcini). Milano: Giuffrè, s. 392; Pulitanò (1974), s. 499 vd., 520 vd.; Marinucci (1996), s. 70.

Almanya’da Anayasa Mahkemesi 1950’den itibaren kusur ilkesinin iki özelliği bulunduğunu ifade etmiştir: Kusur yok ise ceza da verilemez ve verilecek ceza ise fiilin ağırlığına ve özellikle failin kusuruna göre belirlenir. Bkz. T. Maunz vd. (1980). *Grundgesetz – Kommentar*. Band 1, (artt. 1-19). München: Beck, Band 1 (m. 1-19), m. 1, kn. 32.

Ceza ile kusur arasındaki bu ilişki, kanunkoyucunun belirleyeceği ceza karşısında bireyleri koruyucu bir etki yaratır¹³¹⁰. Kusur ilkesi iki unsurdan oluşmaktadır: “kusursuz ceza olmaz” ve “cezanın derecesi kusurun derecesinden ağır olamaz”¹³¹¹.

Öğretide verilecek cezanın kusura göre belirlenmesinin zorluğu ifade edilmiş olmasına¹³¹² rağmen, burada aslında kusurun birebir bir hesap ölçütü olarak kullanılmasından bahsedilmediğini, adil olmayan bir cezanın verilmesinin önüne geçecek bir ölçüt olarak kusurun kullanılacağını unutmamak gerekmektedir. Kusur ile cezanın belirlenmesinde matematiksel bir formül yaratılması hedeflenmemekte, sadece kusurun cezanın belirlenmesinde bir hareket noktası olması amaçlanmaktadır¹³¹³. Önemli olan cezanın kötüye kullanılmaması, yani cezanın derecesinin kusurun derecesini aşmamasıdır¹³¹⁴.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarla ilgili olarak öğreti, bazı suç hipotezlerinde ceza ile kusur arasındaki orantının dikkate alınmadığı, cezanın kusurdan ağır olduğu görüşündedir¹³¹⁵. Kusur yoksa ceza da yoktur ifadesi neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarla ilgili olarak şu şekilde de ifade edilebilir: “Eğer daha ağır bir kusur yoksa daha ağır bir ceza da yoktur”.

Türk hukukunda da kast ve tasksirin bir arada bulunduğu neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar öngörülmüş olsa da, bu şekilde oluşturulan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar dahi tam olarak kusur ilkesine uygun değildir¹³¹⁶.

Gerçekten, suçların maddi veya fikri içtimai ile bulunacak ceza ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar için öngörülen ceza arasında bir karşılaştırma yapılırsa

¹³¹⁰ Bkz. Dolcini (1979a), s. 257 vd.; Pulitanò (1974), s. 521; Marinucci (1996), s. 70; G. Fiandaca (1987). Considerazioni su colpevolezza e prevenzione. *RIDPP*, s. 839.

¹³¹¹ H. Zipf (1980). *Kriminalpolitik*. (2. völlig neubearb. u. erw. Aufl.). Heidelberg: Müller, s. 65.

¹³¹² Fiandaca (1987), s. 876; L. Eusebi (1985). La “nuova” retribuzione. *Diritto penale in trasformazione*. (a cura di Marinucci e Dolcini). Milano: Giuffrè, s. 97 vd.

¹³¹³ Pulitanò (1974), s. 500; C. Roxin (1980). Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza. *RIDPP*, s. 377.

¹³¹⁴ Romano (2004), pre-art. 39, n. 69.

¹³¹⁵ Bkz. Löffler (1895), s. 280.

¹³¹⁶ İtalyan hukuku ile karşılaştırma için bkz. Corbetta (1997), s. 169; Pulitanò (1974), s. 523; Ardizzone (1984), s. 164, 168; Castaldo (1989a), s. 323 vd.

neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar için öngörülen cezanın çok ağır olduğu görülecektir¹³¹⁷.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda taksirin öngörülmesi sadece kusur ilkesine uyma konusunda genel bir kabulü göstermektedir¹³¹⁸. Kasıtlı bir fiil icra ederken taksir ile neticede bir ağırlaşma meydana getiren failin cezasında böylesine yüksek bir artış yapılması, *versari in re illicita* ilkesinin bir kalıntısı gibi görünmektedir¹³¹⁹. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarla ilgili hükme sadece taksirin eklenmiş olması ile kusur ilkesine tam olarak saygı gösterildiği söylenemez¹³²⁰. Taksirin arandığı neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hipotezlerinde, böylesine ağırlaştırılan ceza ile, ortadan kaldırılan objektif sorumlulukla adeta tekrar karşılaşmaktayız¹³²¹.

3.5.4. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların kanun metninden çıkarılması tartışmaları

Almanya, İsviçre ve İspanya öğretisinde, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda öngörülen ceza ile kusur arasındaki ilişki konusu üzerinde yoğun tartışmalar yaşanmış ve ceza ile kusur arasındaki bu dengesizliğin çözümü için çeşitli öneriler ileri sürülmüştür¹³²². Bir grup yazar neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardaki ağır cezaların nedenlerini izaha çalışırken¹³²³, diğer bir grup yazar neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçları kanun metninden çıkarmanın daha uygun bir çözüm yolu olacağını savunmuştur.

¹³¹⁷ Bkz. Welzel (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr Niederschriften, Band 5, s. 49.

¹³¹⁸ G. Boldt (1936). *Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Fahrlässigkeit im kommenden Recht*. ZStW, 55, s. 50.

¹³¹⁹ Hirsch (1972), s. 67; Lorenzen (1981), s. 87.

¹³²⁰ Gallas (1958), Band 2, s. 257.

¹³²¹ Paeffgen (1989), s. 91.

¹³²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Dolcini (1979b), s. 776 vd.

¹³²³ Stile, A. (1989). *Conclusioni. Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. (a cura di A. M. Stile). Napoli: Jovene, s. 576; Canestrari (1995), s. 724; Roxin (1997), s. 276; Küpper (1982), s. 83 vd.; Jakobs (1983), s. 271.

3.5.4.1. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların korunması gerektiği görüşü

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların korunmasına ve ağır neticenin taksir dolayısıyla faile yüklenebileceğine karar verilirse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda böylesine ağır cezaların öngörülmesi olmasını bir gerekçeye bağlamak ve bu cezaların kusur ilkesine uygun olmasını sağlamak gerekmektedir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır cezaların uygulanmasını açıklayan versari in re illicita ve dolaylı kast anlayışı bugün artık geçerliliğini yitirmiştir. Dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda öngörülen ağır cezaların, terk edilmiş bu ilkelerle açıklanması mümkün değildir¹³²⁴.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların varlığını devam etmesini savunan yazarlardan bir kısmı, temel suçun işlenmesi ile ağırlaşmış netice bakımından bir tehlike yaratıldığını, bu nedenle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların hukukla çatışma derecesinin daha ağır olduğunu, bu durumun ise daha ağır cezalandırmayı gerektirdiğini ifade ederler¹³²⁵.

Bu teori uyarınca temel suç ile ağırlaşmış netice arasındaki tehlike bağlantısı tipik fiil açısından suçun ağırlığını¹³²⁶ artırmaktadır veya bu tehlike bağlantısı neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara özel bir hukuka aykırılık içeriği getirmektedir¹³²⁷. Böylece

¹³²⁴ Bacher (1999), s. 22; K. Ambos (2002). Präterintentionalität und Erfolgsqualifikation – Rechtsvergleichende Überlegungen, GA, s. 482.

¹³²⁵ Bkz. Bondi (1999), s. 319 vd.; Canestrari (1995), s. 721 vd.; Lorenzen (1981), s. 38 vd.

Temel suç ile ağır netice arasında bir tehlike bağlantısı bulunduğu görüşü eskiden beri bulunmaktadır. Tehlike bağlantısı görüşü dolaylı kast anlayışı içerisinde de yer almaktadır ve XVII. yüzyıl boyunca bu anlayış neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarla ilgili gelişmeleri etkilemiştir. 1800'li yılların sonunda, temel suç ile ağırlaşmış netice arasındaki tehlike bağlantısını kullanarak von Kries uygun nedensellik teorisini geliştirmiştir. Bu teori ile şartların eşitliği teorisi gereği ağırlaşmış neticeden failin her zaman sorumlu olmasının önüne geçilmek istenmiştir.

Uygun nedensellik teorisi ağırlaşmış neticeden failin sorumluluğu konusunda bir filtre görevi görmek için geliştirilmiştir, ancak daha sonra neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara taksirin de eklenmesi ile artık görevi taksir üstlendiğinden uygun nedensellik teorisine ihtiyaç kalmamıştır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda taksirin eklenmesinden sonra, temel suç ile ağırlaşmış netice arasındaki tehlike bağlantısı uygun nedensellik anlayışı kapsamındaki öneminden ziyade, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda cezanın ağırlığını açıklamada bir gerekçe olarak kullanılmıştır.

Bkz. Militello (1988), s. 287; Trapani (1992), s. 174, 390 vd., 403; Bondi (1999), s. 127 vd.

¹³²⁶ Bkz. G. Boldt (1956). Zur Struktur der Fahrlässigkeit-Tat. ZStW, 68, s. 356.

¹³²⁷ H. J. Hirsch (1985). Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt. Festschrift für Dietrich Oehler. Köln: Heymann, s. 112 vd.

neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara, suçların fikri içtimai ile verilecek cezadan daha ağır bir ceza verilmesinin haklılığı açıklanmaya çalışılmaktadır¹³²⁸.

Bu teori, bazı suçlarda temel suçun, ağırlaştırılmış istenmeyen netice bakımından herhangi bir tehlike içermemesi¹³²⁹ dolayısıyla yetersiz bulunmuştur. Ayrıca, temel suçun ağırlaştırılmış netice bakımından herhangi bir tehlike içermediği hafif yaralama gibi suçlar bir kenara bırakılsa dahi, temel kasıtlı suçun ağırlaştırılmış netice bakımından bir tehlike (gerek somut tehlike, gerekse soyut tehlike) içerdiği suçlarda da, tehlike bağlantısı teorisinin kabulünü engelleyen bir diğer husus, tehlike neticesi ve zarar neticesi arasında bütün-parça ilişkisinin bulunmasıdır. Ağırlaştırılmış netice meydana geldiği için cezanın artırılması yoluna gidildiğinde aynı hukuki yarar iki kez ihlal edilmiş kabul edilip, bu iki neticenin cezanın hesabında iki kez dikkate alınması söz konusu olacaktır. Ancak, tehlikenin cezası zaten temel suçun cezası içerisinde yer almaktadır. Bu nedenle kanun koyucu cezayı belirlediğinde zaten bu tehlikeyi de dikkate almıştır¹³³⁰.

¹³²⁸ Bu konuda pek çok yazar hemfikirdir:

Boldt: Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçları sadece bir kasıtlı suç ile bir taksirli suçun birleşimi olarak değerlendirmek doğru değildir. Gerçekten neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar, sadece bir kasıtlı suça bir taksirli suçun eklenmesi anlamını taşımamaktadır. Bu suçlar arasında içsel bir bağ da bulunmaktadır (*innere Bezogenheit aufeinander*). Ağırlaştırılmış neticeye taksirle neden olunması halinde, bu durum temel suçta var olan tehlikenin gerçekleşmesinden başka bir şey değildir. Bu suçlar temel suçta var olan tehlikenin ağırlaştırılmış neticenin meydana gelmesi ile ortaya çıkması ile cezalandırılan fiiller olarak doğmuştur. Boldt (1956), s. 356.

Oehler: Temel suçta yer alan tehlikenin ağırlaştırılmış istenmeyen neticede gerçekleşmesi durumu, bu iki suçun sadece birbirine eklenmesinin ötesinde bir anlam ifade ettiklerini ortaya koymaktadır. D. Oehler (1957). Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt. ZStW, 69, s. 517.

Hirsch: Ağırlaştırıcı neticede temel suçta var olan özel tehlikenin meydana gelmesi gerekir. Bu da, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların fikri içtimadan daha ağır bir nitelik taşıdıklarını göstermektedir. Bu durum söz konusu suçlarda cezanın ağırlaşmasını açıklamaktadır. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar şu şekilde oluşmaktadır: Kasıtlı olarak meydana getirilen netice ağırlaştırılmış eklenen neticenin meydana gelmesi riskini içermektedir. Temel kasıtlı suç, ağırlaştırılmış neticenin meydana gelmesine yön vermektedir. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların, suçların fikri içtimasına nazaran özel durumu, temel suç ile meydana getirilen risk ile öngörülebilir ağırlaştırılmış netice arasındaki bağlantıdan ileri gelmektedir. Bu durum neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda cezanın artmasını açıklamaktadır. Hirsch (1972), s. 71.

Aynı yöndeki görüşler için bkz. Küpper (1999), s. 790; Canestrari (1989b), s. 86 vd.; Militello (1994), s. 11.

¹³²⁹ Bkz. Grosso (1991), s. 4; Castaldo (1989a), s. 331.

¹³³⁰ Bkz. Marinucci ve Dolcini (2006), s. 299.

3.5.4.2. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların kanundan çıkarılması yönündeki görüş

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların bağımsız suç hipotezleri olarak böylesine ağır cezalarını sağlam bir gerekçe ile açıklamanın mümkün olmaması üzerine, bu suçların kanun metninden çıkarılması ve yerine fikri içtima hükümlerinin uygulanması önerisi getirilmiştir.

Bu yöndeki görüş, Almanya’da neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardan sorumluluk için failin en azından taksirli olmasını arayan hüküm yürürlüğe girmeden önce savunulmaya başlamıştır. Gerçekten bir grup yazar, taksirin madde metnine eklenmesi ile dahi neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara ilişkin sorunların çözülmediğini anlamıştır. Bu görüşe göre, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar hakkında öngörülen ceza, kusur ile orantısız şekilde yüksektir ve bu durum versari in re illicita anlayışının bir uzantısıdır. Bu nedenle, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların kanun metninden çıkarılarak, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç içerisinde yer alan suçların fikri içtimai yoluna gidilmelidir¹³³¹. Ancak kanunun kabulünden (1953) önce Almanya’da cezadan daha önemli görülen konu ağırlaştırılmış neticeden sorumluluk kriterini belirlemektir. Ayrıca versari in re illicita anlayışını, ağırlaştırılmış neticeden sorumluluk kriteri olmaktan çıkarma yanında, cezanın belirlenmesi kriteri olmaktan da çıkarmanın dirençle karşılaşacağı endişesi yaşanmıştır. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların kanundan çıkarılması aynı zamanda fikri içtima hükümleri uygulanarak belirlenecek olan ceza ile ilgili bazı değişikliklerin yapılmasını da gerektirmektedir. Fikri içtimada, sadece ağır cezanın verilmesi ile yetinmesine ilişkin kural kaldırılarak, ağır ceza üzerinden de cezada bir artırım yoluna gidilmesi gerekmektedir. Ancak üçüncü reform yasasında suçların fikri içtimai hükümlerine dair böyle bir değişiklik gerçekleştirilmemiştir.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların kanun metninden çıkarılması yönündeki bir başka öneri de 1953 yılından sonra Große Strafrechtskommission çalışmaları sırasında Jescheck tarafından ileri sürülmüştür. Jescheck, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçları

¹³³¹ Bkz. Löffler (1895), s. 280.

kanun metninden çıkarmayı önerirken aynı zamanda suçların fikri içtimasında cezanın artırılmasını da önermiştir¹³³².

Alternatif ceza kanunu tasarılarında da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların ortadan kaldırılmasının yanında, fikri içtimada tek suçun cezasının verilmesiyle yetinilmesinin terk edilmesi gerektiği de ifade edilmiştir¹³³³.

Alman öğretisinde yazarların çoğu neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların kanun metninden çıkarılması görüşüne karşı çıkmıştır¹³³⁴.

Bu yazarlara göre, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları ortadan kaldırmak için daha ağır cezalandırılan fikri içtima hükmüne ihtiyaç vardır, ancak fikri içtimada yapılan bu değişiklik genel bir hüküm olacağından diğer tüm suçlarda da uygulanacaktır. Diğer bir ifadeyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda cezayı azaltmak için tüm diğer suçlarda ceza ağırlaştırılmış olacaktır¹³³⁵. Ayrıca, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları ortadan kaldırmak için fikri içtima neticesi verilecek cezanın ağırlaştırılmasının gerektiğini ileri sürmek, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ihtiyaç duymak demektir¹³³⁶.

¹³³² Jescheck (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr, Band 2., s. 246.

Yazara göre fikri içtimada azami ceza ağır suçun cezasının iki katı olabilecek, ancak bu iki katı ceza fikri içtima içerisindeki suçların cezalarının azami oranlarının toplamından daha büyük ve 15 yıl hapis cezasını aşamayacaktır. Ayrıca suçların fikri içtima halinde verilecek asgari ceza, içtimaa katılan suçların hangisinin asgari cezası daha ağır ise o cezadır.

Suçların fikri içtimasına ilişkin kurallar bu şekilde belirlenince neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar için belirlenen ceza ile bu suç kapsamında yer alan suçların fikri içtima ile elde edilen ceza karşılaştırıldığında suçların fikri içtima halinde verilen ceza çok daha hafif kalmaktadır. Jescheck (1958), s. 247.

¹³³³ Nitekim alternatif ceza kanunu tasarısının ikinci versiyonunun genel hükümler kısmında, fikri içtima hükümlerini düzenleyen § 64'de, fikri içtimaa konu olan suçlardan ağır olanın cezasının yarısına kadar artırılacağı ifade edilmiştir. *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr, Band 3., s. 134.

Bu şekildeki bir fikri içtima anlayışı ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların özel hükümler kısmında yer almasının anlamı kalmamıştır. Böylece neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar çıkarılarak, kanunun özel kısmının sadeleşmesi de sağlanabilecektir. (1966). *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*. Tuebingen: Mohr, s. 125.

Örneğin ölümlü neticelenen yaralama suçu, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin özel bir hükümle değil § 64, f. 2'de öngörülmüş olan fikri içtima kuralları uygulanarak § 109 (kasıtlı yaralama) ve 102 (taksirli öldürme) hükümlerinin içtimandan elde edilecek ceza ile cezalandırılacaktır. (1966). *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*. Tuebingen: Mohr, s. 45.

¹³³⁴ Bkz. Lorenzen (1981), s. 87, 132 vd., 158 vd., 164 vd.; E. Schneider (1955). § 56 StGB und die Strafrechtsreform. *JR*, s. 415.

¹³³⁵ Hirsch (1972), s. 68; Küpper (1999), s. 790.

¹³³⁶ Lorenzen (1981), s. 69.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların fikri içtima kurallarından bağımsız olarak ortadan kaldırılması gerektiğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre, eğer neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar yapısal olarak kasıtlı bir suç ile taksirli bir suçun fikri içtimaidan başka bir şey değilse neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçları, suçların fikri içtimaidan daha ağır cezalandırmak için herhangi bir neden bulunmamaktadır¹³³⁷.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların kanun metninden çıkarılmasına karşı çıkan yazarlar, tüm hukuk sistemlerinde iki suçun birleşiminden oluşan ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara benzeyen ve suçların fikri içtima kurallarına göre daha ağır ceza öngören suçların bulunduğunu (Örneğin yağma suçu, cebir kullanma ile hırsızlığın birleşmesiyle oluşmuş bir suçtur. Bu suç da cebir kullanma ile hırsızlığın fikri içtima ile elde edilecek cezadan daha ağır şekilde cezalandırılmaktadır), eğer neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların, suçların fikri içtima ile aynı cezayı öngörmesi gerektiği ileri sürülürse, yağma suçu gibi iki suçun birleşiminden oluşan suçların da fikri içtima ile aynı cezayı öngörmesi gerektiğini, ya da iki suçun birleşimi ile yeni bir suç meydana geldiğini ve bunların bağımsız varlıklarını kaybettiklerini, bu nedenle iki suçun birleşiminden daha ağır bir hukuka aykırılık içerdiğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade ederler¹³³⁸.

İki suçun birleşiminden oluşmuş yağma gibi suçlar ile neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların birbirinden çok farklı olduğu,¹³³⁹ neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardan farklı olarak iki suçun birleşmesinden oluşan yağma gibi suçlarda iki kasıtlı suçun bulunduğu ve bu suçların amaç-araç ilişkisi içerisinde oldukları bu nedenle cezalarının ağır olduğu belirtilerek bu görüş eleştirilmiştir¹³⁴⁰. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar ile iki suçun birleşiminden oluşan diğer suçlar birbirinden tamamen farklıdır. Bu nedenle neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçları ortadan kaldırmak bileşik suçların da ortadan kaldırılmasını gerektirmez denmiştir¹³⁴¹.

¹³³⁷ Galliner (1910), s. 55; Lorenzen (1981), s. 66 vd., 87, 166.

¹³³⁸ E. Mezger, (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr, Band 2., s. 255; Hirsch (1972), s. 70.

¹³³⁹ Lorenzen (1981), s. 81 vd.

¹³⁴⁰ İCK m. 61, b. 2, uyarınca bir başka suçu işlemek ve gizlemek amacıyla başka bir suçun işlenmesi halinde ceza ağırlaştırılır. Bu kural gereğince de yağmanın cezasının artırılması gerekir.

¹³⁴¹ Bkz. Lorenzen (1981), s. 83.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçları ortadan kaldırma görüşünü eleştirenler ayrıca, bugün Almanya’da sadece neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hipotezleri ile düzenlenen fiillerin bulunduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, bazı neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda temel suç ile ağırlaştırılmış netice aynı hukuki yararı ihlal etmektedir (örneğin basit yaralamayı takip eden ağır yaralama gibi), diğer bazılarında ise, ağırlaştırılmış netice ayrı bir suç hipotezi oluşturmamaktadır. Bu durumlarda fikri içtima kurallarının uygulanması mümkün değildir¹³⁴².

Bu görüş, birinci grup suçlar bakımından bu tür neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun, sadece basit yaralamayı takip eden ağır yaralama halinde meydana gelen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçta (Al.CK § 226) karşımıza çıktığı şeklinde eleştirilmiştir. Ayrıca bu durumda dahi fikri içtima kurallarının uygulanması mümkündür. İtalya’da istenenden daha ağır netice suçun ağırlaştırıcı nedenleri ile cezalandırılmaktadır (İCK m. 583). Dolayısıyla suçların fikri içtimaı kuralına dahi başvurmak gereksizdir.

İkinci durumda ise Almanya’da genellikle neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, ağırlaştırılmış netice ölüm veya yaralamadır¹³⁴³. Ayrıca ağır neticeler daima kendi başına cezalandırılabilir suçlardır ve bu suçlar bakımından suçların fikri içtimaı hükümlerinin uygulanması mümkündür.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçları kaldıran bazı Avrupa ülkeleri olduğu gibi İtalyan ceza hukuku tarihinde de bu öneriyi içeren çeşitli kanun tasarıları¹³⁴⁴ bulunmaktadır.

¹³⁴² Hirsch (1972), s. 69.

¹³⁴³ Alman ceza hukukundaki neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar için çalışmanın ikinci bölümündeki “2.1. Genel Olarak” başlığına bkz.

¹³⁴⁴ En yakın tarihli ceza kanunu tasarısı 2004 tarihli genel kısma ilişkin Nordio tasarısıdır. Tasarının 22. maddesi’ne göre “Kanunda kasıtlı suç olarak öngörülen bir fiil ile, fail tarafından istenmeyen bir neticeye taksirle neden olunursa, istenmeyen netice kanunda taksirli suç olarak öngörülmüş ise, daima suçların içtimaı kuralları uygulanır”.

Bu norm, kasıtlı bir suçu takip eden istenmeyen neticenin meydana geldiği tüm durumları ilgilendirmektedir. Yani kastı aşan suçlar, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar ve İCK m. 586’ya atıf yapan tüm suçlar bu kapsamda değerlendirilmektedir ve bu durumlarda fikri içtima kuralları uygulanmaktadır. Dolayısıyla Nordio tasarısında neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların kanun metni içerisinde yer alması kabul edilmemiştir.

Nordio tasarısında neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların ortadan kaldırıldığını bu tasarının giriş kısmından da anlamaktayız. Tasarının giriş kısmında şu ifadelerle yer verilmiştir: İtalyan Anayasası bakımından son derece önemli olan 1988 tarihli 364 sayılı Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği şekilde kusur ilkesinin tam olarak ceza hukukunda hakim kılınması için çeşitli yolların izlenmesi gerekir; bu nedenle kastın aşılmasına ilişkin genel kategorinin ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların ortadan kaldırılması gerekir ”.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçları ceza kanunlarından çıkarmış olan ülkelere örnek olarak İsveç ve İsviçre gösterilebilir.

İsveç'te 1937 yılından itibaren istenmeyen neticenin faile yüklenebilmesi için kanun en azından taksirin bulunmasını aramaktaydı¹³⁴⁵. 1 Ocak 1965 tarihli ceza kanunu ile tüm neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar ortadan kaldırılmıştır. Bu nedenle kasıtlı bir suçtan istenmeyen bir netice meydana gelirse, diğer şartlar da mevcut ise, fail kasıtlı hafif yaralama ve taksirli öldürme suçlarının içtimarı ile cezalandırılacaktır¹³⁴⁶.

1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunu (1942 yılında yürürlüğe girmiştir) bazı neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hipotezlerine yer vermektedir. Örneğin ölüm neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış çocuk düşürme (m. 119/3), ölüm neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hafif yaralama (m. 123/3), ölüm neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış ağır yaralama (m. 122/2), ağır yaralama neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hafif yaralama (m. 123/2), ölüm neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yağma (m. 139/2), ölüm veya ağır yaralama neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış cinsel suçlar (m. 195).

Pagliario tasarısına ilişkin raporda, bu kanunla, kusura dayanmayan her tür sorumluluğun kaldırılmasının sadece kasta veya taksire dayanan sorumluluğun getirilmesinin ve tüm iki suçun birleşiminden oluşan suç hipotezlerinin kaldırılmasının hedeflendiği belirtilmiştir. Dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar ile kastı aşan suçların ortadan kaldırılması planlanmaktadır. Bkz. F. Mantovani (1992). *Diritto penale*, PG. (3.ed.). Padova: CEDAM, s. 359.

Normalde neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından temel suç önem arz ederken Pagliario tasarısında ağırlaştırılmış netice daha büyük bir önem arz etmiştir. Ardizzone (1996), s. 166 vd.

Vücut bütünlüğü ve hataya karşı suçlarda, fiillerin, kavga sırasında, bir kişiye karşı şiddet içeren kasıtlı suçlar işlenirken, aile bireylerine veya küçükler karşı kötü muamele sırasında, çıkar sağlamak için kişi hürriyetinden mahrum kılma suçu işlenirken veya 26.11.1985 tarih ve 718 sayılı kanun m. 3'de öngörülen rehine olarak alınan bir kişi üzerinde işlenmesi halinde ceza ağırlaştırılacaktır. Bu nedenle, önceden ölüm veya yaralama ile neticelenen kavgaya karışma suçu (İCK m. 588/2), tasarıya göre kavga sırasında gerçekleştirilmiş olması nedeniyle ağırlaşan taksirli öldürme veya yaralama suçuna dönüşecektir. Bugün kastı aşan insan öldürme olarak bilinen durumlar da (İCK m. 584) kişiye karşı şiddet içeren kasıtlı bir davranış ile gerçekleştirilmiş olması dolayısıyla ağırlaşan taksirli öldürme suçuna dönüşecektir. Ölüm veya yaralanma neticesi dolayısıyla ağırlaşan terbiye ve disiplin vasıtalarının kötüye kullanımı, hukuka aykırı veya izin verilmeyen çocuk düşürme suçları (İCK m. 571/2, 1978 tarih ve 194 sayılı kanun m. 18/4, 19/6) ve İCK eski m. 586 uyarınca cezalandırılacak pek çok başka suç, tasarı ile kişiye karşı şiddet içeren kasıtlı davranışlar ile gerçekleştirilmiş olması dolayısıyla ağırlaşmış taksirli öldürme ve yaralama suçlarına dönüşecektir. Aynı şekilde bugün ölüm veya yaralanma neticesi sebebiyle ağırlaşan aile bireylerine veya çocuklara kötü muamele suçları (İCK m. 572/2), aile bireylerine veya çocuklara karşı kötü muameleyle işlenmiş olması dolayısıyla ağırlaşan taksirli öldürme veya yaralama suçuna dönüşür. Ölüm veya yaralama dolayısıyla meydana gelen neticesi sebebiyle ağırlaşmış kişi hürriyetinden mahrumiyet suçu (İCK m. 630/2), maddi çıkar sağlamak amacıyla kişi hürriyetinden mahrumiyet ile gerçekleştirilmiş olması dolayısıyla ağırlaşan taksirli öldürme veya yaralama suçuna dönüşecektir.

¹³⁴⁵ Bkz. Jescheck, (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr, Band 2., s. 250.

¹³⁴⁶ G. Simson ve F. Geerds (1969). *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*. München: Beck, s. 179.

İsviçre Ceza Kanunu'na göre ağırlaştırıcı netice faile ancak öngörülebilir ise yüklenebilir. Ancak bu öngörülebilirlik şartı Alman Ceza Kanunu § 18'de olduğu gibi genel kısımdaki bir hükümde yer almamış, özel kısımdaki suç hipotezlerinde ayrıca belirtilmiştir¹³⁴⁷. Öngörülebilirliğin özel hükümlerde tek tek madde metnine eklenmesi uygulamanın her olayda öngörülebilirliği araştırması ve objektif sorumluluktan uzaklaşılması anlamında faydalı bir hükümdür. Uygulamada, öngörülebilirliğin aranması, gerçek bir taksirin aranması faaliyetine dönüşmüştür¹³⁴⁸. Öngörülebilirliğin tespiti için, taksiri öngören hüküm olan 18. maddenin dikkate alınması gerekmektedir¹³⁴⁹. Bu durumda İsviçre öğretisi ve uygulamasına göre neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda taksirin daha zayıf bir taksir olarak kabul edildiği söylenemez. Aslında İsviçre ceza hukukunda taksirden hiç bahsedilmemektedir, öngörülebilirlikten bahsedilmektedir¹³⁵⁰. 1989 yılına kadar İsviçre Ceza Kanunu'nda istenmeyen neticeden sorumluluk konusunda *versari in re illicita* kuralından hareket edildiğine dair hiçbir uygulama ile karşılaşılmamıştır. Sadece cezalar bakımından *versai in re illicita* kuralının izlerine rastlanmaktadır ki sözü edilen cezalar suçların fikri içtimasına göre biraz daha yüksektir. Özellikle cezanın asgari sınırı fikri içtima hükümlerine göre daha yüksektir¹³⁵¹.

Versari in re illicita kuralının cezalardaki bu etkisini ortadan kaldırmak için iki öneri getirilmiştir¹³⁵²: İlk olarak, temel suçun asgari cezası ile neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun asgari cezası arasındaki fark çok olduğunda öngörülebilirliğin çok dikkatli ve dar şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir¹³⁵³. Öğreti tarafından

¹³⁴⁷ Bkz. Finzi (1925), s. 43.

¹³⁴⁸ Bkz. E. Dolcini (1982), *Dalla responsabilità oggettiva alla responsabilità per colpa: l'esperienza tedesca in tema di delitti qualificati dall'evento. Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma.* (a cura di Vassalli). Milano: Giuffrè, s. 286.

¹³⁴⁹ S. Trechsel (1989). *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*. Zürich: Schulthess, Polygraph. Verl., s. 382, 387.

¹³⁵⁰ Stratenwerth (1982), s. 406.

¹³⁵¹ Stratenwerth (1982), s. 54; Trechsel (1989), s. 375, 382.

¹³⁵² Bkz. Dolcini (1982), s. 286.

¹³⁵³ Uygulama tarafından geliştirilen ve öğreti tarafından da kabul edilen birinci çözüm yolu, temel suçun asgari cezası, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun asgari cezasından çok daha az olduğunda, örneğin ölümlü neticelenen çocuk düşürme (m. 119/3), ölümlü neticelenen hafif yaralama (m. 123/3), ölümlü neticelenen cinsel suçlar (m. 195) gibi suçlarda, taksir veya öngörülebilirlik çok daha dikkatli bir şekilde araştırılıyordu. Stratenwerth (1982), s. 406; Trechsel (1989), s. 374.

neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda objektif sorumluluğun tüm kalıntılarını ortadan kaldırma konusunda ileri sürülen diğer çözüm yolu ise, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçları kanun metninden çıkarıp fikri içtima kurallarını uygulamaktır¹³⁵⁴.

Öğreti tarafından ileri sürülen ikinci çözüm önerisi kabul edilerek 23 Ocak 1989 tarihli Federal Kanun ile (1 Ocak 1990’da yürürlüğe girmiştir) İsviçre Ceza Kanunu’ndan tüm neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hipotezleri çıkarılmıştır¹³⁵⁵.

Söz konusu değişiklikte özellikle hafif ve ağır yaralama neticesi ölümün meydana gelmesi hallerini düzenleyen hükümlere (kanunun eski metnindeki m. 123/3 ve 122/2) ilişkin olarak hazırlanan gerekçede şu ifadeler yer verilmiştir:

“Bu suçlar ve bunlara benzer suçlar objektif sorumluluğun izlerini taşımaktadırlar. Bu durum kusur ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Eğer fail yaralama gerçekleştirmek isterken ölüm meydana gelirse, bu ölüm neticesi faile ancak taksiri bulunmakta ise yüklenebilir. Bu nedenle kusur ilkesine uygun çözüm yolu m. 68/1’de düzenlenen suçların içtimai olacaktır”.

1989 reformundan sonra kasıtlı bir suç neticesi taksirli öldürme veya yaralama neticesi meydana gelirse, fikri içtima kuralları uygulanacaktır. Suçların fikri içtimai İsviçre Ceza Kanunu’nda m. 68’de düzenlenmiştir ve bu hüküm 1989 reformu sırasında herhangi bir değişikliğe uğramamıştır¹³⁵⁶. Suçların içtimaina dair bu hüküm uyarınca hakim ağır suçun cezasını artırarak uygular. Buradaki artırım ağır suçun cezasının yarısından fazla olmamalıdır ve ceza bu tür cezanın kanuni sınırlarını aşmamalıdır¹³⁵⁷.

Nitekim Federal Yüksek Mahkeme’nin verdiği bir karara göre bazı hükümler için neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun asgari cezası kusurluluk açısından değerlendirildiğinde, bu cezanın çok ağır olduğu görülür. Bu durum objektif sorumluluğun bazı kalıntılarının bulunduğu bir işarettir. Bu nedenle temel suçun asgari cezası ile neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun asgari cezası arasındaki fark çok olduğunda Federal Yüksek Mahkeme “öngörülebilirlik”i çok dikkatli ve dar şekilde yorumlamıştır. Mahkeme, failin temel suç bakımından dikkatsizliğinin, mağdurun hayatı bakımından bu şekilde yakın ve ağır tehlikeye neden olması durumunda, failin normal bir dikkatle bu tehlikeyi görebilmesi gerektiğine karar vermiştir. Federal Yüksek Mahkeme, 11.06.1976, BGE-Band 102, Teil IV, s. 94.

¹³⁵⁴ Trechsel (1989), s. 375; M. Schubarth (1982). *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, BT, Band 1*. Bern: Stämpfli, s. 215.

¹³⁵⁵ Bkz. Rengier (1986), s. 312.

¹³⁵⁶ J. Rehberg, (1999). *Schweizerisches Strafgesetzbuch*. (15. überarb. Aufl.). Zürich: Orell Füssli, s. 225 vd.

¹³⁵⁷ Örneğin ölümle neticelenen çocuk düşürme (kanunun eski halindeki m. 119/3), reformdan sonra çocuk düşürme suçu (m. 119/1) ve taksirli öldürme suçu (m. 117) ile fikri içtima hükümleri (m. 68) gereğince cezalandırılmalıdır. Bu durumda reformdan önceki azami ceza 20 yıl iken, reformdan sonra azami ceza 7,5 yıl olmuştur.

Sonuç olarak, 1989 reformu ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hipotezlerini ortadan kaldırarak İsviçre kanun koyucusu kusur ilkesine uygun bir çözüm yolu bulmuştur.

Yukarıdaki bilgiler ışığında Türk ceza hukukunu değerlendirecek, TCK’da öngörülen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaştırıcı netice çoğu zaman kendi başına cezalandırılabilir bir suç olmasına rağmen tüm neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hipotezleri bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bu nedenle tüm neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları kanundan çıkarıp, bu haller için fikri içtima kurallarının uygulanması mümkün gözükmemektedir. Gerçi öğretide neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır netice tek başına bir suç oluşturmadığında da fikri içtima kurallarını uygulayamasak da bu durumu cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul edip faile yüklemenin mümkün olacağı savunulmuştur¹³⁵⁸. Ancak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları sistemden çıkarmak yerine gerçek ve tüm unsurlarıyla somut olayda ispatlanan bir taksir ve bu suçların cezalarının yeniden gözden geçirilerek kusur ilkesine uygun cezaların öngörülmesi ile sorunun çözümlenebileceği kanaatindeyiz.

3.6. TCK md. 23 Hükmünün Gelecekte Öngörülecek Objektif Sorumluluk Düzenlemelerine Etkisi

5237 sayılı TCK’nın 23. maddesinin gerekçesinde, failin kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir netice meydana gelmesi halinde, 765 sayılı TCK döneminde failin bu neticeden objektif olarak sorumlu olduğu ifade edildikten sonra, objektif sorumluluğun ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan “versari in re illicita”, yani hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün neticelerine katlanır anlayışının ürünü olduğu ve çağdaş ceza hukukunun bu anlayışı çoktan terk ettiği belirtilmiştir. Objektif sorumluluk hâllerinde kusurun aranmadığı, bu durumun ise kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çelişmekte olduğu vurgulanmıştır. Türk ceza hukuku öğretisinde uzun süredir objektif sorumluluk hâllerinin ceza mevzuatından çıkarılmasının gerekliliği üzerinde durulduğuna ve bu talebin yerine getirilmesinin, Anayasada öngörülen kusur ilkesinin zorunlu bir sonucu olduğuna değinilmiştir. Bu durumda, madde gerekçesinden

¹³⁵⁸ Bkz. Bondi (1999), s. 434; bkz. Castaldo (1989a), s. 332; bkz. G. De Francesco (1996), s. 557 vd.

TCK'nın 23. maddesi düzenlemesi ile objektif sorumluluk hipotezlerinin Türk ceza hukukundan çıkarılmasının hedeflendiği sonucu çıkarılabilir.

Türk Ceza Kanunu'nda yapılan bu düzenleme ile tüm ceza hukuku sistemindeki objektif sorumluluk hipotezlerinin kaldırılmasının mümkün olup olmadığını belirleyebilmek için TCK ile özel kanunlar arasındaki ilişkiyi düzenleyen TCK m. 5 hükmünün incelenmesi gerekmektedir.

5237 sayılı TCK'nın “Özel Kanunlarla İlişki” başlığını taşıyan 5. maddesine göre, “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır”¹³⁵⁹. Bu hüküm gereğince 5237 sayılı TCK'nın 1-75. maddelerinde yer alan genel hükümlerin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı kuralı getirilmiştir. 5. madde ile özel kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçların yaptırımlarının belirlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. TCK m. 5'in gerekçesinde de “Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda¹³⁶⁰ suç tanımlarına yer verilmesinin yanı sıra, çoğu zaman örneğin teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da bu Kanunda benimsenen ilkelerle çelişen hükümlere yer verilmektedir. Böylece, ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir. Aksi yöndeki düzenlemelerin hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaları nedeniyle Hükûmet Tasarısındaki madde metni değiştirilmiştir” ifadelerine yer verilmiştir.

¹³⁵⁹ Maddenin ileride öngörülemez sakıncalar yaratabileceği eleştirisi için bkz. M. E. Artuk ve A. R. Çınar (2004). Yeni bir ceza kanunu arayışları ve adalet komisyonu tasarısı üzerine düşünceler. *Türk Ceza Kanunu reformu, ikinci kitap*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, s. 73.

¹³⁶⁰ “Ceza içeren kanunlardaki suçlar” ifadesi, ifadenin neyi kastettiğinin anlaşılamaması bakımından eleştirilmiştir. Toroslu ve Ersoy (2004), s. 8.

TCK m. 5 hükmünü, ceza kanunlarının zaman yönünden uygulanması¹³⁶¹ ilkeleriyle birlikte değerlendirdiğimizde, maddenin gelecekte örneğin özel bir kanunda failin neticeden objektif sorumluluğunu öngörmesine engel olamayacağı kanaatindeyiz.

Bu durumda manevi unsurda failin aleyhine bir değişiklik yapılmış olduğundan yapılan bu değişiklik elbette geçmişe uygulanamayacaktır¹³⁶². Ancak özel ceza kanunu ile objektif sorumluluğu öngören bir suç yaratıldığında, TCK m. 23 hükmü geçerliliğini sürdürmekle birlikte sonradan yapılan özel kanun bakımından objektif sorumluluğu bertaraf edici bir etki yaratamayacaktır. TCK m. 5 hükmü, özel ceza normlarında farklı düzenlemeler yapılabilmesi imkânını ortadan kaldıracı bir etki göstermez¹³⁶³. Özel ceza normları ayrı bir hüküm getirdiğinde “özel normun önceliği ilkesi” gereğince bu hükümler uygulanır¹³⁶⁴.

5237 sayılı TCK’nın 5. maddesinin gerekçesinde belirtilmiş olan; bu madde ile hukuki güvenliğin ve hukuk uygulamasında birliğin sağlanacağı şeklindeki ifadeler kulağa hoş gelse de bu maddenin 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girdiği döneme kadar mevcut olan tamamlayıcı ceza mevzuatı bakımından bir anlam ifade edeceği göz ardı edilemez. Genel olarak ceza kanunlarının muhatabı kanun koyucu da dahil olmak üzere o ülkede yaşayan herkestir. Fakat 5237 sayılı TCK’nın 5. maddesi doğrudan doğruya kanun koyucuyu muhatap alan ve bu nedenle de Anayasada yer alması gereken düzenlemelerden biridir. 5237 sayılı TCK’nın 5. maddesinin bu yönde getirdiği düzenleme anayasal norm niteliğine sahip değildir. Normlar hiyerarşisinde en başta Anayasa yer almaktadır ve bu hiyerarşi ilişkisi içerisinde Anayasa’dan sonra gelen kanun, tüzük, yönetmelik gibi düzenlemeler Anayasaya aykırı hüküm ihtiva edemezler. Fakat Anayasa dışındaki diğer kanunların kendi aralarında böyle bir hiyerarşi ilişkisi bulunmayıp kanunların hepsi eşit seviyededir. TCK’nın 5. maddesi gibi düzenlemelerin bir anlam ifade edebilmesi ise bu tür düzenlemelere Anayasa’da yer verilmesi ile mümkün olur.

¹³⁶¹ Ceza kanunlarının zaman yönünden uygulanması ile ilgili kapsamlı açıklamalar için bkz. T. Katoğlu (2008). *Ceza kanunlarının zaman yönünden uygulanması*. Ankara: Seçkin.

¹³⁶² Katoğlu (2008), s.103-106.

¹³⁶³ Aynı yönde görüş için bkz. F. S. Mahmutoglu (2004). TBMM Adalet Komisyonunda kabul edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı hakkında görüş. *Türk Ceza Kanunu reformu ikinci kitap*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, s. 361.

¹³⁶⁴ Toroslu (2005b), s. 47.

Üzerinde durulması gereken bir başka nokta ise Anayasa’da ceza sorumluluğunun kusura dayanmasını sağlayabilecek bir hükmün bulunup bulunmadığının tespiti. Anayasa’da ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine yer verilmiştir (Ay. m. 38/6). Bu ilkenin nasıl anlaşılması gerektiği konusunda öğretide görüş birliğine varılamamıştır. Gerçekten, özellikle Anayasa hukukçuları tarafından ilkenin dar bir şekilde yorumlandığı ve kişinin başkasının fiilinden sorumlu olmamayı ifade ettiği kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi de cezaların şahsiliği ilkesini sadece başkasının fiilinden sorumluluk olarak kabul ettiği yönünde karar vermiştir¹³⁶⁵. Oysa aynı hükmü içeren İtalyan Anayasası’nın 27. maddesi hakkında verdiği kararda İtalyan Anayasa Mahkemesi “cezaların şahsiliği” ilkesini subjektif nitelikte değerlendirmek suretiyle bu konudaki yaklaşımı kökten bir değişikliğe uğratmıştır. Mahkeme öğretide “cezanın şahsiliği” ilkesini subjektif nitelikte anlayan ve bu ilkeyi “kendi kusurlu fiili dolayısıyla sorumluluk” şeklinde değerlendiren görüşlerden etkilenmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre kanun koyucu suçun kanuni tipinde failin en azından taksirli olmasını aramazlık edemez. Failin davranışının subjektif herhangi bir unsuru bünyesinde bulundurmamasına rağmen, bu davranışın neticesinden sorumlu tutulduğu objektif sorumluluk hallerini Anayasa ile bağdaştırmak zordur¹³⁶⁶.

Öğretideki bir görüş ise cezaların şahsiliği ilkesine geniş bir anlam vermiştir. Bu görüşe göre, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, sadece başkasının fiilinden sorumlu tutulmama ile sınırlandırılmaz. Çünkü ceza hukukunda sorumluluk için, failin sadece bir fiili objektif olarak gerçekleştirmesi yeterli değildir. Bu fiilin faile psikolojik bakımdan da bağlanması zorunludur¹³⁶⁷. Ceza hukukunda “kendi kusurlu fiili dolayısıyla sorumluluk” kuralı vazgeçilmez bir ilke olarak kabul edilmiştir¹³⁶⁸. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini, sadece fiilin faile ait olması ve kişinin kendine ait

¹³⁶⁵ Özen (1998), s. 307 vd.

Anayasa’nın 38. maddesinin gerekçesinde de failden başka kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı ifadesine yer vererek ilke dar şekilde yorumlanmıştır. (1983). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası komisyon raporları ve madde gerekçeleri*. Ankara: TBMM Yayınları, s. 68.

¹³⁶⁶ İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin konu ile ilgili kararları için çalışmanın ikinci bölümündeki “1.3.5. İtalyan Anayasa Mahkemesi kararlarında kusur ilkesi” başlığına bkz.

¹³⁶⁷ Centel vd. (2008), s. 44.

¹³⁶⁸ Özen (1998), s. 321.

olan fiilden sorumlu tutulması olarak anlamak, kişi hak ve özgürlükleri açısından yeterli bir güvence teşkil etmez¹³⁶⁹.

“Ceza sorumluluğunun şahsiliğı” ilkesini geniş yorumlayan anlayışın kusura dayanan sorumluluğı hakim kılma çabaları oldukça önemlidir. Ancak, kusur ilkesinin ceza hukukuna hakim kılınmasının öğretide halen üzerinde görüş birliğine varılmamış olan “ceza sorumluluğunun şahsiliğı” ilkesine dayandırılmaya çalışılması yerine Anayasa’da ceza sorumluluğunun kusura dayanacağına dair açık bir düzenlemenin yapılmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz.

¹³⁶⁹ Centel vd. (2008), s. 44.

Sonuç

Tarihi gelişimi izlendiğinde, ceza sorumluluğunun gelişim sürecinde, kolektif sorumluluk anlayışından objektif sorumluluk ve kusurlu sorumluluk aşamalarına ulaşıldığı gözlemlenmektedir. Eski ceza hukuku sistemlerinde sadece nedensellik bağına dayanan sorumluluk hakim olmuş ve herhangi bir kusuru bulunmayan fail de meydana gelen neticeden sorumlu tutulmuştur. Çağdaş ceza hukuku sistemlerinde kusur sorumluluğu kabul edilmiştir. Bunun gereği olarak fail gerçekleştirdiği fiilden kusuru oranında sorumludur. Kusursuz kişinin ise cezalandırılması mümkün değildir. Failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından kastının veya taksirinin bulunması gerekir. Kasten işlenen suç nedeniyle failin istediği neticeden daha ağır veya başka neticelerin meydana geldiği durumlarda da kusurlu sorumluluğunu benimseyen bir sistemde, bu ağır netice bakımından da failin en azından taksirle hareket etmesi gerekir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç TCK'nın 23. maddesinde "Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir" şeklinde düzenlenmiştir.

Failin kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesi nedeniyle cezasının ağırlaştığı, failin meydana gelen bu neticeden sorumluluğu için nedensellik bağının yanında, sözü edilen netice bakımından failin en azından taksirle hareket etmesinin arandığı bu suçlara neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar adı verilmektedir.

765 sayılı TCK'nın büyük oranda etkisi altında kaldığı İtalyan ceza hukukunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, kastı aşan suçlar, suçta sapma ve bir başka suçü takip eden yaralama veya öldürme suçları bakımından objektif sorumluluk hükümleri geçerliliğini sürdürmektedir.

5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında önemli oranda etkisi hissedilen Alman ceza hukukunda ise, 1953 yılından bu yana neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, ağır neticeden sorumluluk için failin ağır neticeyi en azından taksir ile gerçekleştirmesi şartı aranmıştır.

İtalyan ve Alman Ceza Kanunları birlikte incelendiğinde ortada çözülmesi gereken iki konunun bulunduğu görülmektedir: İlk sorun fail ile istenmeyen eklenen netice arasındaki bağa ilişkindir. İkinci sorun ise somut olayda fiile uygun ve kusur ilkesini gözeten bir cezanın belirlenmesidir.

Öncelikle belirtilmelidir ki kastı aşan suçlar veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda öngörülen cezalar çok ağırdır. Özellikle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç içerisinde bulunan suçlara, suçların fikri içtimaı kurallarının uygulanmış olması halinde verilecek cezadan çok daha yüksek cezaların belirlenmiş olduğu görülmektedir. Bazen de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından suçların maddi içtimayıyla bulunacak cezadan dahi ağır cezaların öngörüldüğü hükümlere rastlanmaktadır. Böylesine yüksek bir ceza verilmesini haklı gösterecek hukuki bir gerekçenin bulunmaması, bu durumun geçmişin olumsuz bir mirası olduğu tezini güçlendirmektedir. Bu suçlar kast-taksir birleşimleri şeklinde düzenlense dahi, somut olayda var olan kusurluluk düzeyine göre çok ağır cezalar ile karşı karşıya kalınmaktadır. Bu durum da kusur olmaksızın ceza olmaz kuralından doğan daha ağır kusur olmaksızın daha ağır ceza olmaz kuralını ihlal etmektedir.

İstenmeyen neticeden sorumluluk konusunda gerçek bir taksirin aranması için yani Almanya ve Avusturya'da olduğu gibi içeriği zayıflatılmış, sadece temel suçun işlenmesi üzerine varlığı kabul edilen bir taksirin uygulanmaması için bu taksire tüm unsurlarının yüklenmesi gerekir. Böylece uygulamada taksirin içeriğinin zayıflatılmasının önüne geçilebilir. Bunun için taksirin kanuni tanımında, taksirli suç meydana getiren fiilin ve neticeli taksirli suçlarda neticenin yer alması gerekir. Somut olarak öngörülebilir ve önlenebilir ve davranış kuralına uyulmaması ile meydana gelen neticenin de tanımda yer alması gerekir. Bu durum mahkemeleri öngörülebilirliği somut olarak araştırmaya yöneltecektir ve sadece soyut öngörülebilirlik yeterli olmayacaktır. Sonuç olarak bu durum taksir ile netice arasındaki bağın da ispatlanmasını sağlayacaktır.

Ayrıca kasıtlı suçu takip eden istenmeyen neticedeki taksirin sadece temel kasıtlı suçun işlenmesi ile meydana geldiğinin kabul edilmeyeceği yönünde kanunda açıklık bulunmalıdır. Bu şekilde uygulamanın temel kasıtlı suça ilişkin kanun hükmünün ihlali ile ağırlaştırıcı netice bakımından taksirin varlığını otomatik olarak kabul etmesinin önüne geçilmiş olacaktır.

Ağır neticeden sorumluluk için Alman öğretisinde savunulan ağır taksir, bu kavramın kanunda açık bir şekilde tanımlanmış olması kaydıyla daha spesifik ve farklı şekilde cezalandırmayı sağlamak, böylece kusur ile ceza arasında daha iyi bir bağlantı kurulması amacıyla kullanılabilir. Bu şekilde iki dereceli bir taksir belirlemesi yapılarak istenmeyen eklenen netice bakımından iki farklı derecede ceza da verilebilmektedir: Basit taksir için daha az, ağır taksir için daha çok ceza öngörülebilir. Bu durum hakime kusurun derecesine daha uygun ceza verme imkanını sağlar. Ayrıca bu şekilde basit taksir halinde, dolaylı kast hallerinin uygulanma alanının genişleyeceğinden endişe etmeksizin, daha az ceza verilebilmesi imkânı da doğacaktır.

Kaynakça

- Adami, V. (1969). Le conseguenze non volute del reato. *GP*, II, 777-785.
- Alacakaptan, U. (1975). *Suçun unsurları*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.372.
- Albayrak, M. (2008). Kasten yaralama sonucu oluşan, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama ve ölüm halinde faillerin cezalandırılması sorunu. *Terazi*, 3 (25), (Eylül), 61-74.
- Alexander, F. ve Staub H. (1948). *Il delinquente e i suoi giudici. Uno sguardo psicoanalitico nel campo del diritto penale*. (Prefazione e traduzione del dott. P. Veltri). Milano: Giuffrè.
- Alibrandi, L. (1976). L'art. 586 nella prospettiva del reato aberrante. *RP*, 210-215.
- Alimena, B. (1910). *Principii di diritto penale, vol. I*. Napoli: Pierro.
- Alimena, B. (1912). *Principii di diritto penale, vol. II*. Napoli: Pierro.
- Alimena, F. (1947). *La colpa nella teoria generale del reato*. Palermo: G. Priulla.
- Altavilla, E. (1934-1939). Delitti contro la persona. *Trattato di diritto penale*. (4. ed.). Milano: Vallardi.
- Altavilla, E. (1931). *Lineamenti di diritto penale*. Napoli: A. Morano.
- Altavilla, E. (1950). Reati colposi e condotta diretta a cagionare l'evento. *SP*, s. 33-53.
- Amato, G. (1988). Sulla morte del tossicodipendente come conseguenza della cessione della sostanza stupefacente risultata letale. *CP*, 833-835.
- Angioni, F. (1948). La colpa per inosservanza di leggi. *GP*, II, 1-14.
- Angioni, F. (1994a). *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*.
- Angioni, F. (1998). Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale. *Il diritto penale alla svolta di fine millennio: atti del convegno in ricordo di Franco Bricola, Bologna, 18-20 maggio 1995*. Torino: G. Giappichelli.
- Antolisei, F. (1960). *Il rapporto di causalità nel diritto penale*. Torino: Giappichelli.
- Angioni, F. (1994b). *Manuale di diritto penale. PG*. (13. ed.). Milano: Giuffrè.
- Antolisei, F. (1948). La colpa per inosservanza di leggi. *GP*, II, 1-14.
- Antolisei, F. (1955). Colpa per inosservanza di leggi e responsabilità oggettiva. *Scritti di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 323-343.

- Antolisei, F. (1980). *Manuale di diritto penale, PG.* (8. ed.). Milano: A. Giuffrè.
- Antolisei, F. (1994). *Manuale di diritto penale, PG.* (13. ed.). Milano: A. Giuffrè.
- Antolisei, F. (2003). *Manuale di diritto penale, PG.* (16. ed.). (aggiornata da L. Conti), Milano: A. Giuffrè, (1 ed., 1947).
- Ardizzone, S. (1984). *I reati aggravati dall'evento, profili di teoria generale.* Milano: A. Giuffrè.
- Ardizzone, S. (1995). In tema di aspetto subiettivo del concorso di persone nel reato. *RIDPP*, 51-87.
- Ardizzone, S. (1996). Principio di colpevolezza ed abbandono della responsabilità obiettiva: il destino dei reati aggravati dall'evento. *Prospettive di riforma del Codice Penale e valori Costituzionali.* Milano: Giuffrè, 165-170.
- Ardizzone, S. (1989). *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza.* Napoli: Jovene, 285-302.
- Artuk, M. E. (1989). *Ceza hukuku el kitabı.* İstanbul: Beta.
- Artuk, M. E. ; Gökçen A. ve Yenidünya A. C. (2002). *Ceza hukuku genel hükümler I.* Ankara: Seçkin yayınevi.
- Artuk, M. E. ; Gökçen A. ve Yenidünya A. C. (2007). *Türk Ceza Hukuku genel hükümler.* (3. bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Artuk, M. E. ; Gökçen A. ve Yenidünya A. C. (2009a). *TCK şerhi, genel hükümler, madde 1-36, 1. cilt.* Ankara: Turhan kitabevi.
- Artuk, M. E. ; Gökçen A. ve Yenidünya A. C. (2009b). *Türk Ceza Hukuku genel hükümler.* (4. bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Artuk, M. E. ve Çınar A. R. (2004). Yeni bir ceza kanunu arayışları ve adalet komisyonu tasarısı üzerine düşünceler. *Türk Ceza Kanunu reformu, ikinci kitap.* Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, 37-84.
- Aydın, D. (2011). Ceza hukukunda okullar. *CHD*, 6 (5), (Nisan), 47-57.
- Bacher, A. (1999). *Versuch und Rücktritt vom Versuch beim erfolgsqualifizierten Delikt - zugleich ein Beitrag zum Begriff der Tat.* München: Utz.
- Bakıcı, S. (2008). *5237 sayılı yasa kapsamında ceza hukuku genel hükümleri.* (2. bası). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Bartoletti, D. (1989). Furto d'uso e principio di colpevolezza, nota a C cost. 13 dicembre 1988, n. 1085. *Legislazione Penale*, 415-420.

- Basile, F. (2005). *La colpa in attività illecita, un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè.
- Bassiouni, M. C. (1985). *Diritto penale degli stati uniti d'America: substantive criminal law*. Milano: Giuffrè.
- Battaglini, G. (1934). Gli elementi del reato nel nuovo codice penale. *ADPP*, 1097-1107.
- Battaglini, G. (1936). La questione della "responsabilità oggettiva" nel diritto penale. *FI*, Anno LXI (XIV), 31-46.
- Battaglini, G. (1940). *Diritto penale, PG*. Bologna: Zanichelli.
- Battaglini, G. (1949). *Diritto penale, PG*. Padova: Cedam.
- Baumann, J.; Weber, U. ve Mitsch, W. (1995). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. (10. Auflage). Bielefeld: Giesecking.
- Bayraktar, K. (1972). *Hekimin tedavi nedeniyle cezai sorumluluğu*. İstanbul: Sermet Matbaası.
- Beccaria, C. (1994). *Dei delitti e delle pene e di commento di Voltaire*. Roma: Newton.
- Beling, E. (1925). *Grundzüge des Strafrechts*. (8. Aufl.). Tübingen: Mohr.
- Berner, A. F. (1898). *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. (18. Auflage). Leipzig: Scientia.
- Bettiol, G. (1938). Sul reato aberrante. *Scritti in memoria di Massari*. Napoli: Eugenio Jovene.
- Bettiol, G. (1962). *Diritto penale PG*. (5. ed. riveduta e aggiornata). Palermo: G. Priulla.
- Bettiol, G. (1982). *Diritto penale PG*. (11. ed. riveduta e aggiornata). Padova: Cedam.
- Bettiol, G. (1966). *Scritti giuridici, tomo I*. Padova: CEDAM.
- Binding, K. (1902). *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, BT, Band 1*. (2. Auflage). Leipzig: Engelmann.
- Binding, K. (1919). *Die Normen und ihre Übertretung, IV*. Leipzig: Meiner.
- Birnbaum, C. (2000). *Die Leichtfertigkeit - Zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz*. Berlin: Weißensee.
- Bockelmann, P. (1967). Blendung und Übermüdung als Fahrlässigkeitsprobleme. *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Hamburg: Seidewinkel.
- Boldt, G. (1936). Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Fahrlässigkeit im kommenden Recht. *ZStW*, 55, 44-76.

- Boldt, G. (1956). Zur Struktur der Fahrlässigkeits-Tat. *ZStW*, 68, 335-373.
- Bondi, A. (1994). L'esclusività di Rengier. Contributo alla critica dei reati aggravati dall'evento. *RIDPP*, 1460-1477.
- Bondi, A. (1999). *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Boscarelli, M. (1984). Riflessioni in tema di responsabilità penale anomala. *RIDPP*, 893-897.
- Boscarelli, M. (1968). *Compendio di diritto penale, PG*. (1. ed.). Milano: Giuffrè.
- Boscarelli, M. (1991). *Compendio di diritto penale, PG*. (7. ed.). Milano: Giuffrè.
- Boscarelli, M. (1994). *Compendio di diritto penale, PG*. (8. ed.). Milano: Giuffrè.
- Bricola, F. (1988). Rapporti tra dommatica e politica criminale. *RIDPP*, 3-35.
- Bricola, F. (1973). Teoria generale del reato. *NsDI*, XIX, Torino, 7-14.
- Bricola, F. (1960). *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*. Milano: Giuffrè.
- Bricola, F. (1997). *Scritti di diritto penale, Vol. I/II*. Milano: A. Giuffrè.
- Brunelli, D. (2004). Concorso formale di reati e aberratio delicti plurilesiva: Brevi spunti per una rivalutazione della dimensione "naturalistica" della unicità della condotta. *CP*, 2823-2835.
- Burgstaller, M. (1974). *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht – Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*. Wien: Manz.
- Bussmann, K. (1999). Zur Dogmatik erfolgsqualifizierter Delikte nach dem 6. StrRG. *GA*, 21-34.
- Cadoppi, A. ve Veneziani P. (2004). *Elementi di diritto penale, PG*. (2. ed.). Padova: Cedam.
- Cadoppi, A. (1993). Mens rea. *Dpen*, VII, 618-652.
- Calvi, A. A. (1962). Reato aberrante e omicidio preterintenzionale. *RIDPP*, 1137-1146.
- Canestrari, S. (1989a). L'aberratio delicti e la responsabilità preterintenzionale: un istituto... in via di estinzione ed una categoria normativa da ricostruire. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, 415-454.
- Canestrari, S. (1989b). *L'illecito penale preterintenzionale*. Padova: CEDAM.
- Canestrari, S. (1995). Preterintenzione. *Dpen*, IX, 694-726.

- Canestrari, S. (1997). Responsabilità oggettiva. *Dpen*, XII, 107-131.
- Canestrari, S. (1999). *Dolo eventuale e colpa cosciente: Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*. Milano: A. Giuffrè.
- Canestrari, S. (2003). La responsabilità colpevole nell'articolato della parte generale del progetto Grosso. *La riforma della parte generale del Codice Penale, la posizione della dottrina sul Progetto*. Napoli: Jovene, 207-233.
- Canestrari, S.; Cornacchia L. ve De Simone, G. (2007). *Manuale di diritto penale, PG*. Bologna: Il Mulino.
- Caraccioli, I. (1998). *Manuale di diritto penale, PG*. Padova: CEDAM.
- Carmona, A. (2001). Il versari in re illicita "colposo". Un breve percorso tra pratiche giurisprudenziali e suggestioni dogmatiche, pensando alla riforma del codice penale. *IP*, 223-251.
- Carmona, A. (2002). La responsabilità colpevole è necessariamente solo dolosa o colposa? A proposito della scomparsa delle ipotesi di responsabilità oggettiva. *La Riforma del Codice Penale: La Parte Generale*, Milano: Giuffrè, 235-247.
- Carnelutti, F. (1933). *Teoria generale del reato*. Padova: CEDAM.
- Carnelutti, F. (1943). *Lezioni di diritto penale. Il reato, I*. Milano: Giuffrè.
- Carrara, F. (1898). *Opuscoli di Diritto Criminale, vol. III, opera XXXI. "Sul caso fortuito"*. (5. ed). Firenze: Fratelli Cammelli.
- Carrara, F. (1877). *Programma del corso di diritto criminale, PG*. (5. ed.). Firenze: Cammelli.
- Carrara, F. (1906). *Programma del corso di diritto criminale, PS*. (8. ed.). Firenze.
- Castaldo, A. (1988-89/1989-90). AIDS e diritto penale: Tra dommatica e politica criminale. *Studi Urbinati*, 5-12.
- Castaldo, A. (1989a). La struttura dei delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene.
- Castaldo, A. (1989b). *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*. Napoli: Jovene.
- Castronuovo, D. (2002). Le definizioni legali del reato colposo. *RIDPP*, 495-537.

- Cavallo, V. (1936). La pretesa responsabilità obbiettiva nel codice Rocco. *ADPP*, 12 -22, (ADPP, 1936, 1324 vd.).
- Cavallo, V. (1937). *La responsabilita obbiettiva nel diritto penale*. Napoli: Jovene.
- Cavallo, V. (1955). *Diritto penale, PG. II*. Napoli: Eugenio Jovene.
- Centel, N. (2002). *Türk Ceza Hukukuna giriş*. (2. bası). İstanbul: Beta.
- Centel, N.; Zafer, H. ve Yenerer Çakmut, Ö. (2006). *Türk Ceza Hukukuna giriş*. (4. bası). İstanbul: Beta.
- Centel, N.; Zafer, H. ve Yenerer Çakmut, Ö. (2007). *Kişilere karşı işlenen suçlar, Cilt I*. İstanbul: Beta.
- Centel, N.; Zafer, H. ve Yenerer Çakmut, Ö. (2008). *Türk Ceza Hukukuna giriş*. (5. bası). İstanbul: Beta.
- Chiarotti, F. (1946). Omicidio preterintenzionale e morte o lesioni come conseguenza di altro delitto. *AP*, 239-254.
- Concas, L. (1966). I delitti qualificati da un'offesa aberrante. *Studi Università di Cagliari, vol. XLIV, I*, Padova, 305-337.
- Contento, G. (1989). La responsabilità senza colpevolezza nell'applicazione giurisprudenziale. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, 513-541.
- Contento, G. (1996). *Corso di diritto penale, vol. II*. Bari: Laterza.
- Conti, L. (1947). Il problema dei rapporti tra l'art 584 e l'art 586 c.p. *GI, II*, 67-73.
- Conti, L. (1950). I reati aggravati dall'evento. *RIDP*, 715-739.
- Conti, L. (1957). Aberratio (ictus, delicti, causae). *NsDI*, I, 37-42.
- Conti, U. (1934). *Il codice penale illustrato articolo per articolo, vol. I*. Milano: Societa Editrice Libreria.
- Corbetta, S. (1997). La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale. *RIDPP*, 134-174.
- Corini, M. V. (1987). Riflessioni sul titolo della responsabilità per l'evento non voluto nell'art 586 c.p. *RP*, 568-570.
- Cornacchia, L. (1996). Reato aberrante. *Dpen*, XI, (2000 yılında yeniden basılmıştır), 166-188.
- Costa, S. (1939). La valutazione dell'errore nel diritto penale. *RIDP*, 37-46.

- Crespi, A. (1955). *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*. Palermo: G. Priulla.
- Crespi, A. (1993). Medico-chirurgo. *Dpen*, VII, 588-600.
- Cucchiara, D. (1962). Morte e lesioni come conseguenza di altro delitto. *RP*, I, 41-57.
- Çakmut, Ö. ve Çakmut, A. (2001). Taksir kavramı. *İBD*, 76(1), 424-454.
- Dassano, F. (1977). Colpa specifica ex art. 586 e funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p.: una erronea applicazione in un'ipotesi di responsabilità oggettiva. *RIDPP*, 397-415.
- De Asua, L. J. (1962). Il delitto preterintenzionale. *RIDPP*, Anno V. 3-14.
- De Francesco, G. (1988). Dolo eventuale e colpa cosciente. *RIDPP*, 113-165.
- De Francesco, G. (1996). Il principio di personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione (suggestioni teleologiche ed esigenze politico-criminali nella ricostruzione dei presupposti costituzionali di 'riconoscibilità' dell'illecito penale). *RIDPP*, 21-74.
- De Francesco, G. (1993a). Opus illicitum. Tensioni innovatrici e pregiudizi dommatici in materia di delitti qualificati dall'evento. *RIDPP*, 994 -1048.
- De Francesco, G. (1993b). La colpa nel codice Zanardelli in rapporto alla successiva evoluzione dommatica. *Diritto penale dell'ottocento. I codici preunitari e il Codice Zanardelli*. Padova: CEDAM, 409-511.
- De Francesco, G. (1996). I reati aggravati dall'evento. *SJ*, 554-560.
- De Francesco, G. (1998). *Aberratio, teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*. Torino: G. Giappichelli.
- De Francesco, V. (1977-1978). Sulla misura soggettiva della colpa. *Studi Urbinati*, 273-343.
- De Marsico, A. (1940). Colpa per "inosservanza di leggi" e reato aberrante. *ADPP*, 237-256.
- De Marsico, A. (1941). Ancora sulla colpa per "inosservanza di leggi" e sul reato aberrante. *ADPP*, 773-787.
- De Simone, G. (1992). Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e nullum crimen sine culpa, nota a C. 26.6.1990. *RIDPP*, 1142-1166.

- Delitala, G. (1928). Le dottrine generali del reato nel progetto del codice Rocco (i titoli III e IV del Progetto). *Osservazioni intorno al progetto preliminare di un nuovo codice penale*. Milano: Vita e Pensiero.
- Delitala, G. (1940). Legittima difesa e reato colposo. *RIDP*, 540-552.
- Delitala, G. (1930). *Il fatto nella teoria generale del reato*. Padova: Cedam.
- Delitala, G. (1959). Titolo e struttura della responsabilità penale del direttore responsabile per i reati commessi sulla stampa periodica. *RIDPP*, 543-557.
- Delitala, G. (1976). *Raccolta degli scritti, tomo I*. Milano: Giuffrè.
- Demirbaş, T. (2007). *Ceza hukuku, genel hükümler*. (5. bası). Ankara: Seçkin yayınevi.
- Di Giovine, O. (2003). *Il contributo della vittima nel delitto colposo*. Torino: G. Giappichelli.
- Dinacci, E. (1987). Le ragioni di responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente. *GM*, II, 973-978.
- Doğan, K. (2011). *Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar*. Ankara: Adalet yayınevi.
- Dolcini, E. (1979a). *La commisurazione della pena. La pena detentiva*. Padova: Cedam.
- Dolcini, E. (1979b). L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato. *RIDPP*, 755-830.
- Dolcini, E. (1985). Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione. *Diritto penale in trasformazione*. (a cura di Marinucci e Dolcini). Milano: Giuffrè, 371-402.
- Dolcini, E. (2000). Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza, (Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale). *RIDPP*, 863-882.
- Donay, S. (1979). Ceza hukukunda objektif veya kusursuz sorumluluk. (*Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu*), *Danıştay Dergisi*, 9 (34-35), 77-92.
- Donini, M. (1997). Il principio di colpevolezza. *Introduzione al sistema penale, vol. I*. Torino: G. Giappichelli, 214-273.
- Donini, M. (1991). *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*. Milano: Giuffrè.
- Donini, M. (1996). *Teoria del reato: Una introduzione*. Padova: CEDAM.

- Dönmezer, S. (1949). *Cezai mesuliyetin esası*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi yayınlarından ; no. 432, Hukuk Fakültesi ; no. 96, Doktora ihtisası kurları serisi ; no. 13.
- Dönmezer, S. (2001). *Kişilere ve mala karşı cürümler*. (16. bası). İstanbul: Beta.
- Dönmezer, S. ve Sahir E. (1986). *Nazari ve tatbiki ceza hukuku, C. II*. (9. bası). İstanbul: Beta.
- Dönmezer, S. ve Sahir E. (1987). *Nazari ve tatbiki ceza hukuku, C. I*. (10. bası). İstanbul: Beta.
- Dönmezer, S. ve Sahir E. (1997a). *Nazari ve tatbiki ceza hukuku, C. I*. (13. bası). İstanbul: Beta.
- Dönmezer, S. ve Sahir E. (1997b). *Nazari ve tatbiki ceza hukuku, C. II*. (14. bası). İstanbul: Beta.
- Engelmann, W. (1895). *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*. Leipzig: Duncker & Humblot.
- Engisch, K. (1930). *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Neudruck der Ausgabe Berlin: Liebmann.
- Engisch, K. (1963). *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. Berlin: de Gruyter. (2. unveränd. Aufl. 1965).
- Erdem, M. R. (2008). Netice yüzünden ağırlaşan suçlar. *Uğur Alacakaptan'a armağan Cilt 1*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, 257-262.
- Erem, F. (1982). *Adam öldürmek cürümleri*. Ankara: Sevinç Matbaası.
- Erem, F. (1993). *Türk Ceza Kanunu, C.III*. Ankara: Seçkin.
- Erem, F. (1995). *Ümanist doktrin açısından Türk Ceza Hukuku I*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Erem, F.; Danışman, A. ve Artuk, M. E. (1997). *Ceza hukuku genel hükümler*. (14. bası). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Erem, F. ve Toroslu, N. (2003). *Ceza hukuku özel hükümler*. (9. bası). Ankara: Savaş yayınevi.
- Ersoy, Y. (2002). *Ceza hukuku*. Ankara: İmaj yayıncılık.
- Eusebi, L. (1985). La “nuova” retribuzione. *Diritto penale in trasformazione*. (a cura di Marinucci e Dolcini). Milano: Giuffrè, 93-135.

- Eusebi, L. (2000). Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato. *RIDPP*, 1053-1101.
- Faranda, C. (1988). *L'eccesso colposo: Errore di giudizio ed errore modale nell'art. 55 cp.* Milano: A. Giuffrè.
- Ferri, E. (1900). *Sociologia criminale, Vol. II.* Torino: Bocca.
- Ferschl, C. (1999). *Das Problem des unmittelbaren Zusammenhangs beim erfolgsqualifizierten Delikt.* Frankfurt am Main [u.a.]: Lang.
- von Feuerbach, P. J. A. (1986). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts.* (1. Ausgabe). Gießen, 1801, (14. Ausgabe). Gießen: Heyer, 1847, (2. Neudruck Aalen, 1986).
- von Feuerbach, P. J. A. (1988). *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten.* (Gießen, 1804, neu herausgegeben von Werner Schmid). Frankfurt –Main: Keip.
- Fiandaca, G. (1986). nota a C 31.1.1986. *FI*, II, 397-399.
- Fiandaca, G. (1988). Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: “Prima lettura” della sentenza n. 364/1988. *FI*, I, 1385-1412.
- Fiandaca, G. (1987). Considerazioni su colpevolezza e prevenzione. *RIDPP*, 836-880.
- Fiandaca, G. (1989). Considerazioni su responsabilità obiettiva e prevenzione. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza.* Napoli: Jovene, 29-59.
- Fiandaca, G. (1991). La nuova legge antidroga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa, C cost. 333/1991. *FI*, I, 2627-2649.
- Fiandaca, G. ve Musco, E. (1989). *Diritto penale, PG.* (2. ed.). Bologna: Zanichelli.
- Finzi, M. (1925). *Il “delitto preterintenzionale”.* Torino: Fratelli Bocca.
- Fiore, C. (1993). *Diritto penale, PG., vol. I.* Torino: UTET.
- Fiore, C. (1995). *Diritto penale, PG., vol. II.* Torino: UTET.
- Fiorella, A. (1988). Responsabilità penale. *EdD*, XXXIX, Milano, 1320-1326.
- Fišer, Z.; Folla N. ve Ukmar, M. (1998). *Il Codice Penale Sloveno.* Padova: CEDAM.
- Fletcher, G. P. (1995). *Eccesso di difesa.* (İtalyancaya çev: M. Senore). Milano: A. Giuffrè.
- Flora, G. (1974). La “responsabilità penale personale” nelle sentenze della Corte costituzionale. *Temi*, 264-277.

- Flora, G. (1989). La difficile penetrazione del principio di colpevolezza: Riflessioni per l'anniversario della sentenza costituzionale sull'art. 5 c.p. *GI*, IV, 337-354.
- Flora, G. ve Tonini P. (1997). *Nozioni di diritto penale*. Milano: Giuffrè.
- Florian, E. (1934). *Parte generale del diritto penale, vol. I*. (4. ed.). Milano: Vallardi.
- Florian, E. (1934-1939). *Trattato di diritto penale*. Milano: Vallardi.
- Fornari, L. (1999). Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: "Passi avanti" della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa. *RIDPP*, 711-730.
- Forti, G. (1983). La descrizione dell'"evento prevedibile" nei delitti colposi: Un problema insolubile? *RIDPP*, 1559-1572.
- Forti, G. (1990). *Colpa ed evento nel diritto penale*. Milano: A. Giuffrè.
- Friedrichs, K. A. (1968). Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1967 in Münster. *ZStW*, 80, 119-136.
- Frosali, R. A. (1933). *L'errore nella teoria del diritto penale*. Roma: Tipografica Editrice.
- Frosali, R. A. (1937). *Concorso di norme e concorso di reati*. Citta di Castello: Società anonima tipografica Leonardo da Vinci.
- Frosali, R. A. (1958a). *Sistema penale Italiano, I, vol. I*. Torino: UTET.
- Frosali, R. A. (1958b). *Sistema penale Italiano, I, vol. II*. Torino: UTET.
- Gallas, W. (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr.
- Galli, L. (1949). *La responsabilità penale per le conseguenze non volute di una condotta dolosa*. Milano: A. Giuffrè.
- Galliner, M. (1910). *Die Bedeutung des Erfolges bei den Schuldformen des geltenden Strafgesetzbuchs unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch*. Breslau: Schletter.
- Gallo, E. (1990). Delitti aggravati dall'evento e delitti di attentato. *GI*, IV, 409-426.
- Gallo, M. (1958). Aberratio delicti, causae. *EdD*, I, 58-66.
- Gallo, M. (1960). Colpa penale (diritto vigente), *EdD*, VII, 624-644.
- Gallo, M. (1964). Dolo (Diritto penale). *EdD*, XIII, 750-804.

- Gallo, M. (1976). *Relazione. Orientamenti per una riforma del diritto penale*. Napoli: Jovene.
- Garofoli, R. (2003). *Manuale di diritto penale*, PG. Milano: Giuffrè editore.
- Geerds, F. (1961). *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*. Hamburg: Hansischer Gildenverl.
- Giannelli, F. (1994). *La figura del delitto preterintenzionale*. Salerno: C.E.D. Gruppo cooperativistico editoriale.
- Giovagnoli, R. (2008). *Studi di diritto penale*, PG. Milano: Giuffrè.
- Giunta, F. (1999). I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare. *DPP*, 1295-1297.
- Giunta, F. (1993). *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I. – La fattispecie*. Padova: CEDAM.
- Grieco, A. (1953). Suicidio in seguito a maltrattamenti. *GP*, II, 836-846.
- Grosso, C. F. (1963). Struttura e sistematica dei c.d. “delitti aggravati dall’evento”. *RIDPP*, 443-505.
- Grosso, C. F. (1968). Responsabilità penale. *Nss. Dig.*, XV, 712-718.
- Grosso, C. F. (1989). Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, 267-284.
- Grosso, C. F. (1991). Preterintenzione. *EGT*, XXIV, 1-5.
- Grosso, C. F. (1996). Il principio di colpevolezza. *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*. Milano: Giuffrè.
- Guardata, M. (1988). L’ignoranza della legge penale dopo l’intervento della Corte costituzionale. *CP*, 1153-1161.
- Hafizoğulları, Z. (2005). 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda kusurluluğu kaldıran nedenlere genel bir bakış. *Polis Dergisi*, 44 (Nisan-Mayıs-Haziran).
- Hafizoğulları, Z. ve Özen, M. (2010). *Türk Ceza Hukuku genel hükümler*. (3. bası). Ankara: U.S.A. yayıncılık.
- Hakeri, H. (2003). *Ceza hukukunda ihmal kavramı ve ihmali suçların çeşitleri*. Ankara: Seçkin.
- Hakeri, H. (2005). *Ceza hukuku*. Ankara: Seçkin.
- Hakeri, H. (2007a). *Kasten öldürme suçları*. *TCK* 81-82-83. Ankara: Seçkin.
- Hakeri, H. (2007b). *Tıp hukuku*. Ankara: Seçkin.

- Hakeri, H. (2008). *Ceza hukuku genel hükümler*. (7. bası). Ankara: Seçkin.
- Hall, K. A. (1954). Über die Leichtfertigkeit - Ein Vorschlag de lege ferenda. *FS-Mezger*. München: Beck.
- Hardtung, B. (2002). *Versuch und Rücktritt bei den Teilvorsatzdelikten des § 11 Abs. 2 StGB. Über Erfolgsqualifikationen und andere so genannte Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen*. Köln: Heymanns.
- Hardtung, B. (2003). § 18 şerhi. *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1*. München: C. H. Beck.
- Hirsch, H. J. (1972). Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts. *GA*, 65-74.
- Hirsch, H. J. (1985). Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt. *Festschrift für Dietrich Oehler*. Köln: Heymann.
- Horn, E. (1998). § 226 ve 227 şerhi. *Systematischer Kommentar StGB, Band II*. (44. Lieferung, 7. Auflage). Frankfurt/M.: Metzner.
- Impallomeni, G. B. (1899). *L'omicidio nel diritto penale*. Torino: Unione tipografica editrice.
- Impallomeni, G. B. (1916). *Istituzioni di diritto penale*. (2. rist. dell'ed. Postuma). (curata da V. Lanza). Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- Ingroia, A. (1989). Nota a C costo 13 dicembre 1988, n. 1085. *FI*, I, 1378-1388.
- Insolera, G. (1981). Riflessioni sulla natura soggettiva della preterintenzione. *IP*, 754-765.
- Insolera, G. (1989). L'art. 116 c.p. come modello di responsabilità oggettiva: riflessioni interpretative e proposte di modifica. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, 455-475.
- İçel, K. (1967). *Ceza hukukunda taksirden doğan subjektif sorumluluk*. İstanbul: Cezaevi matbaası.
- İçel, K.; Sokullu Akıncı, F.; Özgenç, İ.; Sözüer, A.; Mahmutoglu F.S. ve Ünver, Y. (2004). *Suç teorisi 2. Kitap*. (3. bası). İstanbul: Beta.
- İçel, K. ve Donay, S. (2006). *Karşılaştırmalı ve uygulamalı ceza hukuku, genel kısım, birinci kitap*. (5. bası). İstanbul: Beta.
- Jakobs, G. (1983). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Berlin: de Gruyter.

- Jannitti Piromallo, E. (1932). *Corso di diritto criminale – esposizione sistematica delle norme del nuovo codice penale*. Roma: Colombo.
- Jannitti Piromallo, E. (1937). *Il Codice Penale illustrato articolo per articolo. vol. III.* (a cura di U. Conti). Milano: Societa Editrice Libreria.
- Jescheck, H. H. (1969). *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Jescheck, H. H. (1972). *Lehrbuch des Strafrechts, AT.* (2. neubearbeitete und erweiterte Auf.). Berlin: Duncker & Humblot.
- Jescheck, H. H. (1988). *Lehrbuch des Strafrechts, AT.* (4. neubearbeitete und erweiterte Auf.). Berlin: Duncker & Humblot.
- Jescheck, H. H. ve Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts.* (5. vollständig neubearb. und erw. Aufl.). Berlin: Duncker & Humblot.
- Jescheck, H. H.; Gribbohm, G.; Schünemann, B.; Schroeder, F.C.; Hillenkamp, T; Llie, H.; Albrecht, D. ve Roxin, C. (2001). *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch.* (11. bası). Berlin, New York: De Gruyter.
- Jescheck, H. H. ve Sieber, U. (2007). *Alman Ceza Hukukuna giriş, kusur ilkesi, ceza hukukunun sınırları.* (Çev: F. Yenisey). (2. bası). İstanbul: Beta.
- Kant, I. (1995). Sul detto comune: Questo può essere giusto in teoria ma non vale per la prassi. *Scritti di Storia, Politica e Diritto.* (trad. it. a cura di F. Gonnelli). Roma: Laterza.
- Karakehya, H. (2006). Olası kast. *CHD*, 1 (2), (Aralık), 19-46.
- Karakehya, H. (2007). Ceza hukukunda doğrudan kast. *SÜHFD*, 15 (1), 117-138.
- Karakehya, H. (2009). Neticesi sebebiyle ağırlaşan neticenin muhtemel olmasının cezai sorumluluğa etkisi. *CHD*, 4 (9), (Nisan), 155-167.
- Karakehya, H. (2010). *İradilik unsuru bağlamında ceza hukukunda kast.* Ankara: Savaş yayınevi.
- Katoğlu, T. (2008). *Ceza kanunlarının zaman yönünden uygulanması.* Ankara: Seçkin.
- Kaufmann, A. (1976). *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung.* Heidelberg: Winter.
- Kaymaz, S. (2009). *Kasten yaralama sonucu ölüme neden olma, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu.* Ankara: Adalet yayınevi.
- Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2008). *Türk Ceza Hukuku genel hükümler.* Ankara: Seçkin.

- Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2008). *Türk Ceza Hukuku genel hükümler*. (2. bası). Ankara: Seçkin.
- Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2011). *Türk Ceza Hukuku genel hükümler*. (4. bası). Ankara: Seçkin.
- Kohlrausch, E. ve Lange, R. (1961). *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. (43. Aufl.). Berlin: de Gruyter.
- Körner, H. H. (1994). *Betäubungsmittelgesetz Arzneimittelgesetz*. (4. neubearb. Aufl.). München: Beck.
- Kunter, N. (1949). *Suçun kanuni unsurları nazariyesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi yayınları: 430, Hukuk Fakültesi: 94, Doktora ihtisas kurları serisi: 12.
- Küpper, G. (1982). *Der "unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Küpper, G. (1988). Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit. *ZStW*, 100, 758–785.
- Küpper, G. (1999). Zur Entwicklung der erfolgsqualifizierten Delikten. *ZStW*, 111, 785-806.
- La Fave, W. R. ve Scott, A.W. (1986). *Criminal law*. (2. ed.). St. Paul (Minn.): West publishing.
- La Monica, M. (2002). *Manuale di diritto penale, vol. I, introduzione al diritto penale*. Milano: Cedam.
- Lackner, K. ve K. Kühl. (2001). *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. (24. neubearb. Aufl.). München: C.H. Beck.
- Leone, G. (1940). *Il reato aberrante*. Napoli: Jovene.
- Leone, G. (1941). Appunti polemici in tema di "aberratio ictus" con pluralità di eventi. *GP*, 213-225.
- Lorenzen, C. (1981). *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Lozzi, G. (1974). *Profili di un'indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*. Milano: Giuffrè.
- Löffler, A. (1895). *Die Schuldformen des Strafrechts*. Leipzig: Hirschfeld.

- Maggiore, G. (1937). *Principi di diritto penale*, vol. I, PG. (2. ed.). Bologna: N. Zanichelli.
- Maggiore, G. (1958). *Diritto penale*, vol. I. Bologna: Zanichelli.
- Mahmutoğlu, F. S. (2004). TBMM Adalet Komisyonunda kabul edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı hakkında görüş. *Türk Ceza Kanunu reformu ikinci kitap*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, 357-378.
- Maiwald, M. (1974). Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte. *GA*, 257-269.
- Malkoç, İ. (2004). *Türk Ceza Kanunu*. Ankara.
- Mantovani, F. (1966). *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*. Bologna: Zanichelli.
- Mantovani, F. (1981). Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta. *RIDPP*, Anno XXIV, 456-476.
- Mantovani, F. (1988). Colpa. *Dpen*, II, 299-314.
- Mantovani, F. (1992). *Diritto penale*, PG. (3.ed.). Padova: CEDAM.
- Mantovani, F. (1995). *Diritto penale*, PS., vol. I, delitti contro la persona. Padova: CEDAM.
- Mantovani, F. (2001). *Diritto penale*, PG. (4.ed.). Padova: CEDAM.
- Manzini, V. (1926). *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. II. (2. ed.). Torino: UTET.
- Manzini, V. (1958). *Istituzioni di Diritto Penale Italiano*, vol I, PG. (9. ed.). Padova: Cedam.
- Manzini, V. (1951). *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. III. Torino: UTET.
- Manzini, V. (1961). *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. I. Torino: UTET.
- Marchesiello, A. (1960). Atti di libidine e suicidio della vittima. *RP*, II, 596-600.
- Marconi, G. (1993). *Il nuovo regime di imputazione delle circostanze aggravanti*. Milano: Giuffrè.
- Marini, G. (1988). Struttura del furto d'uso e principio di colpevolezza, nota a C costo 13 dicembre 1988, n. 1085. *Gcost*, 5270-5287.
- Marini, G. (1993). *Lineamenti del sistema penale*. (2. ed.). Torino: Giappichelli.
- Marini, G. (1994). Omicidio. *Dpen*, VIII, 491-546.
- Marinucci, G. (1965). *La colpa per inosservanza di leggi*. Milano: Giuffrè.
- Marinucci, G. (1971). *Il reato come azione: Critica di un dogma*. Milano: Giuffrè.

- Marinucci, G. (1991). Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza? *RIDPP*, 3-39.
- Marinucci, G. (1996). Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza. *RIDPP*, 423-447.
- Marinucci, G. (2002). Il diritto penale messo in discussione. *RIDPP*, 1040-1047.
- Marinucci, G. (2003). Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo. *RIDPP*, 363-379.
- Marinucci, G. ve Dolcini, E. (2001). *Corso di diritto penale, 1, le norme penali: Fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*. (3. ed.). Milano: Giuffrè.
- Marinucci, G. ve Dolcini, E. (2004). *Manuale di diritto penale, PG*. Milano: Giuffrè.
- Marinucci, G. ve Dolcini, E. (2006). *Manuale di diritto penale, PG*. (2. ed.). Milano: Giuffrè.
- Marvulli, N. (1964). L'art 586 c.p. ed il suicidio come conseguenza di altro delitto doloso. *AP*, II, 543-548.
- Maunz T.; Dürig, G.; Herzog, R. ve Scholz, R. (1980). *Grundgesetz – Kommentar*. Band 1, (artt. 1-19). München: Beck.
- Maurach, R. (1960). Adäquanz der Verursachung oder der Fahrlässigkeit? *GA*, 97-103.
- Maurach, R. (1972). Probleme des erfolgsqualifizierten Delikts bei Menschenraub, Geiselnahme und Luftpiraterie. *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Jan. 1972*. Berlin: De Gruyter.
- Maurach, R.; Schroeder, F. C. ve Maiwald, M. (1995). *Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2*. (8. Auflage). Heidelberg: Müller.
- Mezzetti, E. (2004). Giurisprudenza "creativa" nell'accertamento del nesso causale per la morte del tossicodipendente. *CP*, 2837-2855.
- Militello, V. (1984). *La responsabilità penale dello spacciatore per la morte del tossicodipendente*. Milano: Giuffrè.
- Militello, V. (1988). *Rischio e responsabilità penale*. Milano: A. Giuffrè.
- Militello, V. (1989). Modelli di responsabilità penale per incapacità procurata e principio di colpevolezza. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, 477-510.

- Militello, V. (1994). Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto. *Dpen*, vol. VIII, 198-215.
- Mirri, M. B. (1977). Considerazioni sull'omicidio come conseguenza non voluta di altro reato (art. 586 c.p.). *CPMA*, 882-886.
- Mirri, M. B. (1994). Vita e incolumità individuale (delitti contro la). *EGT*, XXXII, 2-3.
- Morselli, E. (1989). *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*. Padova: CEDAM.
- Mosca, T. (1896). *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa nel diritto civile, penale ed amministrativo*. Roma: Tip. di G. Bertero.
- Mucciarelli, F. (1996). Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale 364/1988. *RIDPP*, 223-285.
- Nuvolone, P. (1978). *Il sistema del diritto penale*. Padova: Cedam.
- Nuvolone, P. (1982). *Il sistema del diritto penale*. (2. ed.). Padova: Cedam.
- Oehler, D. (1957). Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt. *ZStW*, 69, 503-521.
- Önder, A. (1992a). *Ceza hukuku dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Önder, A. (1992b). *Ceza hukuku genel hükümler, C. II-III*. İstanbul: Beta.
- Özbek, V. Ö. (2005). *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun anlamı, C.I, genel hükümler*. Ankara: Seçkin.
- Özbek, V. Ö. (2007). Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar. *CHD*, 2 (4), (Ağustos), 223-246.
- Özbek, V. Ö. (2008). *TCK İzmir Şerhi, yeni Türk Ceza Kanununun anlamı, cilt II, özel hükümler*. Ankara: Seçkin.
- Özbek, V. Ö.; Kanbur, M. N.; Bacaksız, P.; Doğan, K.ve Tepe, İ. (2010). *Türk Ceza Hukuku genel hükümler*. Ankara: Seçkin.
- Özek Ç. (1972). *Basın suçlarında ceza sorumluluğu*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1795, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 397.
- Özen, M. (1998). *Ceza hukukunda objektif sorumluluk*. Ankara: US-A Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (1998). Kast-taksir kombinasyonları. *SÜHFD*, 6 (1-2), 345-375.
- Özgenç, İ. (2005). *Türk Ceza Kanunu Gazi şerhi*. Ankara: Seçkin.
- Özgenç, İ. (2007). *Türk Ceza Hukuku genel hükümler*. (2. bası). Ankara: Seçkin.

- Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2008). *Uygulamalı ceza hukuku ve güvenlik tedbirleri hukuku*. (10. bası). Ankara: Seçkin.
- Öztürk, B.; Erdem M. R. ve Özbek, V. Ö. (1998). *Uygulamalı ceza hukuku ve emniyet tedbirleri hukuku*. (4. bası). Ankara: Seçkin.
- Padovani, T. (1992). La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale. *RIDPP*, 419-452.
- Padovani, T. (2002). *Diritto penale*. (6. ed.). Milano: Giuffrè.
- Paeffgen, H. U. (1989). Soluzioni e problemi dell'imputazione dell'evento in rapporto ai delitti aggravati dall'evento nel diritto tedesco. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, 87-108.
- Pagliaro, A. (1960). La responsabilità per i reati commessi col mezzo della stampa secondo il nuovo testo dell'art. 57 c.p. *Studi De Marsico*, II, Milano, 240-259.
- Pagliaro, A. (1966). *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*. Milano: Giuffrè.
- Pagliaro, A. (1972). *Principi di diritto penale, PG*. Milano: Giuffrè.
- Pagliaro, A. (1980). *Principi di diritto penale, PG*. (2. ed.). Milano: Giuffrè.
- Pagliaro, A. (1985). Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato. *RIDPP*, 623-649.
- Pagliaro, A. (1989a). Colpevolezza e responsabilità obiettiva: Aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, 3-28.
- Pagliaro, A. (1989b). Repliche e conclusioni. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, 567-570.
- Pagliaro, A. (1991). Responsabilità obiettiva. *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale – Studi in onore di Vassalli*, vol. I. Milano: Giuffrè, 179-187.
- Pagliaro, A. (1993). *Principi di diritto penale, PG*. (4. ed.). Milano: Giuffrè.
- Pagliaro, A. (1994). Valori e principi nella bozza italiana di legge delega per un nuovo codice penale. *RIDPP*, 374-397.

- Pagliaro, A. (1996a). Il principio di colpevolezza. *Prospettive di riforma del Codice Penale e valori Costituzionali*. Milano: Giuffrè, 159-163.
- Pagliaro, A. (1996b). Lo schema di legge delega per la riforma: Metodo di lavoro e principi ispiratori. *Prospettive di riforma del Codice Penale e valori Costituzionali (Convegno di studi Enrico De Nicola - S. Vincent 1994)*. Milano: Giuffrè, 29-55.
- Pagliaro, A. (1998). *Principi di diritto penale, PG*. (6. ed.). Milano: Giuffrè.
- Pagliaro, A. (2003a). Appunti su alcuni istituti-chiave del progetto Grosso. *La riforma della parte generale del Codice Penale. La posizione della dottrina sul progetto*. (a cura di Stile). Napoli: Jovene, 31-51.
- Pagliaro, A. (2003b). *Principi di diritto penale, PG*. (8. ed.). Milano: Giuffrè.
- Pagliaro, A. (2006). Principi penalistici e dogmatica del reato. *Scritti in onore di Marinucci*. Milano: Dott. A. Giuffrè.
- Palazzo, F. C. (1973). “Voluto” e “realizzato” nell’errore sul fatto e nell’aberratio delicti. *AG*, II, 27-95.
- Palazzo, F. C. (1992). Dogmatica ed empirica nelle questioni di costituzionalità della Legge Antidroga, nota a C cost. 333/1991. *RIDPP*, 308-323.
- Palazzo, F. C. (2004). *Il fatto di reato*. Torino: G. Giappichelli.
- Pannain, R. (1962). *Manuale di diritto penale, I*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- Pannain, R. (1965a). Morte o lesioni come conseguenza di un altro delitto. *NsD*, XI, 874-876.
- Pannain, R. (1965b). Sull’art. 116 del codice penale. *AP*, 432-443.
- Paoli, B. (1885). *Esposizione dei lavori di preparazione del Codice Italiano, Vol. II*. Firenze: L. Niccolai.
- Park, Y. K. (2000). *Die Leichtfertigkeit - Zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz*. Berlin: Weißensee Die Leichtfertigkeit.
- Parodi Giusino, M. (1990). *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*. Milano: Giuffrè.
- Patalano, V. (1984). *I delitti contro la vita*. Padova: CEDAM.
- Pedrazzi, C. (1952). *Il concorso di persone nel reato*. Palermo: G. Priulla.
- Pedrazzi, C. (2003). *Diritto penale*. Milano: A. Giuffrè.

- Perkins, R. M. ve Boyce, R. N. (1982). *Criminal law*. (3. ed.). Mineda: The foundation pres.
- Pessina, E. (1882). *Elementi di diritto penale, vol. I, II*. Napoli: Riccardo Marghieri di Gius.
- Petrini, D. (1984). L'elemento psicologico nel reato di cui agli art 586-83 c.p. *CP*, 901-905.
- Petrocelli, B. (1955). *La colpevolezza*. (3. ed.). Padova: CEDAM.
- Petrone, M. (1995). L'efficacia scusante dell'ignoranza dei doveri militari, nota a C cost. 20/24 febbraio 1995, n. 61. *Gcost*, 524-530.
- Pettoello Mantovani, L. (1954). *Il concetto ontologico del reato, struttura generale: La copla*. Milano: A. Giuffrè.
- Piccardi, M. (2004). Riflessioni sul criterio d'imputazione soggettiva nell'omicidio preterintenzionale. *CP*, 876-883.
- Piffer, G. (1999). Commento al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (testo unico in materia di stupefacenti). *Codice penale commentato, vol. II, PS*. (a cura di Dolcini e Marinucci). Milano: IPSOA.
- Pisa, P. (1997). Responsabilità oggettiva nell'omicidio preterintenzionale e per morte conseguente ad altro delitto doloso. *DPP*, 317-325.
- Pisa, P. (1999). *Giurisprudenza commentata di diritto penale, vol. I, delitti contro la persona, contro il patrimonio e in materia di stupefacenti*. (3. ed.). Padova: CEDAM.
- Polat, A. Z. (1999). *Adam öldürme suçları*. İstanbul: Alfa.
- Preziosi, S. (2000). *La fattispecie qualificata*. Padova: CEDAM.
- Prosdocimi, S. (1985). Delitti aggravati dall'evento e reato complesso. *IP*, 281-303.
- Prosdocimi, S. (1984). *Contributo alla teoria del concorso formale di reati*. Padova: CEDAM.
- Pulitanò, D. (1974). Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale. *JUS*, 499-518.
- Pulitanò, D. (1976). *L'errore di diritto nella teoria del reato*. Milano: Giuffrè.
- Pulitanò, D. (1988). Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza, nota a C cost. n. 364 del 1988. *RIDPP*, 686-731.

- Pulitanò, D. (1989a). Repliche e conclusioni. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, 557-565.
- Pulitanò, D. (1989b). Responsabilità oggettiva e politica criminale. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, 61-83.
- Pulitanò, D. (2005). *Diritto penale*. Torino: Giappichelli editore.
- Radbruch, G. (1902). *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*. Berlin: J. Guttentag.
- Ramacci, F. (1988). *Istituzioni di diritto penale*. Torino: G. Giappichelli.
- Ramacci, F. (1997). *I delitti di omicidio*. (2. ed.). Torino: Giappichelli editore.
- Ramacci, F. (2007). *Corso di diritto penale*. (4. ed.). Torino: Giappichelli editore.
- Ramajoli, S. (1984). Sulla fattispecie dell'art 586 c.p. *CP*, 549-553.
- Ranieri, S. (1952). *Manuale di diritto penale I, PG*. Padova: Cedam.
- Regina, A. (1991). Reato aberrante. *EGT*, XXVI, 10-12.
- Regina, A. (1970). *Il reato aberrante*. Milano: A. Giuffrè.
- Rehberg, J. (1999). *Schweizerisches Strafgesetzbuch*. (15. überarb. Aufl.). Zürich: Orell Füssli.
- Rende, D. (1932). Intorno agli articoli 584 e 586 del codice penale. *ADPP*, 918 -925.
- Rende, D. (1938). I delitti con doppio evento. *RIDP*, 3-20.
- Rende, D. (1940). Reato aberrante e preterintenzione. *SP*, I, 266-269.
- Rengier, R. (1986). *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- Rengier, R. (1999). Die Reform und Nicht-Reform der Körperverletzungsdelikte durch das 6. StrRG. *ZStW*, 111, 1–29.
- Riccio, S. (1935). Concorso di reati e delitti qualificati dall'evento. *ADPP*, 664-681.
- Righi, F. (1965). Brevi osservazioni sull'art 586 c.p. *RP*, II, 404-408.
- Rispo, M. (1998). *Il Codice Penale Norvegese*. Padova: CEDAM.
- Rocco, A. (1932- 1933). L'Ogetto del reato e della tutela giuridica penale contributo alle teorie generali del reato della pena. *Opere giuridiche, I*. Roma: Foro Italiano.
- Romano, M. (2004). *Commentario sistematico del Codice Penale. Vol. I*. (3. ed.). Milano: A. Giuffrè.
- Romano, M. (1970). *Contributo all'analisi della "aberratio ictus"*. Milano: A. Giuffrè.

- Roxin, C. (1962). Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten. *ZStW*, 74, 411-444.
- Roxin, C. (1969). Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs. *ZStW*, 81, 613–649.
- Roxin, C. (1973). *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlin: de Gruyter.
- Roxin, C. (1980). Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza. *RIDPP*, 369-381.
- Roxin, C. (1992). *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*. München: C.H. Beck.
- Roxin, C. (1997). *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*. (3. Auflage). München: C.H. Beck.
- Sabatini, G. (1935). *Istituzioni di diritto penale, Vol. I, PG*. (2. ed.). Roma: Società editrice del Foro Italiano.
- Sabatini, G. (1947). *Istituzioni di diritto penale, Vol. II, PS*. (3. ed.). Catania: Casa del libro.
- Saltelli, C. ve Romano Di Falco, E. (1931). *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale, vol. II, parte II*. Torino: UTET.
- Saltelli, C. ve Romano Di Falco, E. (1930). *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale, vol. I*. Roma: Regia tipolitografia delle Mantellate.
- Saltelli, C. ve Romano Di Falco, E. (1940). *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale, vol. I*. Torino: UTET.
- Santaniello, G. ve Maruotti L. (1990). *Manuale di diritto penale, PG*. Milano: A. Giuffrè.
- Santoro, A. (1949). *Diritto penale*. Roma: Edizione dell'Ateneo.
- Santoro, A. (1958). *Manuale di diritto penale, I*. Torino: UTET.
- Santoro, A. (1968). *Manuale di diritto penale, II, PS*. Torino: UTET.
- von Sauer, W. (1949). *Allgemeine Strafrechtslehre*. (2. voellig neue Aufl. d. Grundlagen des Strafrechts). Berlin: de Gruyter.
- Savaş, V. ve Mollamahmutoğlu, S. (1995a). *Türk Ceza Kanununun yorumu, I*. Ankara: Seçkin.
- Savaş, V. ve Mollamahmutoğlu, S. (1995b). *Türk Ceza Kanununun yorumu, III*. Ankara: Seçkin.
- Schneider, E. (1955). § 56 StGB und die Strafrechtsreform. *JR*, 414–415.

- Schönke, A. ve Schröder, H. (1963). *Strafgesetzbuch, Kommentar*. (11. neubearb. Aufl.). München: C.H. Beck.
- Schroeder, F. C. (1993-2001). § 18 şerhi. *StGB Leipziger Kommentar*. (11. Aufl.). Berlin, New York: De Gruyter.
- Schröder, F. C. (1998). Taksirin kanunen tanımlanmasına ilişkin problemler. *Türk Ceza Kanunu Tasarısı için müzakereler*. (Çev: İ. Özgenç). Konya: Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi yayını.
- Schubarth, M. (1982). *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, BT, Band 1*. Bern: Stämpfli.
- Schweling, O. (1960). Der Begriff “rücksichtslos” im Verkehrsrecht. *ZStW*, 72, 464-533.
- Simson, G. ve Geerds, F. (1969). *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*. München: Beck.
- Siniscalco, M. (1968). *Giustizia penale e Costituzione*. Torino: Eri.
- Smith, J. ve Hogan, B. (1996). *Criminal law*. (8. ed.). London, Edinburgh, Dublin: Butterworths.
- Soyaslan, D. (2005). *Ceza Hukuku genel hükümler*. (3. bası). Ankara: Yetkin.
- Sözüer, A. (1995). Hukuki hata. *YD.*, 21(4), (Ekim), 466-490.
- Spasari, M. (1957). Osservazioni sulla natura giuridica del cosiddetto delitto preterintenzionale. *AP*, 229-269.
- Spasari, M. (1966). *Diritto penale e Costituzione*. Milano: Giuffrè.
- Spiezia, V. (1937). *Il reato complesso*. Udine: Istituto delle Edizioni Accademiche.
- Spiezia, V. (1938). Rilievi sulla nozione giuridica di incendio e di danneggiamento seguito da incendio. *RP*, 549-555.
- Stella, F. (1970). *La “descrizione” dell’evento, I, l’offesa – Il nesso causale*. Milano: Giuffrè.
- Stile, A. (1977). Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto. *EdD*, XXVII, 140-153.
- Stile, A. (1989). Conclusioni. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*. Napoli: Jovene, 571-580.
- Stratenwerth, G. (1964). Die Definitionen im Allgemeinen Teil des Entwurfs 1962. *ZStW*, 76, 669-706.

- Stratenwerth, G. (1982). *Schweizerisches Strafrecht, AT I, Die Straftat*. Bern: Stämpfli.
- Stratenwerth, G. (2000). *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*. (4. völlig neu bearb. Aufl.). Köln: Heymanns.
- Tagliarini, F. (1979). *I delitti aggravati dall'evento: Profili storici e prospettive di riforma*. Padova: CEDAM.
- Tenckhoff, J. (1976). Die Leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen. *ZStW*, 88 (4), 897–922.
- Toroslu, N. (1988). Ceza hukukunda okullar. *Prof. Dr. Nurullah Kunter'e armağan*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 716, 367-376.
- Toroslu, N. (1990). Cezai sorumluluğun gelişimi. *YD.*, (1-2), (Ocak-Nisan), 121-125.
- Toroslu, N. (2001). *Ceza hukuku*. (5. bası). Ankara: Savaş.
- Toroslu, N. (2005a). *Ceza hukuku*. (7. bası). Ankara: Savaş.
- Toroslu, N. (2005b). *Ceza hukuku genel kısım*. (8. bası). Ankara: Savaş
- Toroslu, N. (2008). *Ceza hukuku genel kısım*. Ankara: Savaş.
- Toroslu, N. ve Ersoy, Y. (2004). Kanunlaşmaması gereken bir tasarı. *Türk Ceza Kanunu reformu, ikinci kitap*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, 1-20.
- Trapani, M. (1992). *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*. Torino: G. Giappichelli.
- Trechsel, S. (1989). *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*. Zürich: Schulthess, Polygraph. Verl.
- Tröndle, H. ve Fischer, T. (2001). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. (50. Neubearb. Aufl.). München: C.H. Beck.
- Uekötter, K. (1993). *Das Merkmal 'Leichtfertigkeit' bei strafrechtlichen Erfolgsdelikten und erfolgsqualifizierten Delikten*. Münster, (Hochschulschrift Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1992).
- Ünver, Y. (1997). Ceza hukukunda objektif sorumluluk. *Ceza hukuku günleri, 70. yılda Türk Ceza Kanunu genel hükümler*. 26-27 Mart, 1997. İstanbul: Beta.
- Ünver, Y. (2006). YTCK'da kusurluluk. *CHD*, 1(1), (Ekim), 41-78.
- Vannini, O. (1932). *Lineamenti di diritto penale, PG*. Firenze: casa ed. poligr. universitaria Carlo Cya.
- Vannini, O. (1939). *Istituzioni di diritto penale, PG*. Firenze: Carlo Cya.

- Vannini, O. (1950). *Quid juris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale*, vol. V (Aborto - Omicidio preterintenzionale). Milano: Giuffrè.
- Vassalli, G. (1966). Sulla responsabilità penale dell'armatore per la eccessiva caricazione della nave. *Gcost*, 728-732.
- Vassalli, G. (1975). Concorso tra circostanze eterogenee e "reati aggravati dall'eveto". *RIDPP*, 3-43.
- Veneziani, P. (1990). Furto d'uso e principio di colpevolezza, nota a C cost. 13 dicembre 1988, n. 1085. *RIDPP*, 299-317.
- Veneziani, P. (2003). *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*. Padova: Cedam.
- Vico, P. (1905). Omicidio. *Digesto Italiano*, XVII, 215-224.
- Volk, K. (1993). L'influenza del diritto penale della Rivoluzione Francese e dell'Impero sulle codificazioni Tedesche. *I codici preunitari e il Codice Zanardelli, diritto penale dell'ottocento*. (studi coordinati da S. Vinciguerra). Padova: CEDAM.
- Wegscheider, H. (1986). Zum Begriff der Leichtfertigkeit. *ZStW*, 98 (3), 624-657.
- Welzel, H. (1961). *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*. Karlsruhe: Müller.
- Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. (11. neubearb.). Berlin: de Gruyter.
- Wessels, J. ve Beulke, W. (1998). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. (28. neubearb. Aufl.). Heidelberg: Müller.
- Wessels, J. ve Beulke, W. (2000). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. (30. neubearb. Aufl.). Heidelberg: Müller.
- Wessels, J. ve Hillenkamp, T. *Strafrecht, besonderer Teil. Band 2*. Heidelberg: Müller.
- Wolter, J. (1981). Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte. *JuS*, 169-177.
- Yarsuvat, D.; Bayraktar, K.; Yüzbaşıoğlu, N.; Bülbül, E.; Kocasakal, Ü.; Aksoy, E.; Memiş, P.; Kurt, G.; Tansuğ, Ç. ve Yılmaz, D. (2004). Türk Ceza Kanunu Tasarısı hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin görüşü. *Türk Ceza Kanunu reformu, ikinci kitap*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, 285-317.
- Yaşar, O. (2001). *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Seçkin.
- Yüce, T. T. (1982). *Ceza hukuku dersleri, C.I*. Manisa: Şafak.

- Yüce, T. T. (1985). *Ceza hukukunun temel kavramları*. Ankara: Turhan.
- Zafer, H. (2009). Türk Ceza Hukukunda kusur kavramı -normatif teorisinin öne çıkışı- ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukukunun ayrılmazlığı. *Maltepe ÜHFD*, 2, 151-194.
- Zafer, H. (2010). *Ceza hukuku genel hükümler, TCK m. 1-75*. İstanbul: Beta.
- Zafer, H. (2011). *Ceza hukuku genel hükümler, TCK m. 1-75*. (2. bası). İstanbul: Beta.
- Zagrebelsky, V. (1996). Reato continuato e concorso formale di reati. *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*. (2. ed.). Torino: UTET.
- Zipf, H. (1980). *Kriminalpolitik*. (2. völlig neubearb. u. erw. Aufl.). Heidelberg: Müller.
- Zuccalà, G. (1952). *Il delitto preterintenzionale*. Palermo: G. Priulla.
- Zuccalà, G. (2003). Nota introduttiva (art. 59-70). *Commentario breve al Codice Penale*. (4. ed.). Padova: CEDAM.
- (2004). Ceza Kanunu Tasarısı hakkında Galatasaray Üniversitesinin görüşü. *Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, 285-317.
- (1966). *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*. Tuebingen: Mohr.
- (1969). *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*. (2., verbesserte Auflage). Tuebingen: Mohr.
- (1999). *Codice penale commentato, vol. I, PG*. (a cura di E. Dolcini, G. Marinucci). Milano: IPSOA.
- (2003). *Il Codice Penale Tedesco*. (a cura di Sergio Vinciguerra; introduzione di H.H. Jescheck; traduzione di G. Bonadio). (2. ed.). Padova: CEDAM.
- (1998). *Il diritto penale alla svolta di fine millennio: atti del convegno in ricordo di Franco Bricola*. (Bologna, 18-20 maggio 1995). (a cura di Stefano Canestrari). Torino: G. Giappichelli.
- (1962). *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 – Bundestagsvorlage*. Bonn.
- (1972). *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Jan. 1972*. Berlin: De Gruyter.
- (1999). *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*. Berlin: De Gruyter.
- (1985). *Festschrift für Dietrich Oehler*. Köln: Heymann.

- (2002). *La riforma del Codice Penale: La parte generale. (Atti del Convegno di Pavia, 10-12 maggio 2001, a cura di C. de Maglie, S. Seminara)*. Milano: Giuffrè.
- (1993-2001). *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Berlin, New York.
- (1954). *Materialien zur Strafrechtsreform*. Bonn: Heger.
- (2003). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. München: C.H. Beck.
- (1958). *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdr.
- (1995). *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges.
- (1997). *Nozioni di diritto penale*. (a cura di G. Flora e P. Tonini). Milano: Giuffrè.
- (1996). *Prospettive di Riforma del Codice Penale e valori Costituzionali*. Milano: Giuffrè.
- (1997). *Schönke-Schröder Kommentar*. (25., neubearb. Aufl. / von T. Lenckner). München: Beck.
- (2004). Türk Ceza Kanunu Tasarısı hakkında Dokuz Eylül Üniversitesi'nin görüşü. *Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, 327-355.
- (1983). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası komisyon raporları ve madde gerekçeleri*. Ankara: TBMM Yayınları.