



TÜRK – AMERİKAN HUKUKUNDA OLASI KAST KAVRAMI



YUSUF ÖZEL

ŞUBAT 2023

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS TEZİ**

TÜRK – AMERİKAN HUKUKUNDA OLASI KAST KAVRAMI

YUSUF ÖZEL

ŞUBAT 2023

ÖZET

TÜRK – AMERİKAN HUKUKUNDA OLASI KAST KAVRAMI

ÖZEL, Yusuf

Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi

Danışman: Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Şubat 2023, 145 sayfa

Olası kasıt failin, davranışı nedeniyle suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen bunların gerçekleşmesini kabullenerek veya kayıtsız kalarak davranışını gerçekleştirmesidir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda olası kasıt ile bilinçli taksirin isteme unsuru yönünden ayrıldığı kabul edilmiştir. Ancak olası kasıt ile bilinçli taksirin ayırt edilebilmesi bakımından hukuki güvenliği sağlayacak şekilde adil bir kıstas getirilememektedir. Söz konusu ayırım esasında gerçeklikle uyuşmayan yapay bir ayırımdır. Bu ayırımın kaldırılması ve olası kasıt ile bilinçli taksirin tek bir manevi unsur türü altında öngörme unsuru bağlantısıyla ortak bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Amerikan ceza hukukundaki pervasızlık kavramı, failin önemli ve haksız bir riskin farkında olmasına rağmen, bunu göz ardı ederek davranışını gerçekleştirmesini ifade eder. Pervasızlıkta göz ardı edilen risk derece ve mahiyet bakımından öyle bir risktir ki, bu riskin göz ardı edilmesi, kanunlara uyan bir kişinin failin yerinde olması durumunda izleyeceği davranışlardan büyük bir sapma teşkil etmelidir. Bu şekilde failin davranışı hakkında normatif bir değerlendirme yapılmaktadır.

Model Ceza Kanununda pervasızlık kompleks ve ayrıntılı bir şekilde tanımlanmıştır. Pervasızlığın tanımı içerisinde, aslında Türk ceza hukukunda suçun hukuka aykırılık unsuru altında incelenen hususlara dahi yer verilmiştir. Amerikan ceza hukuku ve Türk ceza hukukunun yaptırım teorileri arasında düşünsel farklılıklar bulunmaktadır. Ayrıca, pervasızlık kavramının henüz güçlü bir teorik altyapısı

bulunmamaktadır. Söz konusu kavramın, bu haliyle Türk ceza hukukuna iktibas edilmesi doğru olmayacaktır. Bunun yerine, salt öngörme unsurundan oluşan bir manevi unsur türüne yer verilerek olası kasıt ile bilinçli taksir ortak bir şekilde ele alınabilir.

Anahtar Kelimeler: Olası Kasıt, Bilinçli Taksir, Pervasızlık, Kasıt, Manevi Unsur, Kusurluluk



ABSTRACT

DOLUS EVENTUALIS IN TURKISH – AMERICAN LAW

ÖZEL, Yusuf

M.A. in Public Law

Supervisor: Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

February 2023, 145 pages

Dolus eventualis is when the perpetrator, despite foreseeing that the material elements in the legal definition of the crime may occur due to his behavior, performs his behavior by accepting or being indifferent to their occurrence. In the Turkish Penal Code No. 5237, it is accepted that dolus eventualis and conscious negligence are differentiated in terms of the element of volition. However, in order to distinguish between dolus eventualis and conscious negligence, a fair criterion cannot be brought in a way to ensure legal security. The distinction in question is essentially an artificial distinction that does not conform to reality.

In American criminal law, the concept of recklessness refers to situations where the perpetrator is aware of a substantial and unjustifiable risk, but disregards it. The risk disregarded in recklessness is such in degree and nature that the disregard of this risk must constitute a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person in the actor's situation would have observe. In this way, a normative assessment of the perpetrator's conduct is made.

Recklessness has a complex definition under the Model Penal Code. There are differences between American criminal law and Turkish criminal law in their approaches to what constitutes blameworthy behavior. Moreover, the concept of recklessness does not yet have a strong theoretical background. It would not be correct to bring this concept into Turkish criminal law in its current form. Dolus

eventualis and conscious negligence should be evaluated together with the connection of a cognitive element.

Keywords: Dolus Eventualis, Conscious Negligence, Recklessness, Intent, Mens Rea, Culpability



TEŞEKKÜR

Bu alıőmanın hazırlanması sırasındaki yardımları nedeniyle danışmanım Prof. Dr. Doğan SOYASLAN'a ve kıymetli hocam Do. Dr. Elvan KEELİOğLU'na teőekkürlerimi sunarım. Bu eserin ortaya konulması iin abaladığım süre boyunca her daim yanımda olan ve desteklerini hissettiğim aileme, Dr. Öğr. Üyesi Gülen SOYASLAN'a, Arő. Gör. Beyza BAYRAKTAR'a, Arő. Gör. Muharrem CİVAN'a, Arő. Gör. Yasir Emre GÜRSU'ya, Arő. Gör. Salih YILDIZ'a ve Hakan ÖZDEMİR'e teşekkür etmeyi de ayrıca bir bor bilirim.

İÇİNDEKİLER

TEZDE İNTİHAL OLMADIĞINA DAİR BEYAN	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
TEŞEKKÜR... ..	viii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xii
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM I	
TÜRK CEZA HUKUKUNDA OLASI KASIT	3
1.1. OLASI KASIT KAVRAMININ MANEVİ UNSUR TÜRLERİ	
İÇERİSİNDEKİ YERİ VE GELİŞİMİ	3
1.1.1. Olası Kastın Manevi Unsur Türleri İçerisindeki Yeri	3
1.1.1.1. Manevi Unsur Kavramı	5
1.1.1.2. Türk Ceza Hukukunda Manevi Unsur Türleri.....	8
1.1.1.2.1. Kasıt.....	12
1.1.1.2.1.1. Kastın Unsurları.....	12
1.1.1.2.1.2. Kastın Türleri.....	17
1.1.1.2.1.2.1. Birinci Dereceden Doğrudan Kasıt.....	18
1.1.1.2.1.2.2. İkinci Dereceden Doğrudan Kasıt.....	20
1.1.1.2.1.2.3. Olası Kasıt.....	23
1.1.1.2.1.3. Kastın Kapsamı.....	23
1.1.1.2.1.4. Kastın Aranacağı Zaman	26
1.1.1.2.2. Taksir	27
1.1.2. Olası Kasıt Kavramının Benzer Kavramlar İle Karşılaştırılması	29
1.1.2.1. Dolaylı Kasıt (Dolayısıyla Kasıt, <i>Dolus Indirectus</i>).....	31
1.1.2.2. Gayrimuayyen Kasıt (Belirsiz Kasıt, Belirli Olmayan Kasıt, <i>Dolus Indeterminatus</i>)	32
1.1.3. Olası Kasıt Kavramının Türk Ceza Hukukundaki Tarihi Gelişimi	35

1.1.3.1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde Olası Kasıt	35
1.1.3.2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde Olası Kasıt	37
1.2. OLASI KASIT	38
1.2.1. Olası Kastın Unsurları	41
1.2.1.1. Olası Kasıtta Bilme Unsuru	42
1.2.1.2. Olası Kasıtta İsteme Unsuru	45
1.2.2. Olası Kastın Üst ve Alt Sınırları	66
1.2.2.1. Olası Kastın Üst Sınırı: Doğrudan Kasıt.....	67
1.2.2.2. Olası Kastın Alt Sınırı: Bilinçli Taksir	68
1.2.3. Olası Kasıt İle İşlenmesi Mümkün Olmayan Suçlar	70
1.2.3.1. Özel Kasıt İle İşlenen Suçlar	70
1.2.3.2. Kanuni Tanımında Bilme İfadesi İçeren Suçlar	71
1.2.4. Olası Kasıt ve Teşebbüs.....	72
1.2.5. Olası Kasıt ve Yaptırım	76

BÖLÜM II

AMERİKAN CEZA HUKUKUNDA “RECKLESSNESS” (PERVASIZLIK)... 78

2.1. AMERİKAN CEZA HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ	78
2.1.1. Amerikan Ceza Hukukunun Temel Kaynakları.....	78
2.1.2. Amerikan Ceza Hukukunda Suçların Sınıflandırılması.....	85
2.1.3. Amerikan Ceza Hukukunda Suçun Unsurları.....	86
2.1.4. Model Ceza Kanununun Manevi Unsur Sistemi	88
2.1.4.1. Manevi Unsurun Kapsamı	90
2.1.4.2. Manevi Unsur Türleri	91
2.1.4.2.1. Birinci Dereceden Doğrudan Kasıt (<i>Purpose</i>).....	91
2.1.4.2.2. İkinci Dereceden Doğrudan Kasıt (<i>Knowledge</i>).....	92
2.1.4.2.3. Pervasızlık (<i>Recklessness</i>)	93
2.1.4.2.4. Taksir (<i>Negligence</i>).....	94
2.2. “RECKLESSNESS” (PERVASIZLIK)	95
2.2.1. Pervasızlığın Unsurları	96
2.2.1.1. Pervasızlığın Objektif Unsuru	98
2.2.1.1.1. Riskin Haksız Olması	98
2.2.1.1.2. Riskin Önemli Olması	100

2.2.1.1.3. Riskin Mahiyet ve Derece Bakımından Normatif Olarak Değerlendirilmesi	103
2.2.1.2. Pervasızlığın Sübjektif Unsuru	106
2.2.1.2.1. Riskin Farkında Olunması	106
2.2.1.2.2. Riskin Göz Ardı Edilmesi	110
2.2.2. Pervasızlık İle İşlenebilen Suçlar	110
2.2.3. Pervasızlık ve Teşebbüs	111
2.2.4. Pervasızlık ve Yaptırım	113
2.2.5. Pervasızlık Kavramının Değerlendirilmesi	114
2.2.5.1. Pervasızlık, Olası Kasıt ve Bilinçli Taksir Kavramlarının Karşılaştırılması	114
2.2.5.2. Pervasızlık Kavramının Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi	118
SONUÇ	122
KAYNAKÇA	126
ÖZGEÇMİŞ	132

KISALTMALAR LİSTESİ

Kısaltmalar

age.	: Adı geçen eser
agm.	: Adı geçen makale
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas Sayısı
Ed.	: Editör
ET.	: Erişim Tarihi
K.	: Karar Sayısı
MCK	: Model Ceza Kanunu
md.	: Madde
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfalar
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
vd.	: Ve devamı
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

Türk ceza hukukunda fail ile gerçekleştirdiği eylem arasındaki sübjektif bağı ifade etmek için “manevi unsur”, “tipikliğin sübjektif unsuru” veya “kusurluluk” gibi ifadeler kullanılmaktadır. Manevi unsur, suçun unsurlarından birisidir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda, doğrudan kasıt, olası kasıt, bilinçli taksir ve basit taksir şeklinde dört tane manevi unsur türüne yer verilmiştir. Failin, davranışı nedeniyle suçun kanuni tanımındaki maddi unsurun gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen maddi unsurun gerçekleşmesini kabullenerek veya gerçekleşmesine kayıtsız kalarak eylemini gerçekleştirmesi durumunda olası kastın varlığı kabul edilmektedir. Olası kastın varlığı halinde, suçun cezasında zorunlu olarak indirim yapılmaktadır. Olası kastın üst sınırını doğrudan kasıt, alt sınırını bilinçli taksir teşkil etmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ilk kez kanunen tanımlanmış olan olası kasıt kavramı, tanımlandığı tarihten beri Türk ceza hukukunda pek çok tartışmaya ve karışıklığa neden olmuştur. Öncelikle olası kasıt kavramı, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde kullanılan “gayrimuayyen kasıt” ve “dolaylı kasıt” kavramlarıyla karıştırılmıştır. Olası kastın kanuni tanımında “kabullenme” veya “kayıtsız kalma” gibi bir unsura yer verilmemiş olması ve böylece tanımının bilinçli taksirle oldukça yakın bir şekilde yapılmış olması pek çok yazar tarafından eleştirilmiştir. Gerçekten de, olası kasıt ile bilinçli taksirin ayırt edilmesi modern ceza hukukunun en sorunlu konularından birisidir. Türk Ceza Kanunu’nun, olası kastın bulunduğu hallerde zorunlu olarak cezada indirim yapılmasını öngörmüş olması da eleştirilmiştir. Olası kasıt ile teşebbüsün bağdaşıp bağdaşmayacağı günümüzde tartışılmaya devam etmektedir. Kısacası, olası kasıt kavramı pek çok yönden tartışmalı bir kavramdır.

Çalışmamızda, Türk ceza hukukunda olası kasıt ile ilgili olarak sıklıkla dile getirilen sorunların üzerinde durulacak ve bu konularda görüşlerimiz açıklanacaktır. Bu kapsamda, çalışmamızın ilk bölümünde öncelikle olası kasıt kavramının manevi unsur türleri içerisindeki yeri tespit edilecek, Türk ceza hukukundaki tarihi gelişimi incelenecek ve benzer kavramlardan farkı açıklanacaktır. Daha sonra ayrıntılı bir şekilde olası kasıt kavramının unsurları ele alınacak ve bu kapsamda olası kastın

bilinçli taksir ile ne yönden ayrıldığı tespit edilmeye çalışılacaktır. Olası kastın unsurlarıyla ilgili görüşlerimiz açıklandıktan sonra, hangi suçların olası kasıtle işlenemeyeceği, olası kasıt ile teşebbüsün bağdaşıp bağdaşmayacağı ve olası kastın yaptırım bakımından nasıl bir özellik gösterdiği incelenecektir.

Öğretide, olası kasıt ile bilinçli taksirin adil ve hukuk güvenliğini sağlayacak bir şekilde ayırt edilemeyeceği yönünde görüşler mevcuttur. Bu nedenle, olası kasıt ve bilinçli taksir şeklindeki ayırımın yerine manevi unsur türleri bakımından ne tür bir çözümün geliştirilebileceği zaman zaman tartışılmaktadır. Türk ceza hukukunda bazı yazarlar bu konuyla ilgili olarak Amerikan ceza hukukundaki “pervasızlık” (*recklessness*) kavramını dile getirmişlerdir. Olası kasıt ve bilinçli taksir şeklindeki ayırımın terk edilerek, bu iki manevi unsur türünün yerine pervasızlık şeklinde tek bir manevi unsur türünün getirilmesinin sağlıklı bir çözüm olup olmayacağını incelemesi gerekmektedir.

Çalışmamızın ikinci bölümü de bu amaca yönelik olarak kaleme alınmıştır. Pervasızlık kavramının Amerikan ceza hukukunda nasıl değerlendirildiği inceleneceğinden, ikinci bölümde öncelikle Amerikan ceza hukukuna genel bir giriş yapılacaktır. Sözü edilen kısımda, Amerikan ceza hukukunun temel kaynakları, Amerikan ceza hukukunda suçların sınıflandırılması, suçun unsurları konularının üzerinde durulacak ve Model Ceza Kanununun öngördüğü manevi unsur sistemi açıklanacaktır. Daha sonra pervasızlık kavramı, olası kasıt kavramının incelendiği başlıklar bakımından tek tek ele alınacaktır. Son olarak da pervasızlık kavramı, olası kasıt ve bilinçli taksir kavramlarıyla karşılaştırılacak ve Türk ceza hukuku bakımından değerlendirilecektir. Bu değerlendirmelerin ardından da konuyla ilgili görüş ve önerilerimiz paylaşılacaktır.

BÖLÜM I

TÜRK CEZA HUKUKUNDA OLASI KASIT

1.1. OLASI KASIT KAVRAMININ MANEVİ UNSUR TÜRLERİ İÇERİSİNDEKİ YERİ VE GELİŞİMİ

1.1.1. Olası Kasıtın Manevi Unsur Türleri İçerisindeki Yeri

Olası kasıt kavramını incelemeye başlamadan önce, kavramın suç genel teorisi içerisindeki yerini tespit etmek gerekir. Türk ceza hukukunda suçun unsurları bakımından çok çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, suçun maddi unsur ve manevi unsur olmak üzere iki unsuru vardır¹. Suçun iki unsurunun bulunduğunu savunan diğer bir görüşe göre ise suçun unsurları tipiklik ve hukuka aykırılıktır². Bu görüşe göre tipikliğin de maddi ve manevi unsurları vardır³.

Suçun üç tane unsurunun bulunduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre, suçun unsurları tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurdur. Bu görüşe göre de suçun tipiklik unsuru objektif tipiklik ve sübjektif tipiklik olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁴. Suçun unsurları bakımından dörtlü ayrımı benimseyen yazarlara göre ise suçun unsurları kanuni unsur, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsurdur⁵.

Fark edileceği üzere, bu görüşlerden hangisi benimsenirse benimsensin, suçun unsurlarında mutlaka manevi veya sübjektif bir unsurdan bahsedilmektedir.

¹ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU (2021), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 26. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, s. 129.

² Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR (2022), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 291.

³ a.g.e. s. 291.

⁴ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAŞIZ (2022), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 209; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM (2022), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 22. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 171.

⁵ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN (1997), *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, 1. Cilt*, 14. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, s. 311; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT (2020), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, s. 215; Doğan SOYASLAN (2022), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 219.

Gerçekten de modern ceza hukuku öğretisine hâkim olan düşüncelerden birisi, fail ile eylemi⁶ arasında manevi bir bağ bulunmadan, gerçekleştirilen eylemin suç teşkil etmeyeceği düşüncesidir⁷. Dolayısıyla, suçun unsurları incelenirken bu şekilde bir bağın bulunup bulunmadığı da, diğer bir deyişle suçun manevi unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği de mutlaka araştırılması gereken hususlardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşte olası kasıt kavramı da suçun manevi unsur türlerinden birisidir. Esasında bu cümlemiz de bu başlık altında incelenmesi gereken hususların yol haritasını çizmektedir. Bu kapsamda, olası kasıt kavramını iyi bir şekilde izah edebilmek için öncelikle manevi unsur kavramını açıklamak, daha sonra da manevi unsur türlerini inceleyerek olası kastın manevi unsur türleri içerisindeki yerini tespit etmek gerekir.

⁶ Türk ceza hukuku öğretisinde eylem, fiil, davranış ve hareket kelimelerinin anlamları bakımından pek bir uzlaşma bulunmamaktadır. Bu kelimeler yazardan yazara farklı anlamlarda kullanılabilir. Dahası, bu kelimeler birbiriyle aynı anlamda da kullanılabilir. Yazarların kullandıkları kavramlarda ve bunlara verdikleri anlamlarda farklılıkların bulunması doğal karşılanabilecek bir durum olsa da sıklıkla eserlerde yazarların bu kavramlar ile neyi kastettiklerini açık bir şekilde tanımlamadıkları görülmektedir. Bu durumda da genellikle yazarların belli konularda kullandıkları ifadeleri inceleyip bunun üzerinden çıkarımda bulunmak gerekmektedir. Ancak bu da her zaman çözüm olmayabilmektedir. İfadelerimizin kolayca anlaşılabilmesi bakımından çalışmamızın başında bu kelimelerin hangi anlamda kullanıldığını belirtmek faydalı olacaktır. Öncelikle TCK’de de bu kelimelerin sürekli ve bilinçli olarak belirli anlamlarda kullanıldığını söylemenin mümkün olmadığını ifade edelim. Ancak Kanun’da bu kelimelerden bazılarının belli anlamlara daha yakın olarak kullanıldığı yine de söylenebilir. TDK’ye göre; eylemin “eyleme işi, fiil, hareket, aksiyon”, fiilin “iş, davranış, eylem”, davranışın “davranma işi, tutum, davranım, muamele, hareket”, hareketin “devinim, aksiyon, vücudu oynatma, davranış, tutum” gibi anlamları vardır (<https://sozluk.gov.tr>, ET. 9.5.2022). Dolayısıyla, bu kelimelerin sözlük anlamları da iç içe geçmiş durumdadır. Ancak burada da Kanun’dakine benzer bir durum vardır. Yine bazı kelimelerin belli anlamlara daha yakın olduğunu söyleyebiliyoruz. Biz de bu kelimeleri hangi anlamda kullanmanın daha doğru olacağına karar verirken bu anlam yakınlıklarını göz önünde bulundurduk. Hareket kelimesinin tanımında “devinim” ve “aksiyon” gibi pozitif yönde ifadeler de bulunduğundan, bunu icrai nitelik arz eden davranışlar için kullanıyoruz. Bu tercihimizden de anlaşılacağı üzere, davranış kelimesini icrai davranışları (hareketleri) ve ihmali davranışları kapsayacak şekilde kullanıyoruz çünkü davranış kelimesinin tanımında aktif içeriğe sahip kelimelerin yanı sıra pasif içeriğe sahip kelimeler de kullanılmıştır. TCK’de de ihmal ve icra kavramları bir arada kullanıldığında genellikle davranış ifadesine yer verilmektedir (md. 83, md. 88). Kavram zenginliğinin faydalarından istifade edebilmek için fiil kelimesinin davranış, netice ve nedensellik bağı kavramlarını kapsayacak şekilde kullanılması uygun olabilir fakat TCK’nin özellikle 8. ve 44. maddelerinde fiil kavramının kullanım şekli gözetildiğinde, eylem kelimesinin kullanılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Yani davranış, netice ve nedensellik bağı kavramlarını (sırf hareket suçlarında yalnızca davranış) kapsamak için eylem kelimesini kullanmayı tercih ediyoruz. Tekrar belirtelim ki burada TDK veya TCK’de bu kelimelerin net bir şekilde, bahsettiğimiz anlamlarda kullanıldığı iddiasında bulunmuyoruz. Yalnızca, bu kelimelerin bahsettiğimiz anlamlara daha yakın şekilde kullanıldığı düşüncesindeyiz. Benzer görüş için bkz. Sami SELÇUK (2021), *Suç Genel Kuramı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 29-31.

⁷ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 201; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN (1999), *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, 2. Cilt*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, s. 143; Turhan Tüfan YÜCE (1982), *Ceza Hukuku Dersleri, 1. Cilt*, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Manisa, s. 299.

1.1.1.1. Manevi Unsur Kavramı

Manevi unsur kavramı, fail ile gerçekleştirdiği eylem arasındaki manevi (sübjektif, psişik) bağı ifade etmek için kullanılmaktadır⁸. Suçun unsurları bakımından böyle bir manevi bağı aranmasının anlamı, fail ile eylem arasında salt nedensel bir bağı bulunmasının suçun oluşması için yeterli olmadığı, ayrıca failin manevi dünyası içinde de eyleme katılmış olmasının bir koşul olarak arandığıdır⁹. Bu manevi bağı bulunmadan eylem sübjektif yönden faile isnat edilemeyeceğinden¹⁰, tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş bir suçtan söz etmek de mümkün olmayacaktır. Bahsettiğimiz manevi unsur kavramı, ileride daha ayrıntılı bir şekilde ele alınacağı üzere, temel olarak kasıt ve taksir olmak üzere iki tür olarak karşımıza çıkmaktadır.

Manevi unsur kavramı bu şekilde kolayca tanımlanabilirse de manevi unsurun suçun unsurları içerisindeki yeri ve kusur veya kusurluluk kavramlarıyla bağlantısının açıklanması pek de kolay bir iş değildir. Gerçekten de Türk ceza hukuku öğretisinde bu konudaki tartışmalar hala sürmektedir ve bu konuda birbirinden oldukça farklı görüşler bulunmaktadır. Esasında farklı suç teorilerini ve tanımlarını benimseyen yazarlar arasında bu tür görüş ayrılıklarının bulunması da doğaldır. Burada yazarların benimsedikleri suç teorilerinden veya tanımlarından bahsetmek inceleme konumuzu fazla genişleteceği için yalnızca manevi unsurun suçun unsurları içerisinde nasıl konumlandırıldığına ve kusurluluk kavramıyla bağlantısına ilişkin üç temel görüş kısaca anlatılacaktır.

Bu üç temel görüşten ilkinde göre, manevi unsur suçun dört unsurundan biridir ve bu unsur altında failin kusurlu davranma yeteneği (isnat yeteneği) ile somut olayda kusurlu şekilde davranmış olması (kusurluluk) incelenir¹¹. Bu görüşte kasıt ve taksir kusurluluğun çeşitleri olarak ele alınır¹². Aslında bu görüş ile ilgili vurgulamak

⁸ İzzet ÖZGENÇ (2005), *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 241; Berrin AKBULUT (2022), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 442; Hakan HAKERİ (2022), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 27. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 202; Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 409.

⁹ Ayhan ÖNDER (1992), *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, Yenilenmiş 2. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, s. 231; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 201.

¹⁰ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ (2022), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 147.

¹¹ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1999, age. s. 143; Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 433; Uğur ALACAKAPTAN (1975), *Suçun Unsuruları*, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 118.

¹² Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1999, age. s. 197; Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 433; Uğur ALACAKAPTAN 1975, age. s. 153. Kasıt ve taksir birbirinden içerik yönünden ayrıldığı için bu kavramlar bir üst başlığın içerisinde zikredilirken biçim veya şekil kelimeleri yerine çeşit kelimesinin kullanılması gerektiği öğretide haklı olarak ifade edilmiştir. Turhan Tüfan YÜCE 1982,

istediğimiz kısım da bu son bahsettiğimiz husustur. Zira birazdan göreceğimiz diğer görüşlerin farklılığı kasıt ve taksire yer verdikleri başlıklardadır.

Kasıt ve taksiri kusurluluğun çeşitleri olarak kabul eden yazarların bir kısmının düşüncesi yukarıda verilmişse de benzer yönde düşünen başka yazarların da bulunduğunu belirtmek gerekir¹³. Fakat bu yazarların suçun unsurlarına ilişkin görüşlerinde veya kullandıkları terimlerde ufak farklılıklar söz konusu olduğundan, yukarıda kasıt ve taksiri kusurluluğun çeşidi olarak kabul eden görüşün en yaygın olan haline yer vermekle yetinilmiştir.

Özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra Türk ceza hukukunda önemi artan ikinci görüşte ise manevi unsur genellikle tipikliğin sübjektif unsuru ile karşılanmaktadır¹⁴. Bunun sonucu olarak da kasıt ve taksir kusurluluğun çeşitleri olarak değil, yalnızca tipikliğin sübjektif unsurları olarak incelenmektedir¹⁵. Bu görüşte olan yazarlar kusurluluğu, haksızlığın unsurlarını veya başka bir deyişle tipik ve hukuka aykırı eylemi¹⁶ gerçekleştiren fail hakkında, gerçekleştirmiş olduğu eylem nedeniyle verilen değer hükmü olarak anlamaktadırlar¹⁷. Dolayısıyla kusur da failin gerçekleştirdiği haksızlık nedeniyle kişisel olarak kınanabilmesini ifade eder¹⁸. Buna göre, kusur kapsamında incelenen hususlar da kusur yeteneği, haksızlık bilinci ve kusurluluğu kaldıran haller olmaktadır¹⁹.

Son olarak da Türk ceza hukukunda azınlık durumunda olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, kasıt ve taksirin hem tipikliğin sübjektif unsuru hem de kusurluluk içerisinde işlevi vardır²⁰. Başka bir deyişle, kasıt ve taksirin işlevi yalnızca failin gerçekleştirdiği eylemin tipik kabul edilmesi yönünden değildir. Kasıt

age. s. 321. Bu nedenle kusurluluğun biçimleri veya şekilleri ifadeleri yerine kusurluluğun çeşitleri ifadesi tercih edilmiştir.

¹³ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 231; Kayıhan İÇEL (1967), *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 17; Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 321; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 364 vd.

¹⁴ Berrin AKBULUT 2022, age. s. 442; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 111; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2022, age. s. 395.

¹⁵ Berrin AKBULUT 2022, age. s. 445; Hakan HAKERİ 2022, age. s. 202; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 152, s. 191 vd.

¹⁶ age. s. 86 vd.

¹⁷ age. s. 88.

¹⁸ age. s. 88.

¹⁹ age. s. 314.

²⁰ Veli Özer ÖZBEK (2010), *TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı – Gerekeçeli – İctihath) Cilt – 1 Genel Hükümler (Madde 1-75), 1. Cilt*, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 226; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 306.

ve taksir aynı zamanda kusurun da türünü belirler²¹. Bu görüşte olan yazarlar da kusurluluğu failin hukuka uygun davranma imkânına sahip olmasına rağmen, hukuka aykırı davranışı seçip gerçekleştirmesi nedeniyle kınanabilmesi olarak tanımlamaktadırlar²². Dolayısıyla, bu görüş kapsamında kusurluluk içerisinde incelenebilecek konular kusur yeteneği, failin kusurlu olması (kasıt ve taksirin kusurluluk içerisindeki işlevlerinin inceleneceği kısım), haksızlık bilinci ve kusurluluğu ortadan kaldıran hallerdir²³.

Biz çalışmamızda tipikliğin sübjektif unsurları ifadesinin yerine kısaca manevi unsur ifadesini kullanıyoruz ve dolayısıyla kasıt ve taksiri de manevi unsur türleri başlığının altında inceliyoruz.

Manevi unsur türlerinin incelemesine geçmeden önce kısaca değinmemiz gereken bir husus daha bulunmaktadır. Manevi unsur kavramından fail ile eylem arasındaki manevi bağı anladığımızı belirtmiştik. Bununla kastedilen davranışın iradiliği konusu değildir. Bir davranışın ceza hukukunda sorumluluğa dayanak teşkil edebilmesi için iradi olması gerekmektedir²⁴. Bu nedenle, mutlak cebir (*vis absoluta*) veya derin hipnozun etkisiyle gerçekleştirilen davranışlar ya da refleks hareketler ceza hukuku yönünden sorumluluğa yol açmaz²⁵. Ancak bu konu tipikliğin maddi unsuru ile ilgilidir. Gerçekleştirilen eylem ile ilgili olarak manevi unsur bağlamında bir değerlendirme yapılması için önce iradi bir davranışın varlığı ve daha sonrasında tipikliğin maddi unsurunun gerçekleştiği tespit edilmelidir. Ancak bunlar tespit edildikten sonra manevi unsurun veya tipikliğin sübjektif unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği incelenir. Bu yüzden de davranışın iradiliği konusu çalışmamızın kapsamının dışında kalmaktadır.

²¹ age. s. 305. Kasıt ve taksirin bu çifte işlevi bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 226. TCK hükümlerinin son iki görüş bakımından incelenmesi için bkz. Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 153-156.

²² Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 225-226; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 306. Öztürk ve Erdem burada kusur kelimesini kullanmaktadırlar.

²³ Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 226-227. Bu görüşü savunan her iki eserde de taksirle işlenen suçlar “Suçun Özel Görünüş Biçimleri” bölümünün altında incelenmektedir.

²⁴ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 86. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 438 vd.; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2022, age. s. 304 vd.; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 211 vd.

²⁵ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 203-204; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2022, age. s. 306 vd.

1.1.1.2. Türk Ceza Hukukunda Manevi Unsur Türleri

Türk Ceza Kanunu, manevi unsur türlerini tanımlarken başta “kasıt”²⁶ ve “taksir” şeklinde ikili bir ayırım yapmıştır²⁷. Kanun’un 21. maddesinin ilk fıkrasında kastın, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilinerek ve istenerek²⁸ gerçekleştirilmesi olduğu ifade edilmiştir. İzleyen fıkrada ise kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşebileceğinin öngörülmesine rağmen, fiilin işlenmesi durumunda olası kastın söz konusu olacağı belirtilmiştir (TCK md. 21/2).

Öncelikle bu düzenlemenin kanun yapma tekniği yönünden hatalı olduğunu belirtmeliyiz. Kasıt şeklinde bir başlık açılıp da bunun altında kasıt ve olası kasıt şeklinde iki farklı manevi unsur türünün düzenlenmesi, bu iki kavramın mahiyet olarak neredeyse aynı olup, aralarında yalnızca derece farkı bulunduğu yönünde bir anlamın ortaya çıkmasına sebep olmaktadır²⁹. Gerçekten de, kullanılan teknik nedeniyle, olası kasıt kastın hafifletici sebebiymiş gibi bir izlenim oluşmaktadır. Hâlbuki birinci fıkrada düzenlenen husus doğrudan kasıt olup, olası kasıt ile içerik yönünden farklılık arz etmektedir³⁰. Doğrudan kasıt ve olası kasıt, kastın içerik yönünden özdeş olmayan iki farklı türüdür. Bu iki kavram arasında derece bakımından değil, içerik bakımından farklılık vardır. Bu nedenle, maddede doğrudan kasıt yerine kasıt ifadesinin kullanılması doğru olmamıştır³¹. Eğer doğrudan kasıt ve olası kasıt aynı başlığın altında değerlendirilecekse de, kasıt ifadesinin yalnızca maddenin başlığında kullanılması daha doğru olurdu.

Benzer bir durum Türk Ceza Kanunu’nun 22. maddesinde de söz konusudur. “Taksir” başlığını taşıyan maddenin ikinci fıkrasında taksir “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesi*” (TCK md. 22/2) olarak, üçüncü fıkrasında ise bilinçli taksir “*kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın,*

²⁶ TCK sürekli bir şekilde “kasıt” yerine “kast” ifadesini kullanmaktadır. Bu konuya ilişkin görüşlerimiz için bkz. infra 30.

²⁷ Bu ayırımın eleştirisi ve dört manevi unsur türünün birbirinden bağımsız olarak tek bir madde altında veya ayrı ayrı maddelerde düzenlenmesi yönündeki öneri için bkz. Hakan KARAKEHYA (2010), *İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast*, Savaş Yayınevi, Ankara, s. 22 vd.

²⁸ Kanun koyucu burada hatalı olarak “*bilerek ve istenerek*” ifadesini kullanmıştır. İzzet ÖZGENÇ (2022), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 241. Bu durumun dil bilgisi yönünden eleştirisi için bkz. Sami SELÇUK (2019), “Ana Dili Bilinci, Türkçe ve Hukuk Dilimiz”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan*, Cilt 21, Özel Sayı, s. 3018-3019.

²⁹ Benzer yönde görüş için bkz. Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 23.

³⁰ Bu konuda bkz. Elvan KEÇELİOĞLU (2009), “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, *TBB Dergisi*, Sayı 83, s. 127.

³¹ age. s. 127.

neticenin meydana gelmesi” (TCK md. 22/3) olarak tanımlanmıştır. Burada da ikinci fıkrada taksir yerine basit taksir ifadesinin kullanılması daha doğru olurdu. Aksi takdirde, hem maddenin başlığının taksir olması hem de ikinci fıkrada taksirin tanımlanmış olması karşısında, üçüncü fıkrada tanımlanan bilinçli taksirin aslında taksirin yalnızca bir ağırlatıcı sebebi olduğu yönünde bir anlam çıkmaktadır. Oysa tıpkı doğrudan kasıt ve olası kasıta olduğu gibi, bunlar da içerik yönünden birbirinden farklı kavramlardır ve maddenin bu şekilde düzenlenmesi doğru olmamıştır.

Esasında kanundaki tanımlar okunduğunda bu kavramların dördünün de içerik yönünden farklılık taşıdığı³² ve birbirlerinin nitelikli halleri olmadığı kolaylıkla anlaşılabilir. Dolayısıyla bahsettiğimiz bu mesele kanun yapma tekniği yönünden yanlış olsa da, sonuç olarak büyük bir soruna yol açmamaktadır. Ancak şunu da unutmamak gerekir ki, kişilerin özgürlüklerinin sınırlandırılmasına yol açabilen ceza kanunlarının kaleme alınmasında mümkün olduğunca az hata yapılması değil, hiç hata yapılmaması gerekir³³.

Ancak anılan maddelerin bu şekilde düzenlenmesinin sonuçları bununla sınırlı değildir. Zira Türk Ceza Kanunu’nun düzenlemeleri incelendiğinde, çeşitli maddelerde yalnızca kasıt ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Söz gelimi, teşebbüsün düzenlendiği 35. maddede “*işlemeyi kastettiği bir suçu*” ifadesi yer almaktadır (TCK md. 35/1). Suça iştirak ile ilgili bağlilik kuralının düzenlendiği 40. maddede ise “*kasten ve hukuka aykırı*” fiilden bahsedilmiştir (TCK md. 40/1). İlgili maddelerde suçun doğrudan kasıt veya olası kasıtle işlenmesine ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından kastedilenin 21. maddenin başlığındaki kasıt ifadesi mi yoksa maddenin ilk fıkrasında tanımlanan kasıt (doğrudan kasıt) mı olduğu anlaşılabilir³⁴. Bu durumda teşebbüs ve iştirake ilişkin hükümlerin olası kastı da kapsayıp kapsamadığı sorusu akla gelmektedir³⁵. Nitekim ileride de üzerinde durulacağı üzere, olası kasıt ile işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışmalı bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, maddelerin bahsettiğimiz şekilde düzenlenmiş olması bu tür sorunları da beraberinde getirmektedir.

³² En azından kanun koyucunun böyle bir değerlendirmede bulunduğu anlaşılabilir.

³³ Sami SELÇUK 2019, agm. s. 3020.

³⁴ Elvan KEÇELİOĞLU 2009, agm. s. 127.

³⁵ Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 24-25.

Bize göre, kanun koyucu 21. maddenin başlığında kasıt ifadesini kullandığı ve doğrudan kasıt ile olası kasıt, kastın türleri olarak değerlendirildiği için kanunun farklı yerlerinde kasıt ifadesi geçtiğinde, bundan hem doğrudan kastın hem de olası kastın kastedildiğini anlamak gerekir³⁶. Nitekim kanun koyucu da öldürme suçunu düzenlerken “*kasten öldüren*” ifadesini kullanmıştır (TCK md. 81). Oysa kasten öldürme suçunun olası kasıtle işlenebileceğine dair hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Aynı sonuca taksirle ilgili hükümler incelendiğinde de varılabilmektedir. Kanun koyucu taksir ifadesini hem bilinçli taksiri hem de basit taksiri kapsayacak şekilde kullanmış, bu kavramlar bakımından ortak bir değerlendirmede bulunmuştur³⁷. Nitekim bilinçli taksire özel düzenlemeler yapılmak istendiğinde, kanuna açıkça bununla ilgili hükümler konulmuştur³⁸.

Esasen, kanun koyucunun manevi unsur türleri bakımından benimsediği kategorilere de katılmadığımızı ifade edelim. Kasıt ile taksirin sınırını olası kasıt ile bilinçli taksir teşkil etmektedir. Ancak olası kasıt ile bilinçli taksir arasındaki benzerlik, hem doğrudan kasıt ile olası kasıt arasındaki hem de bilinçli taksir ile basit taksir arasındaki benzerlikten daha fazladır. Bu dört kavram arasında birbirlerine en çok benzeyen iki manevi unsur türü olası kasıt ile bilinçli taksirdir³⁹. Öyle ki bu iki kavramın ayırt edilmesi başlı başına bir sorundur⁴⁰. Kanun koyucu her ikisinde de öngörme unsurunun bulunduğunu fakat bunların birbirlerinden isteme unsuru bakımından ayrıldığını belirtmiştir. Oysa ileride de ayrıntılı şekilde inceleneceği üzere⁴¹, isteme unsuru bu iki kavramı birbirinden ayırt etmek bakımından yetersiz kalmaktadır. Bunun için isteme unsurunun normatif bir kavram olarak kabul edilip, buna farklı anlamların yüklenmesi gereği ortaya çıkmaktadır⁴². Bu durum ise olası kasıt ile bilinçli taksiri neredeyse ayırt edilemeyecek derecede yakınlaştırmaktadır. Bu nedenle farklı bir sistemin benimsenmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Aslında çalışmamızın merkez noktasını da olası kasıt ile bilinçli taksirin ayırt edilmesindeki büyük güçlük ve bunun için çözüm önerimiz oluşturmaktadır. Fakat

³⁶ age. s. 24-25.

³⁷ Elvan KEÇELİOĞLU (2015), *Taksirli Suçun Dogmatigi*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, s. 27.

³⁸ Bununla ilgili örnekler için TCK'nin md. 22/6, md. 50/4, md. 61/2, md. 89/5 hükümleri incelenebilir. age. s. 28.

³⁹ Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 23.

⁴⁰ Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 279.

⁴¹ infra 45 vd.

⁴² Ali Emrah BOZBAYINDIR (2018), *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 109.

eleştirilerimizi ve önerilerimizi iyi bir şekilde açıklayabilmemiz için öncelikle Türk ceza hukukunda manevi unsur türlerine ilişkin mevcut sistemi ayrıntılı bir şekilde ele almamız gerekmektedir.

Toparlayacak olursak, kanun koyucu manevi unsur türleri için kasıt ve taksir şeklinde iki ana başlık açmıştır. Sonra da, kasıt başlığında doğrudan kasıt ile olası kastı; taksir başlığında ise bilinçli taksir ile basit taksiri tanımlamıştır. Haksızlık ve kusur içerikleri gittikçe azalan⁴³ bu dört manevi unsur türü arasında en altta yer alan basit taksirin alt sınırını ise kaza ve tesadüf halleri oluşturmaktadır⁴⁴.

Kanun'un “*suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*” (TCK md. 21/1) ve “*taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*” (TCK md. 22/1) şeklindeki hükümleri göz önünde bulundurulduğunda, kastın sorumluluğun asıl şekli olduğu, taksirin ise istisnai bir sorumluluk türü olduğu anlaşılmaktadır⁴⁵.

Son olarak da, kasıtle işlenen suçların ve taksirle işlenen suçların birbirlerinden bağımsız olduğunu vurgulamak gerekir. Kasıt taksirin ağır hali veya taksir kastın hafif hali değildir⁴⁶. Bu kavramlar unsur yönünden farklılık taşıdıkları için birinin bulunduğu yerde, diğeri bulunamaz⁴⁷. Diğer bir deyişle, kasıt ve taksir birbirlerini karşılıklı olarak ortadan kaldırırlar⁴⁸. Yine kasıt ve taksirin unsurlarının farklı olması nedeniyle, kastın varlığı tespit edilemediğinde taksirin unsurlarının varlığı araştırılmadan doğrudan taksirin bulunduğu kanaat getirmek de hatalı bir yaklaşım olacaktır. Böyle bir durumda mutlaka taksirin unsurlarının varlığı da ayrıca araştırılıp tespit edilmelidir⁴⁹. Aksi bir yaklaşım sübjektif sorumluluk anlayışına aykırı olacaktır.

⁴³ Friedrich-Christian SCHROEDER (1998), “Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler”, Çev. İzzet ÖZGENÇ, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, s. 256.

⁴⁴ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 304-305; Faruk EREM (1984), *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, 1. Cilt*, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, s. 521.

⁴⁵ Uğur ALACAKAPTAN 1975, age. s. 158; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 147-148; Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 451; Faruk EREM 1984, age. s. 521; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 233. Taksirin haksızlık ve/veya kusur içeriği kasıttakinden daha az olduğundan, taksirle işlenebilen suç tiplerinin kasıtle işlenebilen suç tiplerine kıyasla çok az sayıda olması gerektiğine dair görüş için bkz. Friedrich-Christian SCHROEDER 1998, agm. s. 256; Elvan KEÇELİOĞLU 2015, age. s. 31. TCK'de taksirle işlenebileceği öngörülen suç tiplerinin listesi için son eserin aynı sayfasına bakılabilir.

⁴⁶ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2022, age. s. 443.

⁴⁷ “*Aynı hareketle, aynı suç tipi bakımından ve aynı konu veya mağdurla ilgili olarak, aynı anda kasten ve taksirle hareket edilemez.*” Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 148; Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 271.

⁴⁸ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 192.

⁴⁹ age. s. 191.

Manevi unsur türlerine ilişkin Türk ceza hukukundaki mevcut sistemin genel çerçevesi bu şekilde çizildikten sonra, şimdi çerçevenin içindeki kısmın doldurulması gerekmektedir. Bu bağlamda kastın ve taksirin unsurlarının ve türlerinin ayrı ayrı incelemesine geçilecektir. Ancak şimdiden belirtelim ki, olası kastın üst ve alt sınırlarını doğrudan kasıt ve bilinçli taksir teşkil ettiği için, basit taksirden yalnızca yüzeysel olarak bahsedilecektir.

1.1.1.2.1. Kasıt

Sorumluluğun asıl şekli kasıt olduğuna göre manevi unsur türlerinin incelemesine de kasıt ile başlamak gerekir. Çalışmamızın asıl konusu olan olası kasıt da bir kasıt türü olduğundan kastın incelenmesi sırasında kullanılan yöntem, olası kastın nasıl inceleneceğine ilişkin yöntemi de belli bir ölçüde etkileyecektir. Bu kapsamda kastın özellikle olası kasıt bakımından önem arz eden özelliklerinin üzerinde durmak isabetli olacaktır. Bu sayede, ileride olası kastın ayrıntılı bir şekilde incelenmesi sırasında⁵⁰ aktarılabilecek bilgiler, kastın genel özellikleri hakkında sahip olunan ön bilginin üzerine inşa edilerek daha iyi bir şekilde aktarılmış olacaktır. Bunun için kastın unsurları, türleri, kapsamı ve aranacağı zaman şeklindeki dört konu şimdi sırasıyla ele alınacaktır.

1.1.1.2.1.1. Kastın Unsurları

Türk Ceza Kanunu'nda kasıt, “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” olarak tanımlanmıştır (md. 21/1). Bu tanımdan yararlanılarak, Kanun'a göre, kastın bilme ve isteme olmak üzere iki unsurunun bulunduğu sonucuna varılabilir. Aslında kastın unsurları konusunda bu sonuca varılmasının sebebi salt Kanun'da bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmiş olması değildir. Öğretide hâkim olan görüş de kastın unsurlarının bilme ve isteme olduğu yönündedir⁵¹. Ancak hâkim görüş ifadesini kullanmamızdan da anlaşılacağı üzere, bu konuda farklı görüşler de bulunmaktadır. Dolayısıyla, kastın unsurları meselesi tam

⁵⁰ bkz. “1.2. OLASI KASIT”

⁵¹ Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 322; Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 262; Faruk EREM 1984, age. s. 508; Hamide ZAFER (2021), *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 8. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, s. 308; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 258; Tuğrul KATOĞLU (2015), “Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs”, *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını*, Cilt 1, s. 613; Kastın unsurlarının bu şekilde tespit edilmesiyle sonuçlanan öğretideki tartışmaların gelişimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Uğur ALACAKAPTAN 1975, age. s. 153 vd.

olarak çözülmüş değildir. Bu farklı görüşler kastın unsurları tespit edilirken yeri geldikçe ele alınacaktır.

İlk başta, bilme ve isteme unsurlarının kastın tüm türlerini incelemek açısından uygun olup olmadığı sorusunun üzerinde durulmalıdır. Kastın en tipik türü, kişinin kanuni tanımda öngörülen maddi unsurları gerçekleştirme amacıyla hareket ettiği hallerde ortaya çıkar. Bu hallerde fail doğrudan kanuni tanımda yer alan maddi unsurları gerçekleştirmek için hareket etmektedir⁵². Söz gelimi, fail kasten öldürme suçunda bir başkasını öldürmeyi (TCK md. 81), mala zarar verme suçunda bir başkasının malını yıkmayı, tahrip etmeyi, yok etmeyi, bozmayı, kullanılamaz hale getirmeyi veya kirletmeyi (TCK md. 151) amaç edinerek kanuni tanımdaki eylemi gerçekleştirir.

Bu kasıt türüne öğretide birinci dereceden doğrudan kasıt denilmektedir⁵³. Birinci dereceden doğrudan kastın incelenmesinde bilme ve isteme unsurlarının kullanılması pek bir sorun yaratmamaktadır⁵⁴ çünkü yukarıda bahsettiğimiz örneklere de bakıldığında, bu olaylarda gerçekten de failin kanuni tanımdaki maddi unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği görülmektedir. Mesela fail hem bir başkasını öldüreceğini bilmekte, hem de öldürmeyi istemektedir.

Ancak kastın kapsamına giren halleri bununla sınırlı tutmak çok daraltıcı bir yaklaşım olacağından, farklı ihtimallerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Söz gelimi, aynı köyde yaşayan ve birbirine hasım olan iki kişiden biri, diğerinin artık köyden gitmesini istediği için onun şehre gittiği bir vakitte evini yakmak ister fakat bu esnada hasmının iki aylık bebeğinin evde tek başına olduğunu görür. Failde her ne kadar bebeğin ölmesine yönelik bir istek bulunmasa da fail bu sonuca göz yumar ve evi şiddetli bir ateşle tutuşturur. Ev kısa sürede tamamen yanar ve evin içindeki bebek ölür⁵⁵. Bu durumda evi ateşe veren failin kastının hangi türde tezahür etmiş olacağını incelemek konuyu açıklamak açısından faydalı olacaktır.

Öncelikle fail hasmının evini bilerek ve isteyerek yakmıştır. Failin amacı zaten hasmının evini yakmaktır. Bu yüzden mala zarar verme suçunun nitelikli hali

⁵² Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 53.

⁵³ Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 231; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 244.

⁵⁴ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. infra 18.

⁵⁵ Manevi unsur türleriyle ilgili örnekler verilirken, örneklerdeki ufak detaylar veya belirsizlikler kolaylıkla başka bir manevi unsur türünün bulunduğuna işaret edebileceği için örneklerin mümkün olduğunca ayrıntılı bir şekilde verilmesine özen gösterilmelidir. Bu yüzden çalışmamızda da ayrıntılı örneklere yer verilmeye çalışılmıştır.

bakımından fail birinci dereceden doğrudan kasıt ile hareket etmiş olur (TCK md. 152/2-a). Ölüm neticesi bakımından ise farklı bir durum söz konusudur. Fail hasmının bebeğini isteyerek öldürmemiştir. Kastın isteme unsuru gerçekleşmemiştir. Bununla birlikte bu eylemin kasıtlı işlenmediği söylenemez çünkü failin davranışının sonucunda kanuni tanımda öngörülen neticenin gerçekleşmesinin muhakkak olduğu hallerde de failin doğrudan kasıtlı hareket etmiş olacağı kabul edilmektedir⁵⁶.

Netice bakımından isteme unsurunun bulunmadığı fakat neticenin gerçekleşmesinin muhakkak olduğu bu tür durumlarda, failin ikinci dereceden doğrudan kasıtlı hareket ettiği ifade edilmektedir⁵⁷. Bu noktada, kastın unsurlarının bilme ve isteme olduğu ve ikinci dereceden doğrudan kasıtlı işlenen eylemlerde isteme unsurunun bulunmadığı göz önünde bulundurulduğunda bilme ve isteme unsurlarının kastı açıklamakta ne kadar isabetli olduğu sorgulanabilir⁵⁸. Bu sorunun çözülmesi ikinci dereceden doğrudan kasıt bakımından büyük bir sorun teşkil etmemektedir. Zira bu kavramların doğrudan günlük yaşamdaki anlamlarıyla ele alınmaması gerektiği, bu kavramlara hukuk biliminde farklı anlamlar yüklendiği ve bu nedenle bunların normatif içeriğe sahip oldukları kabul edilmelidir⁵⁹. Buna göre, failin, davranışının sonucunda neticenin gerçekleşmesinin muhakkak olduğunu bilmesine rağmen davranışı gerçekleştirmesi durumunda, olaydaki kesinlik derecesindeki bilme, en azından normatif anlamda, isteme unsurunun da varlığına delalet eder⁶⁰.

Yeri gelmişken belirtelim ki, bazı yazarlar istemenin kastın unsuru olduğu yönündeki görüşü reddetmektedirler. Hareket teorilerinden finalist hareket teorisini benimseyen ve kastı belli bir amaca yönelik olarak kişinin davranışlarını yönlendirmesi⁶¹ veya suç tipinin gerçekleştirilmesine yönelik hareket iradesi⁶² olarak

⁵⁶ Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 30; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 157-158; Tuğrul KATOĞLU 2015, agm. s. 613; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1999, age. s. 220; Hakan HAKERİ 2022, age. s. 218-219; Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 332; Kayıhan İÇEL, Füsün SOKULLU AKINCI, İzzet ÖZGENÇ, Adem SÖZÜER, Fatih S. MAHMUTOĞLU ve Yener ÜNVER (2000), *İçel Suç Teorisi*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, s. 234-235.

⁵⁷ Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 47; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAŞIZ 2022, age. s. 262; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 246.

⁵⁸ Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 47.

⁵⁹ Mehmet Cemil OZANSÜ (2007), *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 126 vd.; Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 109. Benzer yönde bkz: Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 101.

⁶⁰ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1999, age. s. 220 vd.; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 48. Ayrıca bkz. Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 158.

⁶¹ İzzet ÖZGENÇ (2004), "Bilinçli Taksir", *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, s. 702.

⁶² Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 159; Berrin AKBULUT 2022, age. s. 449.

kabul eden bu yazarlara göre, kasıtta yalnızca bilme unsurunun aranması yeterlidir. Kasıtta isteme unsurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır⁶³. Bu görüşlerin, finalist hareket teorisini benimseyen kişiler bakımından tutarlı görüşler olduğunu kabul etmek gerekir⁶⁴. Ancak biz finalist hareket teorisini benimsemediğimiz için bu görüşe katılmıyoruz. Türk Ceza Kanunu'nda da bu görüş benimsenmemiştir. Bu durum bilinçli taksire ilişkin düzenlemeden ve kastın tanımında isteme unsuruna yer verilmesinden kolaylıkla anlaşılabilir. Kastın varlığı bakımından isteme unsuru dışlandığı ve failin maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesi yeterli sayıldığı takdirde, Kanun'da düzenlenmiş olan bilinçli taksir kurumu izah edilemeyecektir⁶⁵. Türk Ceza Kanunu'nda bilinçli taksir, “*kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi*” (md. 22/3) olarak tanımlandığından, bilinçli taksir ile olası kasıt arasındaki sınır öngörülen neticenin istenmemesi noktasında çizilmiştir⁶⁶. Kastın tanımından isteme unsuru çıkarıldığı takdirde, tanımında “istememe” ifadesine yer verilen bilinçli taksir kurumunun herhangi bir anlam ve işlevi kalmayacaktır⁶⁷. Normalde bilinçli taksir kapsamında değerlendirilecek olaylar bu sefer kastın kapsamına dâhil edilmiş olacaktır. Dolayısıyla, yukarıda bahsedilen görüş kendi içerisinde tutarlı olsa da Türk Ceza Kanunu'nun sistemi ile uyumsuzdur.

Son olarak da failin “*suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen*” (TCK md. 21/2), gerekçenin benimsediği ölçüte göre, bunların gerçekleşmesini kabullenip⁶⁸ eylemi gerçekleştirdiği hallerde söz konusu olan olası kasıt manevi unsur türü bakımından bilme ve isteme unsurlarının kullanılmasının yerindeliliğini incelemek gerekir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanun koyucu olası kasıt kasıt başlığının altında tanımlamış ve böylece olası kasıt kastın bir türü olarak değerlendirmiştir. Kastın unsurlarının bilme ve isteme olduğu kabul edildiği takdirde, bilme ve isteme

⁶³ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 159; İzzet ÖZGENÇ 2004, agm. s. 705 vd.; İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 300-301; Berrin AKBULUT 2022, age. s. 448.

⁶⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 319 vd.

⁶⁵ Nitekim bu görüşteki yazarlar da kanunda bilinçli taksir şeklinde bir manevi unsur türüne yer verilmesinin yanlış olduğunu, bilinçli taksirin uydurma bir kavram olduğunu belirtmektedirler. Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 179; İzzet ÖZGENÇ 2022, age. s. 291.

⁶⁶ Belirtelim ki burada normatif olarak çizilen sınıra göre yorum yapılmaktadır. Bilinçli taksir ile olası kastın ayırt edilmesi ve bununla bağlantılı olarak olası kastın unsurlarına ilişkin ayrıntılı görüşlerimiz “1.2.1.2. Olası Kasıta İsteme Unsuru” başlığında paylaşılacaktır.

⁶⁷ Mehmet Cemil OZANSÜ 2007, age. s. 61.

⁶⁸ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 424.

unsurlarının kastın bir türü olarak değerlendirilen olası kastın incelenmesinde de kullanılıp kullanılmayacağı sorusu akla gelecektir.

Olası kastın kanuni tanımına ve gerekçeye bakıldığında, ilk bakışta olası kastın unsurlarının öngörme ve kabullenme olduğu, bu sebeple bilme ve istemenin olası kastın incelenmesi bakımından önemsiz olduğu düşünülebilir. Ancak olası kastın alt sınırı olan bilinçli taksirin tanımında neticenin istenmemesinden bahsedilmiştir. Bunun tersinden olası kasıta istemenin bulunduğu sonucu çıkmaktadır. Oysa isteme ve kabullenme kelimelerinin günlük dildeki anlamları farklıdır. İstemek, kabullenmekten daha yoğun bir sübjektif bağın varlığına işaret eder. Benzer bir durum bilme ve öngörme kelimeleri bakımından da mevcuttur. Bilmek öngörmekten daha kesin bir anlam taşır⁶⁹. Bu durum ise olası kastın tanımı bakımından çelişkili bir duruma sebebiyet vermektedir.

Bu çelişki ancak bilme ve istemenin normatif kavramlar olarak değerlendirilmesi yoluyla giderilebilmektedir. Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler nedeniyle kastın unsurlarının bilme ve isteme olduğunu ve her kasıt türünde bunların farklı yoğunluklarda da olsa bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir⁷⁰.

Kastın unsurlarına ilişkin mevcut durum bu olmakla birlikte bu sistemin doğru olmadığı kanaatindeyiz⁷¹. Kanun kasıt türlerini tanımlarken birinci dereceden doğrudan kasıt ile ikinci dereceden doğrudan kasıt arasında bir ayırım yapmamıştır. Ancak bu iki manevi unsur türünde, gerçekten de bilme ve isteme unsurlarından en az birisi bulunmaktadır. Fail birinci dereceden doğrudan kasıta kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşmesini ister. İkinci dereceden doğrudan kasıta ise kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşeceğini bilir. Dolayısıyla, Türk Ceza Kanunu'nda bu iki manevi unsur türü için yapılan ortak tanımda bilme ve isteme kavramlarının kullanılmış olması ciddi bir soruna yol açmamaktadır⁷².

⁶⁹ Faruk EREM 1984, age. s. 508; Hamide ZAFER 2021, age. s. 308.

⁷⁰ Bilme unsurunun doğrudan kasıta ve olası kasıta farklı yoğunluklarda da olsa bulunduğu dair görüş için bkz. Berrin AKBULUT 2022, age. s. 463

⁷¹ Kasta ilişkin yapılacak genel bir tanımın tüm kasıt türlerini kapsayamayacağı için kastın tanımlanmasına gerek bulunmadığına dair görüş için bkz. age. s. 440.

⁷² Ceza hukukunda temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesine yol açabilecek hükümlerin bulunması ve kıyasın yasak olması nedeniyle, netice bilindiği takdirde bunun istenmiş de olacağı yönünde bir karineye başvurunun doğru bir çözüm olmadığı öğretilde ifade edilmektedir. Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 92.

Fakat olası kasıt bakımından durum farklıdır. Olası kasıtta ne bilme ne de isteme tam olarak bulunmaktadır⁷³. Bilme ve istemenin normatif kavramlar olarak değerlendirilmesi de bizce bu sorunu çözmektedir. Zira ileride görüleceği üzere⁷⁴, kabullenme ölçütü de olası kasıtı açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Olası kasıt ile bilinçli taksirin ayırt edilebilmesi için somut olayların gelişimine göre sürekli farklı ölçütlere başvurma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu durum ise isteme kavramının olası kasıttaki anlamının sürekli olarak farklı yorumlanmasına yol açmaktadır.

Kanaatimizce olası kasıt muhteva bakımından diğer kasıt türlerinden göz ardı edilemeyecek ölçüde farklılık taşımaktadır. Bilme ve isteme kavramları olası kasıtı açıklamakta yetersiz kalmaktadır⁷⁵. Bu sebeplerle manevi unsur türleri arasında olası kasta yer verilecekse bunun ayrı bir maddede tanımlanmasının ve kasıt kapsamında değerlendirilmemesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz⁷⁶.

Bununla birlikte, çalışmamızda ilk başta Türk Ceza Hukukunda olası kastın nasıl değerlendirildiğini inceleyip, mevcut duruma ilişkin eleştirilerimizi dile getireceğimiz için, kasıt türlerini ve bunların unsurlarını incelerken biz de Türk Ceza Hukukundaki mevcut yapıyı göz önünde bulunduracağız. Bu kapsamda, kastın unsurlarında bilme ve isteme unsurları esas alınıp, kastın türlerinde bu unsurların ne şekilde belirdiği açıklanacaktır. Keza olası kasıt da kastın bir türü olarak incelenecektir. Türk Ceza Hukukunda olası kasta ilişkin mevcut durum ve eleştirilerimiz açıklandıktan sonra da, Amerikan Ceza Hukukunun manevi unsur türlerine ilişkin sisteminden de yararlanılarak görüşlerimiz açıklanacaktır⁷⁷.

1.1.1.2.1.2. Kastın Türleri

Kastın unsurları incelenirken kastın birinci dereceden doğrudan kasıt, ikinci dereceden doğrudan kasıt ve olası kasıt olmak üzere üç türünün bulunduğu değerlendirilmiştir. Ancak orada esas olarak kastın unsurları tespit edilmeye çalışıldığı için

⁷³ Benzer yönde bkz. Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 105. Olası kasıtta “isteme”den bahsedilemeyeceği yönündeki görüş için bkz. Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 62

⁷⁴ bkz. infra 45 vd.

⁷⁵ Bazı yazarlar bu sebeplerden dolayı, kasıt türlerini açıklarken bilme ve isteme unsurları yerine “zihinsel öge” ve “iradilik ögesi” ifadelerini kullanmakta ve her kasıt türünde bu unsurların ne şekilde belirdiğini incelemektedirler. Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 322 vd.; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 43 vd.

⁷⁶ Belirtelim ki, bu kanaatte olmamızın sebebi yalnızca burada bahsedilen hususlar değildir. TCK’nın manevi unsur türlerine ilişkin benimsediği sistemin de genel olarak isabetli olmadığı görüşündeyiz. bkz. infra 63 vd.

⁷⁷ bkz. infra 114 vd.

kastın türlerinden yüzeysel olarak bahsedilmişti. Bu başlıkta ise kastın türleri bilme ve isteme unsurları bağlamında daha ayrıntılı olarak ayrı ayrı incelenecektir.

1.1.1.2.1.2.1. Birinci Dereceden Doğrudan Kasıt

Birinci dereceden doğrudan kasıta failin kanuni tanımdaki maddi unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiğinden söz edilmişti. Ancak burada açığa kavuşturulması gereken birkaç husus vardır. Öncelikle burada bilme unsuru ile kastedilen maddi unsurların gerçekleşeceğinin mutlak olarak bilinmesi değildir⁷⁸. Birinci dereceden doğrudan kasıta, bilme unsurunun gerçekleşmesi bakımından failin kanuni tanımdaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesi yeterlidir⁷⁹.

Birinci dereceden doğrudan kasıta asıl önemli olan failin kanuni tanımdaki maddi unsurları gerçekleştirmeyi istemesidir. Bir başka deyişle, birinci dereceden doğrudan kasta özelliğini veren unsur isteme unsurudur⁸⁰. Fail maddi unsurları gerçekleştirmeyi istediği takdirde, failin maddi unsurların gerçekleşeceğini kesin olarak bilmesi aranmayacaktır. Failin maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmüş olması yeterli sayılacaktır.

Belirtelim ki burada isteme unsurunun varlığından söz edilebilmesi için failin kanuni tanımdaki maddi unsurların gerçekleşmesini duygusal yönden istemesi de şart değildir. Bir başka deyişle, failin maddi unsurların gerçekleşmesini arzu etmesi gerekmemektedir⁸¹. Burada isteme unsurunun gerçekleşmesi bakımından, failin maddi unsurları gerçekleştirme amacıyla hareket etmiş olması yeterli olacaktır. Söz gelimi, bir çocuğu öldürmesi için para verilen tetikçinin, onun geçeceğini düşündüğü sokağa saat ayarlı patlayıcı madde koyarak çocuğu öldürmesi durumunda da birinci dereceden doğrudan kasıt söz konusu olacaktır. Tetikçi aslında çocuğu öldürecek olmaktan dolayı üzüntü duymuş fakat paraya ihtiyacı olduğu için yine de eylemi gerçekleştirmiş de olabilir⁸². Burada önemli olan tetikçinin çocuğu öldürmeyi hedeflemiş olmasıdır.

⁷⁸ age. s. 54.

⁷⁹ age. s. 45-46; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 262. Bu nedenle birinci dereceden doğrudan kastın unsurlarının “öngörme” ve “isteme” olarak tespit edilmesinin daha doğru olacağı da belirtilmektedir. Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 45.

⁸⁰ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 262.

⁸¹ Mehmet Cemil OZANSÜ 2007, age. s. 136.

⁸² Benzer yönde bkz. age. s. 136.

Bu örnekte aslında ikinci dereceden doğrudan kastın bulunduğu da düşünülebilir. Ancak çocuğun ölmesi kesin veya kesine yakın değildir. Çocuğun patlayıcının bulunduğu sokaktan geçmemesi veya patlamanın gerçekleşeceği saatten farklı bir zamanda sokaktan geçmesi de ihtimal dâhilindedir. Bu sebeple olayda ikinci dereceden doğrudan kasıt söz konusu değildir. Fail çocuğu öldürmek amacıyla hareket ettiği için olası kasıttan da söz edilemez. Olası kasıтта kanuni tanımdaki maddi unsurun gerçekleşmesi hedeflenmez. Bu nedenle olayda yalnızca birinci dereceden doğrudan kastın varlığından söz edilebilir.

Bu sebeplerden ötürü, öğretide birinci dereceden doğrudan kasta amaç veya maksat da denilmektedir⁸³. Biz de birinci dereceden doğrudan kasıтта önemli olanın failin maddi unsurları gerçekleştirmeyi hedeflemiş olması olduğundan, bu tercihin mantıklı olduğu kanaatindeyiz. Ancak bu yöndeki tercih, kanuni tanımında “maksat” veya “amaç” ifadelerine yer verilen suç tiplerinde, bir başka deyişle özel kastın arandığı suçlarda karışıklığa yol açabileceğinden, biz birinci dereceden doğrudan kasıt ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz.

Bu anlatılanlarla bağlantılı olarak değinilmesi gereken bir başka husus da failin suçu belli bir amaca ulaşmak için araç olarak işlemesi ihtimalidir. Failin, mirasını elde etmek amacıyla annesini öldürmesi bu duruma örnek olarak verilebilir. Bu durumda failin asıl istediği annesinin mirasını bir an önce elde etmektir. Fail bu amaca ulaşmak için kasten öldürme suçunu bir araç olarak işlemektedir. İşte bu örnekteki gibi amaç – araç ilişkisinin bulunduğu ihtimallerde de, araç konumundaki suçun birinci dereceden doğrudan kasıтта işlenmiş olacağı öğretide kabul edilmektedir⁸⁴.

Ancak bu son anlattığımızı, davranışın zorunlu sonucu olarak gerçekleşen suçlarla karıştırmamak gerekir. Mesela failin, bir dükkânın önünden geçerken içeride hasmını görünce onu öldürmek için ateş ettiği ve hem hasmını öldürdüğü hem de dükkânın camını kırdığı ihtimali ele alalım. Burada fail kasten öldürme suçunu birinci dereceden doğrudan kasıтта işlemektedir. Ancak failin dükkânın camını kırması, bir başka deyişle mala zarar verme suçunu işlemesi bakımından aynı durum geçerli değildir. Dükkânın camının kırılması failin dükkânın içerisindeki hasmına

⁸³ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 269; Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 328; Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 231; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 52-53.

⁸⁴ Mehmet Cemil OZANSÜ 2007, age. s. 135-136; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 61-63; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 245.

ateş etmesinin zorunlu sonucudur. Failin o an dükkânın camını kırmadan hasmına ateş ederek onu öldürmesi mümkün değildir. Dükkânın camını kırmak failin ne amacını teşkil etmektedir ne de amacının bir parçasını oluşturmaktadır. Dükkânın camının kırılması yalnızca failin davranışının zorunlu sonucudur. Bu yüzden de bu örnekte mala zarar verme suçu ikinci dereceden doğrudan kasıtle işlenmiş olur⁸⁵. Birinci dereceden doğrudan kastın sınırı bu şekilde çizildikten sonra, şimdi ikinci dereceden doğrudan kastın incelenmesine geçilecektir.

1.1.1.2.1.2.2. İkinci Dereceden Doğrudan Kasıt

İkinci dereceden doğrudan kasta özelliğini veren unsur bilme unsurudur⁸⁶. Kastın bu türünde aslında isteme unsuru bulunmaz. Bu nedenle kanunda kasta ilişkin verilen ve içerisinde bilme ve isteme unsurlarının her ikisini de barındıran tanımın, ikinci dereceden doğrudan kasıtı da kapsayabilmesi için isteme unsuru bakımından normatif bir değerlendirmenin yapılması gerektiğini belirtmiştik. Dolayısıyla, Türk Ceza Kanunu'ndaki tanım da göz önünde bulundurulduğunda, ikinci dereceden doğrudan kasıtle kanuni tanımdaki maddi unsurların gerçekleşeceğinin bilinmesine rağmen davranışın gerçekleştirilmesi nedeniyle isteme unsurunun en azından normatif anlamda bulunduğunu kabul etmek gerekecektir⁸⁷.

Kastın bu türünü tanımlamadan önce, bahsedeceklerimizin daha kolay bir şekilde kavranabilmesi için öğretilerde ikinci dereceden doğrudan kasta ilişkin verilen en yaygın örneklerden birini verip açıklamalarımızı bunun üzerine inşa etmenin daha doğru olacağı kanaatindeyiz⁸⁸. Söz konusu örnekte fail uçakla seyahat edecek olan belli bir yolcuyu öldürmek istemektedir. Bunun için fail yolcunun bineceği uçağa bir bomba yerleştirir. Uçak havalandıktan sonra bomba patlar ve uçaktaki tüm yolcular ölür.

Yukarıdaki başlıkta bahsettiklerimizden sonra burada dikkat çeken ilk husus failin öldürmek istediği yolcu bakımından birinci dereceden doğrudan kastla kasten

⁸⁵ Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 64.

⁸⁶ Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 103; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 263; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 94.

⁸⁷ Benzer yönde bkz. age. s. 92 vd.; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 263; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 246. İkinci dereceden doğrudan kasıtle “zorunlu neticeyi istememeyi istememe” nedeniyle neticenin istenmiş kabul edileceği de ifade edilmektedir. Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 100.

⁸⁸ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 158; Hakan HAKERİ 2022, age. s. 219; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 90. Benzer örnek için bkz. Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 332.

öldürme suçunu işlemiş olmasıdır⁸⁹. Ancak failin uçağa yerleştirdiği bomba nedeniyle uçaktaki diğer yolcular da ölmüştür. Failin, bu yolcuların ölümü bakımından sorumluluğunu da tespit etmek gerekir.

Dikkat edilecek olursa olayda failin, öldürmeyi hedeflediği kişi dışındaki yolcuların ölmesini istediğine dair herhangi bir emare bulunmamaktadır. Hatta fail diğer yolcuların ölecek olmasından dolayı büyük bir üzüntü duymuş fakat hedefindeki kişiyi öldürmesi onun için çok önemli olduğu için yine de eylemi gerçekleştirmiş de olabilir⁹⁰. Bunun dışında, failin uçaktaki diğer yolcuları öldürmeyi hedeflediğini gösteren herhangi bir bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, verilen örnekte hedef konumunda olan kişi dışındaki yolcular bakımından birinci dereceden doğrudan kastın varlığından söz edilemez.

Ancak bu örnekte odaklanılması gereken kısım, failin uçaktaki diğer yolcuların öleceğini bilmesidir. Gerçekten de uçağa bir bomba konulup havada patlatılması durumunda uçaktaki tüm yolcuların öleceği muhakkaktır. Bu nedenle, olayda kastın bilme unsuru tam anlamıyla bulunmaktadır. Öğretide bu örnekte olduğu gibi failin davranışı nedeniyle belli neticelerin gerçekleşmesi kesin veya kesine yakın bir ihtimalse, failin bilerek sebebiyet verdiği bu neticelerin de kastın kapsamında sayılacağı kabul edilmektedir⁹¹. Bir başka deyişle, birtakım neticelerin gerçekleşmesi failin davranışının zorunlu neticesiyse ve bu durum fail tarafından biliniyorsa fail bu neticelerden de kasıt kapsamında sorumlu tutulacaktır⁹². Failin buradaki sorumluluğu ikinci dereceden doğrudan kasıt olarak tezahür edecektir⁹³.

Burada ikinci dereceden doğrudan kasıttan sorumluluğa yol açacak olan neticeler, elbette failin gerçekleştirmeyi hedeflediği neticenin dışındaki neticelerdir. Fail, gerçekleştirmeyi hedeflediği neticeler bakımından birinci dereceden doğrudan kasıtle hareket etmiş olacaktır⁹⁴. Bunun sebebi, hedeflenen neticeler bakımından kastın isteme unsurunun gerçekleşecek olmasıdır. İkinci dereceden doğrudan kasıttan söz edilebilmesi için neticenin fail tarafından istenmiyor ve hedeflenmiyor olması

⁸⁹ Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 90

⁹⁰ Benzer yönde bkz. Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 103; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAŞIZ 2022, age. s. 263.

⁹¹ Turhan Tûfan YÜCE 1982, age. s. 332; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 97; Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 103; Kayıhan İÇEL, Füsun SOKULLU AKINCI, İzzet ÖZGENÇ, Adem SÖZÜER, Fatih S. MAHMUTOĞLU ve Yener ÜNVER 2000, age. s. 234-235.

⁹² Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 269; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 98.

⁹³ age. s. 90; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAŞIZ 2022, age. s. 263.

⁹⁴ Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 89-90.

gerekir⁹⁵. Yalnızca, söz konusu neticelerin gerçekleşmesi kesin veya neredeyse kesin olmalı ve bu durum fail tarafından bilinmelidir⁹⁶.

Son olarak belirtelim ki, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinde birinci dereceden doğrudan kasıt ile ikinci dereceden doğrudan kasıt arasında ceza yönünden herhangi bir ayırım gözetilmemiştir. Aslında bu şekilde bir ayırım da yapılmamıştır⁹⁷. Kanun koyucu yalnızca tek bir cümlede doğrudan kasıt tanımlamıştır (TCK md. 21). Bu ayırım esasen öğretide yapılan ve son zamanlarda yaygınlaşan bir ayırımdır.

Ancak birinci dereceden doğrudan kasıt ve ikinci dereceden doğrudan kasıt şeklinde ayırım yapmayan ve yalnızca doğrudan kastın varlığını kabul eden yazarların da ikinci dereceden doğrudan kastın kapsamına giren halleri doğrudan kastın kapsamında değerlendirdiğini belirtelim⁹⁸. Bir başka deyişle, bahsettiğimiz ayırımı yapmayan yazarlar da ikinci dereceden doğrudan kastın kapsamına giren hallerin, doğrudan kastın kapsamında değerlendirileceğinde hemfikirdirler. Zira bu yazarlar da önce doğrudan kasıt bilme ve isteme unsurlarıyla tanımlamakta ve sonrasında failin davranışının neticesinde gerçekleşmesine muhakkak gözüyle bakılan neticelerin de doğrudan kastın kapsamında değerlendirileceğini belirtmektedirler⁹⁹. Keza Yargıtay da verdiği kararlarda açıkça böyle bir ayırım yapmasa da bu tür hallerin de doğrudan kastın kapsamının içerisinde değerlendirileceğini sürekli olarak teyit etmektedir¹⁰⁰.

Söz konusu ayırımı yapan yazarların bir kısmı, ikinci dereceden doğrudan kastın varlığı halinde, bu durumun temel cezanın tayin edilmesi sırasında göz önünde tutulabileceği görüşündedirler¹⁰¹. Buna göre, somut olayda suç ikinci dereceden doğrudan kasıtle işlenmişse suç için öngörülen cezanın üst sınırından uzaklaşarak ceza tayin edilebilecektir. Diğer görüş ise işlenen suç için verilecek olan cezada,

⁹⁵ age. s. 98 vd.

⁹⁶ Küçük ihtimal kaymalarının da zorunluluk kapsamında ele alınacağı ifade edilmektedir. age. s. 89.

⁹⁷ age. s. 43; Birinci dereceden doğrudan kasıt ile ikinci dereceden doğrudan kastın, doğrudan kastın görünüm biçimleri olarak da değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 328.

⁹⁸ Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 332; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 221-222 vd.

⁹⁹ age. s. 221-222; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 373.

¹⁰⁰ YCGK 18.12.2018, E. 2015/336, K. 2018/652; YCGK 21.5.2020, E. 2018/473, K. 2020/225.

¹⁰¹ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 264; Hamide ZAFER 2021, age. s. 312.

suçun birinci dereceden doğrudan kasıt veya ikinci dereceden doğrudan kasıtle işlenmiş olmasına göre bir ayırım yapılamayacağını savunmaktadır¹⁰².

Biz ilk görüşe katılmaktayız çünkü Türk Ceza Kanunu'nda temel cezanın tayin edilmesi sırasında, hâkimin somut olayda göz önünde bulunduracağı hususların arasında “failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı” da sayılmıştır (TCK md. 61/1-f)¹⁰³. Somut olayda ikinci dereceden doğrudan kasıtle hareket edilmiş olması, kusurun daha hafif bir şekilde belirmesine neden olmuş olabilir. Bu gibi hallerde, cezanın tayin edilmesi sırasında, suç için öngörülen cezanın üst sınırından uzaklaşmaya engel herhangi bir durum bulunmamaktadır.

1.1.1.2.1.2.3. Olası Kasıt

Çalışmamızın asıl konusu olası kasıt olduğundan, olası kastın tüm yönleriyle ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Ancak burada olası kastın manevi unsur türleri içerisindeki yeri açıklanmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla şimdilik yalnızca Türk Ceza Hukukunda olası kastın, kastın türlerinden birisi olarak değerlendirildiği belirtilecektir. Olası kastın ayrıntılı olarak incelenmesi ise çalışmamızın ileriki kısımlarına bırakılacaktır¹⁰⁴.

1.1.1.2.1.3. Kastın Kapsamı

Kastın unsurları ve türleri bu şekilde açıklandıktan sonra, şimdi nelerin kastın kapsamına dâhil olması gerektiği incelenecektir. Türk Ceza Kanunu'nun doğrudan kasta ve olası kasta ilişkin tanımlarında “*suçun kanuni tanımındaki unsurların*” bilinmesinden veya bunların gerçekleşebileceğinin öngörülmesinden söz edilmektedir (TCK md. 21/1-2). Dolayısıyla, kastın kapsamına dâhil olan hususlar, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlardır¹⁰⁵. Bu nedenle, kanuni tanımdaki maddi unsurların kapsamına nelerin girdiğini incelemek gerekmektedir¹⁰⁶.

¹⁰² Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 94.

¹⁰³ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAĞIZ 2022, age. s. 264; Hamide ZAFER 2021, age. s. 312.

¹⁰⁴ bkz. infra 38 vd.

¹⁰⁵ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 276; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 223-224; İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 294.

¹⁰⁶ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 161.

Öncelikle suç tipinde öngörülen eylemin, yani davranışın ve varsa neticenin bilinmesi gerekmektedir¹⁰⁷. Kural olarak nedensellik bağı da kastın kapsamına dâhildir¹⁰⁸. Ancak nedensellik bağının gelişiminde meydana gelen önemsiz sapmaların, gerçekleşen eylemi kastın kapsamından çıkarmayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁹. Bu konuya açıklık getirmek bakımından, öğretide Weber kastını izah etmek için kullanılan örneği incelemek faydalı olacaktır¹¹⁰. Fail mağdurun kafasına demir bir sopayla vurur. Fail, vurduğu darbe nedeniyle düşen mağdurun yerde cansız bir şekilde yattığını görür. Mağdurun öldüğünü düşünen fail, mağduru bir uçurumdan aşağı atar. Oysa mağdur failin darbesi üzerine ölmemiştir. Mağdur o an yalnızca aldığı darbe nedeniyle bayılmıştır. Ölüm neticesi mağdurun uçurumdan aşağı atılması esnasında meydana gelmiştir. Bu örnekte nedensellik bağı failin düşündüğünden farklı bir şekilde gerçekleşmektedir. Bununla birlikte, bu gibi hallerde nedensellik bağındaki önemsiz sapmalar kastın varlığını ortadan kaldırmayacaktır.

Bununla bağlantılı olarak, kanuni tanımda eylemin beraberinde bulunan diğer maddi unsurların¹¹¹ da kastın kapsamında bulunması gerekir¹¹². Bu ifadeyle kastettiğimiz hususlar, eylemin gerçekleştirilme şekli, gerçekleştiği yer ve zaman ve gerçekleştirilmesi sırasında kullanılan araçlardır¹¹³. Kasten öldürme suçunun eziyet çektirerek işlenmesi (TCK md. 82/1-b), yağma suçunun konutta veya işyerinde işlenmesi (TCK md. 149/1-d), konut dokunulmazlığının ihlali suçunun gece vakti işlenmesi¹¹⁴ (TCK md. 116/4) ve kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi (TCK md. 86/3-e) bunların örnekleridir.

¹⁰⁷ Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 323; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 219; Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 440; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 162.

¹⁰⁸ Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 323; İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 295; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 261.

¹⁰⁹ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 276; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 261.

¹¹⁰ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 277.

¹¹¹ Burada ifade etmeye çalıştığımız husus için Amerikan ceza hukukunda “*attendant circumstances*” ifadesi kullanılmaktadır. bkz. *infra* 90 vd.

¹¹² Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 276; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 260 vd.

¹¹³ age. s. 260.

¹¹⁴ age. s. 261.

Suçun kanuni tanımında faile ve mağdura ilişkin belirtilen nitelikler de kastın kapsamındadır¹¹⁵. Buna örnek olarak, işkence suçunda failin kamu görevlisi olması (TCK md. 94) ya da mağdurun kamu görevlisi veya avukat olması (TCK md. 94/2-b) ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdurun on beş yaşını bitirmiş olması (TCK md. 104) verilebilir¹¹⁶. Keza suçun bir maddi konusu varsa bunun da kastın kapsamında bulunması gerekir¹¹⁷. Hırsızlık suçunda çalınan şeyin taşınır mal olması (TCK md. 141) veya kasten öldürme suçunda öldürülenin insan olması (TCK md. 81) gibi.

Yukarıda verdiğimiz bazı örnekler aslında suçun nitelikli hallerine ilişkindir. Bu yüzden suçun nitelikli hallerine ilişkin durumu da açıklığa kavuşturmak gerekir. Türk Ceza Kanunu'nun hataya ilişkin maddesine bakıldığında, “*suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin*” de kastın kapsamına dâhil olduğu anlaşılmaktadır (TCK md. 30/2)¹¹⁸. Dolayısıyla, kişinin üstsoy veya altsoyundan birisini öldürmesi durumunda, kasten öldürme suçunun nitelikli halinin uygulanabilmesi için failin, öldürdüğü kişinin üstsoy veya altsoyundan birisi olduğunu bilmesi aranacaktır (TCK md. 82/1-d). Keza eziyet suçunun gebe olan kadına karşı işlenmesi durumunda, nitelikli halin uygulanabilmesi için failin, mağdurun gebe olduğunu biliyor olması yine aranacaktır (TCK md. 96/2-a). Buna karşılık, suçun “*daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin*” fail tarafından bilinmesi gerekmez¹¹⁹. Buna göre, “*yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin*” az olması nedeniyle cezada indirim uygulanabilmesi için (TCK md. 150/2), failin, malın değerinin az olduğunu bilmesi gerekmeyecektir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin kastın kapsamına dâhil olmasının gerekip gerekmediği öğretide tartışmalı bir meseledir. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğunu savunan yazarlara göre, hukuka uygunluk nedenleri kastın kapsamında bulunmak zorunda değildir. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif

¹¹⁵ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 276; Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 323; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 163; İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 295; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 260.

¹¹⁶ İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 295; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 260.

¹¹⁷ Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 323; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 261.

¹¹⁸ bkz. Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 323; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1999, age. s. 218; Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 277; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 261.

¹¹⁹ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 277; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 262.

olarak varlığı yeterlidir¹²⁰. Buna karşılık, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olmadığını savunan yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarının da kastın kapsamında bulunması gerektiğini savunmaktadırlar¹²¹. Dolayısıyla, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin benimsenen görüşe göre, yukarıdaki soruya verilecek olan yanıt da değişecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun gerekçesinde de belirtildiği üzere, objektif cezalandırılabilme şartlarının ve şahsi cezasızlık sebeplerinin kastın kapsamında olması gerekmez¹²². Bu nedenle, hileli iflas suçunda iflasa karar verilmiş olması (TCK md. 161) veya hırsızlık suçunun üstsoy veya altsoya karşı işlenmiş olması (TCK md. 167/1-b) bakımından failin kastının önemi yoktur. Bu suçlarda, iflasa karar verilmesi veya mağdurun üstsoy veya altsoydan birisi olması hususları failin kastının kapsamında olmasa bile, objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmiş veya şahsi cezasızlık sebebi ortaya çıkmış olacaktır.

1.1.1.2.1.4. Kastın Aranacağı Zaman

Burada kasıtlı ilgili olarak değinmek istediğimiz son husus ise kastın ne zaman bulunması gerektiğidir. Bu konuda pek bir tartışmanın bulunmadığı ve öğretinin görüş birliği içerisinde olduğu söylenebilir. Kasıt, eylemin gerçekleştirildiği esnada bulunmalıdır¹²³. Bu nedenle, eylem gerçekleştirilmeden önce veya gerçekleştirildikten sonra, söz konusu suça yönelik kastın bulunduğu fakat eylemin gerçekleştirildiği sırada kastın bulunmadığı hallerde, tipikliğin subjektif unsuru gerçekleşmiş olmayacaktır¹²⁴. Söz gelimi, kişi önceleri bir başkasını öldürmeyi istemiş fakat onun ölümüne sebebiyet verdiği esnada onu öldürmeye yönelik kasıtlı hareket etmemişse olayda kastın varlığından söz edilemeyecektir. Keza bir kişi, başkasının ölümüne kastı bulunmaksızın sebep olmuş ve sonradan bu neticeye sevinmiş olsa bile, olayda yine kastın bulunmadığı kabul edilecektir.

¹²⁰ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1999, age. s. 219; Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 278.

¹²¹ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 166 vd.; İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 297.

¹²² TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 424; Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 277; İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 298; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 262.

¹²³ Turhan Tufan YÜCE 1982, age. s. 324.

¹²⁴ age. s. 324.

1.1.1.2.2. Taksir

Türk Ceza Kanunu manevi unsur türlerinde kasıt ve taksir şeklinde ikili bir ayırım yapmıştır. Kanun daha sonra bu başlıkların altında bunların türlerini tanımlamıştır. Buna göre taksirin, basit (öngörüsüz, bilinçsiz, şuarsuz) taksir ve bilinçli (öngörülü, şuurlu) taksir olmak üzere iki türü bulunmaktadır¹²⁵. Kanun basit taksir ve bilinçli taksiri, taksir başlığının altında toplayarak bu iki manevi unsur türü bakımından ortak bir değerlendirmede bulunmuştur¹²⁶. Bu nedenle, taksirin istisnai bir sorumluluk türü olması ve yalnızca kanunda açıkça belirtilen hallerde cezalandırılması (TCK md. 22/1), taksirin her iki türü bakımından da geçerli özelliklerdir¹²⁷. Ancak kanun koyucu bu iki manevi unsur türü arasında değer bakımından bir ayırım yaparak, bilinçli taksirin bulunduğu hallerde cezanın zorunlu olarak artırılmasını öngörmüştür (TCK md. 22/3)¹²⁸.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, kanunda kasıt ve taksir arasındaki ayırım isteme unsuru üzerinden yapılmıştır. Kanun koyucu kasıt ile taksirin sınırını oluşturan olası kasıt ve bilinçli taksir manevi unsur türlerinin birbirlerinden isteme unsuru yönünden ayrıldıklarını belirtmiştir¹²⁹. Bu durum bilinçli taksirin tanımından anlaşılmaktadır (TCK md. 22/3). Bu nedenle, kanundaki düzenlemelerin ışığında, basit taksir ve bilinçli taksirde neticeye yönelik iradenin bulunmadığı söylenebilir¹³⁰.

Bunun dışında, kastın kapsamına ilişkin başlıkta, kanun koyucunun “*suçun kanuni tanımındaki unsurların*” kastın kapsamına dâhil olduğunu belirttiğini ifade etmiştik. Oysa taksire ilişkin düzenlemelerde neticenin öngörülmemesi veya neticenin öngörülmesine rağmen istenmemesinden söz edilmektedir (TCK md. 22/2-3)¹³¹. Dolayısıyla, ilk bakışta taksirin yalnızca neticeye ilişkin olabileceği akla gelmektedir. Ancak, bu konuda Kanun’un hataya ilişkin maddesine de dikkat edilmelidir: “... *suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse,*

¹²⁵ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 301; Kayıhan İÇEL 1967, age. s. 184; Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 457; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 187-188.

¹²⁶ Elvan KEÇELİOĞLU 2015, age. s. 27.

¹²⁷ Bkz: Faruk EREM 1984, age. s. 521; Elvan KEÇELİOĞLU 2015, age. s. 31; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 233.

¹²⁸ Elvan KEÇELİOĞLU 2015, age. s. 27-28. Kanun koyucunun bu yöndeki tercihinin eleştirisi için bkz. Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 279.

¹²⁹ Elvan KEÇELİOĞLU 2015, age. s. 200.

¹³⁰ bkz. Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1999, age. s. 266-267; Berrin AKBULUT 2022, age. s. 492; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 383.

¹³¹ Taksirin yalnızca netice ile ilişkilendirilmesinin, taksirin tanımı bakımından bir eksiklik teşkil ettiğine dair görüş ve bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 190 vd.; Berrin AKBULUT 2022, age. s. 486; Benzer yönde bkz. Friedrich-Christian SCHROEDER 1998, agm. s. 258 vd.

kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.” (TCK md. 30/1). Bu hükme göre, failin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmemesi durumunda kasta dayalı bir sorumluluk ortaya çıkmaz. Bununla birlikte failin, düştüğü hata bakımından taksir düzeyinde kınanabildiği hallerde, suçun taksirli hali öngörülmüşse bu suçtan ceza verilebilecektir. Bu nedenle, taksirin kanuni tanımdaki maddi unsurlara ilişkin de olabileceği en azından dolaylı olarak söylenebilmektedir¹³².

Taksirin genel özellikleri bu şekilde verildikten sonra, taksirin türlerinin incelenmesine geçilmelidir. Ancak belirtelim ki, bu başlıkta bu iki manevi unsur türünden yüzeysel olarak bahsedilecektir. Bunun sebebi, basit taksirin olası kastın sınırını teşkil etmemesi ve aslında kısa bir şekilde incelenemeyecek kadar kompleks bir yapıya sahip olmasıdır¹³³. Bilinçli taksir ise olası kastın sınırını teşkil ettiği ve bu sebeple olası kastın tanımını da doğrudan etkilediği için ileride olası kastın incelenmesi sırasında ayrıntılı olarak ele alınacaktır¹³⁴.

Kanunda verilen tanıma göre, “*(basit) taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.*” (TCK md. 22/2). Buna göre, basit taksirin bulunduğu olaylarda fail, belli bir neticenin gerçekleşmesine, bu neticenin gerçekleşebileceğini öngörmeksizin sebebiyet vermektedir¹³⁵. Ancak gerçekleşen netice aslında failin öngörebileceği bir neticedir¹³⁶. Olayda fail dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği için neticeyi öngörmeyerek gerçekleştirmektedir¹³⁷. Burada neticenin öngörülmesi söz konusu olmadığı için isteme unsurunun varlığından da bahsedilemeyecektir¹³⁸.

Bilinçli taksirde ise basit taksirden farklı olarak, neticenin öngörülmesi söz konusudur¹³⁹. Fail neticeyi öngörür fakat bunun gerçekleşmesini istemez¹⁴⁰. Failin

¹³² Aynı sonuca Kanun’un 22. maddesinin gerekçesinde, “*kanuni tanımda yer alan unsurlardan birinin öngörülmemiş*” olmasından bahsedilmesinden de ulaşılabilmektedir. Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 190.

¹³³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Elvan KEÇELİOĞLU 2015, age. s. 46 vd.

¹³⁴ bkz. “1.2.1.2. Olası Kasıttaki İsteme Unsuru”

¹³⁵ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 297; Elvan KEÇELİOĞLU 2015, age. s. 199 vd.

¹³⁶ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 302 vd.; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 383.

¹³⁷ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 301 vd.; Elvan KEÇELİOĞLU 2015, age. s. 26; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 186.

¹³⁸ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 298; Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 457; Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 271.

¹³⁹ Kayıhan İÇEL 1967, age. s. 185; Elvan KEÇELİOĞLU 2015, age. s. 26.

neticenin gerçekleşmesini istememesine rağmen davranışı gerçekleştirmeye karar vermesinde, genellikle yeteneğine veya tecrübesine güvenmesi ya da olayın özelliklerine göre neticenin meydana gelmeyeceğini düşünmesi etkili olur¹⁴¹.

Basit taksir ile bilinçli taksirin ayırt edilmesi pek de güç değildir. En azından bu iki manevi unsur türünün sınırı normatif olarak net bir şekilde çizilebilmektedir¹⁴². Bilinçli taksir ile basit taksir birbirlerinden temel olarak öngörmenin varlığı bakımından ayrılmaktadır¹⁴³. Asıl güçlük bilinçli taksir ile olası kastın ayırt edilmesindedir¹⁴⁴. Her iki manevi unsur türünde de netice öngörüldüğünden¹⁴⁵, olası kasıt ile bilinçli taksirin ayırt edilmesi kolay değildir. Kanun koyucu bu iki manevi unsur türünün ayırt edilebilmesi için neticenin istenmemesi kıstasına yer vermiştir¹⁴⁶. Fakat istememe kıstası da olası kasıt ile bilinçli taksirin ayırt edilmesindeki sorunu çözmekten çok uzaktır. Bunun için isteme unsurunun normatif içeriği de gözetilerek farklı kıstaslara başvurulması gerekmektedir. Başvurulacak kıstasa göre olası kasıt ile bilinçli taksirin tanımları da belirlenmiş olacaktır çünkü bu iki kavram birbirlerinin içeriğini karşılıklı olarak sınırlamaktadır¹⁴⁷. Açıkladığımız bu sebeplerden dolayı bilinçli taksirin olası kasıt ile birlikte incelenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, bilinçli taksire ilişkin ayrıntılı bilgiler ve görüşlerimiz de olası kastın unsurlarının incelenmesi sırasında paylaşılacaktır¹⁴⁸.

1.1.2. Olası Kasıt Kavramının Benzer Kavramlar İle Karşılaştırılması

Çalışmamızın bu bölümünde şu ana kadar, olası kastın üst başlığını teşkil eden manevi unsur türleri incelendi. Olası kastın, manevi unsur türleri içerisindeki yeri tespit edildiğine göre artık olası kastın incelenmesine geçilecektir. Bu kapsamda, incelemeye terminolojik tercihlerimizin açıklanması ile başlamayı uygun gördük.

¹⁴⁰ Kayıhan İÇEL 1967, age. s. 184; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 247; Elvan KEÇELİOĞLU 2015, age. s. 202-203; Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 457.

¹⁴¹ Kayıhan İÇEL 1967, age. s. 191-192; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 247; Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 457; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 455.

¹⁴² Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 279.

¹⁴³ Kayıhan İÇEL 1967, age. s. 185; Elvan KEÇELİOĞLU 2015, age. s. 200; Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 279.

¹⁴⁴ age. s. 279.

¹⁴⁵ Kayıhan İÇEL 1967, age. s. 185.

¹⁴⁶ Elvan KEÇELİOĞLU 2015, age. s. 202.

¹⁴⁷ age. s. 205.

¹⁴⁸ bkz. "1.2.1.2. Olası Kasıtta İsteme Unsuru"

Öncelikle, Türk Ceza Kanunu'nda "kast" ve "olası kast" ifadelerinin kullanılmasına rağmen, çalışmamızda "kasıt" , "doğrudan kasıt" ve "olası kasıt" ifadelerinin kullanıldığının fark edileceğini düşünmekteyiz. Türk Ceza Kanunu'nda kullanılan ve öğretide de yerleşmiş olan "kast" kelimesi, aslında bu kelimeyle kastedilenden farklı bir anlama sahiptir. Sözlükteki tanımına göre kast kelimesi, "ayrıcılıklar bakımından yukarıdan aşağıya doğru kesin ölçülerle sınırlanmış bulunan ... toplumsal sınıfların her biri"ni ifade eder. Asıl kullanılması gereken kelime, sözlükteki tanımı "amaç, istek, maksat" veya "öldürmeyi, yaralamayı veya zarar vermeyi isteme, kötü niyet" olan, kasıt kelimesidir¹⁴⁹.

İkinci olarak da olası kasıt kavramına ilişkin bir kavram karmaşasına açıklık getirmek gerekmektedir. Öğretide, muhtemel kasıt¹⁵⁰, dolaylı (dolayısıyla) kasıt¹⁵¹, olursa olsun kasıt¹⁵², gayrimuayyen (belirli olmayan, belirsiz) kasıt¹⁵³ kavramları da olası kasıt ile aynı veya yakın anlamlarda kullanılmaktadır¹⁵⁴. Bu kavramların yakın anlamlara sahip olmaları ve olası kastın tarihsel gelişiminde rol oynamaları nedeniyle birbirlerine karıştırılmaları doğaldır. Bununla birlikte, kavram zenginliğini korumak ve çalışmamızda neyi ele aldığımızı açıklığa kavuşturabilmek adına bu kavramların birbirleriyle karşılaştırılarak ayırt edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Olası kastın tanımlanması güç bir meseledir ve çalışmamızın da önemli bir kısmını teşkil etmektedir¹⁵⁵. Ancak şimdilik olası kastın diğer kavramlardan ayırt edilebilmesi için Türk ceza hukukunda olası kastın (*dolus eventualis*) yaygın olarak kabul gören tanımının, failin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, bunu kabullenerek eylemini gerçekleştirme olduğu söylenebilir¹⁵⁶. Bu kavram, dolaylı kasıt (dolayısıyla kasıt,

¹⁴⁹ TDK (2022), <https://sozluk.gov.tr>, ET. 13.06.2022. Elvan KEÇELİOĞLU 2009, agm. s. 124; Sami SELÇUK 2019, agm. s. 3018.

¹⁵⁰ Uğur ALACAKAPTAN 1975, age. s. 158; Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 332; İzzet ÖZGENÇ 2004, agm. s. 708; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 264.

¹⁵¹ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 226; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 374.

¹⁵² Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 332.

¹⁵³ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 264.

¹⁵⁴ bkz. Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 120; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2022, age. s. 412.

¹⁵⁵ bkz. infra 41 vd.

¹⁵⁶ YCGK 18.12.2018, E. 2015/336, K. 2018/652; TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 424; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 124; Hakan HAKERİ 2022, age. s. 221; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 264; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2022, age. s. 412-413; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 393.

dolus indirectus) ve gayrimuayyen kasıt (belirsiz kasıt, belirli olmayan kasıt, *dolus indeterminatus*) kavramlarından farklı bir anlama sahiptir. Muhtemel kasıt ve olursa olsun kasıt kavramlarının ise olası kasıtle aynı anlama sahip olduğu söylenebilir. Ancak, bu kavramların olası kastın unsurlarına ilişkin yaptığı vurgulardan doğan sonuçlara katılmamız sebebiyle bu kavramları da kullanmamayı tercih etmekteyiz¹⁵⁷. Bu nedenlerle çalışmamızda olası kasıt (*dolus eventualis*) kavramı kullanılacaktır. Şimdi bu kavramın diğer kavramlardan ayırt edilmesine geçilecektir.

1.1.2.1. Dolaylı Kasıt (Dolayısıyla Kasıt, *Dolus Indirectus*)

Dolaylı kasıt (*dolus indirectus*) kavramının kaynağını Kilise Hukukundaki “*versari in re illicita*” (hukuka aykırı durumda olan, bunun neticelerini de istemiş olur) kuralı teşkil etmektedir¹⁵⁸. Bu kurala göre, hukuka aykırı durumda bulunan bir kişi sebep olduğu tüm neticelerden sorumlu tutulabilmekteydi¹⁵⁹. Bunun günümüzdeki örneği olarak, araba sürerken hız sınırlarını aşan bir kişinin, bir başkasına çarparak onun ölümüne sebebiyet vermesi halinde, salt hız sınırını aşmış olması sebebiyle kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması düşünülebilir.

Bu kural zamanla dolaylı kasıt kavramına dönüşmüştür¹⁶⁰. Böylece dolaylı kasıt, bir kişinin gerçekleştirdiği davranışla daha ağır bir neticeye sebebiyet vermesi ve davranışın bu ağır neticeye sebebiyet vermesinin objektif olarak muhtemel olması durumunda, failin ağır neticeden de sorumlu tutulabilmesini sağlayan bir kavram olarak ortaya çıkmıştır¹⁶¹. Daha sonraları Türk ceza hukukunda bu kavram, kastın aşılması halini ifade etmek için de kullanılmıştır¹⁶².

Modern ceza hukukundaki subjektif sorumluluk anlayışıyla bağdaşmayan bu kavram, olası kasıt kavramının gelişimiyle beraber terk edilmiştir¹⁶³. Bu nedenle dolaylı kasıt kavramının, olası kastın selefi olduğu da belirtilmektedir¹⁶⁴. Ancak bu iki kavramın arasında önemli bir farklılığın bulunduğu unutulmamalıdır. Dolaylı

¹⁵⁷ Muhtemel kasıt ifadesinden kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşmesinin fail tarafından muhtemel görüldüğü; olursa olsun kasıt ifadesinden ise failin kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşmesi bakımından “olursa olsun” diyerek davranışı gerçekleştirdiği anlamları çıkmaktadır. İleride görüleceği üzere biz bu sonuçlara katılmıyoruz. bkz. infra 42 vd., 45 vd.

¹⁵⁸ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 262.

¹⁵⁹ age. s. 290.

¹⁶⁰ age. s. 290.

¹⁶¹ age. s. 290; Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 43.

¹⁶² Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1999, age. s. 234; Uğur ALACAĞAPTAN 1975, age. s. 158. bkz. Faruk EREM 1984, age. s. 516; Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 292.

¹⁶³ age. s. 290-292; Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 52.

¹⁶⁴ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 290; Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 35.

kasıtta, failin belli bir neticeyi gerçekleştirmeye çalışırken başka bir neticeye sebebiyet vermesi ve bu farklı neticenin ona isnat edilmesi söz konusudur¹⁶⁵. Failin meydana gelen farklı neticeden sorumlu tutulabilmesi için gerçekleştirilen davranışın söz konusu neticeye sebebiyet vermesinin objektif olarak muhtemel olması yeterlidir¹⁶⁶. Oysa olası kasıtta failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için failin, neticenin gerçekleşebileceğini öngörmesi ve gerçekleşmesini kabullenmesi aranmaktadır¹⁶⁷.

1.1.2.2. Gayrimuayyen Kasıt (Belirsiz Kasıt, Belirli Olmayan Kasıt, *Dolus Indeterminatus*)

Öğretide gayrimuayyen kastın anlamına ilişkin bir görüş birliği yoktur¹⁶⁸. Ancak gayrimuayyen kasta ilişkin görüşler temel olarak üç grup etrafında ele alınabilir. Bir kısım yazarlar gayrimuayyen kasıtı olası kasıt ile aynı anlamda kullanmaktadırlar¹⁶⁹.

Diğer bazı yazarlara göre gayrimuayyen kasıt, failin, gerçekleştirmek istediği netice dışında, davranışı nedeniyle meydana gelmesi mümkün, muhtemel veya zorunlu olan neticelere yönelik kasıtı ifade etmektedir¹⁷⁰. Ancak bu durumda, davranışın sonucunda meydana gelmesi mümkün, muhtemel veya zorunlu olan diğer sonucun öngörülmüş olması da aranmaktadır¹⁷¹. Bu yönden, dolaylı kasıt kavramının gayrimuayyen kasttan daha sıkı bir sorumluluk anlayışını yansıttığı söylenebilir. Bu görüşte, gayrimuayyen kasıt bakımından isteme unsuruna ilişkin net bir açıklamaya yer verilmemişse de bilinçli taksirde irade unsurunun bulunmadığı, buna karşılık gayrimuayyen kasıtta irade unsurunun neticeyi bir şekilde kapsamaması gerektiği

¹⁶⁵ age. s. 51.

¹⁶⁶ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 290.

¹⁶⁷ Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 51.

¹⁶⁸ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 292.

¹⁶⁹ age. s. 274; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAŞIZ 2022, age. s. 264. İlk yazar, *dolus indeterminatus* ile *dolus eventualis* kavramlarının farklı kavramlar olduğunu belirtmektedir. Ancak bizden farklı olarak *dolus indeterminatus* kavramını “belirsiz kasıt”, *dolus eventualis* kavramını “gayrimuayyen kasıt” olarak adlandırmaktadır. Bu nedenle, bizim gayrimuayyen kasıt olarak adlandırdığımız *dolus indeterminatus* kavramının olası kasıttan farklı bir kavram olduğu noktasında yazar ile aynı görüşte olduğumuzu fakat olası kasıtı ifade etmek için farklı terimleri kullanmayı tercih ettiğimizi de belirtelim.

¹⁷⁰ Uğur ALACAŞAPTAN 1975, age. s. 156; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1999, age. s. 234.

¹⁷¹ Uğur ALACAŞAPTAN 1975, age. s. 156; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1999, age. s. 234.

belirtmiştir¹⁷². Bu nedenle gayrimuayyen kasıta tam bir netlik bulunmamakla beraber isteme unsurunun da bir şekilde arandığı söylenebilmektedir.

Bu görüşte olan yazarlar ayrıca gayrimuayyen kasıta neticenin kastı belirleyeceği yönünde bir kuralı (*dolus indeterminatus determinatur ab eventu*) benimsemektedirler¹⁷³. Buna göre, gayrimuayyen kasıttan sorumluluğun doğabilmesi için neticenin gerçekleşmesi gerekmektedir. Failin gerçekleştirdiği davranış nedeniyle ortaya çıkması mümkün, muhtemel veya zorunlu olan netice gerçekleşmediği takdirde, failin teşebbüsten dolayı sorumluluğu doğmaz¹⁷⁴. Bu kurala ilişkin düşüncelerimiz, ileride olası kasıtle suça teşebbüsün mümkün olup olmadığı meselesinin incelenmesi sırasında paylaşılacaktır¹⁷⁵.

Gayrimuayyen kasıt bu şekilde anlaşıldığı takdirde, olası kasıt ile oldukça yakınlaşmış olacaktır. Zira bu görüşte, hem neticenin öngörülmesinden hem de bir şekilde istenmiş olmasından söz edilmektedir. Ancak iki kavramın arasında yine de bir farklılık bulunmaktadır. Olası kasıta öngörülen neticenin gerçekleşmesi yalnızca mümkün veya muhtemel görülmektedir. Oysa gayrimuayyen kasıta neticenin gerçekleşmesi mümkün veya muhtemel olabileceği gibi, zorunlu da olabilir. Neticenin gerçekleşmesi zorunlu olduğu takdirde ise olası kastın değil, duruma göre ikinci dereceden doğrudan kastın söz konusu olacağı yukarıda belirtilmişti. Bu nedenle, bu görüşün ele aldığı haliyle, gayrimuayyen kastın, olası kasıttan daha geniş bir kapsama sahip olduğu söylenebilir.

Son olarak, öğretide gayrimuayyen kasıt kavramının, mağdurun belirsiz olduğu hallerde söz konusu olan kastı ifade etmek için kullanıldığı da ifade edilmektedir¹⁷⁶. Buna göre, gayrimuayyen kasıt, failin gerçekleştireceği davranışla işlenmiş olacak suçun mağdurlarının kim olacağının önceden belli olmaması durumunda söz konusu olan kasıttır. Bir başka deyişle, belli bir kişi hedef alınmaksızın suç işlenmesi durumunda, gösteri yapmak için toplanan kalabalığa doğru taş atılarak bir kişinin yaralanmasına neden olunması örneğinde olduğu gibi, suçun gayrimuayyen kasıtle işlendiği kabul edilecektir.

¹⁷² age. s. 266.

¹⁷³ age. s. 234.

¹⁷⁴ age. s. 234.

¹⁷⁵ bkz. infra 72 vd.

¹⁷⁶ Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 159.

Ancak mağdurun belirsiz olması, doğrudan olası kasıt ile bağlantılı olan bir husus veya olası kastın koşulu değildir¹⁷⁷. Mağdurun belirsizliği kastın diğer türlerinde de söz konusu olabilecek bir durumdur¹⁷⁸. Söz gelimi, toplu bir katliam gerçekleştirerek toplumda infial yaratmak için kalabalık bir meydana bomba patlatılması durumunda, olayda hem gayrimuayyen kasıt hem de birinci dereceden doğrudan kasıt bulunur. Zira kişi toplumda infial yaratmak için kalabalık bir meydana bomba patlatmayı ve bu kapsamda kim oldukları önemsiz olan bazı kişileri öldürmeyi hedeflemektedir¹⁷⁹. Kalabalık bir meydana geçecek olan belli bir siyasetçinin öldürülmesi amacıyla onun geçeceği yere bomba konulup patlatılması ve öldürülmesi hedeflenen siyasetçinin yanında başkalarının da ölmesi durumunda da, ölen diğer kişiler bakımından gayrimuayyen kasıt ile ikinci dereceden doğrudan kasıt söz konusu olur. Bunun sebebi, kalabalık bir meydana bomba patlatılması durumunda başka insanların da ölmesinin, davranışın zorunlu neticesi olmasıdır. Ancak öldürülmesi hedeflenen siyasetçi dışında ölecek kişilerin kim oldukları belli olmadığından, olayda gayrimuayyen kasıt da söz konusu olacaktır.

Görüldüğü üzere gayrimuayyen kasıt kavramı da hangi anlamı kabul edilirse edilsin, olası kasıt ile tamamen örtüşmemektedir. Olası kasıt, gayrimuayyen kasıt kavramından da dolaylı kasıt kavramından da farklıdır. Ancak yine tekrarlayalım ki bu kavramların net birer tanımlarının olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu kavramlara burada belirtilen anlamlardan farklı anlamlar yüklendiği takdirde farklı sonuçların da ortaya çıkması mümkündür. Biz olası kasıt için birçok kavramın kullanılmasını gereksiz bulduğumuz ve bu kavramların aslında farklı anlamları karşıladıklarını düşündüğümüz için böyle bir ayırım yapma ihtiyacı hissettik.

Bununla beraber, bu kavramların günümüzde ne kadar gerekli olduğu sorusu da akla gelebilir. Gerçekten de, bu kavramların tarihi gelişimlerine dikkat edildiğinde, günümüzde artık bu kavramlara pek de ihtiyaç kalmadığı söylenebilir. Bu kavramlar aslında ceza hukukunda netice sorumluluğundan kusur sorumluluğuna geçildiğinde ortaya çıkmışlardır¹⁸⁰. O dönemde kusur, failin gerçekleştirmek istediği netice ile olan subjektif bağı olarak dar bir şekilde anlaşıldığından, istenilenden farklı neticelerin meydana geldiği hallerde sorumluluğun izah edilebilmesi için ceza

¹⁷⁷ Yargıtay da yakın tarihli bir kararında olası kastın oluşumu bakımından mağdurun belirsizliğinin şart olmadığını belirtmiştir. YCGK 22.3.2016, E. 2014/779, K. 2016/136.

¹⁷⁸ age. s. 158-159.

¹⁷⁹ age. s. 159.

¹⁸⁰ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 285.

hukukunda çok sayıda kasıt türüne yer verilmeye başlanmıştır¹⁸¹. Aslında bu kavramların anlamlarının tam olarak belirlenememesi de bundan kaynaklanmaktadır¹⁸².

Ancak, kasıt kavramının modern ceza hukukundaki gelişimi ve farklı ihtimalleri de açıklayabilecek şekilde tanımlanmış olması karşısında, bu kavramların geçmişte sahip oldukları önemi büyük ölçüde yitirdiği söylenebilir¹⁸³. Bugün, geçmişte ortaya çıkmış olan çok sayıdaki kasıt türünün pek çoğuna artık ihtiyaç duyulmamaktadır¹⁸⁴.

1.1.3. Olası Kasıt Kavramının Türk Ceza Hukukundaki Tarihi Gelişimi

1.1.3.1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde Olası Kasıt

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 45. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: *“Cürümde kasdın bulunmaması cezayı kaldırır. Failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır”*.

İlk cümleden, sorumluluğun asıl şeklinin kasıt olduğu anlaşılmaktadır¹⁸⁵. İkinci cümleden de taksirli eylemlerin cezalandırılacağı ancak bunun için eylemin taksirli halinin kanunda suç olarak düzenlenmiş olmasının gerektiği sonuçları çıkmaktadır¹⁸⁶. Ancak görüldüğü üzere, kanunda kasıt ve taksire ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir¹⁸⁷.

2003 yılında 4785 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, maddenin üçüncü fıkrasına, bilinçli taksire ilişkin bir tanım eklenmiştir¹⁸⁸. Bu tanıma göre bilinçli taksir, *“failin öngördüğü neticeyi istememesine rağmen neticenin meydana gelmesi”* halinde söz konusu olan manevi unsur türüdür¹⁸⁹. Aynı fıkroda, bilinçli taksirin varlığı halinde cezanın üçte bir oranında artırılacağı da hüküm altına alınmıştır.

¹⁸¹ age. s. 285.

¹⁸² age. s. 285.

¹⁸³ age. s. 285.

¹⁸⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. age. s. 285 vd.

¹⁸⁵ age. s. 261.

¹⁸⁶ age. s. 261. Bu hükmün aynı zamanda objektif sorumluluk hallerinin cezalandırılmasına da imkân verdiği belirtilmiştir. Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 19-20.

¹⁸⁷ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 261; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 20.

¹⁸⁸ Elvan KEÇELİOĞLU 2009, agm. s. 12.

¹⁸⁹ Kanunda bilinçli taksire ilişkin bir tanıma ilk defa 2003 yılında yapılan değişiklikle yer verilmişse de, bu değişiklikten önce de öğretilerde bilinçli taksir kavramından sıklıkla bahsedildiği ve kanundakine benzer tanımların yapıldığı söylenebilir. bkz. Uğur ALACAKAPTAN 1975, age. s. 159 vd.; Ayhan

Böylece Kanun'un kasıt ve taksirden oluşan ikili manevi unsur sistemine bir de bilinçli taksir eklenmiştir¹⁹⁰. Fark edileceği üzere, kanunun suçun manevi unsuruna ilişkin maddesinde olası kasıttan bahsedilmemiştir. Bu nedenle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda olası kasta ilişkin bir düzenlemeye açıkça yer verilmediği söylenebilir. Ancak bu durum, Türk ceza hukukunun o dönemde olası kasıt kavramına tamamen yabancı olduğu anlamına gelmemektedir. Her ne kadar Kanun'da olası kasta ilişkin pozitif bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da öğretide ve mahkeme kararlarında olası kasıttan çeşitli şekillerde bahsedilmiştir¹⁹¹.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, hem öğretide hem de mahkeme kararlarında olası kasıt kavramı bakımından bir belirsizlik ortamının mevcut olduğu söylenebilirse de olası kastın günümüzde kabul edilen anlamıyla uyumlu şekilde tanımlandığına da yer yer rastlanabilmektedir. Öğretide bir yazar, failin suçun gerçekleşmesini ciddiyetle mümkün görmesine rağmen, buna aldırmayıp “olursa olsun” diyerek davranışını gerçekleştirmesi durumunda “olursa olsun kasıt”, “*dolus eventualis*” veya “muhtemel kastın” söz konusu olacağını ve hâkimin kasıtlı suçun cezasında indirim yapabileceğini belirtmiştir¹⁹².

Diğer bazı yazarlar ise “dolayısıyla kasıt”, “muhtemel kasıt”, “ihtimali kasıt” veya “mütenavip kasıt” kavramlarını kullanıp bunları failin neticeyi öngörmesine rağmen neticenin gerçekleşmesini göze alarak veya kabullenerek hareket etmesi şeklinde tanımlamışlardır¹⁹³. Bu tanımların olası kasıt için günümüzde kullanılan tanımlar ile uyumlu olduğu söylenebilir.

Mahkeme kararlarında olası kastın öğretideki kadar isabetli bir şekilde izah edilebilmesi biraz zaman almıştır. Söz gelimi, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 1985 tarihli ve 1996 tarihli birer kararında belirli olmayan kasıt veya gayrimuayyen kasıttan bahsedilmiştir¹⁹⁴. Ancak kararlarda bu kavramlara ilişkin net açıklamaların bulunduğu da tam olarak söylenemez. Bunun yerine, yukarıda olası kasıt ve buna benzer kavramlara ilişkin bahsettiğimiz karışıklığın, o dönemde mahkeme kararlarına

ÖNDER 1992, age. s. 301; Faruk EREM 1984, age. s. 536 vd.; İsmail MALKOÇ ve Mahmut GÜLER (1996), (*Uygulamada Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler – I*, Adil Yayınevi, Ankara, s. 206.

¹⁹⁰ Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 300.

¹⁹¹ Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 119.

¹⁹² Turhan Tüfan YÜCE (1985), *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 61-63; Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 332 vd. Benzer yönde bkz. İsmail MALKOÇ ve Mahmut GÜLER 1996, age. s. 206-207.

¹⁹³ Uğur ALACAĞAPTAN 1975, age. s. 159-160; Faruk EREM 1984, age. s. 516-517.

¹⁹⁴ YCGK 03.06.1985, 83/330 (Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 274); YCGK 06.02.1996, 1-339/10 (Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 446).

da etki ettiğini söylemek daha doğru olacaktır. 2002 tarihli bir kararda ise belirli olmayan kasıt kavramı, olası kasıt ve ikinci dereceden doğrudan kastı kapsayacak şekilde kullanılmıştır¹⁹⁵.

Son olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2003 tarihli bir kararında, olası kasıt kavramı günümüzde kabul edilen anlamıyla uyumlu şekilde tanımlanmıştır. Kararda failin, belli bir sonucu gerçekleştirme amacıyla hareket ederken, gerçekleştirme amaçladığı sonucun dışında başka sonuçların da gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, bunların gerçekleşmesini göze alarak hareketine devam ettiği hallerde dolaylı kastın söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Bu halde de failin kasten hareket ettiğinin kabul edilmesinde zorunluluğun bulunduğu belirtilmiştir¹⁹⁶.

Böylece 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde de öğreti ve uygulamanın olası kasıt kavramına aşına olduğu ve bu kavrama ilişkin isabetli tanımlar ortaya koyduğu görülmektedir.

1.1.3.2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde Olası Kasıt

Olası kasıt kavramı, 26 Eylül 2004 tarihinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kabul edilmesiyle Türk ceza hukukunda ilk kez kanuni bir tanıma kavuşmuştur. Olası kasıt, kanunun "Kast" başlıklı 21. maddesinin ikinci fıkrasında "*kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde*" mevcut olan manevi unsur türü olarak tanımlanmıştır. Olası kastın varlığı halinde, işlenen suç için kanunda öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezanın tayin edilmesinden sonra, belirlenen cezanın üzerinden indirim yapılacağı belirtilmiştir (TCK md. 21/2, 61/2). Buna göre,

"...ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla

¹⁹⁵ "Sanık her ne kadar amacının ormanı yakmak olmadığını savunmuş ise de toplanan kanıtlardan yangının başlatıldığı alanın orman arazisi olduğu, evin yanması halinde dahi bir kısım orman arazisinin yangının başlangıç noktası itibarıyla yanmasının kaçınılmaz olduğu, ormanın yanacağını öngörmesine rağmen, hareketinden vazgeçmeyerek iradi olarak yangını başlatan sanığın hareketinin olası sonuçlarının da gerçekleşmesini istediğini kabulde zorunluluk bulunduğunu maksat dışında kalsa bile, amaca zorunluluk veya ihtimal bağı ile bağlı olan sonuçlar bakımından failin (belirli olmayan kasıt) kurallar çerçevesinde meydana gelen orman yangınından kasten sorumlu olduğu anlaşılmaktadır." YCGK 09.07.2002, 3-197/288 (Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAĞIZ 2022, age. s. 264).

¹⁹⁶ YCGK 27.05.2003, E. 2003/3-128, K. 2003/164 (Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 136).

kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir” (TCK md. 21/2).

Maddede, yalnızca kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşebileceğinin öngörülmesinden söz edilmiş ve isteme unsuru bağlamında değerlendirilebilecek bir ifadeye yer verilmemiştir. Maddenin gerekçesinde ise failin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, unsurların gerçekleşmesini kabullenerek eylemi gerçekleştirmesi durumunda olası kastın bulunacağı belirtilmiştir¹⁹⁷. Böylece olası kastın tanımı, gerekçede kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşmesinin kabullenilmesinden bahsedilerek açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır¹⁹⁸. Bununla birlikte, olası kasta ilişkin sorunların bu açıklamayla çözüme kavuştuğunu söylemek mümkün değildir. Zira olası kasıt kavramı, kanunen tanımlanmasıyla birlikte, Türk ceza hukukuna da birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir.

1.2. OLASI KASIT

Olası kastın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda tanımlanmasından sonra, öğretilerde bu kavramla ilgili farklı gerekçelerle pek çok eleştiri yapılmıştır. Bu eleştirilerden kısaca bahsetmek gerekirse, öncelikle Kanun’da olası kastla işlenebilecek suçlara ilişkin tam olarak bir sınırlamanın bulunmaması eleştirilmiştir¹⁹⁹. İkinci ve ağırlıklı olarak da olası kastın Kanun’daki tanımı eleştirilmiştir²⁰⁰. Olası kastın tanımında yalnızca öngörmeden bahsedilmesi ve isteme unsuruna herhangi bir şekilde yer verilmemesi nedeniyle bu kavramın bilinçli taksir ile karıştırılabileceği belirtilmiştir²⁰¹. Bize göre de olası kastın kanundaki tanımında

¹⁹⁷ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 424.

¹⁹⁸ Bu konu ileride ayrıntılı olarak ele alınacağından, şimdilik yalnızca gerekçede yer verilen açıklamalardan bahsetmekle yetiniyoruz.

¹⁹⁹ Kayıhan İÇEL (2021), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş 6. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, s. 450. Olası kastın kişinin sorumluluğunu çok genişlettiği yönündeki görüş için bkz. Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 444.

²⁰⁰ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 173; Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN (2021a), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, s. 256; Tuğrul KATOĞLU 2015, agm. s. 614; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 393; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 226; Kayıhan İÇEL 2021, age. s. 448; Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R. Murat ÖNOK (2022), *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Güncellenmiş 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 183.

²⁰¹ Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 443; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 249; Hakan HAKERİ 2022, age. s. 221; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAĞSIZ 2022, age. s. 271 vd.; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 48-49; Claus ROXIN ve Osman İSFEN (2006), “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümleri”, Çev. Osman İSFEN, *Suç Politikası*, s. 283-284; Kayıhan İÇEL 2021, age. s. 449.

hiçbir surette isteme unsuruna yer verilmemiş olması, bunun yerine gerekçede kabullenmeden bahsedilerek olası kasıta isteme unsurunun varlığına işaret edilmiş olması isabetli olmamıştır. Eğer böyle bir unsura yer verilecekse buna doğrudan kanunda yer verilmesi daha doğru olurdu²⁰². Bunun dışında, Kanun'da olası kasıt şeklinde bir manevi unsur türüne yer verilmiş olması dahi eleştirilmiştir²⁰³. Dolayısıyla, olası kastın Türk ceza hukukunda oldukça tartışmalı bir yere sahip olduğu söylenebilir.

Hem bu tartışmalara yer verip görüşlerimizi paylaşmak hem de olası kastın yapısını sistemli bir şekilde açıklayabilmek için çalışmamızın bu kısmında öncelikle olası kastın unsurları ve bu kapsamda bilinçli taksir ile nasıl ayırt edileceği meselelerini ele almanın uygun olacağı kanaatindeyiz. Daha sonra olası kastın üst ve alt sınırlarını teşkil eden manevi unsur türleri, olası kasıt ile işlenmesi mümkün olmayan suçlar, olası kasıt ile teşebbüsün bağdaşıp bağdaşmayacağı ve olası kastın yaptırım bakımından sonuçları konuları üzerinde durulacaktır.

Ancak olası kasta ilişkin ayrıntılı açıklamalarda bulunmadan önce, öğretilerde olası kasıtle ilgili yaygın olarak kabul gören bir görüşe ilişkin kanaatimizi belirtmemiz gerekmektedir. Öğretilerdeki hâkim görüşe göre, olası kasıt bir yan netice sorumluluğudur²⁰⁴. Bunun anlamı, olası kastın, failin belli bir neticeyi gerçekleştirmeye çalışırken sebebiyet verdiği diğer neticeler bakımından ortaya çıkan bir sorumluluk türü olduğudur²⁰⁵. Buna göre, fail belli bir neticeye yönelik olarak davranışını gerçekleştirmektedir. Söz gelimi, hasmını öldürmek için ona ateş etmektedir veya geç kalmak üzere olduğu önemli bir toplantıya yetişmek için tehlikeli bir şekilde aracını kullanmaktadır. Fail bu esnada, davranışının farklı neticelere de yol açabileceğini öngörür ve bu neticelerin gerçekleşmesini kabullenerek davranışını yine de gerçekleştirir. Hasmasına ateş ederken bir başkasını vurabileceğini öngörür ancak o kişiyi vurmayı kabullenerek yine de ateş eder. Ya da aracını hız sınırlarının çok üzerinde sürerken kırmızı ışığı görünce bir yayaya çarpabileceğini öngörür ancak toplantıya yetişebilmek onun için daha önemli olduğundan yayaya çarpmayı kabullenerek kırmızı ışıkta geçer.

²⁰² Claus ROXIN ve Osman İSFEN 2006, agm. s. 283.

²⁰³ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 275.

²⁰⁴ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 248; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 130.

²⁰⁵ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 248; Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 98; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 130-131.

Görüldüğü üzere, bu örneklerde failin hasmı olmayan başka birisini vurması veya yayaya çarpması esasında onun hedefini teşkil eden neticeler değildir. Fail hasmını öldürmeyi ya da toplantıya zamanında yetişmeyi hedeflemektedir. Ancak bu esnada olası kasıtle ikincil bir neticenin gerçekleşmesine sebebiyet vermektedir. Bu nedenle de olası kasıt bir yan netice sorumluluğu olarak değerlendirilmektedir.

Öncelikle belirtelim ki olası kasıtle ilgili örnekler genellikle bu şekilde ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de olası kasıtle ilgili akla gelen örneklerin pek çoğunda fail belli bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik davranışta bulunurken ikincil neticeye sebep olmaktadır. Dolayısıyla, öğretilde savunulan bu görüşün olası kastı açıklamak bakımından öneme sahip olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Bununla birlikte, bu görüşün olası kastın açıklanması bakımından mutlaka ele alınması gereken bir husus olduğunu düşünmüyoruz. Öncelikle, failin asıl hedefini oluşturan netice hukuken hiçbir önem arz etmeyebilir²⁰⁶. Yukarıdaki örnekte, failin geç kalmak üzere olduğu toplantıya yetişmek için davranışını gerçekleştiriyor olmasının pek bir önemi yoktur. Bu durum olsa olsa temel cezanın tayin edilmesi sırasında göz önünde bulundurulacak bir husustur (TCK md. 61/1-g).

Ancak bundan daha önemlisi, olası kasıt mutlaka neticeye yönelik olarak ortaya çıkan bir manevi unsur türü değildir²⁰⁷. Kanun'da olası kastın suçun kanuni tanımındaki unsurlara ilişkin olduğu belirtilmiştir (TCK md. 21/2). Buna göre, öngörülen ve kabullenilen hususun mutlaka bir netice olması gerekli değildir. Olası kasıt, suçun kanuni tanımındaki diğer maddi unsurlar bakımından da ortaya çıkabilir²⁰⁸. Söz gelimi, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda fail cinsel ilişkiye girdiği kişinin on sekiz yaşında olmadığını öngörüp bunu kabullenmiş olabilir (TCK md. 104). Bu durumda failin asıl hedefinin cinsel ilişkiye girmek olduğu ve yan netice olarak kendisinin on sekiz yaşından küçük bir kişiyle ilişkiye girmiş olmasına sebebiyet verdiğini savunmanın zorlama bir savunma olacağı düşüncesindeyiz. Zira dış dünyada hem asıl neticenin hem de yan neticenin aynı şekilde ortaya çıkmış olması durumunda asıl veya yan neticeden bahsetmek anlamsız olacaktır. Bu nedenle, olası kastın mutlaka yan neticeye ilişkin bir sorumluluk türü olduğu

²⁰⁶ Hamide ZAFER 2021, age. s. 314.

²⁰⁷ Koray DOĞAN (2020), "Olası Kast – Bilinçli Taksir Ayrımında İçtihat Değişikliğinin Değerlendirilmesi", *Adalet Dergisi*, Sayı 64, s. 365-366.

²⁰⁸ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 173; Koray DOĞAN 2020, agm. s. 366.

kanaatinde değildir. Ancak tekrarlamak gerekir ki olası kasıtle ilgili düşünülebilecek örneklerin pek çoğu gerçekten de yan netice sorumluluğu olarak ortaya çıkmaktadır.

1.2.1. Olası Kastın Unsurları

Olası kastın kanuni tanımında yalnızca, kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşebileceğinin öngörülmesine rağmen failin işlenmesinden söz edilmektedir (TCK md. 21/2). Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanundaki tanımda isteme unsuru kapsamında değerlendirilebilecek bir ifadeye yer verilmemiştir. İsteme unsuruna yer vermeyen ve içerisinde yalnızca bilme unsurunu barındıran bu tanım, esasen, öğretide azınlık konumunda olan bir görüş ile tam bir uyum içerisindedir. Bu görüşe göre, olası kastın varlığı için failin kanuni tanımdaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesi yeterlidir²⁰⁹. Bu görüşü savunan yazar, genel olarak kasıtle da isteme unsurunun aranmasının gereksiz olduğu ve kanunda olası kasta ilişkin verilen tanımın yeterli olduğu kanaatindedir²¹⁰. Bu nedenle kanunda doğrudan kasta ilişkin bir tanımın verilmesine de gerek bulunmamaktadır. Olası kasta ilişkin tanım, kastın kapsamında değerlendirilebilecek tüm halleri kapsamak bakımından yeterli bir tanımdır²¹¹. Dolayısıyla, yalnızca kanunda olası kasta ilişkin verilen tanıma bakıldığında, bu görüşün kanun koyucu tarafından benimsendiği izlenimi uyanmaktadır²¹².

Bununla birlikte, bilinçli taksirin kanuni tanımı durumun böyle olmadığını göstermektedir. Söz konusu tanımda failin neticeyi öngörmesi ve fakat istememesinden bahsedilmektedir (TCK md. 22/3). Kanundaki tanımlara göre olası kastın alt sınırını teşkil eden bilinçli taksirde de netice öngörülmektedir. Ancak bilinçli taksirde netice istenmediğine göre, bu iki manevi unsur türü isteme unsuru yönünden birbirinden ayrılmaktadır²¹³. Hâl böyle olunca, olası kasıtle isteme unsurunun bir şekilde bulunduğu sonucu ortaya çıkmaktadır²¹⁴. Nitekim Kanun'un gerekçesinde de olası kasıtle failin kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşmesini kabullendiğinden söz edilerek, bu durum teyit edilmiştir²¹⁵. Öğretideki hâkim görüş

²⁰⁹ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 173.

²¹⁰ age. s. 158.

²¹¹ age. s. 172.

²¹² age. s. 177; Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 318.

²¹³ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 272 vd.; Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 24.

²¹⁴ age. s. 322, 334.

²¹⁵ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 424.

de, aşağıda görüleceği üzere, olası kasıta isteme unsurunun veya iradi bir unsurun bulunduğu yönündedir²¹⁶.

Kanun koyucunun benimsediği terminoloji nedeniyle olası kasıta bilme ve isteme unsurlarının bir şekilde bulunduğu sonucu çıksa da²¹⁷ daha önce de belirttiğimiz üzere, biz bu yönde bir kabulün olası kastın yapısıyla pek uyumlu olmadığı kanaatindeyiz. Zira olası kasıta ne bilme ne de isteme unsurunun tam olarak bulunduğu söylenemez²¹⁸. Bu durum özellikle olası kastın isteme unsuru bağlamında incelenmesi sırasında görülebilmektedir. Her halükarda, bu konuda bir görüşün ortaya koyulabilmesi için öncelikle olası kastın unsurlarının neler olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Biz de olası kastın unsurlarına ilişkin bu incelememizi Kanun'da ve öğretide yaygın olarak benimsenmiş olan yapıyla uyumlu olarak gerçekleştirecek ve bu bağlamda bilme unsuru ve isteme unsuru başlıklarını kullanacağız.

1.2.1.1. Olası Kasıta Bilme Unsuru

Kanun olası kastın tanımlandığı maddede failin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesinden söz etmiştir (TCK md. 21/2). Bu tanımdan bilme unsuruyla ilgili iki temel sonuç çıkmaktadır. Birincisi, kastın bilme unsuru olası kasıta öngörme olarak tezahür etmektedir. İkinci sonuç ise failin gerçekleşebileceğini öngörmesi gereken hususların, suçun kanuni tanımındaki unsurlar olduğudur. Dolayısıyla, failin olası kasıttan sorumluluğunun doğabilmesi için öncelikle suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmüş olması gerekmektedir.

²¹⁶ bkz. infra 41 vd.

²¹⁷ Daha ziyade isteme unsurunun bulunduğu sonucu çıkmaktadır. Olası kastın tanımında öngörme kelimesi kullanıldığından, bilme unsurunun kanunda olası kasti tanımlamak veya onun sınırını belirlemek için açıkça kullanılmadığı da söylenebilir. Bununla birlikte, kanun koyucunun kasti tanımlarken bilme ve isteme ifadelerine yer verip, daha sonra bilinçli taksirin tanımında “istememe”den söz ederek olası kasıta da istemenin bir şekilde bulunduğunu ima etmesi karşısında, kanun koyucunun (doğrudan) kasta ilişkin tanımında benimsediği yapıyı olası kasta da sirayet ettirdiği akla gelmektedir. Bu kapsamda da, kanun koyucunun olası kasıta da, daha az yoğunluklarda da olsa, bilme ve isteme unsurlarının bulunduğu ve olası kasıta bu unsurların karşılıklarının “öngörme” ile “kabullenme” olduğu yönünde bir değerlendirmede bulunduğu söylenebilecektir. Nitekim biz de bununla uyumlu olarak, olası kastın unsurlarını incelerken başlık olarak “olası kasıta bilme unsuru” ve “olası kasıta isteme unsuru” başlıklarını kullanmaktayız. Bilme ve istemenin olası kasıta daha az yoğunluklarda ortaya çıktığına dair görüş için bkz. Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 248; Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R. Murat ÖNOK 2022, age. s. 183. Benzer yönde bkz. Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 23.

²¹⁸ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 175.

Bu bakımdan yukarıda kastın kapsamına nelerin girmesi gerektiği incelenirken anlatılanlar, esas olarak olası kasıt için de geçerli olmaktadır²¹⁹. Zira hem doğrudan kastın hem de olası kastın tanımı kapsam bakımından aynı ifade üzerine kurulmuştur. Her ikisinde de “suçun kanuni tanımındaki unsurlar” ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle olası kasıt genellikle maddi unsurlardan neticeyle bağlantılı olarak ortaya çıksa da, mağdur veya mağdura ilişkin nitelikler ya da suçun maddi konusu gibi diğer maddi unsurlar bakımından da ortaya çıkabilir²²⁰.

Öğreti ve uygulamada olası kastın öngörme unsuru açıklanırken genellikle failin davranışı gerçekleştirirken kanuni tanımdaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini mümkün görmesi²²¹ veya davranışı nedeniyle maddi unsurların gerçekleşmesini muhtemel addetmesi²²² üzerinde durulmaktadır. Dolayısıyla, olası kasıta failin, davranışı nedeniyle maddi unsurların gerçekleşebileceğine ilişkin öngörüsünün ihtimal içeriğini tarif etmek için genel olarak “mümkün” veya “muhtemel” kelimelerinin kullanıldığı söylenebilir.

Bu kelimelerin sözlük tanımları iç içe geçmiş olsa da²²³ anlam bakımından ikisi arasında bir farkın bulunduğu kanaatindeyiz. Muhtemel kelimesi mümkün kelimesinden daha yüksek bir olasılığa işaret etmektedir²²⁴. Günlük kullanımda da mümkün kelimesi genellikle düşük veya orta ihtimalleri tarif etmek için kullanılırken; muhtemel kelimesi muhakkak seviyesine varmayan ancak yüzde elliden de yüksek olan ihtimalleri tarif etmek için kullanılmaktadır.

Dolayısıyla, manevi unsur türleri açıklanırken ihtimalleri tarif etmek için kullanılan kelimeler yüksek olasılıktan düşük olasılığa doğru muhakkak, muhtemel, mümkün şeklinde sıralanabilir. Failin davranışı nedeniyle meydana gelmesi muhakkak olan neticelerin ikinci dereceden doğrudan kastın kapsamında bulunduğunu yukarıda belirtmiştik. Buna göre, olası kasıta muhakkaka varmayan bir

²¹⁹ bkz. supra 23 vd.

²²⁰ age. s. 173; Koray DOĞAN 2020, agm. s. 366.

²²¹ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R. Murat ÖNOK 2022, age. s. 183. Benzer yönde bkz. Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 222.

²²² Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 273; İzzet ÖZGENÇ 2004, agm. s. 708; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 175; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 131-132; Berrin AKBULUT 2022, age. s. 487; YCGK 28.5.2019, E. 2018/451, K. 2019/456; YCGK 2.7.2019, E. 2019/121, K. 2019/518; YCGK 21.5.2020, E. 2018/473, K. 2020/225; YCGK 1.12.2020, E. 2018/386, K. 2020/495; YCGK 25.6.2020, E. 2016/545, K. 2020/316.

²²³ Sözlük tanımına göre, mümkün kelimesi “olabilir” veya “muhtemel, olası” anlamlarına gelmektedir. Muhtemel ise “gerçekleşmesi de gerçekleşmemesi de ihtimal dâhilinde olan, beklenen, beklenir, umulur, olası, olasılı, mümkün” anlamlarına gelmektedir. TDK (2022), <https://sozluk.gov.tr>, ET. 5.07.2022.

²²⁴ Benzer yönde bkz. Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 132.

ihtimal bulunmalıdır²²⁵. Bu ihtimal de muhtemel veya mümkün kelimeleri ile tarif edilebilir.

Görüldüğü üzere, öğreti ve uygulamada ağırlıklı olarak muhtemel kelimesi kullanılmaktadır²²⁶. Nitekim olası kastın söz konusu olabilmesi için mümkünden daha fazla bir ihtimalin bulunması gerektiği, başka bir deyişle neticenin gerçekleşmesinin muhtemel olmasının gerektiği de ifade edilmektedir²²⁷. Biz bu konuda öğretideki çoğunluk görüşüne katılmamaktayız. Olası kasıt muhtemelden daha düşük ihtimaller bakımından da ortaya çıkabilir. Gecenin çok geç bir saatinde arabasıyla ıssız bir yoldan geçen şoförün hız sınırlarının oldukça üzerinde gitmesi ve kırmızı ışığı görmesine rağmen “bu saatte buradan geçecek kişi varsa da çarparsam çarpayım” diyerek hızını azaltmadan kırmızı ışıkta geçip bir yayaya çarptığı takdirde, burada olası kastın bulunduğunu kabul etmek gerekecektir. Esasında, bu örnekte şoförün öngördüğü ihtimalin düşük olduğu kolaylıkla görülebilmektedir. Oysa şoför bu ihtimalin gerçekleşmesini kabullenerek trafik kurallarına aykırı bir şekilde aracını sürmeye devam etmekte ve yayanın ölümüne sebebiyet vermektedir. Bu durumda salt ihtimalin düşük olması nedeniyle olası kastın bulunmadığının iddia edilmesinin doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle olası kasıta öngörme unsuru bakımından muhtemel kelimesi yerine mümkün kelimesinin kullanılmasını daha doğru buluyoruz.

Esasen Türk Ceza Kanunu'nun olası kasıt ve bilinçli taksire ilişkin tanımları da bizi aynı sonuca götürmektedir. Her iki manevi unsur türünde de öngörmeden söz edilmiştir. Dolayısıyla öngörmeye verilen anlam her iki manevi unsur türünü de etkilemektedir²²⁸. Eğer yalnızca gerçekleşmesi muhtemelen görülen neticelerin öngörülmüş olacağı kabul edilirse hem kasten hem de taksirle işlendiğinde cezalandırılan eylemler bakımından bir boşluk ortaya çıkmış olacaktır. Gerçekleşmesi yalnızca mümkün görülen neticeler ne olası kastın ne de bilinçli taksirin kapsamına girecektir. Basit taksirin tanımında da açıkça neticenin öngörülmemesinden söz edildiği için bu eylemleri basit taksir kapsamında

²²⁵ Benzer yönde bkz. age. s. 133.

²²⁶ bkz. supra 43.

²²⁷ age. s. 132.

²²⁸ Failin tipikliğin gerçekleşmesini ciddi olarak mümkün görmesinin bilinçli taksir ve olası kasıt bakımından ortak bir unsur olduğu yönündeki görüş için bkz. Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 180.

değerlendirmek de mümkün olmayacaktır. Böyle bir sonucun kabul edilemeyeceği açıktır.

Eğer mümkün yerine muhtemel kelimesi kullanılarak, söz gelimi trafiğe çıkarken ölümlü veya yaralamalı bir kazaya sebebiyet verilebileceğinin öngörülmesine rağmen araba sürmeye devam edilmesi gibi oldukça düşük ve soyut ihtimallerin olası kastın kapsamına dâhil edilmesinin önüne geçilmek isteniyorsa, bunun yerine “ciddi olarak mümkün görme” gibi bir ifade kullanılabilir²²⁹. Olası kasıt için aranan olasılığın eşiğini yükseltmek yerine bu ihtimalin fail tarafından ciddi olarak mümkün görülmesini aramak daha doğru bir çözüm olacaktır. Ancak verdiğimiz son örnekteki gibi durumlarda da aslında öngörmenin gerçekleştiği tam olarak söylenemez. Zira öyle bir ihtimalde somut olayda öngörme gerçekleşmiş olmayacaktır. Yalnızca kişide günlük tecrübelerle göre hemen hemen herkesin sahip olduğu belli bir farkındalığın bulunduğu söylenebilecektir. Tek başına bu soyut farkındalığın somut olay bakımından öngörmenin varlığına delalet etmeyeceği izahtan varestedir.

Ancak gerçekleşebileceği öngörülen neticenin gerçekleşme ihtimalinin az olması, bir yandan somut olayda bilinçli taksirin varlığına da işaret edebilir²³⁰. Bu gibi hallerde failin, neticenin gerçekleşme olasılığını çok düşük gördüğünden, bunun gerçekleşmeyeceğine inandığı ve güvendiği, dolayısıyla bilinçli taksirle hareket ettiği düşünülebilir²³¹. Tabii ihtimalin düşük olmasının yalnızca bir emare teşkil edeceği unutulmamalıdır. Neticenin gerçekleşme olasılığının düşük olması elbette tek başına olası kastın yokluğuna veya bilinçli taksirin varlığına delalet etmez. Benzer şekilde salt neticenin gerçekleşme olasılığının yüksek olması nedeniyle olası kastın varlığını kabul etmek ve böylece bir kasıt karinesine yol açmak da yanlış olacaktır. En doğrusu, her somut olayın olası kastın her iki unsuru bakımından da değerlendirilmesi ve ona göre karar verilmesidir.

1.2.1.2. Olası Kasıttaki İsteme Unsuru

Olası kasıttaki iradi bir unsurun da bulunduğunu belirtmiştik. Şimdi bu iradi unsurun, başka bir deyişle isteme unsurunun ne şekilde tezahür ettiği üzerinde

²²⁹ bkz. Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 248; Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 332; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 180.

²³⁰ Benzer yönde bkz. Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 139.

²³¹ age. s. 139.

durulacaktır. Doğrudan kasıt ile bilinçli taksirin kanundaki tanımları bu konuda bir fikir vermektedir (TCK md. 21/1, md. 22/3). Doğrudan kasıta kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşmesi istendiğine, bilinçli taksirde ise istenmediğine göre olası kasıttaki iradi unsurun bu ikisinin arasında bir yerde bulunması gerekir. Dolayısıyla, kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşmesi bakımından, failin bunları tam olarak istediği de istemediği de söylenemeyecektir²³². O halde isteme ile istememe arasında bir iradi unsur tespit edilmeye çalışılmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, olası kastın sınırını bilinçli taksir teşkil ettiği ve bu iki manevi unsur türü birbirlerinden isteme unsuru yönünden ayrıldıkları için bu kısımda esasen olası kasıt ile bilinçli taksirin sınırı çizilmektedir. Bu nedenle olası kasıttaki iradi unsur tespit edilirken bu iki kavramın birlikte ele alınması faydalı olacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalarla uyumlu olarak, öğretide de olası kasıta failin neticenin yahut diğer maddi unsurların gerçekleşmesini arzu etmediği haklı olarak ifade edilmektedir²³³. Zira böyle bir arzunun bulunması durumunda olası kasıt yerine doğrudan kastın varlığından söz edilecektir. Olası kasıttaki isteme unsurunu tarif etmek için hem öğretide hem de uygulamada pek çok farklı ifade kullanılmakta ve anlatıma başvurulmaktadır. Olası kasıta failin neticenin²³⁴ gerçekleşmesini öngörmesine rağmen bunların gerçekleşmesini kabullenmesi²³⁵, göze alması²³⁶,

²³² Hakan HAKERİ 2022, age. s. 246.

²³³ İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 334; İzzet ÖZGENÇ 2004, agm. s. 718.

²³⁴ Olası kastın yalnızca netice bakımından değil, suçun kanuni tanımındaki diğer maddi unsurlar bakımından da söz konusu olabileceğini belirtmiştik fakat öğretide olası kasıt neredeyse tüm yazarlar tarafından netice bakımından ele alınmaktadır. Öğretide yaygın olarak kullanılan ifadeleri paylaşmak istediğimiz için de burada doğrudan netice ifadesini kullandık.

²³⁵ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 248; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 180; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 124; Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 23; Hakan HAKERİ 2022, age. s. 221; Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 273-275; Hamide ZAFER 2021, age. s. 313; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 264; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKÇEN, M. Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2022, age. s. 412-414; İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 303; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 222; Berrin AKBULUT 2022, age. s. 465; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 379; YCGK 6.6.2017, E. 2017/108, K. 2017/311; YCGK 18.12.2018, E. 2015/336, K. 2018/652; YCGK 28.5.2019, E. 2018/451, K. 2019/456; YCGK 2.7.2019, E. 2019/121, K. 2019/518; YCGK 27.6.2019, E. 2018/545, K. 2019/504; YCGK 21.5.2020, E. 2018/473, K. 2020/225; YCGK 25.6.2020, E. 2016/545, K. 2020/316; YCGK 4.2.2021, E. 2019/372, K. 2021/22.

²³⁶ Uğur ALACAKAPTAN 1975, age. s. 160; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 248; Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 23; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 373; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 264; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 180; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 247; Berrin AKBULUT 2022, age. s. 465; Hakan HAKERİ 2022, age. s. 246; Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R. Murat ÖNOK 2022, age. s. 183; YCGK 6.6.2017, E. 2017/108, K. 2017/311; YCGK 28.5.2019, E. 2018/451, K. 2019/456; YCGK 21.5.2020, E. 2018/473, K. 2020/225; YCGK 25.6.2020, E. 2016/545, K. 2020/316; YCGK 4.2.2021, E. 2019/372, K. 2021/22.

umursamaması²³⁷ veya bunların gerçekleşmesine kayıtsız kalması²³⁸, aldırılmaması²³⁹, katlanması²⁴⁰, duyarsız kalmasından²⁴¹ söz edilmektedir. Kanun'un gerekçesinde de failin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, bunların gerçekleşmesini kabullenerek davranışını gerçekleştirmesinden bahsedildiğini daha önceden belirtmiştik²⁴². Buna göre, fail kanuni tanımdaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen bunların gerçekleşmesini kabullenmişse isteme unsuru dolaylı olarak gerçekleşmiş olacaktır²⁴³. Olası kasıttaki hem istemenin hem de istememenin bulunmadığının ifade edilmesi karşısında, buradaki isteme unsurunun karışık yapısını ifade etmek için olası kasıttaki maddi unsurların gerçekleşmesi bakımından “istememeyi istememe” şeklinde bir durumun bulunduğu da ifade edilmektedir²⁴⁴.

Olası kasıttaki isteme unsurunu tarif etmek için kullanılan ifadelerden yukarıda yer verdiklerimiz, genel olarak aynı anlamlarda veya birbirini tamamlayacak şekilde kullanılmaktadır. Söz gelimi, failin neticeye kayıtsız kaldığı ve neticeyi kabullendiği söylenir. Ancak bize göre, yukarıda paylaştığımız kıstasların bir kısmı diğerlerinin taşıdığı anlamdan farklı bir anlam taşımaktadır. Bu anlam farklılığını açıklayabilmek için saydığımız kıstasları “kabullenme” ve “kayıtsızlık” kategorileri altında toparlayabiliriz.

Kanaatimizce, olası kasıttaki öncelikle kabullenme veya göze almanın bulunduğu bir kategoriden bahsedilebilir. Kabullenme veya göze almanın söz konusu haller bakımından, failin, gerçekleşebileceğini öngördüğü maddi unsurun gerçekleşmesini bir şekilde benimsediği yahut gerçekleştireceği davranış ile

²³⁷ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 374-375; Hamide ZAFER 2021, age. s. 313; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 135; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 179.

²³⁸ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2021a, age. s. 256; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 373; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 175; Berrin AKBULUT 2022, age. s. 465; Kayıhan İÇEL 2021, age. s. 446; Hakan HAKERİ 2022, age. s. 246; YCGK 6.6.2017, E. 2017/108, K. 2017/311; YCGK 28.5.2019, E. 2018/451, K. 2019/456; YCGK 2.7.2019, E. 2019/121, K. 2019/518; YCGK 21.5.2020, E. 2018/473, K. 2020/225; YCGK 1.12.2020, E. 2018/386, K. 2020/495; YCGK 25.6.2020, E. 2016/545, K. 2020/316; YCGK 4.2.2021, E. 2019/372, K. 2021/22.

²³⁹ Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 333; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 271-272.

²⁴⁰ İzzet ÖZGENÇ 2004, agm. s. 708; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 175; Berrin AKBULUT 2022, age. s. 465.

²⁴¹ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 374.

²⁴² TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 424.

²⁴³ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 248.

²⁴⁴ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 273-275.

gerçekleşebileceğini öngördüğü maddi unsuru zihninde mukayese edip davranışı gerçekleştirilmeyi maddi unsurun gerçekleşmesine sebebiyet vermenin yaratacağı olumsuzluktan daha önemli görerek davranışı gerçekleştirilmeyi tercih ettiği haller düşünülebilir. Görüleceği üzere, bu ihtimallerde fail neticenin gerçekleşmesini zihninde canlandırıp içsel olarak onaylamaktadır.

Yargıtay'ın yakın tarihli iki kararı bu duruma örnek olarak verilebilir. Kararların ilkinde, sanık ve uyuşturucu satın aldığı maktul sanığın kamyonunun içerisinde uyuşturucu kullanmaktadırlar. Bu sırada karşıdan gelen bir aracı polis aracı zannederler. Bunun üzerine maktul araçtan iner. Sanığın kaçmak için aracı çalıştırıp hareket ettiği sırada, maktul aracın kapısını açıp tekrar binmeye çalışır. Sanık, maktulün kamyonu binmeye çalıştığını görmesine rağmen aracını yavaşlatmayıp aynı hızla yola devam eder ve dengesini sağlayamayan maktul yere düşer. Sanık, maktulün aracın arka tekerleğinin altında kalıp yaralandığını görmesine rağmen yoluna devam eder ve maktul olay yerinde ölür. Olayda sanığın “*muhtemel neticeye kayıtsız kalarak bunu kabullendiği*” söylenerek olası kastın bulunduğu karar verilmiştir²⁴⁵.

Diğer kararda ise sanık işlettiği bakkalın bodrum katında sahte içki üretmektedir. Maktul ve kardeşi rakı içmek isterler ve maktulün kardeşi yeğenini bakkala içki alması için gönderir. Sanık maktulün yeğenine pet şişenin içerisinde sahte rakı verir. Maktul ve kardeşi evde sahte rakıyı içtikten sonra maktul görme bozukluğu yaşamaya başlar. Bunun üzerine hastaneye kaldırılan maktul alkol zehirlenmesi ve gelişen komplikasyonlar sonucu hayatını kaybeder. Bu olayda da sanığın, sahte rakı satarak insanların ölümüne yol açabileceğini öngörmesine rağmen bunu kabullenerek eylemini gerçekleştirdiği ve bu nedenle olası kasıtlı öldürme suçunu işlediğine karar verilmiştir²⁴⁶.

Öğreti ve uygulamada olası kastın iradi unsurunu açıklayabilmek için kullanılan bazı formüller de esasında bu kategorinin kapsamında değerlendirilebilir. Bunlardan birisi olası kasıtlı failin maddi unsurun gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen “*olursa olsun*” diyerek davranışı gerçekleştiriyor olmasıdır²⁴⁷. Söz gelimi, fail sinirlendiği kişiye yerden bulduğu taşı atacakken, taşın sinirlendiği kişinin

²⁴⁵ YCGK 4.2.2021, E. 2019/372, K. 2021/22.

²⁴⁶ YCGK 9.9.2021, E. 2019/314, K. 2021/373.

²⁴⁷ Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 333; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 272-273; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 377; YCGK 28.5.2019, E. 2018/451, K. 2019/456.

yanındaki kişiye de isabet edebileceğini öngörür ancak “olursa olsun”, “taş ona isabet ederse etsin” diyerek taşı yine de atar.

Kullanılan diğer formül ise “Frank formülü” adındaki formüldür. Bu formüle göre, failin “ister öyle ister böyle yine de yapacağım” dediği veya “öyle olacağını bilseydim yine de yapardım” dediği hallerde olası kasıt söz konusudur²⁴⁸. Buna karşılık, fail maddi unsurun gerçekleşmesini göze alamıyorsa ya da “öyle olacağını bilseydim yapmazdım” diyorsa bilinçli taksirin varlığından söz edilecektir²⁴⁹.

Bu gibi hallerde failin neticenin gerçekleşmesini içsel olarak onayladığı görülebilmektedir. Bu içsel onaylama ile kastedilen elbette failin maddi unsurun gerçekleşmesini istemesi değildir. Eğer içsel onaylama, isteme boyutuna varıyorsa artık olası kastın değil birinci dereceden doğrudan kastın varlığından söz edilecektir. Ancak bu içsel onaylamanın da yer yer istemeye yaklaştığı veya istemeden uzaklaştığı söylenebilir. Bu bakımdan, kabullenmenin de farklı yoğunlukları yahut dereceleri bulunabilir. Söz gelimi, eşinin doğumuna yetişebilmek için hızlı ve trafik kurallarına uymayan bir şekilde araç süren ırkçı bir kişi, sevmediği ırktaki kişilerin yaygın olarak yaşadığı bir mahalleden geçiyor olsun. Şoför, o kişilere çarpıp onların yaralanmalarına veya ölmelerine neden olabileceğini öngörmesine rağmen bu neticeleri tasvip eder bir şekilde “çarparsam çarpayım” diyerek aynı şekilde araç sürmeye devam ederse, buradaki “kabullenme” istemeye oldukça yakın bir şekilde tezahür etmiş olur.

Buna karşılık, az önce uyuşturucu kullanırken karşıdan gelen aracı polis aracı zannedip kaçmaya çalışırken maktulün ölümüne sebebiyet veren şoföre ilişkin bahsettiğimiz karar hatırlanacak olursa orada da kabullenmenin nispeten zayıf bir şekilde bulunduğu görülecektir. Gerçekten de olayda şoför uyuşturucu kullandıktan sonra polise yakalanma korkusuyla oradan bir an önce uzaklaşmaya çalışmıştır. Bu esnada, maktulün arabanın tekerleğinin altında kalıp yaralandığını görmüşse de polise yakalanma korkusuyla hız kesmeden kaçmaya devam etmiştir. Burada şoförün ölüm neticesine olumlu baktığını gösteren herhangi bir emare bulunmasa da yine de neticeyi kabullendiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, kabullenme somut olaya göre

²⁴⁸ Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 333; Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 273; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 250; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 179; Koray DOĞAN 2020, agm. s. 374; YCGK 2.7.2019, E. 2019/121, K. 2019/518; YCGK 21.5.2020, E. 2018/473, K. 2020/225; YCGK 1.12.2020, E. 2018/386, K. 2020/495.

²⁴⁹ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 273; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 250; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 179.

farklı derecelerde karşımıza çıkabilir. Ancak her iki ihtimalde de kabullenmenin ve dolayısıyla olası kastın bulunduğunu kabul etmek gerekecektir.

Olası kasıttaki isteme unsuru bakımından yaptığımız ayırmadaki ikinci kategoriye ise temel olarak kayıtsızlık teşkil etmektedir. Olası kasıttaki kayıtsızlık aslında kabullenmeyle oldukça yakın bir anlam taşısa da ikisinin arasında ince bir ayırımın bulunduğu kanaatindeyiz. “Kayıtsız kalmak” sözlükte “önem vermemek, umursamamak” olarak tanımlanmıştır²⁵⁰. Kayıtsız kalma durumunda kabullenmedeki iç onaylamanın bulunmadığını düşünmekteyiz. Fail maddi unsurun gerçekleşebileceğini öngörür ancak bunu adeta aklının bir köşesine iter. Bu durumu umursamaz²⁵¹ ve bu durumun üzerine düşünmez.

Öğretide olası kasıttaki iradi unsuru tarif etmeye yönelik pek çok tarifin de aslında kayıtsızlığı ifade etmeye yönelik olduğu kanaatindeyiz. Gerçekten de kayıtsızlık durumunda fail, maddi unsurun gerçekleşmesine aldırma²⁵², duyarsız kalır²⁵³. Fail neticenin gerçekleşmemesi için herhangi bir çaba göstermez ve neticenin gerçekleşmesini olayın seyrine bırakır²⁵⁴.

Bu durumu bir Yargıtay kararı üzerinden incelemenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Olayda, 16 yaşındaki sanık ehliyet olmadan araç sürmekte, hız sınırının saatte 50 kilometre olduğu bir bölgede saatte 110 kilometre hızla gitmekte ve kırmızı ışıkta geçerken yaya geçidinden nizami olarak karşıdan karşıya geçmekte olan yayaya hızlı bir şekilde çarpılmaktadır. Daha sonra da kazayı polise bildirmeden olay yerini terk etmiştir. Sanığın çarptığı yaya kaza nedeniyle yaralanmıştır. Yargıtay bu olayda olası kastın bulunduğuna haklı olarak karar vermiştir²⁵⁵.

Ancak sanığın bu olayda taşıdığı iradi unsuru tarif etmek için kabullenme yerine kayıtsızlık ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Bahsettiğimiz trafik ihlallerini gerçekleştiren bir kişi elbette bir trafik kazasına ve dolayısıyla başkalarının yaralanmasına sebebiyet verebileceğini öngörür. Bununla birlikte, sanığın yayanın yaralanmasını kabullendiğini söylemenin güç olacağı

²⁵⁰ TDK (2022), <https://sozluk.gov.tr>, ET. 8.7.2022.

²⁵¹ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 374-375; Hamide ZAFER 2021, age. s. 313; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 135; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 179.

²⁵² Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 333; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 271-272.

²⁵³ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 374.

²⁵⁴ İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 303; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 180; Berrin AKBULUT 2022, age. s. 465.

²⁵⁵ YCGK 21.5.2020, E. 2018/473, K. 2020/225.

kanaatindeyiz. Muhtemeldir ki sanık genç yaşı nedeniyle hız yapıp kendisini tatmin etmek ve heyecan duymaya çalışmaktadır. Öngördüğü fakat üzerine düşünmek istemediği, adeta görmezden gelmeye çalıştığı netice gerçekleşince de korkup olay yerinden kaçmaktadır. Bu olay örgüsünde sanığın neticenin gerçekleşmesini kabullendiğini düşünmemektediriz. Sanık yalnızca neticenin gerçekleşmesine kayıtsız kalmıştır. Bu neticeyi umursamamış, neticenin gerçekleşme ihtimaline aldırmamıştır.

Kanaatimizce bu olay ile “fail öyle olacağını bilseydi yine de öyle davranırdı” diyebileceğimiz olaylar arasında bir fark bulunmaktadır. Gerçekten de failin maddi unsurun gerçekleşmesine kayıtsız kalarak hareket ettiği olaylarda “fail öyle olacağını bilseydi yine de yapar mıydı?” diye sorulduğunda yanıt muhtemelen pek çoğunda “hayır” olacaktır. Belirtelim ki kabullenmenin bulunduğu olayların bir kısmında da durum böyledir. Zira failin risk aldığı anda bir belirsizlik ortamı mevcuttur ve kişi farazi değerlendirmelerde bulunarak davranışını gerçekleştirir. Netice gerçekleşip de bu belirsizlik ortamı ortadan kalktıktan sonra failin davranışlarını bu yönden değerlendirmek hatalı olacaktır. Bu bakımdan Frank formülünün olası kastın tatbik sahasını daraltan bir formül olduğunu da düşünmekteyiz.

Olası kastın alt sınırını teşkil ettiği için bilinçli taksirin tatbik sahasını da tespit etmek gerekir. Türk Ceza Kanunu bilinçli taksirde neticenin istenmediğini belirtmiştir (TCK md. 22/3). O halde neticenin ne zaman istenmemiş olduğunu belirlemek gerekir. Türk ceza hukukunda neticenin istenmemiş olması ve bilinçli taksirin mevcudiyeti bakımından özellikle iki hususa büyük önem atfedilmektedir. Bunlardan birincisi, failin neticenin meydana gelebileceğini öngörmesine rağmen bunun gerçekleşmeyeceğine güvenmesi²⁵⁶, inanması²⁵⁷ veya gerçekleşmeyeceği kanısında²⁵⁸ olmasıdır. Bu noktada özellikle failin kendi becerisine, yeteneğine, ustalığına, deneyimine veya durumun özelliklerine güvenmesine ve neticeyi

²⁵⁶ Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 333-334; Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 303; İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 334; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 180; Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 279; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 250; Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R. Murat ÖNOK 2022, age. s. 184.

²⁵⁷ Uğur ALACAKAPTAN 1975, age. s. 159-160; Faruk EREM 1984, age. s. 538; Kayıhan İÇEL 2021, age. s. 473; Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 279; Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 457; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 222; Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN (2021b), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Genişletilmiş, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, s. 61; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 391-392.

²⁵⁸ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 272; Uğur ALACAKAPTAN 1975, age. s. 159; Kayıhan İÇEL 1967, age. s. 191; Kayıhan İÇEL 2021, age. s. 473; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 155.

önleyebileceği yönündeki inancına önem verilmektedir²⁵⁹. Buna örnek olarak failin hasmını vurmaya çalışırken hasmının yanındaki kişiyi de vurabileceğini öngörmesi fakat silah kullanmadaki yeteneğine güvenerek bunun gerçekleşmeyeceğine inanması veya tehlikeli bir şekilde araç süren şoförün önüne yaya çıkması durumunda manevra yaparak kazayı önleyebileceğine inanması durumları verilebilir²⁶⁰. Fail bu tür hususlara güvenerek neticenin gerçekleşmeyeceği yönünde bir kanaate ulaşmışsa artık neticenin iradi olmayacağı belirtilmektedir²⁶¹. Ancak talihe güvenerek neticenin gerçekleşmeyeceği yönünde boş umutlar besleyen kişinin bilinçli taksirle değil olası kasıtlı hareket etmiş olacağı da ifade edilmektedir²⁶².

Bilinçli taksir bakımından önem verilen diğer husus ise failin neticenin meydana gelmemesi için çaba göstermesidir²⁶³. Buna göre, fail neticenin meydana gelmesini önlemeye çalıştığı takdirde, neticenin gerçekleşmesini istemediğini göstermiş olacağı için artık olası kasıt değil, bilinçli taksir söz konusu olacaktır. Bu durum ise genellikle trafik kazalarında şoförün bir başkasına çarpabileceğini öngördükten sonra fren yapması veya çarpmamak için manevra yapması şeklinde somutlaşmaktadır.

Yargıtay da kararlarında bilinçli taksirin varlığı bakımından failin neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenmesini veya neticenin gerçekleşmesini önlemeye yönelik çabasını göz önünde bulundurmaktadır. Söz gelimi, Yargıtay'ın bir kararında acil işi olduğundan kestirmeden anayola çıkmak için orta refüjle bölünmüş yolda ters yönde giderken ve yavaş sayılamayacak bir hızda araç kullanırken, karşıdan karşıya geçmekte olan mağdura çarpan sanığın, *“gideceği mesafenin kısa olmasına, tecrübesine, şoförlük yeteneklerine, özellikle de şansına ve yoldan geçenlerin ...*

²⁵⁹ Uğur ALACAKAPTAN 1975, age. s. 159; Turhan Tûfan YÜCE 1982, age. s. 334; Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 303; Faruk EREM 1984, age. s. 538; Kayıhan İÇEL 1967, age. s. 192; Kayıhan İÇEL 2021, age. s. 473; Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 457; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 222; İzzet ÖZGENÇ 2022, age. s. 293; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 155-158; Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2021b, age. s. 61; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 393; Koray DOĞAN 2020, agm. s. 365.

²⁶⁰ Uğur ALACAKAPTAN 1975, age. s. 159; Turhan Tûfan YÜCE 1982, age. s. 334; Kayıhan İÇEL 1967, age. s. 192; Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 457.

²⁶¹ Kayıhan İÇEL 1967, age. s. 192; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 222.

²⁶² Kayıhan İÇEL 1967, age. s. 192; Faruk EREM 1984, age. s. 538; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 182. Benzer yönde bkz. Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 156-158; İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 334.

²⁶³ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 272; Kayıhan İÇEL 2021, age. s. 446; İzzet ÖZGENÇ 2022, age. s. 293; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 273; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 157-158; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 393.

dikkatli davranacaklarına güvenmiş” olması sebebiyle bilinçli taksirle hareket ettiğine karar verilmiştir²⁶⁴.

Yargıtay’ın kararına konu olan başka bir olayda, sanık, ışık kontrollü bir kavşağa yaklaşırken kendi yönündeki araçlara kırmızı ışık yanmasına rağmen, kavşağın henüz boş olmasından faydalanarak karşıya geçmeye çalışır. Sanık bu esnada kendi yönüne yeşil ışık yanan ve nizami bir şekilde kavşağa giren mağduru görür ve frene basar. Sanığın frene basması üzerine olay yerinde 19 metrelik fren izi oluşmuştur. Ancak sanık buna rağmen mağdurun içerisinde bulunduğu araca çarpmış ve mağdurun yaralanmasına neden olmuştur. Yargıtay bu kararda sanığın frene basması bakımından bu davranışın, *“bilinçli taksirin özünü oluşturan ve bilinçli taksiri, olası kasttan ayıran en önemli ilke olan, öngörülen ve gerçekleşen neticenin istenmemesi ve engelleme çabasını”* gösterdiğini kabul etmiştir. Sanığın neticeyi öngördüğü ancak istemediği ve neticenin meydana gelmemesi için çaba sarf ettiği belirtilerek bilinçli taksirle hareket ettiğine karar verilmiştir²⁶⁵.

Türk ceza hukukunda olası kasıt ve bilinçli taksire ilişkin görüşler genel olarak bu şekilde olmakla birlikte mevcut sistemin birçok yönden eleştiriye açık olduğu kanaatindeyiz. Bu konuda öğretilerdeki görüşlere ve uygulamaya ilişkin değerlendirmelerimiz paylaşılacaktır. Öncelikle uygulamada olası kasıt ile bilinçli taksirin ayırt edilmesinde zaman zaman sorunlar yaşandığını düşünmekteyiz. Yargıtay’ın 2009’da önüne gelen bir olayda, bir kamyon şoförü inşaatta kullanılmak üzere kamyonuna kamyonun kasasını aşacak şekilde dolgu malzemesi yükletmiş ve üzerine branda çekilerek kapatılması gibi herhangi bir tedbire başvurmadan şehirlerarası yola çıkmıştır. Şoför aracını sürerken dolgu malzemelerinden 40x30 cm ebatlarında bir taş kamyonun kasasından düşüp bir yayaya isabet etmiş ve onun ölümüne neden olmuştur. Yargıtay sanığın bu *“hatalı taşıma yönteminin zaman ve emekten tasarruf sağlaması ve bu yöntemle ilgili geçmiş deneyimlerinin şanslı sonuçlanması gibi nedenlerle”*, öngördüğü riski göze aldığını söyleyerek sanığın neticeyi öngördüğünü fakat istemediğini belirtmiş ve olayda bilinçli taksirin

²⁶⁴ YCGK 25.3.2014, E. 2013/12-11, K. 2014/139 (Metin TANCI (2016), *Yargıtay Ceza Genel Kurulu İçtihatları Açıklamalı Rehberi (01.01.2002-31.12.2015 Tarihleri Arası)*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 278). Benzer yönde bkz. YCGK 9.12.2014, E. 2013/9-125, K. 2014/543 (Metin TANCI 2016, age. s. 283); YCGK 13.3.2018, E. 2015/670, K. 2018/93 (Koray DOĞAN 2020, agm. s. 370).

²⁶⁵ YCGK 6.6.2017, E. 2017/108, K. 2017/311. Benzer yönde bkz. YCGK 14.6.2011, E. 2011/9-110, K. 2011/123 (Metin TANCI 2016, age. s. 284-285).

bulduğuna karar vermiştir²⁶⁶. Bu olayda failin öngördüğü ve göze aldığı risk, kamyonundan bir taşın düşüp bir başkasının yaralanmasına veya ölmesine sebep olmasına ilişkin risktir. Burada ölüm neticesinin değil de, ölüme ilişkin riskin göze alındığının söylenmesi pek de farklı bir anlama gelmemektedir. Risk ölüme ilişkin olduğu için bu riskin göze alınmasıyla ölüm neticesi de göze alınmaktadır. Ölüm neticesinin göze alındığı kabul edildiği takdirde de olayda neden olası kastın değil de bilinçli taksirin bulunduğunu izah etmek pek de kolay olmayacaktır diye düşünüyoruz.

Yargıtay'ın 2016 tarihli bir kararında ise sanığın ölüm neticesini *“kabullendiğine ve arzuladığına ilişkin dosyada herhangi bir delil bulunmadığından”*, sanığın olası kasıtle hareket etmediğine karar verilmiştir²⁶⁷. Olası kastın varlığı bakımından sanığın neticeyi kabullenmesini ve arzulamasını aramak, olası kastın sınırlarını oldukça daraltan bir yaklaşımdır. Bu konuda Yargıtay'ın *“kabullenme”*nin yanında *“arzu etme”*nin de varlığını araması hatalıdır²⁶⁸. Olası kasıtle failin neticeyi arzu etmesi arandığı takdirde esasen olası kastın kapsamına giren pek çok somut olayın bilinçli taksirin kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

Yargıtay'ın 2021 tarihli bir kararına konu olan bir olayda ise alkollü araç kullanması nedeniyle sürücü belgesine önceden el konulmuş olan sanık aracını hız sınırlarının çok üzerinde sürmüştür. Bu esnada sanığa 100-200 metre uzaklıkta olan bir yaya karşıdan karşıya geçmek için yola çıkmıştır. Sanık kornaya basmış ancak aracını sürmeye devam etmiştir. Sanık hiç fren yapmadan yayaya çarpmış ve ölümüne neden olmuştur. Olayda herhangi bir fren izi tespit edilememiştir. Yaya çarpmanın etkisiyle 61 metre sürüklenmiş ve araç ancak 76 metre sonra durabilmiştir. Yargıtay, sanığın yayaya çarpabileceğini öngörmesine rağmen *“şoförlük yeteneğine, şansına ve ölen yayanın kendisini fark ederek tedbirli ve dikkatli davranacağına güvenerek istemediği neticeye neden olduğu kazada”* bilinçli taksirle hareket ettiğine karar vermiştir²⁶⁹.

Yargıtay'ın bu kararının hatalı olduğu kanaatindeyiz. Bir başkasına çarpabileceğini öngörmesine rağmen korna çalmakla yetinip yayaya çarpma kadar

²⁶⁶ YCGK 6.10.2009, E. 2009/9-189, K. 2009/220 (Metin TANCI 2016, age. s. 281-282).

²⁶⁷ YCGK 22.3.2016, E. 2014/779, K. 2016/136 (Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 333).

²⁶⁸ Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 333.

²⁶⁹ YCGK 4.2.2021, E. 2018/12, K. 2021/21.

hiçbir şekilde fren yapmayan bir kişinin bilinçli taksirle hareket ettiğini savunmak pek mümkün gözükmemektedir. Olayda sanık olası kasıtlı hareket etmiştir. Bu yanlış kararların olası kastın iradi unsurunun tam anlaşılmasından kaynaklandığını düşünmekteyiz. Failin, neticenin gerçekleşmesini arzu etmesini ya da kabullenmesini aramak olası kastın tatbik sahasını gereksiz yere daraltmaktadır. Kabullenme kıstası somut olayların değerlendirilmesinde hatalara yol açmaktadır. Sürekli olarak failin bir başkasının ölümünü kabullenip kabullenmediği üzerinde durulmakta ve fail başka bir sebep olmaksızın böyle bir sonucu kabullenmeyeceği için bilinçli taksirin bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Ancak olası kastın isteme unsurunu bu şekilde yorumlamak doğru değildir. Olası kastın varlığı bakımından failin kayıtsızlığı yeterlidir. Olayda fail gerçekten de maktule çarpıp ölümüne neden olabileceğini ciddi olarak mümkün görmektedir ve bu sebeple korna da çalmaktadır. Bu somut ve büyük tehlikenin varlığına rağmen fail frene basmaktan kesinlikle imtina etmektedir. Burada artık failin ölüm neticesine kayıtsız kaldığını kabul edip olası kastın varlığına hükmetmek gerekmektedir.

Ancak belirtelim ki, kayıtsızlık kıstası da olası kastın kapsamına giren hallerin sınırını çizmek bakımından yetersiz kalmaktadır. Yargıtay'ın olası kastın bulunduğuna karar verdiği bazı somut olaylar incelendiği takdirde, ifade etmeye çalıştığımız husus daha kolay bir şekilde anlaşılacaktır. Ele almak istediğimiz ilk olayda, sürücü belgesi alkol sebebiyle iptal edilmiş olan sanık alkol aldıktan sonra kamyonetiyle eve dönmektedir. Yolda birkaç aracı makas atarak geçer. Sanık ışıklı kavşağa yaklaşmasına ve bulunduğu yöne kırmızı ışık yanmasına rağmen fren yapmadan ve hızını azaltmadan boş olan sol şeridi kullanarak hızlı bir şekilde kavşaktan geçmeye çalışır. Bu esnada kendisine yeşil ışık yanan ve nizami bir şekilde sola dönüş yapmaya çalışan maktule çarpar ve onun ölümüne sebebiyet verir²⁷⁰.

İkinci olayda, sanık arkadaşlarıyla beraber alkol almaktadır. Sanık “*öğleden akşama kadar alkol alabileceğini ve alkolün kendisini etkilemeyeceğini*” söylemiştir. Daha sonra bu kişiler hep birlikte sanığın sevk ve idaresindeki araca binip yola çıkmışlardır. Hız sınırının çok üzerinde giden sanık yolda kırmızı ışık ihlallerinde bulunmuş, önündeki araçlara makas atmış, “*kırmızı ışıklara karşı takıntım var, durmuyorum*” demiş, araçtakilerin kendisinden yavaşlamasını istemesine rağmen

²⁷⁰ YCGK 2.7.2019, E. 2019/121, K. 2019/518.

onları duymamak için müziğin sesini sonuna kadar açıp aracını sürmeye devam etmiştir. Sanığın yaklaştığı ışık kontrollü kavşakta yeşil ışık henüz yandığı için diğer sürücüler yeni hareket etmeye başlamışlardır. Buna rağmen sanık hızını azaltmamış ve yeni hareket etmeye başlayan araçların arasından makas atarak geçmeye çalışmıştır. Bu sırada başka bir araca arkadan çarpmıştır. Sanığın sürdüğü araç savrulmuş ve orta refüjdeki demir korkuluklara çarpmıştır. Aracın arka koltuğunda oturan maktul araçtan fırlayıp yola düşmüştür. Sanık aracını sürmeye devam etmiş ve arkadaşlarının maktulün araçta olmadığını söylemesi üzerine çarpışmanın olduğu yerden 450 metre ileride durmuştur. Araçtan düşen maktul ve sanığın aracındaki bir başka yolcu daha hayatını kaybetmiştir²⁷¹.

Üçüncü olayda, 10 yıldır tek el ürünleri satan ve büfe işleten sanıklar, kaçak satış yapan bir kişiden yasal olmayan şekilde üretildiğini ve kaçak olduğunu bildikleri rakıları satın almış ve satışa arz etmişlerdir. Rakı sattıkları bir kişi rakıyı içtikten sonra fenalaşmış hastaneye kaldırılmış ve bir hafta sonra metanol zehirlenmesinden hayatını kaybetmiştir²⁷². Dördüncü olayda sanık, evinin önünde yakın akrabasının düğünü için yapılan kutlama sırasında, ikinci kattaki evinin balkonundan tabancayla rastgele dört el ateş etmiştir. Mermilerden birisi karşı binanın dördüncü katında kutlamayı izleyen üç yaşındaki bir çocuğun alınına isabet etmiştir. Çocuk bunun sonucunda hayatını kaybetmiştir²⁷³.

Ele almak istediğimiz son olayda ise sanık dükkânında başka bir kişiyle tartışmaktadır. Sanık tehdit amacıyla silahıyla tartıştığı kişinin ön tarafına doğru yere bir el ateş edip “*seni ve eşini öldüreceğim*” der. Dükkândaki başka bir kişi sanığın tartıştığı kişiyi dışarı çıkarır. Maktul ve bir kişi daha sanığı sakinleştirip elindeki silahı almaya çalışırlarken, sanık silahı vermemek için direnir. Bu kişiler silahı karşılıklı olarak çekiştirirlerken silah patlar ve maktul yaralanır. Sanık ve diğer kişiler maktulü dükkândan dışarı çıkarıp taksiye bindirirler. Hep birlikte hastaneye giderler ancak maktul hastanede hayatını kaybeder²⁷⁴.

Bu beş olayda da Yargıtay Ceza Genel Kurulu haklı olarak sanıkların olası kasıtlı hareket ettiklerine karar vermiştir. Ancak bu olayların kayıtsızlıkla açıklanmasının pek de mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Beş olayda da sanıklar

²⁷¹ YCGK 27.6.2019, E. 2018/545, K. 2019/504.

²⁷² YCGK 1.12.2020, E. 2018/386, K. 2020/495.

²⁷³ YCGK 25.6.2020, E. 2016/545, K. 2020/316.

²⁷⁴ YCGK 9.9.2021, E. 2021/101, K. 2021/382.

çok büyük bir pervasızlıkla hareket etmişlerse de, sanıkların ölüm neticelerine kayıtsız olduklarını söylemek zordur. İlk olayda, failin, gerçekleştirdiği ciddi trafik ihlallerine rağmen kendisinin de yaralanabileceği veya ölebileceği ya da arabasının ağır maddi hasar görebileceği yahut bir başkasının ölümüne sebebiyet verebilecek bir kazanın gerçekleşmesine kayıtsız kaldığını söylemenin gerçekçi olmayacağı kanaatindeyiz. İkinci olayda ise fail adeta alkol içmenin kendisini etkilemediği, bünyesinin alkole dayanıklı olduğu, hızlı bir şekilde araba sürebildiği, başkalarına makas atabilecek kadar iyi araba sürebildiği ve kırmızı ışıkta geçebilecek kadar cüretkâr olduğu konularında arkadaşlarına gösteriş yapmaya çalışmaktadır. Olayda fail oldukça tehlikeli bir şekilde araç sürmüştür. Ancak bu durumun, failin, arkadaşlarının ölümü yönündeki neticelere kayıtsız kaldığını göstermeyeceğini düşünmekteyiz.

Üçüncü olayda sanıklar daha yüksek kâr ile satış yapabilmek için sahte rakı satın alıp satışı arz etmektedirler. Dördüncü olay sanık akrabasının düğününü kutlamak için havaya ateş etmektedir. Son olayda sanık elindeki silahı vermemek için direniş göstermektedir. Somut olaylarda gerçekleşen neticelere ve somut olaylardaki kişilerin hedeflerine dikkat edilirse bu ikisi arasında ciddi bir ölçsüzlüğün yahut çelişkinin bulunduğu görülebilir. Olaya pragmatist ve bencilce yaklaşıldığı takdirde dahi, daha çok kâr etmek için sahte rakı satan sanıkların, müşterilerinin ölümü şeklinde tezahür eden ve kendileri için çok daha büyük sorunlara yol açabilecek neticeye kayıtsız kalacaklarını söylemek zordur. Silahını vermemek için çekiştiren sanığın ise maktulün ölümüne kayıtsız olmadığı çok açıkça görülmektedir. Somut olayda sanığın maktulün ölümünü istemediği net bir şekilde görülmektedir. Keza kutlama yapmak için havaya ateş eden sanığın da kutlama yapma isteği ile son derece ölçsüz düşen ölüm neticesine kayıtsız kaldığını söylemek zor gözükmemektedir. Bu kişilerin, davranışlarını gerçekleştirirken ölüm neticelerine kayıtsız kaldıklarını söylemenin gerçeğe uygun düşmeyeceği kanaatindeyiz. Muhtemeldir ki bu kişiler de esasen ölüm neticesine kayıtsız değildirler. Yalnızca somut olayda, bilinçli taksirin bulunduğu olaylarda da olduğu gibi, “bir şey olmaz” diyerek pervasızca hareket etmektedirler.

Esasen bu olayların tümünde sanıklar objektif olarak oldukça tehlikeli davranışlar gerçekleştirmektedirler²⁷⁵. Büyük tehlike arz eden bu tür davranışların daha ağır bir şekilde cezalandırılması istendiği için de “kabullenme” veya “kayıtsızlık” gibi kavramların anlamları esnetilmektedir. Tekrar belirtelim ki bu olaylarda olası kastın bulunmadığı iddiasında değiliz. Zikrettiğimiz olaylardaki faillerin gerçekten de olası kasıtle hareket ettikleri kanaatindeyiz. Ancak bu kişilerin maddi unsurun gerçekleşmesi bakımından taşıdıkları iradi unsurun “kabullenme” veya “kayıtsızlık” ile açıklanamadığını düşünmekteyiz. Kayıtsızlık kıstası özellikle objektif olarak yüksek risk barındıran davranışların gerçekleştirildiği hallerde olası kastın varlığını ortaya koyabilmek bakımından yetersiz kalabilmektedir. Bu tür hallerde de fail aslında neticenin gerçekleşmesini istememiş ve “bir şey olmaz” diyerek hareket etmiş olabilir. Ancak bunun tek başına olayda bilinçli taksirin bulunduğunu göstermeyeceğini düşünmekteyiz. Bu sebeple de, olası kasıt ile bilinçli taksirin ayırt edilmesi bakımından öğretide dile getirilen ölçütlerin tatmin edici olmadığı kanaatindeyiz²⁷⁶.

Öğretide olası kasıt ile bilinçli taksirin tam olarak ayırt edilememesine ilişkin sorun uygulamaya da etki etmektedir. Uygulamada da bu iki manevi unsur türünün ayırt edilmesinde güçlük yaşanmaktadır. Yargıtay, yukarıdaki kararlar ile benzer şekilde değerlendirilebilecek başka olaylarda, olası kastın değil bilinçli taksirin bulunduğu karar vermiştir. Bu olayların birinde, arkadaş olan sanık ve maktul sohbet ederlerken tabancadan söz açılınca sanık üzerinde taşıdığı tabancayı maktule göstermiştir. Maktul silahın kurusıkı olduğunu iddia etmiş ve tabancayla ateş etmek istemiştir. Sanık “*silahın kurusıkı olmadığını ispatlamak amacıyla, namlusuna mermi sürülü tabancasının şarjörünü çıkarmadan doldur boşalt işlemi*” yapmıştır. “*Bu işlem sonucunda atışa hazır hâlde olan dolu bir fişeğin tabancadan düşerek dışarı*” çıkmıştır. Sanık tabancanın şarjörünü silahtan ayırdıktan sonra tabancayı maktulün başına doğru doğrultmuş ve tabancanın tetiğini çekmiştir. “*Ateş alan tabancanın*

²⁷⁵ Bu konuyla bağlantılı olarak Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararın çevirisi için bkz. Erdal YERDELEN ve Berna Ayşen YILMAZ (2020), “Bir Olası Kast Değerlendirmesi Olarak; Alman Federal Mahkemesi Ku’dam Yarış Kararı”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, s. 235 vd.

²⁷⁶ Bu konuda bkz. Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 179. “*Olası kasıtle bilinçli taksiri birbirinden ayırt edecek, kast ve taksire ilişkin teorik esaslara uygun, ikna edici bir kriter bulmak mümkün değildir.*”

namlusundan çıkan mermi çekirdeği” maktulün başına isabet etmiştir. Maktul hayatını kaybetmiştir²⁷⁷.

Başka bir olayda ise toplu taşıma araçlarında çalışması süresiz olarak yasaklanan sanık, bir halk otobüsünü sürerken bir kavşağa yaklaşmıştır. Kavşağa yaklaşırken yavaşlaması ve dikkatli olarak geçiş hakkı olan araçların geçmesini beklemesi gereken sanık, bunun yerine hızlı bir şekilde kavşağa yaklaşmıştır. Bulduğu yöne fasıllı kırmızı ışık yandığı için durması ve *“ancak gidilecek yolun açık olduğunu gördükten sonra hareket”* etmesi gereken sanık, *“durmak bir yana hızını dahi azaltmadan kavşağa”* girmiştir. Sanık *“kavşağın ortasındaki ikinci fasıllı kırmızı ışığı da geçtikten sonra kendisine fasıllı sarı ışık yanması nedeniyle kavşağa giren”* maktulün *“kullandığı araca fren yapma fırsatı bile bulamadan yandan”* çarpmıştır²⁷⁸.

Yargıtay her iki olayda da sanıkların bilinçli taksirle hareket ettiklerine karar vermiştir. Bu iki kararın, yukarıda zikrettiğimiz ve Yargıtay’ın olası kastın bulunduğu karar verdiği belirttiğimiz kararlardan, iradilik bakımından ne gibi bir fark taşıdığı anlaşılammaktadır²⁷⁹. Kanaatimizce Yargıtay bu kararların bir kısmında “kabullenme” veya “kayıtsız kalma” kıstaslarını uygulayıp bilinçli taksirin bulunduğu, diğerlerinde ise sanıkların objektif olarak büyük risklere sebebiyet vermiş olmalarını göz önünde bulundurarak olası kastın bulunduğu karar vermiştir. Ancak, davranışıyla objektif olarak büyük bir riskin oluşmasına sebebiyet vereceğini öngören failin, buna rağmen davranışını gerçekleştirmesi durumunda, ne gibi bir kıstasın failin bilinçli taksirle hareket ettiğini ortaya koyacağını anlamak gerçekten zordur.

Burada failin maddi unsurun gerçekleşebileceğini objektif olarak öngörmüş olmasının, bizatihi olası kastın varlığını göstereceği iddiasında değiliz. Türk Ceza Kanunu’nda hem olası kasıta hem de bilinçli taksirde neticenin öngörüldüğü kabul edilmiştir. Bu nedenle bu iki manevi unsur türü arasında irade unsuru bağlamında bir farklılığın bulunduğunu, en azından Türk Ceza Kanunu’nda yapılan tanımlar çerçevesinde, kabul etmek gerekmektedir. Hâl böyle olunca, bir somut olayda olası kastın bulunduğu karar verilebilmesi için bu irade unsurun bulunduğunu da ortaya

²⁷⁷ YCGK 24.9.2020, E. 2020/136, K. 2020/377.

²⁷⁸ YCGK 25.3.2008, E. 2008/9-43, K. 2008/62 (Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 180).

²⁷⁹ 2008 tarihli kararda bilinçli taksirin değil, olası kastın bulunduğu dair eleştiri için bkz. age. s. 180.

koymak gerekecektir. Ancak bu iradi unsurun veya isteme unsurunun ne olduğu meselesinin bir çözüme kavuşturulamadığını ve kavuşturulamayacağını düşünmekteyiz. Yukarıda incelediğimiz somut olaylar da esasen bu durumu açıkça göstermektedir.

Bu başlıkta ileri sürdüğümüz görüşlere yöneltilebileceğini düşündüğümüz bazı olası eleştiriler hakkında da açıklama yapmamız faydalı olacaktır. Öğretide, kastın isteme unsurunun açıklanmasında kullanılan kavramların, zihinsel süreçleri tam olarak tanımlamaktan ziyade tarif ettikleri ve bunların aslında ilgili kasıt türüne ilişkin sağlıklı tespitlerin yapılabilmesine yardımcı olan kavramlar oldukları ifade edilmektedir²⁸⁰. Bununla bağlantılı olarak da olası kasıttaki isteme unsurunu karşılamak için kullanılan kavramların, failin duygusal durumunu net bir şekilde ortaya koymaya yönelik kavramlar olmadığı, bunların aslında normatif nitelikte kavramlar olduğu belirtilmiştir²⁸¹. Dolayısıyla, bu kavramların esasen somut olaydaki koşullar çerçevesinde neticenin faile sübjektif olarak isnat edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi ile ilgili olduğu kabul edilmektedir²⁸². Bu nedenle, görüşlerimize olası kasıttaki isteme unsurunun normatif niteliğini göz ardı ettiğimiz yönünde bir eleştiri getirilebilir.

Kastın isteme unsurunun normatif bir anlamda ele alınmasına gerçekten de ihtiyaç vardır. Aksi takdirde bazı hallerde kastın varlığını izah etmekte güçlükler yaşanabilir. Söz gelimi, annesinden kalacak olan mirasa büyük bir ihtiyacı olduğu için annesini istemeyerek de olsa öldüren kişinin doğrudan kasıtlı hareket ettiğine şüphe yoktur. Hâlbuki bu örnekte fail annesini öldürmeyi istememektedir. Burada istemenin normatif bir kavram olarak ele alınmasında bir zorunluluk vardır. Doğrudan kastın isteme unsuru kelime manasıyla ele alındığı takdirde doğrudan kastın kapsamı fazlasıyla daralmış olacaktır. Bu durum olası kasıt bakımından da söylenebilir. Esasen yukarıda verdiğimiz örneklerde, failin neticenin gerçekleşmesini kelime manasıyla kabullenmemesine rağmen olası kastın bulunduğunu savunmamız da, olası kasıttaki isteme unsurunun normatif bir kavram olmasıyla bağlantılıdır.

Ancak buradaki asıl sorun, olası kasıttaki isteme unsurunun normatif bir kavram olarak ele alındığı durumda dahi, olası kasıt ile bilinçli taksirin sınırının tam olarak çizilememesidir. Burada ele aldığımız kavramlar normatif nitelikte olsalar da

²⁸⁰ Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 22-23.

²⁸¹ age. s. 25.

²⁸² age. s. 139.

bunlar en nihayetinde gerçek hayata yönelik kavramlardır. Bu kavramlarla somut olaylarda failin suçun maddi unsuruna ilişkin zihinsel durumu bir şekilde tarif edilmeye çalışılmaktadır. Söz gelimi, isteme kavramının normatif bir kavram olduğu kabul edilerek aslında doğrudan kastın kapsamına başka hangi ihtimallerin de girdiği, en azından öğretilerde tarif edilebilmektedir²⁸³. Bu tariflerden yararlanılarak doğrudan kastın kapsamına hangi hallerin girdiği genel olarak anlaşılabilir. Doğrudan kastın normatif sınırları, en azından olası kasta kıyasla, net bir şekilde tespit edilebilmektedir. Somut olaylarda doğrudan kastın varlığını ortaya koymak bazen zor olabilmekteyse de bu durum daha ziyade ispat sorunuyla alakalıdır.

Oysa olası kastın kapsamına hangi hallerin girdiği normatif çerçevede dahi tam olarak belirlenememektedir. Olası kasıtta isteme unsuruna “kabullenme” veya “kayıtsız kalma” gibi anlamlar verilmekte ve bu kavramların yine normatif bir değerlendirme ile ele alınmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak, kelime manasıyla “kabullenme” veya “kayıtsız kalma”nın bulunmadığı başka hangi ihtimallerin de aslında olası kastın kapsamında değerlendirileceği tatmin edici bir şekilde ortaya konulamamaktadır. Bu konuda bir sınır çizilememektedir. Bu nedenle de somut olayların ortaya çıkış biçimlerine göre, sürekli olarak olası kasıttaki isteme unsuruna ilişkin kıstasların esnetilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Objektif olarak oldukça tehlikeli davranışların gerçekleştirildiği ve somut olaydaki objektif ve sübjektif tüm hususların değerlendirilmesi sonucunda bilinçli taksirin bulunmadığının düşünüldüğü durumlarda isteme unsuruna farklı anlamlar verilerek olası kastın bulunduğu karar verilmeye çalışılmaktadır. Esasında, bu durum da olası kasıt ile bilinçli taksir arasındaki ayrımın yapay ve gerçeklikten kopuk bir ayrım olduğunu göstermektedir.

Özellikle olası kastın izahında sürekli “kabullenme” gibi kıstaslara başvurulması bu kopukluğu göstermektedir. Olası kastı, failin kanuni tanımdaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, bunların gerçekleşmesini kabullenerek eylemi gerçekleştirilmesi olarak tanımlamak, somut olaylarda failerin içerisinde bulunabilecekleri zihinsel süreçleri oldukça basite indirgeyen bir yaklaşımdır²⁸⁴. Bu tür tanımlar, failin somut olayda suçun maddi unsurlarının gerçekleşebileceğini öngördükten sonra bunlar ile ilgili belli bir değerlendirmede bulunarak davranışını gerçekleştirdiği varsayımını içermektedir.

²⁸³ bkz. supra 18 vd.

²⁸⁴ Bu konuda bkz. age. s. 178.

Oysa somut olayların her zaman bu şekilde vuku bulması zorunlu değildir. Fail suçun maddi unsurunun gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen bunun üzerine ayrıca kafa yormamış, bu konuda hiçbir değerlendirmede bulunmamış olabilir. Sık sık olası kastın örneklerini teşkil eden trafik kazaları düşünülecek olursa, bu olaylarda maddi unsurun gerçekleşmesi anlık olabilmektedir. Failin maddi unsurun gerçekleşebileceğini öngörmesi ile neticenin gerçekleşmesi arasında saniyeler olabilmektedir. Bu gibi hallerde failin mutlaka maddi unsur ile ilgili olarak zihinsel veya duygusal değerlendirmelerde bulunduğunu kabul etmek bize gerçekçi bir yaklaşım gibi gelmemektedir.

Kanaatimizce, manevi unsur türleri için yapılan tanımlar zihinsel ve psikolojik süreçlerin karmaşıklığı karşısında somut olaylardaki durumları ele almak bakımından yetersiz kalabilmektedir²⁸⁵. Ceza kanunlarının gerçek hayatta karşımıza sayısız şekilde çıkabilecek tüm zihinsel ve psikolojik durumları mutlak sınırlarla kategorize edecek şekilde hazırlanması elbette mümkün olmayacağından bahsettiğimiz türde bir sorunun belli bir ölçüde yaşanması kaçınılmazdır. Ancak bu sorun olası kasıtta içinden çıkılmaz bir hâl almaktadır. Olası kasıt ile bilinçli taksir şeklinde iki farklı manevi unsur türünün tanımlanması ve bu iki manevi unsur türü arasında isteme unsuru bakımından bir sınır çizilmesi yönündeki çaba, zihinsel ve psikolojik süreçlerin karmaşıklığını göz ardı eden bir yaklaşımdır. Kanaatimizce, öğretide bu iki kavramın ayırt edilebilmesi için isteme unsuru bakımından tatmin edici bir kıstasın ortaya konulamaması da bundan kaynaklanmaktadır.

Sonuç olarak, olası kasıt ile bilinçli taksir arasındaki ayrımın, adil ve hukuk güvenliğini sağlayacak bir şekilde ortaya konulamadığını düşünmekteyiz²⁸⁶. Bu iki manevi unsur türünün isteme unsuru bakımından ne yönden ayrıldıkları teorik olarak tatmin edici bir şekilde açıklanamamaktadır. Türk ceza hukukunda kabul gören kıstaslardan hangisi benimsenirse benimsensin, olası kasıt ve bilinçli taksir arasında açıklanamayan gri bir alan kalmaya devam etmektedir. Bu sebeple de söz konusu ayrımın gerçeklikte tam olarak karşılığının bulunmadığını ve bunun yapay bir ayrım olduğunu düşünmekteyiz. Kanaatimizce, bilinçli taksir normalde olası kastın içerisinde mütalaa edilecek bazı vakaların daha hafif bir şekilde cezalandırılması için

²⁸⁵ age. s. 178.

²⁸⁶ Benzer yönde bkz. Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 179, 238. “İkili ayırım, teorik olarak şüpheli, pratik olarak ise uygulaması neredeyse imkansız bir olası kast – bilinçli taksir ayırımına zorlamaktadır.” Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 276.

ortaya atılmış bir kavramdır²⁸⁷. Suçun maddi unsurunun gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen maddi unsurun gerçekleşmeyeceğine güvenen veya gerçekleşmemesi için çaba gösteren kişilerin kasıttaki kadar yüksek bir ceza ile cezalandırılmaması, bu kişilerin diğerlerinden daha hafif bir şekilde cezalandırılabilmesi için böyle bir manevi unsur türü ortaya atılmıştır. Bu yöndeki kaygının arkasında belli bir haklılık payının bulunduğuna inanmaktaysak da bu kaygının, olası kasıt ve bilinçli taksir şeklinde teorik olarak izah edilemeyen bir ayrıma başvurularak giderilmeye çalışılmasını doğru bulmamaktayız.

Kanaatimizce, öğretide olası kasıt ve bilinçli taksir kapsamında mütalaa edilen olayların tümünü kasıt ve taksirden ayrı bir şekilde tek bir manevi unsur türü altında değerlendirmek gerekir. Yukarıda incelediğimiz somut olayların ve verdiğimiz örneklerin hepsi, özünü öngörme unsurunun teşkil ettiği belli bir manevi unsur türünün farklı ortaya çıkış biçimleridir. Bu olayların tümünde, aslında failin pervasızca hareket ettiği ve kanuni tanımdaki maddi unsurun gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen davranışını gerçekleştirdiği görülmektedir. Dolayısıyla, önerdiğimiz ve kasıt ile taksirden bağımsız olarak ele alınmasının gerektiğini düşündüğümüz manevi unsur türü öngörme unsurundan oluşan ve içerisinde isteme unsurunu barındırmayan bir manevi unsur türüdür. Esasında, Türk Ceza Kanunu'nda olası kasta ilişkin verilen tanım da tam olarak burada bahsettiğimiz manevi unsur türünü tarif etmektedir. Farklılık, kanun koyucunun Kanun'da ayrıca olası kasıtı sınırlayan bilinçli taksire de yer vermiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Öngörme unsurundan ibaret olan bir manevi unsur türü kabul edildiği takdirde, bilinçli taksir ve olası kasıt şeklindeki ayrım terk edilmiş olacağından, öğretide bilinçli taksir ve olası kasıt kapsamında değerlendirilen tüm olayların artık tek bir manevi unsur türünün kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu olayların tümünde failerin hemen hemen aynı şekilde cezalandırılmasının adil olmayabileceği yönündeki kaygıda bir haklılık payının bulunduğunu düşünmekteyiz. Gerçekten de öngörme unsuru temelinde tek bir manevi unsur türü altında değerlendirilebilecek bu olayların arasında haksızlık ve kusur bakımından farklılıkların bulunması mümkündür. Aslında, öğretide olası kasıt veya bilinçli taksir kapsamında mütalaa edilen olayların da farklı şekillerde

²⁸⁷ Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 280; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 179. Öğretide bilinçli taksirin, kastın içerisinde isteme unsuruna yer verilmesinden kaynaklanan izah güçlüğüne aşmak için ortaya atıldığı da ifade edilmektedir. İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 334.

derecelendirilmeleri mümkündür. Neticenin gerçekleşmesine tasvip edici bir gözle bakan, olursa olsun diyen, kayıtsız kalan veya talihine güvendiği için neticenin gerçekleşmeyeceğine inanan, somut olaydaki objektif hususlara güvenerek neticenin gerçekleşmeyeceğine inanan ya da neticenin gerçekleşmemesi için çaba gösteren kişiler arasında da kusur bakımından farklılıklar bulunabilir.

Somut olaylarda failerin maddi unsurun gerçekleşmesine ilişkin tutumları çok farklı şekillerde tezahür edebilir. Bununla bağlantılı olarak da somut olaylar arasında eylemin haksızlık içeriği ve failin kusuru bakımından farklılıklar bulunabilir. Bunların bir kısmında olası kastın bir kısmında bilinçli taksirin bulunduğu söylendiğinde, aradaki çizginin neye göre çekildiği teorik yönden tatmin edici ve arada gri bir alan bırakmayacak bir şekilde açıklanamadığından, bu olayların böyle bir ayırım ile ele alınmasını doğru bulmadığımızı defaatle belirttik. Bu nedenle bu olayların farklı manevi unsur türlerinin bulunduğu haller olarak değil de aynı manevi unsur türünün farklı yoğunluklarda tezahür ettiği haller olarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağını düşünmekteyiz. Söz konusu manevi unsur türü somut olaylarda çok farklı yoğunluklarda belirebileceği için de suçun bu manevi unsur türüyle işlenen hali için öngörülen cezanın alt ve üst sınırları arasında belli bir mesafenin bırakılması gerekecektir. Böylece, hâkim somut olaydaki tüm koşulları göz önünde bulundurarak failin kusurunun ağırlığına göre, suç için öngörülen cezanın alt ve üst sınırları arasında uygun bir ceza tayin edebilecektir²⁸⁸.

Böyle bir manevi unsur türünün kasıt ve taksirden bağımsız bir şekilde ele alınmasının, kasıt ve taksire ilişkin esaslar bakımından da daha doğru bir çözüm olacağını düşünmekteyiz. Kanun'da, öğretide ve uygulamada kastın ağırlıklı olarak bilme ve isteme unsurları ile açıklandığını belirtmiştik. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, bu kavramlar olası kastın açıklanması bakımından yetersiz kalmaktadır. Olası kasıt kapsamında değerlendirilen olayların her halükarda kasıttan bağımsız bir şekilde, olası kastın kendi unsurları ile ele alınması daha doğru olacaktır. Gerçekten de olası kasıttaki faildeki isteme unsuru "tasvip etme" boyutuna

²⁸⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yakın tarihli bir kararındaki karşı oy yazısında da somut olayda olası kastın veya bilinçli taksirin bulunduğu karar verilirken, somut olaydaki tüm objektif ve sübjektif olguların ve failin lehine ve aleyhine durumların da göz önünde bulundurulmasının gerektiği belirtilmiştir. YCGK 22.6.2021, E. 2020/445, K. 2021/299. Kasıt ve taksirden ayrı bir manevi unsur türü kabul edildiği takdirde, somut olaydaki tüm objektif ve sübjektif olguların göz önünde bulundurulması kusurun yoğunluğunun tespit edilmesi ve buna göre ceza tayin edilmesi elbette isabetli olacaktır.

ulaştığında bu kavram kasta yaklaşmaktaysa da diğer ihtimallerin pek çoğunda da kasıttan bir o kadar uzaklaşmaktadır. Söz gelimi, silahını vermemek için direnen failin arbede sırasında aslında öldürmeyi istemediği kişinin vurulup ölmesine sebebiyet vermesi durumunda, failin maktülü “kasten” öldürdüğünü söylemek bize pek de anlamlı gelmemektedir. Olası kastın, mutlaka kasıt kavramının altında değerlendirilmesini gerektiren bir durumun bulunmadığı kanaatindeyiz.

Bilinçli taksir bakımından da benzer şekilde düşünmekteyiz. Bilinçli taksirin aslında taksir kavramının altında değil de olası kasıt ile birlikte ayrı bir şekilde ele alınması daha doğrudur. Basit taksir diğer manevi unsur türlerine nazaran oldukça kompleks bir yapıya sahiptir²⁸⁹. Basit taksirde, kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle, öngörmeden sebebiyet verdiği neticeden sorumlu tutulması söz konusudur (TCK md. 22/2). Bu nedenle, basit taksirde “dikkat ve özen yükümlülüğü” veya “neticenin öngörülebilirliği” gibi diğer manevi unsur türlerinde incelenmeyen farklı durumların da önemle incelenmesi gerekmektedir²⁹⁰.

Kanaatimizce bilinçli taksir, basit taksir ile aynı başlık altında değerlendirilecek kadar benzerlik taşımamaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bilinçli taksirin asıl benzerlik taşıdığı manevi unsur türü olası kasıttır. Bilinçli taksirde de neticenin öngörülmesi söz konusudur. Olası kasıttan farklı olarak isteme unsuru bulunmamaktadır (TCK md. 22/3). Dolayısıyla, bilinçli taksirin basit taksir gibi kompleks bir manevi unsur türü ile birlikte değil de olası kasıt ile aynı başlık altında değerlendirilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Buna karşılık, bilinçli taksir ile basit taksirin neticenin istenmemesi ve dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın bulunması bakımından benzerlik taşıdığı ve bu sebeple bu iki manevi unsur türünün taksirin altında değerlendirilmesinin gerektiği söylenebilir. Ancak, olası kasıt ile bilinçli taksir arasında isteme unsuru üzerinden bir ayrımın yapılamadığını düşündüğümüz için bu görüşe katılmamaktayız. Ayrıca neticenin gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen davranışını gerçekleştiren kişi bakımından “istememe”nin tam anlamıyla bulunduğunu söylemenin de pek mümkün olmadığını düşünmekteyiz²⁹¹. Benzer şekilde, olası kasıttan da “isteme”nin

²⁸⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Elvan KEÇELİOĞLU 2015, age. s. 46 vd.

²⁹⁰ age. s. 63; Kayıhan İÇEL 1967, age. s. 136-137; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 457 vd.; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 200 vd.; Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 301 vd.

²⁹¹ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 233-234.

varlığından tam olarak söz edilemez²⁹². Her ne kadar bu kavramlar normatif anlamda kullanılsa da olası kasıt ile bilinçli taksir arasında bir sınır çizilerek bir kısmında istemenin bulunduğunu, diğer kısmında istememenin bulunduğunu söylemenin, bu kavramların sınırlarını zorlayan bir değerlendirme olacağı kanaatindeyiz. Bu sebeple ikisinde de neticenin istenmemiş olmasına dayanılarak basit taksir ile bilinçli taksirin, taksir başlığının altında birlikte ele alınmasına katılmamaktayız. Öte yandan dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin olası kasıttaki da, en az bilinçli taksirdeki kadar bulunduğu söylenebilir. Ancak bilinçli taksir ve olası kasıt bakımından dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin ele alınmasını gerektiren bir durum yoktur. Dikkat ve özen yükümlülüğü asıl olarak basit taksir bakımından önem arz eden bir husustur.

Bu sebeplerle olası kasıt ve bilinçli taksirin kasıt ve taksirden bağımsız olarak ele alınması daha doğrudur. Kasıt ve taksir şeklindeki ikili bir ayrım veya doğrudan kasıt, olası kasıt, bilinçli taksir ve basit şeklindeki dördü bir ayırımın yerine, doğrudan kasıt ile basit taksirin arasına öngörme unsurundan müteşekkil üçüncü bir manevi unsur türünün eklenmesi suretiyle üçlü bir ayırımın kullanılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz²⁹³. Bu bakımdan Amerikan ceza hukukundaki “recklessness” (pervasızlık) kavramına benzer bir manevi unsur türü benimsenerek, olası kasıt ve bilinçli taksir şeklindeki oldukça sorunlu ayırım terk edilebilir²⁹⁴. Aslında çalışmamızın ikinci bölümünde incelenecek olan husus da budur. Amerikan ceza hukukundaki “recklessness” kavramı incelenerek böyle bir manevi unsur türünün benimsenmesinin, Türk ceza hukuku bakımından doğru bir çözüm olup olmayacağına dair görüşlerimiz açıklanacaktır. Ancak bu bölümün kalan kısmında olası kastın isteme unsuru, Türk ceza hukukunda yaygın olarak kabul gördüğü haliyle “kabullenme” ve “kayıtsız kalma” çerçevesinde ele alınacaktır.

1.2.2. Olası Kastın Üst ve Alt Sınırları

Olası kastın unsurları bu şekilde ele alındıktan sonra şimdi olası kastın diğer manevi unsur türlerinden nasıl ayrıldığı üzerinde durulacaktır. Olası kastın sınırlarını,

²⁹² Bu konuda bkz. age. s. 236.

²⁹³ Her manevi unsur türünün ayrı bir şekilde ele alınması ve bunların her birinin net bir şekilde tanımlanması isteniyorsa, doğrudan kasıt da birinci dereceden doğrudan kasıt ve ikinci dereceden doğrudan kasıt şeklinde ikiye ayrılıp ayrı ayrı incelenebilir.

²⁹⁴ Türk ceza hukukundaki farklı eserlerde de “recklessness” kavramına daha önceden değinildiği görülebilir. Elvan KEÇELİOĞLU 2015, age. s. 198; Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 277 vd.; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 125; Hakan HAKERİ 2022, age. s. 220.

doğrudan kasıt ve bilinçli taksir manevi unsur türleri oluşturur. Olası kastın üst sınırını doğrudan kasıt, alt sınırını ise bilinçli taksir teşkil eder. Dolayısıyla, olası kastın bu iki manevi unsur türünden ne gibi farklılıklar taşıdığıın incelenmesi gerekmektedir.

1.2.2.1. Olası Kastın Üst Sınırı: Doğrudan Kasıt

Türk Ceza Kanunu'nda doğrudan kasıt “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” olarak tanımlanmıştır (TCK md. 21/1). Buna göre, doğrudan kastın varlığı için failin kanuni tanımdaki maddi unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi aranmaktadır²⁹⁵. Öğretide, doğrudan kastın birinci dereceden doğrudan kasıt ve ikinci dereceden doğrudan kasıt şeklinde bir ayrıma tabi tutulduğunu belirtmiştik. Her ne kadar kanunda bu tür bir ayrıma yer verilmemiş olsa da²⁹⁶ doğrudan kasıt ile olası kasıt arasındaki farkın daha sağlıklı bir şekilde tespit edilebilmesi için bu ayrımın göz önünde bulundurulmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Kanun'daki tanım aslında birinci dereceden doğrudan kasta yöneliktir. Birinci dereceden doğrudan kasıtta fail kanuni tanımdaki maddi unsuru isteyerek gerçekleştirir. Failin amacı maddi unsuru gerçekleştirmektir²⁹⁷. Dolayısıyla burada önemli olan isteme unsurudur. Failin maddi unsuru gerçekleştirme amacıyla hareket etmesi yeterlidir. Bu bakımdan, failin davranışı neticesinde maddi unsurun gerçekleşmesinin mümkün veya muhakkak olması önemli değildir²⁹⁸. Başka bir deyişle birinci dereceden doğrudan kasıtta maddi unsurun gerçekleşmesi bakımından “bilme” de “öngörme” de söz konusu olabilir.

Birinci dereceden doğrudan kasıt ile olası kastın ayrıldığı temel nokta isteme unsurudur. Esasında bilme unsuru bakımından da farklılığın bulunması mümkündür. Olası kasıtta maddi unsurun gerçekleşmesi bakımından “bilme” söz konusu olamaz. Olası kasıtta fail maddi unsurun gerçekleştirebileceğini sadece öngörür. Oysa birinci dereceden doğrudan kasıtta maddi unsurun gerçekleşeceğinin bilinmesi de mümkündür. Ancak bu iki manevi unsur arasındaki asıl farklılık isteme unsurundadır. Birinci dereceden doğrudan kasıtta fail maddi unsuru gerçekleştirme

²⁹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. supra 12 vd.

²⁹⁶ Türk Ceza Kanunu'nda ikinci dereceden doğrudan kasıt açıkça düzenlenmemiştir. Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 87.

²⁹⁷ age. s. 80.

²⁹⁸ age. s. 81.

amacıyla hareket eder. Fail maddi unsuru gerçekleştirmeyi ister. Buna karşılık olası kasıta fail maddi unsurun gerçekleşmesini istemez. Fail maddi unsurun gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, maddi unsurun gerçekleşmesine kayıtsız kalarak veya gerçekleşmesini kabullenerek davranışını gerçekleştirir. Dolayısıyla birinci dereceden doğrudan kasıta “isteme”nin bulunmasına karşılık, olası kasıta “kabullenme” veya “kayıtsız kalma” söz konusudur²⁹⁹.

İkinci dereceden doğrudan kasıta ise maddi unsurun gerçekleşmesi bakımından “isteme” söz konusu değildir³⁰⁰. Zira isteme söz konusu olduğu takdirde birinci dereceden doğrudan kastın mevcudiyetinden bahsedilmesi gerekecektir³⁰¹. İkinci dereceden doğrudan kasıta maddi unsurun gerçekleşeceği fail tarafından bilinir³⁰². Failin davranışı neticesinde maddi unsurun gerçekleşmesi günlük hayat tecrübelerine göre zorunlu, muhakkak veya muhakkaka yakındır³⁰³. Buna karşılık, olası kasıta failin davranışının neticesinde maddi unsurun gerçekleşmesi muhakkak değildir. Olası kasıta maddi unsurun gerçekleşmesi sadece mümkün veya muhtemeldir³⁰⁴. Dolayısıyla, olası kasıt ile ikinci dereceden doğrudan kasıt temel olarak bilme unsuru yönünden birbirinden ayrılır.

1.2.2.2. Olası Kastın Alt Sınırı: Bilinçli Taksir

Bilinçli taksir, olası kastın alt sınırını teşkil etmektedir. Yukarıda olası kasıt ile bilinçli taksirin ayırt edilmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer verdiğimiz için burada kısaca Türk ceza hukukunda bu iki manevi unsur türünün birbirinden nasıl ayrıldığına dair kabul edilen genel esaslardan bahsedilecektir. Türk Ceza Kanunu’nda yer alan tanımlara göre, hem olası kasıta hem de bilinçli taksirde maddi unsurun gerçekleşebileceği fail tarafından öngörülmektedir. Buna karşılık bilinçli taksirin bulunduğu hallerde neticenin gerçekleşmesinin istenmediği belirtilmiştir

²⁹⁹ age. s. 82; YCGK 18.12.2018, E. 2015/336, K. 2018/652; YCGK 21.5.2020, E. 2018/473, K. 2020/225; YCGK 22.6.2021, E. 2020/445, K. 2021/299.

³⁰⁰ age. s. 92.

³⁰¹ age. s. 89-90.

³⁰² age. s. 98; YCGK 22.6.2021, E. 2020/445, K. 2021/299.

³⁰³ age. s. 97; YCGK 18.12.2018; E. 2015/336, K. 2018/652; YCGK 21.5.2020, E. 2018/473, K. 2020/225.

³⁰⁴ İzzet ÖZGENÇ 2022, age. s. 243-244; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 373; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 82; YCGK 9.10.2018, E. 2017/1195, K. 2018/407; YCGK 18.12.2018, E. 2015/336, K. 2018/652; YCGK 21.5.2020, E. 2018/473, K. 2020/225; YCGK 22.6.2021, E. 2020/445, K. 2021/299.

(TCK md. 21/2, md. 22/3). Dolayısıyla, olası kasıt ile bilinçli taksirin isteme unsuru bakımından birbirlerinden ayrıldığı kabul edilmiştir³⁰⁵.

Olası kasıtta fail suçun kanuni tanımındaki maddi unsurun gerçekleşebileceğini öngörür ve maddi unsurun gerçekleşmesini kabullenir veya gerçekleşmesine kayıtsız kalır³⁰⁶. Maddi unsurun gerçekleşmesini umursamayarak “olursa olsun” diyerek davranışını gerçekleştirir³⁰⁷. Fail maddi unsurun gerçekleşmemesi için çaba göstermez ve maddi unsurun gerçekleşmesini olayın seyrine bırakır³⁰⁸. Olası kasıtta da fail maddi unsurun gerçekleşmesini istememektedir³⁰⁹. Ancak maddi unsurun gerçekleşmesini kabullendiği için isteme unsurunun zayıf bir şekilde de olsa bulunduğu kabul edilmektedir³¹⁰.

Buna karşılık bilinçli taksirde isteme unsurunun bulunmadığı kabul edilmiştir. Dolayısıyla fail maddi unsurun gerçekleşebileceğini öngörür fakat gerçekleşmesini istemez. Buna rağmen davranışını gerçekleştiren fail maddi unsurun gerçekleşmesine sebebiyet verir. Bilinçli taksirde failin maddi unsurun gerçekleşmeyeceğine güvenerek veya inanarak davranışını gerçekleştirdiğinden söz edilir³¹¹. Fail yeteneğine, ustalığına veya tecrübesine güvenerek neticenin gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket eder³¹².

³⁰⁵ Elvan KEÇELİOĞLU 2015, age. s. 200.

³⁰⁶ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 250; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 175-179; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 124; Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 23; Hakan HAKERİ 2022, age. s. 246; Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 273-275; Hamide ZAFER 2021, age. s. 313; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 264; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2022, age. s. 412-414; İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 303; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 222; Berrin AKBULUT 2022, age. s. 465; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 379; Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2021a, age. s. 256; Kayıhan İÇEL 2021, age. s. 446; YCGK 6.6.2017, E. 2017/108, K. 2017/311; YCGK 18.12.2018, E. 2015/336, K. 2018/652; YCGK 28.5.2019, E. 2018/451, K. 2019/456; YCGK 2.7.2019, E. 2019/121, K. 2019/518; YCGK 27.6.2019, E. 2018/545, K. 2019/504; YCGK 21.5.2020 E. 2018/473, K. 2020/225; YCGK 25.6.2020, E. 2016/545, K. 2020/316; YCGK 1.12.2020, E. 2018/386, K. 2020/495; YCGK 4.2.2021, E. 2019/372, K. 2021/22.

³⁰⁷ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 374-377; Hamide ZAFER 2021, age. s. 314; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 135; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 181; Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 333; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 272-273; YCGK 28.5.2019, E. 2018/451, K. 2019/456.

³⁰⁸ İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 303; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 180; Berrin AKBULUT 2022, age. s. 465.

³⁰⁹ İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 334; İzzet ÖZGENÇ 2004, agm. s. 718.

³¹⁰ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 248; Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 329-330.

³¹¹ Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 333-334; Uğur ALACAKAPTAN 1975, age. s. 159-160; Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 303; Faruk EREM 1984, age. s. 538; Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 457; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 222; İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 334; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 180-181; Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 279;

Öğretide neticenin gerçekleşmeyeceğine dair güvenin belirli ve ölçülebilir olgulara dayanmasının gerektiği, failin salt talihine güvenmiş olmasının bilinçli taksirin varlığını göstermeyeceği belirtilmektedir³¹³. Buna göre, failin neticenin gerçekleşmeyeceğine dair güvenine dayanak teşkil eden hususların, kendisiyle ilgili olması, somut olayın koşulları çerçevesinde makul sayılabilecek nitelikte olması, failin güven duymasını desteklemiş olması ve failin neticenin meydana gelmemesi için çaba göstermiş olması gerekir³¹⁴.

1.2.3. Olası Kasıt İle İşlenmesi Mümkün Olmayan Suçlar

Türk Ceza Kanunu'nda suçun oluşmasının kastın varlığına bağlı olduğu belirtilmiştir (TCK md. 21/1). Buna göre, kanunda tanımlanmış olan suç tipleri asıl olarak kasıtle gerçekleştirilir. Kasıtle işlenebilen suçlar kural olarak hem doğrudan kasıtle hem de olası kasıtle işlenebilir³¹⁵. Kanunun genel hükümlerinde olası kasıtle işlenebilen suçlar bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Bununla birlikte kasten işlenebilen bazı suç tiplerinin düzenlenme biçimleri veya içerdikleri subjektif nitelikteki unsurlar nedeniyle olası kasıtle işlenmeleri mümkün değildir³¹⁶. Bu başlıkta bu suç tipleri “özel kasıt ile işlenen suçlar” ve “kanuni tanımında bilme ifadesi içeren suçlar” alt başlıkları altında incelenecektir.

1.2.3.1. Özel Kasıt İle İşlenen Suçlar

Bazı suç tiplerinin tanımlarında kastın yanında “saik”, “maksat” veya “amaç” gibi farklı subjektif unsurlara da yer verilir³¹⁷. Söz gelimi halkı yanıltıcı bilgiyi

Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 250; Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve R. Murat ÖNOK 2022, age. s. 184; Kayıhan İÇEL 2021, age. s. 473; Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2021b, age. s. 61; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 391-392.

³¹² Uğur ALACAKAPTAN 1975, age. s. 159; Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 334; Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 303; Faruk EREM 1984, age. s. 538; Kayıhan İÇEL 1967, age. s. 192; Kayıhan İÇEL 2021, age. s. 473; Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 457; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 222; İzzet ÖZGENÇ 2022, age. s. 293; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 155-158; Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2021b, age. s. 61; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 393; Koray DOĞAN 2020, agm. s. 365.

³¹³ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 182.

³¹⁴ age. s. 238.

³¹⁵ İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 305; TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 424; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 279; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 376.

³¹⁶ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 275.

³¹⁷ age. s. 275; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 267 vd.; Turhan Tüfan YÜCE 1982, age. s. 334; İzzet ÖZGENÇ 2022, age. s. 299; Mahmut KOCA ve İlhan

alenen yayma suçunda “ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgi”nin sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle yayılmasından söz edilir (TCK md. 217/A/1). Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit suçunda, failin “halk arasında endişe, korku ve panik yaratmak amacıyla hayat, sağlık, vücut veya cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı bakımından alenen tehditte” bulunması aranmaktadır (TCK md. 213/1). Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunda ise suç tipinde sayılan davranışların kişinin huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir (TCK md. 123)³¹⁸.

Öğretide, failin belli bir maksat veya saik ile hareket etmesinin arandığı suç tipleri için özel kasıt ile işlenebilen suçlar ifadesi de kullanılmaktadır³¹⁹. Buna karşılık, özel kastın aslında birinci dereceden doğrudan kasıt ifade etmek için kullanılan bir kavram olduğu, dolayısıyla böyle bir kavramın kullanılmasına gerek olmadığı da belirtilmiştir³²⁰. Yukarıda birinci dereceden doğrudan kasıtta failin maddi unsuru gerçekleştirme amacıyla hareket ettiği ve failin belli bir amaca ulaşmak için suçu bir araç suç olarak işlediği hallerde de yine bu manevi unsur türünün söz konusu olacağı belirtilmiştir³²¹. Özel kasıt aslında tam da failin belli bir amaca ulaşmak için bir suçu araç olarak işlemesine denk gelmektedir. Ancak özel kasıt ile işlenebilen suçlarda bu amacın ne olduğu kanunda açıkça düzenlenmektedir.

Yalnızca özel kasıt ile işlenebilen suçlarda aslında birinci dereceden doğrudan kasıt arandığından, bu tür suçların olası kasıt ile işlenebilmesi mantıken mümkün değildir³²².

1.2.3.2. Kanuni Tanımında Bilme İfadesi İçeren Suçlar

Bazı suç tiplerinin tanımlarında “bilerek” veya “bildiği” gibi ifadelere yer verilmiştir³²³. Söz gelimi, para sahtecilik suçunda failin sahte parayı bilerek kabul

ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 253; Hamide ZAFER 2021, age. s. 322; Berrin AKBULUT 2022, age. s. 445.

³¹⁸ Bu konuda daha fazla örnek için bkz. İzzet ÖZGENÇ 2022, age. s. 300-301.

³¹⁹ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1999, age. s. 231; Hamide ZAFER 2021, age. s. 322.

³²⁰ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAĞSIZ 2022, age. s. 267-268. Özel kastın, kasıt kavramını karıştırdığı için kullanılmaması gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 281.

³²¹ bkz. supra 18 vd.

³²² Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 275; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAĞSIZ 2022, age. s. 268; Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 445; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 149; YCGK 13.2.2018, E. 2014/821, K. 2018/45.

etmesinden (TCK md. 197/2), birden çok evliliğe ilişkin suçta kişinin evli olduğunu bildiği kimse ile evlilik işlemi yaptırmasından (TCK md. 230/2) söz edilmektedir³²⁴. Kanuni tanımında bu şekilde “bilme” ifadesi içeren suçlar yalnızca doğrudan kasıtlı işlenebileceğinden, bu tür suçların olası kasıt ile işlenmesi mümkün değildir³²⁵. Zira olası kasıttaki “bilme” söz konusu değildir.

Bununla birlikte bilme ifadesinin kanuni tanımında yer verilen birden fazla maddi unsurdan yalnızca birine yönelik olarak kullanıldığı suç tiplerinin farklı değerlendirilmesi gerektiği, bu tür suçların olası kasıtlı da işlenebileceği belirtilmiştir³²⁶. Söz gelimi, tutuklu veya hükümlünün yerinin bildirilmemesine ilişkin suçun oluşması için failin, “*hakkında tutuklama kararı verilmiş olan veya hükümlü bir kişinin bulunduğu yeri bildiği halde yetkili makamlara*” bildirmemesi gerekir (TCK md. 284/1). Bu suçta “bilme” ifadesi kişinin bulunduğu yere yönelik olarak kullanılmıştır. Eğer fail, söz konusu kişinin bulunduğu yeri biliyor fakat bu kişinin hükümlü olduğunu veya hakkında tutuklama kararı verildiği bilmiyor ancak bunu öngörüyor ve durumun böyle olmasını kabullenerek kişinin yerini bildirmiyorsa “tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme” başlıklı suç tipini olası kasıtlı işlemiş olacaktır.

1.2.4. Olası Kasıt ve Teşebbüs

Olası kasıtlı ilgili en önemli konulardan birisi de olası kasıtlı işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığıdır. Türk ceza hukukunda, olası kasıt ile teşebbüsün bağdaşmayacağı yönündeki görüşler çoğunluktadır. Bu görüşte olan yazarlar görüşlerini temel olarak üç hususa dayandırmaktadırlar. Öncelikle, Türk Ceza Kanunu’nun teşebbüse ilişkin maddesinin düzenlenme şekli nedeniyle olası kasıtlı işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmayacağı savunulmaktadır. Söz konusu maddeye göre,

“kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur” (TCK md. 35/1).

³²³ İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 305.

³²⁴ Daha fazla örnek için bkz. age. s. 306-307.

³²⁵ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 424; Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 275; İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 305; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2022, age. s. 279; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 376.

³²⁶ Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 151-152.

Maddede “işlemeyi kastettiği” şeklinde bir ifadeye yer verildiği ve kasıttaki fail kanuni tanımdaki maddi unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği için olası kasıtlı işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmayacağı belirtilmektedir³²⁷. Zira olası kasıttaki “bilme” ve “isteme” söz konusu değildir³²⁸. Bu nedenle de olası kasıtlı hareket eden failin teşebbüsten dolayı cezalandırılması durumunda, aleyhte kıyas yasağının ihlal edilmiş olacağı belirtilmektedir³²⁹.

Buna karşılık Kanun’un teşebbüse ilişkin maddesinde doğrudan kasıt ile olası kasıt bakımından bir ayırımın yapılmadığı da belirtilmektedir³³⁰. Daha önce de belirttiğimiz üzere, Kanunda olası kasıt ile doğrudan kasıt “kast” başlığının altında birlikte düzenlenmiştir. Bu sebeple Kanun’da kasıt ifadesinin kullanıldığı yerlerde bu ifadenin doğrudan kasıt ve olası kasıtı kapsayacak bir şekilde anlaşılmasının gerektiğini düşünmekteyiz. Dolayısıyla Türk Ceza Kanunu’nun teşebbüse ilişkin maddesinden olası kasıt ile işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı sonucunun çıktığına katılmamaktayız.

İkinci olarak da “belirli olmayan kasıt netice ile belirlenir” (*dolus indeterminatus determinatur ab exitu*) kuralı nedeniyle olası kasıt ile teşebbüsün bağdaşmayacağı savunulmaktadır³³¹. Bu kurala göre, olası kasıttaki öngörülen netice yalnızca gerçekleştiği takdirde faile yüklenebilir³³². Yargıtay da kararlarında bu kural nedeniyle olası kasıtlı işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmayacağını belirtmektedir³³³.

Öğretide hakkında pek de bir açıklama bulunmayan ve yalnızca olası kasıt bakımından geçerli olduğunun belirtilmesiyle yetinilen bu kuralın tamamen kabul

³²⁷ Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 342; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 312.

³²⁸ Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 342; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age. s. 312.

³²⁹ age. s. 306.

³³⁰ İzzet ÖZGENÇ 2005, age. s. 484; Hakan KARAKEHYA 2010, age. s. 141; Hamide ZAFER 2021, age. s. 316. Benzer yönde bkz. Adem SÖZÜER (1994), *Suçta Teşebbüs*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, s. 165.

³³¹ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1997, age. s. 417; Doğan SOYASLAN (1994), *Teşebbüs Suçu*, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, s. 204; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 183; Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2021a, age. s. 323; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 376; Hamide ZAFER 2021, age. s. 316; Tuğrul KATOĞLU 2015, agm. s. 622; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, M. Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2022, age. s. 416-417.

³³² Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1997, age. s. 417.

³³³ YCGK 19.12.2017, E. 2014/414, K. 2017/554 (Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 354); YCGK 14.9.2021, E. 2018/121, K. 2021/388. Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin, Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra aksi yönde verdiği bir karar bulunmaktaysa da, bu kararın istikrar kazandığı söylenemez. Yargıtay Ceza Genel Kurulu son yıllarda verdiği kararlarda sürekli olarak olası kasıt ile teşebbüsün bağdaşmayacağını belirtmektedir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 19.20.2006, E. 2006/2953, K. 2006/5813.

gördüğü de söylenemez³³⁴. Aslında bu kuralın doğrudan olası kasıtla ilgili olduğunu gösteren bir husus da bulunmamaktadır. Çalışmamızın başında belirttiğimiz üzere, olası kasıt (*dolus eventualis*) ve gayrimuayyen kasıt (*dolus indeterminatus*) farklı kavramlardır. Kuralın Latince yazılışına dikkat edildiği takdirde, bu kuralın aslında gayrimuayyen kasıt (*dolus indeterminatus*) ile ilgili bir kural olduğu fark edilecektir. Nitekim Türk ceza hukukunda olası kastın, muhatabı belli olmayan kasıt olarak anlaşıldığı ve bu sebeple bu kuralın yaygın olarak kabul gördüğü belirtilmiştir³³⁵.

Öğretide gayrimuayyen kasta ilişkin bu kuralın neden olası kasıt bakımından da aynı şekilde kabul edildiğine dair herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bu tür bir kuralın, kime yönelik olduğu belirli olmayan kasıt bakımından bir anlamı bulunabilirse de olası kasıt ile tamamen bağdaştığını söylemenin mümkün olmadığı kanaatindeyiz³³⁶. Bu kural olası kasıt bakımından uygulandığı takdirde, failin kastını netice belirleyecektir. Bu durum ise bir Yargıtay kararı üzerinden eleştirilmiştir. Karara konu olayda, sanığın kavga ettiği kişi sanığın tabancayla ateş etmesini engellemek için onun elini tutmuştur. Çekişme sırasında sanık tetiğe basınca tabancadan çıkan mermi bir başkasına isabet etmiştir. Sanık bu şekilde bir başkasını yaralamıştır. Yargıtay, sanığın olası kasıtle yaralamadan cezalandırılmasının gerektiğine, “olası kast netice ile belirlenir” ilkesi nedeniyle olası kasıtle öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmayacağına karar vermiştir³³⁷.

Burada failin iradesine bağlı olmayan bir durumun kastın türünü neden değiştireceğinin anlaşılamadığı haklı olarak belirtilmiştir³³⁸. Gerçekten de failin mağdurun yaralanmasına veya ölmesine neden olabileceğini öngörmesine rağmen bunu kabullenerek davranışını gerçekleştirmesi durumunda, failin kastının neye yönelik olduğunu netice belirleyecektir. Mağdur öldüğü takdirde olası kasıtle öldürme, yaralandığı takdirde olası kasıtle yaralama söz konusu olacaktır. Dış dünyada meydana gelen ve failin iradesine bağlı olmayan bir durumun, failin kastını nasıl değiştireceğini anlamak gerçekten de güçtür³³⁹. Bu sebeple bu kuralın olası kasıt bakımından uygulanmasını doğru bulmuyoruz.

³³⁴ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 275.

³³⁵ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 352 vd.

³³⁶ Ayhan ÖNDER 1992, age. s. 275.

³³⁷ YCGK 19.12.2017, E. 2014/414, K. 2017/554 (Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 354).

³³⁸ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 354.

³³⁹ age. s. 354.

Son olarak da olası kasıtle işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olduğunun kabul edilmesi durumunda, kişilerin ceza hukukundaki sorumluluk alanlarının katlanılmaz ölçüde genişletilmiş olacağı belirtilmektedir³⁴⁰. Kanaatimizce, saydığımız görüşler arasında bir tek bu görüşün ikna edici bir tarafı bulunmaktadır. Gerçekten de kişilerin gerçekleşebileceğini öngördükleri ve gerçekleşmesini kabullendikleri veya gerçekleşmesine kayıtsız kaldıkları tüm neticelerden gerçekleşmemesine rağmen sorumlu tutulmaları kişilerin sorumluluklarının oldukça genişlemesine yol açabilecektir.

Olası kasıtle işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu savunan yazarlar ise olası kasıtle failin neticenin gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, bunu kabullenerek davranışı gerçekleştirmiş olması sebebiyle netice ile subjektif bir bağ içerisinde olduğunu belirtmektedirler³⁴¹. Bu nedenle olası kasıt ile teşebbüsün bağdaşabileceğini savunmaktadırlar³⁴². Gerçekten de neticenin gerçekleşmesini göze alan kişinin, eyleminin teşebbüs aşamasında kalmasını da göze aldığı evleviyetle söylenebilecektir³⁴³. Dolayısıyla, failin hangi mağdur bakımından hangi neticeleri kabullendiği açıkça belirlenebildiği takdirde, olası kasıtle işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olacağı belirtilmektedir³⁴⁴. Başka bir yazar da olası kasıtle işlenen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini, ancak sorumluluğun yalnızca ortaya çıkan neticelerle sınırlı tutulmasının gerekeceğini ifade etmiştir³⁴⁵.

Kanaatimizce, olası kasıtle işlenen suçlara teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına teorik yönden bir engel bulunmamaktadır. Yukarıda açıkladığımız gerekçelerden dolayı, “belirli olmayan kasıt netice ile belirlenir” kuralı veya teşebbüse ilişkin hüküm nedeniyle olası kasıt ile teşebbüsün bağdaşmayacağı yönündeki görüşlere katılmamaktayız. Dolayısıyla, olası kasıt ile teşebbüs hükümlerinin bir arada uygulanması teorik olarak mümkündür. Ancak böyle bir kabulün sorumluluğun alanını fazla genişleteceği yönündeki görüşte de bir haklılık

³⁴⁰ Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 343; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 183-184; Kayıhan İÇEL, Füsun SOKULLU AKINCI, İzzet ÖZGENÇ, Adem SÖZÜER, Fatih S. MAHMUTOĞLU ve Yener ÜNVER 2000, age. s. 238; Kayıhan İÇEL 2021, age. s. 516.

³⁴¹ Ayhan Önder s.398; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 352.

³⁴² Ayhan Önder s.398; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 352.

³⁴³ Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 243.

³⁴⁴ Timur DEMİRBAŞ (2022), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 498. Failin hangi mağdur bakımından hangi kasıtle hareket ettiğinin kesin olarak ortaya konulamayacak olması sebebiyle, olası kasıt ile teşebbüsün bağdaşmayacağı da belirtilmektedir. Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 243.

³⁴⁵ İzzet ÖZGENÇ 2022, age. s. 560.

payı mevcuttur. Bu sebeple, olası kasıtle işlenen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanmasında temkinli olmak gerekmektedir. Böyle bir uygulama, yalnızca failin somut olarak hangi netice veya neticeleri kabullendiğinin açıkça ortaya konulabildiği haller ile sınırlı tutulmalıdır³⁴⁶. Ancak somut olayda gerçekleşmeyen hangi neticelerin fail tarafından öngörülüp kabullenildiğinin ortaya konulmasının da kolay olmayacağını kabul etmek gerekmektedir³⁴⁷. Her halükarda, teşebbüsün olası kasıt ile ilgili sorunlu konulardan birisi olduğu söylenebilir.

1.2.5. Olası Kasıt ve Yaptırım

Türk Ceza Kanunu'nun kasta ilişkin maddesinde, olası kasıtle işlenen suçların cezalarında zorunlu olarak indirim yapılacağı düzenlenmiştir. Hâkimin olası kasıtle işlenen suçun cezasında indirim yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi bulunmamağaysa da, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlar dışında indirimin miktarı konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır³⁴⁸. Buna göre, failin olası kasıtle hareket etmiş olması durumunda

“ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir” (TCK md. 21/2).

Kanunun cezanın belirlenmesine ilişkin maddesinde ise suçun olası kasıtle işlenmiş olması nedeniyle yapılacak olan ceza indiriminin, aynı maddenin birinci fıkrasına göre suç için kanunda öngörülmüş olan cezanın alt ve üst sınırı arasından temel cezanın belirlenmesinden sonra yapılacağı belirtilmiştir (TCK md. 61/1-2)³⁴⁹.

Kanunda olası kasıtle işlenen suçlar için zorunlu olarak ceza indiriminin öngörülmüş olması öğretide eleştirilmiştir. Neticeyi gerçekleştirilmeyi doğrudan isteyen ve kayıtsız kalarak isteyen failer arasında kötülük bakımından bir farkın bulunmadığı, bu nedenle de olası kasıtle hareket eden faile neden daha az ceza verildiğinin anlaşılamadığı belirtilmiştir³⁵⁰. Aynı yazar, olası kasıtle kastın yoğunluğunun daha az olmasının cezalandırma bakımından farklılığa gitmeyi haklı kılmayacağını, failin olası kasıtle hareket etmiş olmasının her somut olayda temel

³⁴⁶ Timur DEMİRBAŞ 2022, age. s. 498. Benzer yönde bkz. İzzet ÖZGENÇ 2022, age. s. 560.

³⁴⁷ Benzer yönde bkz. Veli Özer ÖZBEK 2010, age. s. 243.

³⁴⁸ Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 443.

³⁴⁹ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 718.

³⁵⁰ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2021a, age. s. 259.

cezanın belirlenmesi sırasında göz önünde bulundurulmasının daha doğru olacağını savunmaktadır³⁵¹. Bir başka yazar ise bir olayda kastın ya olacağını ya da olmayacağını, olduğunu kabul ettikten sonra da cezada indirim yapılmasının kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir³⁵².

Buna karşılık, olası kasıta neticenin gerçekleşmesi tam olarak istenmediğinden ve failin neticeyle sübjektif ilişkisi doğrudan kasta kıyasla daha az yoğun olduğundan, olası kastın haksızlık içeriğinin doğrudan kastın haksızlık içeriğinden daha az olduğu belirtilmiştir³⁵³. Olası kastın haksızlık içeriğinin daha az olması sebebiyle de olası kasıta cezada indirim yapılmasına ilişkin düzenlemenin isabetli olduğu ifade edilmiştir³⁵⁴. Bize göre de kanun koyucunun olası kasıtlı işlenen suçlar için verilecek olan cezalarda indirim yapılacağını düzenlemiş olması yerinde olmuştur.

³⁵¹ age. s. 262.

³⁵² Timur DEMİRBAŞ 2022, age. s. 401.

³⁵³ Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 443-445; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age. s. 377; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 251; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 179; Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 325-326; Hamide ZAFER 2021, age. s. 315.

³⁵⁴ AYM 26.1.2022, E. 2021/98, K. 2022/9. Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2022, age. s. 251; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2022, age. s. 179; Ali Emrah BOZBAYINDIR 2018, age. s. 325-326. Olası kasıt ile işlenen suçlar için öngörölmüş olan ceza indiriminin çok az olduğu yönündeki görüş için bkz. Doğan SOYASLAN 2022, age. s. 445.

BÖLÜM II

AMERİKAN CEZA HUKUKUNDA “RECKLESSNESS” (PERVASIZLIK)

2.1. AMERİKAN CEZA HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ

Bu bölümde esas olarak “recklessness” (pervasızlık) kavramı incelenecektir. Ancak bu kavramın incelemesine geçilmeden önce Amerikan ceza hukukuna ilişkin bazı temel bilgilerin verilmesi konunun ve incelememizin kapsamının anlaşılabilmesi bakımından faydalı olacaktır. Bu nedenle ilk başta Amerikan ceza hukukunun temel kaynakları anlatılacaktır. Devamında da Amerikan ceza hukukunda suçların nasıl sınıflandırıldığı, suçun unsurlarının neler olduğu ve Model Ceza Kanununun (*Model Penal Code*) manevi unsur türlerine ilişkin getirdiği sistem açıklanacaktır.

2.1.1. Amerikan Ceza Hukukunun Temel Kaynakları

Amerikan ceza hukukunun temel kaynakları; Müşterek Hukuk (*Common Law*), eyalet yasaları (*state statutes*), federal yasalar (*federal statutes*) ve mahkeme içtihatlarıdır³⁵⁵. Amerikan ceza hukuku köken olarak 11. yüzyılda İngiltere’de ortaya çıkan ve içtihatlara dayalı olarak geliştirilen Müşterek Hukuk’a dayanmaktadır³⁵⁶. Müşterek Hukuk, henüz yazılı yasaların olmadığı dönemde İngiliz yargıçlar tarafından uygulanan ve yüzyıllar içerisinde geliştirilen kuralları ifade etmek için kullanılan bir terimdir³⁵⁷.

İngiltere’nin 1066 yılında Normanlar tarafından fethedilmesine kadar İngiliz Hukuku temel olarak yerel mahkemeler tarafından uygulanan ve bölgelere göre

³⁵⁵ John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER (2017), *Criminal Law – Cases and Materials*, 8. Baskı, Wolters Kluwer, New York, s. 9; Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS (2016), *Criminal Law*, SAGE Publications, USA, s. 36; Thomas J. GARDNER ve Terry M. ANDERSON (2014), *Criminal Law*, 12. Baskı, Cengage Learning, Connecticut, s. 24.

³⁵⁶ John M. SCHEB ve John M. SCHEB II (2011), *Criminal Law*, 6. Baskı, Wadsworth Publishing, California, s. 9; Joshua DRESSLER (2018), *Understanding Criminal Law*, 8. Baskı, Carolina Academic Press, North Carolina, s. 27; Norman M. GARLAND (2012), *Criminal Law for the Criminal Justice Professional*, 3. Baskı, McGraw-Hill, New York, s. 3; G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE (2014), *Criminal Law Core Concepts*, Wolters Kluwer, New York, s. 32.

³⁵⁷ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 27; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 4; Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 37.

farklılık arz eden kurallardan ve geleneklerden oluşmaktaydı³⁵⁸. Yeni Norman kralları ulusal bir mahkeme sistemi geliştirebilmek için İngiltere'nin bütün bölgelerini gezecek ve hukuki uyuşmazlıkları toplumun geleneklerine göre çözecek olan kraliyet yargıçlarını atamışlardır³⁵⁹. Kraliyet yargıçları, toplumun geleneklerine ve ahlak kurallarına göre uyuşmazlıkları çözerek yerel mahkemelere rehberlik etmişlerdir³⁶⁰. Yargıçlar benzer olaylarda diğer yargıçların verdikleri kararlarla uyumlu şekilde karar vererek bir içtihat sistemi (*precedent*) oluşturmuşlardır³⁶¹.

Bu içtihat sisteminde “*stare decisis*” kuralı uygulanmış ve böylece mahkemelerin içtihatları diğer mahkemeler için de hukuken bağlayıcı kılınmıştır³⁶². Bu nedenle yargıçların önlerine gelen benzer uyuşmazlıklar arasında ayırıcı bir husus bulunmadığı takdirde, önceki olaylarda verilen kararlara uygun şekilde karar verilmesi gerekmiştir³⁶³. Burada uyuşmazlıklar arasındaki benzerlik bakımından aranan, somut olguların benzerliğinden ziyade, somut olayda uygulanması gereken kural ve mantığın benzerliğidir³⁶⁴.

14. yüzyılda, kraliyet yargıçlarının verdikleri kararlar, ileride ortaya çıkabilecek benzer uyuşmazlıklarda diğer yargıçlara kılavuzluk etmesi için kaydedilmekteydi³⁶⁵. Yüzyıllar geçtikçe yargıçların verdikleri bu kararlardan insicamlı bir doktrin oluşturulmuş ve belli başlı suç kategorileri ortaya konulmuştur³⁶⁶. Bu şekilde ortaya çıkan doktrin İngiltere'nin tamamında müşterek biçimde uygulanmıştır³⁶⁷. Bu doktrin, İngiltere'nin tamamında müşterek bir biçimde uygulanan içtihatlardan ortaya çıktığı için de Müşterek Hukuk (*Common Law*) olarak adlandırılmıştır³⁶⁸.

³⁵⁸ John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 9; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 3; G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 32.

³⁵⁹ John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 9; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 3; Joycelyn M. POLLOCK (2015), *Criminal Law*, 10. Baskı, Anderson Publishing, New York, s. 9.

³⁶⁰ age. s. 9; Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 37.

³⁶¹ G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 32-33.

³⁶² John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 11.

³⁶³ G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 32-33; John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 11.

³⁶⁴ age. s. 11-12.

³⁶⁵ John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 9.

³⁶⁶ John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 10; John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 9.

³⁶⁷ G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 32; Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 37.

³⁶⁸ John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 9; Joycelyn M. POLLOCK 2015, age. s. 9.

Dolayısıyla İngiliz Hukuku esas olarak yargıçlar marifetiyle oluşturulan hukuka bağlı olarak gelişmiştir³⁶⁹. Suçların tanımları ve cezai sorumluluğa ilişkin kurallar parlamento tarafından değil mahkemeler tarafından belirlenmiştir³⁷⁰. Rönesans ile birlikte parlamento tarafından yasalar çıkarılarak yeni suçlar ihdas edilmişse de, kapsamlı bir ceza yasasının çıkarılması o dönemde henüz söz konusu olmamıştır³⁷¹.

17. yüzyılın başlarında İngiltere tarafından Kuzey Amerika'da koloniler kurulunca, İngiltere'de o dönemde var olan Müşterek Hukuk da Amerika'ya getirilmiştir³⁷². Amerika'daki koloniler İngiltere'deki Müşterek Hukuku benimsemiş ve İngiltere ile paralel şekilde gelişim göstermişlerdir³⁷³. Ancak 1776 yılında Amerika'daki on üç koloni, Büyük Britanya Krallığı'ndan bağımsızlıklarını ilan etmiş ve bu tarihten itibaren Amerikan ceza hukuku İngiltere'deki Müşterek Hukuk geleneğinden ayrı olarak gelişmeye başlamıştır³⁷⁴.

Amerika'daki kolonilerin bağımsızlıklarını ilan ettiği tarihte Amerikan ceza hukukunun esasen İngiltere'nin Müşterek Hukuku'ndan ibaret olduğu söylenebilir³⁷⁵. Dolayısıyla, Amerikan eyaletleri ilk başta kendi anayasalarıyla uyumlu olduğu ölçüde Müşterek Hukuku benimsemişlerdir³⁷⁶. Ancak zamanla Amerikan mahkemeleri bölgesel ihtiyaçları da göz önünde bulundurarak Müşterek Hukuk'ta değişiklikler yapmıştır³⁷⁷. Öyle ki 20. yüzyıla gelindiğinde, Amerikan ceza hukuku artık İngiliz ceza hukukundan pek çok yönden farklılık arz etmeye başlamıştır³⁷⁸.

Aydınlanma Çağı ile birlikte 18. ve 19. yüzyılda Avrupa'da ve Amerika'da yasaların yargı organı tarafından belirlenmesi yerine bunların yasama organı tarafından çıkarılması düşüncesi etkili olmaya başlamıştır³⁷⁹. Bunun etkisiyle, Amerika'daki eyaletler başta Müşterek Hukuku tamamlayacak sonra da onun yerini

³⁶⁹ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 27.

³⁷⁰ age. s. 27.

³⁷¹ John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 10.

³⁷² Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 37; Joycelyn M. POLLOCK 2015, age. s. 9; Thomas J. GARDNER ve Terry M. ANDERSON 2014, age. s. 25.

³⁷³ John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 10; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 4.

³⁷⁴ G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 33; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 4; John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 10.

³⁷⁵ age. s. 10.

³⁷⁶ age. s. 10.

³⁷⁷ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 27.

³⁷⁸ age s. 27.

³⁷⁹ age s. 27.

alacak ceza yasaları çıkarmaya başlamıştır³⁸⁰. Artık günümüzde bu dönüşümün neredeyse tamamlandığı, yasama organının ceza hukukunun oluşturulmasındaki asli organ olduğu belirtilmektedir³⁸¹. Nitekim artık Amerikan ceza hukukunda da kanunilik ilkesinin (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*) geçerli olduğu ifade edilmektedir³⁸².

Amerika Birleşik Devletleri'ndeki eyaletlerin çoğu, içtihadı dayalı olan Müşterek Hukuk suçlarını kaldırmayı ve suçların belirlenmesi işini yasama organları marifetiyle hazırlanacak olan ceza yasalarına bırakmayı tercih etmiştir³⁸³. Başka bir deyişle Müşterek Hukuk'un (*Common Law*) yerini yazılı hukuk (*statutory law*) almıştır³⁸⁴. Günümüzde elli eyaletin ve federal hükümetin her birinin ayrı ayrı ceza yasaları vardır ve Amerikan ceza hukukunun temel kaynağını bu yasalar teşkil etmektedir³⁸⁵. Eyaletlerin ceza yasaları arasında suçların tanımları, sorumluluğu ortadan kaldıran haller, cezaların türleri ve ağırlıkları bakımından farklılıklar olabilmektedir³⁸⁶. Her eyaletin ceza yasası kendi yetki bölgesinde gerçekleştirilen eylemlere uygulanmaktadır³⁸⁷. Bu bakımdan, eyaletlerin hiçbirisi diğer eyaletlerin yasalarıyla veya yasalara ilişkin getirdikleri yorumlarıyla bağlı değildir³⁸⁸.

Amerika Birleşik Devletleri'nde federalizmin benimsenmiş olması nedeniyle bir federal hükümet (yönetim) ve elli tane eyalet hükümeti (yönetimi) bulunmaktadır³⁸⁹. Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın federal hükümeti yetkili kıldığı konularda, federal hükümet eyalet hükümetlerinden hiyerarşik olarak üstündür³⁹⁰. Federal ceza yasaları da yalnızca Anayasa'nın açıkça federal hükümetin

³⁸⁰ age s. 27.

³⁸¹ age s. 27.

³⁸² age s. 39; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 7.

³⁸³ Kathryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 37; John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 10-13; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 4. Az sayıdaki bazı eyaletler hâlâ Müşterek Hukuk suçlarını kabul etmektedir. Joshua DRESSLER 2018, age. s. 28.

³⁸⁴ Norman M. GARLAND 2012, age. s. 4; Joycelyn M. POLLOCK 2015, age. s. 10.

³⁸⁵ John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 9; G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 32-33; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 7; Kathryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 39.

³⁸⁶ G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 33-34.

³⁸⁷ Norman M. GARLAND 2012, age. s. 7.

³⁸⁸ John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 9; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 7. Bununla birlikte, mahkemelerin farklı eyaletlerin içtihatlarından etkilenecek karar vermeleri mümkündür. Özellikle bir içtihadta belli bir mantık yürütülmüş veya gerekçe ortaya konulmuşsa, farklı eyaletteki bir mahkeme karar verirken bunu göz önünde bulundurabilir. John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 12.

³⁸⁹ Daniel E. HALL (2011), *Criminal Law and Procedure*, 6. Baskı, Cengage Learning, New York, s. 4; John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 4.

³⁹⁰ Daniel E. HALL 2011, age. s. 4; John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 4.

yetkisi dâhilinde olduğu belirtilen konularda Birleşik Devletler Kongresi tarafından çıkarılır³⁹¹.

Ancak ceza hukuku eyaletlerin büyük ölçüde kontrol sahibi olduğu alanlardan birisidir³⁹². Suçların %90'ından fazlasının eyaletlerin yetki alanları içerisinde olduğu ifade edilmektedir³⁹³. Bununla bağlantılı olarak da ceza davalarının büyük çoğunluğu eyaletlerin yasalarına göre eyaletlerin yargı düzenlerinde görülmektedir³⁹⁴. Federal yönetim ise sınırlı bazı alanlarda münhasıran yetkilidir³⁹⁵. Federal suçlar ağırlıklı olarak Birleşik Devletler Kanunu'nun (*United States Code*) on sekizinci başlığında (*Title 18*) düzenlenmiştir³⁹⁶.

Hemen belirtelim ki her ne kadar Amerikan ceza hukukunun günümüzdeki temel kaynağı yasalar olsa da, Müşterek Hukuk Amerikan ceza hukuku bakımından hala önemli bir kaynaktır³⁹⁷. Bunun en büyük sebebi eyaletlerin ceza yasalarının büyük ölçüde Müşterek Hukuk'tan etkilenecek hazırlanmış olmasıdır³⁹⁸. Eyaletlerin ceza yasalarında çoğunlukla Müşterek Hukuk'un suç tanımlarına ve ilkelerine yer verilmiştir³⁹⁹. Bazen suçların tanımlarında yasada tanımlanmamış olan fakat geçmişte Müşterek Hukuk'ta kullanılan bazı kavramlara yer verilebilmektedir⁴⁰⁰. Bunun dışında yasalarda kullanılan muğlak veya genel ifadelerin yorumlanmasına ya da yasalardaki boşlukların doldurulmasına ihtiyaç duyulmaktadır⁴⁰¹.

Bu gibi hallerde yargıçlar sıklıkla Müşterek Hukuk'tan ve önceki içtihatlardan yararlanarak yasaları yorumlamaktadırlar⁴⁰². Bununla bağlantılı olarak da mahkemeler ceza hukukunun gelişiminde önemli bir rol oynamaya devam

³⁹¹ Joycelyn M. POLLOCK 2015, age. s. 487.

³⁹² Daniel E. HALL 2011, age. s. 6.

³⁹³ age. s. 6.

³⁹⁴ G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 33; Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 39; Daniel E. HALL 2011, age. s. 4; John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 4.

³⁹⁵ Daniel E. HALL 2011, age. s. 4-7.

³⁹⁶ Joycelyn M. POLLOCK 2015, age. s. 488.

³⁹⁷ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 28; John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 10-11; John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 13.

³⁹⁸ G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 32; Joshua DRESSLER 2018, age. s. 29.

³⁹⁹ John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 10; G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 33; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 8; Joshua DRESSLER 2018, age. s. 28-29; Joycelyn M. POLLOCK 2015, age. s. 9.

⁴⁰⁰ John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 13; Joshua DRESSLER 2018, age. s. 29.

⁴⁰¹ age. s. 29-30; John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 10-11; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 8.

⁴⁰² age. s. 8; Joshua DRESSLER 2018, age. s. 30; John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 10-13; John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 10; G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 35.

etmektedir⁴⁰³. Yargıçların karar verirken önceki içtihatları göz önünde bulundurmalarına ilişkin, Müşterek Hukuk kökenli “*stare decisis*” doktrini de hala Amerikan hukuk sisteminde önemli bir yer taşımaktadır⁴⁰⁴.

Bunun dışında, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası ve elli eyaletin anayasaları da Amerikan ceza hukukunun kaynakları arasında değerlendirilir⁴⁰⁵. Anayasalar da nadiren de olsa, cezalara veya cezai sorumluluğa ilişkin düzenlemeler getirebilir. Ancak bu düzenlemeler, suçlara ilişkin tanımlamalar yapılmasından ziyade ceza hukukuna sınırlamalar getirilmesine ilişkin düzenlemelerdir⁴⁰⁶. Amerika Birleşik Devletleri Anayasası genel olarak Amerikan ceza hukukuna ilişkin temel güvenceleri düzenlemektedir⁴⁰⁷. Nitekim bir tek vatana ihanet suçu Anayasa’da açıkça tanımlanmıştır⁴⁰⁸. Benzer şekilde, eyalet anayasalarında da genel olarak ilgili eyaletin ceza hukuku sistemine ilişkin sınırlamalar getirilir⁴⁰⁹. Ancak eyalet anayasalarında suç tanımlarına veya cezalara ya da cezai sorumluluğu ortadan kaldıran hallere ilişkin düzenlemelere daha sık yer verilebilmektedir⁴¹⁰.

Son olarak Model Ceza Kanunu’ndan (*Model Penal Code*) da bahsetmek gerekmektedir. 19. yüzyılın ilk yarısında ceza yasalarının oluşturulmasına büyük bir önem verilmişse de zamanla kodifikasyon ve reform çabaları hız kaybetmiştir⁴¹¹. Ceza hukukunda uzun bir süre ceza reformu yapılamamış olması nedeniyle eyaletlerin ceza hukukları tutarsız, adaletsiz ve düzensiz bir hal almıştır⁴¹². Eyalet ceza hukukları arasındaki bu yaygın tutarsızlıkların ve orantısız yaptırımların düzeltilmesi için bir reforma ihtiyaç duyulmuştur⁴¹³. Bu yüzden 1952 yılında, Amerikan hukukunun önde gelen yargıç, avukat ve akademisyenlerinden oluşan

⁴⁰³ John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 13; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 8.

⁴⁰⁴ John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 9; G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 35.

⁴⁰⁵ Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 44; John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 13.

⁴⁰⁶ G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 32; John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 13.

⁴⁰⁷ Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 44.

⁴⁰⁸ Thomas J. GARDNER ve Terry M. ANDERSON 2014, age. s. 24; Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 44; G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 34.

⁴⁰⁹ John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 4.

⁴¹⁰ G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 34; Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 44.

⁴¹¹ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 30.

⁴¹² age. s. 30.

⁴¹³ Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 47.

Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute*), yeni bir reform hareketinin başlatılabilmesi için bir ceza kanunu hazırlamaya başlamıştır⁴¹⁴.

On yılı aşkın sürenin sonunda 1962 yılında yayımlanan Model Ceza Kanunu, Amerikan ceza hukukundaki kodifikasyon çabalarının en önemli ürünlerinden birisidir⁴¹⁵. Bu Kanun ile geleneksel ceza hukuku doktrinleri sistematik bir şekilde yeniden düzenlenmiştir⁴¹⁶. Hukuken bağlayıcılığı bulunmayan bu model Kanun, eyalet ceza yasalarının geliştirebilmesi hedefiyle eyaletlere rehberlik etmesi için hazırlanmış bir metindir⁴¹⁷. Model Ceza Kanunu'nun yayımlanmasından sonra kırktan fazla eyalet ceza yasalarını Model Ceza Kanunu'ndan yararlanarak değiştirmiştir⁴¹⁸. Dolayısıyla, Model Ceza Kanunu eyaletlerin ceza yasalarında gerçekleştirdikleri reformlarda oldukça etkili olmuştur⁴¹⁹.

Bunun dışında eyalet yasalarının ve ceza hukukuna ilişkin meselelerin yorumlanmasında da Model Ceza Kanunu'ndan sıklıkla yararlanılmaktadır⁴²⁰. Federal mahkemelerde ve Model Ceza Kanunu'nu benimsemeyen eyaletlerin mahkemelerinde dahi Model Ceza Kanunu önemli bir kaynak olarak değerlendirilmekte, Model Ceza Kanunu'nun getirdiği açıklamalardan yararlanılmaktadır⁴²¹. Bu nedenlerle Model Ceza Kanunu da Amerikan ceza hukukunun birincil kaynaklarından birisi olarak kabul edilmektedir⁴²².

Günümüzde de eyaletlerin ceza yasaları arasında büyük farklılıkların bulunması, elli eyaletin ve federal hükümetin her birinin farklı ceza yasalarının bulunması sebebiyle Amerikan ceza hukukunun tamamını kapsayacak şekilde bir

⁴¹⁴ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 30; Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 47; John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 11.

⁴¹⁵ John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 10; Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 47; Joshua DRESSLER 2018, age. s. 31 vd.

⁴¹⁶ John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 10.

⁴¹⁷ Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW (2017), *Criminal Law and Its Processes Cases and Materials*, 10. Baskı, Wolters Kluwer, New York, s. 157; Joycelyn M. POLLOCK 2015, age. s. 14; John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 11; John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 10; Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 47.

⁴¹⁸ John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 10; Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 47; Markus D. DUBBER (2015), *An Introduction to the Model Penal Code*, 2. Baskı, Oxford University Press, New York, s. 5.

⁴¹⁹ John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 11; Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 157.

⁴²⁰ John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 11; Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 47.

⁴²¹ Markus D. DUBBER 2015, age. s. 6-7; Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 157.

⁴²² Joshua DRESSLER 2018, age. s. 31.

çalışma yürütmenin oldukça zor olduğu belirtilmektedir⁴²³. Bu nedenle de Amerikan ceza hukuku üzerine yapılan çalışmalarda, Amerikan ceza hukukunun genel yapısını yansıtan Model Ceza Kanunu esas alınarak açıklamalarda bulunulması tercih edilebilmektedir⁴²⁴. Çalışmamızda da özellikle manevi unsur türleri konusunda Amerikan ceza hukukuna oldukça etki etmiş olan⁴²⁵ Model Ceza Kanunu esas alınarak ve gerekli olduğu noktalarda eyalet yasalarından, eyalet içtihatlarından ve Müşterek Hukuktan yararlanılarak açıklamalarda bulunulacaktır.

2.1.2. Amerikan Ceza Hukukunda Suçların Sınıflandırılması

Amerikan ceza hukukunda hem federal hükümetin hukuk sisteminde hem de eyaletlerin hukuk sistemlerinde, suçlar arasında “*felony*” (cürüm) ve “*misdemeanor*” (cünha) şeklinde bir sınıflandırma yapılmaktadır⁴²⁶. Cürümler, cünhalardan daha ağır suçlar olarak kabul edilmektedir⁴²⁷. Cürümler, genel olarak karşılığında bir yıldan fazla hapis veya ölüm cezası verilebilen suçlar olarak tanımlanabilir⁴²⁸. Buna karşılık, cünhalar karşılığında genellikle 1 yıla kadar hapis veya para cezası verilebilen suçlardır⁴²⁹. Daha ağır suçların daha ağır bir şekilde cezalandırılabilmesi için çeşitli eyaletlerin ceza yasalarında ve Model Ceza Kanununda cürümler çeşitli kategorilere veya derecelere bölünmüştür⁴³⁰. Söz gelimi, Model Ceza Kanununda cürümler üç dereceye bölünmüştür (MCK § 6.01(1)). Birinci dereceden cürümlerde (*felony of the first degree*), cezanın alt sınırı bir ila on yıl arası hapis cezası, üst sınırı ise ömür boyu hapis cezasıdır. İkinci dereceden cürümlerde (*felony of the second degree*), cezanın alt sınırı bir ila üç yıl arası hapis cezası, üst sınırı ise on yıl hapis

⁴²³ Markus D. DUBBER ve Tatjana HÖRNLE (2014), *Criminal Law a Comparative Approach*, Oxford University Press, New York, s. 174; Joycelyn M. POLLOCK 2015, age. s. 14; G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 33-34.

⁴²⁴ age. s. 34; Markus D. DUBBER ve Tatjana HÖRNLE 2014, age. s. 174. Bu konuda bkz. Joycelyn M. POLLOCK 2015, age. s. 14; Lutz EIDAM (2006), “Making Comparative Criminal Law Possible”, *Buffalo Law Review*, Cilt 54, Sayı 1, s. 237.

⁴²⁵ Markus D. DUBBER 2015, age. s. 6.

⁴²⁶ Kathryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 49.

⁴²⁷ age. s. 49; John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 5; Thomas J. GARDNER ve Terry M. ANDERSON 2014, age. s. 14.

⁴²⁸ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 5; Joycelyn M. POLLOCK 2015, age. s. 27; Kathryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 49; John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 5; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 59; Thomas J. GARDNER ve Terry M. ANDERSON 2014, age. s. 14; MCK § 1.04(2).

⁴²⁹ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 5; Kathryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 49; John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 5; Joycelyn M. POLLOCK 2015, age. s. 27; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 59; Thomas J. GARDNER ve Terry M. ANDERSON 2014, age. s. 14.

⁴³⁰ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 5; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 59.

cezasıdır. Üçüncü dereceden cürümlerde (*felony of the third degree*), cezanın alt sınırı bir ila iki yıl arası hapis cezası, üst sınırı ise beş yıl hapis cezasıdır (MCK § 6.06)⁴³¹. Dolayısıyla, cürmün derecesine göre farklı cezalar verilebilmektedir⁴³².

Bunların dışında, bazı eyaletlerde “*violation*”, “*infraction*” veya “*petty offense*” şeklinde üçüncü bir kategoriye daha yer verilmektedir⁴³³. Bunlar, karşılığında hapis cezası verilemeyen, para cezası veya kamu hizmeti gibi yaptırımlar uygulanan ve genellikle uygunsuz davranışlardan ibaret olan hafif suçlardır⁴³⁴. Model Ceza Kanunu da bu üçüncü kategoriye yer vermiştir ancak bunları suç olarak değil kabahatler olarak değerlendirmiştir (MCK § 1.04(5))⁴³⁵.

2.1.3. Amerikan Ceza Hukukunda Suçun Unsurları

Amerikan ceza hukukunda suçun unsurları konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Amerikan ceza hukukunda uzun süre boyunca hâkim olan görüşe göre, suçun *actus reus* (suçlu davranış) ve *mens rea* (suçlu zihin) olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır⁴³⁶. Bu ikili ayırmada, *actus reus* suçun maddi unsuru; *mens rea* ise suçun manevi unsuru olarak değerlendirilir⁴³⁷. *Actus reus* kavramı, davranış, sonuç ve nedensellik bağına kapsayacak şekilde kullanılır⁴³⁸.

Actus reus kavramını iradi veya haksız davranış anlamında kullanan ve doğrudan maddi unsur şeklinde bir kategoriye yer vermeyen yazarlar, suçun beş unsuru olduğunu savunurlar. Buna göre suçun unsurları; iradi davranış (*actus reus*), suçlu zihin (*mens rea*), iradi davranış ile suçlu zihnin aynı anda bulunmasını ifade eden eş zamanlılık (*concurrency*)⁴³⁹, nedensellik bağı (*causation*)⁴⁴⁰ ve sonuçtur (*result*)⁴⁴¹.

⁴³¹ Model Ceza Kanununun sisteminde hâkim cezanın alt ve üst sınırlarını belirler. Cezanın alt sınırı failin ne kadar süre sonra şartlı tahliyeden yararlanabileceğini, üst sınırı ise failin hapis cezasının azami sınırını gösterir (MCK § 6.06).

⁴³² age. s. 59.

⁴³³ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 5; Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 49; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 59-60.

⁴³⁴ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 5; Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 49; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 59-60.

⁴³⁵ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 5; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 60.

⁴³⁶ John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 115; Joshua DRESSLER 2018, age. s. 83.

⁴³⁷ age. s. 83.

⁴³⁸ age. s. 83; John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 115.

⁴³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 68; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 74; Thomas J. GARDNER ve Terry M. ANDERSON 2014, age. s. 55-56.

Amerikan ceza hukukunda hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran haller genel olarak suçun unsurları başlığının altında incelenmektedir. Bunlar cezai sorumluluğun doğmasına engel olan ve sanık hakkında beraat kararı verilmesini gerektiren “savunmalar” (*defenses*) kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁴². Savunmalar arasında “haklı nedenler” (*justification*) ve “mazeretler” (*excuses*) şeklinde bir ayırım yapıldığını ve bunların genel olarak hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran hallerle örtüştüğünü belirtmek gerekir⁴⁴³. Bununla birlikte bu kavramların Türk ceza hukukunda hukuka uygunluk sebeplerinin veya kusurluluğu ortadan kaldıran hallerin suç genel teorisindeki konumlarına tam olarak karşılık geldiğini söylemek güçtür. Bu kavramlar suçun unsurlarıyla birlikte incelendiğinde, genellikle “cezai sorumluluğun unsurları” şeklinde başlıklar kullanılmaktadır⁴⁴⁴.

Model Ceza Kanunu’nda *mens rea* kavramı yerine kusurluluk (*culpability*) kavramı tercih edilmiştir. Kanun’da manevi unsur türleri tanımlanırken “Kusurluluğun Türleri” başlığı kullanılmıştır (MCK § 2.02(2)). Öğretide, suçlu zihni veya suçlunun zihinsel durumunu ifade eden *mens rea* kavramının basit taksiri de içerecek şekilde kullanılması eleştirilere konu olduğu için bu değişiklik olumlu karşılanmıştır⁴⁴⁵. *Actus reus* kavramı yerine de suçun maddi unsuru (*material element of an offense*) ifadesi kullanılmıştır (MCK § 1.13(10), § 2.02(1))⁴⁴⁶. Hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran haller ise yine ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran haller (*defenses*) olarak değerlendirilmiştir. Buna göre, suçun varlığının ortaya konulabilmesi için maddi unsurun ve kusurluluğun varlığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bunlar tespit edildikten sonra da ceza

⁴⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 69; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 72.

⁴⁴¹ Kathryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 137; G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 51; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 6. Benzer yönde bkz. Joycelyn M. POLLOCK 2015, age. s. 37.

⁴⁴² Joshua DRESSLER 2018, age. s. 193 vd.; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 61.

⁴⁴³ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 193 vd.

⁴⁴⁴ Nitekim bir yazar cezai sorumluluğun dört esaslı unsurunun bulunduğunu, cezai sorumluluğun doğabilmesi için maddi unsurun ve manevi unsurun bulunması, ancak haklı bir nedenin veya bir mazeretin bulunmaması gerektiğini ifade etmektedir. Michael S. MOORE (2002), “Actus Reus”, *İçinde, Encyclopedia of Crime & Justice*, Cilt 1, Ed. Joshua Dressler, s. 17.

⁴⁴⁵ David M. TREIMAN (1981), “Recklessness and the Model Penal Code”, *American Journal of Criminal Law*, Cilt 9, Sayı 3, s. 288.

⁴⁴⁶ Benzer yönde bkz. agm. s. 287.

sorumluluğunu ortadan kaldıran bir haklı nedenin (*justification*) veya mazeretin (*excuse*) bulunup bulunmadığı incelenecektir⁴⁴⁷.

Dolayısıyla, Model Ceza Kanunu'nun yapısı gözetildiğinde, suçun temel unsurları maddi unsur ve kusurluluk veya maddi unsur ve manevi unsur şeklinde incelenebilir⁴⁴⁸. Kusurluluk kavramının Türk ceza hukukundaki tartışmalı mahiyeti nedeniyle çalışmamızda manevi unsur ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

2.1.4. Model Ceza Kanununun Manevi Unsur Sistemi

Model Ceza Kanunu'nda manevi unsur türlerinin düzenlendiği bölüm, pek çok yazar tarafından Kanun'un en etkili, önemli, başarılı ve özenle hazırlanmış kısmı olarak değerlendirilmektedir⁴⁴⁹. Bunun temel sebebi, Model Ceza Kanunu'nun yayımlanmasından önceki dönemde, manevi unsur türleri konusunun Amerikan ceza hukukunda içinden çıkılmaz bir hal almış olmasıdır⁴⁵⁰. Müşterek Hukuk'ta, sayısı dahi belirlenemeyecek kadar çok manevi unsur türü kullanılmıştır⁴⁵¹. Suçun manevi unsuru için isteyerek (*willfully*), kasıtlı (*intentionally*), genel kasıtlı (*general intent*), özel kasıtlı (*specific intent*) kötü niyetle (*maliciously*), kusurlu (*wantonly*), pervasızca (*recklessly*), taksirle (*negligently*), bilerek (*with scienter*), dikkatsizce (*heedlessly*), tasarlayarak (*with malice aforethought, with premeditation*), canice (*feloniously*), kanunsuzca (*unlawfully*) hareket etme gibi çeşitli ifadeler kullanılmıştır⁴⁵². Eyalet yasalarında da belli manevi unsur türlerinin tanımlanması yerine, suç tanımlarında farklı farklı manevi unsur türlerine yer verilmesi tercih edilmiştir⁴⁵³. Dahası, bu kavramların belirli, somut ve genel olarak kabul gören bir

⁴⁴⁷ Markus D. DUBBER 2015, age. s. 27.

⁴⁴⁸ John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 15; Markus D. DUBBER ve Tatjana HÖRNLE 2014, age. s. 223; Luis E. CHIESA (2018), "Mens Rea in Comparative Perspective", *Marquette Law Review*, Cilt 102, Sayı 2, s. 579.

⁴⁴⁹ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 134; Sanford H. KADISH (1989), "Act and Omission, Mens Rea, and Complicity: Approaches to Codification", *Criminal Law Forum*, Cilt 1, Sayı 1, s. 72; Markus D. DUBBER ve Tatjana HÖRNLE 2014, age. s. 223; Markus D. DUBBER 2015, age. s. 44; Luis E. CHIESA 2018, agm. s. 579.

⁴⁵⁰ United States v. Bailey, 444 U.S. 403, 100 S.Ct 624, 62 L.Ed.2d 575 (1980); Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 263; Kenneth W. SIMONS (2003), "Should the Model Penal Code's Mens Rea Provisions Be Amended?", *Ohio State Journal of Criminal Law*, s. 179.

⁴⁵¹ Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 263.

⁴⁵² age. s. 263; Paul H. ROBINSON (2002), "Mens Rea", *İçinde, Encyclopedia of Crime & Justice*, Cilt 1, Ed. Joshua Dressler, s. 999; Luis E. CHIESA 2018, agm. s. 579; G. Larry MAYES, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 57; Kenneth W. SIMONS 2003, agm. s. 180.

⁴⁵³ David M. TREIMAN 1981, agm. s. 293; Sanford H. KADISH 1989, agm. s. 72; Kenneth W. SIMONS 2003, agm. s. 179.

anlamları da olmamıştır⁴⁵⁴. Somut olaylarda bu kavramlara sürekli farklı anlamlar verilmiştir⁴⁵⁵. Bu nedenlerle Amerikan ceza hukukunda manevi unsur türleri konusu mantıksız, tutarsız ve öngörülemez bir hal almıştır⁴⁵⁶.

Model Ceza Kanunu'nda köklü bir değişikliğe gidilerek dört tane manevi unsur türü belirlenmiş, bunlarla ilgili ayrıntılı ve açık tanımlara yer verilmiştir (MCK § 2.02(2))⁴⁵⁷. Bu dört manevi unsur türü en kusurlu olandan en az kusurlu olana doğru⁴⁵⁸; birinci dereceden doğrudan kasıt (*purpose*), ikinci dereceden doğrudan kasıt (*knowledge*), pervasızlık (*recklessness*) ve taksir (*negligence*) olarak sıralanmıştır⁴⁵⁹.

Model Ceza Kanunu'nun getirdiği bu sistem Amerikan ceza hukukunda oldukça etkili olmuştur⁴⁶⁰. Amerikan eyaletlerinin büyük bir kısmı, Model Ceza Kanunu'nda tanımlanan dört manevi unsur türünü, farklı şekillerde de olsa, benimsemiştir⁴⁶¹. Bu dörtlü sistemin benimsenmediği eyaletlerdeki yargıçlar dahi, manevi unsur türlerini yorumlarken Model Ceza Kanunu'ndan sıklıkla yararlanmaktadır⁴⁶². Model Ceza Kanunu'nun manevi unsur sisteminin açıklanması için önce manevi unsurun kapsamının, sonra da manevi unsur türlerinin incelenmesi faydalı olacaktır.

⁴⁵⁴ Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 263; Luis E. CHIESA 2018, agm. s. 579.

⁴⁵⁵ Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 263.

⁴⁵⁶ age. s. 263; Markus D. DUBBER ve Tatjana HÖRNLE 2014, age. s. 223.

⁴⁵⁷ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 134; Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 273; Markus D. DUBBER ve Tatjana HÖRNLE 2014, age. s. 223; Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 999; Luis E. CHIESA 2018, agm. s. 579; Kenneth W. SIMONS 2003, agm. s. 180.

⁴⁵⁸ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 134; Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 999.

⁴⁵⁹ Amerikan ceza hukukunda herhangi bir manevi unsur türünün aranmadığı, başka bir deyişle kusursuz sorumluluğun geçerli olduğu suç tipleri de bulunmaktadır. Bunlar genellikle, “kamu menfaatine karşı suçlar” (*public welfare offenses*) şeklinde adlandırılan, tek bir kişinin davranışıyla toplumun önemli bir kısmının sağlığının, refahının veya güvenliğinin etkilenebildiği ve karşılığında çoğunlukla para cezası öngörülen suçlardır. Ancak, pek çok eyaletin kanununda “reşit olmayan kadınla cinsel ilişki” (*statutory rape*) şeklinde bir suça da yer verilmiştir. Bu suç tipinde, kadının yaşı bakımından herhangi bir manevi unsur türü aranmamaktadır. Bu suç, kamu menfaatine karşı suçlardan farklı olarak ağır bir şekilde cezalandırılabilir. Model Ceza Kanunu ise objektif sorumluluğun yalnızca suç olarak nitelendirilmeyen kabahatler (*violations*) bakımından söz konusu olabileceğini düzenlemiştir (MCK § 2.05). Joshua DRESSLER 2018, age. s. 134-144; Katheryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 174; Markus D. DUBBER 2015, age. s. 49.

⁴⁶⁰ Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 272; John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 232; Markus D. DUBBER 2015, age. s. 44.

⁴⁶¹ Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 272; John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 240; Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 999; David M. TREIMAN 1981, agm. s. 293.

⁴⁶² Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 272; Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 999.

2.1.4.1. Manevi Unsurun Kapsamı

Model Ceza Kanunu'nda manevi unsur türlerinin tanımlandığı maddede, manevi unsurun kapsamı da açıklanmıştır. Suçun tanımında yer verilen tüm maddi unsurların, tanımda aranan manevi unsur türü veya türlerinin kapsamında olması gerektiği belirtilmiştir (MCK § 2.02(1)). Buna göre, manevi unsurun kapsamı kanuni tanımdaki maddi unsurlardır⁴⁶³. Aynı maddede kanuni tanımdaki maddi unsurların neler olduğu da açıklığa kavuşturulmuştur. Manevi unsurun kapsamında olması gereken üç husus: davranış (*conduct*), sonuç (*result*) ve kanuni tanımda eylemin beraberinde yer verilen diğer objektif durumlardır (*attendant circumstances*) (MCK § 2.02(2))⁴⁶⁴. Son bahsettiğimiz kavram (*attendant circumstances*), kanuni tanımda davranış ve sonucun dışında yer verilen ve suçun oluşması için bulunması gerekli olan diğer maddi unsurları tarif etmek için kullanılan bir kavramdır⁴⁶⁵. Söz gelimi, hırsızlık suçunda çalınan malın bir başkasına ait olması “*attendant circumstance*” kavramının kapsamında değerlendirilebilir⁴⁶⁶.

Model Ceza Kanunu'nda “suç analizi” yöntemi yerine “unsur analizi” yöntemi benimsenmiştir⁴⁶⁷. Bunun anlamı, bir suçun tanımında birden çok manevi unsur türünün aranabilmesidir⁴⁶⁸. Model Ceza Kanunu'nda suçlar tanımlanırken davranış, sonuç ve “*attendant circumstance*” şeklindeki üç maddi unsurdan yararlanır⁴⁶⁹. Bu üç maddi unsur kullanılarak yasaklanan eylemin ne olduğu tarif edilir⁴⁷⁰. Daha sonra da bu unsurların her biri bakımından aranan manevi unsur türünün ne olduğu belirtilerek suçun kanuni tanımı oluşturulmuş olur⁴⁷¹. Bir suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların her biri için farklı farklı manevi unsur türlerinin

⁴⁶³ Markus D. DUBBER 2015, age. s. 40.

⁴⁶⁴ John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 15; Sanford H. KADISH 1989, agm. s. 73; Markus D. DUBBER 2015, age. s. 36.

⁴⁶⁵ age. s. 38; G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 51.

⁴⁶⁶ Markus D. DUBBER 2015, age. s. 38.

⁴⁶⁷ Kenneth W. SIMONS 2003, agm. s. 181. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Paul H. ROBINSON ve Jane A. GRALL (1983), “Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond”, *Stanford Law Review*, Cilt 35, s. 699 vd.

⁴⁶⁸ Sanford H. KADISH 1989, agm. s. 73; Joshua DRESSLER 2018, age. s. 134; Kenneth W. SIMONS 2003, agm. s. 181.

⁴⁶⁹ Markus D. DUBBER 2015, age. s. 36.

⁴⁷⁰ Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 999.

⁴⁷¹ John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 15; Paul H. ROBINSON ve Jane A. GRALL 1983, agm. s. 999; Sanford H. KADISH 1989, agm. s. 73.

varlığı aranabilir⁴⁷². Dolayısıyla, Model Ceza Kanunu'nun sisteminde manevi unsur türleri belli bir suç için değil, suçtaki belli bir maddi unsur için öngörülür. Söz gelimi, tecavüz suçunun tanımında failin cinsel davranış bakımından birinci dereceden doğrudan kasıtlı hareket etmesi aranıp, mağdurun rızasının olmaması bakımından pervasızca hareket etmiş olması yeterli kabul edilebilir⁴⁷³.

Kanuni tanımda davranış, sonuç ve “*attendant circumstance*” unsurlarının hepsine yer verilmesi gerekmemektedir⁴⁷⁴. Ancak her halükarda kanuni tanımda bir davranışa yer verilmiş olması gerekmektedir⁴⁷⁵. Davranışın yanında, bir sonucun gerçekleşmesi veya başka bir objektif hususun bulunması ya da bunların her ikisinin de varlığı aranabilir. Model Ceza Kanunu, bir suçun kanuni tanımında hiçbir manevi unsur türüne yer verilmemiş olması durumunda, suçun varlığı için failin pervasızlıkla hareket etmiş olmasını yeterli kabul etmiştir (MCK § 2.02(3)). Dolayısıyla, sorumluluk kural olarak pervasızlığa dayanır⁴⁷⁶. Taksirle gerçekleştirilen eylemler ise, yalnızca kanunun açıkça cezalandırılmasını öngördüğü durumlarda cezalandırılabilir⁴⁷⁷. Buna karşılık, suçun tanımında maddi unsurlar arasında bir ayırım yapılmaksızın tek bir manevi unsur türüne yer verildiği takdirde, yer verilen manevi unsur türü suçun tüm maddi unsurları bakımından geçerli olacaktır (MCK § 2.02(4)).

2.1.4.2. Manevi Unsur Türleri

2.1.4.2.1. Birinci Dereceden Doğrudan Kasıt (*Purpose*)

Model Ceza Kanununun maksat (*purpose*) olarak adlandırdığı bu manevi unsur türünde, failin eylemi gerçekleştirmekteki amacı doğrudan kanuni tanımdaki davranışı veya sonucu gerçekleştirmektir. Fail zihninde kanuni tanımdaki davranışı veya sonucu gerçekleştirmeyi amaçlamış olduğu için eylemi gerçekleştirmektedir (MCK § 2.02(2)(a)(i))⁴⁷⁸. Davranış veya sonuç dışındaki maddi unsurlar (*attendant*

⁴⁷² Paul H. ROBINSON ve Jane A. GRALL 1983, agm. s. 699; Joshua DRESSLER 2018, age. s. 134; John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 15; Sanford H. KADISH 1989, agm. s. 73; Kenneth W. SIMONS 2003, agm. s. 181.

⁴⁷³ Sanford H. KADISH 1989, agm. s. 73.

⁴⁷⁴ Markus D. DUBBER 2015, age. s. 36.

⁴⁷⁵ age. s. 37.

⁴⁷⁶ age. s. 46.

⁴⁷⁷ Luis E. CHIESA 2018, agm. s. 581; John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 237; Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 1001.

⁴⁷⁸ United States v. United States Gypsum Co., 438 US 444 - Supreme Court 1978; Joshua DRESSLER 2018, age. s. 117; Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E.

circumstances) bakımından ise failin somut olayda söz konusu maddi unsurların bulunduğu farkında olması, bulunduğu inanması veya bulunduğunu umut etmiş olması yeterlidir (MCK § 2.02(2)(a)(ii))⁴⁷⁹. Görüldüğü üzere, bu kavram esasında birinci dereceden doğrudan kasıt ifade etmektedir⁴⁸⁰.

Model Ceza Kanunu birinci dereceden doğrudan kasta ilişkin tanımında “isteme” unsuruna yer vermek yerine doğrudan failin davranışı veya sonucu gerçekleştirmeyi amaçlamasından söz etmiştir. Böylece, failin neyi istediğine, arzuladığına veya umut ettiğine odaklanmak yerine neyi amaçladığına önem vermiştir⁴⁸¹. Birinci dereceden doğrudan kasıtta önemli olan, failin davranışı veya sonucu gerçekleştirmeyi hedeflemiş olması olduğu için de davranış veya neticenin gerçekleşme ihtimalinin bir önemi yoktur⁴⁸². Davranış veya neticenin gerçekleşme ihtimalinin çok düşük olması durumunda da birinci dereceden doğrudan kasıt söz konusu olabilir⁴⁸³.

2.1.4.2.2. İkinci Dereceden Doğrudan Kasıt (*Knowledge*)

Model Ceza Kanununda ikinci dereceden doğrudan kasta da *knowledge* (bilmek, bilgi sahibi olmak) adıyla yer verilmiştir⁴⁸⁴. İkinci dereceden doğrudan kasıt için failin eylemi gerçekleştirirken kanuni tanımdaki davranışı gerçekleştirdiğinin veya kanuni tanımda davranış ve sonuç dışında yer verilen diğer maddi olguların (*attendant circumstances*) somut olayda bulunduğu farkında olması gerekir (MCK § 2.02(2)(b)(i)). Failin sonuç bakımından ikinci dereceden doğrudan kasıtle hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için ise failin davranışı gerçekleştirirken davranışı nedeniyle kanuni tanımdaki sonucun gerçekleşeceğinin neredeyse kesin

BARKOW 2017, age. s. 274; Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 999; Markus D. DUBBER 2015, age. s. 60-61; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 71.

⁴⁷⁹ George P. FLETCHER (2000), *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, s. 441; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 71.

⁴⁸⁰ Markus D. DUBBER ve Tatjana HÖRNLE 2014, age. s. 241.

⁴⁸¹ George P. FLETCHER 2000, age. s. 440.

⁴⁸² Joshua DRESSLER 2018, age. s. 117; Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 1000; Markus D. DUBBER 2015, age. s. 60-61.

⁴⁸³ Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 1000.

⁴⁸⁴ Markus D. DUBBER ve Tatjana HÖRNLE 2014, age. s. 241. Kıta Avrupası hukuk sistemindeki manevi unsur sisteminin tamamen Model Ceza Kanunundaki manevi unsur sistemine uyarlanmasının yanlış olacağı belirtilmektedir. Zira Kıta Avrupası hukuk sisteminde birinci dereceden doğrudan kastın, ikinci dereceden doğrudan kastın ve olası kastın, üç farklı kasıt türü olarak değerlendirilmesine karşılık, Amerikan ceza hukukunda birinci dereceden doğrudan kasıt (*purpose*), ikinci dereceden doğrudan kasıt (*knowledge*) ve pervasızlık birbirinden bağımsız üç farklı manevi unsur türü olarak değerlendirilmektedir. Luis E. CHIESA 2018, agm. s. 588. Esasında pervasızlığın olası kasıttan büyük bir farklılık taşıması nedeniyle de bu uyarılmanın yapılamayacağı açıktır.

olduğunun farkında olması gerekmektedir (MCK § 2.02(2)(b)(ii))⁴⁸⁵. Başka bir deyişle, ikinci dereceden doğrudan kasıttaki fail neticenin gerçekleşeceğini bilmekte veya gerçekleşmesinin neredeyse kesin olduğunun farkındadır⁴⁸⁶.

İkinci dereceden doğrudan kasıttaki failin, birinci dereceden doğrudan kasıttan farklı olarak, failin maddi unsuru gerçekleştirilmeye yönelik bir amacı veya pozitif bir isteği bulunmamaktadır⁴⁸⁷. Yalnızca, maddi unsurun gerçekleşme ihtimalinin neredeyse muhakkak olduğunun farkındadır⁴⁸⁸. Fail eylemi gerçekleştirirken maddi unsurun gerçekleşmesini istememektedir⁴⁸⁹. Hatta fail, neticenin gerçekleşecek olmasından dolayı büyük bir üzüntü duyuyor ve gerçekleşmemesi için dua ediyor da olabilir⁴⁹⁰. Her halükarda, fail ikinci dereceden doğrudan kasıttaki maddi unsuru gerçekleştirmiş olacaktır.

2.1.4.2.3. Pervasızlık (*Recklessness*)

Model Ceza Kanunu'nda olası kasıt ve bilinçli taksir şeklinde bir ayırım yapılmadan, pervasızlık (*recklessness*) olarak adlandırılan tek bir manevi unsur türüne yer verilmiştir. Bu manevi unsur türünün esası, failin farkında olduğu önemli ve haksız bir riski göz ardı etmesidir⁴⁹¹. Bu risk davranışının yol açabileceği bir sonuca yönelik olabileceği gibi somut olaydaki maddi bir olgunun (*attendant circumstance*) varlığına ilişkin de olabilir. Göz ardı edilen bu riskin öyle bir mahiyet ve derecede olması gerekir ki failin amacı, davranışının mahiyeti ve bildiği hususlar göz önünde bulundurulduğunda, failin riski göz ardı etmesi, kanunlara uygun bir şekilde hareket eden bir kişinin failin yerinde olması durumunda gerçekleştireceği davranıştan büyük bir sapma teşkil etmelidir (MCK § 2.02(2)(c)). Başka bir deyişle fail kanunlara uyan bir vatandaşın göz ardı etmeyeceği türden bir riski göz ardı etmektedir⁴⁹².

⁴⁸⁵ United States v. United States Gypsum Co., 438 US 444 - Supreme Court 1978; Joshua DRESSLER 2018, age. s. 117; Markus D. DUBBER ve Tatjana HÖRNLE 2014, age. s. 236.

⁴⁸⁶ Norman M. GARLAND 2012, age. s. 71.

⁴⁸⁷ Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 999.

⁴⁸⁸ agm. s. 999.

⁴⁸⁹ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 117.

⁴⁹⁰ age. s. 117.

⁴⁹¹ Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 1000.

⁴⁹² agm. s. 1001. Benzer yönde bkz. Joshua DRESSLER 2018, age. s. 137; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 72.

Pervasızlığın, ikinci dereceden doğrudan kasıttan farkı, söz konusu olan riskin derecesindedir⁴⁹³. İkinci dereceden doğrudan kasıttan neticenin gerçekleşmesi neredeyse muhakkaktır. Oysa pervasızlıkta söz konusu olan risk yalnızca önemli (azımsanmayacak miktarda) bir risk olarak nitelendirilmiştir⁴⁹⁴. Pervasızlık ileride ayrıntılı bir şekilde ele alınacağından, şimdilik bu açıklamalarla yetinilecektir.

2.1.4.2.4. Taksir (*Negligence*)

Model Ceza Kanunu'nda taksir kişinin, davranışı nedeniyle kanuni tanımdaki neticenin gerçekleşebileceğine veya somut olayda kanuni tanımdaki maddi olgunun bulunuyor olabileceğine dair önemli ve haksız bir riski öngörmesi gerekirken öngörememiş olması olarak tanımlanmıştır. Ayrıca failin maddi unsurun gerçekleşebileceğini veya varlığını öngörememiş olması, makul bir kişinin failin yerinde olması durumunda göstereceği özenle kıyaslandığında büyük bir sapma teşkil ediyor olmalıdır (MCK § 2.02(2)(d)).

Görüldüğü üzere, taksir pervasızlığa oldukça yakın bir şekilde tanımlanmıştır. İki arasında risk bakımından bir fark bulunmamaktadır⁴⁹⁵. Her ikisinde de riskin önemli ve haksız bir risk olması gerekmektedir⁴⁹⁶. Pervasızlık ile taksir arasındaki fark, riskin öngörülmesi bakımındandır⁴⁹⁷. Pervasızlıkta fail maddi unsurun gerçekleşebileceğine dair riski öngörmesine rağmen riski göz ardı ederek davranışını gerçekleştirmektedir⁴⁹⁸. Başka bir deyişle fail önemli ve haksız riskin varlığının farkındadır⁴⁹⁹. Taksirde ise fail maddi unsurun gerçekleşebileceğini veya varlığını öngörememektedir. Fail somut olaydaki önemli ve haksız riskin varlığının farkında değildir⁵⁰⁰. Maddi unsurun gerçekleşebileceğine dair risk öngörülmediğinden riskin göz ardı edilmesi de söz konusu değildir⁵⁰¹.

⁴⁹³ Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 1000; Markus D. DUBBER 2015, age. s. 59.

⁴⁹⁴ Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 1000; Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 274; Herbert WECHSLER (1962), "On Culpability and Crime: The Treatment of Mens Rea in the Model Penal Code", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Cilt 339, s. 29; Markus D. DUBBER 2015, age. s. 60.

⁴⁹⁵ age. s. 64.

⁴⁹⁶ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 137.

⁴⁹⁷ age. s. 130; G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 61.

⁴⁹⁸ Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 278; Joshua DRESSLER 2018, age. s. 130; Kathryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 159.

⁴⁹⁹ Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 1001.

⁵⁰⁰ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 130; Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 1001; Kathryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 159.

⁵⁰¹ Markus D. DUBBER 2015, age. s. 64.

Dolayısıyla taksirli hareket eden fail, somut olaydaki riski fark edememiş olmasına rağmen cezalandırılmaktadır. Bunun sebebi, somut olaydaki riskin normalde failin öngörmesi gereken bir risk olmasıdır⁵⁰². Burada objektif bir standart uygulanmakta ve makul bir kişinin failin yerinde olması durumunda göstereceği özene bakılmaktadır⁵⁰³. Buna göre, “fail, onun durumunda olan makul bir kişinin göstereceği özeni göstermiş olsaydı riski öngörebilirdi” denilebiliyorsa, failin taksirle hareket ettiği kabul edilecektir. Taksirde, pervasızlıktan farklı olarak “*kanunlara uyan kişi*” yerine “*makul kişi*” ifadesi kullanılmıştır. Ancak bunun önemli bir fark olmadığı ve Model Ceza Kanunu’nu benimseyen pek çok eyaletin bu farklılığı göz ardı ettiği belirtilmektedir⁵⁰⁴.

2.2. “RECKLESSNESS” (PERVASIZLIK)

Pervasızlık manevi unsur türünün merkezini risk kavramı oluşturmaktadır⁵⁰⁵. İnsanların günlük hayatta gerçekleştirdikleri davranışların pek çoğu başkaları için tehlike oluşturabilir. Bu yönden, “risk almak” hayatın daimi bir parçasıdır⁵⁰⁶. Risk almak her zaman olumsuz değerlendirilen bir davranış değildir. Günlük hayatta alınan risklerin pek çoğu faydalı da oldukları için bunların bir kısmı toplum ve hukuk düzeni tarafından desteklenmektedir⁵⁰⁷. Buna karşılık risk almanın bazı türleri toplum bakımından mazur görülemez bir özellik taşıdıkları gerekçesiyle hukuk düzeni tarafından yasaklanır. Belli risklerin alınması hukuk düzeni tarafından yasaklandığı ölçüde, kişilerin hukuki veya cezai sorumluluklarına yol açabilir⁵⁰⁸. Pervasızlığın kaynağını da risk almanın ceza hukuku tarafından yasaklanmış olan türleri oluşturmaktadır.

Birçok suçun manevi unsur bakımından asgari ölçüsünü teşkil eden pervasızlık, özü itibarıyla, önemli ve haksız bir riskin öngörülerek alınmasıdır⁵⁰⁹.

⁵⁰² Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 278; Herbert WECHSLER 1962, agm. s. 30; Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 1001; Joshua DRESSLER 2018, age. s. 130; Kathryn Russell BROWN ve Angela J. DAVIS 2016, age. s. 159.

⁵⁰³ Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 267. Benzer yönde bkz. Joshua DRESSLER 2018, age. s. 126.

⁵⁰⁴ age. s. 137; Markus D. DUBBER 2015, age. s. 64.

⁵⁰⁵ David M. TREIMAN 1981, agm. s. 316.

⁵⁰⁶ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 126.

⁵⁰⁷ age. s. 126.

⁵⁰⁸ age. s. 126.

⁵⁰⁹ David M. TREIMAN 1981, agm. s. 285; Joshua DRESSLER (2000), “Does One Mens Rea Fit All?: Thoughts on Alexander's Unified Conception of Criminal Culpability”, *California Law Review*, Cilt 88, Sayı 3, s. 959.

Ciddi bir haksızlık teşkil edecek şekilde risk alan ve bunun farkında olan kişi, başkalarını yeterince önemsemediğini göstermektedir⁵¹⁰. Pervasız davranış bu bakımdan “kasıtlı” davranış ile benzerlik taşır⁵¹¹. Ancak suçun kanuni tanımındaki maddi unsurun gerçekleştirilmesine yönelik doğrudan bir çabanın bulunmaması bakımından “kasıtlı” davranıştan farklılık taşır⁵¹². Nitekim Amerikan ceza hukuku öğretisinde birinci dereceden doğrudan kasıt ile ikinci dereceden doğrudan kasıt “kasıtlı” davranış olarak değerlendirilirken pervasızlık ve taksir yalnızca risk almanın söz konusu olduğu haller olarak değerlendirilmektedir⁵¹³. Hem pervasızlıkta hem de taksirde, kişi belli bir riski alarak davranışını gerçekleştirmektedir⁵¹⁴. Pervasızlığın taksirden farkı ise kişinin önemli ve haksız riski farkında olarak almasıdır⁵¹⁵. Bu nedenlerle, pervasızlık kusurluluğun ağırlığı bakımından ikinci dereceden doğrudan kasıt ile taksirin arasında yer almaktadır⁵¹⁶.

2.2.1. Pervasızlığın Unsurları

Model Ceza Kanunu’nda pervasızlık ayrıntılı bir şekilde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, kişi davranışı nedeniyle suçun kanuni tanımındaki neticenin (*result*) gerçekleşebileceğine veya somut olayda kanuni tanımda “davranış ve netice dışında yer verilen maddi bir unsurun” bulunuyor olabileceğine (*attendant circumstance*) dair farkında olduğu önemli ve haksız bir riski göz ardı ettiği takdirde pervasızca (*recklessly*) hareket etmiş olur. Bu riskin mahiyet ve derece bakımından öyle bir ölçüde olması gerekir ki failin davranışının mahiyeti, failin davranışındaki amaç ve failce bilinen hususlar göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu riskin göz ardı edilmesi, kanunlara uyan bir kişinin (*law-abiding person*) failin yerinde olması durumunda izleyeceği davranışlardan büyük bir sapma teşkil etmelidir (MCK § 2.02(2)(c)).

⁵¹⁰ agm. s. 959.

⁵¹¹ Jerome HALL (1960), *General Principles of Criminal Law*, 2. Baskı, s. 217.

⁵¹² age. s. 217.

⁵¹³ Paul H. ROBINSON (1980), “A Brief History of Distinctions in Criminal Culpability”, *Hastings Law Journal*, Cilt 31, Sayı 4, s. 819.

⁵¹⁴ Jerome HALL 1960, age. s. 217.

⁵¹⁵ Paul H. ROBINSON 1980, agm. s. 819; Jerome HALL 1960, age. s. 217.

⁵¹⁶ David M. TREIMAN 1981, agm. s. 285; Jerome HALL 1960, age. s. 217.

Pervasızlık maddi unsurlardan netice ve “davranış ile netice dışındaki maddi unsurlar” bakımından (*attendant circumstances*) ortak bir şekilde tanımlanmıştır⁵¹⁷. Buna karşılık, davranış bakımından herhangi bir pervasızlık tanımına yer verilmemiştir. Bunun sebebi, failin davranışa yönelik olarak pervasızca hareket edemeyecek olmasıdır. Model Ceza Kanunu’nda bir davranışın ceza hukukunda sorumluluğa yol açabilmesi için iradi bir harekete veya ihmali bir davranışa dayanmasının gerektiği açıkça belirtilmiştir (MCK § 2.01(1)). Başka bir deyişle davranışın iradi olması gerekmektedir. Kişinin bir davranış gerçekleştiriyor olmasına dair bir riski göz ardı etmesi durumunda artık iradi bir davranıştan söz edilemeyeceği için pervasızlığın davranış unsuru ile bağdaşmayacağı, yalnızca netice ve “davranış ile netice dışındaki maddi unsurlar” (*attendant circumstances*) bakımından söz konusu olabileceği kabul edilmektedir.

Pervasızlık hem objektif hem de sübjektif unsurları olan bir manevi unsur türüdür⁵¹⁸. Kusurluluk türleri bağlamında objektiflik, failin zihinsel durumu yerine, soyut bir normun veya belli bir standardın göz önünde bulundurulduğu halleri ifade etmektedir⁵¹⁹. Sübjektiflik ise failin düşüncelerinin veya zihinsel durumunun göz önünde bulundurulduğu halleri ifade etmektedir⁵²⁰. Failin, farkında olduğu riski göz ardı etmesi pervasızlığın sübjektif unsurunu teşkil etmektedir⁵²¹. Buna karşılık, önemli ve haksız riskin göz ardı edilmesinin, kanunlara uyan bir kişinin izleyeceği davranışlardan büyük bir sapma teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi ise pervasızlığın objektif unsuru olarak kabul edilmektedir⁵²². Zira burada soyut bir şekilde, failin yerinde kanunlara uyan bir kişinin olması durumunda onun nasıl hareket edeceğine bakılarak failin eylemiyle ilgili bir değerlendirmede bulunmaktadır. Bu nedenlerle, birinci dereceden doğrudan kasıt ile ikinci dereceden doğrudan kasıta deskriptif unsurların veya taksirde normatif unsurların

⁵¹⁷ Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 274; Herbert WECHSLER 1962, agm. s. 29; Markus D. DUBBER 2015, age. s. 56.

⁵¹⁸ Peter W. LOW (1988), “The Model Penal Code, the Common Law, and Mistakes of Fact: Recklessness, Negligence, or Strict Liability”, *Rutgers Law Journal*, Cilt 19, Sayı 3, s. 549; Dan W. MORTEL (1982), “On The Distinction Between Recklessness and Conscious Negligence”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 30, Sayı 2, s. 327. Birinci dereceden doğrudan kasıt ile ikinci dereceden doğrudan kastın sübjektif mahiyette; taksirin ise objektif mahiyette olduğu belirtilmektedir. David M. TREIMAN 1981, agm. s. 285 vd.

⁵¹⁹ Glanville WILLIAMS (1981), “Recklessness Redefined”, *The Cambridge Law Journal*, Cilt 40, Sayı 2, s. 254; David M. TREIMAN 1981, agm. s. 289.

⁵²⁰ Glanville WILLIAMS 1981, agm. s. 254; David M. TREIMAN 1981, agm. s. 289-290.

⁵²¹ agm. s. 299; Dan W. MORTEL 1982, agm. s. 327.

⁵²² David M. TREIMAN 1981, agm. s. 299; Dan W. MORTEL 1982, agm. s. 327.

bulunmasına karşılık, pervasızlıkta hem deskriptif hem de normatif unsurların bulunduğu belirtilmektedir⁵²³.

2.2.1.1. Pervasızlığın Objektif Unsuru

Pervasızlığın objektif unsuru, bir neticenin gerçekleşmesine veya davranış ve netice dışındaki bir maddi unsurun (*attendant circumstance*) varlığına dair önemli ve haksız bir riskin bulunmasıdır⁵²⁴. Ayrıca, önemli ve haksız riskin belli bir derece ve mahiyette olması aranmaktadır⁵²⁵. Buna göre riskin öyle bir derece ve mahiyette olması gerekir ki, riskin göz ardı edilmesi failin yerinde kanunlara uyan bir kişinin bulunması durumunda onun izleyeceği davranışlardan büyük bir sapma teşkil etmelidir (MCK § 2.02(2)(c)). Belirtelim ki son söylediğimiz hususun riskin önemli ve haksızlık olmasına ilişkin bir nitelendirme olduğu kabul edilmektedir⁵²⁶. Dolayısıyla, riskin derece ve mahiyeti bakımından getirilen kıstas esasen riskin önemli ve haksız olmasından ayrı bir unsur değildir. Aksine, bu kıstas riskin hangi durumda önemli ve haksız kabul edileceğine açıklık getirmektedir. Söz konusu cümledeki “derece” ifadesi riskin “önemli” olmasını, “mahiyet” ifadesi ise riskin “haksız” olmasını karşılamaktadır. Bu nedenle öncelikle riskin haksız olması ve önemli olması hususları ayrı ayrı incelenecektir. Daha sonra da Model Ceza Kanunu’nda riskin haksız ve önemli olmasına ilişkin getirilen normatif kriter incelenecektir.

2.2.1.1.1. Riskin Haksız Olması

Model Ceza Kanunu’nda riskin haksızlığı bakımından pek bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla kastedilen, failin aldığı riskin bir sosyal menfaat nedeniyle mazur görülemiyor veya dengelenemiyor olmasıdır⁵²⁷. Bu konuda, failin davranışı ile ulaşmayı hedeflediği bireysel veya toplumsal menfaatin, failin bu davranış ile hedefine ulaşma ihtimalinin, failin davranışı nedeniyle meydana gelebilecek zararın büyüklüğünün ve zararın gerçekleşme ihtimalinin göz önünde

⁵²³ Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 1001; Kenneth W. SIMONS 2003, agm. s. 199.

⁵²⁴ David M. TREIMAN 1981, agm. s. 328.

⁵²⁵ agm. s. 328.

⁵²⁶ People v. Hall, 999 P.2d 218, Colorado Supreme Court (2000); Joshua DRESSLER 2018, age. s. 137; Norman M. GARLAND 2012, age. s. 72.

⁵²⁷ Eric A. JOHNSON (2008), “Mens Rea for Sexual Abuse: The Case for Defining the Acceptable Risk”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Cilt 99, Sayı 1, s. 9.

bulundurularak bir değerlendirmenin yapılması önerilmektedir⁵²⁸. Kısacası, davranışın potansiyel fayda ve zararlarının tartılması gerekmektedir⁵²⁹. Buna göre, davranışın potansiyel zararlarının, potansiyel faydalarından daha ağır basması durumunda, riskin haksız olduğunu kabul etmek gerekecektir. Ancak, burada failin ulaşmayı hedeflediği menfaat ile failin davranışı nedeniyle gerçekleşme riski bulunan zarar karşılaştırılırken söz konusu menfaat ve zararlara failin değil toplumun addettiği değerler göz önünde bulundurulur⁵³⁰. Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün Model Ceza Kanunu için hazırladığı gerekçede riskin haksız olması bakımından bir örneğe yer verilmiştir. Buna göre, hastasını kurtarmak için başka bir yolunun kalmadığına inanan cerrahın, ölüm riskinin çok yüksek olduğunu bildiği bir ameliyatı gerçekleşmesi durumunda, haksız bir riskin alındığından söz edilemeyecektir⁵³¹.

Belirtmek gerekir ki, hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran haller dışında, suçun maddi unsurunun gerçekleşmesine ilişkin bir riskin haksız olarak değerlendirilmemesini sağlayacak bir durumdan bahsetmek güçtür. Dolayısıyla riskin haklı görülmesini sağlayacak hususlar esasen hukuka uygunluk sebepleri veya kusurluluğu ortadan kaldıran hallerdir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, Amerikan ceza hukukunda hukuka uygunluk sebepleri (*justifications*) ve kusurluluğu ortadan kaldıran haller (*excuses*), suçun unsurları kapsamında incelenmemektedir⁵³². Bu hususlar ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran haller (savunmalar, *defenses*) olarak ayrı bir başlık altında incelenmektedir. Normalde bu haller suçun maddi ve manevi unsurlarının gerçekleştiğinin tespit edilmesinden sonra ayrıca değerlendirilmektedir⁵³³. Bununla birlikte, pervasızlığın ve taksirin tanımları, bu savunmaların da göz önünde bulundurulacağı bir şekilde yapılmıştır⁵³⁴.

⁵²⁸ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 957.

⁵²⁹ David M. TREIMAN 1981, agm. s. 334.

⁵³⁰ agm. s. 334.

⁵³¹ MPC Commentaries, Comment to Section 2.02; People v. Hall, 999 P.2d 218, Colorado Supreme Court (2000). Benzer yönde bkz. G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 61-62.

⁵³² Teorik bakımdan, bahsettiğimiz kavramların Türk ceza hukukundaki anlamlarıyla “hukuka uygunluk sebepleri” ve “kusurluluğu ortadan kaldıran haller” ile tam olarak örtüşmediğini tekrar hatırlamakta fayda vardır.

⁵³³ George P. FLETCHER (1998), *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, New York, s. 126.

⁵³⁴ age. s. 125-126.

2.2.1.1.2. Riskin Önemli Olması

Riskin önemli olmasıyla kastedilen riskin ihtimal bakımından belli bir büyüklükte olmasıdır. Burada riskin hangi boyuta ulaştığında önemli olarak değerlendirileceğini izah etmek gerekmektedir. Öncelikle riskin önemli olması için mutlaka yüksek bir risk olması gerekmemektedir⁵³⁵. Başka bir deyişle maddi unsurun gerçekleşme ihtimalinin yüzde ellinin üzerinde olması zorunlu değildir⁵³⁶. Riskin büyüklüğünü değerlendirirken, failin davranışı nedeniyle gerçekleşebilecek olan zararın ağırlığını da göz önünde bulundurmak gerekmektedir⁵³⁷. Buna göre, riskin ölüme ilişkin olması durumunda küçük bir ihtimal de önemli bir risk olarak değerlendirilebilir⁵³⁸. Söz gelimi, altı tane mermi alan bir tabancanın içerisine tek bir mermin konulup birine ateş edilmesi durumunda kişinin vurulma ihtimali düşüktür⁵³⁹. Buna karşılık, ihtimalin gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkacak olan ölüm veya yaralanma neticeleri önemli neticeler olarak değerlendirildiğinden, önemli bir riskin söz konusu olduğunu kabul etmek gerekecektir⁵⁴⁰.

Riskin önemli olup olmadığı değerlendirilirken, somut olaylardaki spesifik durumların göz önünde bulundurulması gerekir⁵⁴¹. Söz gelimi, otomobil kullanan her sürücünün bir trafik kazası yaparak bir başkasının ölümüne sebebiyet verme ihtimali vardır. Ancak otomobil kullanmanın sebebiyet verdiği riski tek başına önemli bir risk olarak değerlendirmek mümkün değildir. Buna karşılık, kırmızı ışıkta geçilmesi, aracın çok hızlı bir şekilde sürülmesi, diğer araçlara peş peşe makas atılması veya aracın frenleri çalışmadığı halde trafiğe çıkılması gibi hallerde araç sürmenin önemli risklere sebebiyet vermesi mümkündür⁵⁴².

Riskin söz konusu olabilmesi için bir belirsizliğin bulunması gerekir⁵⁴³. Geleceği görebilen ve her şeyin nasıl sonuçlanacağını bilen bir kişi açısından riskten

⁵³⁵ People v. Hall, 999 P.2d 217, Colorado Supreme Court (2000); Kenneth W. SIMONS 2003, agm. s. 190.

⁵³⁶ People v. Hall, 999 P.2d 211, Colorado Supreme Court (2000); Robin Antony DUFF (2019), “Two Models of Criminal Fault”, *Criminal Law and Philosophy*, Cilt 13, Sayı 4, s. 647.

⁵³⁷ People v. Hall, 999 P.2d 211, Colorado Supreme Court (2000); Williams v. State, 235 S.W.3d 765, (Tex. Crim. App. 2007); agm. s. 647; Kenneth W. SIMONS 2003, agm. s. 190.

⁵³⁸ People v. Hall, 999 P.2d 217, Colorado Supreme Court (2000).

⁵³⁹ People v. Hall, 999 P.2d 217, Colorado Supreme Court (2000); Kevin COLE (2019), “Knowledge and Belief as Criminal Law Mental States”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Cilt 16, s. 443.

⁵⁴⁰ People v. Hall, 999 P.2d 217, Colorado Supreme Court (2000); agm. s. 443.

⁵⁴¹ People v. Hall, 999 P.2d 218, Colorado Supreme Court (2000).

⁵⁴² Benzer yönde bkz. People v. Hall, 999 P.2d 218, Colorado Supreme Court (2000).

⁵⁴³ David M. TREIMAN 1981, agm. s. 318.

bahsedilemez⁵⁴⁴. Zira bu kişi neticenin ya gerçekleşeceğini ya da gerçekleşmeyeceğini kesin olarak bilir. Bu nedenle riskin ortaya çıkmasını sağlayan husus esasen belirsizliğin bulunmasıdır. Bu belirsizlik kişinin sahip olduğu bilgilere göre değişebilir⁵⁴⁵. Pervasızlıkta da risk belli bir kişinin perspektifinden belirlenmektedir⁵⁴⁶. Pervasızlıkta riskin büyüklüğü objektif olarak değil subjektif olarak değerlendirilmelidir⁵⁴⁷. Başka bir deyişle riskin büyüklüğü failin sahip olduğu bilgilere göre değerlendirilir⁵⁴⁸. Söz gelimi, aracının hız ibresi bozuk olan bir kişi aslında saatte yüz kilometre hızla gittiği halde aracının hız ibresi saatte altmış kilometre hızla gittiğini gösterdiği için önemli bir riske sebebiyet verdiğinin farkında olmayabilir⁵⁴⁹. Riski kişinin perspektifinden değerlendirmek gerektiğinden burada kişinin sebebiyet verdiği riski onun sahip olduğu bilgiye göre ölçmek gerekir⁵⁵⁰. Dolayısıyla bu örnekte riskin büyüklüğünü, kişinin saatte yüz kilometre hızla gitmesine göre değil saatte altmış kilometre hızla gitmesine göre ölçmek gerekecektir⁵⁵¹.

Riskin büyüklüğüyle ilgili dikkat edilmesi gereken başka bir husus ise riskin muhakkak veya muhakkaka yakın olmamasıdır⁵⁵². Zira riskin muhakkak veya muhakkaka yakın olması durumunda ikinci dereceden doğrudan kasıt söz konusu olacaktır⁵⁵³. Bu nedenle riskin bundan daha düşük bir seviyede olması gerekir.

Öğretide riskin önemli olmasının, riskin haksız olmasından bağımsız olarak incelenmemesinin gerektiği savunulmaktadır⁵⁵⁴. Zira pervasızlığın tespitinde asıl belirleyici olan husus riskin haksız olmasıdır. Riskin alınmasını haklı kılan bir sebep bulunduğu takdirde, büyük bir riskin alınması pervasızlık olarak

⁵⁴⁴ Larry ALEXANDER (2000), "Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability", *California Law Review*, Cilt 88, Sayı 3, s. 936.

⁵⁴⁵ age. s. 936.

⁵⁴⁶ age. s. 936.

⁵⁴⁷ Williams v. State, 235 S.W.3d 765, (Tex. Crim. App. 2007); age. s. 936-937; Larry ALEXANDER, Kimberly Kessler FERZAN ve Stephen J. MORSE (2009), *Crime and Culpability A Theory of Criminal Law*, Cambridge University Press, New York, s. 28; David M. TREIMAN 1981, agm. s. 318.

⁵⁴⁸ agm. s. 318-319.

⁵⁴⁹ Larry ALEXANDER 2000, agm. s. 935.

⁵⁵⁰ David M. TREIMAN 1981, agm. s. 319.

⁵⁵¹ Larry ALEXANDER 2000, agm. s. 935-936.

⁵⁵² Joshua DRESSLER 2018, age. s. 137; David M. TREIMAN 1981, agm. s. 299.

⁵⁵³ Markus D. DUBBER ve Tatjana HÖRNLE 2014, age. s. 236. Esasında maddi unsurun gerçekleşmesi muhakkak olduğu takdirde, riskten söz etmek de mümkün olmayacaktır. Joshua DRESSLER 2018, age. s. 137.

⁵⁵⁴ Larry ALEXANDER 2000, agm. s. 933-935; Larry ALEXANDER, Kimberly Kessler FERZAN ve Stephen J. MORSE 2009, age. s. 27.

değerlendirilemez⁵⁵⁵. Yukarıda verdiğimiz örnek üzerinden açıklayacak olursak, bir cerrahın hastasını başka türlü yaşatması mümkün olmadığı için onu ölüm riskinin yüzde doksan olduğu bir ameliyata alması durumunda, risk çok büyük olsa da risk haksız olarak değerlendirilemeyeceğinden pervasızlıktan söz edilemeyecektir⁵⁵⁶.

Bunun tam tersi de geçerlidir. Kişi çok küçük bir risk almış da olabilir. Ancak kişinin bu riski almasını haklı kılacak hiçbir sebebin bulunmaması durumunda, kişinin pervasızca hareket ettiği kabul edilebilecektir⁵⁵⁷. Söz gelimi, sırf heyecan yaşamak için bin tane silahtan bir tanesini mermiyle dolduran bir kişinin silahları karıştırıp aralarından bir tanesini alıp bir başkasına ateş etmesi durumunda oldukça düşük bir risk söz konusudur⁵⁵⁸. Ancak kişinin böyle bir davranışı gerçekleştirmesini haklı kılacak hiçbir sebep bulunmadığından, oldukça düşük bir riskin mevcudiyetine rağmen pervasızlıktan söz edilebilecektir. Dolayısıyla, riskin önemli olmasının riskin haksızlığına bağlı olarak incelenmesi gerektiği savunulmaktadır⁵⁵⁹.

Bundan, riskin önemli olması koşulunun hiçbir öneme sahip olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Riskin önemli olması koşulu da özellikle iki yönden öneme sahiptir. Somut olaylar her zaman yukarıda verdiğimiz örneklerdeki gibi riskin haksızlık mahiyetinin ve büyüklük derecesinin tamamen zıt seviyelerde olduğu bir şekilde gerçekleşmemektedir. Somut olaydaki bir durumun alınan riski haklı kılıp kılmadığı net olmayabilir. Bu tür durumlarda alınan riskin çok yüksek olması pervasızlığın varlığını gösterebilir⁵⁶⁰. Söz gelimi, rahatsızlığı nedeniyle ölüm riski yüzde on olan bir hastanın yine hastanın ölümüne sebebiyet verebilecek bir ameliyata alınması durumunda, doktorun pervasızca hareket ettiğini söylemek mümkün olmayabilir. Buna karşılık, ameliyat nedeniyle hastanın ölüm riskinin yüzde doksan olması durumunda, riskin çok büyük olması nedeniyle pervasızlıktan söz edilebilecektir.

⁵⁵⁵ Larry ALEXANDER 2000, agm. s. 934; Larry ALEXANDER, Kimberly Kessler FERZAN ve Stephen J. MORSE 2009, age. s. 27; George P. FLETCHER 2000, age. s. 260; Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 275.

⁵⁵⁶ age. s. 275

⁵⁵⁷ Larry ALEXANDER 2000, agm. s. 934-935; Joshua DRESSLER 2000, agm. s. 957-958; Larry ALEXANDER, Kimberly Kessler FERZAN ve Stephen J. MORSE 2009, age. s. 27.

⁵⁵⁸ Benzer örnekler için bkz. Larry ALEXANDER 2000, agm. s. 933-934.

⁵⁵⁹ agm. s. 933-935. Benzer yönde bkz. Joshua DRESSLER 2000, agm. s. 958.

⁵⁶⁰ agm. s. 958.

Ayrıca riskin önemli olması koşulu günlük hayatın bir parçası olan risklerin dışlanması bakımından da önemli addedilmektedir⁵⁶¹. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, araç süren her kişinin, kaza yapıp bir başkasının ölümüne sebebiyet verme ihtimali bulunmaktadır⁵⁶². Dahası, pek çok insan araç sürerken bazı kuralları da ihlal eder. Çoğu zaman kişilerin araç sürmek için geçerli bir sebepleri de bulunmayabilir. Kişi canı sıkıldığı için de araç sürüyor olabilir. Canı sıkıldığı için araç süren bir kişinin, aracını hız sınırının çok az üstünde sürerken bir başkasının ölümüne sebebiyet vermesi durumunda, böyle bir riskin alınmasını haklı kılacak bir sebebin bulunmadığı söylenebilir. Ancak, söz konusu olan risk çok düşük bir risk olduğu için bu risk bizatihi pervasızlığın varlığına yol açmayacaktır. Dolayısıyla, pervasızlık günlük hayatta sürekli olan alınan bu tür küçük risklerin pervasızlığın kapsamında değerlendirilmemesi yönünden de önem taşımaktadır⁵⁶³.

2.2.1.1.3. Riskin Mahiyet ve Derece Bakımından Normatif Olarak Değerlendirilmesi

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Model Ceza Kanunu'nda pervasızlık için riskin belli bir derece ve mahiyette olması aranmıştır⁵⁶⁴. Buna göre riskin öyle bir nitelikte olması gerekir ki riskin göz ardı edilmesi, failin yerinde kanunlara uyan bir vatandaşın bulunması durumunda onun izleyeceği davranışlardan büyük bir sapma teşkil etmelidir (MCK § 2.02(2)(c)). Pervasızlığın tanımındaki bu cümlenin pervasızlığa ayrı bir unsur katmaktan ziyade, önemli ve haksız riskin ne olduğunu açıklamaya yönelik olduğunun kabul edildiğini belirtmiştik⁵⁶⁵. Hatta bu sebeple, Model Ceza Kanunu'nun manevi unsur sistemini benimseyen bazı eyaletler, pervasızlığı bu cümleyi değiştirerek veya tamamen kaldırarak tanımlamayı tercih etmiştir⁵⁶⁶.

Bununla birlikte, söz konusu cümlenin tamamen önemsiz olduğunu söylemenin hatalı olacağını düşünmekteyiz. Zira bu cümleyle riskin önemli ve haksız olmasına ilişkin değerlendirmenin normatif bir şekilde yapılması gerektiği

⁵⁶¹ David M. TREIMAN 1981, agm. s. 337-338. Benzer yönde bkz. G. Larry MAYS, Jeremy BALL ve Laura FIDELIE 2014, age. s. 61.

⁵⁶² age. s. 61.

⁵⁶³ David M. TREIMAN 1981, agm. s. 337-338.

⁵⁶⁴ agm. s. 339.

⁵⁶⁵ Norman M. GARLAND 2012, age. s. 72.

⁵⁶⁶ David M. TREIMAN 1981, agm. s. 329.

açıklanmaktadır⁵⁶⁷. Buna göre, failin davranışının amacı, mahiyeti ve failce bilinen hususlar göz önünde bulundurularak failin yerinde kanunlara uyan bir kişinin bulunması durumunda onun nasıl bir davranış izleyeceği göz önünde bulundurulacaktır. Eğer ki, failin riski göz ardı etmesi bu kişinin izleyeceği davranıştan büyük bir sapma teşkil ediyorsa, riskin önemli ve haksız olduğu kabul edilecektir.

Dolayısıyla, failin pervasızlıkla hareket edip etmediğine karar verilirken, failin sahip olduğu bilgiler ve içerisinde bulunduğu durum da göz önünde bulundurularak, kanunlara uyan bir kişinin somut olayda nasıl hareket edeceği değerlendirilmektedir. Başka bir deyişle, kanunlara uyan bir kişinin failin yerinde olması ve onun sahip olduğu bilgilere sahip olması durumunda izleyeceği davranışlar kıstas olarak kabul edilmektedir⁵⁶⁸. Sonra da failin söz konusu riski göz ardı etmesinin, bu kişinin izleyeceği davranışlardan büyük bir sapma teşkil edip etmediğine karar verilmektedir. Riskin göz ardı edilmesinin büyük bir sapma teşkil edip etmediği olgusal bir durum değildir. Burada hukuki bir formüle indirgenmesi mümkün olmayan bir değer yargısının söz konusu olduğu belirtilmektedir⁵⁶⁹. Hâkim⁵⁷⁰, somut olayda failin kanunlara uyan bir vatandaşın standartlarına uyup uymadığını da değerlendirerek failin aldığı risk nedeniyle kınanabilir olup olmadığına karar vermektedir⁵⁷¹.

Burada birkaç hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Sözünü ettiğimiz normatif değerlendirme yapılırken failin davranışının amacı, mahiyeti ve failce bilinen hususların göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Failin davranışının amacı ve mahiyeti, riskin haksız olması bakımından göz önünde bulundurulacak hususlardır⁵⁷². Buna göre, davranışın haklı görülebilir bir amacının bulunması durumunda, risk haksız olarak değerlendirilmeyecektir⁵⁷³. Kanun'da ve çalışmamızda "failin amacı" yerine "failin davranışının amacı" ifadesi kullanılmıştır. Bu bilinçli bir tercihtir. Zira failin amacının riskin alınmasını haklı kılan sebebe yönelik olmamasına rağmen, davranışının gerçekten de toplum açısından faydalı

⁵⁶⁷ Benzer yönde bkz. agm. s. 348 vd.

⁵⁶⁸ agm. s. 347.

⁵⁶⁹ agm. s. 350; Herbert WECHSLER 1962, agm. s. 30.

⁵⁷⁰ Amerikan ceza hukukunda bu değerlendirme jüri tarafından yapılmaktadır.

⁵⁷¹ agm. s. 30; David M. TREIMAN 1981, agm. s. 350; Paul H. ROBINSON 2002, agm. s. 1001.

⁵⁷² David M. TREIMAN 1981, agm. s. 343.

⁵⁷³ agm. s. 339.

olması durumunda, riskin haksız olmadığı kabul edilebilir⁵⁷⁴. Söz gelimi, ölüm riski bulunan ve başka türlü kurtarılamayacağı düşünülen hastaya yeni geliştirilen bir tıbbi müdahaleyi, hastayı kurtarmak için değil de geliştirilen yeni yöntemi denemek için uygulayan doktorun sebebiyet verdiği riskin de haksız olmadığını kabul etmek gerekmektedir⁵⁷⁵. Bunun için elbette uygulanan tıbbi müdahalenin uygun bir yöntem olması gerekmektedir. Toplum açısından faydalı olan bu gibi davranışların sebebiyet verdiği risklerin de, her ne kadar hastayı kurtarma amacıyla hareket edilmese de, haksız olarak değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁷⁶. Aksi takdirde, faydalı bir davranışı gerçekleştiren kişi de, haksız veya kötü bir amaçla hareket etmemiş olmasına rağmen cezalandırılmış olacaktır⁵⁷⁷.

Buna karşılık, failin faydalı bir amaçla hareket etmesine rağmen, gerçekleştirdiği davranışın somut olayda faydalı olmaması hatta zararlı olması da mümkündür. Bu duruma, doktorun hatalı bir şekilde, hastayı kurtarmanın tek yolunun ölüm riskinin bulunduğu bir ameliyatın yapılması olduğuna inanmış olması ve ameliyatın sonunda hastanın ölmesi örnek olarak verilmektedir⁵⁷⁸. Model Ceza Kanunu için hazırlanan gerekçede, bu durumda da failin uygun bir amaçla hareket etmiş olmasının göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir⁵⁷⁹. Buna göre, doktorun sebebiyet verdiği risk haksız bir risk olarak değerlendirilmeyecektir.

Riskin mahiyet ve derecesine ilişkin normatif değerlendirme yapılırken failce bilinen hususların da göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir⁵⁸⁰. Benzer bir şekilde, kanunlara uyan bir kişinin failin durumunda olmasından da söz edilmiştir. Bununla kastedilen, failin genel bilgisinin veya görgüsünün göz önünde bulundurulması değildir⁵⁸¹. Somut olayla ilgili olarak failin bildiği hususlar kastedilmektedir. Aksi takdirde, bilgisiz veya umursamaz bir mizaca sahip olan kişilerin oldukça düşük standartlara tabi tutulması gerekecektir⁵⁸². Bununla birlikte failin üstün bir bilgiye sahip olması göz önünde bulundurulacak bir husustur⁵⁸³. Söz gelimi, kanunlara uyan normal bir vatandaştan silahlarla ilgili fazla bir bilgisinin olması beklenmez. Buna

⁵⁷⁴ agm. s. 340.

⁵⁷⁵ agm. s. 340.

⁵⁷⁶ agm. s. 340.

⁵⁷⁷ agm. s. 340.

⁵⁷⁸ agm. s. 342.

⁵⁷⁹ agm. s. 342.

⁵⁸⁰ agm. s. 344.

⁵⁸¹ agm. s. 344. Benzer yönde bkz. Joshua DRESSLER 2018, age. s. 137.

⁵⁸² David M. TREIMAN 1981, agm. s. 344. Benzer yönde bkz. Joshua DRESSLER 2018, age. s. 137.

⁵⁸³ David M. TREIMAN 1981, agm. s. 346.

karşılık, silah kullanımıyla ilgili belli bir bilgiye sahip olan failin, sahip olduğu bilgilere göre daha farklı standartlara tabi tutulması gerekecektir⁵⁸⁴.

2.2.1.2. Pervasızlığın Sübjektif Unsuru

Pervasızlığın sübjektif unsuru, failin, davranışının kanuni tanımdaki neticenin gerçekleşmesine sebebiyet verebileceğine veya somut olayda davranış ve netice dışındaki bir maddi unsurun (*attendant circumstance*) bulunuyor olabileceğine dair riski göz ardı etmesidir. Failin riski göz ardı edebilmesi için öncelikle riskin farkında olması gerekir⁵⁸⁵. Esasında pervasızlığı taksirden ayıran husus da budur⁵⁸⁶. Pervasızca hareket eden fail, riskin farkında olmasına rağmen bunu göz ardı ederek davranışını gerçekleştirmektedir. Oysa riskin farkında olan kişinin artık haklı bir sebep olmadıkça davranışını gerçekleştirmemesi gerekir. Pervasızlıktaki kusurun kaynağını da bu durum teşkil etmektedir⁵⁸⁷. Pervasızlığın sübjektif unsuru, riskin farkında olunması ve riskin göz ardı edilmesi şeklinde iki ayrı başlık altında incelenecektir.

2.2.1.2.1. Riskin Farkında Olunması

Öncelikle failin riskin farkında olması gerekmektedir⁵⁸⁸. Failin yalnızca riske sebebiyet veren durumların farkında olması yeterli değildir⁵⁸⁹. Failin, kanuni tanımda yer verilen “davranış ve netice dışında maddi unsur”un (*attendant circumstance*) somut olayda bulunduğu veya davranışı nedeniyle neticenin gerçekleşebileceğine dair riskin farkında olması gerekir⁵⁹⁰. Ancak burada aranan mutlak bir farkındalık değildir. Neticenin veya somut olaydaki olgunun tüm ayrıntılarıyla mutlak bir şekilde öngörülmüş olması zorunlu değildir. Söz gelimi, çift yönlü bir yolda aracıyla yokuş çıkan kişinin önündeki aracı solladıktan sonra karşı şeritte kalmaya devam ettiği ve

⁵⁸⁴ People v. Hall, 999 P.2d 220, Colorado Supreme Court (2000); agm. s. 346.

⁵⁸⁵ State v. Olsen, 462 N.W.2d 476 (S.D. 1990). Ayrıca bkz. Williams v. State, 235 S.W.3d 766 (Tex. Crim. App. 2007); People v. Hall, 999 P.2d 219, Colorado Supreme Court (2000).

⁵⁸⁶ State v. Brooks, 658 A.2d 27 (Vt. 1995); Joshua DRESSLER 2018, age. s. 130; David M. TREIMAN 1981, agm. s. 351.

⁵⁸⁷ agm. s. 351.

⁵⁸⁸ Türk ceza hukukunda genellikle “farkında olmak” yerine “öngörmek” ifadesi kullanılmaktadır. Kasıt suçun maddi unsuruna yönelik olduğu için “maddi unsurun öngörülmesinden” söz edilir. Pervasızlık da suçun maddi unsuruyla ilgilidir fakat pervasızlık maddi unsurun gerçekleşmesine veya varlığına ilişkin bir risk ile bağlantılı olarak tanımlanmıştır. Pervasızlığın temelini “risk” kavramı oluşturduğu için de, “öngörmek” yerine “farkında olmak”tan söz edilmektedir.

⁵⁸⁹ agm. s. 363.

⁵⁹⁰ agm. s. 363.

yokuş nedeniyle yolu göremediğinden karşı şeritten gelen bir araçla çarpıştığı olayda, kişinin sırf karşı şeritten gelen aracı görememiş olması sebebiyle yaralama veya ölüm riskinin farkında olmadığı söylenemez⁵⁹¹. Benzer şekilde, bir anaokulunun önündeki yaya geçidinden kırmızı ışıkta geçen sürücünün görmediği bir çocuğa çarpması durumunda, sürücünün çocuğu doğrudan görmemiş olması pervasızlığın bulunduğuna karar verilmesine engel değildir. Zira sürücü anaokulunun önündeki yaya geçidinden kırmızı ışıkta geçerken karşısına bir çocuğun çıkabileceğinin ve ona çarpabileceğinin farkındadır.

Kişinin, neticeye ilişkin bir risk bakımından pervasızca hareket ettiğinin söylenebilmesi için belli bir neticeye ilişkin riskin farkında olması gerekir⁵⁹². Söz gelimi, failin ölüm neticesine ilişkin riskin farkında olması gerekir. Failin farkında olduğu risk herhangi bir insanın ölümüne ilişkin olabilir. Ölüm neticesinin hangi kişi bakımından gerçekleşebileceğinin öngörülmüş olması şart değildir⁵⁹³. Bu konuyla bağlantılı olarak bir mahkeme kararında, sarhoş bir şekilde araç süren şoförün, başka bir araca çarpabileceğine ve çarpacağı araçta bir çocuğun da bulunabileceğine dair riskin farkında olduğu kabul edilmiştir⁵⁹⁴.

Failin riskin farkında olup olmadığı tespit edilirken temel olarak onun davranışı üzerinden bir değerlendirme yapılır⁵⁹⁵. Bu konuda, failin bilgi ve tecrübesi de göz önünde bulundurulabilir⁵⁹⁶. Ancak her halükarda, failin iç dünyasında cereyan eden bir hususun ispat edilmesinde belli bir güçlüğün bulunduğunu da kabul etmek gerekmektedir⁵⁹⁷. Bu nedenle, failin somut olaydaki riskin farkında olup olmadığı değerlendirilirken, genellikle onun durumunda olan makul bir insanın söz konusu riski fark edip etmeyeceğine bakılmaktadır⁵⁹⁸. Bununla birlikte, pervasızlığın tespiti bakımından asıl önemli olanın failin riski fark edip etmediği olduğu unutulmamalıdır⁵⁹⁹. Makul bir kişinin somut olaydaki riskin farkında olacak olması, failin pervasızca hareket ettiğini ortaya koymak bakımından yeterli değildir⁶⁰⁰.

⁵⁹¹ Newman v. State, 49 S.W.3d 580 (Tex. App. 2001).

⁵⁹² People v. Hall, 999 P.2d 220, Colorado Supreme Court (2000).

⁵⁹³ People v. Hall, 999 P.2d 220, Colorado Supreme Court (2000).

⁵⁹⁴ People v. Deskins, 927 P.2d 373 (Colo. 1996).

⁵⁹⁵ State v. Olsen, 462 N.W.2d 477 (S.D. 1990).

⁵⁹⁶ People v. Hall, 999 P.2d 211, Colorado Supreme Court (2000); Benzer yönde bkz. agm. s. 357.

⁵⁹⁷ agm. s. 358.

⁵⁹⁸ agm. s. 358.

⁵⁹⁹ agm. s. 299.

⁶⁰⁰ agm. s. 357.

Bunun dışında, pervasızlığın taksire dönüştürülmemesine de dikkat edilmelidir⁶⁰¹. Belli bir riskin fail tarafından fark edilmesinin gerektiği düşünülebilir. Ancak bu durum taksirde de geçerlidir. Taksirde de kişinin aslında somut olaydaki riski fark etmesinin gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, salt riskin makul bir kişi tarafından öngörülmesinin gerektiğine dayanılarak kişinin pervasızca hareket ettiğine karar verilemez⁶⁰². Failin riskin farkında olup olmadığı değerlendirilmelidir⁶⁰³. Benzer şekilde, riskin yüksek olduğu durumlarda da failin riskin farkında olduğu düşünülebilir. Ancak, salt riskin yüksek olmasına dayanılarak da failin pervasızca hareket ettiği tespit edilemez. Bununla birlikte, riskin bariz veya oldukça yüksek bir risk olduğu durumlarda failin riskin farkında olduğu genellikle kabul edilecektir⁶⁰⁴. Bu konuda, failin aksi yönde getireceği makul açıklamalara dikkat edilmesi gerekir⁶⁰⁵.

Şu ana kadar failin riskin farkında olmasıyla ilgili açıklamalar yapıldı. Failin riskin önemli ve haksız olduğunun farkında olmasının gerekip gerekmediği de burada ele alınması gereken bir başka meseledir. Öğretide failin riskin önemli bir risk olduğunun farkında olmasının gerektiği konusunda görüş birliği bulunmaktadır⁶⁰⁶. Dolayısıyla, failin riskin önemli olduğunu veya gerçekte olduğundan daha yüksek bir risk olduğunu düşünmesi durumunda bir sorunla karşılaşılmaz⁶⁰⁷. Ancak failin, riskin önemli olmasına rağmen, önemli olmadığını düşünmesi durumunda ne yapılacağına açıklık getirmek gerekmektedir. Bu durumda, somut olayın değerlendirilmesinde, failin bulunduğunu düşündüğü risk derecesinin göz önünde bulundurulması gerekir. Buna göre, failin farkında olduğu risk derecesinin yine de haksız olması durumunda fail pervasızlıktan sorumlu tutulabilecektir⁶⁰⁸. Ancak failin farkında olduğu risk derecesi haksız bir risk olarak değerlendirilemiyorsa artık failin riskin önemli bir risk olduğunun farkında olduğunu söylemek mümkün olmayacağından pervasızlıktan

⁶⁰¹ agm. s. 357.

⁶⁰² agm. s. 357.

⁶⁰³ Bu konuda bkz. Jerome HALL 1960, age. s. 220.

⁶⁰⁴ David M. TREIMAN 1981, agm. s. 358.

⁶⁰⁵ agm. s. 358.

⁶⁰⁶ Sanford H. KADISH 1989, agm. s. 75; David M. TREIMAN 1981, agm. s. 338. Benzer yönde bkz. Joshua DRESSLER 2000, agm. s. 959.

⁶⁰⁷ David M. TREIMAN 1981, agm. s. 363.

⁶⁰⁸ agm. s. 364.

sorumlu tutulması da mümkün olmayacaktır⁶⁰⁹. Eylemin taksirli halinin de cezalandırılması durumunda failin taksirden sorumluluğu doğabilir⁶¹⁰.

Failin riskin haksız bir risk olduğunun farkında olmasının gerekip gerekmediği konusunda öğretide görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre, haksızlıkta sosyal bir değerlendirme söz konusu olduğundan, haksızlığa objektif standartlara göre karar verilmelidir⁶¹¹. Bu nedenle, failin riskin haksız olduğunun farkında olmasına gerek bulunmamaktadır⁶¹². Ayrıca, Model Ceza Kanunu'nda ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran hallerin de (*defenses*) objektif olarak değerlendirilmesinin gerektiği kabul edilmiştir. Bu nedenle, riskin haksızlığı bakımından objektif görüşün esas alınması, Model Ceza Kanunu'nun bu konudaki felsefesine daha uygun görülmektedir⁶¹³. Ancak buradaki incelemenin salt objektif bir inceleme olmadığı da belirtilmektedir⁶¹⁴. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere, riskin haksız olup olmadığı değerlendirilirken, failin amacı ve sahip olduğu bilgiler de göz önünde bulundurulmaktadır⁶¹⁵. Dolayısıyla, riskin haksızlığı bakımından kısmi bir objektifliğin söz konusu olduğu, sübjektif bir incelemenin de yapıldığı ifade edilmektedir.

Diğer görüş ise, failin riskin önemli bir risk olduğunun veya önemli bir risk olmasının yüksek bir ihtimal olduğunun farkında olmasının gerektiğini savunmaktadır⁶¹⁶. Bize de failin riskin önemli bir risk olduğunun farkında olmasının aranması daha doğru gelmektedir. Zira Model Ceza Kanunu'nun lafzından, failin riskin önemli olduğunun farkında olmasının gerektiği, buna karşılık haksız olduğunun farkında olmasının gerekmediği yönünde bir sonuç çıkarmak pek mümkün değildir. Pervasızlığın tanımında “haksız” ve “önemli” kelimeleri birlikte riski nitelendirecek şekilde kullanılmıştır. Bununla birlikte riskin haksızlığının objektif olarak değerlendirilmesinin, Model Ceza Kanunu'nun yapısıyla daha uyumlu bir çözüm olacağını da kabul etmek gerekmektedir. Aksi takdirde, riskin göz ardı edilmesinin, failin yerinde kanunlara uyan bir kişinin olması durumunda onun izleyeceği davranışlardan büyük bir sapma teşkil etmesi yönündeki normatif

⁶⁰⁹ Bu konuda bkz. agm. s. 364.

⁶¹⁰ Bu konuda bkz. agm. s. 364.

⁶¹¹ agm. s. 365; Sanford H. KADISH 1989, agm. s. 75.

⁶¹² David M. TREIMAN 1981, agm. s. 365.

⁶¹³ agm. s. 366-367.

⁶¹⁴ agm. s. 367.

⁶¹⁵ agm. s. 367.

⁶¹⁶ Joshua DRESSLER 2000, agm. s. 959.

değerlendirmenin teorik olarak izahında farklı güçlükler doğacaktır. Ayrıca karşıt görüşteki yazarın da belirttiği üzere, Model Ceza Kanunu'nda ceza sorumluluğunu kaldıran hallerin (*defenses*) objektif nitelikte olduğu kabul edilmiştir.

2.2.1.2.2. Riskin Göz Ardı Edilmesi

Son olarak da, failin önemli ve haksız riski göz ardı etmiş olması gerekir. Pervasızlığın tanımında doğrudan riskin göz ardı edilmesinden söz edilmiş ve failin maddi unsurun gerçekleşmesine veya varlığına ilişkin herhangi bir tutum içerisinde olması aranmamıştır⁶¹⁷. Dolayısıyla failin maddi unsurun gerçekleşmesini umursamıyor olması, istemiyor olması, gerçekleşmesine kayıtsız kalması, gerçekleşmeyeceğini ümit ediyor olması mümkündür⁶¹⁸. Failin neticenin gerçekleşmeyeceğine inandığı haller de riskin önemli olması bakımından aranan koşullar sağlandığı takdirde pervasızlığın kapsamında değerlendirilecektir⁶¹⁹. Bu bakımdan, pervasızca hareket eden failerin suçun maddi unsuruna ilişkin farklı tutumlar içerisinde olmaları mümkündür. Saydığımız haller arasında kusur içeriği bakımından farklılıklar mevcut olsa da⁶²⁰ önemli ve haksız bir riskin göz ardı edilmesi söz konusu olduğu sürece, bu hallerin pervasızlığın kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

2.2.2. Pervasızlık İle İşlenebilen Suçlar

Model Ceza Kanunu'nda, bir suçun tanımında suçun maddi unsuru bakımından herhangi bir manevi unsur türünün öngörülmemiş olması durumunda, maddi unsurun birinci dereceden doğrudan kasıtlı, ikinci dereceden doğrudan kasıtlı ve pervasızlıkla gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir (MCK § 2.02(3)). Böylece, ceza sorumluluğunda pervasızlık norm olarak kabul edilmiştir⁶²¹. Buna göre, bir suçun pervasızlıkla işlenmemesi için kanunda açıkça birinci dereceden doğrudan kastın

⁶¹⁷ Benzer yönde bkz. James B. BRADY (1980), "Recklessness, Negligence, Indifference, And Awareness", *The Modern Law Review*, Cilt 43, s. 390.

⁶¹⁸ Williams v. State, 235 S.W.3d 751-752 (Tex. Crim. App. 2007); Joshua DRESSLER 2018, age. s. 130; Joshua DRESSLER 2000, agm. s. 959; James B. BRADY 1980, agm. s. 390.

⁶¹⁹ Benzer yönde bkz. agm. s. 390-391.

⁶²⁰ agm. s. 391.

⁶²¹ Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 275; John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 252; Paul H. ROBINSON ve Jane A. GRALL 1983, agm. s. 701; Kenneth W. SIMONS 2003, agm. s. 188.

veya ikinci dereceden doğrudan kastın varlığının aranmış olması gerekmektedir⁶²². Bilinçsiz eylemlerin cezalandırılmasından genellikle kaçınıldığı için sorumlulukta riskin farkında olunması bakımından bir çizgi çekilmiştir⁶²³. Taksirin istisnai bir sorumluluk türü olduğu ve yalnızca kanunda açıkça öngörüldüğü hallerde cezalandırılabileceği kabul edilmiştir⁶²⁴.

Sonuç olarak, bir suçun maddi unsuru bakımından birinci dereceden doğrudan kastın veya ikinci dereceden doğrudan kastın varlığı açıkça aranmadığı sürece, maddi unsurun pervasızlıkla gerçekleştirilmesi mümkün olacaktır. Bu bakımdan, pervasızlıkla işlenebilen suçlar ile olası kasıtle işlenebilen suçlar arasında bir benzerlik bulunmaktadır. Aralarındaki farklılık, olası kasıtle işlenemeyecek olan suçların tanımlarında açıkça suçun yalnızca doğrudan kasıtle işlenebileceğinin belirtilmiyor olmasıdır. Türk ceza hukukunda suçların tanımlarında “bilme” veya “amaç” ifadelerine yer verilerek suçun olası kasıtle işlenemeyeceği dolaylı olarak belirtilmektedir. Buna karşılık, Amerikan ceza hukukunda bir maddi unsurun hangi manevi unsur türüyle gerçekleştirilebileceği açıkça belirtilmekte, belirtilmediği takdirde pervasızlıkla da gerçekleştirilmesi mümkün olmaktadır.

2.2.3. Pervasızlık ve Teşebbüs

Amerikan ceza hukukunun geleneksel anlayışında teşebbüsün yalnızca özel kasıtle (*specific intent*) işlenebileceği fikri hâkimdir⁶²⁵. Özel kasit genel olarak birinci dereceden doğrudan kasta denk gelmektedir⁶²⁶. Normalde özel kastın aranmadığı suçlarda dahi, teşebbüsten ceza verilebilmesi için failin özel kasıtle hareket etmiş olması aranmaktadır⁶²⁷. Bunun sebebi, gerçekleştirilmesi “kasit” edilmeyen bir sonuca teşebbüs etmenin mantıken mümkün olamayacağına düşünülmesidir⁶²⁸. Öğretide, ikinci dereceden doğrudan kasıtle işlenen suçlar bakımından da teşebbüsün

⁶²² Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 275.

⁶²³ Claire FINKELSTEIN (1997), “Mens Rea and Other Criminal Inefficiencies”, *Criminal Law Forum Book Reviews*, Cilt 8, Sayı 1, s. 154.

⁶²⁴ Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 275.

⁶²⁵ State v. Reid, 383 S.C. 293 (S.C. Ct. App. 2009); State v. Louis, 384 P.3d 8 (Kan. 2016); People v. Beck, 24 Cal. Rptr. 3d 230 (2005); People v. Aponte, 944 N.E.2d 204 (N.Y. 2011) [109]; Joshua DRESSLER 2018, age. s. 366.

⁶²⁶ bkz. age. s. 366; John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 114.

⁶²⁷ People v. Beck, 24 Cal. Rptr. 3d 230 (2005); Sanford H. KADISH, Stephen J. SCHULHOFER ve Rachel E. BARKOW 2017, age. s. 646-647.

⁶²⁸ State v. Louis, 384 P.3d 8 (Kan. 2016). Benzer yönde bkz. State v. Zupetz, 322 N.W.2d 735 (Minn. 1982); John M. SCHEB ve John M. SCHEB II 2011, age. s. 114.

mümkün olacağı yer yer savunulmuştur⁶²⁹. Bunun dışında, teşebbüste, “davranış ve netice dışındaki maddi unsurlar” (*attendant circumstances*) bakımından özel kastın aranmaması gerektiği de genel olarak kabul gören bir görüştür⁶³⁰.

Model Ceza Kanunu’nda da teşebbüs bakımından esas olarak birinci dereceden doğrudan kastın arandığı söylenebilir⁶³¹. Ancak, failin suçun kanuni tanımında öngörülen netice bakımından ikinci dereceden doğrudan kasıtle hareket ettiği hallerde de teşebbüsün mümkün olacağı kabul edilmiştir (MCK § 5.01(1)(b))⁶³². Ayrıca, kanuni tanımda “davranış ve netice dışında yer verilen maddi unsurlar” (*attendant circumstances*) bakımından da ilgili suç tipinde aranan manevi unsur türünün bulunması yeterli kabul edilmiştir (MCK § 5.01(1))⁶³³. Başka bir deyişle, teşebbüste, “davranış ve netice dışındaki maddi unsurlar” (*attendant circumstances*) bakımından mutlaka birinci dereceden doğrudan kastın bulunması aranmamıştır. Söz gelimi, reşit olmayan kadınla cinsel ilişki suçunda, failin en az ikinci dereceden doğrudan kasıtle cinsel ilişkiye girmiş ve mağdurun yaşı bakımından en azından pervasızca hareket etmiş olması aransın⁶³⁴. Bu suça teşebbüste, failin cinsel ilişkiye girme yönündeki davranışı bakımından birinci dereceden doğrudan kasıt yine aranacaktır. Mağdurun yaşı ise suçun tanımında “davranış ve netice dışında yer verilmiş bir maddi unsur”dur. Suçun tanımında bu unsur için pervasızlığın varlığı yeterli görüldüğünden, teşebbüste de pervasızlık yeterli olacaktır⁶³⁵. Failin, mağdurun yaşı bakımından birinci dereceden doğrudan kasıtle hareket etmiş olması aranmayacaktır.

Öğretide, neticeli suçlara teşebbüs bakımından pervasızlığın kabul edilmemesi eleştirilmiştir⁶³⁶. Kişinin netice bakımından pervasızlıkla hareket etmiş olmasına rağmen, neticenin tesadüfi herhangi bir nedenle gerçekleşmemiş olması mümkündür⁶³⁷. Bu kişinin tehlikeliliğinin, aynı neticeye pervasızlıkla sebebiyet veren başka bir kişinin tehlikeliliğiyle aynı olduğu belirtilmektedir⁶³⁸. Bu kişilerin

⁶²⁹ Kevin COLE 2019, agm. s. 447.

⁶³⁰ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 370.

⁶³¹ age. s. 387.

⁶³² John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 713; Joshua DRESSLER 2018, age. s. 387-388; Kevin COLE 2019, agm. s. 447.

⁶³³ John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 713.

⁶³⁴ Joshua DRESSLER 2018, age. s. 388.

⁶³⁵ age. s. 388.

⁶³⁶ David M. TREIMAN 1981, agm. s. 325-326.

⁶³⁷ agm. s. 325.

⁶³⁸ Markus D. DUBBER 2015, age. s. 123; David M. TREIMAN 1981, agm. s. 325.

tehlikelilik seviyelerinin aynı olmasına rağmen, birinin kasıt olmaksızın öldürme suçundan (*manslaughter*) cezalandırılması, diğerinin ise öldürme suçlarıyla bağlantılı olarak hiçbir sorumluluğunun doğmaması çelişkili bir durum olarak değerlendirilmektedir⁶³⁹. Bu nedenle, Model Ceza Kanunu'nda ve pek çok eyaletin ceza kanununda “pervasızlıkla tehlikeye sokma” gibi suç tiplerine yer verilmiştir⁶⁴⁰. Bu tür suç tiplerinde, bir başkasını can veya vücut bütünlüğü bakımından tehlikeye sokan veya sokabilecek davranışların gerçekleştirilmesi yasaklanmakta ve bu tehlikeye pervasızlıkla sebebiyet veren kişilerin cezalandırılması öngörülmektedir (MCK § 211.2). Ancak, Model Ceza Kanunu'nda bu suç tipi için öngörülmüş olan ceza miktarının az olduğu ve bu nedenle Kanun'un bu konudaki düzenlemesinin ideal bir düzenleme olmadığı da belirtilmiştir⁶⁴¹.

2.2.4. Pervasızlık ve Yaptırım

Model Ceza Kanunu'nda pervasızlıkla işlenen suçlar bakımından, zorunlu olarak ceza indirimini yapılmasını öngören genel bir hükme yer verilmemiştir. Bunun yerine bazı suç tiplerinde, suçun pervasızlıkla işlenmiş olması durumunda suçun derecesinin değişeceği öngörülmüştür. Söz gelimi, bir başkasının birinci dereceden doğrudan kasıtlı veya ikinci dereceden doğrudan kasıtlı öldürülmesi, birinci dereceden cürüm (*felony of the first degree*) olarak; bir başkasının pervasızlıkla öldürülmesi ikinci dereceden cürüm (*felony of the second degree*) olarak düzenlenmiştir (MCK § 210.2, § 210.3). Benzer şekilde, birinci dereceden doğrudan kasıtlı veya ikinci dereceden doğrudan kasıtlı afete sebebiyet vermek ikinci dereceden cürüm (*felony of the second degree*) olarak; pervasızlıkla afete sebebiyet vermek üçüncü dereceden cürüm (*felony of the third degree*) olarak düzenlenmiştir (MCK § 220.2(1)).

Diğer bazı suç tiplerinde ise suçun birinci dereceden doğrudan kasıtlı, ikinci dereceden doğrudan kasıtlı veya pervasızlıkla işlenmesi arasında suçun kategorisi veya derecesi bakımından herhangi bir fark gözetilmemiştir (MCK § 211.1(1)(a), §

⁶³⁹ agm. s. 326.

⁶⁴⁰ John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 715; George P. FLETCHER 1998, age. s. 174; David M. TREIMAN 1981, agm. s. 326; Michael T. CAHILL (2007), “Attempt, Reckless Homicide, And The Design of Criminal Law”, *University of Colorado Law Review*, Cilt 78, s. 924.

⁶⁴¹ Markus D. DUBBER 2015, age. s. 122. Benzer yönde bkz. John KAPLAN, Robert WEISBERG ve Guyora BINDER 2017, age. s. 715. Türk Ceza Kanunu'nda öngörülmüş olan “genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması” (TCK md. 170/1) suçu bakımından da benzer değerlendirmeler yapılabilir.

250.11, § 251.4(2))⁶⁴². Bununla birlikte, Model Ceza Kanunu'ndaki her suçun cezasının alt ve üst sınırları ayrı ayrı belirlenmemiştir. Bunun yerine belli suç kategorileri ve dereceleri tanımlanmıştır. Kanun'da bir suç tanımlandığında bunun hangi suç kategorisine veya derecesine denk düştüğü belirtilmektedir. Suçun cezası bu şekilde tespit edilmektedir⁶⁴³. Suçların cezaları bu tür bir yöntemle belirlendiğinden, cezaların alt ve üst sınırları arasında belli bir mesafe bulunmaktadır. Bu durum, hâkimlerin somut olayın özelliklerine göre uygun bir ceza tayin etmelerinde geniş bir takdir yetkisinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla, hâkimlerin suçun temel cezasını belirlerken failin hangi manevi unsur türüyle hareket ettiğini göz önünde bulundurarak cezanın alt veya üst sınırlarından uzaklaşmaları mümkündür⁶⁴⁴. Bu şekilde, failin birinci dereceden doğrudan kasıtle, ikinci dereceden doğrudan kasıtle veya pervasızlıkla hareket etmiş olması göz önünde bulundurularak farklı cezalar tayin edilebilir.

2.2.5. Pervasızlık Kavramının Değerlendirilmesi

Pervasızlık kavramı bu şekilde açıklandıktan sonra, bu kavramın iki farklı yönden değerlendirilmesi faydalı olacaktır. Pervasızlık kavramının öncelikle Türk ceza hukukundaki olası kasıt ve bilinçli taksir kavramlarıyla karşılaştırılması, daha sonra da Türk ceza hukuku bakımından genel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

2.2.5.1. Pervasızlık, Olası Kasıt ve Bilinçli Taksir Kavramlarının Karşılaştırılması

Öncelikle belirtelim ki olası kastın Amerikan ceza hukukunda tam bir karşılığı bulunmamaktadır⁶⁴⁵. Olası kasıt bilme (öngörme) unsuru bakımından pervasızlığa benzetilebilirse de olası kasıtle bulunan isteme unsurunun pervasızlıkta söz konusu olmaması, bu iki kavramı birbirinden farklı kılmaktadır⁶⁴⁶. Türk Ceza Kanunu hem olası kasıtle hem de bilinçli taksirde neticenin öngörüldüğünü, olası

⁶⁴² Kanuni tanımında pervasızlıktan açıkça bahsedilen diğer suç tiplerinin nasıl sınıflandırıldığına dair bilgi edinmek için bkz. MCK § 211.2, § 211.3, § 212.4(1), § 220.1(2), § 220.3(1), § 221.1(2), § 242.6(2), § 250.2(1), § 250.7(1).

⁶⁴³ Bu konuda bilgi için bkz. supra 85.

⁶⁴⁴ Tekrar belirtelim ki, hâkimin burada belirleyeceği temel ceza yine alt ve üst sınırları olan bir cezadır.

⁶⁴⁵ Markus D. DUBBER ve Tatjana HÖRNLE 2014, age. s. 241.

⁶⁴⁶ age. s. 241.

kasıtta isteme unsurunun bir şekilde bulunduğunu, buna karşılık bilinçli taksirde neticenin istenmediğini belirtmiştir (TCK md. 21/2, 22/3). Dolayısıyla, olası kasıt ile bilinçli taksirin ortak yönü “öngörme” olup bu iki kavram isteme unsuru yönünden birbirinden ayrılmaktadır. Buna karşılık, pervasızlıkta iradi bir unsura yer verilmemiş ve riskin farkında olunmasından söz edilmiştir. Bu nedenle, pervasızlık normalde hem olası kastı hem de bilinçli taksiri kapsamaktadır⁶⁴⁷. Dolayısıyla, Amerikan ceza hukukunda bilinçli taksir kavramının da tam bir karşılığının bulunmadığı söylenebilir⁶⁴⁸. Zira netice öngörüldüğü takdirde pervasızlıktan, öngörülmediği takdirde taksirden bahsedilecektir⁶⁴⁹. Pervasızlık bu yönden olası kasıt ve bilinçli taksirden daha geniş bir kapsama sahiptir⁶⁵⁰.

Amerikan ceza hukuku riskin söz konusu olduğu halleri temel olarak kognitif bir yaklaşımla ele almaktadır⁶⁵¹. Türk ceza hukuku ise bu konuda iradiliğe dikkat etmektedir. Amerikan sisteminde failin riskin farkında olmasına önem atfedilirken, Kıta Avrupası sisteminde daha çok failin riske ilişkin tutumuna dikkat edilmektedir⁶⁵². Olası kasıt ve bilinçli taksirde failin maddi unsurun gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen kayıtsız kalması veya maddi unsurun gerçekleşmesini önleyebileceğine güvenerek neticenin gerçekleşmeyeceğine inanması önemlidir⁶⁵³. Oysa pervasızlıkta bunların unsur yönünden bir önemi bulunmamaktadır. Pervasızlıkta asıl önemli olan failin riskin farkında olmasıdır⁶⁵⁴. Dolayısıyla, failin maddi unsura ilişkin içsel tutumu değil, riske ilişkin bilgisi önem arz etmektedir⁶⁵⁵.

Olası kasıt ile pervasızlığın karşılaştırılması bakımından çeşitli ihtimaller üzerinde durulmuştur. Pervasızlıkta failin öngördüğü riski göz ardı etmesinin söz konusu olduğunu belirtmiştik. Burada failin riski göz ardı etmesinin ayrıca iradi bir tutumu da içerisinde barındırıp barındırmadığı sorusu sorulmuştur⁶⁵⁶. Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekmektedir. Model Ceza Kanunu'nun tanımında göz ardı

⁶⁴⁷ Dan W. MORTEL 1982, agm. s. 332.

⁶⁴⁸ James B. BRADY (1996), “Conscious Negligence”, *American Philosophical Quarterly*, Cilt 33, Sayı 3, s. 326.

⁶⁴⁹ agm. s. 326.

⁶⁵⁰ Dan W. MORTEL 1982, agm. s. 332.

⁶⁵¹ Luis E. CHIESA 2018, agm. s. 585.

⁶⁵² agm. s. 588 vd.

⁶⁵³ agm. s. 584.

⁶⁵⁴ agm. s. 584.

⁶⁵⁵ George P. FLETCHER 2000, age. s. 447.

⁶⁵⁶ Markus D. DUBBER 2015, age. s. 62.

etmenin yanı sıra iradi bir unsurun da varlığını aramayı gerektirecek herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, pervasızlığın içerisinde isteme unsurunun herhangi bir şekilde bulunmadığını kabul etmek gerekmektedir. O halde pervasızlığın olası kasıt ve bilinçli taksiri kapsadığı sonucu çıkmaktadır⁶⁵⁷.

Ancak, pervasızlıkta farkında olunan riskin önemli bir risk olması gerektiğinden de söz etmiştik. Bu durumun pervasızlığın uygulama alanını, olası kastın kapsamına girebilecek bazı ihtimalleri kapsamayacak bir şekilde daraltıp daraltmayacağı üzerinde durulmuştur⁶⁵⁸. Pervasızlıktaki bu unsurun mutlaka yüzde elliden yüksek bir ihtimalin varlığını gerektirmediğini, riskin ilgili olduğu zararın ağırlığına göre çok daha düşük ihtimallerin de önemli olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştik. Bu nedenle, bu unsurun pervasızlığın uygulama alanını bahsedilen şekilde daraltmayacağını düşünmekteyiz.

Pervasızlıkta normatif bir değerlendirmenin de bulunduğunu izah etmiştik. Buna göre riskin öyle bir mahiyet ve derecede olması gerekir ki; bunun göz ardı edilmesi, kanunlara uyan bir kişinin failin yerinde olması durumunda izleyeceği davranışlardan büyük bir sapma teşkil etmelidir. Bu husus olası kasta gerçekten de yabancı bir husustur. Türk ceza hukukunda olası kasıt bakımından böyle bir inceleme söz konusu değildir. Söz konusu normatif değerlendirmenin, olası kastın kapsamına giren bazı hallerin pervasızlığın kapsamına girmemesine sebebiyet verebileceği dile getirilmiştir⁶⁵⁹. Pervasızlıkta bu şekilde aranan “büyük sapma” kıstasının, esasında cezai sorumluluğu ve özel hukuk sorumluluğunu gerektiren hallerin ayırt edilebilmesine yönelik bir işlev gördüğü belirtilmektedir⁶⁶⁰. Gerçekten de Amerikan hukukunda pervasızlık ve taksir kavramları yalnızca ceza hukukunda kullanılan kavramlar değildir. Bu kavramlar özel hukukta da kullanılmakta ve cezai sorumluluğu gerektiren haller ile özel hukuk sorumluluğunu gerektiren haller, söz konusu kıstas sayesinde birbirinden ayırt edilmektedir⁶⁶¹. Ancak, bu kıstasın da esasında riskin önemli ve haksız olmasını nitelendirdiğini, failin riskin göz ardı etmesinin kınanabilir olup olmadığının değerlendirilmesine yönelik olduğunu belirtmiştik. Bir suçun kanuni tanımındaki maddi unsurun gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, bunu kabullenerek eylemini gerçekleştiren kişinin

⁶⁵⁷ age. s. 62.

⁶⁵⁸ Markus D. DUBBER ve Tatjana HÖRNLE 2014, age. s. 243.

⁶⁵⁹ Dan W. MORTEL 1982, agm. s. 332.

⁶⁶⁰ Markus D. DUBBER ve Tatjana HÖRNLE 2014, age. s. 243.

⁶⁶¹ age. s. 243.

davranışının, kanunlara uyan bir kişinin izleyeceği davranışlardan büyük bir sapma olarak değerlendirilemeyeceği bir durumun söz konusu olabileceğini düşünmemekteyiz.

Öğretide, çeşitli gerekçelerle olası kasıt – bilinçli taksir şeklindeki ayrımın yerine pervasızlığın benimsenmesinin daha doğru olacağı savunulmuştur. Bir kısım yazarlar, olası kasıt ve bilinçli taksir ayrımı bakımından mevcut olan ispat güçlüğüne dile getirmişlerdir. Öncelikle, pervasızlıkta riskin farkında olunması, olası kasıta ise maddi unsurun gerçekleşebileceğinin öngörülmesi sübjektif koşullar olarak aranmaktadır⁶⁶². Failin riski fark etmesi veya maddi unsurun gerçekleşebileceğini öngörmesi bakımından söz konusu olan ispat güçlüğü olası kasıt ve pervasızlık bakımından ortaktır⁶⁶³.

Ancak olası kasıta, failin maddi unsurun gerçekleşmesini kabullenmesi veya gerçekleşmesine kayıtsız kalması şeklinde iradi bir unsur da aranmaktadır. Bu iradi unsurun varlığının ispat edilmesi oldukça güç bir meseledir⁶⁶⁴. Failin zihinsel veya duygusal durumuna ilişkin olan isteme unsurunun varlığı üçüncü kişiler tarafından doğrudan gözlemlenemediğinden, genellikle maddi unsurun gerçekleşme ihtimaline veya failin karakterine bakılarak bu hususta karara varılmaktadır⁶⁶⁵. Bu da sorunlu bir durumdur. Zira maddi unsurun gerçekleşme ihtimaline bakılarak isteme unsuruyla ilgili karara varıldığında, aslında isteme unsurunun da pek bir anlamı kalmamaktadır. Bilme unsuru üzerinden isteme unsurunun varlığına karar verilmektedir⁶⁶⁶. Öte yandan, isteme unsurunun varlığının tespiti için failin karakterinin göz önünde bulundurulması, modern ceza hukukunun sorumluluk anlayışıyla bağdaşmamaktadır⁶⁶⁷.

İkinci olarak da hukukun önemli hukuki değerleri korumaya yönelmesinin, bu kapsamda insanların dış dünyada nasıl bir etkileşimde bulduklarını ve seçimlerinin ne şekilde tezahür ettiğini göz önünde bulundurmasının daha doğru olacağı

⁶⁶² age. s. 242.

⁶⁶³ age. s. 242.

⁶⁶⁴ George P. FLETCHER 1998, age. s. 123; Luis E. CHIESA 2018, agm. s. 602.

⁶⁶⁵ Thomas WEIGEND (2015), "Subjective Elements of Criminal Liability", *İçinde, The Oxford Handbook of Criminal Law*, Ed. Markus D. Dubber ve Tatjana Hörnle, s. 502; Robin Antony DUFF 2019, agm. s. 651; Markus D. DUBBER ve Tatjana HÖRNLE 2014, age. s. 241-242.

⁶⁶⁶ Robin Antony DUFF 2019, agm. s. 652; Markus D. DUBBER ve Tatjana HÖRNLE 2014, age. s. 241-242.

⁶⁶⁷ Bu konuda bkz. Thomas WEIGEND 2015, agm. s. 502; Robin Antony DUFF 2019, agm. s. 652.

belirtilmektedir⁶⁶⁸. Duygu, istek ve umutlara odaklanması ceza hukukunun amacıyla uyumsuz addedilmektedir⁶⁶⁹. Oysa olası kasıt büyük ölçüde kişinin tutumu veya duygusal durumuyla ilgilidir⁶⁷⁰.

Son olarak da, ciddi veya büyük risklerin alındığı ihtimaller kastın kapsamında değerlendirilmek istendiğinden, olası kasıttaki isteme unsurunun anlamının sürekli esnetilmesine ihtiyaç duyulmaktadır⁶⁷¹. Esasında kusurluluğa ilişkin tüm nüansların hukuk düzeni tarafından düzenlenmesinin gerekli olmadığı ve bu gibi hallerin aslında cezanın belirlenmesi sırasında göz önünde bulundurulmasının daha uygun bir çözüm olacağı belirtilmektedir⁶⁷². Dolayısıyla, bilinçli taksirin olası kasıtle birlikte pervasızlığın altında ele alınmasının daha doğru olacağı ifade edilmektedir⁶⁷³.

2.2.5.2. Pervasızlık Kavramının Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Türk ceza hukukunda sorumluluk kural olarak kasta dayanmaktadır (TCK md. 21/1). Taksirle gerçekleştirilen eylemler yalnızca kanunda açıkça öngörülen hallerde cezalandırılmaktadır (TCK md. 22/1). Dolayısıyla, kural sorumluluğu ile istisnai sorumluluk arasında sınırı olası kasıt ile bilinçli taksir arasındaki sınır teşkil etmektedir⁶⁷⁴. Türk ceza hukukunda taksirin kapsamında değerlendirilen ve istisnai olarak cezalandırılan bilinçli taksir, Amerikan ceza hukukunda pervasızlığın kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁷⁵. Amerikan ceza hukukunda sorumluluk temel olarak pervasızlığa dayandığından, bilinçli taksir kural olarak cezalandırılabilir⁶⁷⁶. Dolayısıyla, Amerikan ceza hukukunda kural olarak cezalandırılabilen eylemlerin sınırı, Türk ceza hukukundaki sınırdan daha geniştir⁶⁷⁷.

Olası kasıt ve bilinçli taksir şeklindeki ayrımı doğru bulmadığımızı, söz konusu ayrımın ne teoride ne de uygulamada açıklanabildiğini, hayatın gerçekleriyle uygun düşmediğini ve yapay bir ayrım olduğunu daha önceden belirtmiştik. Öğretide

⁶⁶⁸ Thomas WEIGEND 2015, agm. s. 502; Robin Antony DUFF 2019, agm. s. 652.

⁶⁶⁹ Thomas WEIGEND 2015, agm. s. 502; Robin Antony DUFF 2019, agm. s. 652.

⁶⁷⁰ agm. s. 652.

⁶⁷¹ Benzer yönde bkz. Thomas WEIGEND 2015, agm. s. 503.

⁶⁷² Robin Antony DUFF 2019, agm. s. 646-647.

⁶⁷³ Thomas WEIGEND 2015, agm. s. 510.

⁶⁷⁴ Markus D. DUBBER ve Tatjana HÖRNLE 2014, age. s. 249.

⁶⁷⁵ age. s. 244.

⁶⁷⁶ Bu konuda bkz. age. s. 244.

⁶⁷⁷ Robin Antony DUFF 2019, agm. s. 650.

olası kasıt ve bilinçli taksir şeklindeki ayrıma yöneltilen ve yukarıda paylaştığımız eleştirilere de çoğunlukla katıldığımızı belirtelim. Somut olaylarda, hukuk güvenliğini sağlayacak şekilde ayırt edilemediğini düşündüğümüz bu manevi unsur türlerinden hangisinin bulunduğu karar verileceği büyük önem taşımaktadır. Zira hem olası kasıt ve bilinçli taksir arasında ceza miktarı bakımından ciddi farklar bulunmaktadır, hem de bazı eylemlerin taksirle gerçekleştirilen halleri cezalandırılmamaktadır⁶⁷⁸. Dolayısıyla, bu tür suç tiplerinde olası kastın değil de, bilinçli taksirin varlığına karar verildiği takdirde fail o suçtan hiç cezalandırılmayacaktır. Aralarında eylemin cezalandırılması bakımından bu denli büyük farkların bulunduğu iki manevi unsur türünün hukuk güvenliğini sağlayacak şekilde ayırt edilememesi bir sorun teşkil etmektedir. Bu nedenle, bu ayrımın terk edilmesinin daha doğru olacağına inanmaktayız. Kanaatimizce, olası kasıt ve bilinçli taksir tek bir manevi unsur türü olarak birlikte değerlendirilmeli ve kasıt ile taksir kavramlarından bağımsız olarak ele alınmalıdır⁶⁷⁹.

Bu kapsamda, uygun bir çözüm olup olmadığının değerlendirilebilmesi için Amerikan ceza hukukundaki pervasızlık (*recklessness*) kavramı incelenmiştir. Öncelikle belirtelim ki pervasızlık hem olası kastı hem de bilinçli taksiri içerisinde barındırdığından, bu manevi unsur türü cezalandırılabilir eylemlerin sınırını genişletmektedir⁶⁸⁰. Böyle bir manevi unsur türü benimsendiği takdirde, ceza kanununda da köklü değişikliklerin yapılması gerekecektir. Hangi eylemlerin pervasızlıkla gerçekleştirildiği takdirde cezalandırılacağı tek tek belirlenmelidir. Bu konuda suç siyaseti bağlamında pek çok değerlendirmenin yapılması gerekecektir. Zira pervasızlıkla işlenebilen suç tiplerinin listesi geniş tutulduğu takdirde, depenalizasyon akımıyla da bir uyumsuzluk ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla, kasıt ve taksir şeklindeki ikili sistemin terk edilmesi ve üçlü bir sisteme geçilmesi, aslında büyük bir zorluğu da beraberinde getirecek olan bir değişikliktir.

Kanaatimizce, pervasızlığın Model Ceza Kanunu'ndaki tanımı oldukça kompleks ve detaylı bir tanımdır. Nitekim birçok eyalet, Model Ceza Kanunu'ndaki pervasızlık tanımını benimserken, ikinci cümledeki kısmı değiştirmiş veya kaldırmıştır⁶⁸¹. Ayrıca, riskin haksız olmasının aranmasının da gerekli olmadığını

⁶⁷⁸ Benzer yönde bkz. agm. s. 652; Markus D. DUBBER ve Tatjana HÖRNLE 2014, age. s. 248.

⁶⁷⁹ Bu konuda bkz. Luis E. CHIESA 2018, agm. s. 600.

⁶⁸⁰ Lutz EIDAM 2006, agm. s. 241.

⁶⁸¹ David M. TREIMAN 1981, agm. s. 329.

düşünmekteyiz. Amerikan ceza hukukunda hukuka uygunluk sebepleri, teorik yönden, Türk ceza hukukundakinden oldukça farklı bir şekilde ele alınır. Türk ceza hukukunda, hukuka uygunluk sebeplerinin suç genel teorisindeki yeri değerlendirildiğinde, bir manevi unsur türünün tanımında böyle bir ifadeye yer vermenin teorik yönden sorunlu olabileceğini düşünmekteyiz. Dolayısıyla, Model Ceza Kanunu'nun pervasızlığa ilişkin tanımının, Türk ceza hukukuyla pek de uyumlu olmadığı söylenebilir.

Ayrıca farklı hukuk kültürlerinden bu tür hukuki müesseselerin iktibas edilmesinde temkinli olmakta fayda vardır. Kıta Avrupası otonomiye merkezine alan ve bu nedenle ceza hukukunda iradi olarak haksız tercihlerde bulunulmasını kınanabilir olarak değerlendiren bir hukuk sistemidir⁶⁸². Buna karşılık, Amerikan hukukunda, toplumsal hayatta alınan risklerin kontrol edilmesi ve azaltılması hedeflenmektedir⁶⁸³. Kişiler belli bir riskin farkında olmalarına rağmen bunu göz ardı ettikleri için kınanılmaktadırlar⁶⁸⁴. Dolayısıyla, iki hukuk sisteminin cezai yaptırımlara yaklaşımının düşünsel temellerinde önemli farklılıkların bulunduğu söylenebilir. Böyle bir durumda, farklı bir hukuk kültüründen bir hukuki müessesenin doğrudan iktibas edilmesi, üzerine yeterince düşünülmeyeceği takdirde, yarardan çok zarar getirebilecek bir husustur.

Kanaatimizce, pervasızlığın teorik temellerinin henüz sağlam ve sistemli bir şekilde ortaya konulduğunu söylemek mümkün değildir. Öğretide pervasızlık kavramının yeterince ele alınmadığı kanaatindeyiz. Pervasızlık henüz gelişim aşamasında olan bir kavramdır. Şu haliyle, Amerikan ceza hukukundaki pervasızlık kavramının Türk ceza hukukunda benimsenmesi uygun olmayacaktır. Bununla birlikte olası kasıt ve bilinçli taksir şeklindeki ayrımın terk edilip, bu iki manevi unsur türünün öngörme unsuru bağlamında ortak bir şekilde ele alınmasının gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle, pervasızlık kavramının salt öngörme unsuru üzerinden tanımlanarak Türk ceza hukukuna eklenmesi daha doğru bir çözüm olacaktır. Pervasızlık bu şekilde tanımlandığı takdirde, kasıt, pervasızlık ve taksirden oluşan üçlü bir sistem benimsenebilir.

Böyle bir sistemde, pervasızlıkla işlenen suçların karşılığında öngörülen cezaların alt ve üst sınırları arasında geniş bir mesafe bırakılarak, hâkimlerin somut

⁶⁸² Luis E. CHIESA 2018, agm. s. 595-598.

⁶⁸³ agm. s. 595-596.

⁶⁸⁴ agm. s. 597-598.

olaylardaki tüm hususları göz önünde bulundurarak somut olayın haksızlık ve kusur içeriğine uygun şekilde karar vermelerinin sağlanması uygun olacaktır. Böylece, failin maddi unsurun gerçekleşmesine yönelik tutumu, gerçekleşmemesine yönelik çabası veya gerçekleşmeyeceğine yönelik inancı göz önünde bulundurularak karar verilebilir.

Olası kastı ve bilinçli taksiri kapsayan bir manevi unsur türü kabul edildiği takdirde, teşebbüsün doğrudan kasıtlı sınırlı tutulması daha doğru olacaktır. Aksi takdirde, ceza sorumluluğunun katlanılamayacak ölçüde genişlemesine sebebiyet verilecektir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, tehlikeli davranışlarda bulunup da şans eseri olarak zarara sebebiyet vermeyen kişiler ile pervasızlıkla aynı zarara sebebiyet veren kişilerin tehlikelilikleri esasında aynıdır⁶⁸⁵. Failin zararın gerçekleştiği ihtimalde pervasızlıkla işlenen suçtan cezalandırılıp, zararın gerçekleşmediği ihtimalde söz konusu suçtan hiçbir şekilde sorumlu tutulmaması çelişkili bir duruma yol açabilecektir⁶⁸⁶. Bu nedenle, özellikle hayat veya vücut bütünlüğü gibi önemli hukuki değerlere yönelik olarak gerçekleştirilen tehlikeli davranışların tamamen cezasız kalmaması bakımından, ceza kanununda “genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması” (TCK md. 170) gibi suç tiplerine ihtiyaç duyulduğu ölçüde yer verilebilir.

⁶⁸⁵ Markus D. DUBBER 2015, age. s. 123; David M. TREIMAN 1981, agm. s. 325.

⁶⁸⁶ agm. s. 326.

SONUÇ

Türk Ceza Kanunu'nda doğrudan kasıt, olası kasıt, bilinçli taksir ve basit olmak üzere dört tane manevi unsur türüne yer verilmiştir. Öğretide doğrudan kasıt bakımından, birinci dereceden doğrudan kasıt ve ikinci dereceden doğrudan kasıt şeklinde bir ayırım da yapılmaktadır. Birinci dereceden doğrudan kasıtta fail kanuni tanımdaki maddi unsuru gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. İkinci dereceden doğrudan kasıtta ise fail maddi unsuru gerçekleştirmeyi hedeflememekte ancak davranışı nedeniyle maddi unsurun gerçekleşeceğini bilmektedir.

Doğrudan kasıt ile olası kasıt, “Kasıt” başlığının altında birlikte düzenlenmiştir. Kasıtın unsurlarının “bilme” ve “isteme” olduğu kabul edilmiştir. Ancak bu kavramların normatif anlamda kabul edilmesi ve kasıtın türüne göre unsurlara farklı anlamlar yüklenmesi gerekmektedir. Zira birinci dereceden doğrudan kasıtta mutlak anlamda bir bilmenin bulunması gerekmemektedir. İkinci dereceden doğrudan kasıtta ise yalnızca bilme söz konusudur. Dolayısıyla, kasıtın türlerinin “bilme” ve “isteme” unsurlarıyla açıklanabilmesi için bu kavramların normatif anlamda değerlendirilmesinde zorunluluk vardır.

Olası kasıtın tanımında yalnızca kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşebileceğinin öngörülmesinden söz edilmiş ve iradi bir unsura yer verilmemiştir. Ancak bilinçli taksirin tanımında neticenin öngörülmesine rağmen istenmemesinden söz edildiğinden, olası kasıtta da isteme unsurunun bir şekilde bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, olası kasıtın da “bilme” ve “isteme” unsurları kapsamında ele alınması mümkündür.

Olası kasıtta “bilme” unsuru “öngörme” olarak tezahür etmektedir. Failin kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesi gerekmektedir. Maddi unsurların gerçekleşmesinin muhtemel olması gerekmemektedir. Failin maddi unsurların gerçekleşebileceğini mümkün görmüş olması yeterlidir. Küçük ve soyut ihtimallerin dışlanabilmesi amacıyla “muhtemel ” ifadesinin kullanılmasına ihtiyaç duyuluyorsa bunun yerine “ciddi olarak mümkün görme” gibi bir ifade de kullanılabilir.

Olası kasıtta “isteme” unsurunu açıklamak için çoğunlukla “kabullenme” veya “kayıtsız kalma” kıstasları kullanılmaktadır. Ancak bu kıstaslar olası kasıt ile bilinçli taksirin ayırt edilebilmesi bakımından yetersiz kalmaktadır. Esasında olası kasıt ile bilinçli taksirin hukuk güvenliği sağlayacak ve adil bir şekilde ayırt edilebilmesi de mümkün değildir. Zira söz konusu ayırım hayatın gerçekleriyle uyuşmamaktadır. Olası kasıt ile bilinçli taksir arasındaki ayırım yapay bir ayırmadır. Kabullenme veya kayıtsız kalma gibi kıstaslar komplike ve anlaşılması güç olan zihinsel süreçlerin tarif edilmesinde ister istemez yetersiz kalmaktadır.

Birinci dereceden doğrudan kasıtta fail maddi unsuru gerçekleştirme hedefiyle hareket etmektedir. Oysa olası kasıtta failin böyle bir amacı bulunmamaktadır. İkinci dereceden doğrudan kasıtta maddi unsurun gerçekleşmesi muhakkak veya muhakkaka yakındır. Buna karşılık, olası kasıtta maddi unsurun gerçekleşmesi mümkün veya muhtemeldir. Olası kasıtta fail davranışı nedeniyle kanuni tanımdaki maddi unsurun gerçekleşebileceğini öngörür ve bunu kabullenerek yine de davranışını gerçekleştirir. Bilinçli taksirde ise fail neticenin gerçekleşmesini istememektedir. Fail yeteneğine veya tecrübesine güvenerek somut olayda neticenin gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmekte ve neticenin gerçekleşmemesi için çaba göstermektedir.

Yalnızca özel kasıtle işlenebileceği öngörülen suçlar veya kanuni tanımında “bilme” ifadesi içeren suçlar olası kasıtle işlenemezler. Olası kasıt ile teşebbüs hükümlerinin bir arada uygulanmasına teorik yönden bir engel bulunmamaktadır. Ancak olası kasıt ile işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmek ceza sorumluluğunun katlanılamayacak ölçüde genişletme tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla, olası kasıtle işlenen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanması, yalnızca failin hangi netice veya neticeleri kabullendiğinin açıkça ortaya konulabildiği hallerle sınırlı tutulmalıdır. Failin hangi neticelerin gerçekleşmesini kabullendiğinin açıkça ortaya konulmasında belli bir güçlüğü bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Türk Ceza Kanunu’nda, olası kasıtle işlenen suçların cezalarında zorunlu olarak indirim yapılması öngörülmüştür. Olası kasıt ile bilinçli taksir teorik yönden tatmin edici bir şekilde ayırt edilemediğinden, öğretide Amerikan ceza hukukundaki “pervasızlık” (*recklessness*) kavramı zaman zaman dile getirilmiştir.

Amerikan ceza hukukunun en önemli kaynaklarından birisi olan Model Ceza Kanunu'nda dört tane kusurluluk türü düzenlenmiştir. Bunlar birinci dereceden doğrudan kasıt, ikinci dereceden doğrudan kasıt, pervasızlık ve taksirdir. Pervasızlıkta failin önemli ve haksız bir riski göz ardı etmesi söz konusudur. Bu risk derece ve mahiyet bakımından öyle bir nitelikte olmalıdır ki, riskin göz ardı edilmesi, failin davranışının amacı, mahiyeti ve failce bilinen hususlar göz önünde bulundurulduğunda, kanunlara uyan bir kişinin failin yerinde olması durumunda izleyeceği davranışlardan büyük bir sapma teşkil etmelidir.

Riskin önemli olarak değerlendirilebilmesi için zararın gerçekleşme ihtimalinin yüzde ellinin üzerinde olması gerekmektedir. Zararın konusuna göre ufak bir ihtimalin de önemli bir risk olarak değerlendirilmesi mümkündür. Söz gelimi, ölüm neticesine yönelik çok ufak bir ihtimal önemli bir risk olarak değerlendirilebilir. Riskin haksız olması koşulu ise daha ziyade Türk ceza hukukundaki hukuka aykırılık unsuruyla bağlantılı olarak değerlendirilebilir. Normalde failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir halin (*defenses*) bulunup bulunmadığı suçun maddi ve manevi unsurlarının gerçekleştiğinin tespit edilmesinden sonra yapılan bir araştırmadır. Bununla birlikte, pervasızlıkta bu araştırma manevi unsur türünün tanımının içerisine dâhil edilmiştir.

Riskin haksız ve önemli olarak değerlendirilebilmesi için, söz konusu riskin göz ardı edilmesinin, failin yerinde kanunlara uyan bir kişinin bulunması durumunda onun izleyeceği davranışlardan büyük bir sapma teşkil etmesi gerekmektedir. Burada normatif bir değerlendirme söz konusudur. Failin sahip olduğu bilgilere sahip olan ve kanunlara uyan bir kişinin, failin yerinde olması durumunda somut olayda nasıl hareket edeceği göz önünde bulundurulmaktadır. Burada temel olarak, failin riski göz ardı etmesinin kınanabilir bir davranış olup olmadığı değerlendirilmektedir.

Model Ceza Kanunu'nda pervasızlık ile teşebbüs hükümlerinin yalnızca kanuni tanımda “davranış ve netice dışında yer verilen maddi unsurlar” (*attendant circumstances*) bakımından birlikte uygulanabileceği kabul edilmiştir. Pervasızlıkla işlenen suçların cezalarında zorunlu bir indirim genel olarak öngörülmemiştir. Bazı suç tiplerinin pervasızlıkla işlenmesi daha hafif bir suç kategorisi veya derecesi teşkil etmektedir. Bu durumda failin cezasında bir indirim söz konusu olmaktadır. Ayrıca, Model Ceza Kanunu'nun müeyyidelere ilişkin hükümleri de cezanın tayininde suçun

hangi manevi unsur türüyle işlendiğinin göz önünde bulundurulmasına imkân tanıyacak şekilde düzenlenmiştir.

Pervasızlığın Türk ceza hukukunda tam bir karşılığı bulunmamaktadır. Bu kavram genel olarak olası kasıt ile bilinçli taksiri kapsamaktadır. Ancak bu kavram kompleks ve ayrıntılı bir şekilde tanımlanmıştır. Kavramın Türk ceza hukukunda suç genel teorisi kapsamında kabul edilen teorik esaslar ile tam bir uyum arz ettiği söylenemez. Ayrıca farklı hukuk kültürlerinden hukuki müesseseler iktibas edilirken dikkatli olmak gerekmektedir. Pervasızlığın teorik temelleri de henüz sistemli bir şekilde ortaya konulmamış, öğretilerde yeterince ele alınmamıştır. Dolayısıyla, pervasızlık kavramının bu haliyle Türk ceza hukukunda benimsenmesinin doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Bunun yerine, olası kasıt ile bilinçli taksir kavramlarının salt öngörme unsurundan oluşan ve kasıt ile taksirden bağımsız olan ayrı bir manevi unsur türünün altında ortak bir şekilde ele alınması daha doğru olacaktır. Pervasızlık kavramı bu şekilde tanımlandığı takdirde, Türk ceza hukukunda kasıt, pervasızlık ve taksirden oluşan üçlü bir manevi unsur sistemi benimsenebilir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT Berrin (2022), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ALACAKAPTAN Uğur (1975), *Suçun Unsurları*, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- ALEXANDER Larry (2000), “Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability”, *California Law Review*, Cilt 88, Sayı 3, ss. 931-954.
- ALEXANDER Larry, FERZAN Kimberly Kessler ve MORSE Stephen J. (2009), *Crime and Culpability A Theory of Criminal Law*, Cambridge University Press, New York.
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, ALŞAHİN M. Emin ve ÇAKIR Kerim (2022), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- BOZBAYINDIR Ali Emrah (2018), *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- BRADY James B. (1980), “Recklessness, Negligence, Indifference, And Awareness”, *The Modern Law Review*, Cilt 43, ss. 381-399.
- BRADY James B. (1996), “Conscious Negligence”, *American Philosophical Quarterly*, Cilt 33, Sayı 3, ss. 325-335.
- BROWN Katheryn Russell ve DAVIS Angela J. (2016), *Criminal Law*, SAGE Publications, USA.
- CAHILL Michael T. (2007), “Attempt, Reckless Homicide, And The Design of Criminal Law”, *University of Colorado Law Review*, Cilt 78, ss. 879-956.
- CENTEL Nur, ZAFER Hamide ve ÇAKMUT Özlem (2020), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul.
- CHIESA Luis E. (2018), “Mens Rea in Comparative Perspective”, *Marquette Law Review*, Cilt 102, Sayı 2, ss. 575-603.

- COLE Kevin (2019), "Knowledge and Belief as Criminal Law Mental States", *Ohio State Journal of Criminal Law*, Cilt 16, ss. 441-451.
- DEMİRBAŞ Timur (2022), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- DOĞAN Koray (2020), "Olası Kast – Bilinçli Taksir Ayırımında İçtihat Değişikliğinin Değerlendirilmesi", *Adalet Dergisi*, Sayı 64, ss. 331-378.
- DÖNMEZER Sulhi ve ERMAN Sahir (1997), *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, 1. Cilt*, 14. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul.
- DÖNMEZER Sulhi ve ERMAN Sahir (1999), *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, 2. Cilt*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul.
- DRESSLER Joshua (2000), "Does One Mens Rea Fit All?: Thoughts on Alexander's Unified Conception of Criminal Culpability", *California Law Review*, Cilt 88, Sayı 3, ss. 955-963.
- DRESSLER Joshua (2018), *Understanding Criminal Law*, 8. Baskı, Carolina Academic Press, North Carolina.
- DUBBER Markus D. (2015), *An Introduction to the Model Penal Code*, 2. Baskı, Oxford University Press, New York.
- DUBBER Markus D. ve HÖRNLE Tatjana (2014), *Criminal Law a Comparative Approach*, Oxford University Press, New York.
- DUFF Robin Antony (2019), "Two Models of Criminal Fault", *Criminal Law and Philosophy*, Cilt 13, Sayı 4, ss. 643-665.
- EIDAM Lutz (2006), "Making Comparative Criminal Law Possible", *Buffalo Law Review*, Cilt 54, Sayı 1, ss. 235-250.
- EREM Faruk (1984), *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, 1. Cilt*, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara.
- FINKELSTEIN Claire (1997), "Mens Rea and Other Criminal Inefficiencies", *Criminal Law Forum Book Reviews*, Cilt 8, Sayı 1, ss. 143-160.
- FLETCHER George P. (1998), *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, New York.
- FLETCHER George P. (2000), *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York.

- GARDNER Thomas J. ve ANDERSON Terry M. (2014), *Criminal Law*, 12. Baskı, Cengage Learning, Connecticut.
- GARLAND Norman M. (2012), *Criminal Law for the Criminal Justice Professional*, 3. Baskı, McGraw-Hill, New York.
- HAFIZOĞULLARI Zeki ve ÖZEN Muharrem (2021a), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara.
- HAFIZOĞULLARI Zeki ve ÖZEN Muharrem (2021b), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Genişletilmiş, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara.
- HAKERİ Hakan (2022), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 27. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- HALL Daniel E. (2011), *Criminal Law and Procedure*, 6. Baskı, Cengage Learning, New York.
- HALL Jerome (1960), *General Principles of Criminal Law*, 2. Baskı.
- İÇEL Kayıhan (1967), *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- İÇEL Kayıhan (2021), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş 6. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul.
- İÇEL Kayıhan, SOKULLU AKINCI Füsün, ÖZGENÇ İzzet, SÖZÜER Adem, MAHMUTOĞLU Fatih S. ve ÜNVER Yener (2000), *İçel Suç Teorisi*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul.
- JOHNSON Eric A. (2008), “Mens Rea for Sexual Abuse: The Case for Defining the Acceptable Risk”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Cilt 99, Sayı 1, ss. 1-50.
- KADISH Sanford H. (1989), “Act and Omission, Mens Rea, and Complicity: Approaches to Codification”, *Criminal Law Forum*, Cilt 1, Sayı 1, ss. 65-90.
- KADISH Sanford H., SCHULHOFER Stephen J. ve BARKOW Rachel E. (2017), *Criminal Law and Its Processes Cases and Materials*, 10. Baskı, Wolters Kluwer, New York.
- KAPLAN John, WEISBERG Robert ve BINDER Guyora (2017), *Criminal Law – Cases and Materials*, 8. Baskı, Wolters Kluwer, New York.
- KARAKEHYA Hakan (2010), *İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast*, Savaş Yayınevi, Ankara.

- KATOĞLU Tuğrul (2015), “Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs”, *Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını*, Cilt 1, ss. 611-626.
- KEÇELİOĞLU Elvan (2009), “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, *TBB Dergisi*, Sayı 83, ss. 123-135.
- KEÇELİOĞLU Elvan (2015), *Taksirli Suçun Dogmatiği*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara.
- KOCA Mahmut ve ÜZÜLMEZ İlhan (2022), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- LOW Peter W. (1988), “The Model Penal Code, the Common Law, and Mistakes of Fact: Recklessness, Negligence, or Strict Liability”, *Rutgers Law Journal*, Cilt 19, Sayı 3, ss. 539-568.
- MALKOÇ İsmail ve GÜLER Mahmut (1996), *(Uygulamada) Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler – I*, Adil Yayınevi, Ankara.
- MAYS G. Larry, BALL Jeremy ve FIDELIE Laura (2014), *Criminal Law Core Concepts*, Wolters Kluwer, New York.
- MOORE Michael S. (2002), “Actus Reus”, *İçinde, Encyclopedia of Crime & Justice*, Cilt 1, Ed. Joshua Dressler, ss. 15-24.
- MORKEL Dan W. (1982), “On The Distinction Between Recklessness and Conscious Negligence”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 30, Sayı 2, ss. 325-333.
- OZANSÜ Mehmet Cemil (2007), *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖNDER Ayhan (1992), *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, Yenilenmiş 2. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul.
- ÖZBEK Veli Özer (2010), *TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı – Gereççeli – İctihatlı) Cilt – I Genel Hükümler (Madde 1-75)*, 1. Cilt, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZBEK Veli Özer, DOĞAN Koray ve BACAKSIZ Pınar (2022), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- ÖZGENÇ İzzet (2004), “Bilinçli Taksir”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, ss. 697-722.
- ÖZGENÇ İzzet (2005), *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZGENÇ İzzet (2022), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZTÜRK Bahri ve ERDEM Mustafa Ruhan (2022), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 22. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- POLLOCK Joycelyn M. (2015), *Criminal Law*, 10. Baskı, Anderson Publishing, New York.
- ROBINSON Paul H. (1980), “A Brief History of Distinctions in Criminal Culpability”, *Hastings Law Journal*, Cilt 31, Sayı 4, ss. 815-853.
- ROBINSON Paul H. (2002), “Mens Rea”, *İçinde, Encyclopedia of Crime & Justice*, Cilt 1, Ed. Joshua Dressler, ss. 995-1006.
- ROBINSON Paul H. ve GRALL Jane A. (1983), “Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond”, *Stanford Law Review*, Cilt 35, ss. 681-762.
- ROXIN Claus ve İSFEN Osman (2006), “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümleri”, Çev. İSFEN Osman, *Suç Politikası*, ss. 277-293.
- SCHEB John M. ve SCHEB II John M. (2011), *Criminal Law*, 6. Baskı, Wadsworth Publishing, California.
- SCHROEDER Friedrich-Christian (1998), “Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler”, Çev. ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, ss. 255-275.
- SELÇUK Sami (2019), “Ana Dili Bilinci, Türkçe ve Hukuk Dilimiz”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan*, Cilt 21, Özel Sayı, ss. 3013-3023.
- SELÇUK Sami (2021), *Suç Genel Kuramı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- SIMONS Kenneth W. (2003), “Should the Model Penal Code’s Mens Rea Provisions Be Amended?”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, ss. 179-205.
- SOYASLAN Doğan (1994), *Teşebbüs Suçu*, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara.
- SOYASLAN Doğan (2022), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

- SÖZÜER Adem (1994), *Suçta Teşebbüs*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul.
- TANCI Metin (2016), *Yargıtay Ceza Genel Kurulu İçtihatları Açıklamalı Rehberi (01.01.2002-31.12.2015 Tarihleri Arası)*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan ve ÖNOK R. Murat (2022), *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Güncellenmiş 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- TOROSLU Nevzat ve TOROSLU Haluk (2021), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 26. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara.
- TREIMAN David M. (1981), “Recklessness and the Model Penal Code”, *American Journal of Criminal Law*, Cilt 9, Sayı 3, ss. 281-386.
- TÜRK DİL KURUMU SÖZLÜKLERİ (2023), <https://sozluk.gov.tr/>, ET. 10.01.2023.
- WECHSLER Herbert (1962), “On Culpability and Crime: The Treatment of Mens Rea in the Model Penal Code”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Cilt 339, ss. 24-41.
- WEIGEND Thomas (2015), “Subjective Elements of Criminal Liability”, *İçinde, The Oxford Handbook of Criminal Law*, Ed. Markus D. Dubber ve Tatjana Hörnle, ss. 490-511.
- WILLIAMS Glanville (1981), “Recklessness Redefined”, *The Cambridge Law Journal*, Cilt 40, Sayı 2, ss. 252-283.
- YERDELEN Erdal ve YILMAZ Berna Ayşen (2020), “Bir Olası Kast Değerlendirmesi Olarak; Alman Federal Mahkemesi Ku’dam Yarış Kararı”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, ss. 235-248.
- YÜCE Turhan Tûfan (1982), *Ceza Hukuku Dersleri, 1. Cilt*, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Manisa.
- YÜCE Turhan Tûfan (1985), *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- ZAFER Hamide (2021), *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 8. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul.