

# TÜRK CEZA KANUNUNUN ÖN TASARISINDA YER ALAN KUSUR İLKESİNİN MUKAYESELİ HUKUK AÇISINDAN İNCELENMESİ(\*)

Prof. Dr. Dr. jur. h.c. Hans-Heinrich Jescheck(\*\*)

Max-Planck Yabancı Hukuklar ve Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsü  
Emekli Müdürü, Freiburg i. Br.

## I.

1. Halen Türkiye'de yürürlükte olan Ceza Kanunu 1 Temmuz 1926 tarihinde<sup>(1)</sup> kabul edilmiş olup, 1889 İtalyan Ceza Kanunundan (Codice Zanardelli) iktibas edilmiştir. Türkiye'nin ilk Ceza Kanunu olan 9 Ağustos 1858 tarihli Kanun<sup>(2)</sup> ise, 1810 tarihli Fransız Code Penal'den alınmıştı. 1958 yılında hazırlanan, fakat kanunlaşmayan tasarı hazırlanırken İtalyan Ceza Hukuku esas alınmıştı : 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu (Codice Rocco).

13.7.1965 tarihinde yürürlüğe giren ve Türk Ceza Kanundaki müeyyideler sistemini esaslı şekilde değiştiren Cezaların İnfazı Hakkında Kanun<sup>(3)</sup>,

(\*) Çağımızın önde gelen ceza hukuku bilim adamlarından olan Prof. Karlsruhe Başkonsolosu JESCHECK, Marmara Üniversitesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezinin ve Sayın Burhanettin MUZ'un girişimleri ile Dışişleri Bakanlığı tarafından İstanbul, Ankara, İzmir ve Konya'da konferanslar vermek üzere 1993 Nisanında Türkiye'ye davet edilmişti. Geçirdiği bir operasyon nedeni ile ülkemize gelemiyen sayın Hoca, sağlığına yeniden kavuşmuş ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler açısından Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısını incelediği değerli makalesini yayınlanmak üzere göndermiştir.

(\*\*) Yazar bu makalesini Komisyon Başkanı Ord.Prof.Dr. Sulhi Dönmezer'e 75 nci doğum yıl dönümü dolayısıyla armağan etmektedir.

(1) 1.3.1926 tarihli Türk Ceza Kanunu. Naci ŞENSOY ve Osman TOLUN tarafından yapılmış olan Almanca tercümesi ve Giriş için bkz. Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Nr.67, 19555. Daha önce yayınlanmış olan şu kitaba da bakınız: Das türkische Strafgesetzbuch vom 1.März 1926. Das Ausführungsgesetz zum türkischen Strafgesetzbuch vom 26. April 1926. Übersetzung von Kurt Ziemke, ebenda, Nr. 46, 1927. Nevzat GÜRELLİ tarafından kaleme alınmış bulunan Giriş ile birlikte yayımlanmış İngilizce tercümesi için bkz. The Turkish Criminal Code, American Series of Foreign Penal Codes, Nr. 9. 1965.

(2) Das Türkische Strafgesetzbuch vom 28. Zilhidje 1274 (9.August 1858) mit Novelme vom 6. Djema-zi achyr 1329 (1. April 1911) und den wichtigsten Strafnebensetzen. Erich Nord tarafından yazılmış giriş ve notlar eşliğinde yayımlanmış tercüme (Dip not 1'e bkz.), Nr.34, 1912.

(3) Ayhan ÖNDER ve GÜNTER Endruweit tarafından yapılmış bulunan açıklamalar ve kısmî tercüme için bkz. Neue Entwicklungen im türkischem Strafrecht, ZStW 78 (1966), s. 308 vd. 315 vd.

hürriyeti bağlayıcı cezalarda faili topluma yeniden kazandırma düşüncesini ön plana çıkartmış ve kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza yerine, geniş ölçüde para cezası öngörmüş, batının modern suç siyasetini uygulayan ülkelerinde olduğu gibi, şartlı salıverilme ve tecil müesseselerinin tatbik alanını genişletmiştir. Batı örnekleri arasında, Almanya'nın 1962'de hazırladığı Ceza Kanunu Tasarısı da önemli bir rol oynamıştır. Gerçekten, Türk bilim adamları Almanya ile yakın ilişkide buldukları için, gelişmeleri yakından izlemektedirler<sup>(4)</sup>.

2. Müeyyideler sisteminde Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun ile 1965 yılında yapılan yeniliklere ve daha sonraki değişikliklere rağmen, yürürlükteki Türk Ceza Kanununda reform yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Türk Ceza Kanununun mehazi olan Kanunun yüz yıldan eski olması, Kanunda yer alan düzenlemelerin çoğunun modern Türkiye'de yaşayan insanların sorunlarına ve ihtiyaçlarına cevap verememesi nedeniyle ve yıllar boyunca yapılan değişiklikler neticesinde, Kanun metni güvenilirliğini kaybetmiş ve dilinin yeknesaklığı bozulmuştur. Suç olmaktan çıkartma amacına Ceza Kanunda genel bir reform yapılarak ulaşılabileceği düşüncesi ile, Adalet Bakanlığı 1984 yılında Prof.Sulhi Dönmezer'in başkanlığında, bakanlık Bürokratları, Hâkimler, Savcılar ve Üniversite Öğretim Üyelerinden oluşan bir komisyon oluşturmuştur. Bu komisyon Ön Tasarı'nın ilk şeklini hazırlayarak 1987 yılında Adalet Bakanlığına teslim etmiştir<sup>(5)</sup>. İlk metin ile ilgili olarak yapılan eleştiriler ve yayınlar üzerine ,yeni bir komisyon daha oluşturulmuş ve Başkanlığına yeniden Profesör Dönmezer getirilmiştir. Yeniden hazırlanan metin Adalet Bakanlığına 13.7.1988 tarihinde teslim edilmiştir. Burada inceleme konumuzu oluşturan Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısı, ikinci tasarıdır<sup>(6)</sup>.

3. Komisyon tasarısı hazırlarken, vatandaşın adalet ihtiyacını daha iyi karşılamak, demokratik hukuk Devleti ilkelerini yerleştirmek ve failin topluma yeniden kazandırılması ilkesinin adli uygulamalarda daha köklü bir yer kazanması amaçlarını gütmüştür. Bu nedenle, Ön Tasarı'nın kusur ilkesini kabul edip etmediği, kabul etti ise, bunu ne ölçüde gerçekleştirdiği aşağıda incelenecektir. Bilindiği gibi, kusur ilkesi Batı'nın önemli hukuk düzenlerinde suç politikasının ağırlık noktasını oluşturmaktadır. İlk Ceza Kanunu olan 1858 Kanunundan bu yana, yabancı hukuk sistemlerini iktibas

(4) Türk Ceza Hukukunun kaynakları için bakınız; BOSCH/YURTCAN, Türkiye, in: JESCHECK/LÖFFLER, Quellen und Schrifttum des Strafrechts, Bd.I: Europa, 1972, S.274. Türk Ceza Hukukunun tarihçesi için bakınız; ÖNDER, Das türkische Strafrecht, in: MEZGER/SCHÖNKE/ÖESCHECK, Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Bd. IV, 1962, s. 425 vd.

(5) Bu konuda bakınız; TELLENBACH, Türkiye, in: ESER/HUBER, Strafrechtsentwicklung in Europa, Bd. 2/Teil 2, 1988, S.1576 vd.

(6) Bu çalışmada yazar tarafından, Marmara Üniversitesi Öğretim Üyelerinden Profesör Dr. Feridun YENİSEY'in yaptığı ve Ön Tasarının bazı kısımlarından oluşan bir tercüme kullanılmıştır.

etmiş olan yetiştirdiği bilim adamları vasıtası ile yabancı ülkelerle yakın temas halinde bulunan bir ülke olan Türkiye açısından, böyle bir mukayeseli hukuk çalışması doğal karşılanmalıdır. Mukayese yapılırken Alman, Fransız ve İtalyan Ceza Kanunları kullanılmıştır. Bu kanunlar Türkiye'deki Ceza Hukukunun gelişmesinde rol oynamış olduklarından, Türk bilim adamlarının yurt dışında yaptıkları çalışmalarda daima öncelik sahibi olmuşlardır. Bu düşünce doğrultusunda, Hans-Joachim Hirsch'in<sup>(7)</sup> kısa bir süre önce kanunkoyucunun "büyük bir çalışmasının ürünü" olarak nitelendirdiği, Alman Ceza Kanununun 1975 yılında yürürlüğe giren Genel Kısmı, yapılacak mukayesede kullanılacaktır. Bunun yanısıra, 1 Eylül 1993 tarihinde yürürlüğe giren<sup>(8)</sup> Fransız Ceza Kanunu 'Code Penal' ile, 1810 tarihli Code Penal ve 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu 'Codice penale' ve nihayet Palermo'lu Profesör Antonia Pagliaro başkanlığında kurulan reform komisyonunun hükümet için 1992 yılında hazırladığı<sup>(9)</sup> yetki kanunu tasarısı (legge delega) aşağıdaki mukayeseli hukuk çalışmasında irdelenecektir.

## II.

Hukuk Devleti ilkesini uygulayan bir ülkede, bir insanın ceza hukuku açısından sorumlu olup olmadığı konusundaki değer yargısı (bireysel sorumluluk), fiil ve fail hakkındaki genel izlenime dayanılarak verilemez. Bu hükmün, konunun özelliğine uygun bir şekilde, kanunda gösterilmiş bulunan "kusurluluk unsurlarına" dayanması gerekir.<sup>(10)</sup> Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısındaki kusur ile ilgili düzenlemenin inceleneceği bu makalenin planı yapılırken bu ilkeler gözönünde tutulmuştur. Aşağıda; kusur yeteneği, sarhoşken işlenen suçlardan doğan sorumluluk, kast ve taksir, hata halleri, kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler (ıztırar hali, hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması) ve ceza tayin edilirken kusurun göz önünde tutulması konuları incelenecektir.

1. Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısı, 35 inci maddesi ile kusur yeteneği konusunu düzenlerken, halen yürürlükte olan Kanun gibi (TCK m. 46), karma metodu (biyolojik ve psikolojik metod) uygulamıştır<sup>(11)</sup>. Hukuk açısından önem kazanan biyolojik durum, "akıl hastalığı" olarak nitelendirilmiştir. Bu hastalığın şuur veya hareket serbestini tamamen kaldırması veya

(7) HIRSCH, 25 Jahre Entwicklung des Strafrechts, in 25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland, 1993, s. 55.

(8) Lois no. 92-683 a 92-686 du 22 juillet 1992.

(9) La riforma del Codice penale. Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale, in: Documenti Giustizia 3, Marzo 1992.

(10) Bkz; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1988, s. 386.

(11) Bu konuda bakınız ÖNDER (Dip not 4), s. 468

ehemmiyetli surette azaltması şarttır. Fail her iki halde de cezalandırılmaz. Şuur ve hareket serbestisini ehemmiyetli surette azaltan halleri 'kusur ehliyetsizliği' ile eş değerde kabul eden tasarı, yürürlükteki hukuka nazaran önemli bir fark ortaya çıkartmış olmaktadır. Gerçekten, yürürlükteki Türk Ceza Kanununun 47 inci maddesi, Alman Hukukunda olduğu gibi, azalmış olan kusur ehliyetini sadece cezada indirim sebebi olarak kabul etmektedir. Burada dikkati çeken diğer bir nokta, Ön Tasarının Türk Ceza Kanununun 48 inci maddesinin birinci fıkrasındaki 'suçu işlediği sırada arızî bir sebepten dolayı 46 ve 47 nci maddelerde gösterilen aklî maluliyet halinde bulunan kimseler hakkında o maddelerdeki hükümler tatbik olunur' hükmünü ihtiva etmemesidir. bu madde, failin kendi kusuru olmadan şuur veya hareket serbestisini kaybettiği, fakat aynı psikolojik sonuçları doğuran hallerin, tıbbi anlamdaki akıl hastalığı ile eş değere olduğunu kabul etmekte ve kusur ehliyetsizliği veya azaltılmış kusur ehliyetinin sebebini oluşturması açısından, bununla yetinmektedir<sup>(12)</sup>. Ön Tasarının 37 inci maddesinde, doğru olarak sadece sarhoşluktan bahsedilmektedir; sarhoşluk kusursuz bir şekilde meydana gelmişse, derecesine göre ya kusur ehliyetsizliğine veya azaltılmış kusur ehliyetine yol açacak (m. 37/1 ve 2); buna karşılık, kusurlu bir şekilde meydana getirilmiş olan sarhoşluk, halen yürürlükte olan kanun gibi, ceza-hukuku açısından sorumluluğu etkilemeyecektir (m. 37/3). Uyuşturucu madde etkisi ile meydana gelen sarhoşluk ile içkiye dayanan sarhoşluk arasında fark yaratılmamıştır (m. 37/4).

Alman Hukuku; "hastalık derecesine varmış ruhi sarsıntı" (krankhafte seelische Störung) diye tanımladığı akıl hastalığının (Geisteskrankheit) yanı sıra, ehemmiyetli şuur kaybı (tiefgreifende Bewusstseinstörung) ve ağır diğer ruhi anormallikleri (schwere andere seelische Abartigkeit) (yani psikopatilerin, nevrozların ve güdü bozukluklarının en ağır tezahür biçimlerini) aynı müeyyideye bağlamış ve bu düzenlemeyi yaparken kusur ehliyetsizliği ile azaltılmış kusur ehliyeti arasında bir ayırım yapmıştır (StGB §§ 20, 21). Anlayabilme kaabiliyeti veya fiil ehliyeti açısından aynı sonuçları doğurdıkları hallerde, 'ağır diğer ruhi anormalliklerin', yürürlükteki Türk Ceza Kanununun 48 inci maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca, 'akli maluliyet' (Geistesstörung) kabul edilmesi mümkün olmalıdır. Ancak maddede yer alan 'akli maluliyet' terimi yanlış tercüme edilmiş olduğu için, halen yürürlükte olan maddedeki bu kelimenin dar yorumlanması ve 'sarhoşluk' (Trunken

(12) Türk Ceza Kanununun 48 inci maddesinin 1 inci fıkrasında yer alan "akli maluliyet" kelimesi, Codice Zanardelli'nin 408 inci maddesinin 1 inci fıkrasında bulunan İtalyanca bir terim olan "ubriachezza" kelimesinin tercümesi sırasında yapılan bir hatadan kaynaklanmaktadır. Doğru tercüme edildiğinde, 48 inci maddenin 1 inci fıkrasının da, 2 inci fıkra gibi, sadece sarhoşluk ile ilgili bir düzenleme olduğu, ve diğer ruh ve akıl hastalıkları ile bağlantılı olmadığı görülecektir. Bu nokta GÖLCÜKLÜ (Criminal Law, in: ANSAY/WALLANCE, Jr. (Hrsg.), Introduction to Turkish Law, 3. Aufl, 1987, s. 208) tarafından da fark edilmemiş ve kusur ehliyetsizliği kişiye de teşmil edilmiştir "who was incapacitated by extraneous reasons".

heit) olarak anlaşılması gerekecektir. Türk Hukukunun sarhoşluk ile ilgili hükümleri, gerek Ön Tasarıda ve gerekse yürürlükteki Türk Ceza Kanununda, Alman Hukukuna oranla daha serttir. Türk Hukukunda ihtiyariyle sarhoşluğun bütün türleri cezai sorumluluk açısından gözönünden tutulmazken, Almanya'da sadece *actio libera in causa* hali böyle düzenlenmiştir. buna karşılık, kasden veya taksirle meydana getirilen sarhoşluk hali, özel bir suç tipi olarak 323a maddede düzenlenmiştir. Fail sarhoşken bir suç işlerse, sarhoşluk durumu objektif cezalandırılabilme şartıdır ve kusurun bunu kapsamaması gerekmez<sup>(13)</sup>.

Fransız hukukunda yeni Code penal, failde kusur ehliyetsizliğine yol açan akıl ve ruh durumu ile, bunun sonuçlarını karma metoda göre tarif etmiştir ("*trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le controle de ses actes*") (m. 122-1 f.1). "Yeni tanımlama, eski Code penal'in 64 üncü maddesinde yer alan ve açık olmayan "demence" kavramının yerine geçmekte ise de, aslında mahkeme içtihadları ile yapılmış olan yorum tarzını yasallaştırmaktadır<sup>(14)</sup>.

'Troubles neuropsychiques' kavramı'nın kullanılması, psikopatiler, nevrozlar ve güdü anormalliklerinin kusur ehliyeti sebebi olarak kabul edilmesi sonucunu doğurabilirdi, ancak bu halen yürürlükte olan kanunun ötesinde bir düzenleme olurdu. Yürürlükteki Türk ve Alman Ceza Kanunlarında olduğu gibi, fakat Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısının aksine, yeni Code penal, kusur ehliyetsizliği (m. 122-1 fıkra 1) ile eksik kusur ehliyeti (m.122-1 fıkra 2) arasında fark yaratmıştır. Bu fark, cezayı takdirenden indirme konusunda mahkemeye yetki vermektedir. Ne eski ve ne de yeni Code penal'de sarhoşlukta failin cezai sorumluluğunu düzenleyen herhangi bir hüküm mevcut bulunmamaktadır. Mahkeme kararlarında sarhoşken suç işleyen failin kusurlu sarhoşluğu Code penal m. 64 uyarınca bir 'demence' hali olarak kabul edilmemekte, aksine takdirenden karar verilmektedir (Arret de la Cour de cassation, Chambre criminelle, 11.3.1958, Bull. crim. No. 238); kasıtlı olarak *actio libera in causa* halinde işlenen suçlarda cezanın ağırlaştırılması dahi mümkündür.<sup>(15)</sup>

(13) Alman Ceza Kanununun 323a maddesine göre, failin sorumluluğu açısından sadece sarhoşluğun kasden veya taksirle meydana getirilmesi önem kazanmakta iken, ceza tayin edilirken, sarhoşluk sırasında işlenmiş olan suçun türü, kapsamı, ağırlığı, tehlikeliliği ve doğurduğu sonuçlara bakılır ve bu hususlar "§ 323a StGB uyarınca suçun ağırlığı konusunda bir değer yargısı verilirken göz önünde tutulması gereken en önemli noktaları oluştururlar" (BGHSt 38, 35). Bu şekilde, Alman mahkeme içtihadlarının, failin kendi kusuru ile sarhoş olduğu hallerde işlediği suçlar bakımından, ceza tayin edilirken objektif sorumluluğun sınırına geldiği görülmektedir.

(14) Bu konuda bakınız; DEPORTES/GUNEHEC, Présentation des dispositions du nouveau Code pénal, La Semaine Juridique 1992, Nr.41, s. 415 Nr. 33.

(15) Bkz. STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, Droit pénal général, 14. Afl. 1992, Nr. 373.

İtalyan Hukuku da C.p. m.88'de ruhi hastalıklardan dolayı husule gelen kusur ehliyetsizliğini karma metoda göre tanımlamakta ("infermita in tale stato di mente de escludere la capacite o di volere") ve azaltılmış kusur ehliyetini bundan ayırarak, cezada indirim sebebi olarak düzenlemektedir (m. 89 C.p.). "Infermita" terimi dar kapsamlı bir tıbbi terim ve psikiyatrik açıdan teşhis edilebilen bir akıl hastalığı olarak anlaşıldığından her cins psikopati, nevroz ve güdü bozukluklarını, kusur ehliyetsizliğinin sebebi olarak kabul etmemektedir<sup>(16)</sup>. Sarhoşluk C.p. m. 92'de, halen yürürlükte olan TCK m. 48/2'nin dayanağı olan eski Codice Zanardelli'deki gibi (m. 48 f. 2), dar bir biçimde düzenlenmiştir: ihtiyarı ile sarhoşluk ne kusur ehliyetsizliği, ne de cezada indirim sebebidir (m. 92 f. 1 c.p.); hatta actio libera in causa, açık bir şekilde cezanın ağırlaştırılması sebebi olarak öngörülmüştür (mm. 92 f. 2 C.p.).

Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısı diğer üç hukuk sistemi ile karşılaştırılınca görüldüğü gibi, Ön Tasarının 35 inci maddesinin 1 inci fıkrasının eksik kusur ehliyeti ile kusur ehliyetsizliğini eşit olarak kabul etmiş olması, İtalyan ananesinde dayanağı bulunmayan bir özelliktir. Buna mukabil, sarhoşluğun ceza hukukunda doğurduğu neticelerin sıkı bir şekilde düzenlenmesi, bu ananeye uygundur ve Alman Hukukundan farklı olarak gelecekte de değiştirilmeden kalmalıdır. Türk Ceza Kanununun 48 inci maddesinin 1 inci fıkrasındaki "akli malûliyet" kavramının Öntasarıya alınmaması yerindedir, çünkü daha evvel ifade edildiği gibi, yürürlükteki kanunda bir tercüme hatası vardır, bu ise karışıklığa neden olabilir. Psikopatiler, nevrozlar ve güdü bozuklukları, yürürlükteki Fransız ve İtalyan hukukunda da kusur ehliyetsizliği sebebi olarak kabul edilmemiş olduğundan, muhtemelen Türk Ceza Hukukunda da böyle olacaktır.

2. Türk Ceza Kanunu ağır suçlar ile hafif suçları ayırmaktadır. Bu ayırım Şensoy/Tolun tarafından yapılan tercümede cünhalar (Vergehen) ve kaba-hatler (Übertretungen) şeklinde tanımlanmıştır (m.1, fıkra 2, TCK). Aynı ayırım Ön Tasarı'da da sürdürülmüştür (m. 1, fıkra 2). Fakat Yenisey tarafından yapılan tercümede ağır suçlar "cürüm" (Verbrechen) kelimesi ile ifade edilmiştir. Ön Tasarı cürümler bakımından 21 inci maddenin 1 inci fıkrasında kastı aramaktadır. Kast 2 inci fıkrada şöyle tanımlanmıştır: "Fiili bilerek, neticelerine ulaşmayı isteyerek yapılan hareket kasıtlıdır". Yürürlükteki kanun da cürümler bakımından kastı aramakta ise de, tanımlamada olumsuz bir formül kullanılmıştır: "cürümde kastın bulunmaması cezaya kaldırır" (m. 45/1, cümle 1, TCK)<sup>(17)</sup>. Taksirle işlenen cürümlerde Öntasarının

(16) Bu konuda bakınız; MANTOVANI, Diritto penale. Parte generale, 3 Aufl. 1992, s. 677 vd. C.p. madde 90 açık bir şekilde "gli stati emotivi o passionale" ifadesini kullanarak, kusur ehliyetini kaldıran sebepleri kabul etmemektedir; Alman Ceza Kanunu § 20'ye atıf yapılarak, bu hükümde reform yapılması gerektiği ileriye sürülmektedir; ROMANO/GRASSO, Commentario sistematico del Codice penale. Bd. II, 1990. Art. 90 Rdn. 10

(17) Kasdın çeşitli tür ve şekilleri hakkında bakınız; Önder (Dip no. 4), s. 469 vd.

22 inci maddesinin 1 inci fıkrasında açık bir düzenleme yer almaktadır. Bu yeni hüküm, taksiri dolaylı bir şekilde tarif eden yürürlükteki Türk Ceza Kanununun 45 inci maddesinin 1 inci fıkrasının 2 inci cümlesine nazaran, daha açık bir düzenleme içermektedir. Ön Tasarının 22 inci maddesinin 2 inci fıkrasında yer alan taksir tanımlaması, yürürlükteki TCK'nın 455 inci maddesine uygundur. Kusurun bir unsuru olan 'fiilin kişisel olarak takbih edilebilir olması şartı', 22 inci madde'de ayrıca belirtilmiş değildir. Bununla birlikte, Ön Tasarı'nın 22 inci maddesinin 2 inci fıkrasında 'failin iradi olarak bir şeyi yapması veya yapmaması sonucu tahmin edilebilir nitelikteki bir neticeye sebebiyet vermesi halinde kusurun ağır sayılmasından, taksirli suçlarda kusurun derecesine göre cezanın indirilmesinden (Ön Tasarı m. 33) ve taksirli hareket sonucu sebebiyet verilen neticenin münhasıran failin şahsı veya ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olması halinde, ceza verilmemesinden (Ön Tasarı m. 22 f.4), taksirli suçlarda genel bir kusur isnadı ile birlikte, objektif özen gösterme görevinin de bir rol oynadığı sonucu çıkartılabilir. Netice sebebi ile ağırlaşan suçlar, yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nun 45 inci maddesinin 1 inci fıkrasının 2 inci cümlesinde olduğu gibi, Ön Tasarının 21 inci maddesinin 1 inci fıkrasının 2 inci cümlesinde de kabul edilmiştir. Alman Hukukunda öngörüldüğü biçimde (StGB § 18), failin daha ağır neticeyi en azından taksirle meydana getirmiş olması şartı, aranmamıştır(18). Yürürlükteki Ceza Kanunu'nun 45/2 inci maddesinde olduğu gibi, Ön Tasarının 23 üncü maddesinde de, kabahatlerde kastın varlığı şart olarak aranmamaktadır. En azından taksirin ispat edilmiş olmasının gerekip gerekmediği Türk Hukukunda tartışılmakta ise de,<sup>(19)</sup> bu konuya Ön Tasarı ile açıklık getirilmemiştir.

Alman Hukukunda kast veya taksir, cezalandırılmanın vazgeçilemez şartlarından (StGB § 15). Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısında olduğu gibi, taksirli davranma sadece kanunun açıkça ceza tehdidi altına almış olduğu hallerde cezalandırılabilir. Alman Ceza Hukukunda objektif sorumluluk yoksa da, Alman Ceza Kanunu'nun 323a maddesinin yorumu (Dip not 13) bir istisna teşkil eder. Evvelce kabahat olan fiillere tekabül eden düzene aykırılıklar alanında da kast veya taksir aranır (OWiG § 10). Neticesi sebebiyle ağırlaşmış bulunan suçlarda Alman Ceza Kanununun 18 inci maddesi failin en azından taksirle davranmış olmasını şart koşmaktadır. Taksir belirlenirken iki ölçü kullanılır. Önce, istenmeyen hukuki menfaat ihlalinin belli bir tehlike durumunda önlenmesi için hangi davranışın yapılmasının objektif olarak mecburi olduğu veya hangi objektif ölçüye göre şart olduğu

(18) Ölümle neticelenen müessir fiil (m.452 f. 2 TCK) ve kastın kapsamı dışında kalan başka neticeler doğuran müessir fiil (m. 458 TCK) hakkında bakınız ÖNDER (Dip not. 4), s. 570 vd.

(19) Bu konuda bakınız; ÖNDER (Dip not. 4), s. 472

incelenir. Diğer taraftan, failin kişisel özellikleri ve kabiliyetleri gönünde tutulduğunda, bu davranışın ondan beklenebilip beklenemeyeceği araştırılır. Suç tipinde yer alan hukuka aykırı netice, mesela taksirle adam öldürmede bir kişinin ölmesi (StGB § 222), hukuk düzeni tarafından, failin ilişkide bulunduğu çevreye mensup olan kişilerden bu tür olaylar karşısında takınmasını beklediği bilinçli ve öngörülü özen gösterme mükellefiyetinin ihlali olarak değerlendiriliyor olmalıdır. Buna ek olarak, Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısının 22 nci maddesinin ikinci fıkrasında açıkça belirtilmiş değilse de, failin bu neticeyi öngörebilmesi ve ondan beklenebilecek itinayı gösterdiğinde bundan kaçınabilecek durumda olması da şarttır<sup>(20)</sup>.

Yeni Fransız kanunu Code penal (madde 121 - 3 fıkra 1), cürüm (crimes) ve cünhalar (delits) açısından, hareketin kasıtlı olmasını şart koşturmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun Ön Tasarısında olduğu gibi, taksirli davranışların cezalandırılacağı açıkça düzenlenmiş olmalıdır (madde 121 - 3 fıkra 2 C.p.). Buna karşılık, hareketin kasıtlı veya taksirli olması, kabahatlerde (contraventions) bir şart olarak öngörülmüş değildir<sup>(21)</sup>. Bunlar suç siyasetinde etkili olabilmek amacıyla, objektif sorumluluğa tabi tutulmuştur (bunun sınırı sadece mücbir sebeptir: madde 121-3/3 C.p.). Bu istisna Fransız hukukundaki bir anane ile açıklanabilir: kamu düzenine karşı gerçekleştirilen basit aykırılıklarda Devlet otoritesi, failin kişisel sorumluluğunu gözönünde tutmadan cezalandırma yoluna gitmeyecek olursa, emniyet ve düzen tehlikeye düşebilir. Fransız hukuku da şimdiye kadar netice sebebiyle ağırlaşmış suçları (infractions praeterintentionelles) kabul ediyordu: bunlar özel kast (intention criminelle) ve taksir (faute) arasında bir grup olarak kabul ediliyordu (örnek olarak, eski Code penal'in 311 inci maddesinin 1 inci fıkrasıyla düzenlenmiş olan, 'ölüm neticesiyle sonuçlanan yaralam' gösterilebilir).<sup>(22)</sup>

Daha ağır neticenin en azından objektif olarak öngörülebilir ve önlenilebilir olması gerektiğini kabul etmemiz gerekir.

İtalyan Hukukunda da, cünhaların (delitti) cezalandırılabilmesi için, kast veya taksirin varlığı aranmaktadır (m. 42/2 ve 3 C.p.). Artık kabahatler de (contravenzioni) sadece kasten veya taksirle işlenebilmektedirler (m. 42/4 C.p.). C.p. m. 42/3 uyarınca halen uygulanması mümkün olan objektif sorumluluk, tasarının 112 inci maddesi ile tamamen bertaraf edilmiştir. Taksirde de objektif sorumluluk kabul edilmemiştir; burada daha ziyade daima kişisel bir sorumluluk bağlantısının mevcudiyeti şarttır<sup>(23)</sup>. Neticesi sebebiyle

(20) Bakınız; JESCHECK (Dip not. 10), s. 509 vd.

(21) Bakınız; MERLE/VITU, *Traité de droit criminel*, Bd. I, 6. Aufl. 1986, Nr. 560 vd; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC (Dip not. 15), Nr.234; Jeandidier, *Droit pénal général*, 2. Aufl, 1991, Nr. 197.

(22) Bu konuda bakınız; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC (Dip not. 15), Nr. 228

(23) PAGLIORO, *Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo Codice penale*, La Giustizia Panale 1993, 182



ağırlaşan suçlarda (delitto preterintenzionale) (C.p. m. 43/1, ikinci seçenek), 7.2.1990 tarihinde değiştirilen C.p 59/2 uyarınca, ağır netice açısından en azından taksirin varlığı aranmıştır.

Mukayeseli hukuk açısından yaptığımız değerlendirmeden çıkan sonuç şudur: Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısında yer alan taksir tarifinde; 'özen gösterme mecburiyetinin ihlali konusunda, fiilin kişisel bir biçimde takbih edilebilir olması' noktası açık bir şekilde yer almalıdır. Kusur ilkesine kabahatler bakımından kabul edilmiş bulunan istisna Fransız örneğine uygun olsa bile, Alman ve İtalyan hukukuna terstir. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda, Alman, İtalyan ve hatta Fransız Hukukunda yapıldığı gibi, Ön Tasarıda da, ağır netice bakımından en azından taksirin mevcut olması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır.

3. Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısında hatanın üç cinsi yer almaktadır: fiili hata (Tatbestandsirrtum) (kastın kapsamı içinde bulunması gereken suç tipine ait unsurlarda hata), hukuki hata (Verbotsirrtum) (fail taafından objektif özellikleri doğru olarak algılanan davranışın, hukuk açısından yasaklanmış olduğu konusunda düşülen hata), hukuka uygunluk sebeplerindeki fiili hata (Erlaubnistatbestandsirrtum) (mesela, kendisini meşru müdafaa durumunda zannetmekte olduğu, mevcut bulursa idiler, fiili hukuka uygun hale getirecek olan hususların varlığının hataen kabul edilmesi). Fiili hata kasden işlenen suçlarda mahkumiyet kararı verilmesini engeller. Taksiri cezalandıran bir suç tipi mevcut ise, taksirle fiili hataya düşen fail, taksirle işlenen suçtan dolayı cezalandırılır. Bu hukuki durum Ön Tasarının 24 üncü maddesinden sarıh bir şekilde anlaşılmamakta ise de, hepsi aynı yönde olmamakla birlikte, yürürlükteki Kanuna ilişkin olarak (TCK 45/1 cü.1 ve TCK 52) doktrinde ileriye sürülen görüşler<sup>(24)</sup> gözönünde tutularak madde böyle anlaşılmalıdır. Buna karşılık hukuki hata, eski İtalyan hukukuna uygun olarak (Codice Zanardelli m. 44, Codice Rocco m. 5), ne yürürlükteki kanunda (TCK m. 44) ve ne de Ön Tasarıda kabul görmemiştir; "Kanunu bilmemek mezaret sayılmaz" (m.2)<sup>(25)</sup>. Bu hükmün katılığı, genel hafifletici nedenlerin (TCK m.29, Ön Tasarının 76/4 maddesi) uygulanması ile bir ölçüde yumuşatılabilir, *Hukuka uygunluk sebeplerindeki fiili hata*, Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısında, fiili hata ile hukuki hata arasında yer alan özel tipli bir hata türü olarak, doğru bir şekilde düzenlenmiştir. 24 üncü maddenin 3 üncü fıkrasına göre, "kendisine kusur olarak isnadı mümkün olmayan bir yanılma sebebiyle hukuka uygunluk sebeplerine ait şartlara uyduğunu sanan kimseye ceza verilmez". 'Kusurlu hata'nın hangi hükümlerle-

(24) ÖNDER (Dip not. 4), S.467 vd.; ERSOY, Ignoranza ed errore nel diritto penale, 1968, S.124-126.

(25) Codice Zanardelli'nin 44 üncü maddesinin hatalı tercüme edilmesi nedeniyle yürürlükteki Türk Ceza Kanununun 44 üncü maddesinde Ceza Kanunu terimi yerine "Kanun" kelimesinin yer alması, doktrinde önemli bir hata olarak kabul edilmemektedir; ifade edilmek istenen husus, "Ceza Kanununu" bilmemektedir; bu konuda bkz. ERSOY (Dip not 24), s. 84 vd.

re tabi olduğu, bu metinde açıklanmış değildir. Söz konusu olan ceza, kasıtlı suçun cezasının indirilmesi veya fiilin taksirle işlenmesinin cezalandırıldığı hallerde, taksirli suçun cezasıdır. Taksire dayanan çözümün kastedilmiş olması da ihtimal dahilindedir, zira kusurlu olarak düşülen fiili hata halinde olduğu gibi, fiil taksirle işlenen bir suç olarak nitelendirilebilir. Hukuka uygunluk sebeplerinin mevcudiyeti konusundaki hata, hukuki hatadan çok fiili hataya benzemektedir.<sup>(26)</sup>

Fiili hata Alman hukukunda (StGB § 16/11) Türk hukukundaki gibi düzenlenmiştir. Hukuki hata ise farklıdır. 'Hukuka aykırılık bilinci' (das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit), Alman hukukunda kusurun temel unsurudur. Ceza Kanundaki tarifin ters anlamında anlaşıldığı gibi, "fail hukuka aykırı davrandığını fark etme yeteneğine sahip değilse ve hatadan kaçınmayacak durumda ise, kusurlu olduğu kabul edilemez" (StGB § 17 cü. 1). Bu hükümde düzenlenmiş bulunan 'kaçınılamayan hukuki hatanın' kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilmesi, Federal Yargıtay'ın 1952 yılında verdiği bir karar (BGHSt 2, 194, 200 vd) sayesinde gerçekleşmiştir. Bu karar yeni zamanlar Alman Ceza Hukuku açısından bir dönüm noktası oluşturmuştur. Kaçınılabilen hukuki hata ise, kasten işlenen fiillere verilen ceza ile karşılanır ve ceza Alman Ceza Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca indirilebilir (StGB § 17 cü 2). Hukuka uygunluk sebeplerinde fiili hata Alman Hukukunda düzenlenmemiştir. Doktrindeki hâkim görüş ve mahkemeler, kanunla kabul edilmiş olan bir hukuka uygunluk sebebinin şartları konusunda düşülen kaçınılabilecek nitelikteki hatayı fiili hata olarak kabul etmemekte ise de, fiili hata ile olan benzerlik nedeniyle (burada da bir müeyyiden objektif şartları konusunda bir hata söz konusudur), kıyas yoluyla fiili hataya ilişkin olan Alman Ceza Kanunu'nun 16 ıncı maddesi uygulanmaktadır. Buna göre, hukuka aykırılık sebeplerinde kaçınılamayan fiili hata halinde faile ceza verilmemekte, kaçınılabilen hata durumunda ise, taksiri cezalandıran bir hüküm varsa, fail taksirinden dolayı cezalandırılmaktadır.<sup>(27)</sup>

Fransız Hukukunda da fiili hata (erreur de fait) kastı ortadan kaldırır (m.121-3 C.p.). Buna karşılık fail, taksirli suçundan sorumlu tutulabilir. Eczacı dikkatsizlikle doktor tarafından yazılan ilaç yerine bir zehir vererek hastanın ölmesine neden olursa, taksirle adam öldürmeden sorumlu olur.<sup>(28)</sup> Yukarıda gördüğümüz gibi, kabahatlerde kusur ilkesi uygulanmazken, yeni Code penal'in 122-3 maddesindeki hukuki hatanın kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak düzenlenmesi ile, kusur ilkesi açısından önemli bir gelişme

(26) Aynı görüş için bkz. ERSOY (Dip not. 24), s. 126.

(27) Alman Hukukunda hukuka uygunluk sebeplerinin mevcudiyeti konusunda düşülen hata konusu çok tartışmalıdır. Bu konuda ileriye sürülen dar anlamda kusur teorisi, geniş anlamda kusur teorisi ve müeyyideye yollama yapan kusur teorisi konusunda bakınız JESCHECK (Dip not 10), S. 417 vd.

(28) Bu örnek; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC (Dip not. 15), Nr. 3282'de yer almaktadır.

sağlanmıştır. Oysa ki 1986 tarihli tasarı "nemo censetur ignorarer legem" şeklinde ifade edilen eski kuralın uygulanmasında ısrar ediyordu<sup>(29)</sup>. Böylece, halen yürürlükte olan Türk Ceza Kanunu ile Ceza Kanununun Ön Tasarısı gibi, ceza hukukundaki hukuki hatayı (erreur de droit) gözönünde tutmayan Fransız Hukukunun eski geleneği, artık terk edilmiş bulunmaktadır. Yeni Code penal'deki bu düzenleme Fransız geleneğini değiştirirken çok dikkatli davranmaktadır. Fail düştüğü hatayı bizzat kendisi ileriye sürerse, hukuki hata sadece bu takdirde bir mazeret sebebi olmaktadır. Fail bunu yaparken, hukuka uygun bir şekilde davranmakta olduğunu zannettiğini ve hataya düşmekten kaçınamayacak bir durumda olduğunu inanılabilir bir şekilde ortaya koymak ("justifier") mecburiyetindedir. Kanunkoyucunun resmi makamlar tarafından yapılan hatalı açıklamalar ve ilgili kanun veya yönetmelik metninin hatalı bir şekilde yayınlandığı halleri özellikle öngördüğü anlaşılmaktadır.<sup>(30)</sup> Hukuka uygun sebeplerindeki fiili hata durumu Fransız Hukukunda düzenlenmiş olmadığı gibi, doktrinde de ele alınmamıştır. Mahkemeler bu müesseseyi fiili hata olarak kabul etmekte veya kasıtlı suçun cezasını indirmektedirler.

*İtalyan* Hukukunda fiili hata, Türk, Alman ve Fransız Hukukunda olduğu gibi ele alınmıştır: Buna göre, kast ortadan kalkar, fakat taksirli suç cezalandıran abir hüküm varsa, fail taksirle işlediği bir suç nedeni ile cezalandırılabilir (m. 47 C.p.). Hukuki hataya gelince, yürürlükteki Türk Ceza Kanununda ve Ceza Kanunu Ön Tasarısında olduğu gibi, C.p. m.5'de klasik prensip olan "error juris nocet" kuralı yer almaktaydı: failin işlediği fiilin hukuka aykırılığı konusundaki hatasını ileriye sürerek kusur isnadından kurtulmak amacıyla "hiç kimse mazur görülmek için kanunu bilmediğini ileriye süremez". Doktrinde evelden beri bu hükmün Anayasa aykırı olduğu belirtilmekteydi, zira kusur ilkesi Anayasasının 27 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, "La responsabilita penale e personale" (cezai sorumluluk şahsidir) hükmü ile Anayasal garanti altına alınmıştır.<sup>(31)</sup> Mahkeme içtihatlarında görülen uzun gelişme sürecinin sonunda Anayasa Mahkemesi 24 Mart 1988 tarih ve 364 sayılı kararı ile, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 1952 yılında verdiği karar doğrultusunda bir karar vererek, C.p. madde 5 i sınırlandırmıştır. Buna göre kaçınılamaz nitelikteki hukukî hata 5 inci maddenin kapsamı dışına çıkartılmış ve fail mazur görülmüştür<sup>(32)</sup>. İtalyan hukukunda hukuka uygunluk sebeplerindeki fiilî hata, açık kanun hükmü ile fiili hataya eş değerli olarak kabul edilmiştir (madde 59/4 C.P.).<sup>(33)</sup>

(29) Evvelce yürürlükte olan hüküm için bkz. MERLE/VITU (Anm.21), Nr. 550 ff.; JEANDIDIER (Dipnot. 21), Nr. 364

(3) Aynı görüş için bkz; Desportes/Le Gunehec (Dip not. 14), Nr. 35

(31) BRICOLA, Teoria generale del reato, in: Novissimo digesto italiano, XIX, 1973, s. 56; ROMANO, Commentario sistematico del Codice penale, 1987, Art.5 Rdn. 5.

(32) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz; JESCHECK, Zum Rechtsirrtum im deutschen und italienischen Strafrecht, in: Institute of Comparati ve Law Waseda University (Hrsg). Recht in Ost und West, 1988, S. 889.

(33) Bkz. Mantovani (Dip not. 16), S.288; 370; Romano (Dip not.31), Rdn. 11, 18.

Yabancı hukuklara ilişkin açıklamaların gösterdiği gibi, Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı sadece hukuki hata konusundaki düzenlemesi ile, mukayeseye esas alınan 3 ceza hukuku sisteminin gerisinde kalmıştır. Fransa ve İtalya'daki yeni düzenlemeler zamanlama bakımından Türk Ceza Kanununu Ön Tasarısından sonra yürürlüğe girmişlerdir. Buna mukabil Almanya'daki düzenleme daha eskidir. Kusur ilkesi açısından yapılması gerekli olan bu reform, artık gerçekleştirilmelidir. Başka bir ifade ile, kaçınılmayan hukuki hata kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilmelidir. Kaçınılması mümkün olan hata bakımından ise, kural olarak kasten işlenen fiilin cezası indirilmelidir (Alman hukuku bu konuda farklıdır: StGB § 17 c.2). Zira fiilin hukuk açısından yasak olduğunu bilmemek, kusurlu bir şekilde de olsa, genellikle hareketin hukuka aykırılığını tam olarak bilerek yapılmasına nazaran daha hafif bir kusur isnadını gerektirir. Hukuka uygunluk sebeplerinde fiili hatanın düzenlenmesi konusunda Ön Tasarının 24 ncü maddesinin 3 üncü fıkrası İtalyan hukukunda (m. 59/4 C.P.) olduğu gibi açıklığa kavuşturulmalı ve kaçınılabilen hatanın sadece taksirli hallerde cezalandırılabilmesi kabul edilmelidir.

4. Aşağıda, kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerden, mazeret sebebi olan ızdırar hali (entschuldigender Notstand) ve hukuka uygunluk sebeplerindeki sınırın mazur görülebilir bir şekilde, heyecan, korku veya şaşkınlıkla aşılması konuları incelenecektir.

a) Yürürlükteki Türk Ceza Kanununun 49 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasında, sadece hukuka uygunluk sebebi olan ızdırar hali (rechtfertigender Notstand) düzenlenmiştir. Doktrinde ise, karşı durulamayacak bir tehdit veya cebir (vis compulsiva) etkisi ile suç işleyen failin mazeret sebebi kabul edilmektedir.<sup>(34)</sup>

Ön Tasarı haklı olarak, 'hukuka uygunluk sebebi olan ızdarar hali' (m. 29/3) (rechtfertigenden Notstand) dışında, ayrı bir hüküm sevk ederek 'kusurluluğu ortadan kaldıran ızdırar hali'ni (m. 25) (entschuldigender Notstand) düzenlemiştir; ızdırar hali burada, "karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı maddi cebir veya muhakkak ve ağır bir ikrah veya tehdit" olarak tanımlanmıştır. Hukuken korunan bütün menfaatlerin ızdırar haline konu teşkil edebileceği anlaşılmaktadır.

Buna karşılık, Alman hukukunda kullanılan "filhal mevcut ve başka türlü kaçınılması mümkün olmayan tehlike" tanımlaması ile, ızdırar hali Türk Hukukunda olduğundan daha geniş bir biçimde düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk sebebi olan ızdarar halinde (rechtfertigender Notstand) (StGB § 34) farklı olarak, burada ızdırar halinde korunan hukuki menfaatler sadece hayat, vücut ve hürriyettir (StGB § 35). Mazeret sebebi olan ızdırar hali ay-

(34) Ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÖNDER (Dip not. 4), s. 475.

rica subjektif olarak (Zumutbarkeitsklausel) sınırlandırılmış ve bu sınırlama yasada iki örnekle açıklanmıştır (tehlikeye bizzat sebebiyet verilmesi ve mahsus bir hukuk ilişkisinden doğan tehlikeye göğüs germe mecburiyeti).<sup>(35)</sup>

Eski Fransız kanunu Code penal'in 64 üncü maddesinde "contrainte" adı verilen ve "contrainte physique" ve "contrainte morale" biçiminde ortaya çıkabilen bir mazeret sebebi vardı. Bu müessese yeni Code penal'in 122-3 maddesinde yeniden ve değiştirilmeden kabul edilmiştir. Fransız Ceza Hukukunda ızdırar hali ile korunan hukuki menfaatler veya subjektifleştirme açısından bir istisna tanınmış olmamakla birlikte, mahkemeler ızdırar haline<sup>(36)</sup> ilişkin hükümleri uygularken ve özellikle failin kusurlu olduğu hal-lerde<sup>(37)</sup> çok dikkatli davranmaktadır.

İtalyan Hukukunda da ızdırar hali, hem "costringimento fisico" (m. 46 C.p) ve hem de "stato di necessita" (m. 54 C.p) şeklinde mevcut bulunmaktadır. C.p m. 46 vücuda doğrudan doğruya yönelik olan cebir hallerinde (vis absoluta ve vis compulsiva) uygulanırken, bir hukuka uygunluk sebebi olarak anlaşılan C.p madde 54, filhal mevcut bir tehlikenin ve tehdidin doğurduğu ruhi cebir hallerine kapsamaktadır.<sup>(38)</sup> Bu hükmün uygulanabilmesi için, kişiye yönelik bir ağır zarar tehlikesi ("danno grave alla persona") mevcut bulunmalıdır. Bu tehlike sadece vücut ve hayat bakımından söz konusu olmayıp, hürriyet, şeref ve özel hayatın gizli alanı gibi, kişiye ait diğer temel hukuki menfaatleri de kapsamaktadır.<sup>(39)</sup> Hukuka uygunluk sebebi olan ızdırar hali ile mazeret sebebi olan ızdırar hali arasında yapılması gereken ayırımın yapılmamış olması, doktrinde eleştirilmektedir.<sup>(40)</sup> Bu nedenle, Tasarı yerinde olarak, korunan hukuki menfeatin değeri ile feda edilen hukuki menfeatin değeri arasında bir fark bulunmasını şart koşan 'hukuka uygunluk sebebi olan ızdırar hali' m. 16 No.4) ile, Alman Hukukunda kabul edildiği şekilde, vücut, hayat veya hürriyete yönelik filhal mevcut bir tehlikenin ortadan kaldırılması şartını arayan 'mazeret sebebi olan ızdırar hali' (m. 17 No.3) arasında ayırım yapmaktadır.

Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısında yer alan 'hukuka uygunluk sebebi olan' ve 'mazeret sebebi olan' ızdırar hali ayırımı, büyük bir olasılıkla yeni gelişmelere uyacak olan yürürlükteki İtalyan Ceza Hukukuna oranla daha gelişmiştir. Bununla birlikte, söz konusu hükümler formüle edilirken ayırım

(35) ÖNDER (Dip not. 4), s. 464 bu halleri Türk Hukuku açısından TCK 49/3 ile bağlantılı olarak zikretmektedir. Bununla birlikte, yukarıda belirtilen örnekler ne yürürlükteki Kanunda ve ne de Ön Tasarıda yer almamaktadır.

(36) MERLE/VITU (Dip not. 21), Rdn. 586 vd.; KOCH, Der Einfluss von Zwang und Notstand auf die Verantwortlichkeit des Täters nach französischem Strafrecht, Diss. Freiburg 1968, s. 50 vd.

(37) Bu konuda bakınız; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC (Dip not. 15), Nr. 376

(38) RAMANO (Dip not. 31), Art. 54 Rdn. 4

(39) RAMANO (Dip not. 31), Art. 54 Rdn. 4

(40) RAMANO (Dip not. 31), Art. 54 Rdn. 5

daha da net bir hale getirilmesi ve korunan hukuki menfeatin ihlal edilene oranla ehemmiyetli surette üstün olması gerektiği (Alman Ceza Kanununun 34 üncü maddesinde olduğu gibi) ve mazeret sebebi olan ızdırar halinin, kişinin temel hukuki menfaatleri olan hayat, vücut bütünlüğü ve hürriyet ile sınırlı olduğu (StGB § 35) açıklanmalıdır. Türk doktrininde kabul edilmiş bulunan örneklerden yararlanılarak subjektif unsurun eklenmesi de yerinde olacaktır.

b) Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısı hukuka uygunluk sebebinde sınırın aşılması halini iki hüküm ile düzenlemiştir. Fail sınırı kasıtlı olmadan aşarsa, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı ceza indirilerek hükmolunacaktır (Ön Tasarı m. 31 fıkra 1). Sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise, faile ceza verilmeyecektir (Ön Tasarı m. 31 fıkra 2). Bu düzenlemede de, sadece kasıtlı olmayan hareketler mazur görülmekte ve yürürlükteki Kanunun 50 inci maddesinde kabul edilmiş olduğu gibi, hukuka uygunluk sebebinin sınırının taksirle aşılması, sadece cezadan indirim sebebi olarak gözönünde tutulmaktadır.<sup>(41)</sup>

Alman Hukukunda bir hukuka uygunluk sebebinin sınırını aşılmasının kusurluluğu ortadan kaldıran sebep olarak kabul edilmesi, sadece meşru müdafaada ve sınırın "şaşkınlık, korku veya panik ile" aşıldığı hallerde kabul edilmiştir (StGB § 33). Bu hüküm sınırının bilinçli bir şekilde aşıldığı hallerde uygulandığı gibi, bilinçsiz olarak geçildiği durumlarda da uygulanmaktadır. Zorunlu müdafaanın sınırlarının bilerek ve hatta kasden aşılması halinde, Kanun saldırıya uğrayan kişiyi müsamahalı bir şekilde korumakta ve bunun gerekçesi olarak, failin filhal mevcut, hukuka aykırı bir saldırıya karşı kendisini savunmak zorunda olduğunu ve bu nedenle saldırı ve müdafa nedeniyle karışık hisler içinde bulunduğu bir anda kendisini kaybetmesi nedeniyle, bütün reaksiyonlarından sorumlu tutulamayacağını açıklamaktadır. Buna karşılık, fail meşru müdafaanın sınırlarını bilinçli bir şekilde aşarsa, bu takdirde ya meşru müdafaanın şartları konusunda 'hukuka uygunluk sebeplerinde fiili hata' (Erlaubnistatbestandsirrtum) durumundadır veya bunun sınırları konusundaki hukuki hataya (Verbotsirrtum) düşmüştür. Alman Ceza Kanununun 33 üncü maddesindeki düzenleme ile, 'şaşkınlık, korku ve panik' unsurlarının gözönünde tutulmuş olması önemlidir ve fail ve taksirle işlediği bir fiil dolayısıyla (hukuka uygunluk sebeplerinde fiili hata=Erlaubnistatbestandsirrtum), ne de kasden işlemiş olduğu fiilden dolayı (hukuki hata=Verbotsirrtum) cezalandırılmaz.<sup>(42)</sup>

Yeni Fransız kanunu Code penal'de, eski Ceza Kanunu Code penal'in 338 inci maddesinin tersine, meşru müdafaanın sadece 'zorunlu' ve 'orantılı'

(41) Bu konuda bakınız; ÖNDER (Dip not. 4), s. 464.

(42) JESCHECK (Dip not.10), s. 443 vd.

(necessaire et proportionne) (m. 122-5 C.p.) olduğu hallerde hukuka uygun olacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Buna karşılık, meşru müdafaa da sınırın aşılması, hatta failin şaşkınlık, korku ve panik ile hareket ettiği haller dahi, ne eski ve ne de yeni Kanunda düzenlenmiş değildir. Mahkemeler bu gibi hallerde, doktrin tarafından da onaylanan bir biçimde, tahrik nedeniyle kusurun mevcut bulunmadığını (m. 321 C.p.) veya genel tahfif sebeplerinin uygulanmasını kabul etmektedirler (m. 463 C.p.).<sup>(43)</sup>

İtalyan Hukukunda, kanunda kabul edilmiş bulunan hukuka uygunluk sebeplerinin sınırının aşılması, C.p. m. 55 ile düzenlenmiştir. buna göre, uyulması gereken sınırları taksirle aşmış olan fail, taksiri cezalandıran bir hüküm mevcut ise, taksirinden dolayı cezalandırılır (tasarının 18 inci maddesi de böyledir). Şaşkınlık, korku veya panik halinde kusurun tam olarak ortadan kalkması kabul edilmemiştir ama, taksir değerlendirilirken astenik, şiddetli ve ani heyecanlar tabii ki gözönünde bulundurulacaktır. Hukuka uygunluk sebebinin kasden aşılması halinde, mazeret sebebi kabul edilmeyecektir.<sup>(44)</sup>

Kanunda öngörülmüş olan bir hukuka uygunluk sebebinin sınırının aşılmasına ilişkin olarak Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısında yapılan düzenleme, prensip olarak maksada uygundur. Meşru müdafaa ve ızdırar halinde olduğu gibi, fiil anında içinde bulunduğu durum, failin uymak mecburiyetinde olduğu özen gösterme mükellefiyetine riayet etmesini çok zor bir hale sokmuş ise, sınırın taksirle aşılması halinde taksirli suçun cezasının verilmesi uygundur; buna karşılık, mağdurun rızası konusundaki sınırın taksirle aşılması halinde uygun olmayabilir. Heyecan, korku veya telaştan ileri gelen haller sadece mücbir sebepte öngörülmüştür ve bu nedenle Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısının 31 inci maddesinin 2 inci fıkrasındaki düzenleme, sadece bu hallerle sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Ön Tasarının Alman Hukukundan farklı olarak, sınırın kasden aşılması halini mazeret sebebi olarak kabul etmemesi maküldür ve kanunkoyucu'nun takdir alanı içinde kalmaktadır.

5. Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısının birçok maddesinde cezanın tayini açısından, 'kusur' bir ölçü olarak ele alınmıştır. Mesela 77 inci maddenin 1 inci fıkrasında, hâkimin asıl cezayı belirlerken diğer unsurların yanısıra, "kasdın veya taksirin yoğunluğu, suç sebepleri ve saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal ilişkileri, fiilden sonraki davranışı gibi hususları gözönünde bulunduracağını" hükme bağlamıştır. Ayrıca, hafif kusurun derecesinin cezaya etkisi ilginçtir. Ön Tasarının 77 incin maddesinin 2 inci fıkrasına göre, taksirli suçlarda failin kusur derecesinin çok hafif olduğu ve fiilin çok önemsiz neticeler meydana getirdiği hallerde, ceza verilmez. Aynı şekilde, Ön Tasarının 77 inci maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, kasden işlenen suç-

(43) STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC (Dip not. 15), Nr. 346; JEANDIDER (Dip not. 21), Nr. 266.

(44) ROMANO (Dip not. 31), Art. 55 Rdn. 7.

larda failin sadece çok önemsiz neticelerin meydana gelmesini istediği ve kusurunun da çok hafif derecede bulunduğu hallerde, hal ve şartlara ve meydana gelen neticeye göre, cezanın onda dokuzu indirilmektedir. Dikkati çeken diğer husus, taksirli suçlarda kusurun derecesine göre, cezanın sekizde bire kadar indirilebilmesi (Ön Tasarı madde 33) ve cezayı hafifletici genel sebeplerin, cezada esaslı bir şekilde inidim yapılmasına izin vermeleridir (ölüm cezasında ömür boyu hürriyeti bağlayıcı cezaya, ömür boyu hürriyeti bağlayıcı cezada 25 yıl hürriyeti bağlayıcı cezaya ve diğer cezalarda altıda birden altıda ikiye kadar). Kusurun derecesine göre cezada indirim yapılması, yürürlükteki hukukta da mevcut bulunan bir müessesedir ve taksirle adamöldürme (m.455/son TC K) ile taksirle müessir fiil suçlarında (m. 459/son TCK) uygulanmakta ise de, uygulama eleştirilmektedir.

Yürürlükteki hukukta da genel indirim sebepleri ile cezanın hafifletilmesi öngörülmüş olup, TCK'nun 59 ncu maddesinin son fıkrasına göre, cezalar altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Bu hüküm genellikle uygulanmaktadır. Nihayet, kusurun azlığı halinde cezanın indirilmesine yol açan diğer bir düzenleme, yürürlükteki Kanun tarafından da kabul edilmiş olan (TCK m. 51)<sup>(45)</sup> ve failde hiddet veya şiddetli elem meydana getiren haksız tahrik'tir (Ön Tasarı m. 32).

*Alman Hukukunda* hâkimin cezayı tayin ederken kullanabileceği; "cezanın tayininde temel ölçü kusurdur" ve "toplumsal yaşantıda cezanın gelecekte doğurabileceği etkiler gözönünde tutulmalıdır" şeklinde ifade edilen iki temel kural vardır (StGB § 46 fıkra 1). Kusurun ceza tayin edilirken temel ölçüde olduğunun kabul edilmesi ile cezanın asıl öneminin 'kusurun dengelenmesi' olduğu belirtilmek istenmiştir. Kusura bağımlılıkla eşit önemde olmak üzere, hâkimin cezayı belirlerken, cezanın failin toplum içindeki müstakbel yaşantısı açısından doğuracağı uzak sonuçları gözönünde tutma mecburiyeti kabul edilmiştir (özel önleme şartı). Kusurun dengelenmesi yegane amaç değildir; somut olayda hükmedilen cezanın türü ve miktarı bakımından hakkaniyete uygun bir ceza olması için, bunun ceza hukukundan beklenen önleme görevini yerine getirmesi açısından, zorunlu ve etkili bir araç olduğu anlaşılmalıdır.<sup>(46)</sup>

Fransız Hukukunda cezanın belirlenmesine ilişkin genel bir kural yoktur. Hakimin, kanunda öngörülen ceza hadleri arasında kalmak üzere kullanabildiği çok geniş ve Fransız Adaleti tarafından kendisine büyük önem atfedilen bir takdir yetkisi vardır (Cour de cassation, Chambre criminelle, 9.2.1987, Bull. crim. Nr. 61). Tabiatıyla, hâkim bu yetkisini kullanırken hukuka aykırılık ve kusur ("importance du trouble du social" ve "gravite de la

(45) Bu konuda bakınız; ÖNDER (Dip not. 4), s. 478 vd.

(46) Bu konuda bakınız; JESCHECK (Dip not. 10), s. 782 vd.



faute")<sup>(47)</sup> ölçülerinden yola çıkar. Aynı ölçüde olmak üzere, özel önleme de gözönünde tutulur ve hükümlünün topluma tekrar geri dönmesi için açık yol bırakılır. Fransız Hukukunda bu amaçla hürriyeti bağlayıcı cezanın infazında çeşitli alternatifler öngörülmüştür.<sup>(48)</sup> Yeni code penal bu amaca ulaşabilmek için, 132-18 ila 132-20 maddeleri arasında yer alan ve kanunda öngörülen cezanın indirilmesine imkan sağlayan hakime geniş bir takdir yetkisi vermektedir.

*İtalyan Hukuku* C.P. 132 inci maddesinde hâkimin cezayı tayin ederken sahip bulunduğu takdir yetkisini açıkça düzenlemiştir. Bu yetki C.p. madde 133 uyarınca kullanılır. Buna göre, hakim önce objektif kriterlerin yanısıra, kasdın yoğunluğu ve taksirin derecesi gibi ölçüleri gözönünde tutarak, fiilin ağırlığını ("gravita del reato") değerlendirir (C.p. m.,133 f.1).<sup>(49)</sup> Subjektif kriterler ise C.p. 133 üncü maddenin 2 inci fıkrasında, "capacita a delinquere del colpevole" (failin suç işletme yeteneği) kavramı altında ele alınmıştır. Bu kavram 20'li yıllardaki İtalyan pozitivisminin yarattığı bir müesseseye ise de, günümüzde öncelikle cezanın kusura uygunluğu ("retribuzione-proporzione") olarak yorumlanmaktadır.<sup>(50)</sup>

Kusur ilkesini sadece bazı noktalarda kabul etmiş olan Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısı, diğer üç Kanuna göre aşağı yukarı orta sıralarda yer almaktadır. Bu açıdan, kusur ilkesini hâkimin genel olarak bütün olaylarda uygulamasına imkân sağlanması amacı ile, Alman Hukukunda kabul edilmiş bulunan temel düzenlemenin (StGB § 46 f.1, c.1) tasarıya yansıtılması uygun olabilir.

Türk Ceza Kanununun 1988 tarihli ön tasarısında kusur ilkesi bir çok yerde gözönünde tutulmuştur. Sadece hukuki hata açısından yaptığı düzenlemenin esaslı bir şekilde değiştirilmesi gereklidir. Türk Ceza Hukukunun batıdaki büyük hukuk düzenleriyle uyumlu bir hale getirilebilmesi için, 'kaçınılamaz nitelikteki hukuki hata', kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak kabul edilmeli, 'kaçınılabılır nitelikteki hukuki hata' ise, kural olarak daha hafif cezalandırılmalıdır. Ön Tasarıya ilişkin diğer öneri ve eleştirilerimiz açıklama niteliğindedir. Temennimiz, Ön Tasarı'nın kısa bir süre içinde Meclise sevk edilmesidir.

(47) Bkz. STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC (Dip not. 21), Nr. 535

(48) Fransada cezanın bireyselleştirilmesi ile ilgili düşünceler meşhur kitaba dayanmaktadır: SA-LEILLES, L'individualisation de la peine, 1902.

(49) Tasarının 39 uncu maddesinin 1 No'lu bendi gibi 2 no'lu bendi de kusur ilkesini yürürlükteki hukuka nazaran daha açık bir şekilde yansıtmaktadır.

(50) Bkz. MANTOVANI (Dip not. 16), s.. 801.