

CEZA HUKUKUNDA TEMEL KUSURLULUK ŞEKLİ “KAST”(*)

Kayıhan İçel**

ÖZET

Çalışmamızda suçun yapısal unsurlarından olan kusurluluk unsurunun temel şekli olan “kast”, “özel kast”, “eklenen kast”, “tasarlama” alt başlıkları ile ele alınmakta, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu hükümleri dikkate alınmak suretiyle konuya ilişkin değerlendirmelerde bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Kast, Özel Kast, Eklenen Kast, Tasarlama.*

THE BASIC FORM OF FAULT IN CRIMINAL LAW, “MALICE”

ABSTRACT

In our work, “malice” which is the basic form of structured elements of crime is discussed with the following titles: “special malice”, “inserted malice”, “willfully”; and we arrive at different evaluations on the subject, considering the clauses of the new Turkish Criminal Code numbered 5237.

Keywords: *Malice, Special Malice, Inserted Malice, Willfully.*

(*) Konunun önemini bir kez de makale düzeyinde vurgulayıp, bu konuda uygulamada görülen duraksamaları gidermek için (İçel K.-Evik A. H., İçel Ceza Hukuku-Genel Hükümler, 2. Kitap, İstanbul, Beta, 2007, sh: 186-195) isimli kitabımızın ilgili kısmı kaynak alınarak oluşturulmuştur. Ceza hukukunda kusurluluk hakkında kapsamlı bilgi için bu kitabımızdan yararlanılabilir.

** Prof. Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Eminönü-İSTANBUL.

I. GİRİŞ

Kanunun suç saydığı bir eylem dolayısıyla kişinin cezalandırılabilmesi için, kural olarak eylemin kasten işlenmiş olması gerekir. Ancak, kanunda bir eylemin taksirle dahi işlenmesinin suç olarak tanımlanması halinde, taksirle gerçekleştirilen eylemler de cezalandırılabilirler. Bu ilke, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerinde şu şekilde ifade edilmiştir:

“Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.” (YTCK md 21/1)

“Taksirle işlenen fiiller, Kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.” (YTCK md 22/1)

“Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.” (YTCK md 23)

Genelde ceza kanunları kastı tanımlamayıp, bunu öğreti ve uygulamaya bırakmışlardır. Ancak, 5237 sayılı yeni YTCK'nun 21. maddesinde kast; *“...suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.”* şeklinde tanımlanmıştır. Bugün öğreti ve uygulamaya egemen olan görüş gereğince kast, kanunda öngörölmüş objektif suç unsurlarının somut olayda bilinmesi ve istenmesi ile oluşur. Böylece kastın *bilme* ve *isteme* unsurlarına dayandığı kabul edilmektedir. Aşağıda kastın bu iki unsurunun nitelikleri ve kapsamsamları açıklanacaktır.

II. KASTIN UNSURLARI

1- Öngörme Unsuru

Failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için, sonuç alt unsuru da dâhil olmak üzere yasal tanımda yer alan tüm unsurları öngörmüş, yani onları bilmiş olması gerekir. Taksirin esas şeklini oluşturan bilinçsiz taksirle kast arasında bu yönden önemli fark bulunmaktadır.

Failin bilmesi gereken bu unsurlar, geçmişte veya halen mevcut olan bir hususa ilişkin olabileceği gibi, ileride gerçekleşecek bir hususa da ilişkin olabilir. Bu yönden, işlenen hareketin neden olduğu veya yasal tanımda bulunan *sonuç alt unsurunun* bilinmesi, kastın varlığı açısından zorunluluk gösterir. (Klasik suç teorisi, sonucu işlenen eylemin bir unsuru olarak telâkki etmektedir. Buna göre; eylem, hareket ve sonuçtan oluşmaktadır. Bu anlayışın bir sonucu olarak, işlenen eylemin mutlaka bir sonuç meydana getirmesi gerekir. Silahın hedefe yöneltilmesi ve ateşlenmesi olgusunun haricinde bir insanın ölmüş veya yaralanmış olması halinde, bu teori mensupları bir problemle karşılaşmamaktadırlar. Buna karşılık; kanunda tanımlanan eylemin kendi oluşumu haricinde dış dünyada başka bir sonucun meydana gelmesinin söz konusu olmadığı hallerde, teori içindeki mantık bütünlüğünü muhafaza etmek amacıyla, “neticesi harekete bitişik suç”lar kategorisi ihdas edilmiştir. Böylece, örneğin bir şahsın haysiyetine tecavüz mahiyetinde söz ve davranışlarda bulunulması

halinde, “neticesi harekete bitişik” bir suçun varlığından bahsedilecektir. (Bu husus için bkz. Dönmezer ve Erman, 1997: 516–518; Kunter, 1954: 81 vd.; Alacakaptan, 1970: 35 vd., 45, 46, 56-57; Önder, 1992: 91 vd; Öztürk, 1994: 116 vd.; Toroslu, 1968: 52. Fakat *Toroslu*, bilahare, bir neticenin gerçekleşmesinin söz konusu olmadığı “sırf davranış suçları” kavramına da yer vermektedir. (Toroslu, 1991: 65–66, 103) *Kunter*’e göre, eylem kelimesi, Türk Ceza Kanunu’nda değişik anlamlarda kullanılmıştır. Örneğin, 46. maddede sözü edilen eylem, insan davranışının sadece objektif (maddi) yönünü ifade etmektedir. Buna karşılık, örneğin fikri içtima ile alâkalı olarak (md 71), eylem, sadece neticeden ibarettir (Kunter, 1949: 52, dn. 56). Hemen ifade etmek gerekir ki; ceza hukuku açısından önem gösteren sonuç, yasal tanımda yer alan sonuçtur. Yasal tanımda bulunmayan sonuçlar, hukuken veya en azından ceza hukuku açısından önemli değildir.) Örneğin, aldığı eşyanın başkasına ait olduğunu bilmeyen kimsede hırsızlık (YTCK m. 141) kastı bulunmamaktadır. Keza, girdiği binanın konut olduğunu bilmeyen veya konut olduğunu bilmekle beraber başkasına ait olduğunu ya da sahibinin rızasının olmadığını bilmeyen kimsede konut dokunulmazlığını ihlâl (YTCK m. 116) kastı bulunmamaktadır.)

Kişi, gerek kendisine, gerek mağdurun kimliğine ilişkin olarak suçun yasal tanımında belirtilen hususların bilincinde olmalıdır. Örneğin, fail veya mağdurun “devlet memuru” olması (YTCK md 204/2; md 82/g), mağdurun usul veya fürudan biri olması ya da belli akrabadan olması (YTCK md 82/d; md 102/3-c; 109/3-c). Mağdurun “15 yaşını bitirmemiş” olması (YTCK md 103/1-a; 104/1; 104/2), suçun bir çocuğa karşı işlenmesi (YTCK md 82/1-e; 109/2-f), hususlarının failce bilinmesi gerekir.

Fail, suçu oluşturan eylemin icra edildiği şekline ilişkin olarak yasal tanımda belirtilen hususların da bilincinde olmalıdır. Örneğin, icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisi, “görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar” etmelidir (YTCK md 250/1). Fail, bu suçu işlerken bütün bu hususların bilincinde olmalıdır. Bunlar, suçun basit şekline ilişkin unsurlar olabileceği gibi; suçun nitelikli unsurları (suçun ağırlatıcı nedenleri) de olabilir. Örneğin, adam öldürme suçunda öldürülen kadının gebe olduğunun fail tarafından bilinmesi gerekir (YTCK md 82/1-f).

Yine işaret etmek gerekir ki; somut tehlike suçlarında kastın varlığı için, işlenen eylemin bu somut tehlikeyi meydana getirdiğinin de bilinmesi gerekir.

Suçun tamamlanması için icra edilen eylemden başka ayrıca bir sonucun gerçekleşmesinin gerekli olması halinde, fail yaptığı hareket ile sonuç arasında nedensellik bağlantısı olduğunu da esasta bilmelidir. Ancak, nedensellik bağlantısındaki önemsiz sapmalar, kastın varlığını etkilemez (Dönmezer ve Erman, 1999: 926; Önder, 1992: 325). Örneğin, fail öldürmek istediği kişiye elindeki demir ile vurur ve bu darbe üzerine mağdur yere düşer. Mağdurun öldüğünü sanan fail, suç delillerini ortadan kaldırmak için cesedi denize atar. Ancak, mağdur gerçekte demir darbesinin etkisiyle değil de, denize atma sonucu boğularak ölmüştür (Örnek için bkz. Önder,

1992: 307). Nedensellik bağlantısındaki gelişme süreci kastın varlığını etkilemez. Diğer bir deyişle nedensellik bağlantısındaki hata kusura etkili değildir.

Suçun yasal tanımında yer almakla birlikte, suçun oluşmasında etkili olmayan objektif nitelikteki koşullar kastın kapsamına girmezler. Örneğin, *objektif cezalandırılabilirlik* koşulu'nun arandığı suçlarda bu koşulun gerçekleştiğinin bilinip bilinmemesi, suçun oluşması açısından önem göstermemektedir. Zira bu koşullar esasen objektif niteliktedir. Yine, failin yararına olan cezasızlık veya cezadan indirim nedenlerinin fail tarafından bilinmemesi bunların uygulanmasını engellemez.

2-İsteme (İrade) Unsuru

a) Kavram

Bir şeyin bilinmiş olması, o şeyin aynı zamanda istenmiş olduğunu göstermez. Yani, öngörme, aynı zamanda isteme anlamına gelmez. Bu nedenle, failin kasten hareket ettiğini söyleyebilmek için, başta kanunda tanımlanan sonuç alt unsuru olmak üzere, öngördüğü tüm hususları aynı zamanda istemiş olması gerekir.

Failin öngördüğü ile istediği arasında bir uygunluk varsa, yani öngördüğü sonuca ulaşmak için iradesini harekete geçirmişse, kastı oluşmuş sayılır ve bundan dolayı sorumlu tutulur. Ancak, failin iradi eyleminden yine iradi olan asıl sonucun dışında ikinci derece sonuçlar da gerçekleşebilir. Böyle bir durumda, bu ikinci derecedeki sonuçların da failin iradesi kapsamına girip girmedikleri sorununun çözümlenmesi gerekir. Bu konuda varılacak sonuç, ikinci derecedeki sonuçlardan dolayı failin kasten mi, yoksa taksirle mi sorumlu tutulacağına belirlenmesinde büyük önem taşır.

Bu alanda karşılaşılabilecek çeşitli olasılıklara göre, “*doğrudan kast-ikinci derecede doğrudan kast-kast-olası kast*” kavramları açıklandıktan sonra, kastın diğer başlıca türleri üzerinde de durulacaktır.

b) Doğrudan Kast

Fail, düşündüğü, öngördüğü ve dolayısıyla bildiği sonucu aynı zamanda isteyerek gerçekleştirmişse, gerçekleşen bu sonuç bakımından “*doğrudan kast*” söz konusu olur (Dönmezer ve Erman, 1999: 930; Öztürk, 1994: 207). Buna karşın, failin gerçekleştirmek istediği sonuç gerçekleşmemişse, suçun teşebbüs durumunda kaldığından söz edilir. Örneğin, bir kimseyi öldürmek için silahını o kişiyi hedef alarak ateşleyen fail, öngördüğü ve istediği sonucu gerçekleştirdiği içindir ki, doğrudan kastla işlenen bir adam öldürme suçu vardır. Failin iradesi dışındaki bir engel ile bu sonuç gerçekleştirilmemişse, o takdirde kasten adam öldürme suçu teşebbüs durumunda kalmıştır ve bu olasılıkta dahi sonuç alt unsuruna yönelik doğrudan kast söz konusudur.

Burada esas sorun, failin iradesinin yöneldiği asıl sonucun dışında olayda başka sonuçların (ikinci derece sonuçların) da gerçekleşmesinde ortaya çıkar. Bu soruna ilişkin birinci olasılık; failin, gerçekleşen sonuçların tamamını öngörmesine karşın, sadece hedefini oluşturan esas sonucu istemesi, buna karşılık ikinci derece sonuçları

istememesidir. İşte burada bir ayırım yapmak gerekir: Failin hedefinin dışında kalan ikinci derece sonuçlar, asıl sonucun gerçekleşmesi bakımından *zorunlu* nitelikte iseler, failin bu ikinci derece sonuçları da istediğini kabul etmek gerekir ve bu tür kast, “*ikinci derecede doğrudan kast*” olarak isimlendirilir (Dönmezer ve Erman, 1999: 930). Örneğin, (A)’yı öldürmek amacıyla ona ateş eden kişi, (A)’nın önüne geçip ona kalkan olan (B)’yi de zorunlu olarak öldürebileceğini veya yaralayabileceğini düşünmüş ve öngörmüştür. Yine, *Thomas Olayı* olarak anılan olayda görüldüğü gibi, sigorta tazminatını alabilmek için bir gemiye bomba koyan kişi veya Amerika’da meydana gelen başka bir olayda olduğu gibi mirasına konmak için annesinin bindiği uçağa bomba yerleştiren kişi, gemi adamlarından veya uçak yolcularından bazılarının öleceğini kesinlikle öngörmüştür. Bu nedenledir ki, bu ikinci derecedeki kesin sonuçların da fail tarafından istendiği kabul edilerek, *ikinci derecede doğrudan kast*’tan dolayı failin kasten sorumlu olduğu sonucuna ulaşılır.

Kanımızca, ikinci derecede doğrudan kast durumunda zorunluluk ilişkisi bulunan ikinci derecedeki sonuçlar failen gerçekleşmemişse, aşağıda göreceğimiz “*olası kast*”tan farklı olarak failin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması gerekir. Zira, failin hedefini oluşturan asıl sonuçta zorunluluk ilişkisi, doğrudan kast ile ilgili kuralların ikinci derecede doğrudan kast’ta da uygulanmasını gerektirir (Karşı görüş: Dönmezer ve Erman, 1999: 930).

c) Olası (Belirli Olmayan) Kast

Failin hedefi olan asıl sonuç dışında oluşan ikinci derecede sonuçlar yönünden karşılaşılabilecek başka bir durum, bu sonuçların gerçekleşmesinde bir zorunluluğun bulunmaması, sadece bir olasılığın söz konusu olmasıdır. İşte bu olası sonuçların gerçekleşebileceğini öngören fail, bunları önlemek için bir çaba göstermemiş, bunlara önem vermeyerek adeta kayıtsız kalmışsa, “*olası kast*” veya “*belirli olmayan kast*” (Dolus Eventualis) söz konusu olur (Önder, 1992: 303–304). Örneğin, bazı düşünlerde silahları ile ateş eden kişiler, orada bulunanların ölebileceğini veya yaralanabileceklerini öngörmelerine karşın, buna hiç önem vermeyerek gelişigüzel ateş ederlerse ve bundan dolayı birileri ölür veya yaralanırsa, gerçekleşen bu sonuçlar bakımından olası kast’tan söz edilir. Aynı şekilde, maçlardan sonra takımlarının galibiyetlerini sözde kutlamak için silahları ile ateş ederek veya kalabalık bir cadde-de motorlu araçlarını olağanüstü süratle sürerek ölüm veya yaralanmalara neden olan kişilerin bu kayıtsızlıkları olası kastın diğer bazı örnekleri olarak karşımıza çıkar.

Olası kast bakımından iki noktanın vurgulanması gerekir: Bunlardan birincisi, ikinci derece sonuçlar konusunda failin kayıtsızlığının olası kastın önemli özelliğini oluşturması ve bu açıdan aşağıda taksir bahsinde göreceğimiz *bilinçli taksir*’den farklı olmasıdır. Gerçekten, bilinçli taksirde de fail sonuçları öngörmekte, fakat bunları istemediği gibi, bu sonuçların meydana gelmemesi için elinden gelen bütün çabayı göstermektedir. Yani, olası kasttaki kayıtsızlık durumu bilinçli taksirde yoktur; tam tersine bilinçli taksirde fail sonuçları önlemek için çabada bulunmaktadır.

Olası kastta ikinci önemli nokta, öngördüğü, fakat kayıtsız kaldığı sonuçların gerçekleşmemesi halinde, failin sorumluluğuna gidilememesidir. Diğer deyişle, olası kastta “*sonuç kastı belirler*” (Dolus Indeterminatus Determinatur Ab Evento) kuralı uygulanır ve teşebbüsten dolayı sorumluluk söz konusu olmaz (Karşı görüşler için bkz. Özgenç, 2005: 435; Demirbaş, 2006: 408).

YTCK’nun 21/2. maddesi “olası kastı” tanımlamışsa da bu tür kastın özelliklerini tam olarak ortaya koyamamıştır. Kanundaki *olası kast* tanımı şöyledir: “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemi halinde olası kast vardır.*” Kanunun 22/3. maddesindeki “*bilinçli taksir*” tanımı ise şu şekildedir: “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır.*” Görüleceği üzere, iki farklı kavramın tanımları önemli bir şekilde benzerlik göstermektedir. Bu nedenle, uygulamada olası kast ile bilinçli taksirin birbirlerine karıştırılması olasıdır daima olacaktır. Oysaki öğretinin ortaya çıkardığı bu kavramların, eğer sorunlu ise yine öğretilerdeki boyutlarında kanuna konulması gerekirdi. Bu yönden, olası kastın “*kayıtsızlık*” özelliği ile bilinçli taksirin sonucun gerçekleşmemesi için “*elden gelen çabayı gösterme*” özelliklerinin kanunda vurgulanmasında zorunluluk vardır.

Bazı suçlarda (öldürme, yaralama gibi) karşımıza çıkabilen olası kast kavramının tüm suçları kapsayacak şekilde kanuna konulması, modern ceza hukukun temel ilkelere kusur ilkesinin zayıflatılması sonucunu doğurabilecektir. Zira olası kast öldürme, yaralama gibi suçlarda karşılaşılabilecek bir olasılık niteliğini göstermekte olup, bu tür kastın tüm suçlarda söz gelimi mala karşı işlenen suçlarda da oluşabileceği izleniminin verilmesi, adeta yasal “*kast karinesi*” yaratılması gibi kusurluluk ilkesi yönünden son derece tehlikeli bir durum ortaya çıkabilecektir. Unutulmaması gerekir ki, olası kast istisnai bir durumdur ve bu tür istisnai durumların kural halinde getirilmesi, özgürlükler açısından önemli sakıncalar doğurur. Özellikle, olası kastla işlenen suçlarda teşebbüsün olabileceğini düşünenler bakımından, bu sakıncaların boyutları çok daha genişler. (Daha önce de belirttiğimiz üzere (İÇEL ve DONAY, 2006: 79), bu hükümden ve gerekçesinde olası kast kavramı ile kastın hâkim tarafından takdir ve tespiti konuları birbirine karıştırılmıştır.)

III. ÖZEL KAST

Amaç, *kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir düşüncedir* (Artuk, 1996: 48 vd. Ancak, işaret etmek gerekir ki; bizim burada kullandığımız anlamda amaç kavramı karşılığı olarak Türk hukuku’nda *saiik* kavramı kullanılmaktadır (Dönmezer ve Erman, 1999: 933, 934; Önder, 1992: 311). Yasal tanımda bazen suçun basit şekli, bazen nitelikli şekli açısından bir unsur olarak kabul edilmiş olan amaç, Türk hukuk literatüründe “*özel kast*” olarak da ifade edilmiştir.

Amaç, bazı suçlar açısından, *suçun basit şekline ilişkin bir unsurdur*. Örneğin, YTCK’nun 141. maddesinde tanımlanan hırsızlık suçunun oluşabilmesi için bu eylemin “*bir yarar sağlamak maksadıyla*” işlenmesi gerekir. Bazı suçlar bakımından amaç, *suçun mevsuf şekline ilişkin bir unsur niteliğini taşımaktadır*. Örneğin; YTCK’nun 109. maddesinde tanımlanan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun

“*cinsel amaçla*” işlenmesi, suçun basit şekline nazaran daha ağır bir ceza ile cezalandırılmayı gerekli kılmaktadır. Keza belli bir dince kutsal sayılan bir mabet veya mezarı tahrip ve yıkma eyleminin YTCK’nun 153. maddesindeki suçun ağırlaşmış halini oluşturabilmesi için, bunun 3. fıkra gereğince ilgili dini “*tahkir maksadı ile*” işlenmesi gerekir.

Bazı hallerde kanun güdülen amacı suçun temel şekline nazaran faile verilecek cezada indirim yapılması için bir neden saymıştır. Buna göre, hırsızlık (YTCK md 144/1-b), yağma (YTCK md 150), dolandırıcılık (YTCK md 159) vs. suçlarını kişinin “*bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla*” işlemesi halinde; Kanun, faile daha az bir cezanın verilmesini gerekli görmektedir.

Bazı suçların yasal tanımında unsur olarak yer verilen amaç, bir başka eylemin işlenmesine yönelik olabilir. Örneğin rüşvet, bir kamu görevlisinin görevinin gereği olan veya bu gereklere aykırı olarak belli bir işi yapması ya da yapmaması için haksız bir çıkar sağlamasıdır. Bu suç, haksız çıkarın kamu görevlisi tarafından sağlandığı anda tamamlanmış olur. Ancak, haksız çıkarın sağlanması ile güdülen amaç sonradan gerçekleştirilebilir. Amacı oluşturan eylemin gerçekleşmesi, rüşvet suçunun oluşumu açısından gerekli değildir. Keza, bir insanın bir suçu gizlemek için öldürülmesi halinde; oluşan kasten adam öldürme suçunun bu nitelikli şekli açısından amaçlanan suçun işlenmesi gerekmez. Burada önemli olan, eylemin belli bir amaçla işlenmesidir (Özgenç, 2001: 83, 183, 281 vd., 277 vd.)

IV. SONRADAN OLUŞAN KAST (VEYA “EKLENEN KAST”)

Suç oluşturan bir eylemi işlerken, failin o suçun yasal tanımındaki unsurlarının gerçekleştiğinin bilincinde olması gerekir. Fail, *suç yoluna (iter criminis)* girdiği andan itibaren o suça ilişkin kastla hareket etmelidir.

Bazı hallerde kişi başlangıçta hukuka uygun bir davranış içindedir. Fakat sonradan hukuka aykırı ve suç oluşturan tutum içine girebilir. Örneğin, bir konuta sahibinin rızasıyla giren kişinin, daha sonra sahibinin çıkmasını istemesine karşın, konutu terk etmemesi durumunda; konut dokunulmazlığını ihlâl suçu işlenmiş olur YTCK md 116/1. (Örnek, Dönmezer ve Erman, 1999: 937’den alınmıştır.)

Keza, önce taksirli bir davranış içinde bulunan kişi sonradan kasten hareket etmeye başlayabilir. Örneğin (A), kasabaya giderken aracını çok hızlı kullanması nedeniyle yolda (B)’ye çarpar. (A), ağır yaralanmasına yol açtığı kişinin eski bir düşmanı olduğunu fark edince, olay yerinden çekip gider. (B) daha sonra kan kaybı nedeniyle olay yerinde ölür. (Örnek, Özgenç, 2001: 46’dan alınmıştır). Bu örnekte (A), (B)’ye karşı taksirle müessir eylem suçunu işlemiştir. (A), yaraladığı kişinin düşmanı olduğunu fark edince, kurtarılması için herhangi bir girişimde bulunmamıştır. Sonuçta, (A), (B)’ye karşı ihmali davranışla kasten adam öldürme suçunu işlemiştir. (A), daha önceki taksirli eylemi nedeniyle (B)’nin kurtarılması için çaba gösterme yükümlülüğü altında olduğu halde, bu yükümlülüğe uymama ve sonuçta (B)’nin ölümüne neden olmuştur; böylece ihmali suretiyle adam öldürme suçunu işlemiştir.

Kişi işlemeyi kastettiği suçun icrasına başladıktan sonra, başka bir suçu gerçekleştirmeyi kararlaştırarak bu suçu işleyebilir. Örneğin, içeride hiç kimsenin olmadığını düşündüğü bir binada hırsızlık yapmayı kararlaştıran kişi, bu amaçla binaya girip ev sahibi veya bekçi ile karşılaştığında, amacına ulaşmak için bu kişilere karşı cebir, şiddet veya tehdit kullanmıştır. Böylece başlangıçta hırsızlık suçunu işlemek üzere bu suçun icrasına başlayan kişi, daha sonra karşılaştığı koşullar nedeniyle yağma suçunu işlemeye yönelmiştir. Başlangıçta hırsızlık suçuna ilişkin olan kast, sonradan yağma suçunu işlemeye dönüşmüştür.

Bu gibi durumlarda fail sonradan oluşan kastla daha ağır bir suç işlediği için, sorumluluğu bu suçta göre belirlenecektir.

Ancak, tersi durumla da karşılaşılabilir. Örneğin, yağma suçunu işlemek amacıyla binaya giren kişinin, kimsenin olmaması karşısında, sadece çalmak istediği şeyleri alması durumunda fail gerçekleştirdiği suçtan (bina içinde hırsızlık suçundan) dolayı sorumlu tutulacaktır.

V. TASARLAMA (TAAMMÜT)

Failin ani bir kararla suçu işlemesi “*ani kast*”, buna karşılık suçu işleme kararından sonra gerekli gördüğü hazırlıkları yaparak ve bu şekilde suçun işlenmesini kolaylaştırarak icraya başlaması durumunda “*düşünce kastı*” söz konusu olur.

Düşünce kastı, devletin suç ve ceza politikası gereği bazı suçların nitelikli hali olarak kabul edilmek suretiyle, cezanın arttırılmasının nedenlerinden biri sayılır. Örneğin, eski ceza kanunumuz adam öldürme (md 450/4) ve etkin eylem (md 457/2) suçlarında düşünce kastına, “*taammüt*” adını vererek, bu suçların nitelikli hali olarak düzenlemiştir. YTCK ise, adam öldürme suçunda (md 82/1-a), düşünce kastını “*tasarlama*” adı altında yine nitelikli bir hal olarak kabul etmiştir. Kastın yoğun şekli olarak da nitelendirilen düşünce kastı nitelikli hal olarak öngörülmediği diğer suçlarda da alt ve üst sınırlar içerisinde cezanın hâkim tarafından değerlendirilmesinde dikkate alınabilir.

Kanunlarımızın taammüt veya tasarlama olarak isimlendirdiği düşünce kastının niteliği konusunda “*soğukkanlılık*” ve “*plan kurma*” teorileri sürülmüştür (Dönmezer ve Erman, 1999: 947; Önder, 1992: 319).

Soğukkanlılık teorisi’ne göre, tasarlama iki unsurun bulunması gerekir. Bunlardan birincisi, suç işleme kararı ile icraya başlama arasında bir zaman aralığının bulunması, ikincisi ise failin soğukkanlı hareket etmesidir; tasarlama dolayısı ile cezanın arttırılmasını haklı gösteren neden, faildeki soğukkanlılıktır.

Plan kurma teorisine göre ise; tasarlamanın ağırlatıcı neden sayılmasının hukuksal nedeni, failin suç işleme kararı ile icraya başlaması arasındaki süre içinde, suç işleme konusundaki fikirlerini toplamasını, araçlarını seçmesi ve suçun icrası hakkında adeta bir proje meydana getirmesidir. Bu şekilde failin suçu işlemek hususunda kolaylık sağlaması, hasmını zayıf anında vurması cezanın arttırılmasının nedenidir.

Yargıtay, tasarlamayı belirlerken soğukkanlılık teorisine ağırlık tanımaktadır: “Suçun soğukkanlı bir sabır, eylemle karar arasında değerlendirilebilir bir süre içinde ve üzerinde düşünüldükten sonra işlendiğini gösterir kanıtlar açıklanmadan ve olayın bütünü ile oluşum biçimi gözetilerek, düşünce kastının en yoğun biçimi olan tasarlamanın (taammüdün) zaman açısından fikri; ısrar ve soğukkanlılık açısından psikolojik, suçun icra süresi açısından kronolojik öğelerinin bulunup bulunmadığı tartışılmadan TCK’nun 457/2. madde fıkrasının uygulanması...” (Yargıtay 4. CD’nin 03.04.1997 tarih ve 931/2576 sayılı kararı. Yargıtay, CGK’ nun 13.05.1991 tarih ve 133/161 sayılı kararında da soğukkanlılık kıstasına üstünlük tanıdığı görülmektedir. “Failin bir kimseye karşı belli bir suçu işleme niyetinde sebatla, koşulsuz olarak, bu hususta karar vermesi, ulaştığı ruhi sükûnete rağmen bu karardan vazgeçmeyip, kararını ısrarla ve bu akış içinde icraya başlama koşulları olaysal olarak değerlendirilmek suretiyle tasarlamanın var olup olmadığı saptanmalıdır.” Malkoç, 1999: 976–977).

Kanımızca, bireyin karakter özelliği olan soğukkanlılığın tasarlamada cezanın artırılması nedeni sayılması halinde, cezalandırmanın failin karakter özelliğine göre uygulanabilmesi gibi cezalandırmanın amaçları ile bağdaşmayan bir durum ortaya çıkacaktır. Bu yüzden, bizce failin plan kurması ve böylece suçu işlemek için kolaylık sağlaması, mağduru gafil avlaması tasarlamada cezanın artırılmasının nedenidir. Kanun koyucunun özellikle öldürme ve yaralama suçlarında tasarlamayı nitelikli bir hal olarak kabul etmesinin nedeni, bu suçların mağduru olan insanı adeta avlanma konusu durumuna sokulmak istenmemesidir (Dönmezer ve Erman, 1999: 948–949; Centel ve diğerleri, 2007: 396; Demirbaş, 2006: 346).

Tasarlama ile hafifletici neden olan haksız tahrikin bir arada bulunup, bulunamayacağı tartışılmıştır. Bu konuda çoğunluk, ancak plan kurma teorisinin kapsamında bunun olanaklı sayılacağını, buna karşılık soğukkanlı bir kişinin aynı zamanda haksız tahrikin etkisi altında olamayacağı nedeniyle, soğukkanlılık teorisi kapsamında bu tür bir birleşmeye olanak tanınmayacağını savunmuştur. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Ancak, uygulamada soğukkanlılık teorisi kapsamında da koşulları varsa tahrikin uygulanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır (Malkoç, 1999: 977; Yargıtay 1. CD’nin 19.04.1988 tarih ve 1779/1697 sayılı kararı için bkz. YKD, Eylül 1988, sh. 1285).

VI. SONUÇ

Çağdaş ceza hukukunun temel kavramı niteliğine sahip bulunan “kusurluluk” bir bakıma kast kavramı ile bütünleşmiştir. Bunun nedeni, diğer kusur türlerinin ceza hukukundaki sorumluluk sisteminde ancak istisnai durumlarda dikkate alınabilmeleridir. Bu yönden, çağdaş ceza hukukunun suç ve ceza politikasında “eylemin kusurlu olması” ilkesi istisnai durumlar dışında “eylemin kasten işlenmiş olması” ilkesi şeklinde anlaşılır.

Kastın dışındaki kusur türleri ceza sorumluluğunda istisnai olduğu içindir ki, bunların uygulamasında genişletici yorumlardan kaçınılması gerekir. Örneğin; taksir, bi-

linli taksir, ikinci derece doğrudan kast ile ilgili uygulamalarda genişletici sonuçlara gidilmemelidir.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan U., (1970), **Suçun Unsurları**, Ankara.
- Artuk E., “Özgürlüğü Tahdit Cürmü”, **Halid Kemal Elbir’e Armađan**, İstanbul, Beta.
- Centel N.-Zafer H.-akmut Ö., (2007), **Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul, Beta.
- Demirbaş T., (2006), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Dönmezer S. ve Erman S., (1997), **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, c: I, İstanbul, Beta, 14. baskı.
- Dönmezer S. ve Erman S., (1999), **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, c: II, İstanbul, Beta, 12. baskı.
- İçel K.-Donay S. (2006), **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku-Genel Kısım**, 1. Kitap, İstanbul, Beta.
- İçel K.-Evik A. H., (2007), İçel Ceza Hukuku-Genel Hükümler, 2. Kitap, İstanbul, Beta.**
- Kunter N., (1949), **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, İÜHF.
- Kunter N., (1954), **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, İÜHF.
- Malkoç İ., (1999), **Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Ankara.
- Önder A., (1992), **Ceza Hukuku: Genel Hükümler**, c: II-III, 2. baskı., İstanbul, Beta.
- Özgenç İ., (2001), **Uygulamalı Ceza Hukuku**, Ankara.
- Özgenç İ., (2005), **Türk Ceza Kanunu řerhi Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin.
- Öztürk B., (1994): **Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Ankara, Seçkin.
- Toroslu N., (1968), **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, Ankara.
- Toroslu N., (1991), **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara.

