

# Kore Ceza Hukuku'nda Kast Kavramı\*

*Jin-Kuk LEE\*\**

*Çev. Rahime ERBAŞ\*\*\**

## I. GİRİŞ

Evrensel kabul gören bir kural olarak, suçlardan cezai sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için yalnızca suçun maddi unsurlarının gerçekleşmiş olması yetmez; aynı zamanda suçun manevi unsurlarının da gerçekleşmiş olması gerekir. Kast, suçun manevi unsurlarının bir türü olarak hukuk düzenine göre farklılık arz etmekle birlikte; cezai sorumluluğunun kabul edilebilmesi için suçun maddi ve manevi unsurlarının bir arada olması gerektiği, sadece ulusal ceza hukukunda değil; aynı zamanda milletlerarası ceza hukukunda da kabul edilmiştir.

Türk ceza hukukunda olduğu gibi, Kore ceza hukukunda da suç teşkil eden fiilin manevi unsurunun kast ve taksir olmak üzere iki türü bulunmaktadır: Genel görüşe göre Kore ceza hukukunda kastın çifte fonksiyonu mevcuttur. Bir taraftan kast, tipik haksızlığın bir parçası olarak suçun manevi unsurunu oluşturur. Kast, suçun tüm maddi unsurlarını bilme ve suçun gerçekleşmesini istemeden oluşan tipikliğin bir aşamasını ifade eder. Kast kısaca, "tipikliğin meydana

---

\* Bu metin, 16 Ekim 2011 tarihinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen Türkiye-Kore Ceza Hukuku Sempozyumu'nda Almanca olarak sunulmuş ve Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul isimli derginin 2012 tarihli 44. Cildinin 61. Sayısında "*Begriff des Vorsatzes in dem koreanischen Strafrecht*" başlığı ile yayınlanmıştır.

\*\* Prof. Dr., Ajou Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kore (Güney).

\*\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana-bilim Dalı

gelmesini bilme ve istemedir.” Diğer taraftan ise kast, kusur alanında kusur aşamasında ele alınacak olan, hatalı davranışa yönelik kişisel kınama ile ilişkilidir.

Ancak kast kavramı, eski bir geçmişine rağmen özellikle kastın görünüş biçimleri ve taksirin ile sınırlandırılması bakımından kapsamı hala belirsizdir. Bu sonuncu durum bakımından, bilimsel tartışmalar dizisi hep var olmuştur. İdeal hukuk, kast kavramının kanuni tanımının yapılmasının gerekip gerekmediği ve nasıl yapılması gerektiği sorusuna uzak kalmaktadır. Kastın Kore’de düzenlenmesi hususu, her zaman ceza hukuku reformunda yer alan bir husus olmuştur. Ancak Kore Ceza Kanunu’nun (KCK) yeniden yapılandırıldığı 1953 yılından bu yana bir ilerleme sağlanmamıştır.

Bu nedenle kastın dogmatikliği ile hukuk politikasının kavranmasını sağlamak amacıyla karşılaştırmalı hukuk bakış açısıyla bazı ortak ve önemli noktaları anlaşılır bir biçimde farklı bir konseptle her iki ceza muhakemesi kanununun incelenmesi, arzulamaya değerdir.

## II. KASTIN KANUNİ ESASI

Kastın detayına ilişkin meselelere geçmeden önce, ilk olarak KCK’da kast kavramını ve kast ile ilgili hataya ilişkin hükümlerin nasıl düzenlendiğinin ortaya konulması gerekmektedir.

### 1. Kast (KCK 13. md.)

KCK’nun 13. maddesi kastın şartlarını ihtiva etmektedir. Kastın koşulları, KCK’nun 13. maddesi, “suç iradesi”<sup>1</sup> başlığı altında “bir suçun kanunda belirtilen unsurlarının bilmeyerek işlenmesine yönelik hareket kanunun başka şekilde düzenlemedikçe cezalandırılmaz” şeklinde düzenlemiştir. KCK’nun 14. maddesi, taksirli hareketin cezalandırılabilirliğini düzenlemiştir. Buna göre, “suçun kanunda belirtilen unsurlarının toplumsal dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali sonucunda bilmeyerek işlenmesine yönelik hareket, ancak kanunun

<sup>1</sup> Bu bağlamda “suç iradesi”, bir suç işlemeye yönelik isteği ifade etmektedir. Bu eski terim, Japon Ceza Kanunu’nun 38. maddesinden kaynaklanmakta ve bugün kast ile eş anlamda kullanılmaktadır.

açıkça öngördüğü hallerde cezalandırılır". KCK'nın 13. ve 14. maddeleri arasındaki düzenleme biçimi, tüm suçların kural olarak kasten işlenmesinin cezalandırıldığını sonucunu doğurur. Bunun sonucu olarak Kore'de ceza kanununun manevi unsurları düzenleme sistematigi, Alman Ceza Kanunu'nun (Alm. CK) 15. maddesi ile benzerlik arz etmektedir.

Kore ceza hukuku öğretisi ve uygulamasında KCK'nın 13. maddesinde kastın esaslarının düzenlendiği hususunda şüphe bulunmamaktadır. Ancak KCK'nın 13. maddesinin kastın tanımını ihtiva edip etmediği tartışmalıdır. Ancak bu soruların nedenini, KCK'nın 13. maddesinde kastın kavramsal içeriğinin öğretilde tanımlandığı şekilde "suçun kanuni unsurlarının gerçekleştirmeye yönelik bilme ve isteme" olarak tam olarak düzenlenmemesi oluşturmaktadır<sup>2</sup>. Kast düzenlemesinin kısmen belirsiz olmasına rağmen, kanunun kast için asgari şartları "bir suçun kanunda belirtilen unsurlarının bilmeyerek işlenmesine yönelik hareket kanunun başka şekilde düzenlemedikçe cezalandırılmaz" olarak öngörmesi nedeniyle KCK'nın 13. maddesinden, sadece kastın kanuni esasları değil; aynı zamanda kastın tanımını da maddenin içeriğinden anlaşılmaktadır.

## 2. Hata (KCK 15/1 md.)

KCK'nın 15. maddesinin 1. fıkrasına göre (Fiili Hata), "kişinin suçun nitelikteki halini meydana getiren unsurların bilmeksizin suç işlemesi halinde suçun nitelikli halinden dolayı kişiye ceza verilmez." KCK'nın 15. maddesinin 1. fıkrasında suçun maddi unsurlarında hatanın düzenlendiği hususunda öğretilde birlik vardır. Ancak yine de suçun maddi unsurlarında hatanın unsurlarının ne olduğu belirsizdir. Genel kanaate göre KCK'nın 13. maddesi, "suç işleme iradesi" şeklindeki başlığına rağmen, içeriksel olarak suçun maddi unsurlarında hataya ilişkin halleri kapsar. Zira suçun maddi unsurlarında hata, kastın özünü ortaya koyaktadır. KCK'nın 15. maddesinin suçun unsurlarında hataya ilişkin olarak genel bir çözüm modeli içermediği; bilakis failin suç işlerken nitelikli hali bilmediği şeklindeki somut

<sup>2</sup> Meselenin ele alınışını krş. Chae-Gyu **Mun**, Reform der Regelung zu Vorsatz, Fahrlässigkeit und Tatbestandsirrtum, Zeitschrift für Strafrecht, 2004. 12, 134 (127).

olaylar için özel bir yol olduğu göz önüne alındığında bu durum daha da netlik kazanacaktır.

Ayrıca, KCK'nın 16. maddesinde yasak hatası düzenlenmiştir; ancak maddenin başlığı, eski moda bir tabirle "hukuki hata" olarak seçilmiştir: Eğer bir kişi, yürürlükteki kanunlar çerçevesinde hiçbir suç işlemediği inancıyla bir harekette bulunuyorsa ve bu inancı haklı gerekçelere dayanmaktaysa (sadece o zaman) cezadan muaf tutulacaktır. Bu "haklı gerekçelerin" neler olduğunu ve hangi standartlara göre değerlendirileceğini belirlemek zordur. İctihatlara göre bu karar kişinin yaşam şartları ve bulunduğu özel durum içerisinde, bireysel yetenekleri de göz önünde bulundurarak davranışının haksızlığını ve kanuna aykırılığını tespit edip edemeyeceğine bağlıdır. Eğer suçlu bildiği kanunlara ve bu kanunların geçerliliğine, yargı kararına veya bir bilirkişinin kanaatine güvenerek bu davranışta bulunduysa haklı gerekçesi bulunmaktadır.

### III. KASTIN UNSURLARI

Kore ceza hukuku öğretisinde kabul edilen görüşe göre kast, suç maddi unsurlarının gerçekleştirilmesine yönelik bilme ve isteme şeklindeki iki unsurdan meydana gelmektedir. Ancak KCK'nın 13. ve 15/1. maddelerinde sadece bilme unsurunun (yani "bilmeme" şeklinde), açıkça öngörülmesi nedeniyle isteme unsuru olmadan kastın söz konusu olup olamayacağından şüphe edilebilir. Kanaatimce KCK'nın 13. ve 15/1. maddelerinde yalnızca bilme unsuruna yer verilmesine rağmen, isteme unsuru da kasta dahildir. Zira suçun oluşması, hareketi gerçekleştiren failin istemesine bağlıdır.

### IV. KASTIN TÜRLERİ

Kore ceza hukuku öğretisinde kastın türleri bakımından önemli görüş farklılıkları mevcuttur.

#### 1. Kastın Üç Türü

Tipikliğin gerçekleşmesini bilme ve isteme şeklindeki her iki unsur da, farklı yoğunluk derecelere ayrılmaktadır. Bilme ve istemenin

yoğunluğuna göre kast, 1. derece doğrudan kast (dolus directus I), 2. derece doğrudan kast (dolus directus II), ve olası kast (dolus eventualis) olmak üzere üç gruba ayrılır.

1. derecede doğrudan kastta fail, tipik hareketi ya da tipik neticeyi amaçlamaktadır. Bu kast türünde kastın isteme unsuru baskındır. Suçun oluşması için saikin varlığı gerekli değildir. KCK'nın 225. maddesine (resmi belge düzenlemesi ya da tahrip edilmesi) göre başka bir kullanım amacıyla sahte resmî belge ya da yazı düzenleyen yahut resmî bir belgeyi bozan kişi on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Başka bir kullanım amacı, evrakta sahtecilik suçunun maddi unsuru değil; 1. derecedeki doğrudan kasttaki maksadı oluşturur.

2. derecede doğrudan kast, failin suçun kanuni unsurlarının gerçekleşeceğini bilmesi veya mutlak olarak öngörmesidir. Bu kast türünde kastın bilme unsuru baskındır. Kore Devlet Güvenlik Kanunu'ndaki bazı suçlarda çoğunlukla doğrudan kast söz konusudur.

Olası kast (dolus eventualis) olarak adlandırılan bu kast türünde fail, tipik neticenin meydana geleceğinden emin olmamakla birlikte; nihai neticenin gerçekleşeceğini muhtemel addeder. Olası kastta, bir taraftan 2. derece doğrudan kasttaki gibi biraz daha bilme unsuru belirgin iken; diğer taraftan da 1. derece doğrudan kasttaki gibi isteme unsuru biraz daha zayıftır. Kore ceza hukukunda geniş ölçüde kastın üç türü kabul edilmiştir. Ancak yargı kararlarında, olası kast cezalandırılabilirlik koşulu olarak benimsenmiştir.

## 2. Olası Kast ile Bilinçli Taksir Arasındaki Ayrım

Olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayrım, suç teşkil eden hareket şekillerinin (Kasti ve taksirli suçlar) sınıflandırılması ve bu şekilde ilgili ceza miktarının belirlenmesi içindir. Olası kastta ne bilme ve ne isteme unsurlarından birinin bütünüyle belirgin olmasından dolayı, öğreti ve uygulamada hangi şekilde olası kastın, bilinçli taksirden ayrılacağı bir mesele teşkil etmektedir. Bilinçli taksir, burada failin ciddi bir biçimde ilgili neticenin meydana gelmeyeceğine ya da neticenin akim kalacağına güvenmesi anlamına gelir.

Olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayrım ile ilgili Kore ceza hukuku öğretisinde bir dizi görüş bulunmaktadır. Ben bu görüşleri

detaylı olarak değil; kabaca ortaya koymayı istiyorum. Kore ceza hukuku öğretisinde, şuanda kimse olası kastın kabulü için isteme unsurunu içermeyen imkan veya ihtimal teorisi gibi tasavvur teorilerinden birini savunmamaktadır. Daha ziyade, kast ile bilinçli taksir arasında irade yönüyle farklılığı benimseyen irade teorisi kabul edilmektedir. İrade teorisini failin neticenin gerçekleşmesini mümkün görüp ve kabullenerek neticenin gerçekleşmesine katlanması halinde olası kastı kabul eden kabullenme teorisinin görüşü<sup>3</sup> takip etmektedir. Bir başka görüş<sup>4</sup> ise failin bir hukuki değer ihlali olasılığını ciddiye almakla birlikte neticenin gerçekleşmesine katlandığı zaman olası kastı savunan ciddiye alma teorisini benimsemektedir.

Olası kast ile adi taksir arasındaki fark, failin neticenin meydana geleceği bilgisine sahip olup olmamasına dayanır. Buna göre, fail neticenin meydana geleceği bilgisine sahip değil ise taksirli olarak hareket etmektedir. Buna karşılık olası kastta olduğu gibi bilinçli taksirde de neticenin meydana gelme imkânının ya da ihtimalinin bilinmesi gerekir. Bu bakımdan bizatihi bilme unsuruna vurgu yapan tasavvur teorisini aracılığıyla olası kast ile bilinçli taksir arasındaki fark verimli bir biçimde ortaya konulamaz. Olası kast ile bilinçli taksir arasındaki fark, yalnızca irade bakımından kaynaklanmaktadır.

Bununla birlikte, kabullenme teorisinde kabullenme iradesi ve katlanma ciddiye alma teorisinde katlanma iradesi, tam anlamıyla kavramsal olarak ve gerçeklere dayanarak (empirik) nasıl sınırlandırılması gerektiği sorusu sorulmalıdır. Katlanma iradesi ve kabullenme iradesi kavramları arasındaki terminoloji farklılığına rağmen her ikisinin kavramsal öğelerinde bir farklılık olduğundan gündelik yaşamda bahsedilemez. Zira fail her ikisinde de neticenin meydana gelmesini kabullendiği için bu iki kavram maddi açıdan birbirine benzer niteliktedir.

<sup>3</sup> Sang-Ho **Kim**, AT(2005), 120; Seong-Don **Kim**, AT(2009), 195; Jong-Dae **Bae**, AT(2008), 256; Dong-Woon **Shin**, AT(2010), 188; Dong-Jun **Ahn**, AT(1998), 81; Young-Keun **Oh**, AT(2009), 180; Woong **Yim**, AT(2010), 134; Soung-Kwon **Choung/Kwang-Min Park**, AT(2011), 175; Young-Il **Chung**, AT(139).

<sup>4</sup> Seong-Cheon **Kim/Hyung-Joon Kim**, AT(2005), 183; Il-Su **Kim/Bo-Hack Suh**, AT(2006), 197; Sang-Ki **Park**, AT(2009), 118; Dong-Kwun **Son**, AT(2005), 151; Jae-Sang **Lee**, AT(2009), 164.

### 3. Yüksek Mahkeme Kararlarında Olası kast

Yüksek mahkeme kararlarında olası kast konusunda, hâlihazırda birlik bulunmamaktadır. Kore Yüksek Mahkemesi (KYM), 25.6.1985 tarihli bir kararında, olası kastın failin tipik neticenin meydana geleceğini öngörmediği ancak; neticenin meydana gelme imkânı olduğu hallerde söz konusu olduğunu kabul etmiştir.

Olası kastın kabulü için failin neticenin meydana geleceğini sadece mümkün görmesi değil; aynı zamanda neticenin meydana geleceğini kabullenmeye yönelik bir iradeye de sahip olması gerekir<sup>5</sup>. Bu noktada Kore Yüksek Mahkemesi kabullenme teorisini takip etmektedir. Mahkemenin özellikle insan öldürme olayları ile ilgili yeni tarihli kararlarında<sup>6</sup>, mahkeme “neticeyi kabullenmeyi” kast için zorunlu bir kriter olarak kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme, failin psikolojik durumundan bağımsız olarak kastın varlığında failin neticenin meydana gelme olasılığına ya da öngörüsüne sahip olup olmadığı araştırmaktadır. Yüksek Mahkemenin bu görüşü, tasavvur teorisinden biri olan imkân teorisi ile örtüşmektedir<sup>7</sup>.

## V. REFORM TARTIŞMALARINDA KAST

Kore’de bir ceza hukuku reformu söz konusu olduğunda, suçun manevi unsurunun hal hazırdaki şeklindeki gibi mi yoksa ideal hukuka göre mi değiştirilmesi gerektiği sorusu gündeme gelir. Burada reform tartışmalarında kastın hangi unsurlarına yoğunlaşıldığı ve hangi sonuçların çıkarıldığı kısaca ortaya konulacaktır.

### 1. Madde Başlığının Değiştirilmesi

KCK’nin 13. maddesindeki “suç işleme iradesi” şeklindeki madde başlığının değiştirilmesine yönelik bir itiraz söz konusu olmadı.

<sup>5</sup> KYM, 25.06.1985 (85 Do 660).

<sup>6</sup> KYM, 21.07.1987 (87 Do 1091); KYM, 22.12.1994 (94 Do 2511); KYM, 22.03.1994 (93 Do 3612); KYM, 09.06.1998 (98 Do 980); KYM, 28.09.2001 (2001 Do 3997).

<sup>7</sup> Sang-Ki Park, Die Rechtsnatur des Vorsatzes und der Standpunkt der höchststrichterlichen Rechtsprechung, Zeitschrift für Rechtsprechung zum Strafrecht, Nr.10, 2002. 6., 55 (42).

Kanunun terminolojisi olan “suç işleme iradesi” başlığı, bir taraftan kasta göre daha sınırlı bir anlamı ifade etmesi; diğer taraftan halk dilinde kast, daha genel olarak anlaşılan bir tabir olması nedeniyle “suç işleme iradesi” başlığı, kast olarak değiştirilmelidir<sup>8</sup>. KCK’nın 13. maddesinde kastın kanuni unsurları yetersiz olarak düzenlendiğinden KCK’nın 13. maddesinin düzenlemesinin içerisinde de Alm. CK’nin 16. maddesinde olduğu gibi suçun maddi unsurlarında hatanın düzenlenmesi gerekir<sup>9</sup>. Bunun yerine KCK’nın 13. maddesinde, Alm. CK’nin 15. maddesinde olduğu gibi sadece sübjektif isnadiyet düzenlenmelidir.

Bunun dışında fiili hatanın, KCK’nın 15/1. maddesinde suçun maddi unsurlarında hata olarak; hukuki hatanın da KCK’nın 16. maddesinde yasak hatası olarak değiştirilmesi gerekir.

## 2. Kore Ceza Kanununda Kastın Kanuni Tanımının Ortaya Konulması

Ceza hukuku reformu hazırlık komisyonu ve Kore toplumu kastın kanuni tanımının ceza kanununda yer almasını değil; bilakis bunun içtihatlarla ve öğretiyeye bırakılmasını kabul etti. Bunun bir nedeni, kast kavramını eksiksiz bir şekilde tanımlamanın zorluğu idi. Zira öğretide olası kastın içeriği konusunda bir birlik bulunmamaktadır. Ancak yine de kast kavramının KCK’de tanımlanması imkânı üzerinde düşünülmelidir. Kastın kanunda düzenlenmesi açısından karşılaştırmalı hukukta iki eğilim mevcuttur.

Birinci eğilimi Alm. CK’de bulabiliriz. ACK’nın 15. maddesine göre, kanunun açıkça taksirli fiilin cezalandırılacağını öngörmediği hallerde yalnızca kasten gerçekleştirilen fiiller cezalandırılabilir. Kastın şartlarının Alm. CK’da nispeten basit olarak düzenlenişi sebebiyle, KCK’nın 13. maddesi ile benzerlik arz etmektedir. Kore’de ve Almanya’da kanun koyucu, ceza kanunun ilgili hükümlerinde cezalandırılabilirlik bakımından önem arz eden kast ve hata konularının açıklanmasını bilerek öğretiyeye ve mahkeme kararlarına bırakmıştır.

<sup>8</sup> **Vorbereitungskommission zur Strafrechtsreform**, Entwurf zum Strafgesetzbuch, in: Ministerium der Justiz (Hrsg.), Materialien zur Strafrechtsreform, 1992, 31.

<sup>9</sup> **Vorbereitungskommission zur Strafrechtsreform**, a.g.e., 31.



Diğer bir eğilim ise, kastı ve hatayı mümkün olduğunca kesin bir biçimde ceza kanununda açıkça düzenlemeği amaçlamaktadır. Avusturya'da ve Türkiye'de yeni yapılan ceza kanunlarında kastın tanımı ve bununla bağlantılı manevi unsurlar açıkça düzenlenmiştir. 23.1.1974 tarihli Avusturya Ceza Kanunu, 4. ve 9. maddeleri arasında Alm. CK'dan çok daha ayrıntılı olarak kast kavramını düzenlemiştir. Avusturya Ceza Kanunu'nun 1. maddesine göre suçun kanuni tanımında yer alan bir unsuru gerçekleştirmeyi isteyen kişi kasten hareket etmektedir. Bu kanuni tanımda olası kastta bilme ve isteme olarak yoğunluk dereceleri sınıflandırılan kastın bütün olarak tanımlanması söz konusudur. Avusturya Ceza Kanunu'nun 5/2. maddesi gereğince fail, kanunun kasti hareketler için öngördüğü koşulları ve neticeyi gerçekleştirmesi kendisine bağlı olduğu hallerde kasten hareket etmiştir. Bunun yanı sıra fail, kanunun bilmeyi şart koştuğu durum ve neticenin gerçekleşmesini mümkün görmekle yetinmediği; bunların varlığını ve gerçekleşmesini kesin gördüğü hallerde, bilerek hareket etmiştir.

2005 yılında yürürlüğe giren yeni Türk Ceza Kanunu'nda kast, suçun manevi unsuru olarak öngörülmeyle birlikte kanun kastın tanımını da içermektedir. Buna göre, suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (TCK 21/1)<sup>10</sup>.

Kastın tanımının açıkça kanunda düzenlenmesi, pratik açıdan belirlilik ve hukuk güvenliğini ilkelerini yerine sağlanması bakımından önem taşımaktadır. Ceza kanununda kastın yalın bir biçimde tanımlanması, kast ile bağlantılı problemlerin çözümü bakımından her derde deva niteliğinde bir çare olmamakla birlikte buna yönelik bir denemenin dilemeye değer olduğuna itiraz edilemez.

## VI. SONUÇ

Kast, dogmatığı ve hukuk politikası ile Kore ceza hukukunun en zor problemlerinden birini oluşturmaktadır. Dogmatik açıdan kast, kusur kavramının netleştirilebildiği ölçüde açıklığa kavuşmuştur. Olası kast ile bilinçli taksir arasında net bir ayrımın nasıl yapılacağı,

<sup>10</sup> Silvia Tellenbach, Das türkische Strafgesetzbuch Türk Ceza Kanunu, 2008, 6.

tartışmalı olaylarda kast ve kusurun nasıl uygulanacağı bu güne kadar tam olarak çözümlenememiştir. Hukuk politikası açısından kavram değişiklikleri ve kastın kanuni tanımının yapılması hususu, bir mesele teşkil etmektedir. Nitekim bugüne kadar da bir başarı sağlanamamıştır. Ceza hukukunun en ağır müdahale aracı olduğu dikkate alınmak suretiyle devletin cezalandırma yetkisinin öngörülebilirliğini güvence altına almak için, karşılaştırmalı hukuk yoluyla bir taraftan kast dogmatığı geliştirilmeli, diğer taraftan da kastın kanuni bir tanımının yapılması yoluyla hukuk politikası etkin bir duruma getirilmelidir.