

CEZA SORUMLULUĞUNUN GELİŞİMİ

*Yrd. Doç. Dr. Nazmiye ÖZENBAŞ**

ÖZET:

Ceza hukuku bütün unsurları ve konularıyla sorumluluk sorunu üzerine kurulmuş bir hukuk dalıdır. Ceza hukukunun gelişim aşamalarının incelenmesi bir anlamda ceza sorumluluğunun hangi esasa dayandığının incelenmesi anlamını da taşır. Cezai sorumluluğun geçirdiği aşamaları dört ana başlıkta toplamak mümkündür: 1) Başkasının fiilinden sorumluluk, 2) Objektif sorumluluk, 3) Kusurlu sorumluluk ve 4) Kişilik yönünden sorumluluk.

Günümüz ceza hukukunda “sübjektif sorumluluk” anlayışı egemendir. Kusurluluk sorununun ceza hukukunun kaderini belirleyen bir sorun olduğu kabul edilmektedir ve bu bağlamda kusurluluk kavramının içeriğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Kusurluluk kavramının içeriğini belirleme konusunda da psikolojik teori ve normatif teori önem arz etmektedir. Psikolojik teori fail ile fiil arasındaki sübjektif ilişkiyi kusurluluk olarak tanımlamıştır. Normatif teoriye göre ise kusurluluk, fail ile fiil arasındaki psikolojik bir ilişki değil, bu ilişki hakkındaki değer yargısıdır, yani failin bundan dolayı kınanmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Ceza Sorumluluğu, Kusurluluk, Sübjektif Sorumluluk, Psikolojik Teori, Normatif Teori.

ABSTRACT:

The criminal law is the body of law that focuses on the issue of responsibility with all its components and content. Examining the development stages of criminal law also means examining on which principles criminal responsibility is based. The phases of criminal responsibility fall under four categories: 1) Responsibility for another person's act, 2) Objective responsibility, 3) Faulty responsibility, and 4) Personal responsibility.

What dominates today's criminal law is “subjective responsibility”. It is commonly accepted that the problem of faultiness determine the fate of criminal law, and thus it is of particular importance to define the scope of the concept of faultiness. The psychological theory and the normative theory play an important role in determining the scope of faultiness. The psychological theory defines the subjective relationship between the actor and the act as faultiness. According to the normative theory, the relationship between the actor and the act is not a psychological relationship, but a value

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

judgment about the relationship, that is condemning the actor because of the relationship.

Keywords: Criminal Responsibility, Culpability, Subjective Responsibility, Psychological Theory, Normative Theory.

GİRİŞ

Ceza hukuku sorumluluk sorunu üzerine kurulmuş bir hukuk dalıdır. Ceza hukukunun gelişim aşamalarının incelenmesi bir anlamda ceza sorumluluğunun hangi esasa dayandığının incelenmesi anlamını da taşır.

Günümüzde ceza sorumluluğunun fiile dayalı sübjektif sorumluluk olması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak bu anlayış bir anda ortaya çıkmış değildir. İnsanlık tarihi ile birlikte hukuk da bir değişim ve gelişim göstermiştir. Özellikle Rönesans, Reform ve Aydınlanma çağının, ceza hukukunun gelişiminde çok önemli rol oynadığı muhakkaktır. Bu dönemde ortaya çıkan ceza hukuku okulları, modern ceza hukukunun temellerini atmıştır. Bugün gelinen noktada ise ceza sorumluluğunun temelini oluşturan kusur ve kusurluluk kavramlarının içeriğine dair tartışmalar önem kazanmıştır.

I. CEZA SORUMLULUĞUNUN ESASI

Ceza hukukunda bütün sorunlara bulunacak çözüm şekilleri ceza hukukunda sorumluluk konusunda kabul edilen görüşle sıklıkla ilişki içindedir¹. Nitekim modern ceza hukuku anlayışının temellerini oluşturan görüşleri içeren klasik ve pozitif okulun ceza sorumluluğunun esası konusundaki anlayışlarının farklı olmasına bağlı olarak, ceza hukukunun diğer alanlarında da birbirine zıt sonuçlara varılmaktadır².

Ceza sorumluluğunun esası konusu aslında irade özgürlüğü ve determinizm konularıyla sıkı bir bağlantı halindedir. Ceza hukuku tarihi bu açıdan üç ayrı görüş etrafında toplanmaktadır. Bu görüşler: a) Suçlunun hareketlerini seçme konusunda mutlak anlamda özgür bir varlık olduğunu benimseyen anlayış, b) suçlunun mutlak anlamda “determine” olduğunu benimseyen anlayış ve c) suçlunun tamamen özgür olduğunu reddeden, aksine somut şartlara göre genişleyen veya yok olma derecesine kadar daralan bir özgürlüğe sahip bulunan somut bir insani kişilik olduğunu benimseyen anlayıştır³.

Failin, davranışlarını seçme konusunda söz konusu olan bu tartışmalardan Klasik Okul ve Pozitif Okul adı verilen ve birbirinin karşıtı olan ceza hukuku akımları ile arabulucu bir akım olan Üçüncü Okul ortaya çıkmıştır⁴.

¹ Sulhi Dönmezer (1949). *Cezai Mesuliyetin Esası*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 432, Hukuk Fakültesi No: 96, Doktora İhtisası Kurları Serisi No: 13, s. 2.

² Aynı, s.3

³ Nevzat Toroslu, “Ceza Hukukunda Okullar”, *Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 716, 1988), s. 368.

⁴ Ceza hukuku Fransız İhtilali’nden ve özellikle pozitif okulun şekillenmeye başladığı dönemlerden beri daima bir reform çabası içerisinde bulunmaktadır. Pozitif okulun doğuşu bu reform hareketlerinin tek nedeni olmasa dahi reform hareketlerini oldukça hızlandırmıştır. Ül-

Aydınlanmanın neden olduğu politik-kültürel ortamda gelişen Klasik okul, “irade özgürlüğü” varsayımından, yani insanın hareketlerini seçmede tamamen özgür olduğu düşüncesinden hareket etmektedir⁵. Bu teoriye göre ceza sorumluluğunun esası kusura ve dolayısıyla sübjektif sorumluluğa dayanmaktadır⁶. Buna karşılık pozitif okul ceza sorumluluğunun esası olarak toplumsal savunmayı kabul etmiş ve buna bağlı olarak failin sosyal sorumluluğu üzerinde durmuştur⁷.

Klasik teoriye göre ceza sorumluluğunun varlığından söz edebilmek için maddi nedensellik bağının, isnat yeteneğinin ve fail ile fiil arasında psikolojik bir bağın bulunması gerekmektedir⁸. Failin suçtan çekinmesinin gerekli ve mümkün olduğu halde suçtan çekinmemiş olması durumunda kusurlu olduğu kabul edilir. O halde failin kusurlu olduğu saptanırken, failin işlediği fiilin suç teşkil ettiğini anlayabildiği, buna rağmen bu fiili işlediği veya bundan sakınmak konusunda iradesini kullanmadığı, bu nedenle de fiili ile netice arasında psikik bağın bulunduğu ifade edilmiştir⁹. Faile verilecek ceza da failin kusuru dikkate alınarak verilecektir¹⁰. Ceza kefalet esasına dayanır. Bu nedenle ceza acı verici, kişisel, orantılı ve geri alınmaz olmalıdır¹¹.

Klasik okul, uygarlığın kazanımları olan, garanti edici ve gelişmiş bütün ceza hukuklarının temelini oluşturan fiilin maddiliği, ihlal ediciliği, kusurluluk,

kemizde de sıkça yapılan reform hareketlerinin temellendirilmesi için kanun koyucunun mutlaka cezai sorumluluğun esası konusunda bir görüşe sahip olması gerekmektedir. Bu konuda sağlam bir temele sahip olmayan kanun koyucunun kanun metni içinde birbiriyle çelişen hükümler koyması kaçınılmazdır. Dönmezer, a.g.e., s. 5.

⁵ Tahir Taner, *Ceza Hukuku*, İstanbul: İstanbul Akgün Matbaası, 1953, s. 33; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. baskı, Ankara: Yetkin yayınevi, 2012, s. 73.

⁶ Taner, *Ceza Hukuku*, s. 33; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, TCK m. 1-75, 3. baskı, İstanbul: Beta, 2013, s. 36-37; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s.12; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 9. baskı, Ankara, Seçkin yayınevi, 2013, s. 74; Zeki Hafizoğulları-Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. baskı, Ankara: U.S.A. yayıncılık, 2012, s. 126; Veli Özer Özbek- M. Nihat Kanbur- Pınar Bacaksız- Koray Doğan-İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin, 2013, s. 112.

⁷ Nevzat Toroslu, “Ceza Hukukunda Okullar”, s. 369; Dönmezer, a.g.e., s. 3; Devrim Aydın, “Ceza Hukukunda Okullar”, *CHD*, Y.6, S.5, (Nisan 2011), s. 48; Özbek-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, a.g.e., s. 113.

⁸ Kişinin isnat yeteneğine sahip olabilmesi için irade serbestisine sahip olması gerekir. İrade serbestisine sahip olmak, bir kimsenin bir hareketi yapıp yapmamakta yetkin olması, hareketine istediği yönü verebilmesi demektir. Isnat yeteneğinin varlığından söz edebilmek için failin ayrıca temyiz kudretine de sahip olması gerekir. Temyiz kudretinin iki değişik anlamda algılandığını görmekteyiz. Bir anlayışa göre temyiz kudreti, iyiyi kötünden ayırt edebilme yeteneğidir; diğer bir anlayışa göre ise fiilin suç teşkil edip etmediğini anlayabilme kudretidir. Dönmezer, a.g.e., s. 20-21.

⁹ Dönmezer, a.g.e., s. 21; Zafer, a.g.e., s. 38; Hafizoğulları-Özen, a.g.e., s. 126.

¹⁰ Dönmezer, a.g.e., s. 26.

¹¹ Toroslu, “Ceza Hukukunda Okullar”, s. 369.

isnadiyet, cezanın şahsiliği, belirliliği ve orantılılığı gibi bazı ilkeleri ortaya koymuştur¹².

Klasik okulun görüşleri özellikle, irade özgürlüğünün bir hayal olduğu, bilimin bunun aksini gösterdiği, cezanın bir kefalet değil, toplumsal bir savunma aracı olduğu ve faildeki kusurun ve derecesinin araştırılmasının imkânsız denecek kadar güç olduğu yönünde eleştirilmiştir¹³. Ayrıca klasik okul failin kişiliği üzerinde durmamaktadır¹⁴. İnsanın mutlak anlamda özgür olduğu varsayımı, sorumluluğun derecelenmesi ve cezanın bireyselleştirilmesi yönünden, insan davranışlarının iradi olmayan iç veya dış nedenlerle şartlandırıldığını görmezlikten gelme sonucunu doğurmaktadır. Klasik okulun eleştirilen bir başka yönü ise, bu okulun cezayı genel ve özel önlemenin yegâne aracı olarak kabul etmesidir¹⁵.

Söz konusu eleştiriler pozitif okulun doğmasına neden olmuştur. Bu okula göre suç, failin özgür ve sorumlu bir seçiminin sonucu olarak değil, belirli nedenlerin kaçınılmaz sonucu olarak ortaya çıkar¹⁶. Pozitif okul ceza sorumluluğunun esasını sosyal sorumlulukta görürler. Devlet, irade özgürlüğüne sahip olmadığı genel olarak kabul edilen insanı, toplumu korumak için cezalandırır¹⁷. Zira bu görüşe göre özellikle doğuştan suçlular, irade ve hareketlerinde serbest olmadıkları için, ceza tahdidinin kendileri üzerinde etkisi bulunmamaktadır ve onları suç işlemekten alıkoyamayacaktır¹⁸. Cezanın ölçüsü ise failin tehlikelilik hali ve topluma uyum imkânıdır. Sosyal tehlikelilik, failin bir kısım nedenlerle suç fiillerini işlemeye itilmesi ihtimalini ifade eder¹⁹. Okulun öncülerinden Garofalo, ceza sorumluluğunun ve tehlikeliliğin esasını, suçludaki ahlak bozukluğuna bağlamıştır²⁰. Tehlikelilik hali failin mensup bulunduğu sosyal sınıfa göre değişir²¹. Tehlikelilik halinin ceza sorumluluğunun ölçü ve derecesini belirleme bakımından bir kriter olması neoklasikler tarafından eleştirilmiştir. Neoklasiklere göre tehlikelilik

¹² Toroslu, "Ceza Hukukunda Okullar", s. 369; Aydın, a.g.m., s. 49.

¹³ Dönmezer, a.g.e., s. 32.

¹⁴ Soyaslan, a.g.e., s. 74.

¹⁵ Ancak uygulamada örneğin Klasik Okuldan esinlenen 1889 tarihli Zanardelli Kanunu, cezadan sonra veya cezanın uygulanmaması halinde uygulanabilecek bazı önleyici tedbirler öngörerek bu sorunu aşmıştır. Toroslu, "Ceza Hukukunda Okullar", s. 369.

¹⁶ Pozitif okulun kurucusu Lombroso'dur. Daha sonra Garofalo ve Ferri teorisinin eleştirilen yönlerini düzelterek teoriye asıl şeklini vermişlerdir. Dönmezer, a.g.e., s. 34; Soyaslan, a.g.e., s. 74; Zafer, a.g.e., s. 40.

¹⁷ Artuk, Ceza Hukukunun Tarihi, s. 12.

¹⁸ Taner, Ceza Hukuku, s. 40.

¹⁹ Toroslu, "Ceza Hukukunda Okullar", s. 370; Demirbaş, a.g.e., s. 75-76.

²⁰ Aydın, a.g.m., s. 50.

²¹ Dönmezer, a.g.e., s. 51.

halini gerek kanun gerek öğretide kesin şekilde belirleme ve tanımlama imkânı bulunmamaktadır. Ayrıca tehlikelilik halinin belirlenmesi ve buna verilecek değer konusunda hâkime keyfi bir yetki verilmiştir²².

Birbirinin karşısı olan klasik ve pozitif okulun görüşlerinin eleştirisi ile bu okullar arasında dengeyi sağlayan yeni bir anlayış olarak Üçüncü okul ortaya çıkmıştır²³. Üçüncü okul, ceza hukukunu bir yandan kusurlu irade ile (yani özgür irade varsayımına değil, zihinsel olarak sağlıklı ve normal olma kavramlarına dayandırılan irade ile) işlenmiş fiilden sorumluluğa, isnadiyete ve (isnat edilebilenler yönünden) ceza üzerine dayandırmış, böylece Klasik okulun temel ilkelerini benimsemiştir. Öte yandan da bazı faillerin sosyal tehlikeliliğini ve tehlikeli faillere karşı toplumu savunmanın gereği olarak emniyet tedbirlerini kabul etmiştir. Böylece Üçüncü okul, Pozitif okulun birtakım faydalarını, Klasik okulun anlayışı ile birleştirmiştir²⁴.

Daha sonra irade özgürlüğünü, doğuştan sahip olunan ve bütün insanlar bakımından, dolayısıyla suçlular için de, müşterek olan kişisel sorumluluk duygusuna dayandıran Yeni Sosyal Savunma görüşü ortaya çıkmış ancak bu görüş de özellikle geliştirim konusunda başarısız olmuştur²⁵.

Bugün “filin sübjektifliği” ilkesi ceza hukukunda önemli bir kavramdır. Bu ilke uyarınca failin kanuni tipte zararlı bir fiil gerçekleştirmesinin yanı sıra, söz konusu failin faile isnat edilebilmesi gerekmektedir²⁶.

Ceza hukuku kusur kavramına dayanmaktadır²⁷.

II. CEZA SORUMLULUĞUNUN GELİŞİMİ

Bilindiği gibi günümüz ceza hukukunda, sorumluluk bakımından “filin sübjektifliği ilkesi” veya “sübjektif sorumluluk” anlayışı egemendir. Bu ilke gereği, suçun varlığı için failin tipe uygun ve zararlı bir fiili gerçekleştirmesi yeterli değildir; bu fiilin psikolojik yönden de faile bağlanabilmesi gerekir. Bu durumda suçun oluşabilmesi için fiil ile fail arasında maddi nedensellik bağının varlığı yanında, psişik bir bağın da bulunması zorunludur²⁸. Ceza hukukunda

²² Dönmezer, a.g.e., s. 60.

²³ Önder, Ceza hukuku dersleri, s. 14.

²⁴ Toroslu, “Ceza Hukukunda Okullar”, s. 372; Demirbaş, a.g.e., s. 76.

²⁵ Toroslu, “Ceza Hukukunda Okullar”, s. 374-376.

²⁶ Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II.* (14. baskı). İstanbul: Beta, 1997, s. 143.

²⁷ Yener Ünver, “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”. *Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılda Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler. 26-27 Mart, 1997*. İstanbul: Beta 1997, s. 110.

²⁸ Ferrando Mantovani, *Diritto Penale, Parte Generale*. (4.ed.). Padova: CEDAM 2001, s. 293; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku*. (7. baskı). Ankara: Savaş 2005, s. 126.

sübjektif unsur konusundaki bu gelişme, ceza hukukunun gelişimiyle paralellik göstermiştir. Bu nedenle kusurluluk sorununun ceza hukukunun kaderini belirleyen bir sorun olduğu kabul edilmektedir²⁹.

Ceza sorumluluğunun tarihsel gelişimi incelendiğinde, bugünkü noktaya çeşitli aşamalardan geçilerek ulaşıldığı görülmektedir. Cezai sorumluluğun geçirdiği aşamaları dört ana başlıkta toplamak mümkündür: 1) Başkasının fiilinden sorumluluk, 2) Objektif sorumluluk, 3) Kusurlu sorumluluk ve 4) Kişilik yönünden sorumluluk³⁰.

1. Başkasının Fiilinden Sorumluluk-Kolektif Sorumluluk Dönemi

Başkasının fiilinden sorumlulukta, kişi, gerçekleşmesine hiçbir nedensel katkıda bulunmadığı, tamamen başkası tarafından gerçekleştirilen fiilden sorumlu tutulur. Bu sistemde kişinin cezalandırılabilmesi için failin ailesine, kabilesine dahil olması yeterlidir³¹. Bu sorumluk türü, devletin henüz oluşmadığı, kişinin belli bir ulus veya kabileye mensup olduğu çok eski dönemlerde ortaya çıkmıştır³².

Bu dönemde kusurun tanınmadığı³³ beyan edilmekle birlikte, aile içinde işlenen suçlarda çok ilkel düzeyde de olsa failde mevcut bir kusur duygusuna dayanıldığı da ileri sürülmüştür. Suç, farklı aile veya kabileye mensup olan şahıslar arasında veya bunların karşılıklı olarak kabile ve ailelerine karşı işlendiğinde neticenin isteyerek veya istemeyerek gerçekleştirilmesi arasında fark görülmemekte, fail her zaman cezalandırılmaktaydı. Daha doğrusu bu dönemde kişisel öç almanın iki grup arasında bir harp hakkından ibaret bulunduğu ve hatalı olarak ceza hukukuna ait bir kurum olarak değerlendirildiği, bu konunun kabileler arası devletler hukukuna ait bir konu olduğu ileri sürülmüştür³⁴.

Bu tür sorumluluğun günümüzde de, özellikle insanlığın sorunlu dönemlerinde, terörist amaçlarla yeniden ortaya çıktığı gözlemlenmektedir. Buna “rehinelerin kurşuna dizilmesi, kanlı misillemelerde bulunulması, siyasi suçlarla itham edilenlerin yakınlarına işkence edilmesi”³⁵ durumları örnek gösterilmektedir.

²⁹ Luis Jimenez De Asua, “Il Delitto Preterintenzionale”, *RIDPP*, Anno V. 3-14, 1962, s. 3.

³⁰ Toroslu, a.g.e., s. 126.

³¹ Mehmet Emin Artuk, “Ceza Hukukunun Tarihi”, *Ceza Hukuku El Kitabı*, İstanbul: Beta, 1989, s. 2.

³² Nevzat Toroslu, “Cezai Sorumluluğun Gelişimi”, *YD.*, S. 1-2, Ocak-Nisan, 1990, s. 121; Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukuku’na Giriş*, 7. Baskı, İstanbul: Beta, 2011, s. 8; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 29; Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. I. (13. baskı), İstanbul: Beta, 1997, s. 40 vd.

³³ Artuk, *Ceza Hukukunun Tarihi*, s. 2.

³⁴ bkz. Dönmezer, a.g.e., s. 9-10.

³⁵ Mantovani, a.g.e., s. 294.

Başkasının fiilinden sorumluluğun kesin olarak terk edilmesi gerekliliği uluslararası anlaşmalarda ifadesini bulmuştur. Nitekim Savaş Zamanında Sivil Kişilerin Korunmasına Dair 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesinde, “Hiç kimse kendisinin işlemediği bir suç nedeniyle cezalandırılamaz” ve “Terörizm veya baskı, tehdit şeklindeki her tür kolektif ceza yasaklanmıştır” hükümlerine yer verilmiştir³⁶.

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

2. Objektif Sorumluluk Dönemi

Cezai sorumluluğun gelişim aşamalarından ikincisini oluşturduğu kabul edilen objektif sorumluluk, kısaca, kişinin kendi iradi ve hukuka aykırı hareketinden doğan neticeden, bu netice ile arasında herhangi bir psikik bağ aranmaksızın salt nedensellik bağı dolayısıyla sorumlu tutulmasını ifade etmektedir^{37,38}. Yani bu sorumluluk türünde sadece failin ihmali veya icrai hareketi ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir³⁹. Objektif sorumlulukta, sadece zarara neden olma cezalandırmanın meşruluğunu doğurmaktadır. Bu nedenle bu tür sorumluluğa nedensellik bağı sorumluluğu da denilmektedir⁴⁰. Gerçekten objektif sorumluluk hallerinde, failin sebebiyet verdiği hareketin neticeleri yönünden, failin psikolojik durumu üzerinde herhangi bir araştırma yapılması aranmadığından, fail yapmış olduğu hareketin neticelerinden kusuru bulunmasa dahi sorumlu olmaktadır⁴¹. Cezanın uygulanması için gerekli olan tek şart failin sorumlu tutulduğu neticenin, onun iradi hareketinin ürünü olmasıdır⁴².

³⁶ Mantovani, a.g.e., s. 294.

³⁷ Francesco Antolisei, *Manuale Di Diritto Penale, PG.*, (16. ed.). (aggiornata da L. Conti), Milano: A. Giuffrè, 2003, s. 387; Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., (5. baskı), s. 415.

³⁸ Objektif sorumluluğun sadece bir nedensellik bağı sorumluluğu olmadığı, aslında objektif sorumluluk durumunda da kusurun var olabileceği ancak bu sorumluluğun araştırılmadığı yönünde de görüşler mevcuttur. Arturo Rocco, “L’Ogetto del Reato e della Tutela Giuridica Penale Contributo alle Teorie Generali del Reato della Pena”, *Opere Giuridiche, I.* Roma: Foro Italiano, 1932- 1933, s. 142-144; Nurullah Kunter, *Suçun Kamuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi yayınları: 430, Hukuk Fakültesi: 94, Doktora ihtisas kurları serisi: 12, 1949, s. 101; Giuseppe Maggiore, *Diritto Penale, vol. I*, Bologna: Zanichelli, 1958, s. 439.

³⁹ Antonio Pagliaro, *Principi di Diritto Penale, PG*, 8. ed., Milano: Giuffrè editore, 2003, s. 329; Fabrizio Ramacci, *Corso di Diritto Penale*. (4. ed.). Torino: Giappichelli editöre, 2007, s. 339.

⁴⁰ Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e. (5. baskı), s. 413.

⁴¹ Toroslu, Cezai sorumluluğun gelişimi, s. 122.

⁴² Antolisei, a.g.e., s. 352.

Objektif sorumluluk, ceza hukukunun ilkel dönemlerinde ve daha sonra da Cermen hukuk anlayışından etkilenen hukuk sistemlerinde görülen bir sorumluluk şeklidir⁴³. Objektif sorumluluk özel hukuk alanında doğmuş bir kavramdır ve özel hukuk öğretisinde bu sorumluluk türüne oldukça geniş yer verilmiştir⁴⁴. Objektif sorumluluğun ceza hukukundaki gelişimine ilk olarak hukuk tarihçileri dikkat çekmiş; daha sonra ise ceza hukukçuları bu konuyu incelemeye başlamıştır. Ceza hukukçularının öğretisel çalışmaları ile bu sorumluluk türü ceza kanunlarının yapım süreçlerinde de etkisini göstermiştir⁴⁵. İlk zamanlarda ceza hukuklarına kolektif sorumluluk anlayışı⁴⁶ ve Cermen hukukunun objektif sorumluluğa dayalı suç anlayışı hakim olmuştur. Gerçekten, Cermen hukukunda, failin kusuru dikkate alınmadan, sadece meydana gelen zararlı neticeye bakılmak suretiyle sorumluluk tespit edilmekteydi⁴⁷.

XV. yüzyılda Glossatörler ve Postglossatörler yaptıkları çalışmalarla Roma hukukunu adeta yeniden kurmuşlardır. Hümanizm düşüncesinin doğduğu⁴⁸ bu dönemde Glossatörler ve Postglossatörler⁴⁹ in çalışmaları sonucunda, suçun subjektif yönüne önem verilmiş, kast, taksir ve tesadüf ayrımı açık bir şekilde yapılmıştır. Bunun sonucunda da taksirli suçlara kasıtlı suçlardan daha az ceza verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Alman müşterek hukukunun⁵⁰ doğuşunu

⁴³ Mantovani, a.g.e., s. 294; Toroshu, a.g.e., s. 127.

⁴⁴ Giuglio Battaglini, “Qestione della ‘Responsabilità oggettiva’ nel Diritto Penale”, *FI*, Anno LXI, 1936, XIV, s. 33.

⁴⁵ Muharrem Özen, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara: US-A Yayıncılık 1998, s. 23.

⁴⁶ Kolektif sorumluluk, tamamen bireysel olarak vatandaş ile ödevlerin muhatabı ve hakların hamisi olarak soylu sınıfın aracılık ettiği devlet arasındaki ilişkinin egemen olduğu tarihsel dönemin özelliğini taşımaktadır. Kolektif sorumluluğun bir sonucu olarak ekonomik cezalar ağırlıkta olmuştur. Bu tür cezalar ortak değerlere sahip tüm kişiler üzerinde etkilerini göstermekteydi. Devlet ve birey arasındaki ilişki orta çağın sonlarından itibaren yavaş yavaş değişmiştir. Nitekim kolektif sorumluluk biçimlerinin devam etmesini artık soylu sınıfın varlığı ile açıklamak olanaksızdı. Bu nedenle, suçun ekonomik anlayışı ön plana çıktı ve bu durum zamanla geniş uygulama alanı buldu. Bu bağlamda devlet otoritesine karşı suçlar dışındaki adam öldürme suçu da dahil olmak üzere diğer tüm suçlar bakımından ekonomik yaklaşımın uygulanması mümkün hale gelmişti. Ekonomik yaklaşımın yetersiz olması halinde, onu diğer yaptırım türleri izliyordu. Özen, a.g.e., s. 23.

⁴⁷ Kayıhan İçel, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*, İstanbul: Cezaevi matbaası 1967, s. 38.

⁴⁸ Hümanizm akımının ceza hukuku üzerindeki etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mario La Monica, *Manuale di Diritto Penale, Vol. I, Introduzione al Diritto Penale*, Milano: Cedam, 2002, s. 14-20.

⁴⁹ 12. yüzyılda Roma hukuku yeniden incelenmeye başlandı. 1075’de Pisa’da bulunan Digesta isimli Roma hukuku eseri büyük ilgi uyandırdı. Roma hukuk eserlerini açıklayan hukukçular “Glossatörler” (1100-1250), ve onları izleyenler de “Postglassatörler” (1250-1450) olarak adlandırılır. Zafer, a.g.e., (3. baskı), s. 37.

⁵⁰ Roma hukuku ile yaşayan Avrupa hukukunun karışımıyla oluşan hukuk, müşterek hukuk olarak adlandırılır Demirbaş, a.g.e., s. 69.

sağlayan teorik alandaki bu çalışmalara karşılık, İtalya'daki çeşitli hukuki düzenlemeler objektif sorumluluk ve başkasının fiilinden sorumluluk hallerini bünyelerinde barındırmaya devam etmişlerdir. Gerçekten, kanunların çoğunda suç ve sorumluluk kavramları yönünden netice kriteri esas alınmış, cezaların kişiselliği ilkesine önem verilmemiştir⁵¹. Zaman içerisinde kolektif sorumluluğun ve suçun özel hukuk alanını ilgilendiren bir haksız fiil olduğu anlayışının⁵² terk edilmesi ile birlikte, cezai sorumluluğun kişiselleştirilmesi süreci başlamıştır. Bu dönemin ceza hukukçuları, ceza sorumluluğunun subjektifleştirilmesi sürecine daha çok uygulamadan doğan sorunları çözümlmek ve ceza kanunlarının sertliğini gidermek amacıyla yaptıkları öğretisel çalışmalarla katkıda bulunmuşlardır⁵³. Bu çalışmalar, dağınık durumda olan ceza kanunlarının bir bütün haline getirilmesi sürecini başlatmıştır. Ceza kanunlarının birleştirilmesine yönelik çalışmalarla birlikte, sorumluluk sorunu da somut olarak ele alınmıştır. Ancak bu çalışmalar, kusur sorumluluğunun tam anlamıyla kabul edilmesiyle sonuçlanmamıştır. Çünkü kanuni delil sisteminin kabul edilmiş olması nedeniyle, kanuni delillerin varlığı halinde, failin suçu işlediği sabit olmasa bile fail eyleminden sorumlu tutuluyordu⁵⁴.

Hümanizm hareketleriyle Rönesans ve tabii hukuk öğretileri, insan hak ve hürriyetleri ile Ceza hukuku uygulaması arasında yakın bir ilişkinin varlığını ortaya koymuş; devletin ceza verme hakkının esası ve cezanın amaçları üzerinde felsefi görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Bu dönemde, müsterek hukuk anlayışı da sert bir dille eleştirilmiş; kolektif sorumluluğun söz konusu olmaması gerektiği vurgulanmıştır⁵⁵. Klasik teori taraftarlarına göre, ceza hukuku bakımından insan, sebebiyet verdiği bir neticeden bu netice kendisine isnat edilebilmek koşuluyla sorumlu olur. Faile bir fiilin isnat edilebilmesi için ise,

⁵¹ Örneğin Sardenya Ceza Kanunu'nda kaza sonucu bir kimsenin yüzünü yaralayan kişinin elinin umuma açık bir yerde çivileneceğine dair hüküm bulunmaktaydı. Pisa Ceza Kanunu'nda ise bir suçlu yakalanmadığı takdirde oğlunun, o da yakalanamazsa suçlunun babasının cezalandırılacağı belirtilmekte idi.

Kayıhan İçel-Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, Birinci Kitap*, 5. baskı, İstanbul: Beta, 2006, s. 38, 44-45.

⁵² Roma hukukunda bir dönem suçun haksız fiil sayıldığını ve özel hukuk uyuşmazlığı olarak tazminatı gerektirdiği hakkında bkz. Demirbaş, a.g.e., s. 67-68; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 30.

⁵³ Özen, a.g.e., s. 26; bkz. Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi*, 3. Baskı, (Çev: Muhittin Gölcüklü), İstanbul: İnkılap ve Aka Kitabevleri, 1964.

⁵⁴ Özen, a.g.e., s. 26.

Müsterek hukuk döneminde zararlı bir netice meydana getirmeden de suç niyetini açığa vura-bilen her hareket suç sayılırdı. Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II*, (9. baskı), İstanbul: Beta, 1986, s. 216.

⁵⁵ Cesare Beccaria, *Dei Delitti e delle Pene e di Commento di Voltaire*, Roma, Newton, 1994, s. 21.

failin kusurlu olması gerekir⁵⁶. Söz konusu teoriye göre faile verilecek ceza ondaki kusurun derecesine göre belirlenmelidir⁵⁷.

Sonuç olarak objektif sorumluluğun, XVIII. yüzyıl sonlarına kadar geniş bir uygulama alanı bulduğu söylenebilir. Cezai sorumluluğun esasının kusura dayanan bir sorumluluk şekli olduğu düşüncesi egemen olmaya başladıktan sonra, gerek başkasının fiilinden sorumluluk hipotezleri, gerekse objektif sorumluluk hipotezleri ağır eleştirilere uğramaya başlamıştır. Bu sorumluluk türlerinin ceza kanunlarından çıkarılması ve bunların terk edilmesi düşüncesi genel kabul görmüştür. Ancak objektif sorumluluk hipotezleri ceza kanunlarından tamamen kaldırılmamıştır. Bir başka deyişle, bu tür sorumluluğun izlerini (örneğin, kastın aşılması suretiyle işlenen suçlar ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar) hâlâ bünyelerinde barındıran ceza kanunları bulunmaktadır. Bu kanunlar arasında İtalyan Ceza Kanunu da yer almaktadır⁵⁸.

XIX. yüzyılda Avrupa’da suçluluk oranının arttığı ve bu duruma klasik okulun ceza sorumluluğunu kusura dayandıran sisteminin sebep olduğu ileri sürülmüştür. Deneysel inceleme metodunun gösterdiği başarılarından etkilenen pozitif okul taraftarları⁵⁹ bu metodu ceza hukukuna da aktarmışlardır. Pozitif okula göre faildeki kusurun ve bunun derecesinin araştırılması imkânsız denecek kadar güçtür. Bu görüş taraftarları, sübjektif sorumluluğun bizi sınırlı bir sorumluluk sistemine götüreceğini ve bunun da sosyal hayat ve savunma bakımından ağır zararlarının olabileceğini savunurlar⁶⁰.

Pozitif okulun yukarıdaki fikirlerinin egemen olduğu dönemde yürürlüğe giren Rocco Kanunu zamanında objektif sorumluluk da, daha çok pozitif okul

⁵⁶ Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I.* (10. baskı). İstanbul: Beta, 1987, k.no. 96, s. 59.

⁵⁷ Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I.* (10. baskı), k. no. 97, s. 60.

⁵⁸ Zanardelli Kanunu özel hükümler kısmında, bu sorumluluğa dayanan birçok suç tipine yer vermiştir. 1889 İtalyan Ceza Kanunu (Zanardelli Kanunu)’nda klasik teori tam anlamıyla kendisini göstermiştir. Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I.* (10. baskı), k. no. 103, s. 64.

1889 tarihli Zanardelli Ceza Kanunu’nun 45. maddesinin 1. fıkrasında, cürmün cezalandırılması için fiilin kasten işlenmesi gerektiği belirtildikten sonra, fiilin faile başka şekilde isnat edilebileceğinin kanunla öngörülebileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle objektif sorumluluk hipotezlerinin formüle edilmesi bakımından 45. maddenin 2. fıkrasındaki “*kabahatlerde kast sabit olmasa bile herkes kendi fiil veya ihmaliinden sorumludur*” şeklindeki hükmün bu sorumluluk türünün hukuki temelini oluşturup oluşturmadığı tartışılmıştır. Zanardelli Kanunu’nun özel hükümlerinde de objektif sorumluluğu yeterli sayan pek çok suç tipi öngörülmüştür. Bu suç tiplerine kastı aşan suçlar örnek olarak gösterilebilir. Özen, a.g.e., s. 28-29.

⁵⁹ Pozitif okul hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I.* (10. baskı), k. no. 104-147, s. 64-90.

⁶⁰ Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I.* (10. baskı), k. no. 104-108, s. 64-67.

tarafklarlarının üzerinde durdukları bir konu olarak kendini göstermiştir⁶¹. Pozitif okul, ceza sorumluluğunun sübjektif sorumluluğa dayandığını savunan Klasik okula insan faaliyetleri açısından irade özgürlüğünün bulunmadığı gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Pozitif okula göre, suçla karşı gösterilen tepki yani yaptırım, zarar verici fiillerinden dolayı toplumun bireye karşı gösterdiği tepkiden ibarettir. Böylece pozitif okul tarafından teorik olarak ele alınan objektif sorumluluk özellikle Ferri'nin çalışmalarıyla "sosyal sorumluluk" olarak, daha sonra da 1921 Tasarısı ile "yasal sorumluluk" olarak öğretildeki yerini almıştır⁶². Ancak bu dönemde dahi objektif sorumluluk için hukuka aykırı "hareketin istenmiş olması" kriteri daima aranmıştır⁶³.

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, 42. maddesi başlığında⁶⁴ ve bu madde içeriğinde⁶⁵ objektif sorumluluğa yer vererek objektif sorumluluk türünü açıkça öngören ender ceza kanunlarından. İtalyan ceza hukuku öğretisi, objektif sorumluluğa ilişkin düzenlemeyi şiddetli bir şekilde eleştirmiştir⁶⁶. Bu eleştiriler,

⁶¹ Battaglini, a.g.m., s. 33.

⁶² Pozitif okul tarafından önerilen cezalandırma sistemi için bkz. Enrico Ferri, *Sociologia Criminale, Vol. II*, Torino: Bocca, 1900, s. 110 vd.

⁶³ Battaglini, a.g.m., s. 33.

⁶⁴ Madde başlığı "Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva" (Kast, taksir veya kastın aşılmasından sorumluluk. Objektif sorumluluk) şeklinde kaleme alınmıştır.

⁶⁵ 1930 tarihli İCK m. 42/2'de cürümlerde sorumluluk için failin kasten ve kanunun açıkça belirttiği hallerde kastın aşılması ve taksirle hareket etmesi gerektiği belirtildikten sonra 3. fıkrada ise, Kanunun, failin sadece icrai veya ihmali hareketi dolayısıyla sorumlu olacağı halleri de öngördüğü belirtilmektedir.

⁶⁶ Özen, a.g.e., s. 29.

Gerçekten Rocco Kanunu'nun ilgili maddesi öğretide çok değişik şekilde ele alınmıştır. Bazı yazarlar, İCK'nın 42. maddesinin başlığı ve 3. fıkrası çok açık olmasına rağmen bu hükmü görmezlikten gelmiş ve 42. maddenin özünde bir yenilik getirmediğini kabul etmiştir. Özellikle Manzini bu görüşü ileri sürerek bunun bir göstergesi olarak da objektif sorumluluk konusuna, ceza hukuku genel hükümler kitabında sadece birkaç satır ayırarak değişmez bir tutum sergilemiştir. bkz. Vincenzo Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano, Vol. I*, Torino: UTET, 1961, s. 69; Vincenzo Manzini, *Istituzioni di Diritto Penale Italiano, vol I*, PG, 9. ed., Padova: Cedam, 1958, s. 72.

Bu konu ile ilgilenen diğer yazarlar ise bu düzenlemeyi yorumlamak, kanun koyucunun beyan ettiği ve hükme bağladığı söz konusu sorumluluk türünü açıklamak yerine, kusurluluk ve iradiliğin temel unsur olarak kabul edildiği bir ceza hukuku sisteminde, kusursuz sorumluluk kategorisinin kabul edilemeyeceğini ifade ederek düzenlemeyi reddetmişlerdir. Bu görüşün en önemli savunucularından olan Maggiore'nin görüşleri için bkz. Maggiore, a.g.e., s. 258, 260.

Bazı yazarlar ise 42. maddenin incelenmesinde objektif sorumluluğun varlığına inanmamak yerine, madde yapısının objektif sorumluluğu öngörebilecek bir nitelikte olamayacağını kanıtlamaya çalışmışlardır. bkz. Battaglini, a.g.m., s. 36 vd.

Oysa objektif sorumluluk, sübjektif sorumluluk türleri olan kast ve taksir sorumluluğu dışında bir sorumluluk türü olarak madde başlığında ve metninde açıkça düzenlenmiş ve özel hükümlerde bu sorumluluk hipotezlerine geniş olarak yer verilmiştir. Bu nedenle pozitif bir gerçek-

İCK'daki bazı objektif sorumluluk hipotezlerinin sübjektif sorumluluk biçiminde düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. Nitekim 1958 tarihinde baskın suçlarında ceza sorumluluğunu düzenleyen 57 ve 58. madde hükümleri sübjektif sorumluluğa uygun olarak değiştirilmiş⁶⁷ ve 1990 yılında cezaya etki eden halleri düzenleyen 59. madde hükmü kusur sorumluluğu ile uyumlu hale getirilmiştir⁶⁸. Bu tür kısmî iyileştirmeler genelde yeterli bulunmamakta; yapılacak ceza hukuku reformu ile bu sorumluluk türünün tümünden kaldırılması hedeflenmektedir⁶⁹. Ancak bu reform çalışmaları henüz kanunlaşmadığı için İtalyan ceza hukuku sisteminde objektif sorumluluk şekilleri hâlâ geniş bir uygulama alanı bulmaktadır.

3. Kusurlu (Sübjektif) Sorumluluk Dönemi

Ceza sorumluluğunun sübjektifleştirilmesi sürecinin dönüm noktasını ifade eden kusurlu sorumluluk, failin, kasıtlı veya en azından taksirli olarak ortaya koyduğu için psikolojik yönden de kendisine ait olan fiilden sorumlu tutulmasını ifade eder⁷⁰. Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için, failin bunu maddi olarak gerçekleştirmesi yeterli değildir, ayrıca kusurlu olarak gerçekleştirmesi de gereklidir. Fiil yanında, kusurluluk, suçun vazgeçilmez unsurunu ifade etmekte ve bu husus, “nullum crimen sine culpa (kusursuz suç olmaz)” kuralı ile özetlenmektedir. Kusur ilkesi sayesinde, zararlı insan davranışı, hayvan saldırısından veya doğa olaylarından ayırt edilebilmektedir. Gerçekten kusurluluk, uygarlığın vazgeçilmez bir ilkesini oluşturmakta ve modern ceza hukuk düzenleri, ceza sorumluluğunu, daima “kusursuz suç olmaz” ilkesiyle uyumlaştırmaya çalışmaktadır⁷¹.

Kusurluluğun konusu, failin kişiliği değil, işlenen belirli bir fiil olmalıdır⁷². Bu bağlamda, kınama yargısının konusu da kişinin yaşam biçimi veya kişisel

lik olan objektif sorumluluğu inkâr ederek onu sübjektif bir sorumluluk türü olarak değerlendirmeye çabaları sağlam temellere dayanmamaktadır. Rocco Kanunu'nda, cezai sorumluluğun sübjektifleştirilmesi sürecine uygun düşmeyen ve kusura dayanan bir sorumluluk anlayışını kabul eden çağdaş ceza hukuku ile çatışan objektif sorumluluk hipotezlerine gereğinden çok yer verilmiştir. Bu nedenle bu sorumluluk türüne değişik suç tiplerinde yer veren İCK yoğun eleştirilere uğramıştır.

⁶⁷ Legge 4 marzo 1958, n. 127 (gu n. 062 del 12/03/1958), http://www.italgiure.giustizia.it/nir/lexs/1958/lexs_180400.html

⁶⁸ Legge 7 febbraio 1990, n. 19 (in Gazz. Uff., 13 febbraio, n. 36), <http://guide.dada.net/diritto/interventi/2001/07/52826.shtml>

⁶⁹ Yetki kanunu metni için bkz. <http://www.giustizia.it/newsonline/data/multimedia/2398.pdf>
5237 sayılı Ceza Kanunu Tasarısının 4. maddesi “Kusur İlkesi” başlığını taşımakta ve kimse-
nin kusurlu olarak gerçekleştirmedeği bir fiilden sorumlu olmamasını öngörmektedir.

⁷⁰ Alberto Cadoppi-Paolo Veneziani, *Elementi di Diritto Penale*, PG, 2. ed., Padova: Cedam, 2004, s. 265; Toroslu, *Cezai Sorumluluğun Gelişimi*, s. 122.

⁷¹ Mantovani, a.g.e., s. 294.

⁷² Toroslu, *Cezai Sorumluluğun Gelişimi*, s. 122; Mahmut Koca-İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara: Seçkin, 2013, s. 39.

özellikleri değil, onun işlediği fiil olmaktadır. Tabi hukuk akımının etkisiyle başlayan⁷³ kusur sorumluluğu ilkesi yüzyıllardır devam eden gelişmelerden sonra, sağlam bir yapıya kavuşmuş ve “işlenen belirli bir fiil yönünden kusurluluk ilkesi” olarak XIX. yüzyıl liberal ceza hukukunun en önemli ilkesi haline gelmiştir. Bu ilkenin amacı, kınama yargısının, failin kişiliğini içerecek şekilde genişletilmesi eğilimini ortadan kaldırmak ve dolayısıyla kanunilik ilkesi ile garanti altına alınmış bulunan hukuk güvenliğinin ve kesinliğinin korunmasını sağlamaktır. Bunu gerçekleştirmek için fiil ile fail arasında kesin bir ayrım yapılmakta ve sadece fiilin ceza hukukundaki değerlendirme alanına ait olduğu kabul edilmektedir. Bu ilke, çağdaş ceza hukuku düzenlerinin giderek daha çok uymaya çalıştıkları vazgeçilmez bir uygarlık ilkesi olmuştur⁷⁴.

4. Kişilik Yönünden Sorumluluk Dönemi

Hukuki yararı ihlal etmeye uygun maddi fiil, çağdaş ceza hukuku anlayışının vazgeçilmez temel unsurunu oluşturmaktadır. Maddi fiili ceza hukukunun odak noktasından çıkaran bir anlayış, hile veya şiddetle ortaya çıkartılan insanın iç davranışlarını cezai sorumluluk için yeterli gören ya da bu nitelikteki içsel davranışları esas alan baskıcı bir ceza hukukunun egemen olması sonucunu doğurur⁷⁵. Böyle bir ceza hukuku, ideolojik, aşırı kontrolcü, özgürlük karşıtı, terörist bir ceza hukuku olur. Hukuki yararı ihlal edici maddi fiili değil de tehlikeyi esas alan ceza hukukunda sorumluluk, davranış (fiil) üzerine değil, süjenin oluş ya da yaşama biçimi üzerine tesis edilmektedir. Gerçekten bu ceza hukuku anlayışında sorumluluk, doğrudan doğruya süjenin biyolojik yapısına veya belirli nitelikteki insan davranışlarına ve basit subjektif durumlara dayandırılmaktadır⁷⁶.

Objektif ve subjektif kusur görüşleri özellikle Alman öğretisinde tartışılmıştır. Objektif kusur görüşüne göre, kusur hareketin bir niteliğidir. Subjektif kusur görüşüne göre ise kusur failin bir sıfatı, vasfı olarak kabul edilmektedir. Subjektif kusur görüşü, özellikle Alman pozitivistleri⁷⁷ tarafından ileriye sürülmüş bulunan ve kusurluluğun objesi olarak faili kabul eden, fail kusuru (colpa d'autore) (Täterschuld) şeklinde isimlendirilen görüşe dayanır. Von Liszt tara-

⁷³ Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı), k.no. 905, s. 216.

⁷⁴ Toroslu, Cezai Sorumluluğun Gelişimi, s. 122.

⁷⁵ Ferrando Mantovani, Responsabilità Oggettiva Espressa e Responsabilità Oggettiva Occulta. RIDPP, Anno XXIV, 1981, s. 458.

⁷⁶ Mantovani, Responsabilità Oggettiva..., s. 458.

⁷⁷ Daha önce de belirtildiği gibi pozitif okula göre irade özgürlüğü yoktur, kişinin başka türlü davranma olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle ceza, fail kusurlu olduğu için değil, tehlikeli olduğu için verilir. İnsanın doğuştan gelen özellikleri ve sosyal çevresi onun davranışları üzerinde etkilidir. Ancak buna rağmen düşünen bir varlık olarak insanın irade özgürlüğü vardır. Ceza sorumluluğunun kusura bağlanması irade özgürlüğünün kabulünü gerektirir. Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 350-351.

findan ileri sürülen fail kusuru görüşüne göre, failin kusurlu olarak kabul edilebilmesi için, onun yaptığı hareketin kişiliğinin bir yansıması olması gerekir. Bu sebeple, failin fiili işlediği zamana kadarki yaşayış şekli itibariyle kusurlu sayılması gerekir⁷⁸. Kısaca burada kusurluluk yargısının konusu artık işlenen somut fiil değil, failin varoluş veya yaşama biçimidir; başka bir söyleyişle failin kişiliğidir. Böyle bir kusurluluk anlayışının, fail ile hareket arasındaki ayrımı reddettiği ve failin işlediği fiilden çok yaşam veya oluş biçimini esas alarak cezalandırdığı açıkça görülmektedir^{79,80}.

Nazi rejimi tarafından yürürlüğe konulan bazı normlara esas alınan ve özellikle itiyadi suçlular için cezanın ağırlaştırılmasının gerekçesini teşkil eden fail kusuru anlayışı ağır eleştirilere uğramıştır. Çünkü bu anlayış, failin kendisine farklı bir kişilik oluşturabileceği temeline dayanmaktadır. Fail sorumluluğu esasına göre kişinin kınanabilmesi, failin farklı bir kişilik oluşturup oluşturamayacağını, genetik özelliklerini ve biyopsişik anormalliklerini aşip aşamayacağını, eğer aşabilecekse bunun derecesinin ortaya konulmasını gerektirir. Ancak yargıcın böyle bir değerlendirmeyi nasıl yapacağı belli değildir ve değerlendirmeyi yapmak insanüstü bir güç gerektirir. Ayrıca fail kusuru ortaya konulabilse bile bu durum hukuk düzeni açısından bir önem taşımaz. Çünkü sadece failin kötü olması herhangi bir hukuki varlığı ihlal etmez ve toplum için bir tehlike yaratmaz⁸¹.

Totaliter sistemler, esasen insana bütünüyle hükmetmek yani hareketlerini ve iç davranışlarını denetim altında tutmak ve dolayısıyla bireyi bütün yönleriyle totaliter sistemin içine dahil etmek istediklerinden, bu kusur anlayışı söz konusu siyasal sistemlerin yapısına uygundur⁸². Özellikle siyasi suçlarda failin fikir ve niyeti bir şekilde belirlendiğinde, failin bu düşüncelerinin neticenin gerçekleşmesi bakımından elverişli olup olmadığına bakılmaksızın failin sorumluluğu kabul edilir. Fail sadece iradesi dolayısıyla ve iradesi çerçevesinde cezalandırılır⁸³.

Aslında failin geçmişteki hayat tarzını ele almak kusurluluktan çok cezaların bireyselleştirilmesi ile ilgili bir konudur⁸⁴. Suçun bir unsuru olarak kusurluluk söz konusu olunca bunun objesi olarak failin kişiliği değil, somut olay göz

⁷⁸ İçel, a.g.e., s. 8.

⁷⁹ Mantovani, a.g.e., s. 298.

⁸⁰ İnsanı yaptığı için değil, oluş biçiminden ötürü cezalandırmayı esas alan bu anlayış, 1940'lı yıllarda Nasyonal Sosyalist Almanya'da egemen olmuş ve işlenen fiilden dolayı sorumluluk anlayışı terk edilmiştir. Bu anlayışa göre "kınanan, o anda yapılan hareketten çok failin tüm yaşam biçimidir. Başka bir söyleyişle, sübjektif yönden farklı bir kişiliğe sahip olabilecekken suça eğilimli, kötü bir kişiliğe sahip olmasıdır". Mantovani, a.g.e., s. 298; Toroslu, a.g.e., s. 129; Pagliaro, a.g.e., s. 339-340; Antolisei, a.g.e., s. 299 vd.

⁸¹ Mantovani, a.g.e., s. 298; Antolisei, a.g.e., s. 300.

⁸² Toroslu, a.g.e., s. 129.

⁸³ Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı), k.no. 906, s. 217.

⁸⁴ Pagliaro, a.g.e., s. 340.

önünde tutulmalıdır. Çünkü bir kimseyi kusurlu yapan, neticeye sebep olan icrai veya ihmali hareketidir. Failin hareket ve yaşayış tarzı her zaman değişebilir ve fail yeni bir kişilik kazanabilir. Bütün bu sebeplerle kusurluluğun sadece işlenen fiili kapsadığını kabul etmek gerekir⁸⁵.

III. KUSUR SORUMLULUĞUNUN ESASI

Bugün gelinen noktada ceza sorumluluğunun kusura dayanması gerektiği konusunda uzlaşmıştır. Ancak kusur ve kusurluluk kavramının içeriği ve ceza hukuku sistematigi içerisindeki yeri konusunda öğretilerde hala bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bu başlık altında kusurluluk konusunda yaşanan bu tartışmalar üzerinde durulacaktır.

1. Genel Olarak

Hukuk devleti olmanın gereklerinden birisi de ceza sorumluluğu bakımından kusur ilkesinin hakim kılınmasıdır. Bu ilke Anayasa’da açık bir şekilde yer almasa da özellikle Anayasa’nın 38 maddesi 7. fıkrasında yer alan ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir⁸⁶. Kusur ve kusurluluk kavramının içeriği ve suçun unsurlarına dahil olup olmadığı hususu Türk ceza hukukunda özellikle 5237 sayılı TCK ve 5271 sayılı CMK’nın yürürlüğe girmesi ile üzerinde en çok tartışılan konulardan biri haline gelmiştir.

Sübjektif sorumluluktan söz edilebilmesi için maddi nedensellik bağının yanında, eylemin faile yüklenmesini mümkün kılacak psişik-sübjektif bir bağın varlığı da gereklidir⁸⁷. Fail ile hareket ve netice arasındaki bu psişik ilişki öğretilerde, manevi unsur, sübjektif unsur, kusur veya kusurluluk şeklinde isimlendirilmiştir^{88,89}. Kusurluluk kavramının kapsamında sadece doğrudan kast, olası

⁸⁵ İçel, a.g.e., s. 8.

⁸⁶ Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 44; Demirbaş, a.g.e., s. 59; Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 10. baskı, Ankara: Seçkin, 2008, s. 43; Yener Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, *CHD*, C. 1, S.1, Ekim 2006, s. 43.

⁸⁷ Antolisei, a.g.e., s. 291.

⁸⁸ İtalyan öğretilerinde manevi unsuru açıklamak için kullanılan kavramlar daha da çeşitlenmekte, isnat edilebilirlik (Manzini, *Istituzioni di Diritto Penale Italiano*, s. 68 vd.), kusurluluk (Mantovani, a.g.e., s. 29 vd.; Giorgio Marinucci-Emilio Dolcini, *Manuale di Diritto Penale*, PG, 2. ed., Milano: Giuffrè, 2006, s.243 vd.; Cadoppi-Veneziani, *Elementi di Diritto Penale*, PG, s. 264 vd.; Domenico Pulitanò, *Diritto Penale*, Torino: Giappichelli editore, 2005, s. 329 vd.), suçun sübjektif görünümü (Pagliaro, a.g.e., s. 273 vd.), suçun sübjektif (manevi) unsuru (Antolisei, a.g.e., s. 291 vd.; *Nozioni di diritto penale*, (a cura di Giovanni Flora-Paolo Tonini). Milano: Giuffrè, 1997, “Sübjektif Unsur” bölümünün yazarı: G. Flora ve F. Azzaroli, s. 43 vd.), sübjektif sorumluluk (Soyaslan, a.g.e., s. 432, 438) terimleri kullanılmaktadır.

⁸⁹ Kusurluluk, hukuksal bir kavram olmadan önce teolojik ve felsefi bir kavram olarak ortaya çıkmıştır. Ayrıca kriminoloji ve psikoloji gibi diğer ampirik disiplinlerde de kendini göstermektedir. Stefano Canestrari- Luigi Cornacchia-Giulio De Simone, *Manuale di Diritto Penale*, PG, Bologna: Il Mulino, 2007, s. 571.

kast, bilinçsiz taksir ve bilinçli taksir kavramlarının mı yer aldığı yoksa failin kınanabilirliğinin de bu kapsam içerisinde mi incelenmesi gerektiği konusu da öğretide üzerinde farklı değerlendirmelerin yapıldığı bir konu olmuştur⁹⁰.

Suçun unsuru olarak kusurluluk⁹¹ kavramını kullanmayı tercih eden klasik ceza hukuku öğretisinde, kusurluluğun niteliğinin ne olduğunu açıklamaya çalışılan teoriler geliştirilmiştir. Bu teoriler psikolojik teori ve normatif teoridir.

2. Kusurluluk Kavramının Gelişimi

a. Psikolojik Teori

Suçun unsurlarından olan kast ve taksiri tek bir kavram, bir bütün olarak ele almak zorunluluğunun hissedilmesi ile birlikte, kusurluluğu psikolojik bir kavram olarak kabul eden psikolojik teori⁹², fail ile fiil arasındaki sübjektif iliş-

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

⁹⁰ bkz. Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 343 vd.; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008, s. 150 vd.; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, İstanbul: Beta, 1992, s. 287; Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.372, 1975, s. 91; Öztürk-Erdem, a.g.e., s. 200; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. baskı, Ankara: Seçkin, 13, s. 357 vd.; Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 292 vd.

⁹¹ Antolisei, İtalyan öğretisinde de suçun manevi unsurunu ifade etmek amacıyla kusurluluk kavramının kullanılmasını eleştirmiş ve İCK'da hiç kullanılmamış olan "kusurluluk" kavramının ceza hukuku anlamında cezanın uygulanabilmesi için kanunda aranan tüm şartların gerçekleştiğini gösteren bir kavram olarak kullanılabileceğini belirtmiştir. Ceza hukukunda manevi unsur ifade etmek için "kusurlu irade" teriminin kullanılmasının uygun olacağını ifade etmiştir. Antolisei, a.g.e., s. 290. Aynı yönde bkz. Zafer, a.g.e., (1. baskı) s. 251.

1930 tarihli İCK'nın psikolojik teoriyi benimsediği belirtilmiştir. Cadoppi-Veneziani, *Elementi di Diritto Penale*, PG, s. 267).

⁹² Liberal aydınlanma döneminin ceza siyaseti amaçlarına hizmet eden psikolojik teori XIX. Yüzyılın ikinci yarısında çok daha hakim bir görüş olarak kendini göstermiştir Mantovani, a.g.e., s. 296).

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

kiyi kusurluluk olarak tanımlamıştır⁹³. Bu teori gereğince, failin, hareketi ve neticeyi istediği (irade ettiği) kusurluluk türü kasttır. Failin sadece hareketi istediği, neticeyi istemediği kusurluluk türü ise taksirdir. Yani aralarında ortak nokta, hareketin iradi olmasıdır. Psikolojik teori taraftarları, hareketin istenmesini bir başlangıç noktası kabul ettikleri için kusurluluğu isteme olarak tanımlamışlardır⁹⁴.

Psikolojik teoriyi benimseyenler, kastla taksiri aynı esasa dayandırmak, ortak bir temel bulabilmek çabası içerisindeyler. Temelde bu ortak nokta hareketin failin iradesiyle gerçekleştirilmesidir⁹⁵.

Psikolojik teori taraftarlarından bazılarına göre kastla taksir arasında esasta fark yoktur; fark bunları gerekli kılan normların içeriğinden kaynaklanmaktadır ve taksir kastın bir çeşididir. Kusurluluğun esası kasttır ancak bazı hallerde bu kast zararlı neticeyi de kapsamına aldığı halde -ki buna zarar verme kastı adını verirler- diğer bazı hallerde yalnız tehlikeye yöneliktir. Tehlike kastı denilmesi daha doğru olan bu kasta genel olarak taksir adı verilmektedir⁹⁶.

Ancak, teori taksiri açıklayamadığı için teorinin bazı taraftarları, kusurluluğun tek görünüm şeklinin kast olduğunu ve taksirin bir kusurluluk şekli olarak kabul edilemeyeceğini; bazıları ise taksirle işlenebilen suçlarda kusurluluk bulunmadığından, bu tür suçların dar anlamda suç sayılmayacağını ve bu suçlara idari yaptırımların uygulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir⁹⁷. Bu teoriye göre kusurun esası kasttır.

Bu anlayış, kastı psikolojik bakımdan açıklayabildiği halde taksiri aynı esasa dayanarak açıklayamamakla eleştirilmiştir. Söz konusu eleştiriye göre kast hakkında verilecek hüküm psikolojik alana, taksir hakkında verilecek hüküm ise ahlak veya hukuk alanına girer. Aslında taksirde de psikolojik bir yön vardır; fail iradesini yeterince dikkat ve özenle kullanmamıştır. Fakat taksirin bulunması ve failin bu sebeple cezalandırılabilmesi için failin sadece iradesini dikkat ve özenle kullanmaması yeterli olmamakta, ayrıca değer hükmü verilerek gerçekleştirilen neticenin normal bir kişi tarafından öngörülebilir nitelikte olması gerek-

⁹³ Psikolojik teoriye göre fail ile fiil arasında psikolojik bağ bulunduğu takdirde ceza sorumluluğu doğar ancak bu psikolojik bağ ceza sorumluluğunu derecelendirmez. Ceza sorumluluğunun derecelendirilmesi suçun maddi unsurunun niteliğine göre yapılır. Mantovani, a.g.e., s. 296; Cadoppi-Veneziani, Elementi di Diritto Penale, PG, s. 266.

⁹⁴ Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 347.

⁹⁵ Giovagnoli, Studi di Diritto Penale, s. 412.

⁹⁶ Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı), k. no. 909, s. 219.

Bu teoride kastın hâlihazır bir psikolojik varlık olduğu (bilinç ve istek), taksirin ise potansiyel bir psikolojik varlık olduğu (öngörülebilirlik) olduğu ifade edilmiştir Mantovani, a.g.e., s. 296.

⁹⁷ Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı) k. no. 909, s. 220.

mektedir. Bu nedenle sadece psikolojik alanda kalan bir araştırma, taksiri açıklamakta yeterli olmaz. Çünkü taksirli suçlarda cezalandırılan husus failin psikolojik durumundan çok, dikkatli veya dikkatsiz, özenli ya da özensiz hareket ettiği konusunda başkaları tarafından verilen değer hükmüdür⁹⁸.

b. Normatif Teori

Kusurun koşulu, kusur yeteneğinin bulunmasıdır. Psikolojik teorinin taksiri açıklayamadığı; taksirde hareketin istenerek yapıldığı, ancak istenen hareketten istenmeyen bir neticenin ortaya çıktığı eleştirisi, *normatif teorinin* doğmasına neden olmuştur⁹⁹.

Kast ile taksiri ortak bir esasa dayandırmaya psikolojik bakımdan imkân olmadığını iddia eden yazarlar, bu ortak esası bir başka alanda aramaya başlamışlar ve normatif teoriyi yaratmışlardır. Normatif teoriye göre kusurluluk, fail ile fiil arasındaki psikolojik bir ilişki değil, bu ilişki hakkındaki değer yargısıdır, yani failin bundan dolayı kınanmasıdır. Fail ile eylemi arasında psikolojik bir ilişki bulunması faili kusurlu saymaya yetmez¹⁰⁰. Kusurluluk değerlendirmesini yapan fail değil, üçüncü kişidir. Bu durumda kusur, sübjektif bir olgudan objektif bir değer yargısına dönüşmüştür¹⁰¹.

Kusurlu olmak, hukuk kurallarına uymamak, yani normun yasaklarına rağmen fiili yapmak, yüklediği ödevleri yerine getirmemektir. Hukuk kurallarına aykırı davranan fail, normatif açıdan kusurlu sayılır. Kast ve taksir kanunla belirlenen emirlere ve ödevlere itaatsizliğin belirtisidir¹⁰². Normatif teoriye göre kastın varlığı halinde, fail, istememesi gerekirken kanuna aykırı davranmayı istemiştir, taksirde ise kanuna aykırı davrandığını öngörmesi gerekirken öngör-

⁹⁸ Aynı, kn. 909, s. 220.

⁹⁹ Soyaslan, a.g.e., s. 427.

Normatif teori Almanya'da R. Frank'ın öncülüğünde ortaya çıkmış bir teoridir. Frank "Aufbau des Schuldbegriffs" "Kusur Kavramının Yapısı" adlı eserinde, Alman ceza kanunun 54. paragrafından hareketle zorda kalma konusuyla ilgili açıklamalarında, kusurun fail ile fiil arasında psikolojik bir ilişki değil, bu ilişki üzerindeki bir değer yargısı olduğunu ileri sürmüştür. Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri, C.I*, Manisa: Şafak, 1982, s. 302.

Frank, failin sadece isnat yeteneğine sahip olmasının ve kast veya taksirle hareket etmesinin, kusurlu sayılması için yeterli olmadığını, ayrıca "failin işlendiği anda failin psikolojisi üzerinde etkili şartlar"ın da incelenmesi gerektiğini ilk defa ortaya koymuştur. Daha sonra teorisini geliştiren Frank, "şartların normallığı kavramı"nı ortaya koyarak, anormal koşullar altında suç işleyen failin kusurlu sayılmayacağını vurgulamıştır. Giovagnoli, *Studi di Diritto Penale*, s. 413-414.

Normatif teorinin aynı zamanda kusuru derecelendirme fonksiyonu da gördüğü belirtilmiştir. Cadoppi-Veneziani, *Elementi di Diritto Penale*, PG, s. 266; Mantovani, a.g.e., s. 297.

¹⁰⁰ Mantovani, a.g.e., s. 297.

¹⁰¹ Yüce, a.g.e., s. 302.

¹⁰² Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 347.

memiştir. O halde taksirin varlığından söz edildiği durumlarda “fail neticenin meydana gelebileceğinin farkına varmadan davranışı gerçekleştirmiştir, ancak davranışı gerçekleştirdiği anda içinde bulunduğu şartlarda böyle bir neticenin meydana gelmesini öngörebilmeliydi ve bunun sonucu olarak da farklı bir şekilde davranmalıydı. O halde normatif teori bilinçsiz taksiri de açıklayabilen bir teori olmuştur¹⁰³. Diğer bir deyişle normatif teoriye göre fail kanuna uygun davranma olanağı varken davranmadığı için kınanmaktadır¹⁰⁴. Kast ve taksir, kusurun türleri olarak aynı psikolojik olgunun yoğunluğu değişik belirlenimleridir. Bu iki kavram birbirinden farklı temellere dayandırılmaz. Normatif teori, kusurun her iki biçimini de açıklayabilmektedir¹⁰⁵.

O halde kusurluluk, kanun hükümlerine rağmen hukuka aykırı fiili gerçekleştirmek bilincidir. Kusurluluğu oluşturan irade, hukuka aykırı fiili işlemek bilincinden ibarettir. Dolayısıyla kusurluluk normatif bir kavramdır, psikolojik bir ilişki olarak görülemez. Hukuka aykırı bir fiil işlemek bilincinden ibaret bulunan kusurlu irade, hem kastta, hem taksirde vardır. Kusurlu irade, kanun hükümlerine uymaktan kaçınma olarak tanımlanabilir. Failin emir ve yasaklara aykırı davrandığı ve bu yüzden de kusurlu olduğu yönündeki değer yargısını ise bir görüşe göre failin kendisi verecektir; fail kanuna, normun yüklediği ödevi aykırı hareket ettiğinin farkında ise, iradesi kusurludur. Diğer görüşe göre ise bu karar hâkim verecektir¹⁰⁶. Hukuka aykırı hareketi yapmak bilinci, teoriyi psikolojik teoriye yaklaştırmaktır¹⁰⁷.

Bu teoriye göre kusur bir kınamadır. Kınama, eyleminden ötürü fail hakkında olumsuz bir değer yargısı geliştirilmesidir. Dolayısıyla bu teoriye göre kusur, eyleminden dolayı failin kınanmasıdır¹⁰⁸.

Bir kimsenin kusurundan söz edilebilmesi için, kanuna uygun davranabilecek durumda bulunması ve buna rağmen uygun davranışı göstermemesi gerekir¹⁰⁹. Bu durumda normatif bir perspektifle kusur yargısının ifade ettiği anlam şudur: Fail, hukuka uygun hareket etmemiştir. Davranış normlarının gereklerine uygun hareket etme, haklı davranışı tercih etme imkân ve kabiliyetine sahip olmasına rağmen, haksız bir davranışta bulunmayı tercih etmiştir. Kusur, böyle-

¹⁰³ Giacomo Delitala, *Il Fatto nella Teoria Generale del Reato*, Padova: Cedam, 1930, s. 84.

¹⁰⁴ Giovagnoli, *Studi di Diritto Penale*, s. 415.

¹⁰⁵ Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 348.

¹⁰⁶ İçel, a.g.e., s. 15; Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı), k. no. 911, s. 221.

Başka şekilde davranma imkânı “ortalama insana” göre belirlenecektir. Giovagnoli, *Studi di Diritto Penale*, s. 415.

¹⁰⁷ Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 348; bkz. Hafizoğulları - Özen, a.g.e., s. 268.

¹⁰⁸ Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 348.

¹⁰⁹ Demirbaş, a.g.e., s. 332, Soyaslan, a.g.e., s. 428.

ce bir haksızlıkla bağlantılı olarak bu haksızlığı gerçekleştiren kişi hakkında bulunan yargıdır¹¹⁰.

Normatif teori, hukuka aykırılık unsurunu kusurluluğun kapsamında kabul eden öğretinin tekrarı olmakla eleştirilmektedir¹¹¹. Ancak, normatif teori hukuka aykırılık unsurunu kusurluluğun kapsamında gören teoriden kaynaklanmamaktadır. Hukuka aykırı davranan kişi kusurlu olmayabilir¹¹². Hukuka aykırılık bir hareketin hukuk düzeni ile çatışmasıdır ve objektif niteliktedir. Buna karşılık, kusurluluk sübjektiftir, failin eylem ile olan psikolojik ilişkisidir. Örneğin kastta iradenin yöneldiği netice zaten hukuka aykırı bir neticedir ve ayrıca bir hukuka aykırılık araştırmasına gitmeye gerek yoktur¹¹³.

Normatif teori daha çok Alman öğretisinde kabul görmüş bir teori olmakla birlikte İtalyan öğretisinde de giderek taraftar toplayan bir teori olma özelliği göstermektedir¹¹⁴.

c. Karma Teori

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

Bu teoriyi savunan yazarlara göre psikolojik ve normatif teorilerin her ikisinde de gerçeklik payı vardır. Ancak kanun kusurluluğun üç türünü (kast, taksir ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardaki kusurluluk) öngördüğünden tüm bu kusur türlerini kapsayan tek ortak unsur hareketin iradiliğidir. Bu nedenle psikolojik görüş önem kazanmaktadır, ancak kusurluluğun bir değerlendirme olduğu da dikkate alınmalıdır¹¹⁵.

¹¹⁰ Özgenç, a.g.e., s. 357.

¹¹¹ Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı), k. no. 912, s. 223.

¹¹² Yüce, a.g.e., s. 304.

¹¹³ Kayıhan İçel-Fusun Sokullu Akıncı-İzzet Özgenç-Adem Sözüer-Fatih S. Mahmutoğlu-Yener Ünver, *Suç Teorisi 2. Kitap*, 3. baskı. İstanbul: Beta, 2004, s. 204.

¹¹⁴ Mantovani, a.g.e., s. 297.

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

¹¹⁵ Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı), k.no. 912, s. 223-224; Demirbaş, a.g.e., s. 353; Alacakaptan, a.g.e., s. 151; İçel, a.g.e., s. 17; İçel vd., a.g.e., s. 204; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 292.

3. Failin Normatif Kınanabilirliği Kavramı ile Kast ve Taksir Arasındaki İlişki

Kusurluluk konusundaki teorileri inceledikten sonra manevi unsur ve kusurluluk kavramlarının anlamları üzerinde de durmak gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki manevi unsur ve kusurluluk birbiriyle çok yakın ilişkili kavramlar olmalarına rağmen, öğretilerde tamamen aynı içeriğe sahip kavramlar olarak kabul edilmemiştir. Failin kınanabilmesi, failin eylemi gerçekleştirmeden önce ve gerçekleştirdiği sırada haksızlığı anlayabilme ve buna göre davranabilme yeteneğine yani kusur yeteneğine sahip olmasını gerektirir. Kural olarak manevi unsur türlerinden birisinin bulunduğu bir fiilde fail kınanabilir ve cezalandırılabilir. Ancak failin, bazı hallerde eylemi kasten veya taksirle gerçekleştirmesi durumunda da kınanmayabileceği ifade edilmiştir¹¹⁶. Bu durumda, failin kınanabilmesine neden olan hususlar eylemle ilgili olmayıp kusur yeteneği ile ilgilidir. O halde, manevi unsur ve kınanabilirlik farklı anlamlar içeren kavramlardır¹¹⁷. Kusurluluğu kaldıran bir nedenin bulunduğu durumlarda fail ile davranış arasındaki psikik bağ bulunmaya devam etmektedir, ancak kusurluluğu kaldıran bir neden bulunduğu için fail kınanmamaktadır¹¹⁸. Bu nedenle failin tipikliği ve hukuka aykırılığı suçun unsuru olarak kabul eden sisteme göre- hukuka aykırılığı, cezalandırma için yeterli kabul edilmemektedir. Kusurluluk tipiklik ve hukuka aykırılıktan önce var olamaz, sadece tipik ve hukuka aykırı fiil aynı zamanda kusurlu olabilir. Eğer tipiklik ve hukuka aykırılık yoksa kusur zaten yoktur¹¹⁹.

Öğretilerde yaygın olan uygulama, kusurluluk başlığı altında, hem suçun manevi unsurunu hem de failin kınanabilirliği konusundaki değer yargısını etkileyen halleri ele almak yönünde olmuştur. Gerçekten bir grup yazar suçun kusurluluk unsuru altında hem kusur yeteneği ve bunu etkileyen halleri, hem de kast, taksir, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kusurluluk kavramlarını incelemiştir¹²⁰. Aynı şekilde manevi unsur başlığı altında kast ve taksir ile manevi unsu-

¹¹⁶ Hamide Zafer, Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı -Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı, *Maltepe ÜHFD*, 2, s. 178-179.

¹¹⁷ Bkz. Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 343 vd.; Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Ahmet Caner Yenidünya, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 5. baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, s. 53; Alacakaptan, a.g.e., s. 151.

¹¹⁸ Antolisei, a.g.e., s. 296.

¹¹⁹ Canestrari- Cornacchia- De Simone, *Manuale di Diritto Penale*, s. 572-573.

¹²⁰ Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, s. 226 vd; Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 344 vd.; Öztürk-Erdem, a.g.e., s. 227 vd; Demirbaş, a.g.e., s. 331 vd; Pulitanò, *Diritto Penale*, s. 327 vd; Manzini, *Istituzioni di Diritto Penale Italiano*, s. 68 vd; Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale*, PG, s. 243 vd.; J. Baumann vd., 2003. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, s. 444 vd.'den aktaran, Hakan Karakehya, "Ceza Hukukunda Doğrudan Kast", *SÜHFD*, C. 15, S. 1, 2007, s. 120.

run varlığını etkileyen nedenleri bir arada inceleyen yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlar isnat yeteneği ve bunu etkileyen halleri suçlu başlığı altında incelerler¹²¹. Bu görüş, kusur yeteneğini etkileyen hallerin (yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır dilsizlik gibi haller) fiile değil faile ilişkin özellikler oldukları¹²² veya kusur yeteneğinin suçun bir unsuru değil, kast ve taksirin adeta önşartı olduğunu ifade etmektedir¹²³.

İtalyan Ceza Kanunu'nda isnat yeteneği, failin bir niteliği olarak "Suçlu ve suçtan zarar gören kimse" başlığı altında düzenlenmiştir¹²⁴. Öğretide, mücbir sebep, cebir, tehdit, kaza ve tesadüf, hata ve haksız tahrik hallerine de bu unsur içerisinde "suçu ortadan kaldıran sübjektif nedenler"¹²⁵ veya "kusurluluğu etkileyen haller"¹²⁶ başlığı altında yer verilmektedir¹²⁷.

Bir grup yazar ise kusurluluk ve manevi unsur farklı kavramlar olarak ele alıp manevi unsur başlığı altında kast, taksir ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda manevi unsur konularını, kusurluluk başlığı altında ise kusur kavramı ile kusurluluğu etkileyen halleri incelemişlerdir¹²⁸.

Öğretide kusur, bir kişinin eyleminden dolayı bir cezayı hak edip etmediği konusundaki normatif-hukuki değer yargısı olarak tanımlanmaktadır¹²⁹. Diğer

¹²¹ Toroslu, a.g.e., s.126 vd.; Yüksel Ersoy, *Ceza Hukuku*, Ankara: İmaj yayıncılık, 2002, s. 99 vd.

¹²² Antolisei, a.g.e., s. 557 vd.; Toroslu, a.g.e., s. 245 vd.

¹²³ Nitekim Dönmezer-Erman bu nedenle manevi unsur terimini kullanmış ve kusur yeteneğini kusurluluğun dışında ancak manevi unsurun içinde incelemişlerdir. Dönmezer-Erman'a göre "kusur (isnat) yeteneğine ilişkin haller suçun unsuru olmayıp failin özellikleriyle ilgili hallerdir. Bu konuların suçlu başlığı altında incelenmesi gerekir. Ancak bu hallerin adeta kusurluluğun önşartı niteliğinde olması ve kusurlulukla sıkı ilişkisinin bulunması, bilimsel açıdan manevi unsur içinde değerlendirilmelerini gerektirmektedir". Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı), k.no. 844-845, s. 157-158.; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 271.

Bu görüş, kusur yeteneğini kusurluluğun önşartı saymanın faili fiilin önşartı yapmak anlamına geleceği ve bu durumun bir çelişki teşkil ettiği yönünde eleştirilmiştir. Zeki Hafızogulları, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Kusurluluğu Kaldıran Nedenlere Genel Bir Bakış", *Polis Dergisi*, S.44 (Nisan-Mayıs-Haziran 2005), s. 77.

¹²⁴ Bkz. İCK. Titolo IV Del Reo e della Persona Offesa dal Reato, Capo I, Della Imputabilità.

Türk öğretisinde de yukarıda da belirttiğimiz üzere Toroslu ve Ersoy isnat yeteneği ve bunu etkileyen halleri suçlu başlığı altında incelerler. Toroslu, a.g.e., s. 245 vd.; Ersoy, a.g.e., s. 139 vd.

¹²⁵ Antolisei, a.g.e., s. 371 vd.; Mantovani, a.g.e., s. 374 vd.

¹²⁶ Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 454 vd.; İçel vd., a.g.e., s. 275 vd.

¹²⁷ Bu sebeplerin "suçu ortadan kaldıran nedenler" başlığı altında ayrı bir bölümde incelendiği de olmuştur. Pagliaro, a.g.e., s. 401 vd.

¹²⁸ Özgenç, a.g.e., s. 227 vd., 357 vd.; Koca-Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 157 vd., 294 vd.; Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 52 vd., 595 vd.; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. baskı, s. 180 vd.

¹²⁹ Zafer, a.g.m., s. 152; Koca-Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 294.

bir ifadeyle kusurluluk, işlediği suç dolayısıyla kişinin kınanması gerektiği hususundaki yargıyı ifade eder¹³⁰. Bu bakımdan kusurluluk işlediği fiille ilgili olarak kişi açısından bulunulan bir değerlendirmedir. Kişi hakkında bulunulan kusur yargısı, failin toplumda geçerli olan hukuk kurallarına uygun davranma imkân ve yeteneğine sahip olduğu halde, hukuka aykırı davranışı yapmayı tercih etmesi dolayısıyla kınanmasını ifade eder¹³¹. O halde, kınanabilirlik konusunda bir değerlendirme yapabilmek için fiilin hangi şartlarda işlendiğinin yani faildeki iradenin oluşum şartlarının tespiti ve bu tespiti dayanarak failin kınanması gerekip gerekmediği konusunda bir yargıya varmak gerekmektedir. Kınanabilirlik yargısı konusundaki değerlendirme failce gerçekleştirilen belli bir fiile ilişkin olarak yapılacaktır; kişinin sürdüğü hayat tarzı itibarıyla kınanması gerektiği yönünde bir değerlendirme yapılamaz. Failin bütün yaşamı göz önünde bulundurulduğunda, yaşamının bu parçası, tamamıyla geçici, tesadüfi veya istisnai olabilir. Fakat kusurlu sayılmak için hayatının bu parçası yeterlidir. Tam tersi yönden bakıldığında, geçmişinde başka suçlar işlemiş bulunan, kötü ve ahlak dışı nitelik gösteren failin olaydaki kusurluluğu bakımından söz konusu geçmişinin esas alınması doğru değildir. Bu nedenle failin sadece somut olaydaki psikolojik durumu incelenir. Sonuç olarak kusurluluğu fiile münhasır bir şekilde anlamak zorunludur¹³². İnsanın geçmişi bir kusur karinesi olarak kabul edilemez¹³³. Ancak, kişinin içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal şartlar, gördüğü eğitim gibi hususların, işlediği fiile ilişkin kınanabilirliğin belirlenmesinde etkili olacağı da bir gerçektir¹³⁴. Diğer bir görüşe göre, failin hayatı ve kişiliği

¹³⁰ Özellikle Alman öğretisinde hakim kanaate göre kusurluluk (Schuld) kınanabilirliğe ilişkin bir kavramdır. Karakelha, a.g.m., s. 119.

¹³¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 53.

¹³² Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı), k.no. 905, s. 216.

¹³³ Faruk Erem-Ahmet Danışman-Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997, s. 434.

¹³⁴ Alman öğretisinde suç, haksızlık teşkil eden bir fiil olarak nitelenmekte ve bununla aynı doğrultuda kusur, haksızlık teşkil eden fiili işlemesi dolayısıyla kişi hakkında bir kınama yargısı olması nedeniyle; bir fiil failin kusuru olmadan işlense dahi, haksızlık ve dolayısıyla suç vasfı devam edecektir. İşlenen fiilde fail kusurlu olmasa dahi bu fiil belirli bir haksızlık oluşturduğundan ceza hukuku açısından hâlâ önem taşımaktadır. Bu durumda faile uygulanacak yaptırım değişecek faile ceza yerine güvenlik tedbiri uygulanacaktır. İşlenen fiilin haksızlık oluşturduğu yargısına varılması failin de kınanacağı yargısına varılması sonucunu doğurmaz. İşlenen fiilin bir haksızlık teşkil ettiği konusundaki yargıya varılırken, failin bu fiil karşısındaki manevi durumunu da göz önünde bulundurmak gerekir. Yani fail prensip itibarıyla işlediği fiilin maddi unsurlarının farkında olmalıdır. Özgenç, a.g.e., s. 227 vd.

Öztürk-Erdem-Özbek'e göre bu durumda esas yaptırımı emniyet tedbiri olan fiillerin, günümüz suç genel teorisi çerçevesinde suç olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Çünkü ceza normunu anlayamayan, anlayabildiği halde ona uygun hareket edemeyen bir kimsenin hareketi teknik anlamda suç olarak nitelenemez. Bahri Öztürk-Mustafa R. Erdem-Veli Özer Özbek, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 4. baskı, Ankara: Seçkin, 1998, s. 247.

değerlendirilmesi kusur noktasında değil de, cezanın bireye uydurulması, bireye en uygun cezanın tayini noktasında önem taşır¹³⁵.

Ceza sorumluluğunun temel şartı insan davranışının iradi olarak gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle, insan, iradi olarak gerçekleştirmediği fiil hukuka aykırı olsa bile, bu fiilden dolayı sorumlu tutulmayacaktır¹³⁶. O halde isnat yeteneğine sahip fail tarafından¹³⁷, hukuka aykırı fiilin kasten veya kanunda açıkça öngörüldüğü halde taksirle işlenmesi ve işlenen bu fiil sırasında suçu ortadan kaldıran sübjektif nedenlerin herhangi birisinin bulunmaması halinde fail cezalandırılabilir¹³⁸.

Nitekim günümüz İtalyan öğretisinde hakim kanaate göre¹³⁹, bir kimsenin kusurlu olduğundan söz edebilmek için şu dört şartın bir arada bulunması gerekir:

a. Kast veya taksir

¹³⁵ Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. (14. baskı), s. 208.

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

¹³⁶ Özgenç, a.g.e., s. 357.

¹³⁷ Yaptığı bir davranıştan dolayı kişinin suçlanabilmesi için, toplumsal yaşamın gereklerini doğru kavrama ve buna göre davranma yeteneği bulunmalıdır. Buna isnat yeteneği –öğretide çoğunlukla kullanıldığı şekliyle kusur yeteneği- denir. Eylemi yaptığı sırada kişinin isnat yeteneği yoksa antisosyal davranış kınanamaz. Anlayabilme ve isteyebilme yeteneği olmayan, kusur yeteneğine sahip olamaz. Kusur yeteneği kişinin düşünsel olarak belli bir olgunlukta olmasını gerektirir. Ancak kişinin kusur yeteneğine sahip olması için, haklı ile haksız ayırt edebilecek olgunlukta olmasının yanında iradi olarak hareket edebilme yeteneğine de sahip olması gerekir. Kusur yeteneğinin belirlenmesinde belirli bir yerde ve zamanda geçerli olan sosyal değerler de etkilidir. Kusur yeteneğinin fiilin işlendiği sırada var olması gerekir. Kişi suç işleyeceği sırada kusur yeteneğinden yoksun olmaya kendi bilinçli davranışıyla neden olmuşsa, suç anında kusur yeteneğinin bulunduğu varsayılır. Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 351 vd.

¹³⁸ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, Ceza Sorumluluğunun Esasları üst başlığı altında iki alt başlık yer almaktadır: “Kast-Taksir” ve “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler”. Ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler ise şu şekilde düzenlenmiştir:

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

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

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

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

¹³⁹ bkz. Marinucci-Dolcini, Manuale di Diritto Penale, PG, s. 244; Roberto Garofoli, *Manuale di Diritto Penale*, PG, Milano: Giuffrè editore, 2003, s. 458-459.

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

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

Belirtmek gerekir ki, kusurluluk kavramı kast ve taksirden daha geniş bir kavramdır. Kusurluluk kavramı altında yer alan unsurlardan bir kısmı suçun sübjektif unsurudur, diğer bir kısmı ise cezasızlık sebepleridir. Kusurluluk kavramı kast ve taksir kavramından geniş, onları da içerisine alan bir kavram olarak değerlendirildiğinde olayda mazeret nedenlerinin bulunduğu bilinse dahi kast veya taksirin olayda var olup olmadığının araştırılması gerekmektedir¹⁴⁰. O halde, kusurluluk, kusurluluğu engelleyen hallerin bulunmamasını ifade eden bir suç unsurudur. Geçekten, suç, kanuni tarife uygun, hukuka aykırı, kasten veya taksirle gerçekleştirilen ve cezalandırılabilen (kusurlu) bir davranıştır. O halde kusurluluk suçun bir unsurudur¹⁴¹.

SONUÇ

Hukuk toplum ile birlikte değişen ve gelişen bir sistemdir. Bu kapsamda ceza hukuku da ülkedeki ve dünyadaki gelişmelerden en çok etkilenen hukuk dallarından biridir. Siyasal iktidarın özellikleri, suç politikası ve ispat imkânlarındaki gelişmeyle de paralellik göstererek ceza sorumluluğunun tarihsel gelişiminde 4 aşamanın bulunduğu görülmektedir: 1) Başkasının fiilinden sorumluluk, 2) Objektif sorumluluk, 3) Kusurlu sorumluluk ve 4) Kişilik yönünden sorumluluk.

Başkasının fiilinden sorumlulukta, kişi, gerçekleşmesine hiçbir nedensel katkıda bulunmadığı, tamamen başkası tarafından gerçekleştirilen fiilden sorumlu tutulur.

Cezai sorumluluğun gelişim aşamalarından ikincisini oluşturduğu kabul edilen objektif sorumluluk, kısaca, kişinin kendi iradi ve hukuka aykırı hareketinden doğan neticeden, bu netice ile arasında herhangi bir psişik bağ aranmaksızın salt nedensellik bağı dolayısıyla sorumlu tutulmasını ifade etmektedir.

¹⁴⁰ Bu durum Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinde yer alan hüküm çeşitlerinin yapısına da uygun düşecektir. Olayda failin kastının veya taksirinin olmadığı tespit edilirse, suçun bir unsuru bulunmadığından fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken; kast veya taksirin var olduğu durumlarda, olayda kusurun diğer bir unsurunun bulunmadığı anlaşıyorsa ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.

¹⁴¹ Aynı yönde bkz. Özbek-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, a.g.e., s. 359 vd.

Ceza sorumluluğunun sübjektifleştirilmesi sürecinin dönüm noktasını ifade eden kusurlu sorumluluk, failin, kasıtlı veya en azından taksirli olarak ortaya koyduğu için psikolojik yönden de kendisine ait olan fiilden sorumlu tutulmasını ifade eder.

Hukuki yararı ihlal edici maddi fiili değil de tehlikeyi esas alan kişilik yönünden sorumluluk anlayışında sorumluluk, davranış (fiil) üzerine değil, süjenin oluş ya da yaşama biçimi üzerine tesis edilmektedir. Gerçekten bu ceza hukuku anlayışında sorumluluk, doğrudan doğruya süjenin biyolojik yapısına veya belirli nitelikteki insan davranışlarına ve basit sübjektif durumlara dayandırılmaktadır.

Bugün kusurlu sorumluluğun ceza hukukunda vazgeçilmez bir ilke olduğu kesindir. Ancak kusurluluk kavramının içeriği üzerinde öğretide bir görüş birliğine varılmamıştır. Suçun unsurlarından olan kast ve taksiri tek bir kavram, bir bütün olarak ele almak zorunluluğunun hissedilmesi ile birlikte, kusurluluğu psikolojik bir kavram olarak kabul eden psikolojik teori, fail ile fiil arasındaki sübjektif ilişkiyi kusurluluk olarak tanımlamıştır. Ancak bu teorinin taksiri açıklamakta yetersiz kalması üzerine kusurluluğu kınanabilirlik olarak kabul eden normatif teori öne çıkmıştır.

Normatif teorinin benimsenmesi durumunda ise kusurun bir unsuru mu olduğu yoksa unsurların dışında mı kaldığı tartışması ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce suç, kanuni tarife uygun, hukuka aykırı, kasten veya taksirle gerçekleştirilen ve cezalandırılabilen (kusurlu) bir davranış ise kusuru suçun unsuru olarak kabul etmek gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 372, 1975.
- Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto Penale*, PG, (16. ed.), (aggiornata da L. Conti), Milano: A. Giuffrè, (1 ed., 1947), 2003.
- Artuk, Mehmet Emin, “Ceza Hukukunun Tarihi”, *Ceza Hukuku El Kitabı*, İstanbul: Beta, 1989.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, (5. baskı), Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Aydın, Devrim, “Ceza Hukukunda Okullar”, *CHD*, Y.6, S.5, (Nisan 2011), s. 47-57.
- Battaglini, Giuglio, (1936). “La Qestione della “Responsabilità Oggetiva” nel Diritto Penale”, *FI*, Anno LXI (XIV), s. 31-46.
- Beccaria, Cesare, *Dei Delitti e delle Pene e di Commento di Voltaire*. Roma: Newton, 1994.
- Beccaria, Cesare, *Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi*, 3. Baskı, (Çev: Muhittin Gölcüklü), İstanbul: İnkılap ve Aka Kitabevleri, 1964.
- Cadoppi, Alberto-Veneziani, Paolo, *Elementi di Diritto Penale*, PG. (2. ed.). Padova: Cedam, 2004.
- Canestrari, Stefano-Cornacchia, Luigi-De Simone, Giulio, *Manuale di diritto Penale*, PG., Bologna: Il Mulino, 2007.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide-Yenerer Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (7. baskı), İstanbul: Beta, 2011 (5. Baskı, 2008).
- De Asua, Luis Jimenez, “Il Delitto Preterintenzionale”, *RIDPP*, Anno V. 3-14, 1962, s. 3-14.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (9. baskı), Ankara, Seçkin yayınevi, 2013.
- Dönmezer, Sulhi, *Cezai Mesuliyetin Esası*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınlarından; No. 432, Hukuk Fakültesi; no. 96, Doktora İhtisası Kurları Serisi; no. 13, 1949.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II*, (9. baskı), İstanbul: Beta, 1986.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I*, (10. baskı), İstanbul: Beta, 1987.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I*, (13. baskı), İstanbul: Beta, 1997.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II*, (14. baskı), İstanbul: Beta, 1997.
- Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14. baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997.

- Ersoy, Yüksel, *Ceza Hukuku*, Ankara: İmaj yayıncılık, 2002.
- Ferri, Enrico, *Sociologia Criminale, Vol. II*, Torino: Bocca, 1900.
- Garofoli, Roberto, *Manuale di Diritto Penale, PG.*, Milano: Giuffrè editöre, 2003.
- Giovagnoli, Roberto, *Studi di Diritto Penale, PG.*, Milano: Giuffrè, 2008.
- Hafizoğulları, Zeki - Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (5. baskı), Ankara: U.S.A. yayıncılık, 2012.
- Hafizoğulları, Zeki, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Kusurluluğu Kaldıran Nedenlere Genel Bir Bakış”, *Polis Dergisi*, 44 (Nisan-Mayıs-Haziran), 2005.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (12. baskı), Ankara: Seçkin, 2011.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (7. baskı), Ankara: Seçkin, 2008.
- İçel, Kayıhan, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*, İstanbul: Cezaevi matbaası, 1967.
- İçel, Kayıhan-Sokullu Akıncı, Füsün-Özgenç, İzzet-Sözüer, Adem-Mahmutoglu Fatih Selami-Ünver, Yener, *Suç Teorisi 2. Kitap*, (3. baskı), İstanbul: Beta, 2004.
- Karakehya, Hakan, “Ceza Hukukunda Doğrudan Kast”, *SÜHFD*, 15 (1), 2007, s. 117-138.
- Koca, Mahmut-Üzülmmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6. baskı), Ankara: Seçkin, 2013.
- Kunter, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi yayınları: 430, Hukuk Fakültesi: 94, Doktora ihtisas kurları serisi: 12, 1949.
- La Monica, Mario, *Manuale di Diritto Penale, Vol. I, Introduzione al Diritto Penale*, Milano: Cedam, 2002.
- Maggiore, Giuseppe, *Diritto Penale, Vol. I*, Bologna: Zanichelli, 1958.
- Mantovani, Ferrando, “Responsabilità Oggettiva Espressa e Responsabilità Oggettiva Occulta”, *RIDPP*, Anno XXIV, 1981, s. 456-476.
- Mantovani, Ferrando, *Diritto Penale, PG.*, (4.ed.), Padova: CEDAM, 2001.
- Manzini, V Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale Italiano, vol. I*. Torino: UTET, 1961.
- Manzini, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto Penale Italiano, Vol I, PG.*, (9. ed.), Padova: Cedam, 1958.
- Marinucci, Giorgio-Dolcini, Emilio, *Manuale di Diritto Penale, PG.*, (2. ed.), Milano: Giuffrè, 2006.
- Nozioni di Diritto Penale*, (a cura di G. Flora e P. Tonini), Milano: Giuffrè, 1997.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III*, İstanbul: Beta, 1992.
- Özbek, Veli Özer – Kanbur, M. Nihat – Bacaksız, Pınar – Doğan, Koray - Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin, 2013.

- Özen, Muharrem, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (8. baskı), Ankara: Seçkin, 2013.
- Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (10. baskı), Ankara: Seçkin, 2008.
- Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan-Özbek, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, (4. baskı), Ankara: Seçkin, 1998.
- Pagliari, Antonio, *Principi di Diritto Penale*, PG., (8. ed.), Milano: Giuffrè, 2003.
- Pulitano, Domenico, *Diritto Penale*, Torino: Giappichelli editöre, 2005.
- Ramacci, Fabrizio, *Corso di Diritto Penale*, (4. ed.), Torino: Giappichelli editöre, 2007.
- Rocco, Arturo, “L’Ogetto del Reato e della Tutela Giuridica Penale Contributo alle Teorie Generali del Reato della Pena”, *Opere Giuridiche, I*. Roma: Foro Italiano, (1932- 1933).
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. baskı, Ankara: Yetkin yayınevi, 2012.
- Taner, Tahir, *Ceza Hukuku*, İstanbul: İstanbul Akgün Matbaası, 1953.
- Toroslu, Nevzat, “Ceza Hukukunda Okullar”, *Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 716, 1988, s. 367-376.
- Toroslu, Nevzat, “Cezai Sorumluluğun Gelişimi, YD., (1-2), (Ocak-Nisan), 1990, s. 121-125.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, (7. baskı), Ankara: Savaş, 2005.
- Ünver, Yener, “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”, *Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılda Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler. 26-27 Mart, 1997*, İstanbul: Beta 1997.
- Ünver, Yener, “YTCK’da Kusurluluk”, *CHD*, 1 (1), (Ekim), 2006, s. 41-78.
- Yüce, Turhan Tufan, *Ceza Hukuku Dersleri, C.I.*, Manisa: Şafak, 1982.
- Zafer, Hamide, “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı -Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”, *Maltepe ÜHFD*, 2, 2009, s. 151-194.
- Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, TCK m. 1-75, 3. baskı, İstanbul: Beta, 2013.
- http://www.italgiure.giustizia.it/nir/lexs/1958/lexs_180400.html
- <http://guide.dada.net/diritto/interventi/2001/07/52826.shtml>
- <http://www.giustizia.it/newsonline/data/multimedia/2398.pdf>