

KAMU HUKUKU

ÜMANİST DOKTRİN AÇISINDAN «ÖZEL KAST»

Yazan : Prof. Dr. Faruk EREM

«Saik» in cezayı azaltan, arttıran sebep veya suçları ayırıcı ölçü ve bilhassa suçun «sübjektif unsur» u olarak kanunda nazara alınması halinin ayrıca incelenmesi gereklidir (1). Özel kasdın (veya daha geniş olarak saik'in) dogmatik-hukuk değeri olmadığı, genel kasıtta esasen mevcut olan özel kastın ayrıca nazara alınmasının bir faydası olamayacağı, özel kastın sadece suç sebepleri arasında geleneksel bir kabulden faydalandığı ileri sürülmemiş değildir (2). Fakat saiki değersiz görmek, onu izah etmek sayılmaz (3).

1. *Neticenin neticesi anlayışı* : Bu anlayışı benimseyenlere göre özel kast, hareketin neticesine bağlı ve netice sonrası bir durumun (neticenin neticesinin) hareketten evvel tasavvuru ve böyle bir tasavvurun fiile sebep olmasıdır. Bu anlayışta geniş anlamda bir kast kavramı içinde özel bir kast değil, kast kavramı dışında (4) bir «sebeb» bahis konusudur. O halde «özel kast» deyimi de hatalıdır. «Fiilin gayesi» deyimi daha yerindedir.

2. *Kast içi anlayış* : Özel kast, daha dar tutulan bir kasıttan ibarettir. Bu anlayışa göre «netice» nin neticesini de istemek iradesinin mevcut bulunması şartı ile kanunun saydığı uygun gördüğü fiillerde özel kast aranmıştır. Böyle bir kastın bulunmaması halinde suç sayılmayan bir fiilin böyle bir kast bulunduğu için suç sayıl-

- (1) bk. Contieri (E.), *lo scopo dell'autore del reato e la colpevolezza psicologica* (Archivio penale, 1947, fase. 5-6, ss. 217).
- (2) Maggiore (— nin fikri, Contieri'den naklen, s. 18, nt. 8; bk. Merle-Vitu, s. 445, nt. 1).
- (3) Carnelutti (F.), *Teoria generale del reato* (Padova, 1933), s. 55.
- (4) Antolisei (F.), *Manuale di diritto penale* (Milano, 1960), n. 128, A; bk. Dönmezer - Erman nazari ve tatbiki ceza hukuku, II/1 (İstanbul, 1959) n. 940, a; bk. Altavilla (E.), *Lineamenti di diritto criminale* (Napoli, 1932), s. 202.

mış olduğu hallerde daha daralmış (özelleşmiş) bir kast bahis konusudur. «Özel kast, genel kasttan ayrı bir kavram değildir. Onun bir vasfıdır» şeklinde düşünenleri de (5) aynı anlayış içinde kabul edebiliriz. Özel kasıta, genel kasta nazaran «daha özel bir şuurun arandığı» (6). «özel kastın, daha yoğun bir genel kasıttan ibaret olduğu», «özel kastın daha vazıh bir kast» sayılması gerektiği (7) mütalâaları da aynı niteliktedir. Bu sonuncu düşüncede, yani genel kastın belirli bir kötülük üzerinde vuzuh kazanmadığı, mağdurun mümkün olan herhangi zarardan birisine uğramasının istendiği, hususî kasıta ise zararın tâyin edilmiş olacağı ileri sürülmektedir (8). Fakat bu anlayış özel kastı, muayyen olan ve olmayan kast konusuna sokmuş olur ki kavramlar birbirlerine karıştırılacaktır.

3. *Suçları ayırıcı saik* : Maddî yapısı aynı olan suçları birbirinden ayırmada görevli saik, «suçları ayırıcı saik» tir. Bu saik, mevcut değil ise, fiilin suç olmaması anlamına gelen saikten ayırıcıdır.

Bununla beraber saikin yalnız suçları ayırıcı görevi içinde kabulünün mümkün olduğunu, «özel kast» olarak saikin kabulünün doğru olamayacağını düşünenler de vardır (9). Fakat bu düşünce isabetli değildir, «suçları ayırıcı saik» esasında «özel kast» tan başka bir şey değildir. Özel kasta göre suçları ayırt edebilmek, özel kastın niteliğini değiştirmiş olamaz. «Mütenavip özel kast» (şehvet hissi veya evlenme maksadiyle kaçırma gibi, TCK. 429) hallerinde de (10) durum aynıdır.

4. *Hareketin gayesi-saik* : Bir hareketin neticesi onun maddî olarak gerçekleşmiş gayesidir. Failin saiki ile hareketin ulaştığı gaye her zaman aynı değildir. Ceza kanunlarında kullanılan, belirli bir gayeye «...matuf fiil» deyimleri (bk. TCK. 141) üzerinde durulmak gerektir. Bu deyimlerin altında gerekirse, bazı haksızlıklar da göze alınmak isteği saklıdır. Malûm ve ünlü «her ne suretle olursa olsun» formülü de aynı niteliktedir. Halbuki «saik» e bağlı kalmak daha irsancadır. O halde -bu anlamda- «saik» ve «gaye» ayrı kavramlardır. «Maksat», «niyet» kavramlarına saikten farklı anlamlar da verilebilir (11).

(5) Piacenza (— nin fikri, Contieri'den naklen, s. 222.

(6) Battaglini (G.), Diritto penale (Parte generale, Bologna, 1940), n. 63.

(7) Cavallo (V.), Diritto penale, II (Napoli, 1955), n. 201; Merle (R.) — Vitu (a.), Traité de droit criminel (Paris, 1967), n. 451.

(8) Tuozzi (P.). Corso di diritto penale, I, s. 141.

(9) bk. Maggiore (G.). Principi di diritto penale, I (Bologna, 1937), s. 370.

(10) Manzini (V.), Trattato di diritto penale italiano, I (Torino, 1926), n. 253, b.

(11) ksz. Bettiol (G.), Diritto penale (Palermo, 1962), s. 368.

5. *Neticenin neticesi kavramının analizi*: Genel kast, hareketin «neticelerini bilerek ve isteyerek işlemek iradesi» şeklinde kabul edilirse genel-özel kast ayrımı mümkün değildir. Çünkü bilinen ve istenen her çeşit netice genel kast içinde kalacak, özel kasta konu bulunamayacaktır.

a) *Doğal olmayan netice*: «Özel kast» diye isimlendirilen kavramın konusu hareketin maddî, doğal neticesi olamaz. Saikin, ceza-ya etkili olduğu hallerde de bu böyledir. Yeni doğmuş çocuğun «şeref kurtarma saiki» ile öldürülmesinde şerefin kurtarılması hareketin doğal neticesi değildir. Hareket böyle bir netice vermiş kabul edilsin. Acaba bu neticeyi, tecrit edilmiş bir hareket mi doğurdu?

O halde saikin konusu olarak kabul edilebilecek «netice», kastın tanımında yer alan neticeden ayrı nitelikte bir kavramdır. Özel kasıtta da bir «netice»yi «bilmek» ve «istemek» vardır. Fakat bilinen ve istenen netice, genel kasıttaki neticeden başka niteliktedir.

Genel kasdı, ceza hukukunda, hareket kavramından (bunun neticelerini bilmek ve istemekten) çıkarmaktayız. Halbuki özel kasdı hareketin doğal neticelerine göre tâyin mümkün değildir.

b) *Genel olarak saik*: Bir «saik» i olmayan suç düşünülemez. O halde neden her suçta «özel kast» aranmamıştır? Çünkü genel kastın subutunda saik fiilen aranmaktadır. Nitekim saikin kanunda ayrıca nazara alınmadığı hallerde «genel takdir hakkı» na etkili olacağı tabiidir, hatta bazı kanunlar açık bir hükümle saikin cezanın takdirinde nazara alınması lüzumunu belirtmişlerdir (12). Ferri, saikin kasıttan ayrılmasının imkânsızlığını ileri sürerken haksız değildir: Hırsız, (kleptomani hariç) çalmak için çalmaz, faydalanmak için çalar, sadece adam öldürmek için öldürülmez, bunun bir saiki vardır (intikam, nefret, menfaat, hatta fanatizm) (13).

«Özel kast» bir başka anlamda olmalıdır. Kanun, hareketin doğal olmayan neticelerinden bazılarını bir kıymet hükmüne bağlamak zaruretini duyduğu (veya zan ettiği) olaylarda saiki özel kast saymıştır. Özel kasıtı, kanunun, «hareketin doğal olmayan neticeleri hakkında bir kıymet hükmü vermek istediği hallerde saiki nazara almasıdır» şeklinde tarif etmek mümkündür.

Bu açıdan ele aldığımız da saike kanunun hukukî etki tanıdığı hallerde, etkinin çeşidi esasla ilgili değildir. «Faydalanmak niyeti» nin «hırsızlık» ı, «nası ızrar» dan ayırması, cezayı «kan gütme saiki»

(12) İsviçre CK. 63; Logoz, I, m. 63, n. 4, a;

(13) Ferri (E.), *Principii di diritto criminale* (Torino, 1928), s. 441.

nin arttırması, «şeref kurtarma saiki» nin cezayı azaltması ile bayrağı yırtmada «hakaret saiki» nin bazı birleşmelerde cemiyet kurmada «suç işlemek saiki» nin (TCK. 313) özel kast sayılması arasında esasta fark yoktur.

c) *Özel kast ve niyet* : Eğer genel kast «hareket» ve «netice» esas tutularak ve bunlara ilişkin «şuur» ve «irade» kavramlarına dayanılarak tarif edilecek ise ve özel kast, niyet anlamında «saik» olarak düşünülüyorsa özel kastın genel kastın başladığı şuur ve irade alanından önceye ait olması gerekir. Böyle olunca özel kastı, «kast içi kavram» saymak mümkün olamayacaktır (14).

ç) *Maddî hata* : Genel-özel kast arasındaki ilgiyi, maddî hatanın etkisine bakarak, daha berrak görebiliriz. Maddî hatanın, genel kastı kaldırdığı hallerde özel kast mevcut olmakta devam edebilir mi? Maddî hatanın genel kastı kaldıracağı, fakat özel kasta hiç bir şekilde etkili olmayacağı ileri sürülmüştür (15). Bu görüşün doğru olmaması mümkündür. Çünkü çoğu tahrip edenin aza etkisizliği düşünülemez. Bu açıdan «kast içi anlayış» a katılmak mümkündür. Bununla beraber maddî hatanın genel kastı gidermesi, daha dirençli özel kasta etkili olmaması da düşünülebilir. Kızkardeşinin şerefini kurtarmak saiki ile onun doğurduğu çocuk yerine, hata sebebi ile bir başka çocuğu öldüren erkek kardeş beraet mi edecektir?

6. *Özel kastın kabulünde ölçü* : Saikin özel kast olarak kabulünde kanun koyucunun keyfiliği esas tutulamaz. Bunun mutlaka bir ölçüsü olmak gerektir. Bu ölçüler arasında «ümanist değer hükümleri» de yer almaktadır.

Mehaz kanun adam öldürme suçları hakkındaki hükmünde «kasıt» tan bahsetmemiş, bunun bütün suçlar için genel hükümlerde gösterildiğini düşünmüş, fakat bundan ayrı olarak «öldürmek niyeti» ne ihtiyaç olduğunu açıklamıştır. Kanunumuzda, 45. maddenin sarahatine rağmen, 448. maddede «kasten öldürmek» denmiş, bu suretle adam öldürme suçu -bir anlayışa göre- özel kastlı suç olmaktan çıkarılmıştır. Acıma duygusu ile öldürme, organ nakli gibi olaylarda faile «katil» demenin kanunen zarurî, vicdanan imkânsız oluşunun sebeplerinden birinin de bu olabileceği düşünülebilir. Fakat mehaz kanunda, kasten katil ile «müessir fiilden telefî nefis» (TCK. 452) meydana gelmesini ayırt edebilmek üzere «öldürmek niyeti» nden bahsolunduğu da ileri sürülebilir (16).

(14) kşz. Vannini (O.), La dottrina del dolo e i reati di pericolo (Milano, 1917), s. 9.

(15) Merle - Vitu, n. 452.

(16) kşz. Vannini, s. 9.