

İslâm Hukuku ve Mukayeseli Hukukta KASDIN AŞILMASI MESELESİ ÜZERİNE BİR TEDKİK

Doç.Dr.Salih AKDEMİR

Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
Tefsir Anabilim Dalı Öğretim Üyesi



Doç.Dr.Salih AKDEMİR

1950 yılında Elazığ'da doğdu. İlk ve orta tahsilini Bursa'da 1968 yılında tamamladı. Aynı yıl Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesine girdi. 1972 yılında bu fakülteden mezun olduktan sonra, Milli Eğitim Bakanlığı'na doktora yapmak üzere Fransa'ya gönderildi. 1977 yılında doktora çalışmasını tamamlayarak yurda döndü. 1979 yılında Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesine Tefsir Asistanı olarak atandı. 1982 de Yardımcı Doçent, 1983 te Doçent oldu. Halen aynı fakültede Tefsir Anabilim Dalında Öğretim üyesi olarak çalışmaktadır.

Il peut arriver que l'infraction produise des conséquences plus graves que celles prévues ou prévisibles par l'agent; c'est le cas de l'individu qui, ne voulant que blesser ou porter des coups à la victime, a causé sa mort. Dans cette hypothèse, les conséquences de l'acte ont dépassé l'intention de l'agent; d'où le nom de "préter intention" qui qualifie cette infraction. En effet, ce n'est que par un lien de causalité matérielle que l'on peut relier le résultat à l'acte accompli par l'agent, le lien de causalité subjective faisant défaut. Aussi, l'agent ne sera-t-il tenu pour responsable, comme auteur des conséquences de son acte que dans la mesure où celles-ci sont vouluës par lui. Car l'infraction préter intentionnelle ne saurait être qualifiée d'infraction intentionnelle, parce que le dol de l'auteur n'arrive pas à couvrir toutes les conséquences de son acte; elle ne peut, non plus, être qualifiée d'infraction d'imprudence, une partie du résultat ayant été vouluë par son auteur matériel. Toutefois, elle a ceci de commun avec l'infraction d'imprudence que, dans les deux cas, la répression est étroitement liée à la production d'un dommage précis, de sorte que la répression pénale disparaît en l'absence des conséquences préjudiciables.

La doctrine n'est pas unanime sur la nature juridique de l'élément moral de l'infraction préter intentionnelle. Pour l'expliquer, les auteurs ont exposé les diverses théories que l'on peut classer en deux catégories:

1. Les théories qui nient l'élément moral de l'infraction
 - a) Théorie de la figure-type de politique criminelle

D'après cette théorie en faveur de laquelle se sont prononcées notamment Pannain et Granata, les délits préterinten-

tionnels ne sont ni des infractions intentionnelles, ni des infractions d'imprudence, ni encore de simples cas de responsabilité objective. Dans ces infractions, l'imputation du résultat se justifie par des considérations de politique criminelle.

b) Théorie de la responsabilité objective

Cette théorie enseigne que les infractions préter intentionnelles ne sont que de simples cas de responsabilité objective. C'est pourquoi, l'auteur de ces infractions ne serait pas puni en fonction d'éléments de culpabilité, mais sur la seule constatation qu'il existe un lien de causalité matérielle entre l'acte de l'auteur et le résultat, parce que le lien de causalité subjective fait défaut

2. Les théories qui exigent l'élément moral de l'infraction

a) Théorie de la nature dolosive du délit préter intentionnel (le dol préter intentionnel)

En vertu de cette théorie, l'élément moral des infractions préter intentionnelles n'est autre que le dol indirect. Il consiste dans une imprudence consciente: l'auteur, sans vouloir les conséquences de son acte les a du moins prévues comme possibles.

b) Théorie du concours du dol et du cas fortuit

Selon cette théorie, élaborée par Maggiore, deux éléments interviennent dans la réalisation de l'infraction préter intentionnelle, à savoir: un élément intentionnel et un élément fortuit. Ainsi, "si quelqu'un administre, dit Maggiore, à une autre personne un coup de bâton en voulant la blesser, et que la blessure provoque une infection qui entraîne la mort de la victime, ce résultat plus grave, non voulu, ne peut être im-

puté au sujet, mais directement, et indirectement à l'acte intentionnel de l'agent"

c) Théorie de la volonté approximative

Elaborée par De Marsico, celle-ci enseigne que l'infraction préterintentionnelle, sans être intentionnelle ni d'imprudence, serait dotée d'un élément psychologique spécial situé entre le dol et la faute.

d) Théorie de la "Préterintention" considérée en tant que catégorie autonome de culpabilité.

En avançant que l'article 43 du Code Pénal italien, parle de "dol", de "préterintention" et de "faute", Galli et Battaglini affirment que l'élément moral des infractions préterintentionnelles ne serait autre que la "préterintention qui, considérée comme catégorie autonome de culpabilité, occuperait une place spéciale à côté du dol et de la faute.

e) Théorie du concours du dol et de la faute

Il faut enfin, en vertu de celle-ci, rechercher l'élément moral dans une association du dol et de la faute; dol parce que l'auteur a voulu la réalisation d'un résultat illicite d'une certaine gravité; faute parce qu'ayant prévu ou devant avoir prévu que de son acte pourraient dériver des conséquences plus graves que de son acte pourraient dériver des conséquences plus graves que celles qu'il voulait occasionner, il a cependant agi imprudemment en les rendant possibles.

Cette dernière thèse qui recueille, de nos jours, l'adhésion de la majorité de la doctrine italienne, a été soutenue, en France, par Gafraud qui s'exprime ainsi sur ce problème: "Dans le cas de délit préterintentionnel, l'intention criminelle disparaît puisque l'agent ne l'a pas voulu, même éventuelle-

ment: seulement il existe une faute plus ou moins grave qui doit s'ajouter, pour l'évaluation de la culpabilité, à la faute intentionnelle. C'est le cas du concours du dol et de la faute. Par exemple, dans une rixe, l'agent poi volontairement des coups ou fait volontairement des blessures qui occasionnent la mort de la victime, sans intention de la donner; l'intention criminelle existe qunt aux coups et blessures; il y a faute, quant à l'homicide en raison du manque de prévoyance qui a amené la mort de la victime"

Pour expliquer la nature juridique de l'élément moral (préterintention - Şibhu l-a'md), le droit musulman consacre la théorie du concours du dol et de la faute. La solution est unanimement admise par les juristes musulmans quelle que soit l'école à laquelle ils appartiennent; ainsi, en parlant de l'homicide préterintentionnel, Ibn Qudama, juriste de l'école Hanbalite, écrit: "Dans ce cas, l'agent n'a pas l'intention de donner la mort à la victime, mais simplement celle de la frapper. On qualifie aussi l'homicide préterintentionnel par le terme "a'mdu l-hata ou hata u l a'md à cause, dans ce délit, du concours du dol et de la faute; dol parce que l'agent a voulu l'acte; faute parca qu'il a causé la mort de la victime en raison du manque de prévoyance"

Il est d'autant plus surprenant de faire remarquer que la théorie admise par les juristes musulmans, il y a tant de siècles, est celle qui recueille, de nos jours l'adhésion de la majorité de la doctrine de tous les pays; parce que c'est la seule théorie qui soit en mesure d'expliquer, d'une manière satisfaisante, la nature juridique de la L'infraction préterintentionnelle.

1) Günümüzde umumiyetle kabul edilen hukuki bir kâide gereğince, fâilin fiilinin meydana getirdiği neticeden kasden sorumlu olması için, onun bu fiili ifâ etmek istemiş olması yeterli değildir; ayrıca fiilinden husûle gelmiş neticeyi de bizzat istemiş olması gereklidir.

2) Ancak, bazan fiilinden hâsîl olan netice fâilin kasdını aşabilir; mesela: Sadece yaralamak istediği kimseňin ölümüne sebebiyet vermiş olabilir. Hiç şüphe yoktur ki, fâil bu misâlde fiilini, yani yaralama işini kasden yapmıştır. Fakat mağduru öldürmek istememiştir. Aşırı netice, fâilin kasdi ötesinde (*Praeterintentione*) vuku bulmuştur.⁽¹⁾ Bu durumda, fâil nasıl cezalandırılacaktır? Aşırı neticeden kasden mi, taksîren mi, yoksa başka bir krite göre mi sorumlu tutulacaktır? Bu suâlinin cevabı,

ileride görüleceği gibi, zamana ve muhtelif hukuk sistemlerine bağlı olarak değişmektedir.

3) Kasdin aşılması meselesinin bilhassa İtalyan doktrininde ayrıntılı olarak incelenmesine karşılık, çağdaş İslam Hukuku araştırmalarında bu hususla sistemli bir çalışma yoktur denebilir.⁽²⁾

4) Kasdin aşılması hali, günümüzün ceza kanûnlarında, özellikle kasden işlenmiş müessir fiil neticesi adam öldürme cărmünde derpi edilmişdir. Bu cărum Türk Ceza kanûnunun 452. maddesinde öngörmüştür: "Katil kasdiyla olmayan darb ve cerh veya bir müessir fiilden telef-i nefis husule gelmiş olursa fail, 488. maddede beyan olunan ahvalde sekiz, 449. maddede yazılı ahvalde on ve 450. maddede muharrer ahvalde onbeş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapse mahkum olur."

1) Kasdi aşan suçlar, özellikle İtalyan doktrininde "Preterintenzione" terimi ile adlandırılmaktadır. Bu tabir çok önceleri Alman hukukçu CARPZOW tarafından "Pratica nova imperialis saxonicae rerum criminalium etc.pars 1 qu 1, no:29" adlı eserinde kullanılmıştır. Bu eserin telif tarihi 1635'tir.

2) Hernekadar A. Avdeh'in: "et-Tegri'l-Cinâ'î el-İslâmî" III. baski, Kahire 1963 ve Ebû Zehrâ'nın "el-Cerîme ve'l-Ukübe fi'l-Fikhi'l-İslâmî" adlı eserlerinde konu ile ilgili genel malûmât var ise de, bu iki eserde meselenin hukuki esasıyle ilgili hiçbir malûmat yoktur.

Bati doktrini için bkz: LANGRANGE SOCORRO E., Le délit préterintentionnel et son application en droit pénal venezuelien, thèse, Paris, p.94; JIMENEZ DE ASUA L., L'infraction préterintentionnelle, Rev. de Sc.crim. et de droit pén. comp., Paris 1962, pp. 567-578; VITALE N., La preterintenzione, Giuffre, Milano 1956; ZUCCALA G., Il delitto preterintenzionale, priulla, Palermo 1952; GALLI L., La responsabilità penale per le conseguenze non volute di una condotta dolosa, Giuffere, Milano 1949.

İSLÂM HUKÜKUNDÂ

5) Kasdin aşılmasına dair mevzuâtın kaynağı Sunnet'tir. Bu husus bir çok hadîs-i şerîfde beyan olunmuştur. Biz burada, bunlardan birini zikretmekte yetineceğiz. Abdullâh b. Amr'dan (R.A.) rivâyet edilen bir hadîs-i şerîf'te peygamber (SAV) şöyle buyurmuştur: "Şîbhul'âmd (yani kasdi aşan müessir fiil) neticesi husûle gelen adam öldürmeler, kamçı, sopa ve taş ile olan öldürmelerdir. Bu cürümle rin cezası, ağır diyet olup o da kırkı gebe olan yüz deve ödenmesinden ibarettir." ⁽³⁾

6) Hanefî, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri kasdin aşılması müessesesinin ittifakan kabul etmişlerdir. Ancak, Hanefî mezhebinin, bu müessesesinin sadece kasden işlenmiş müessir fiil neticesi adam öldürme cărmü için geçerli olduğunu kabul etmesine karşılık ⁽⁴⁾. Hanbelî ve Şâfiî mezhepleri, kasdin aşılması halini kasdi müessir fiiller için de öngörmüşlerdir. ⁽⁵⁾

7) Mâlikî mezhebi, kasdin aşılması halini hiç bir suç için kabul etmemiş, binnetice fâili bu gibi hallerde aşırı neticeden dolayı kasden sorumlu tutmuştur. Mezhebin kurucusu İmâm-ı Mâlik'e göre, fiiller zorunu olarak ya kasden veya hatta taksîrlî (hattaen) olarak işlenirler; bu sebeple öldürme kasdiyla olmayan darb ve cerh veya bir müessir fiilden dolayı mağdûr olursa, fâil kasden adam öldürmüştür. Binaenaleyh buna göre cezalandırılır. Zira bu mezhebe göre, "kîsâsin (ölüm cezası) tatbîke-dilebilmesi için, fâilde adam öldürme kasdinin mevcûdiyeti şart değildir." Sadece müessir fiil icrâsi kasdi ile hareket etmesi kâfidir. ⁽⁶⁾

8) İmâm-ı Mâlik'in kasdin aşılması halini kabul etmemesinin nedeni, Kurân-ı Kerîm'de bu hususta her hangi bir nass'in bulunmamasıdır. Gerçekten Kur'an-ı Kerîm sadece, kasden ve taksîr (hata-

en)le adam öldürme fiillerini öngörmüştür. Kasdin aşılması ile ilgili hadîs-i Şerîflere gelince, İmâm-ı Mâlik, bunları zayıf addederek red etmiştir. Ancak, imâm-ı Mâlik, istisna olarak, babanın oğlunu öldürmesi halinde kasdin aşılması halini nazar-ı itibara almıştır. ⁽⁷⁾

HUKÜK TARİHİ AÇISINDAN KASDIN AŞILMASI MESELESİ

9) Kasdin aşılması halinde fâlin aşırı neticeden mes'ül tutulmamasının hukuki esas: üzerinde Garplî ceza hukukçuları hem fikir değıllerdir. Bu hususta bir çok nazariyeler ileri sürülmüştür. Bu nazaryelere geçmeden önce meseleyi hukuk tarihi açısından incelemek yerinde olacaktır.

10) Çok eski hukuklarda çok tabii olarak, kasdin aşılması meselesinden söz edilemez. Zira kişisel ölçukesinin geçerli olduğu bu eski devirlerde, manevi unsura gereken değer verilmemişti; orada bir zararın bulunması cezalandırılmaya yeterli idi.

11) Roma Hukuku: XII Levha Kununu'na kadar Roma hukukunda da durum aynı olsa gerektir. Ancak, sonraları, özellikle klasik devirden itibaren, Roma Ceza Hukukunun, manevi unsura gereken değeri verdiği, dolayısıyla kasdin aşılması halinin ele alındığını görüyoruz: Gerçekten Klasik devirde Roma Ceza Hukuku manevi unsura çok değer veren subjektif bir hukuk sistemi olmuştur. O derece ki cărmünde, fâlin fiilinden çok kasdi cezalandırılmıştır: "*In maleficis voluntas spectatur, non exitus*"⁽⁸⁾

Nitekim, mağdûru öldürmek isteyen bir kimse muvaffak olmasa bile kasden adam öldürmüş gibi cezalandırılıyordu: "*Ideoque qui cum vellet occi-*

3) *İbn Mace*, K. Ed-Diyât, 5:

اعن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ قال: قبيل الحصاء شبه العمد قبل الموط والعصا. ما من الإبل أربعون منها حلقة في بطونها أولادها

Ayrıca diğer rivâyeler için bak.: *en-Nesâi*, K. el-Kâsâme, 22-24; *ibn Hazm*, *el-Muhalla* XII, s. 66 ve devamı.

4) *el-Kâsâni*, *Bedâius-Sanâi*, VII, 233-234. "Kasdi müessir fiillerde, kasdin aşılması hali nazarı itibara alınmaz. Bu gibi durumlarda fâil, fiilinden husûle gelen bütün neticelerden kasden sorumludur."

Yeri gelmişken işaret edelim ki, Yargıtay Umûmi Heyeti bir kararında Hanefî mezhebinin bu görüşüne paralel bir görüşü benimsedi. "Müessir fiil icrâsi kasdi ile hareket eden sanık fiillinin bütün neticelerinden sorumlu olup o neticiyi kastedip etmediğini araştırmaya lüzum yoktur." (C.U.K.H. T. 20-3-1951, E:75, K:61, zikreden: DÖNMEZER, (S). Ceza Hukuku, Hususi Kısım, Şahislara karşı ve Mal Aleyhinde Cürümeler, 8. Baskı, İstanbul, 1971, s. 65-66.)

5) *İbn Qudâme*, *El-Muğni*, IX, 410: ...ولا يجب بعده الخطأ و هو أن يقصد ضريبه بما لا يغطي إلى ذلك غالبا مثل أن يضره شخصا ...لا يوضع مثلها فوضوحة ملأ جب به الشخص ...شنه العمد ولا يجب القصاص إلا بالعمد الخصم

kasdi aşan müessir fiillerde kîsâs uygulanmaz. Bu durum, fâlin darba salih olmayan bir vasita ile hareket ettiği zaman ortaya çıkar. Mesela, fâil, yaralamaya müsaît olmadığı halde çakıl taşı ile bir kimseyi yaralayabilir. Bu durumda fâile kîsâs tatbîk etmeye imkan yoktur. Çünkü aşırı netice fâlin kasdi ötesinde vuku bulmuştur. Kîsâs ancak kasd halinde tatbîk olunabilir." Şâfiî mezhebi için bak. *es-Şâfiî, el-Umm*, VI, 8.

6) *Ad-Dusûqî*, *Hâsiye*, IV, 215. "قدم أن قصد القتل ليس شرطاً في القصاص ..."

7) *İbn Rûşd*, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 239.

8) *Digeste*, 48. 8. 14.

dere, id casu aliquo perpetrare non potuit, ut homicida punitur.”⁽⁹⁾

Ancak kasdin aşılması halinde, fâil aşırı neticeden dolayı kasden sorumlu tutulmuyordu. Çünkü İmparator Antonin'in, bir kararnamesinde de belirtildiği üzere, “Kasd olmadan bir cürüm işlenemezdi.”⁽¹⁰⁾ Binaenaleyh, adam öldürme kasdi olmaksızın, mağdûrun ölümüne sebebiyet veren bir kimse kasden adam öldürme fiili için öngörülen cezalara mahkûm edilmeyip cezası hafifletiliyordu.⁽¹¹⁾

12) Kilise Hukuku: Ancak Kilise Hukukunda durumun değiştiğini müşahede ediyoruz. Kilise Hukuku da, mahiyeti itibarıyla, manevi unsura çok değer veren bir hukuktur. Ancak bu hususta fâide adam öldürme kasdinin mevcüdiyetini aramamış, bu sebeple, “Gayri meşru hareketi icra eden bir kimse, bundan doğan bütün neticelerden mesudur.” kâidesinden hareket ederek, kasdin aşılması halinde, fâili aşırı neticeden dolayı kasden sorumlu tutmuştur.⁽¹²⁾

13) XVI- XVIII'inci yüzyıllar arasında , kasdi aşan müessir fiil neticesi adam öldürme suçu bu devirlerin ceza hukükçüleri tarafından ittifakan taksîre adam öldürme suçu olarak kabul edilip, öylece cezalandırılıyordu.⁽¹³⁾

14) Fransız Ceza Hukuku: Ancak, sonraları bu durumun yine değiştiğini görmekteyiz. Gerçekten Fransız Ceza Hukuku,Kilise Hukukunun tesiriyle olsa gerek, 1832 yılına kadar, kasdin aşılması halinde fâilde öldürme kasdinin “animus necandi” bulunup bulunmadığını araştırmaksızın, onu kasden adam öldürmiş gibi cezalandırmaktan çekinmiyordu. Zira, gerek 1791 gerekse 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanûnlarında kasdi aşan müessir fiil neticesi adam öldürme cürmü derpiş edilmemiştir.

Fransa'da Yargıtay, kanûn tarafından bağıldığı için, içtihâdlarında çok sert idi.⁽¹⁴⁾ Ve bu da yüksek mahkemenin çok şiddetli tenkitlere marûz kalmasına sebeb oluyordu. Nihâyet 1832 senesindeki ce-

za hukuku reformu çalışmalarında, kanûn koyucu kasdin aşılması halini Ceza Kanûnunun 309,uncu maddesinin 4'üncü bендinde derpiş etti. Bundan böyle, fâil eskiden olduğu gibi müebbet çalışma cezasına değil, sadece muvakkat çalışma cezasına mahkûm edilecekti.

15) İngiliz Ceza Hukuku: Diğer taraftan ingiliz Hukuku da 1957 senesine kadar, fâilin zararlılığı nokta-i nazarından hareketle; kasdin aşılması halinde, kendisinde adam öldürme kasdinin bulunmadığını dikkat almadığı için onu kasden adam öldürme cürmünden mes'ül tutuyordu. Gerçekten ingiliz Hukukundaki adam öldürme mefhumu “Murder”, adam öldürme kasdinin ispatını gerektirmiyordu.

Ancak 1957 yılında yapılan reform da meseleyi köklü bir şekilde halledememiştir. Nitekim bir çok İngiliz hukükçusunun bu reformu yetersiz bulduklarını görmekteyiz. Bu hukükçülerden Març'a göre, İngiliz hukukundaki “Murder” mefhumu, hala kasden adam öldürme cürmü ile birlikte kasdi aşan müessir fiil neticesi adam öldürme cürmünü de ihtiya etmektedir. ⁽¹⁵⁾ Müellif bu durumu tenkitten sonra tezine şöyle sonvermektedir: “Ancak, İngiltere'deki yetkililerin kabul ettikleri gibi, teşrif bir müdahale olmaksızın adam öldürme ile ilgili mevzuâtın, içinde bulunduğu ilkellikten tam olarak kurtulabilmesi mümkün görülmektedir.”⁽¹⁶⁾

KASDIN AŞILMASI MESELESİNİN HUKÜKİ ESASI

Konumuzla ilgili tarihi açıklamalardan sonra, şimdî kasdin aşılması meselesinin hukuki esâsi üzerinde durmak istiyoruz.

A- BATI DOKTİRİNİNDE:

Daha önce de belirttiğimiz gibi, bu mesele hukükçüler arasında ihtilaflara konu olmuş, ortaya bir çok nazariyeler sürülmüştür ki, bunları iki kısımda mütalaa etmek yerinde olacaktır:

9) Paul, Sent., 5. 23. 3.

10) C.J., 9. 16. 1.: “Crimen enim contrahitur, si et voluntas nocendi intercedat.”

11) Digeste, 48. 8. 1. 3.: “Sed si clavi percussit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidet animo. Lenientiam poenam eius qui in rixa casu magis quam voluntate homicidium admisit.”

12) “Versanti in re illicita impunantur omnia quae ex delicto sequuntur” in “La summa decretalium de Bernardus Papiensis” (1191 ve 1198).

13) Clarus, Liber V. paragraf. Homicidium, n.5, 1559: Dicitur etiam culposum homicidium, quando quis citra animum occidendi, alium percussit, ex qua tamen percussione ille mortuus est.” (Zikreden: Laingui A., La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVIè-XVIIIè Siecle), L.G.D., Paris, 1970 s.103.).

14) Mesela: Yargıtay'ın bir içtihâdında şöyle deniliyordu: “Kanûnun hakiki rûhu odur ki darb ve yaralama kasdi ile hareket eden bir kimse fâilin bütün neticelerinden mes'ûldür; öyle ki, eğer bu darb ve yaralamaların mağdûr olurse, fâil kasden adam öldürme cürmünden sorumlu olur.” (14 Şubat 1812 Bull. 31)

15) Marc, G., L'homicide en droit anglais depuis la loi de 1957, Paris, 1966 s. 141: “La définition très large du murder qui comprend outre l'homicide volontaire proprement dit, certaines formes d'agression qui ne pourraient être poursuivies en France que sous la qualification de coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner...”

16) Marc, G., a.g.e. s. 142: “Mais, la libération totale du droit de l'homicide de l'archaïsme ne saurait être obtenue sans une nouvelle intervention législative que déjà des voix autorisées réclament en Angleterre.”

I- KASDI AŞAN SUÇLARDA MANEVİ UNSURU NAZARI İTİBĀRA ALMAYAN NAZARYEYELER:

16) a) Suç vazetme siyaseti nazaryesi: (Theorie de la figure-type de politique criminelle)

Pannain ve Granata'nın ileri sürüükleri nazaryeye göre, kasdi aşan suçlar, ne kast ne de taksir ile işlenen suçlardandır. Ayrıca, bu nevi suçlar, şimdiden hemen görerceğimiz objektif mes'üliyet hallerinden de değildirler. Bunlar, sadece kanun koyucusu tarafından siyasi mülâhaza ve faydalara vazife dilen suçlardan ibarettir.

b) Objektif mes'üliyet nazaryesi: (Theorie de la responsabilité objective)

17) Bu nazaryeye göre, kasdin aşılması ile işlenen suçlar objektif mes'üliyet hallerinden ibarettir. Bu nedenle, bu suçlarda failin aşırı neticeden mes'ü tutulmasının sebebi kusurluluğa dayanan bir subjektif mes'üliyet olmayıp, sîrf illiyet rabitasına dayanan bir objektif mesuliyettir.⁽¹⁷⁾

Bu nazaryeyenin Türkiye'deki savunucuları arasında burada prof. Sulhi Dönmez ve Sahir Erman'ı zikretmek gereklidir.⁽¹⁸⁾ Ancak bu iki müellif bu nazaryeyi savunmakla beraber, ilerde de görerceğimiz üzere, pek tatmin edici olmadığını da söylemekten geri kalmamışlardır.

II- KASDI AŞAN SUÇLARDA MANEVİ UNSURUN NAZARI İTİBĀRA ALINMASINI ŞART KOŞAN NAZARYEYELER:

18) a) Kastla kaza ve tesadüfün bir arada bulunması nazaryesi: (Theorie du concours du dol et du cas fortuit)

Maggiore tarafından ileri sürülen bu nazaryeye göre, bu nevi suçların gerçekleşmesinde iki ana amil rol oynamaktadır: Kast, kaza ve tesadüf. Fâil başlangıçta kasıtlıdır. Çünkü fâilini kastla işlemiştir. Ancak aşırı netice hukuka aykırı bir şururla ilgili olmayıp, fâilin kastı dışında, kaza ve tesadüfe, bir raslantıya (cas fortuit) ısnat edilmektedir.

Yeri gelmişken işaret edelim ki, Maggiore tarafından ileri sürülen bu nazarye Roma hukukçularının bu konu ile ilgili ortaya koydukları nazaryeyenin aynısıdır. Gerçekten Roma ceza hukuku da, kasdin aşılması halinde fâilin aşırı neticeden mes'ü tutulmasının hukuki esasını bu nazaryeye dayandırmaktadır. Bu husus şimdî zikredeceğimiz İmparator Antonin'in şu kararnamesinde açıkça görülmektedir: "Eğer kardeşiniz, öldürme kasdi olmaksızın, vurdugu kimsenin ölümüne sebebiyet vermişse eyalet valisine müracaat etmelidir. Eğer bunun böyle olduğunu ispat ederse, bu takdirde

Vâli o'nun kasden adam öldürme cezası ile değil de, askerî disiplin cezası ile cezalandıracaktır. Çünkü bir suç kast olmadan işlenemez. İşte bu yüzden istenmeyen ve öngörülmeyen aşırı netice biraz tâlihsizlige isnad edilmelidir."⁽¹⁹⁾

İmparator Diocletien ve Maximen'in başka bir kararnamesi de görüşümüzü teyid etmektedir: "Eğer bir kimse kasden değil de, bir kaza ve tesadüf sonucu (non voluntate et sed casu fortuit) tekmelediği kimsenin ölümüne sebebiyet verir ve bunun da böyle olduğunu hiç bir şüpheye mahal bırakımaç şekilde ispat ederse, onun itham olunduğu bu cürümden ötürü herhangi bir korku ve endişeye kapılmamasını isteriz."⁽²⁰⁾

İncelediğimiz bu iki İmparator kararnamelerinden açıkça anlaşılıyor ki, istenmeyen netice fâile değil ve fakat kaza ve tesadüfe isnad edilmektedir.

Bu nazarye çürük temellere dayandığı için bir çok tenkide maruz kalmıştır. Daha evvelce görüldüğü velile, kasdin aşılması halinde, failin aşırı neticeden sorumlu tutulabilmesi için, hareketle aşırı netice arasında bir illiyet rabitasının bulunması gerekmektedir. Oysa, kaza ve tesadüf, illiyet rabitasını ortadan kaldırırlar. Bu yüzden netice kaza ve tesadüfe isnad edildiği takdirde, fâilin aşırı neticeden sorumlu tutulması söz konusu edilemez.

19) b) Müstakil bir kusurluluk hali olarak kasdin aşılması nazaryesi: (Theorie de al "preterintation" consideree entant que catgorise autonome da la culpabilite)

İtalyan Ceza Kanunu' nun 43 üncü maddesi "kast", "Kastın aşılması" ve "taksir" hallerinden müstakil olarak bahsetmektedir. Bunu gözönüne alan bazı İtalyan hukukçuları kasdin aşılması halini, kast ve taksir gibi, ayrı bir kusurluluk çeşidi olarak kabul etmektedirler.⁽²¹⁾

20) c) Kastla taksirin karışımı nazaryesi: (Theorie de concours du dol et de la faute)

Bu nazaryeye göre kastin aşılması halinde kastla taksirin bir arada bulunduğu bir durum vardır. Gerçekten fâil müessir fiil suçunu işlemek için hareket ederken kasdi, ancak, bu hareketinden ötürü mağdurun ölümüne sebebiyet verebileceğini düşünmediği için taksirli davranışmıştır. Hatta bazı müelliflerin belirttikleri vechile "Kanunda (T.C.K.) 452 nci madde bulunmamış olsayıdı, aşırı neticeye kastlı hareketi ile sebebiyet vermiş olan fâil, bu aşırı neticeden dolayı taksiri nedeniyle cezalandırılacaktı; binaenaleyh aşırı neticeden dolayı fâilin mesul tutulmasının sebebi, taksirin mevcudiyeti"

17) Dönmez, S., Erman, S., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Umumi kısım, 266, no. 956, 3. baskı, İstanbul 1966.

18) Dönmez, S., a.g.e. II, 266.

19) C.J. 9. 16. 1.

20) C.J. 1. 16. 4.

21) Galli, a.g.e. s. 77, 78, 98 ve dev.

22) Dönmez, S., Erman, S., a.g.e. II, 264, no:952.

B- ISLAM CEZA HUKÜKUNDA

21) İslam Ceza Hukuku da kasdin aşılması halinde, fâilin aşırı neticeden mesûl tutulmasının hukuki esasını asırlarca evvel, incelediğimiz bu son nazariyeeye dayandırmaktadır. Bu hususta üç mezhebin hukukçuları hem fikirdirler: Gerçekten Hanbelî mezhebinin büyük hukukçularından İbn Qudâme kasdi aşan müessir fiil neticesi adam öldürme cürmünden bahsederken şöyleder: "Bu durumda fâil, mağduru öldürmek değil, sadece yaralamak istemiştir: Bu cürme, 'sîbh amd'dan başka ayrıca 'amdul-hata' veya hatta 'hataul- amd'da denilmektedir. Çünkü bu cürümde kastla taksîr bir arada bulunmaktadır. Gerçekten fâilmüessir fiili kasdan ikâ eylemiş, ancak bundan ölüm neticesi taksîrle vuku bulmuştur."⁽²³⁾

NETİCE

22) Fâilin aşırı neticeden mesûliyetinin subjektif kusurluluk esaslarına dayandıran bu son nazariye, Garb doktrinin ekseriyeti tarafından benimsenmemekle kalmamış, xx nci asrin mevzuâtına da büyük ölçüde tesir etmiştir. Gerçekten başta Norveç (1902) olmak üzere bu asrin bazı yeni kanunları aşırı neticeden dolayı sorumlu tutulabilmesi için fâilde taksîrin bulunmasını şart koşmuşlardır.

Aynı hükümler sırasıyla 1905 tarihli Yugoslavya, Macaristan ve ayrıca Danimarka, Grönlanda.. vs ceza kanunlarında da mevcuttur.⁽²⁴⁾

23) Türk Ceza Kanunu 1889 tarihli mehaz İtalyan ceza kanununun düzenlediği şekliyle, kasdin aşılması halinde, fâilin aşırı neticeden dolayı mesûliyetini objektif esaslara dayandırmaktadır. Gerçekten prof. Alacakaptan'ın da haklı olarak belirttiği vechile "..Mevzuâtımızda kasdi aşan suçtan söz açan 452 nci madde, kasdin ötesine geçen sonucun ihmâl veya tedârisizlikle vücûda getirilip getirilmediğinin araştırılması imkanını tanımamaktadır. Adı geçen maddeye göre, kasdi aşan ölüm sonucu nedeniyle sorumluluk tayin edilirken, kusur-

luluk biçimlerinden herhangi birinin varlığı aranmaksızın yalnız maddî bir nedensellik var olup olmadığına bakılır..."⁽²⁵⁾

24) Objektif mesûliyet nazariyesi, garb aleminde şiddetli tenkitlere maruz kalmıştır. Bu nazariye, Türkiye'de bilhassa prof. Erem tarafından sert bir dille eleştirilmiştir. Ekrem'e göre 'objektif sorum' anlayışı esasında, eskiye dönüş isteğinden başka bir şey değildir.⁽²⁶⁾

25) Hatta, daha evelce de zikredildiği üzere, kasdin aşılması halinde, objektif nazariyeyi savunan Dönmezler ve Erman da, bu nazariyeyi sert bir şekilde tenkitten geri kalmamışlardır: "Şurasını belirtelim ki, objektif mesûliyet halleri, kusurluluğa gereken önemi veren bir ceza hukukunda, anormal mahiyet arzeden bir mesûliyet şeklidir. Ceza hukukunun bu nevi anormal mesûliyet hallerinden hâla kurtulamamış olması 'medeniyetsizliğin bir artığıdır, ve gelişmenin bu günü durumunda 'bu kadar nûrul bir ilerlemeden' henüz uzak olduğumuza açıkça kabul etmemiz icab eder. Danimarka ve Yunan Ceza kanunlarının bu anormal mesûliyet şeklini ortadan kaldırıcı hükümlerinin benimsenmesi ve özellikle hususî kanunların çıkarılması sırasında da bunun titizlikle korunması, ceza hukukunun özelliğini teşkil eden irâdîlik vasfını kuvvetlendirmeğe ve hükümrân kılmağı yarayacaktır. İlave edelim ki Garp mevzuatı bu yola gitmeye başlamıştır."⁽²⁷⁾

26) Yazımıza son vermeden evvel şurasını belirtmek gerekir ki, İslam hukukçularının, Garpta kasdin aşılması halinde fâilin aşırı neticeden mesûl tutulmasının hukuki esasını açıklamak için ileri sürülen muhtelif nazariyelerden en mükemmel ve en isabetli olanını asırlar evvel ortaya koymuş olması düşündürücü bir olaydır. Ümid ederiz ki Türk Kanun koyucusu da gelişmelere bir an evvel ayak uydurarak, Kanundaki objektif mesûliyet hallerine son verip, fâilin mesûliyetini subjektif esaslara göre tayin eden yeni kanunlar yapmakta gecikmesin.

23) İbn Qudâme, *el-Muğnî*,

... فهو شبه عمد لأنه قصد الضرب دون القتل و سمي عمد الخطأ و حمل العمد لاجحاع العمد الخطأ فيه قاتل عمد القتل و اخطأ في القتل ...
Hanefî mezhebi için bak.: *es-Serâhi, el-Mabsût*

و أما شه العمد ... فان في هذا الفعل معين العمد باعتبار الفاعل إلى الضرب و معنى الخطأ باعتبار إعدام القصد منه إلى القتل...
Şafîî mezhebi için bak.: *SUBRAMOLLASI, Haşîye*, VII, 3, Ayrıca bak.: İbn Rûşd. a.g.e. II., 240.

24) Rocofyllos, C., *Le concept de lésion la repression de la délinquance*, Paris, 1967, s.93-94.

25) Alacakaptan, U., *Suçun unsurları*, Ankara 1973, s. 164-165.

26) Erem, F., *Humanist doktrin açısından Türk Ceza Hukuku*, I, genel hükümler, II. Baskı Ankara, 1973 s.474.

27) Dönmezler, S., Erman, S., a.g.e. s.318-319 no:1012.