

T.C.
ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

CEZA HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK
NEDENLERİNİN MADDİ UNSURLARINDA HATA

Doktora Tezi

Hazırlayan
Hasan İBA

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Burhan Caner HACIOĞLU

Aralık 2022, ERZİNCAN

T.C.
ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

CEZA HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK
NEDENLERİNİN MADDİ UNSURLARINDA HATA
(Doktora Tezi)

Hazırlayan
Hasan İBA

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Burhan Caner HACIOĞLU

Aralık 2022, ERZİNCAN

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir biçimde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Hasan İBA



T.C.
ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Ana Bilim Dalı : Kamu Hukuku
Program Adı : Doktora
Tez Başlığı : Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Hata

Yukarıda bilgileri verilen tez çalışmasının a) Giriş, b) Ana bölümler ve c) Sonuç kısımlarından oluşan (Kapak, Ön söz, Özet, İçindekiler ve Kaynakça hariç) toplam 380 sayfalık kısmına ilişkin 22/11/2022 tarihinde **IThenticate/Turnitin** intihal programından aşağıda belirtilen filtreleme uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre tezin benzerlik oranı: %17'dir.

Filtrelemeye **alıntılar** dâhil edilmiştir. Filtrelemede **yedi (7) kelimedenden daha az** örtüşme içeren metin kısımları hariç tutulmuştur.

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez İntihal Raporu Uygulama Esaslarını inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmasının herhangi bir intihal içermediğini, aksinin tespit edilmesi durumunda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini bilgilerinize arz ederim. 15/12/2022

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Burhan Caner HACIOĞLU

Öğrenci: Hasan İBA

KLAVUZA UYGUNLUK

“Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Hata” başlıklı Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Lisansüstü Tez Yazım Klavuzuna uygun olarak hazırlanmıştır.

Hazırlayan

Hasan İBA

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Burhan Caner HACIOĞLU

Kamu Hukuku ABD Başkanı

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

KABUL VE ONAY TUTANAĞI

Dr. Öğr. Üyesi Burhan Caner HACIOĞLU danışmanlığında **Hasan İBA** tarafından hazırlanan “**Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Hata**” adlı bu çalışma jürimiz tarafından Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü **Kamu Hukuku** Ana Bilim Dalı’nda **Doktora** tezi olarak kabul edilmiştir.

15.12.2022

JÜRİ:

Danışman : **Dr. Öğr. Üyesi Burhan Caner HACIOĞLU**
Üye : **Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK**
Üye : **Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ**
Üye : **Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR**
Üye : **Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akif ETGÜ**

ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulu'nun /.... /..... tarih ve sayılı kararı ile onaylanmıştır.

..... /..... /

Prof. Dr. Necdet TOZLU

Enstitü Müdürü

ÖN SÖZ

Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasının hukuki niteliği, suç teorisinin temel tartışma konularından biridir. Bu konuda öğretilerde çok sayıda teori ileri sürülmüştür. Yargıtay kararları arasında da uyumsuzluk vardır. Konunun tartışmalı olmasının nedeni, bu hata türünün hem suç tipinin maddi unsurlarında hataya hem de haksızlık hatasına benzeyen yönlerinin olmasıdır. “Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası haksızlığı mı yoksa kusuru mu etkiler” sorusuna verilecek yanıtın şekli ve maddi ceza hukukunda önemli sonuçları olduğu gibi hukuka uygunluk nedenlerinin fiili bütün hukuk düzeninde meşrulaştırmasından dolayı diğer hukuk dalları bakımından da önemli sonuçları vardır. Biz de bu çalışmada bahse konu soruya yanıt aradık.

Doktora tez süreci, bu süreci deneyimleyen hemen hemen herkesin de ifade ettiği gibi psikolojik olarak zorlu bir süreçtir. Doktora tez süreci, sevgili eşim Aysel ve canım oğlum Ali Ege olmasa daha da zor olurdu. Bu yüzden ilk teşekkürü onlara etmek istiyorum.

Bu çalışmanın tamamlanmasında birçok değerli hocamın önemli katkıları oldu. Bu vesileyle, danışmanım kıymetli hocam Sayın Dr. Öğr. Üyesi Burhan Caner HACIOĞLU’na; tez jürimde yer alma ve değerli görüşlerini paylaşma nezaketi gösteren kıymetli hocalarım Sayın Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK’e; Sayın Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ’a, Sayın Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR’a ve Sayın Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akif ETGÜ’ye teşekkür ediyorum.

Son olarak, tezimin okumalarını rica ettiğim kısımlarını okuma zahmetine katlanan ve değerli görüşlerini paylaşan; kıymetli hocam Sayın Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR’e, kürsü arkadaşım Sayın Dr. Öğr. Üyesi Ercan YAŞAR’a, Sayın Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ÖLMEZ’e ve tezimin şekli düzeltmelerinde yardımcı olan oda arkadaşım Sayın Arş. Gör. Ogün USTA’ya teşekkür ediyorum.

Hasan İBA, Erzincan, 2022

CEZA HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN MADDİ UNSURLARINDA HATA

Hasan İBA

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Doktora Tezi, Aralık, 2022

Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Burhan Caner HACIOĞLU

ÖZET

Failin dış dünyadaki objektif gerçekliğe ilişkin inancı yanlışsa hatadan söz edilir. Failin subjektif durumunu haksızlık ve haksızlıktan kaynaklanan cezai sorumluluğun merkezine yerleştirmiş çağdaş ceza hukuku anlayışında hatanın önemli bir yeri vardır.

Hata kurumu 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemede hata türleri belirlenirken hatanın hukuki sonucu değil, konusu esas alınmıştır. Bu çalışmada “hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata” konusu detaylı bir şekilde ele alınacaktır. Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, hukuka uygunluk nedenlerinin yapısı ve suç genel teorisi içerisindeki yeri; ikinci bölümde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın unsurları ve üçüncü bölümde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hukuki niteliği konuları üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın temel araştırma sorusu “hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığı mı etkiler yoksa kusuru mu” sorusudur. Bu soru hata öğretisinin en tartışmalı sorusudur. Biz bu soruda, Katı Kusur Teorisinin verdiği yanıtı katılıyoruz: *Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya düştüğü için fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmeyen failin hatası kusuru etkiler; hata kaçınılmazsa fail cezalandırılmaz; hata kaçınılabiliyse fail kasıtlı suçtan kusurunun ağırlığına göre sorumlu olur.*

Anahtar Kelimeler: Hukuka Uygunluk Nedenleri, Maddi Unsurlar, Hata, Haksızlık, Kusuru Etkileyen Nedenler

**MISTAKE IN THE MATERIAL ELEMENTS OF
JUSTIFIED DEFENCES IN CRİMİNAL LAW**

Hasan İBA

Erzincan Binali Yıldırım University

Gruduate School of Social Sciences

PhD Dissertation, December, 2022

Supervisor: Assoc. Dr. Burhan Caner HACIOĞLU

ABSTRACT

As a false belief about objective reality, mistake is a very important concept in the contemporary criminal law which has placed the perpetrator's subjective situation at the center of criminal responsibility.

Mistake in the material elements of justified defences regulated in the third paragraph of Article 30 of the Turkish Penal Code No. 5237. While determining the mistake types in the regulation, the subject of the error is taken as the basis. In this study we will focus on this subject in detail. This dissertation consists of three main chapters. In the first chapter, the structure of the justified defences and their place in the general theory of crime; in the second chapter, the types of mistakes in the justified defences, the concept of inevitable mistake and the elements of mistake in the material elements of justified reasons will be discussed.

The question of whether the mistake in the material elements of the justified reasons affects the wrongfulness or the blameworthiness is the most controversial issue of this type of mistake. This subject, which is the main research question of our study, is discussed in the third chapter. In our opinion, this kind of error affects the blameworthiness.

Keywords: Justified Defences, Material Elemets, Mistake, Wrongfulness, Excuses

İÇİNDEKİLER
CEZA HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN MADDİ
UNSURLARINDA HATA

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK.....	i
TEZ ÖZGÜNLÜK SAYFASI.....	ii
KLAVUZA UYGUNLUK SAYFASI.....	iii
KABUL VE ONAY TUTANAĞI	iv
ÖN SÖZ.....	v
ÖZET.....	vi
ABSTRACT	vii
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR LİSTESİ	xiv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

I. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN GENEL ESASLARI

A. Genel Olarak Hukuka Uygunluk Nedenleri	4
B. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Suç Genel Teorisi İçerisindeki Yeri.....	9
1. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Suçlaştırmayla (<i>Criminalization</i>) Korunmak İstenen Hukuki Değer/Değerler Arasındaki İlişki	9
a. Genel Olarak	9
b. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Varlığı Halinde Suçlaştırmayla Korunmak İstenen Hukuki Değerin/Değerlerin ihlal Edilip Edilmediği Sorunu	10
1) Özgüleştirci Görüş	11
2) Genelleyici Görüş.....	13
2. Haksızlık ve Hukuka Uygunluk Nedenleri Arasındaki İlişki	15
a. Kavramsal İlişki	15
b. Yapısal İlişki	23
3. Tipiklik ve Hukuka Uygunluk Nedenleri Arasındaki İlişki	35
a. Genel Olarak	35
b. Tipiklik	36
c. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Suç Tipinin Negatif Nitelikli Unsurları Olup Olmadığı Sorunu	38
1) Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi	38
2) Tipikliği Haksızlığın Karinesi Olarak Kabul Eden Görüş	39

a) Genel Olarak	39
b) Suç Tipinde Yer Verilmekle Birlikte Normalde Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru ile İlgili Olan İfadelerin Hukuki Niteliği.....	45
(1) İlgili İfadelerin Suçun Hukuka Aykırılık Unsurunun Gereksiz Tekrarı Olduğunu İleri Süren Görüş	47
(2) İlgili İfadelerin Haksızlık Bilincini Kastın Kapsamına Dâhil Ettiğini İleri Süren Görüş	48
(3) İlgili İfadeleri Suç Tipinin Gramerine Göre Niteleyen Görüş	52
4. Genel Olarak Kusur Kavramı ve Kusurun Hukuka Uygunluk Nedenleri ile İlişkisi	54
a. Genel Olarak Kusur Kavramı.....	54
b. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusur Arasındaki İlişki	59
C. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusuru Etkileyen Nedenler Arasındaki Ayrım	63
1. Genel Olarak	63
2. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusuru Etkileyen Nedenler Arasındaki Ayrımın Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Hata Konusu Bakımından Önemi	64
3. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusuru Etkileyen Nedenler Arasında Ayrım Yapmanın Gerekli Olup Olmadığı Konusundaki Görüşler	67
a. Kanunda Ayrıma Yer Verilmemesi Gerektiğini İleri Süren Görüş	67
b. Kanunda Ayrıma Yer Verilmesi Gerektiğini İleri Süren Görüş	69
c. 5237 Sayılı TCK'nın Esas Aldığı Yaklaşım	70
4. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusuru Etkileyen Nedenler Arasındaki Ayrımın Hukuki Sonuçları	73
a. Ayrımın Temel Sonucu: Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Fiilin Haksız, Kusuru Engelleyen Nedenlerde ise Failin Kusurlu Olmaması	73
b. Temel Sonuca Bağlı Alt Sonuçlar	74
1) Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Fiili Herkes Bakımından Meşrulaştırması, Kusuru Etkileyen Nedenlerin ise Yalnızca İlgilisi Hakkında Sonuç Doğurması	74
2) Hukuka Uygun Olan Fiile Karşı Konulamaması (Bağdaşmazlık Tezi)	77
3) Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Fiille, Kusuru Etkileyen Nedenlerin Faille İlişkili Olması.....	80
5. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusuru Etkileyen Nedenler Arasındaki Ayrımın İleri Sürülen Ölçütler.....	85
a. Genel Olarak	85
b. Yapısal Eşdeğerlik Tezi.....	87
c. Maddi Eşdeğerlik Tezi.....	88

1) Çift Etki Teorisi	90
2) Değerlerin Karşılaştırılması Teorisi	96
3) Değerlendirme ve Kanaat	101

İKİNCİ BÖLÜM

I. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDE HATANIN GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ VE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDE MADDİ UNSUR HATASININ KOŞULLARI

A. Genel Olarak Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata ve Görünüş Şekilleri	109
1. Genel Olarak Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata.....	109
2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Bilmeme ve Hatanın Görünüş Şekilleri	112
a. Somut Olayda Objektif Olarak Var Olan Hukuka Uygunluk Nedenini Failin Bilmemesi	112
b. Failin Somut Olayda Bir Hukuka Uygunluk Nedeninin Unsurlarının Gerçekleştiğine İnanması	116
1) Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Maddi Unsur Hatası	116
2) İzin Hatası.....	117
c. Özel Durumlar	124
1) Sınırın Aşılması	124
2) Sapma ve Şahısta Hata	129
3) Çifte Hata.....	135
B. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Maddi Unsur Hatasının Koşulları	136
1. Davranışın Ceza Normu Bakımından Tipik Olması	137
2. Failin Hataya Düşmüş Olması	138
a. Hata Kavramı	138
1) Hatanın Tanımı	138
2) Hatanın Unsurları	142
a) Sujenin Dış Âleme Ait Objektif Gerçeklik Hakkında Bir İnanışının Olması	142
(1) Objektif Gerçeklik.....	142
(2) İnanış	150
b) İnanışın Yanlış Olması	152
b. Hata ile Benzer ve İlişkili Kavramlar	156
1) Hata ve Bilmeme.....	156
2) Hata ve Şüphe	159
3) Hata ve Taksir	160

4) Hata ve Kast.....	163
3. Hatanın Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Olgusal/Maddi Unsurlarına İlişkin Olması	166
a. Genel Olarak Olgusal Gerçeklik-Normatif Gerçeklik Ayırımı.....	166
b. Olgusal Gerçeklik - Normatif Gerçeklik Ayırımının Hata Kurumuna Yansıması	169
c. Olgusal Gerçeklikte Hata ve Normatif Gerçeklikte Hata Ayırımına İlişkin Yaklaşımlar	170
1) Geleneksel Yaklaşım.....	170
2) Sınırlı Geleneksel Yaklaşım (765 Sayılı TCK Döneminde Hâkim Olan Yaklaşım).....	172
3) Liberal Yaklaşım.....	174
4) Sınırlı Liberal Yaklaşım (5237 Sayılı TCK’da Kabul Edilen Yaklaşım)	175
d. Olgusal Gerçeklik ile Normatif Gerçeklik Arasında Ayırım Yapılmasının Gerekli Olup Olmadığına İlişkin Görüşler.....	177
1) Ayırımı Reddeden Görüş.....	177
a) Ontolojik Gerekçe	177
b) Normatif Gerekçe	179
2) Ayırımı Gerekli Gören Görüş	180
a) Ontolojik Gerekçe	180
b) Normatif Gerekçe: Olgusal Gerçeklikte Hata ile Normatif Gerçeklikte Hata Arasındaki Asimetri.....	180
e. Olgusal Gerçeklik ile Normatif Gerçeklik Arasındaki Ayırımı İleri Sürülen Ölçütler	184
1) Ontolojik Yaklaşım	184
a) Geleneksel Ölçüt	184
b) Paralel Muhakeme Ölçütü	184
2) Sonuçcu Yaklaşım.....	187
f. Değerlendirme ve Kanaat	188
C. Makul Kişi Ölçütü ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Kaçınılmaz Hata	194
1. Genel Olarak	194
2. Makul Kişi Ölçütü.....	198
a. Objektif Ölçüt.....	199
b. Sübjektif Ölçüt	201
c. Değerlendirme ve Kanaat	202

3. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Kaçınılmaz Hata	204
a. İz Sürme Teorisi	205
b. İsnadiyet Teorisi	207
c. Değerlendirme ve Kanaat	210

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

I. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN MADDİ UNSURLARINDA HATANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak	218
B. Eski 765 Sayılı TCK ve Mevcut 5237 Sayılı TCK Dönemindeki Durum	220
1. Eski 765 Sayılı TCK Dönemindeki Durum	220
a. Kanundaki Durum	220
b. Öğretideki Durum	223
2. Mevcut 5237 Sayılı TCK Dönemindeki Durum	225
a. Kanundaki Durum	225
b. Öğretideki Durum	226
c. İçtihadî Durum	231
C. Teorik Çerçeve	241
1. Saf Sübjektif Teori	241
a. Genel Olarak	241
b. Teorik Esası	245
c. Yöneltilen Eleştiriler	251
2. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi	252
a. Genel Olarak	252
b. Teorik Esası	255
c. Yöneltilen Eleştiriler	261
3. Sınırlı Kusur Teorisi	263
a. Genel Olarak	263
b. Teorik Esası	266
c. Yöneltilen Eleştiriler	275
4. Hukukî Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi	276
a. Genel Olarak	276
b. Teorik Esası	280
c. Yöneltilen Eleştiriler	286
5. Kast Teorisi	287

a. Genel Olarak	287
b. Teorik Esası	289
c. Yöneltilen Eleştiriler.....	294
6. Katı Kusur Teorisi.....	295
a. Genel Olarak	295
b. Teorik Esası	297
c. Yöneltilen Eleştiriler.....	300
D. Değerlendirme ve Kanaat	302
1. Genel Olarak	302
2. "Olan" ve "Olması Gereken" Bakımından Katı Kusur Teorisinin Üstünlüğü	309
a. Katı Kusur Teorisinin Kanundaki Düzenlemelerle Uyumlu Olması	309
1) TCK m. 21'in Değerlendirilmesi	309
2) TCK m. 22'nin Değerlendirilmesi	309
3) TCK m. 30'un Değerlendirilmesi	310
4) TCK m. 27'nin Değerlendirilmesi	316
b. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Objektif Nitelikte Olması	323
c. Katı Kusur Teorisinin Bağdaşmazlık Tezi ile Uyumlu Olması	332
d. Katı Kusur Teorisinin Tipik Olmadığı için Haksız Olmayan Fille, Tipik Olmakla Birlikte Hukuka Uygun Olduğu için Haksız Olmayan Fiil Arasındaki Değer Farkını Yansıtması	336
e. Katı Kusur Teorisinin Davranış Normlarının Mantığı ile Uyumlu Olması.....	343
f. Katı Kusur Teorisinin İzin Normları ile Ceza Normları Arasındaki İlişkinin Mantığı ile Uyumlu Olması	347
g. Katı Kusur Teorisinin Uygulamada Daha İşlevsel Olması.....	351
h. Katı Kusur Teorisinin Zararın Tazmini İmkânı Sağlaması	352
i. Katı Kusur Teorisinin Cezalandırma Boşlukları Yaratmaması	355
3. Katı Kusur Teorisine Yöneltilen Eleştirilerin Yanıtlanması	360
a. Katı Kusur Teorisinin <i>Adil Olmayan Sonuçlara Yol Açtığı</i> Eleştirisinin Yanıtı	360
b. Katı Kusur Teorisinin <i>Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sübjektif Unsur Sorunu Bakımından Problemlili Olduğu</i> Eleştirisinin Yanıtı	362
c. Katı Kusur Teorisinin <i>Olgusal Gerçeklik ile Normatif Gerçeklik Arasındaki Ontolojik Farklılığı Dikkate Almadığı</i> Eleştirisinin Yanıtı	363
SONUÇ	366
KAYNAKÇA	380
ÖZ GEÇMİŞ	403

KISALTMALAR LİSTESİ

AC	: Appeal Cases
ACK	: Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch)
bkz.	: Bakınız
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
çev.	: Çeviren
DPP	: Director of Public Prosecutions
E.	: Esas Numarası
E.T.	: Erişim Tarihi
ed.	: Editör/Editörler
eds.	: Editor/Editors
et. al.	: and others
f.	: Fıkra
K.	: Karar Numarası
m.	: Madde
No.	: Numara
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
v.d.	: ve diğerleri
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

Çağdaş ceza hukuku anlayışında sorumluluğun esasını özgür irade postülası oluşturur; hukuka uygun davranabilme imkân ve kabiliyeti olmasına rağmen hukuka aykırı davranışı özgür iradesi ile tercih eden fail cezayı hak eder.¹ Seçimin özgür olabilmesi için biri kontrol, diğeri epistemik koşul olarak adlandırılan iki koşulun gerçekleşmesi gerekir. Kontrol koşulu, failin iradi hareket edebilme kabiliyeti ile ilgiliyken epistemik koşul failin sübjektif durumu ile ilgilidir.² Hata kavramı, epistemik koşul bağlamında seçim özgürlüğü ile ilgili olduğu için haksızlığı ve haksızlıktan kaynaklanan ceza sorumluluğunu etkilemektedir.

Failin gerçeklik hakkındaki inancı yanlışsa hatadan söz edilir. Bilmenin konusu olan her şey hatanın da konusu olabilir; ancak her hata hali de ceza hukukunda önemli değildir. Örneğin, fail mağdurun saçının ya da kıyafetinin renginde hataya düşebilir; bu gibi hata hallerinin ceza hukukunda bir önemi yoktur. Keza şahsi cezasızlık nedenleri, objektif cezalandırma koşulları gibi failin cezai sorumluluğunu etkilemekle birlikte cezalandırılabilir fiilin haksızlık ve kusur unsurları dışında kalan bazı hususlara ilişkin hata hallerinin de ceza hukukunda bir önemi yoktur.³ Ceza hukukunda hatanın hangi durumlarda önemli olduğu sorusuna 5237 sayılı TCK'nın "hata" başlıklı 30. maddesi yanıt vermektedir. TCK m. 30'a göre, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarda, suçun nitelikli unsurlarında, ceza sorumluluğunu etkileyen nedenlerde ve fiilin haksızlık niteliğinde düşülen hata ceza hukukunda sonuç doğurur.

¹ Matthew Jones, "Overcoming the Myth of Free Will in Criminal Law: The True Impact of the Genetic Revolution", *Duke Law Journal*, 52/5 (2003): 1034 vd.; Stephen J. Morse, "Culpability and Control", *University of Pennsylvania Law Review*, 142/5 (1994): 1595 vd.; Meir Dan-Cohen, "Responsibility and the Boundaries of the Self", *Harvard Law Review*, 105/5 (1992): 105 vd.

² John Martin Fischer, Mark Ravizza, *Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 13; Kevin Timpe, "Free Will and Moral Responsibility", *The Modern Schoolman*, 88/1-2 (2011): 5-6.

³ Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2021), 165; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet, 2020), 470.

Alman öğretisinde şahsi cezasızlık sebeplerinde ve objektif cezalandırma koşullarında hataya hukuki sonuç bağlanması gerektiğini ileri süren görüşler vardır. Eric Hilgendorf, Brian Valerius, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, çev. Salih Oktar (Ankara: Yetkin, 2021), 196-197; Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım 2*, ed. Yener Ünver, çev. Yener Ünver vd. (Ankara: Adalet, 2015), 206 vd.

5237 sayılı TCK, hata kurumunu cezalandırılabilir fiilin teorik yapısına uygun bir şekilde düzenlenmiştir. Cezalandırılabilir fiilin tipiklik, hukuka aykırılık (hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu) ve kusurdan oluşan basamaklı bir yapısı vardır ve her basamakta failin sübjektif durumunun farklı bir rolü vardır.

Bizim bu çalışmada üzerinde duracağımız hata türü, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatadır. Örneğin, oyuncak silahla yapılan şakayı gerçek zannederek kendisini korumak için yaralama fiilini gerçekleştiren kişinin; arama kararında belirtilen adreste hata yaparak yanlış konuta giren kolluk görevlisinin ya da sırtı dönük bir kadını partnerine benzettiği için boynundan öpen kişinin⁴ hatası hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatadır. Örneklerde sırasıyla, meşru savunma (TCK m. 25/2), görevin ifası (TCK m. 24/2) ve rıza (TCK m. 26/1) hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata vardır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, hata öğretisinin en tartışmalı konusudur. Konunun tartışmalı olmasının nedeni bu hata türünün hem suç tipinin maddi unsurlarında hataya hem de haksızlık hatasına benzeyen yönlerinin olmasıdır. Bu yüzden öğretide bir görüşe göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığı etkilerken bir başka görüşe göre kusuru etkilemektedir. Yazarlar farklı gerekçelerden hareket ettikleri için bu iki görüş altında kümelenen birçok teori vardır. Söz konusu tartışmanın nedeni olan “hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığı mı etkiler, kusuru mu” sorusu, bu çalışmanın temel araştırma sorusudur. Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde hukuka uygunluk nedenlerinin genel teorisi üzerinde durulacaktır. Birinci bölüm, iki alt bölümden oluşmaktadır. İlk alt bölümde sırasıyla hukuka uygunluk nedenlerinin suçlaştırmayla korunmak istenen hukuki değerle, haksızlıkla, tipiklikle ve kusurla olan ilişkisi; ikinci alt bölümde ise hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler arasındaki ayrım üzerinde durulacaktır.

⁴ Türk öğretisinde azınlık görüşe göre rızanın yokluğu cinsel saldırı suçunda suç tipinin bir unsurudur. Meral Ekici Şahin, *Ceza Hukukunda Rıza* (İstanbul: On İki Levha, 2012), 87; Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (Ankara: Seçkin, 2017), 120; Berrin Akbulut, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 14/40 (2019): 265.

Birinci bölümde, hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen normların niteliğinin ve işlevinin ne olduğu, hukuka uygun olan fiilin suç tipiyle korunmak istenen hukuki değeri ihlal edip etmediği, hukuka uygunluk nedenlerinin haksızlığın bağımsız bir unsuru olup olmadığı, suç tipinde yer verilen ve normalde suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili ifadelerin haksızlığın yapısını değiştirip değiştirmediği ve son olarak hukuka uygunluk nedenlerini tespiti ve dolayısıyla kusuru etkileyen nedenlerden ayırmaya elverişli bir ölçütün bulunup bulunmadığı sorularına yanıt aranacaktır.

İkinci bölümde, esas olarak, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın unsurları üzerinde durulacaktır. İkinci bölüm, üç alt bölümden oluşmaktadır. İlk alt bölümde, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin diğer hata türlerinden farkı; ikinci alt bölümde, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarına hatanın unsurları; üçüncü alt bölümde ise kaçınılmaz hata kavramı üzerinde durulacaktır.

İkinci bölümde, hata kavramından ne anlaşılması gerektiği, hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın unsurlarının neler olduğu, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarını normatif unsurlarından ayırmanın mümkün olup olmadığı, kaçınılmaz hata kavramının ne anlama geldiği ve son olarak hatanın kaçınılabılır olması ihtimalinde bu durumun haksızlığı ve haksızlıktan kaynaklanan ceza sorumluluğunu ne ölçüde etkileyeceği sorularına yanıt aranacaktır.

Üçüncü bölümde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Bu bölüm, üç alt bölümden oluşmaktadır. İlk alt bölümde, Türk hukukundaki duruma; ikinci alt bölümde, konuya ilişkin teorik tartışmalara ve son olarak üçüncü alt bölümde, görüşümüze ve dayanaklarına yer verilecektir. Çalışmamızın temel araştırma sorusu olan, “*hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığı mı etkiler kusuru mu*” sorusuna bu bölümde yanıt verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN GENEL ESASLARI

A. Genel Olarak Hukuka Uygunluk Nedenleri

Davranış normları temelinde insan davranışları, yükümlülüğe konu olanlar ve olmayanlar şeklinde iki genel kategoriye ayrılır. Yükümlülük sahasındaki davranışlar emir ya da yasağa konu olan davranışlardır. Muhataplar, emire konu olan davranışlarda belli bir şekilde davranma; yasağa konu olan davranışlarda ise belli bir şekilde davranmama yükümlülüğü altındadırlar. Süje, emir ya da yasağa konu olmayan davranışları ise yapıp yapmada özgürdür.

Özgürlük sahasındaki davranışlar da iki genel kategoriye ayrılırlar: (1) kendiliğinden özgür olan davranışlar, (2) özgürleştirilen davranışlar.⁵ Uyuma, hayal kurma, koşma, yürüme, yemek yeme gibi bazı davranışlar herhangi bir norma konu olmadıkları için doğal olarak (*ipso facto*) özgür olan davranışlar iken bazı davranışlar ise meşru savunma halinde öldürmede olduğu gibi normalde yükümlülüğe konu olmakla birlikte kanun koyucu tarafından izin verildiği için özgürleştirilen davranışlardır.

Hukuka uygunluk nedenleri özgürleştirilen davranışları konu edinir. Doğal olarak özgür olan davranışlar, yükümlülük normlarına konu olduklarında özgürlük sahasından yükümlülük sahasına taşınırlar. Örneğin, canlıların birbirlerini öldürmelerini yasaklayan bir norm doğada kendiliğinden var değildir. Bu yüzden doğal durumda

⁵ Von Wright, *Norm and Action: A Logical Enquiry* (London: Routledge and Kegan Paul, 1963), 85 vd.; Carlos E. Alchourrón, "Conflicts of Norms and the Revision of Normative Systems", *Law and Philosophy*, 10/4 (1991): 419; Ota Weinberger, "The Expressive Conception of Norms: An Impasse for the Logic of Norms", *Law and Philosophy*, 4/2 (1985): 189; Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, translated by Max Knight (New Jersey: The Law Book Exchange, 2008), 15-16.

insanların birbirlerini öldürmeme yükümlülükleri yoktur. Öldürmeyi yasaklayan norm muhataplarına öldürmeme yükümlülüğü getirir. Hukuka uygunluk nedenleri yükümlülüğe konu edilen davranışların normatif statüsünü değiştirerek bu davranışları tekrar özgürleştirir. Örneğin, koşulları oluşmuşsa, meşru savunma, öldürmeme yükümlülüğüne istisna getirerek muhatabına dilerse saldırganı öldürme özgürlüğü bahşeder. Doğal durumda insan özgür olduğundan, yükümlülük normları kurala istisna getiren; hukuka uygunluk nedenleri ise yükümlülük normlarına istisna getirdikleri için istisnaya istisna getiren norm kategorisini teşkil ederler.

Aslanan davranışların yükümlülük normları ile düzenlenmesidir; zira ancak “yap” ya da “yapma” şeklindeki buyruklar ile davranışlar yönlendirilebilir. “Yap” ya da “yapma” buyruklarının taşıyıcısı yükümlülük normlarıdır.⁶ İzin normları ise muhataplarına, “istersen yapabilir, istersen yapmayabilirsin” demek suretiyle bir serbesti tanırlar; bu nitelikleri dolayısıyla izin normlarının ihlali kabil değildir.⁷ Örneğin, meşru savunmada süje kendisini ya da üçüncü kişiyi savunup savunmama, rızada rıza açıklamaya yetkili olan kişi maruz kalınan fiile rıza gösterip göstermeme ya da hakkın icrasında hak sahibi hakkını icra edip etmeme konusunda serbesttir. Yükümlülük normlarında ise muhatabın seçeneği yoktur. Örneğin, öldürmeyi yasaklayan normun muhatabına verdiği mesaj “dilersen öldürebilirsin; dilersen öldürmeyebilirsin” değildir.

İhlalleri kabil olmadığından bağımsız bir norm kategorisi teşkil edip etmedikleri tartışmalı olsa da hukuka uygunluk nedenlerinin yükümlülük normlarının sahip olmadığı önemli bir fonksiyonu vardır: Yükümlülüklerle, kural olarak, yükümlülüklerle değil, izinlerle istisna getirilebilir.⁸ Kuralın istisnasını görevin ifası oluşturur. Görevin ifasında mükellef görevini yapıp yapmama serbestisine sahip değildir; görevini yapmakla yükümlüdür. Görevin ifasında ceza normunu ihlal etmeme yükümlülüğüne

⁶ Weinberger, “The Expressive Conception of Norms”, 186-187.

⁷ Alf Ross, *Directives and Norms* (London: Routledge and Kegan Paul, 1968), 120; Kazimierz Opalek, Jan Woleński, “Normative Systems, Permission and Deontic Logic”, *Ratio Juris*, 4/3 (1991): 341; David Lewis, “A Problem about Permission”, in *Essays in Honour of Jaakko Hintikka*, eds. Esa Saarinen et al. (Dordrecht: Reidel, 1981), 163 vd.; Audun Stolpe, “A Theory of Permission Based on the Notion of Derogation”, *Journal of Applied Logic*, 8/1 (2010): 99.

⁸ Eugenio Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, eds. Carlos Bernal et al. (New York: Oxford University Press, 2015), 334.

görevin gereğini yapma yükümlülüğü ile istisna getirilir; bu yüzden görevin ifasını düzenleyen normlar izin normları değil, yükümlülük normlarıdır.⁹

Hukuka uygunluk nedenleri, emre ya da yasağa konu olan davranışları emre ya da yasağa konu olmaktan çıkarır. Hukuka uygunluk nedenlerinin bu özelliği hukuk düzeninin tesisi ve devamlılığı açısından büyük önem taşır. Kanun koyucu düzenin tesisi ve devamlılığı bakımından önemli gördüğü hukuki değerleri korumak için onları ihlal edebilecek davranışların yapılmasını ya da yapılmamasını yasaklar. Ancak belli davranışların yapılmasını ya da yapılmamasını yasaklayan normların istisnasız uygulanması, daha büyük hukuki değer ihlallerine yol açabilir. Örneğin, kasten öldürmeyi ya da yaralamayı yasaklayan normların istisnası olmasa idi, belirsiz sayıda kişiye elindeki otomatik silahla ateş eden, onlarcasını öldüren ve onlarcasını da öldürmek üzere olan saldırgana müdahale edilmemesi gerekirdi.

Hukuka uygunluk nedenleri yükümlülük normlarına istisna getirdiklerinden hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen normlar tamamlayıcı/tali nitelikteki normlardır.¹⁰ Hukuka uygunluk nedenleri yükümlülük normlarına eklemlenirler; bir fiilin izin normunun tipine uymasının ön şartı bu fiilin bir yükümlülük normu bakımından tipik olmasıdır. Örneğin, meşru savunma halinde öldürmede, kasten öldürme suçunun (TCK m. 81) fiilin bir insana yönelmesi, ölüm neticesi doğurması şeklindeki tipiklik unsurlarına, orantılılık, gereklilik, bir hakka yönelik haksız bir saldırının varlığı şeklindeki unsurlar dâhil olmaktadır. Bu yüzden somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa, fiil hem yükümlülük normunun hem de izin normunun tipine uyuyor demektir; yani, aynı davranış hem yasağa ya da emre hem de izne konu olmaktadır. İki normun faile verdiği mesaj zıt yönlüdür; bir yandan davranışın yapılması ya da yapılmaması yasaklanırken diğer taraftan aynı davranışa izin verilmektedir. Hukuk bir davranışı hem yasak ya da emre hem de izne konu edemez. Hukuk düzeni normların birbirlerinden bağımsız olarak bir araya geldiği kaotik bir yapı

⁹ İzin normlarından söz ettiğimizde her defasında görevin ifasından ayrıca söz etmek anlatımın akışını bozacağı için izin normu ifadesi ile, görevin ifası da dâhil olmak üzere bütün hukuka uygunluk nedenlerini kast edeceğiz.

¹⁰ Guido Boella, Leendert Van Der Torre, "Permissions and Obligations in Hierarchical Normative Systems", in *Proceedings of the 9th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, eds. John Zeleznikow (Edinburgh: Association for Computing Machinery, 2003), 110.

değildir. Hukukun varlık nedeni, insanın kural izleyen doğası dolayısıyla davranışlara rehber olmaktır. Hukukun bu fonksiyonunu yerine getirebilmesi için muhatabının “nasıl davranırsam davranışım hukuka aykırı olmaz” sorusuna net bir yanıt vermesi gerekir. Bu yüzden izin normu ile yükümlülük normu arasındaki çatışmanın giderilmesi gerekir.

İzin normları ile yükümlülük normları arasındaki çatışmada iki farklı çözüm yolu kabul edilebilir. Doğal hukuk anlayışına göre meseleye yaklaşıldığında, “yükümlülük özgürlük çatışmasının kazananı her zaman özgürlüktür” şeklinde veya bu anlama gelen başka ifadelerle formüle edilmiş bir ilke ile çatışmanın hukuka uygunluk nedenleri lehine çözümlenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Hukuki pozitivism esas alınarak meseleye yaklaşıldığında ise çatışma, pozitif hukukun formel yapısına ilişkin mantıkla çözümlenmelidir. Hukuki pozitivism'e göre, normlar arasında çatışmayı çözümlenmeye özgülenmiş özel bir kural yoksa normlar arasındaki çatışmalar meta kurallarla çözümlenir; meta kuralların, (1) hiyerarşik olarak üstün olan normun önceliği (*lex superior derogat inferiori*), (2) sonraki normun önceliği (*lex posterior derogat priori*) ve (3) özel normun önceliği (*lex specialis derogat generali*) olmak üzere üç türü vardır.¹¹ İzin normu ile yükümlülük normu arasındaki çatışma, özel norm-genel norm çatışmasıdır. Zira yukarıda izah ettiğimiz üzere izin normları, istisna getirdikleri yükümlülük normlarının tüm unsurlarını içerdikleri gibi bir takım ek unsurlar da içerirler. Bu yüzden izin normları yükümlülük normlarına nazaran özel norm niteliğindedir; ancak bu durum mutlak değildir; hiyerarşik olarak üstte olan irade alttaki iradenin yükümlülük normuna izin normuyla istisna getirmesine yasak koyabilir.¹² Bu durumda, üstün olan normun önceliği devreye girer. Dolayısıyla izin normu ve yükümlülük normu arasındaki çatışmada, her durumda, izin normu galip gelmez. Örneğin, 1982 Anayasasının 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler Anayasada belirtilen istisnalarla sınırlanabilirler. 1982 Anayasasında yaşama hakkının istisnaları sayılmıştır.¹³ Zorunluluk hali Anayasada sayılan istisnalardan biri değildir. Bu yüzden

¹¹ Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, 135.

¹² Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, 329.

¹³ 1982 Anayasasının 17. maddesine göre; “meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili mercinin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri” dışında

kanun koyucu, anayasa koyucunun iradesini göz ardı edip ceza kanununda ya da başka bir kanunda öldürme fiili bakımından zorunluluk halini bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenleyemez. Düzenlerse, bu hüküm, Anayasaya açıkça aykırı olduğu için fiili hukuka uygun hale getirmez.

Hukuka uygunluk nedenleri, fiili bütün hukuk düzeni bakımından meşrulaştırır. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa failin yalnızca cezai değil, hukuki ve idari sorumluluğundan da söz edilemez.¹⁴ Ceza hukukuna özgü kanunlarda yer verilen bir hukuka uygunluk nedeni diğer hukuk dallarında, diğer hukuk dallarına özgü kanunlarda yer verilen hukuka uygunluk nedenleri de ceza hukukunda sonuç doğurur.¹⁵ Örneğin, mala zarar verme suçunda koşulları oluşmuşsa rıza bir hukuka uygunluk nedenidir. Malına zarar verilmesine rıza gösteren kimse, fail aleyhine özel hukukta tazminat talep edemez. Bu yüzden bir fiilin ceza normunda tarif edilen soyut tarife uygun olması fiilin o normla çeliştiği anlamına gelse de, hukuk düzeni ile çeliştiği anlamına gelmez. Ceza normu bakımından tipik olan fiil, herhangi bir hukuk dalında yer alan bir izin normu bakımından da tipikse hukuka uygundur.

yaşama hakkı ihlal edilemez. 1982 Anayasasının 15. maddesinde yaşama hakkına bir istisna daha getirilmiştir. İlgili düzenlemeye göre, savaş hukukuna uygun fiillerle meydana gelen ölümler de yaşam hakkının istisnasıdır.

¹⁴ Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık* (Ankara: Seçkin, 2003), 29; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2021), 303; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet, 2018), 423; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2021), 279.

¹⁵ Öğretide, hukuka aykırılığın her hukuk dalı bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği ve bu bağlamda hukuka uygunluk nedenlerinin ilgili oldukları hukuk dallarına özgülenebileceğini ileri süren görüş ve eleştirisi hakkında bkz. Katoğlu, *Hukuka Aykırılık*, 32 vd.

B. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Suç Genel Teorisi İçerisindeki Yeri

1. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Suçlaştırmayla (*Criminalization*) Korunmak İstenen Hukuki Değer/Değerler Arasındaki İlişki

a. Genel Olarak

Kanun koyucu bazı fiilleri yasaklayarak ya da emrederek bir takım hukuki değerleri korumak ister. Suçlaştırmayla korunmak istenen hukuki değer¹⁶ soyut niteliktedir; somut olayda fiilin yöneldiği maddi konu ile karıştırılmamalıdır; maddi konu, suçlaştırmayla korunmak istenen hukuki değer somut olaydaki taşıyıcısıdır.¹⁷ Örneğin, kasten öldürme suçunda, suçun maddi konusu öldürülen kişi iken suçlaştırma ile korunmak istenen hukuki değer, yaşama hakkıdır.¹⁸

Aralarında birinin ötekine istisna getirmesi şeklinde bir ilişki olsa da yükümlülük ve izin normlarının ortak gayesi düzenin varlığı ve devamlılığı için gerekli olan hukuki değerleri korumaktır. Yükümlülük normlarının istisnasız uygulanması durumunda daha büyük hukuki değer ihlalleri söz konusu oluyorsa, yükümlülük normlarına hukuka uygunluk nedenleri ile istisna getirilir.¹⁹ Örneğin, kasten yaralama suçunun istisnası olmasa idi, hastanın hayatını kurtarmak için dahi doktorlar hastaya

¹⁶ Öğretide sıklıkla “suçla korunan hukuki değer/yarar/menfaat” ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 391; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 594; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 253.

Suçla bir hukuki değer korunmaz aksine ihlal edilir. Bu yüzden “suçla korunan hukuki değer/yarar/menfaat” ifadesinin terminolojik olarak yerinde olmadığını düşünüyoruz. Anglo-Amerikan hukukunda bir fiilin ceza normuna konu edilerek suç haline getirilmesi durumunu karşılamak üzere “criminalization” kavramı kullanılmaktadır. Bu kavramı en iyi karşılayan kelime bize göre “suçlaştırma” kelimesidir.

¹⁷ Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Ankara: Seçkin, 2003), 488. Korunmak istenen hukuki değer ihlali bakımından bazı suç tiplerinde suçun maddi konusunun tehlikeye maruz bırakılması yeterli iken bazı suç tiplerinde maddi konunun zarara uğramış olması gerekir. İlk durumda tehlike suçlarından, ikinci durumda ise zarar suçlarından söz edilir. Ceza kanununda yer alan suçların büyük bir çoğunluğu, *ultima ratio* ilkesi gereği, zarar suçudur.

¹⁸ Suçlaştırmayla korunmak istenen hukuki değer, suçun kanuni tarifinin yorumunda ve suç tiplerinin tasnifinde esas alınacak temel kaynaktır. Ünver, *Hukuksal Değer*, 502.

¹⁹ Neslihan Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/1 (2016): 422; Paul H. Robinson, *Fundamentals of Criminal Law* (Boston: Little, Brown, 1988), 665; Michael S. Moore, *Placing Blame: A General Theory of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 1997), 65; Eugene R. Milhizer, “Justification and Excuse: What They Were, What They are, and What They Ought to Be”, *St. John's Law Review*, 78/725 (2004): 844. Aksi görüş için bkz Zeynel T. Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu* (Ankara: Seçkin, 2010), 200-201.

müdahale edemezdi ya da hürriyetten yoksun bırakma suçunun istisnası olmasa idi, hükümlünün hapis cezası infaz edilemezdi. Doktorun müdahalesi, kasten yaralama; hapis cezasının infazı ise hürriyetten yoksun bırakma suçu bakımından tipiktir. Fiilin tipik olması, o suç tipiyle korunmak istenen hukuki değerin ihlal edildiği anlamına gelir; fakat hastaya rıza dâhilinde müdahale edilmesi ve hapis cezasının infazı örneklerinde olduğu gibi tipik fiilin ihlal ettiği hukuki değerden daha üstün değerleri koruduğu durumlarda; fiil hukuka uygundur.

Öte yandan konu tartışmasız da değildir. İki menfaat çatışıyorsa, üstün olanı koruyan fiilin hukuka uygun olup olmadığı, diğer bir ifadeyle, bütün hukuka uygunluk nedenlerinin böyle bir ilke ile temellendirilip temellendirelemeyeceği meselesi tartışmalıdır. Bu tartışmaya, “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusuru Etkileyen Nedenler Arasındaki Ayrım” başlığı altında detaylı olarak yer vereceğiz. Burada üzerinde durmak istediğimiz tartışma, izin normunun tipine uyan fiilin ceza normuyla korunmak istenen hukuki değeri ihlal edip etmediği tartışmasıdır. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa fiilin suç tipiyle korunmak istenen hukuki değeri ihlal edip etmediği tartışması, hukuka uygunluk nedenlerinin suç tipinin negatif nitelikli unsurları olup olmadığı konusundaki tartışma ile koşuttur. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre fiilin tipik olabilmesi için somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekir; somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa fiil tipik değildir; fiil tipik olmadığı için ceza normuyla korunmak istenen hukuki değer ihlal edilmemiştir. Hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin negatif nitelikteki unsurları olarak kabul edilirse, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller. Bu yüzden aşağıda üzerinde duracağımız tartışma hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata meselesiyle doğrudan ilişkilidir.

b. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Varlığı Halinde Suçlaştırmayla Korunmak İstenen Hukuki Değerin/Değerlerin ihlal Edilip Edilmediği Sorunu

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde suç tipiyle korunmak istenen hukuki değerlerin ihlal edilip edilmediği meselesine ilişkin tartışma, ahlak felsefesindeki hakların mutlak olup olmadığına ilişkin tartışmanın bir yansımasıdır. Bir görüşe göre haklar mutlak; ihlallerine izin verilemez (özgüleştirci görüş). Diğer bir

görüŖe göre haklar mutlak değildir; bazı durumlarda hakların ihlaline izin verilebilir (genelleŖtirici görüŖ).

ÖzgüleŖtirici görüŖ, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa suç tipiyle korunmak istenen hukuki değerin ihlal edilmediğini ileri süren görüŖe²⁰; bizim de katıldığımız genelleyici görüŖ ise, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa suç tipiyle korunmak istenen hukuki değerin ihlal edildiğini; ancak ihlalin haksız olmadığını ileri süren görüŖe²¹ karŖılık gelmektedir.

1) ÖzgüleŖtirici GörüŖ

ÖzgüleŖtiricilere (*specificationists*) göre normal koŖullarda (*prima facie*) haksız olan bir fiil, somut olaydaki özel koŖullar dolayısıyla haksız değilse, esasen ortada bir hak ihlali yok demektir.²² Bu görüŖ hakkın istisnası olan durumları (hukuka uygunluk nedenleri) hakkın tanımına dâhil etmektedir. Kavramsal olarak daraltılan böyle bir hak anlayıŖında hukuka uygun olan bir fiille hak ihlali mümkün olmamaktadır. Örneğin, yaŖama hakkı, “haksız yere öldürülmeme hakkı” Ŗeklinde tanımlandığında, meŖru savunmanın varlığı halinde saldırganın yaŖam hakkı ihlal edilmemiŖ olmaktadır.

Bu görüŖün altında yatan düŖünce, hakların ahlaki değerini korumaktır.²³ Bir hak ihlali varsa fiil haksızdır; o halde fiil haksız değilse, bir hak ihlalinden söz edilemez. Fiilin hem “bir hakkı ihlal ettiği” hem de “haksız olmadığı” önermeleri birbirleri ile baędaŖtırılmaz.

Bu görüŖün dayandığı bir baŖka argüman, *Hohfeld*’in hak teorisidir.²⁴ *Hohfeld*’e göre, tüm hukuki iliŖkilerin Ŗemsiye kavramlar olarak hak ve ödev kavramlarına

²⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 311, dipnot: 418.

²¹ Ünver, *Hukuksal Değer*, 971; Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 208-209; Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında”, 418; Katoğlu, *Hukuka Aykırılık*, 84.

²² Christopher Heath Wellman, “On Conflicts Between Rights”, *Law and Philosophy*, 14/3-4 (1995): 274; Hallie Liberto, “The Moral Specification of Rights: A Restricted Account”, *Law and Philosophy*, 33/2 (2014): 176.

²³ Robert Mullins, “Moral Conflict and the Logic of Rights”, *Philosophical Studies*, 177/3 (2020): 637; İsmail KöküŖarı, *Anayasal Hakların ÇatıŖması* (Ankara: Adalet, 2020), 47.

²⁴ Mullins, “Moral Conflict”, 635 vd.; Russ Shafer-Landau, “Specifying Absolute Rights”, *Arizona Law Review*, 37/4 (1995): 222; Wellman, “On Conflicts”, 277 vd.

indirgenmesi, belirsizliğe ve karışıklığa yol açmaktadır.²⁵ Hukuki ilişkileri daha açık ve anlaşılabilir bir modelle izah etmek isteyen *Hohfeld*, sekiz kategoriden oluşan bir model ortaya koymuştur.²⁶ *Hohfeld*'in teorisinde bizi ilgilendiren ilk iki kategoridir: (1) talep (*claim*)-ödev (*duty*), (2) ayrıcalık (*privilege*)-talep yokluğu (*no-claim*).

Hukukta en sık kullanıldığı mana ile “hak” kavramı, ilk kategoriye karşılık gelmektedir.²⁷ Bir kimsenin bir hakka sahip olduğundan söz edildiğinde, bu kişinin hakkının içeriğine uygun davranılması konusunda bir *talebi*, bu talebin muhataplarının da talebin içeriğine uygun hareket etme *ödevi* vardır.²⁸ Talep, başka bir kimseye ödev yüklemek suretiyle yaratılan hukuki bir durumdur.²⁹ Talep sahibi muhatabından yapma ya da yapmama şeklinde bir istemde bulunabilirken; muhatap, yapma ya da yapmama ödevi altındadır. Örneğin, alacak hakkında, koşulları oluşmuşsa, alacaklı borçludan borcunu ödemesini talep edebilir; bu talep karşısında borçlunun borcunu ödeme yükümlülüğü vardır. Ceza hukukuna özgü bir örnek vermemiz gerekirse, kasten öldürme suçunda (TCK m. 81), hak sahibinin (ve devletin) yaşama hakkının ihlal edilmemesi şeklinde bir talebi; diğer kimselerin de bu talebe uygun hareket etme (yaşama hakkını ihlal etmeme) yükümlülüğü vardır.³⁰

Hukuka uygunluk nedenleri, *Hohfeld*'in hak teorisinde ikinci kategoriye teşkil etmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde, muhatapın yasak olan normu ihlal etmeme yükümlülüğü yoktur.³¹ Özgüleştircilere göre, hakların ihlal edilebildiğini ve fakat hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde ihlalin haksız olmadığını ileri süren görüş, bu konsept ile uyumsuzdur.³² Bir hak varsa talep ve bu talebin karşılığı olan bir ödev vardır. Hak yoksa ödev, ödev yoksa hak yoktur. Örneğin, borç yoksa alacak, alacak yoksa borç yoktur. Meşru savunmada, saldırganın hakkının ihlal

²⁵ Wesley Newcomb Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *The Yale Law Journal*, 23/1 (1913): 28-29.

²⁶ Hohfeld, “Some Fundamental”, 30 vd.

²⁷ Hohfeld, “Some Fundamental”, 32.

²⁸ Hohfeld, “Some Fundamental”, 31-32.

²⁹ Hohfeld, “Some Fundamental”, 32.

³⁰ Talebe konu yükümlülük, aktif bir davranışta bulunma (pozitif) ya da pasif durumda kalma (negatif) şeklinde olabilir. Örneğin, ihmali davranışla kasten öldürme suçunda (TCK m.83) muhatapın ödevi pozitif; kasten öldürme suçunda (TCK m.81) ise negatif niteliktedir.

³¹ Hohfeld, “Some Fundamental”, 32.

³² Mullins, “Moral Conflict”, 637; Shafer-Landau, “Specifying”, 222; Wellman, “On Conflicts”, 277 vd.

edildiğinden söz edilecekse, o zaman savunmada bulunanın hakkı ihlal etmeme ödevinden de söz etmek gerekir; oysa meşru savunmada savunmada bulunanın böyle bir ödevi yoktur. Meşru savunmada bulunanın koşulları oluşmuşsa saldırgana zarar vermeme ödevi bulunmadığına ve ödev yoksa hak da olmadığına göre; meşru savunmada bir hakkın ihlalinden söz edilemez.

2) Genelleyici Görüş

Genelleyicilere (*generalizationist*) göre, haklar mutlak değildir: somut olaydaki koşullar dolayısıyla hakkın ihlaline izin verilebilir.³³ Fiilin haksız olmaması, hakkın ihlal edilmediği manasına gelmez; haklar genel (evrensel) oldukları için her somut olayda vardır; ve bu yüzden haklar birbirleri ile çatışabilirler. Örneğin, somut olayda bir kimsenin saldırgan olması, onun yaşama hakkına sahip olmadığı anlamına gelmez. Yaşama hakkı evrenseldir ve somut olaydaki değişkenlerden etkilenmez. Meşru savunmada kendisini savunan kişinin de yaşama hakkı vardır. Meşru savunmada, saldıran ile savunmada bulunanın hakları arasında çatışma vardır. Haklar birbiri ile çatışabiliyorsa, çatışma halinde iki haktan biri galip çıkacağından haklar mutlak değildir; ihlal edilebilirler.

Bu görüşün güçlü yanı, -bizim de bu görüşe katılmamızın nedeni- yükümlülüğe konu edilmedikleri için serbest olan davranışlarla, yükümlülüğe konu edilmekle birlikte somut olaydaki koşullar dolayısıyla icrasına ya da ihmeline izin verildiği için serbest olan davranışlar arasındaki değer farkını yansıtmadır.³⁴ Thomson'un kullandığı terminoloji, bahse konu değer farkını yansıtmaları bakımından işlevseldir.³⁵

(1) *Saf hukuka uygun davranış (perfectly legal)*: “Yap” ya da “yapma” yükümlülüğüne konu olmayan ya da konu olmakla birlikte yükümlülüğe uygun olan davranışlar saf hukuka uygun davranışlardır. Örneğin, hayal kurma, suç işlememe gibi.

³³ Andrew Botterell, “In Defence of Infringement”, *Law and Philosophy*, 27/3 (2008): 289; Nancy Davis, “Rights, Permission, and Compensation”, *Philosophy and Public Affairs*, 14/4 (1985): 383; Phillip Montague, “Specification and Moral Rights”, *Law and Philosophy*, 34/3 (2015): 255; Wellman, “On Conflicts”, 274.

³⁴ Thomson’a göre, izin verildiği için haksız olmayan davranışın, hakkaniyet gereği tazminat ödeme, pişman olma, üzülme gibi ahlaki kalıntıları (moral residue) vardır. Judith Jarvis Thomson, *The Realm of Rights* (Massachusetts: Harvard University Press, 1990), 84.

³⁵ Judith Jarvis Thomson, “Some Ruminations on Rights”, *Arizona Law Review*, 19/1 (1977): 47 vd.

(2) *Normalde haksız olmakla birlikte somut olayda fiili hukuka uygun hale getiren bir nedenin varlığı nedeniyle haksız olmayan davranış (infringement)*: Bu tür davranışlar, bir hukuk normu tarafından yasaklanmış ya da emredilmiş olmakla birlikte başka bir hukuk normu tarafından izin verilen davranışlardır. Saf hukuka uygun davranışlardan farklı olarak bu tür davranışlar bir hukuki değeri ihlal etmektedirler; ancak ihlal haksız değildir.

(3) *Haksız davranış (violation)*: Fiil bir davranış normunu ihlal ediyorsa ve somut olayda bu fiili hukuka uygun hale getiren bir neden yoksa haksızlıktan söz edilir. İkinci kategorideki davranışlarla bu tür davranışların ortak noktası, somut olayda bir hukuki değer ihlalinin olmasıdır. Farklılık, ikinci kategoride hukuki değer ihlaline kanun koyucu tarafından izin verildiği için ihlalin haksız olmamasıdır.

Bu terminoloji suç teorisine uyarlandığında: ilk kategori, ceza normu bakımından tipik olmayan ve başka bir hukuk normuyla da çelişmeyen davranışlara; ikinci kategori ceza normuyla çelişmekle birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni olduğu için hukuka uygun olan davranışlara ve son kategori ceza normuyla çelişen ve somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığı için haksız olan davranışlara karşılık gelmektedir.

Tipik olmadığı için ceza hukuku bakımından haksız olmayan bir davranış ile tipik olmakla birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu için haksız olmayan davranış arasında değer farkı vardır. Bu değer farkı, ikinci durumda suçlaştırmayla korunmak istenen hukuki değer ihlal edilmiş olmasıdır.³⁶

Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa, tipik fiilin hukuki değeri ihlal etmesinin mümkün olmadığını ileri süren görüş, Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi ile örtüşmektedir.³⁷ Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa fiil tipik olmaz; fiil tipik olmadığı için de suçlaştırmayla korunmak istenen hukuki değer ihlal edilmiş olmaz.

³⁶ George P. Fletcher, “The Nature of Justification”, in *Action and Values in Criminal Law*, eds. Stephen Shute et. al. (Oxford: Clarendon Press, 2003), 177.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için 3. Bölümde “Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, tipik olmadığı için haksız olmayan fiil ile tipik fakat hukuka uygun olduğu için haksız olmayan fiil arasında bir fark yoktur; zira her iki durumda da fiil haksız değildir ve her iki durumda da herhangi bir hukuki değer ihlal edilmemektedir. Fakat, “bir sineği öldürmekle bir insanı öldürmek aynı şey değildir”.³⁸ Sineği öldürmek de (fiil, tipik olmadığı için) haksız değildir; meşru savunma halindeyken bir insanı öldürmek de (somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu için) haksız değildir. Aradaki fark, meşru savunma halinde gerçekleşmiş de olsa, hukuki bir yararın (yaşam hakkını) ihlal edilmiş olmasıdır. Aksini kabul, insan yaşamına hukukun attığı değeri göz ardı etmek anlamına gelir.

2. Haksızlık ve Hukuka Uygunluk Nedenleri Arasındaki İlişki

a. Kavramsal İlişki

Haksızlık, sözlük anlamı itibarıyla, “hak ve adalete aykırılık” manasına gelmektedir.³⁹ Hak ve adalet kavramları, yalnızca hukukun değil, ahlak ve din gibi diğer normatif sistemlerin de temel kavramlarıdır.

Normatif sistemlerin ortak noktası; yasak, emir ve izin normları ile insan davranışlarını yönlendirmeleri ve norma konu ettikleri davranış hakkında bir değer hükmü vermeleridir.⁴⁰ Haksızlık, bu değer hükmünün kendisidir: davranış, emir ya da yasağa aykırı ise ve somut olayda yasak ya da emire istisna izin verilmiyorsa davranış haksızdır.⁴¹

Davranışın çeliştiği norm ahlak normuysa, ahlaki bir haksızlıktan; hukuk normuysa hukuki bir haksızlıktan söz edilir. Kasten öldürmede olduğu gibi davranışın hem hukukta hem de ahlakta yasak olduğu durumlarda ise hem hukuki hem de ahlaki haksızlıktan söz edilir.

³⁸ Hans Welzel, “Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als Legislatorisches Problem”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 67/2 (1955): 211.

³⁹ Türk Dil Kurumu Günlük Türkçe Sözlük, (Erişim Tarihi: 22.03.2019), <https://sozluk.gov.tr/>.

⁴⁰ Carlos E. Alchourrón, “Conflicts of Norms and the Revision of Normative Systems”, *Law and Philosophy*, 10/4 (1991): 413.

⁴¹ İzzet Özgenç, “Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5/1-2 (Prof. Dr. M. Şakir Berkî'ye Armağan) (1996): 448-449.

Suç niteliğindeki hukuki haksızlıkta ise davranışın çeliştiği norm, ceza normudur. Suç niteliğindeki haksızlıklarla diğer hukuki haksızlıklar arasında nitelik farkı yoktur.⁴² Suç, diğer haksızlıklardan, kural olarak, nicelik yönüyle ayrılır.⁴³ Ceza hukuku, kişi hak ve özgürlüklerine en derin ve yoğun müdahaleleri gerçekleştiren hukuk dalıdır; bu yüzden liberal toplumlarda diğer hukuk dallarına özgü araçlarla karşılığı ödettirilemeyen veya önlenemeyen haksızlıklar bakımından son çare olarak ceza hukukuna başvurulur.⁴⁴ Ancak, bazen ceza hukukunda suç olarak düzenlenmiş fiillerden daha haksız olan fiiller diğer hukuk dallarına özgü normlara konu olabilmektedir. Örneğin, bir eşin diğer bir eşe hakaret etmesi bir haksızlıktır (TCK m. 125). Bir eşin diğer bir eşi aldatması da bir haksızlıktır (TMK m. 185). Haksızlığın derecelendirilmesinde toplumun fiil hakkındaki genel değer yargısı esas alındığında; zina hakareten daha büyük bir haksızlıktır. Fakat kanun koyucu hakareti suç olarak düzenlemiş zinayı aile hukukuna özgü bir hukuka aykırılık olarak kabul etmiştir.⁴⁵ Kanunilik ilkesi dolayısıyla, eşlerden birinin ötekine hakaret etmesinin suç olmadığı ileri sürülemeyeceği gibi zinanın suç olduğu da ileri sürülemez. Bu yüzden, bize göre, suç niteliğindeki haksızlıkların diğer hukuki haksızlıklardan nicelik yönünden

⁴² Aksi görüş için bkz. Mehmet Cemil Ozansü, *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk* (Ankara: Seçkin, 2007), 25 vd. *Ozansü*'ye göre, haksızlık farklı hukuk dallarında farklı niteliğe sahiptir. Yazar, "medeni hukuk haksızlığı" ile "ceza hukuku haksızlığı"nın nitelik olarak birbirlerinden ayrıldığını ileri sürmektedir.

⁴³ Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2021), 266.

⁴⁴ Son çare olma ilkesi (*ultima ratio*), yalnızca maddi ceza hukuku ile değil, ceza muhakemesi ve infaz hukuku ile de ilgilidir. Ozan Ercan Taşkın, "Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15/1 (2016): 59.

⁴⁵ Zinaya 765 sayılı eski TCK'nın 440 ve 441. maddelerinde suç olarak yer verilmiştir. 765 sayılı eski TCK'nın 440. maddesinde kadının, 441. maddesinde ise kocanın zinası düzenlenmiştir. Kocanın zina suçundan sorumlu olabilmesi için kendi evinde ya da tuttuğu başka bir evde bir kadınla evli gibi yaşaması koşulları aranmışken kadının zinasında bu koşullara yer verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi, erkeğin zinasını düzenleyen 441. maddeyi "eşitlik" ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile 23.09.1996 tarihinde verdiği bir kararla iptal etmiştir. Yasakoyucu erkeğin zinası ile ilgili düzenleme yapmayınca kanunda yalnızca kadının zinası suç olarak kalmıştır. Yasakoyucu tarafından düzenleme yapılmadığı için Anayasa Mahkemesi 23.06.1998 tarihinde verdiği kararla kadının zinasını düzenleyen 440. maddeyi de iptal etmiştir. 5237 sayılı Kanunda ise zina suç olarak düzenlenmemiştir.

Toplumun zinaya bakış açısı, zinayı, hukukla ahlak arasındaki ilişkiye ilişkin tartışmaların önemli bir başlığı haline getirmektedir. Eşlerden biri ile ilişki yaşayan 3. kişinin davranışının "ahlaka aykırı olduğu" söylenebilirse de" hukuki bir haksızlık sayılamayacağı yönündeki Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 06.07.2018 tarihli ve 2018/7 sayılı kararı, hukukla ahlak arasındaki bağlantıyı kestiği gerekçesi ile Özgenç tarafından eleştirilmektedir. Özgenç, Genel Hükümler, 32, dipnot: 57.

ayrıldığını ileri süren tez, mutlak doğru değildir.⁴⁶ Çoğunlukla suç niteliğindeki haksızlıklar diğer hukuki haksızlıklardan nicelik itibarıyla daha yoğundurlar; fakat zina örneğinde olduğu gibi, suç ve ceza siyaseti gereği bazen kanun koyucu ceza kanununda suç olarak düzenlenen haksızlıklardan daha yoğun haksızlık içeriğine sahip fiilleri diğer hukuk dallarına özgü normlara konu edebilmektedir. Öldürme, yaralama, mala zarar verme fiillerinde olduğu gibi aynı haksızlığın medeni hukuk, idare hukuku gibi farklı hukuk dallarına özgü normlara konu olabilmesi de maddi ölçütün suç niteliğindeki haksızlıkları diğer haksızlıklardan ayırmak bakımından yetersiz olduğunu göstermektedir. Kanunilik ilkesinin de doğal bir sonucu olarak, suç niteliğindeki haksızlıkları diğer haksızlıklardan ayırmada esas alınacak ölçüt, biçimsel ölçüttür.⁴⁷ Suç niteliğindeki haksızlık, bu haksızlık için öngörülen yaptırımın türü itibarıyla diğer hukuki haksızlıklardan ayrılır.⁴⁸ Normun ihlal edilmesi durumunda hapis ya da adli para cezası öngörülmüşse, suç niteliğinde bir haksızlık vardır.

Haksızlık, tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarından oluşur. Türk hukukunda olduğu gibi kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulandığı hukuk düzenlerinde ceza normları kapalı bir normatif sistem oluşturur; yalnızca teknik manada kanunla suç ihdas edilebilir.⁴⁹ Bu yüzden haksızlık kavramının tipiklik unsuru bakımından bir belirlilik söz konusudur. Haksızlık kavramının hukuka aykırılık unsurunda ise aynı netlik yoktur. Haksızlık kavramının hukuka aykırılık unsurunun içeriğini hukuka uygunluk nedenleri oluşturur. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni yoksa tipik fiil haksızdır; bu yüzden haksızlığın bir unsuru olarak hukuka aykırılık kavramı hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu anlamına gelmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri ile haksızlık

⁴⁶ Haksızlığın derecelendirilmesinde toplumun file ilişkin genel değer yargısının değil, kanun koyucunun değersizlik yargısının esas alınacağı ve bu açıdan meseleye yaklaşırsa hakaretin zinadan daha haksız bir fiil olduğu ileri sürülebilir. Bu görüş de bizi yine savunduğumuz görüşe yani suç niteliğindeki haksızlıkları diğer haksızlıklardan ayırmada başvurulacak ölçütün biçimsel ölçüt olduğu sonucuna ulaştırır.

⁴⁷ Aynı yönde; Katoğlu, *Hukuka Aykırılık*, 41; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2021), 281; Nevzat Toroslu, Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 106.

⁴⁸ Katoğlu, *Hukuka Aykırılık*, 41; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 281.

⁴⁹ Georg Henrik Von Wright, *Norm and Action: A Logical Inquiry* (London: Routledge and Kegan Paul, 1963), 88; Juan Pablo, R. Mañalich, “The Closure of Systems of Penal Sanction Norms as Systems of Constitutive Rules”, *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 44 (2021): 57.

arasındaki kavramsal ilişki hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğunun haksızlığın bir unsuru olmasıdır.

Haksızlığın tipiklik unsuruna ilişkin belirliliğin haksızlığın hukuka aykırılık (hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu) unsurunda olmamasının nedeni kaynak sorunudur. Kanunilik ilkesi dolayısıyla suç tipinin tek kaynağı, teknik manadaki kanun yani yazılı hukuktur. Hukuka uygunluk nedenlerinin yazılı hukukta yer verilenlerle sınırlı olup olmadığı meselesi ise tartışmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu (hukuka aykırılık) haksızlığın bir unsuru olduğu için bu tartışma hukuka uygunluk nedenlerinin kavramsal çerçevesi bakımından önemli olduğu kadar haksızlığın kavramsal çerçevesi bakımından da önemlidir. Hukuka uygunluk nedenlerinin pozitif hukukta yer verilenlerle sınırlı olduğu kabul edilirse hem hukuka uygunluk nedenlerinin hem de haksızlığın kavramsal çerçevesi belirginleşmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin pozitif hukukta yer verilenlerle sınırlı olmadığı kabul edilirse hem hukuka uygunluk nedenlerinin hem de haksızlığın kavramsal çerçevesi belirsizleşmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin yazılı hukukta yer verilenlerle sınırlı olup olmadığına ilişkin tartışmanın temelinde doğal hukuk, pozitif hukuk tartışmasına vardır.⁵⁰ Bu

⁵⁰ Genel olarak ifade etmek gerekirse, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağ gören yazarlar, doğal hukukçular; görmeyen yazarlar ise hukuki pozitivistler olarak adlandırılır. Doğal hukukçular göre, hukuk normunun varlığında belirleyici olan, normun içeriğidir; objektif olarak var olan evrensel ahlaki prensiplerle uyumlu olan kural, hukuk kuralıdır. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 290. Söz konusu ahlaki prensiplerin kaynağı konusunda ise fikir ayrılığı vardır; kimi yazarlar bu prensiplerin kaynağını ilahi iradeye; kimi yazarlar doğaya; kimi yazarlar ise insan aklına dayandırmaktadır. Örneğin, Türk hukukunda Özgenç, davranış normlarının kaynağını ilahi iradeye dayandırmaktadır: “davranış normları yazılı olsun yazısız olsun, İlahi Risalete dayanmaktadır”. Özgenç, “Davranış Normları”, 446.

Hukuki pozitivistlere göre hukuk normunun geçerliliğinde yegâne ölçüt normun kaynağıdır; bu kaynak *Austine*’e göre, “egemenin buyruğu”; *Hart*’a göre, “tanıma normu”; ve *Kelsen*’e göre “temel norm”dur. Sururi Aktaş, “Hukuksal Geçerlilik Sorunu”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 11 (2005): 64 vd.

Hukuki pozitivistlerin amacı, hukuku hukuk olmayandan ayırmayı sağlayabilen zorunlu ve yeterli kriterler tespit etmektir. Adalet ve bu bağlamda ahlaka uygunluk, bu görüşteki yazarlara göre, hukukun zorunlu olarak geçerlilik koşulu değildir. Doğal hukuk anlayışına bir tepki olarak ortaya çıkan hukuki pozitivistlere göre hukukun kaynağı doğa ya da tanrının iradesi değildir; hukuk, insanlar tarafından oluşturulmuş sosyal bir olgudur (sosyal olgu tezi). Ayrıca ahlakla hukuk arasında zorunlu bir bağ yoktur (ayrılabilirlik tezi). Ayrılabilirlik tezi konusunda yazarlar arasında fikir ayrılığı vardır; bir görüşe göre ahlak ile hukuk arasında kesin olarak bir bağ yoktur; bir başka görüşe göre tanıma normunda belirtilmişse hukuk ile ahlak arasında bağ olabilir; Detaylı bilgi için bkz. Kenneth Einar Himma, *Morality and Nature of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 61 vd.

Hukuki Pozitivism farklı yazarlarca farklı şekillerde ortaya konulmaktadır. Biz bu çalışmada hukuki pozitivistlerden söz ederken *Dworkin*’in anladığı şekilde hukuki pozitivistliği kastedeceğiz. *Dworkin*’e göre, hukuki pozitivistliği karakterize eden üç temel özellik vardır: “(1) Bir toplumun hukuk kuralları,

tartışma, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusu bakımından da önemlidir. Çünkü hukuka uygunluk nedenlerin maddi unsurlarında hata hakkında yapılan değerlendirmenin anlamlı olabilmesi için hukuka uygunluk nedenlerinin nelerden ibaret olduğu tespit edilmelidir.

Ceza hukuku, doğal hukukçuların iddia ettiği gibi ahlakın bir alt kategorisi olarak kabul edildiğinde; hukuka uygunluk nedenlerinin kaynağının yazılı hukuk normları ile sınırlı olmadığı, hukuka uygunluk nedenleri ve kusuru etkileyen nedenler ayrımının ahlak temelinde yapılması gerektiği ve haksızlık hatasında (haksızlık hatasının bir türü olan izin hatası, hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın görünüş şekillerinden birisidir), haksızlık bilincinin içeriğinin fiilin ahlakla çeliştiğini bilme şeklinde anlaşılması gerektiği sonuçlarına ulaşılır.

Hukuki pozitivizm esas alınacak olursa; hukuka uygunluk nedenlerinin tek kaynağının pozitif hukuk normları olduğu, hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler ayrımında kanun koyucunun tasnifinin belirleyici olduğu ve haksızlık hatasında haksızlık bilincinin içeriğinin hukuk normları ile çelişmeyi bilme şeklinde anlaşılması gerektiği sonuçlarına ulaşılır. İki görüşün de güçlü ve zayıf yönleri vardır. Basitçe ve genel olarak izah etmek gerekirse:

Hukuki pozitivizmin güçlü yönü, hukukun ne olduğu sorusuna, zor davalar (*hard cases*)⁵¹ bir yana bırakılacak olursa, net yanıt vermesidir. Süjenin hukuka uygun davranabilmesi için hukuka uygun olan davranışı bilmesi gerekir. Toplumdaki değer

içeriklerine göre değil, ne şekilde ortaya çıktıklarına ya da kabul edildiklerine göre belirlenir. (2) Hukuk bu kurallarla sınırlıdır. Eğer davada (belirsiz olduğu, uygulanabilir olmadığı ya da başka bir nedenle) uyuşmazlığı çözümleyebilecek bir kural yoksa, uyuşmazlığa uygulanabilecek bir hukuk yok demektir. Bu ihtimalde uyuşmazlık bir yetkilinin (çoğunlukla hâkimin) takdir yetkisi ile çözülür. (3) Hukuki bir yükümlülüğün söz edildiğinde kast edilen, bir hukuk kuralı ile belli şekilde davranmanın yasaklandığı ya da emredildiğidir". Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously (Cambridge MA: Harvard University Press, 1977), 17.

⁵¹ Zor davalar (*hard cases*), uyuşmazlığı çözmek için doğrudan başvurulacak bir yasa hükmünün olmadığı davalardır. Bu davalarda ya uyuşmazlığı çözümleyecek bir düzenleme yoktur; ya bir düzenleme vardır; ama içeriği müphemdir ya da böyle bir düzenleme vardır; ancak somut olay bakımından uygulanması sakıncalı olduğu için ilkelere müracaat edilir. Dworkin, *Taking Rights*, 83.

yargıları çeşitli olduğu için hukuku biçimsel bir gerçeklik olarak ortaya koyan hukuki pozitivizm, hukukun davranışlara rehber olma fonksiyonunu yerine getirir.⁵²

Hukuki pozitivizmin güçsüz yönü ise, hukuka yönelen adalet beklentilerini her zaman karşılayabilecek nitelikte olmamasıdır. Her somut olayın kendine özgü koşulları vardır; katı bir kurallaştırma, somut olaya özgü koşulların göz ardı edilmesine yol açabilir. Hukuk kavramı biçimsel gerçekliğe indirgenirse o biçime uyan her şeyin, açıkça ahlaka aykırı olsa dahi, hukuk olduğunu kabul etmek gerekir. Doğal hukuk anlayışının güçlü yönü burada devreye girmektedir. Doğal hukuka göre, evrensel ahlaki ilkelere uymayan kural, hukuk kuralı değildir.⁵³ Hukuk olması gereken değil, olandır; başka bir deyişle “olan”, zaten “olması gereken”dir.⁵⁴ Doğal hukuk anlayışının zayıf yönü ise ahlaki değer yargıları arasındaki belirsizlik dolayısıyla neyin hukuk olduğunu tespitteki güçlülüdür; hukukun en önemli fonksiyonu davranışlara rehber olmadır ve doğal hukuk anlayışındaki muğlaklık bu bağlamda sorun teşkil etmektedir.

Anlaşılabilecek üzere, haksızlık kavramı bağlamında iki görüşün de birbirlerine tercih edilebilecek yönleri vardır; zaten iki görüş arasındaki tartışmanın günümüzde de güncelliğini korumasının temel nedeni, hukukun adil olanla uyumlu olmasına ilişkin beklenti ile hukukun önceden açıkça bilinebilir olmasına ilişkin beklenti arasındaki çatışmadır.

Biz, aşağıda “Hukuka Uygunluk Nedenleri İle Kusuru Etkileyen Nedenler Arasındaki Ayrım” başlığı altında, hukuka uygunluk nedenlerinin yazılı hukukta yer alanlarla sınırlı olup olmadığı konusu üzerinde detaylı olarak duracağımız için tekrara düşmemek adına burada sadece hukuka uygunluk nedenlerinin yazılı hukuk metinlerinde belirtilenlerle sınırlı olmadığını kabul ettiğimizi belirtmekle yetiniyoruz.⁵⁵

⁵² Kenneth M. Ehrenberg, *The Functions of Law* (New York: Oxford University Press, 2016), 88; Douglas N. Husak, *Ignorance of Law: A Philosophical Inquiry* (New York: Oxford University Press, 2016), 259.

⁵³ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 290.

⁵⁴ Raymond Wacks, *Understanding legal Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory* (New York: Oxford University Press, 2012), 11.

⁵⁵ Türk öğretisinde birçok yazar hukuka uygunluk nedenlerinin yazılı hukukta belirtilenlerle sınırlı olmadığını kabul etmektedir. Bkz. Demirbaş, *Genel Hükümler*, 284; Hakeri, *Genel Hükümler*, 342; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta, 2019), 356; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 427; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 273; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel*

5237 sayılı Kanunla Türk ceza hukukunda yaşanan tarihsel dönüşümün de bu görüşü desteklediğini düşünüyoruz.

Alman hukukunda kanun koyucunun yaptığı yazılı düzenlemeler için “*gesetze*”; yazılı olmayan hukuk için ise “*recht*” kavramı kullanılmaktadır.⁵⁶ İngiliz hukukunda benzer ayrım, 17. yüzyıla kadar “geleneksel hukuk” (*common law*) ile “geleneksel hak” (*common right*) kavramları arasında vardır.⁵⁷ Fletcher’e göre, hukuki pozitivistizmin etkisi ile Anglo-Amerikan hukukunda “*common right*” kavramı zamanla terk edilmiştir.⁵⁸ Alman hukukunun katı hukuki pozitivistizmin sınırları içerisine hapsolmamasının nedeni, 20. yüzyıl boyunca Alman öğretisinin büyük ölçüde *Yeni-Kantçı* düşünce akımının etkisinde kalmasıdır.⁵⁹ Bu görüşün *Yeni-Kantçı* olarak adlandırılmasının temel nedeni Kant’ın olgudan değer türetilmeyeceği şeklindeki önermesine⁶⁰ dayanmasıdır.⁶¹ *Yeni-Kantçılara* göre, değer ve gerçeklik (olgusalılık) ayrımından hareketle bilimin de iki türü arasında ayrım yapılmalıdır (*metodolojik düalizm*).⁶² Olguya ilişkin bilgiye deney ve gözlemle ulaşılabilir ve olguya ilişkin önermelerin doğruluğu deney ve gözlemle sınanabilir. Değere ilişkin bilgi tabii bilimlerin kullandığı yöntemle sınanamaz. Bu düşünce hukuki düzenlemelerin hukuksal değer (*rechtsgut*) kavramı ekseninde teleolojik bir yorumla ele alınmasına neden olmuştur.⁶³ Fletcher’e göre, Alman hukukundaki bu durum, yazılı hukukta yer almayan hukuka uygunluk nedenlerinin tanınmasına imkân sağlamaktadır. Alman İmparatorluk Mahkemesinin korunan hukuki

Hükümler (Ankara: Adalet, 2017), 419; Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 110 (2014): 166; Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında”, 423; Dilek Özge Uğraş, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Suçun Yapısı İçerisindeki Yeri ve Muhtevası”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 9/18 (2021): 377-378. Aksi yönde bkz. Nurullah Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları (Köksal bayraktar v.d.)* (İstanbul: Der Yayınları, 2022), 149.

⁵⁶ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2000), 780.

⁵⁷ Fletcher, *Rethinking*, 780. Fletcher’e göre, Anglo-Amerikan hukukunda, pozitivist yaklaşımın öne çıkmasıyla, *common right* kavramı ortadan kalmıştır.

⁵⁸ Fletcher, *Rethinking*, 780.

⁵⁹ Thomas Vormbaum, *A Modern History of German Criminal Law*, translated by Margaret Hiley (Berlin: Springer, 2014), 146.

⁶⁰ Bu önerme Kant’tan önce Hume tarafından ortaya konmuştur ve *Hume Yasası* olarak bilinmektedir. David Hume, *A Treatise of Human Nature* (Oxford: Oxford University Press, 1978), 469–470. Bu eser ilk kez 1739’da yayımlanmıştır.

⁶¹ Vormbaum, *A Modern History*, 146.

⁶² Vormbaum, *A Modern History*, 146.

⁶³ Vormbaum, *A Modern History*, 147.

değerin ihlal edilenden açık bir şekilde üstün olması durumunda zorunluluk halini kanun üstü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiği 1927 tarihli kararı bunun en güzel örneğidir.⁶⁴ 1871 tarihli Alman Ceza Kanununda bahse konu kararın verildiği tarihte zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olmamasına rağmen, Mahkeme annenin hayatını kurtarmak için cenini düşürten doktorun fiilinin hukuka aykırı olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme, bu kararında yazılı hukuka göre kürtaj açıkça suç olmasına ve zorunluluk hali fiili hukuka uygun hale getiren bir neden olmamasına rağmen fiilin haksız olmadığına hükmetmiştir.

Türk hukukunda, Anglo-Amerikan hukukunun tam tersi yönünde bir gelişim olmuştur. Bilimsel pozitivizmin ve onun hukuk bilimindeki yansıması olan hukuki pozitivizmin tesiri ile şekillenen ve 765 sayılı eski TCK döneminde hâkim teori olan Klasik Suç Teorisi, 5237 sayılı yeni TCK ile birlikte yerini büyük ölçüde Alman ceza hukukundaki hâkim suç teorisi olan Şahsi Haksızlık Teorisine bırakmıştır. Türk ceza hukukundaki söz konusu değişim haliyle Alman hukukundaki kavramların da Türk ceza hukukuna taşınmasına neden olmuştur. Bu kavramların kanaatimizce en önemli olanı suç teorisinin çekirdek kavramı olan haksızlık (unrecht) kavramıdır.⁶⁵ 5237 sayılı TCK'nın haksızlık hatasını düzenleyen 30. maddesinin dördüncü fıkrasında yer verilen "haksızlık" kavramı, bahse konu tarihsel dönüşümün en açık kanıtıdır; zira kanun koyucu hukukun formel yapısına bağlı kalmak isteseydi moral çağrışımı olan "haksızlık" kavramını kullanmazdı. TCK m. 30/4'te yer verilen "haksızlık" kavramı, davranışın yazılı hukukla çelişmesi ile sınırlı olan bir kavram değildir. Haksızlık kavramı moral karşılığı olan bir kavram olarak ceza hukukuna moral bir muhteva kazandırmaktadır. Hukukun moral yönü, zorunlu olarak din ya da ahlak değil, elbette o

⁶⁴ Fletcher, *Rethinking*, 781.

⁶⁵ Türk öğretisinde Klasik Suç Teorisini kabul eden bazı yazarlar "haksızlık" kavramı yerine "hukuka aykırılık" kavramını kullanmaktadırlar. Örneğin, *Hafizoğulları/Özen*, fiilin kanuni tarife uygun olmasını hukuka aykırılığın pozitif, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasını ise hukuka aykırılığın negatif unsuru olarak nitelemektedir. Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Us-A Yayıncılık, 2021), 195. Aynı terminolojiyi kullanan *Toroslu/Toroslu*'ya göre, hukuka aykırılık suçun bir unsuru değil, "suçun özü, içkin niteliği, hatta onun kendisidir". *Toroslu, Genel Kısım*, 118.

hukuk kültüründen türeyen ve o hukuk kültürünü şekillendiren ilkelerdir.⁶⁶ Öğreti de “haksızlık” kavramını moral içeriği olan bir kavram olarak ele almaktadır.⁶⁷

Fletcher’e göre haksızlık (*wrongfulness*) kavramı hukuki pozitivizme yabancı bir kavramdır; Alman hukukunda haksızlık kavramının kullanılmasının nedeni, yazılı hukuku aşan bir hukuk anlayışının olmasıdır. *Naucke*’ye göre de Alman hukukundaki “*unrecth*” (haksızlık) kavramı, yazılı hukuku aşan moral karakteri olan bir kavramdır.⁶⁸ Sonuç olarak, Türk ceza hukukundaki tarihsel dönüşümün Alman ceza hukukunda olduğu gibi Türk ceza hukukunda da kanun üstü hukuka uygunluk nedenlerinin kabulünü gerektirdiği kanaatindeyiz.⁶⁹

b. Yapısal İlişki

Haksızlık hakkındaki değerlendirme dış dünyada gözlemlenebilen ihmali ya da icrai bir insan davranışının varlığıyla başlar. Davranış; tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusur değerlendirmelerinin konusunu oluşturur.⁷⁰ Bu yüzden ceza hukukunun gelişiminde suç teorilerinin ayrıştığı ve bütünsel olarak üzerine inşa edilmeye çalışıldığı temel, insan davranışdır. Davranışın doğası hakkındaki kabuller farklı suç teorilerince haksızlığın yapısının farklı şekillerde ele alınmasına neden olmuştur.

⁶⁶ Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere biz hukuku kurallardan ve ilkelerden oluşan normatif bir sistem olarak tanımlayan *Dworkin*’in hukuk teorisini kabul ediyoruz. *Dworkin*’in görüşüne, “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusuru Etkileyen Nedenler Arasındaki Ayrım” başlığı altında detaylı olarak yer vereceğiz.

⁶⁷ “Haksızlık, varlığını yalın olarak şekli hukuka aykırılıkta bulmaz. (...) Bu itibarla, haksızlığın maddi içeriğini münhasıran yasağın varlığı ile açıklamak mümkün değildir; haksızlık, gerçekte yasaktan bağımsız bir değeri haizdir”. Neslihan Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi* (Ankara: Seçkin, 2016), 52-53; “Davranış normları, insanın tekâmül sürecinde, hayatının akışı içinde davranışlarını yaratılış amacına uygun bir şekilde yönlendirebilmesi için vaz’edilmiş, konulmuş kaideler bütünüdür. (...) Bu normlar, kişilerin belli davranışlarının muhteva itibarıyla doğru olmadıklarının, bir haksızlık teşkil ettiklerinin tespitini sağlarlar. (...) ahlak ve hukuk kuralları müşterek bir zemine sahip bulunmaktadır. Bu itibarla hukuki olan bir davranış, aynı zamanda ahlakidir: ahlaka aykırı olan bir davranış da, hiçbir zaman hukuken koruma altına alınamaz”. Özgenç, *Genel Hükümler*, 24 vd.

⁶⁸ Wolfgang Naucke, “An Insider ’s Perspective on the Significance of the German Criminal Theory ’s General System for Analyzing Criminal Acts; Foreign Law”, *Brigham Young University Law Review*, 3 (1984): 311.

⁶⁹ Farklı yönde gerekçelerle benzer bir görüş için bkz. Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, 299-301: “Bu hüküm [(TCK m. 30/4)], Yasa’da yer almayan yeni hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerin kabul edilmesine sebebiyet verebilecek[tir]”.

⁷⁰ Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 91; Yaprak Öntan, *Ceza Hukukunda Davranış ve Netice* (Ankara: Seçkin, 2021), 73.

Suç teorisinde davranışı açıklayan teoriler, ontolojik teoriler ve normatif teoriler olmak üzere ikiye ayrılır.⁷¹ Türk öğretisinde davranışa ilişkin tartışmalarda ekseriyetle ontolojik teoriler esas alınmaktadır. Bu bağlamda referans alınan iki temel teori vardır: (1) Nedensel Hareket Teorisi, (2) Final Hareket Teorisi.

Hareketi pozitif bilimlerin deterministik bakış açısı ile temellendirmeye çalışan Nedensel Hareket Teorisine göre *hareket, iradi insan davranışdır*.⁷² Final Hareket Teorisine göre ise insan doğası icabı amaç izleyen bir varlıktır; amaç, hareketin bir parçasıdır; bu yüzden *hareket, belli amaca yönelmiş iradi insan davranışdır*.⁷³ Haksızlık kavramını Nedensel Hareket Teorisi ile temellendiren yazarlar, haksızlığın objektif nitelikte olduğunu ileri sürerken; Final Hareket Teorisinden hareket eden yazarlar ise haksızlığın subjektif unsurlar içerdiğini ileri sürmektedir.

Haksızlığın subjektif unsurlarının olup olmadığı tartışması, hata kurumunu ve dolayısıyla da hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hukuki niteliğini doğrudan etkilemektedir. Haksızlığın subjektif unsurları olduğunu ileri süren görüş kabul edilirse, hata, subjektif unsurlar haksızlığa dâhil olduğu ölçüde haksızlığı etkiler. Haksızlığın objektif bir nitelikte olduğu kabul edilirse, hata haksızlığı etkilemez. Hata, subjektif bir gerçekliktir; bu yüzden failin subjektif durumunun önemli olmadığı meselelerde hatanın herhangi bir hukuki sonucu yoktur. Objektif haksızlık anlayışına göre ceza hukukunda sonuç doğuran hata, her zaman, cezalandırılabilir fiilin kusur unsurunu etkiler. Çünkü bu anlayışa göre haksızlık, objektif olarak vardır ya da

⁷¹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 253; Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 92; Öntan, *Davranış ve Netice*, 73.

⁷² Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 158; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin, 2020), 214; Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1970), 37-38; Hakeri, *Genel Hükümler*, 160; Michael S. Moore, *Act and Crime: The Theory of Action and Its Implications for Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 1993), 169; Arnold H. Loewy, *Criminal Law in a Nutshell* (St. Paul: West Academic Publishing, 1975), 138; Julian Hermida, “Convergence Of Civil Law and Common Law in The Criminal Theory Realm”, *University of Miami International and Comparative Law Review*, 13/1 (2005): 175-176.

⁷³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 168; Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 101; Akbulut, *Genel Hükümler*, 229; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 253; Hans Welzel. “Kausalität und Handlung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 51 (1931): 719; Hermida, “Convergence”, 177.

yoktur.⁷⁴ Haksızlığın varlığı ya da yokluğu failin sübjektif durumundan tamamen izoledir.

Haksızlığın objektif nitelikte olduğu görüşü, Nedensel Hareket Teorisini esas alan Klasik Suç Teorisi taraftarlarınca savunulmuştur. Klasik Suç Teorisi, 765 sayılı Kanun döneminde hâkim olan suç teorisidir. Klasik Suç Teorisi, 19 yüzyılda *pozitivizmin* etkisi altında gelişmiştir.⁷⁵ Klasik Suç Teorisine göre, suçun dış unsuru haksızlık; iç unsuru ise kusurluluktur.⁷⁶ Haksızlık, sübjektif unsurlardan soyut, dış dünyaya ait objektif bir gerçeklik iken kusur fail ile fiil arasındaki psikolojik bağıdır.⁷⁷ Haksızlık ve kusurluluk arasındaki bu keskin ayrım, pozitivizmin deterministik bakış açısına dayanan ve Klasik Suç Teorisinin hareket noktası olan Nedensel Hareket Teorisinin neticesidir. Hareketi iradi insan davranışı olarak tanımlayan ve iradeyi değerden yoksun salt hareketin ateşleyeni olarak kabul eden Nedensel Hareket Teorisine göre hareket, dış dünyaya ait objektif bir fenomen olup failin iç dünyasından izoledir.

Klasik Suç Teorisine göre, haksızlık objektif nitelikte olduğu için failin kast ve taksir şeklinde beliren psişik durumları, kusurun unsurları/türleri olup (psikolojik kusur kavramı); kusur, suçun bağımsız bir yapısal bileşenidir.⁷⁸ Haksızlığın varlığı bakımından hareketin iradi olması şart olmakla birlikte failin neyi irade ettiğinin önemi yoktur, iradenin içeriği kusuru ilgilendirir.⁷⁹

İradenin hareketin tanımında yer alan bir unsur olması, haksızlığın içerisine sübjektif unsurların dâhil olduğu anlamına gelmez. Nedensel Hareket Teorisinde

⁷⁴ Ancak öğretide Klasik Suç Teorisini savunan bazı yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada hatanın kusuru değil, haksızlığı etkilediğini ileri sürmektedir; bkz. Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2* (İstanbul: Beta, 1999), 26-27; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 85-86; Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa* (Ankara: Seçkin, 1995), 151. Kanaatimizce, bir yandan haksızlığı objektif bir gerçeklik olarak kabul edip öte yandan sübjektif bir gerçeklik olan hatanın haksızlığı etkilediğini ileri sürme kendi içerisinde çelişkilidir.

⁷⁵ Pozitivizm, metafiziği dışlayan, ampirik verilere dayanan bilgiyi esas alan bilim anlayışıdır. Anis Alam, “Critique of Positivism in the Natural Sciences”, *Social Scientist*, 6/9 (1978): 68 vd. Pozitivizmin hukuk bilimindeki karşılığı ahlakı hukukun dışına iten (en azından hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağ görmeyen) hukuki pozitivizmdir.

⁷⁶ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 4.

⁷⁷ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 205; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 240.

⁷⁸ Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (İstanbul: Ahmet Sait Matbaası, 1949), 315 vd; Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 205; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 139.

⁷⁹ Öntan, “Davranış ve Netice”, 77.

hareketin iradi olmasından kast edilen, öznenin davranışı üzerinde kısmen de olsa hâkimiyetinin bulunmasıdır (kontrol koşulu).⁸⁰ Bir davranıştan söz edilebilmesi için davranışın bir insana isnat edilebilmesi gerekir. Parmağın kalkması (örneğin, başkası tarafından kaldırılması, refleksle kalkması) ile bir kimsenin kendi parmağını kaldırması arasında fark vardır. Vücut aktivitesinin (icra) ya da pasivitesinin (ihmal), davranış olarak nitelenebilmesi için sadır olduğu kişiye isnat edilebilmesi gerekir. *İradi olma*, bu bağlantıyı sağlar. Klasik Suç Teorisi, haksızlığı objektif bir fenomen olarak kavramlaştırmak istediği için fail ile fiil arasındaki bağlantıyı “iradi olma” ile sınırlamış; failin motivasyonu, öngörüsü, aktüel bilgisi gibi diğer tüm sübjektif durumlarını haksızlıktan soyutlamıştır. İradenin haksızlık bakımından tek fonksiyonu, “neden olucu” olmasıdır.⁸¹ Nedensel süreç, iradenin davranışı tetiklemesi ile başlamakta, zarar ya da tehlike ile sonuçlanmaktadır.

Klasik Suç Teorisine göre, davranışın suç teşkil edip etmediği belirlenirken önce haksızlık sonra kusur hakkında değerlendirme yapılır. Haksızlık, tipiklik ve hukuka aykırılık (hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu) unsurlarından oluşur. Fiil, tipteki soyut tasvire uyuyorsa ve somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni yoksa haksızdır. Fiilin haksız olduğunun tespit edilmesi, suçun varlığı bakımından yeterli değildir; fiilin suç teşkil edebilmesi için failin kusurunun da olması gerekir.

Klasik Suç Teorisine göre, haksızlık objektif nitelikte olduğu için haksızlığın hukuka aykırılık unsurunun içeriğini oluşturan hukuka uygunluk nedenlerinin de sübjektif unsuru yoktur.⁸² Hukuka uygunluk nedenleri objektiftir; bu yüzden somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif koşulları gerçekleşmişse fail bu durumu bilsin ya da bilmesin fiil hukuka uygundur. Fail, hukuku ihlal bilinciyle hareket etmiş olsa dahi somut olayda objektif koşulları itibarıyla bir hukuka uygunluk nedeni varsa fiil hukuka uygundur. Ayrıca Klasik Suç Teorisine göre, suçun sübjektif unsuru kusur

⁸⁰ John Martin Fischer, Mark Ravizza, *Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility* Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 13; Kevin Timpe, “Free Will and Moral Responsibility”, *The Modern Schoolman*, 88/1-2 (2011): 5-6.

⁸¹ Berrin Akbulut, *Genel Hükümler*, 220.

⁸² Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 21; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 84; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 223; Taner, *Umumi Kısım*, 395; Toroslu, *Genel Kısım*, 160; Hafızogulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212.

olduğu için failin hatası her durumda kusuru etkiler; yani failin suç tipinin maddi unsurlarında ya da hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşmesi, fiilin haksızlık niteliğini etkilememektedir.⁸³

Klasik Suç Teorisinin esas aldığı Nedensel Hareket Teorisinin dikkat çekici özelliği, hem kasıtlı hem de taksirli suçları kapsayacak bir hareket teorisi ortaya koyabilmiş olmasıdır. Bunun nedeni, Nedensel Hareket Teorisinin hareketin ontolojisinde iradeyi değerden soyutlaması; başka bir deyişle iradeyi davranışları kontrol edebilme kabiliyetiyle sınırlamasıdır. Bununla birlikte Nedensel Hareket Teorisi birçok bakımdan eleştirilmiştir:

(1) Hareket, dış dünyada değişiklik meydana getiren iradi vücut hareketi ya da hareketsizliği olarak tanımlandığında, Nedensel Hareket Teorisinin tek bir hareket kavramı değil, iki farklı hareket kavramı (icrai-ihmalî) ortaya koyduğu sonucuna ulaşılır.⁸⁴

(2) Deterministik bir bakış açısıyla bakıldığında insan davranışının dâhil olduğu nedensellik zinciri sonsuzdur. Bu durum, nedensellik sürecine dâhil olan icrai ya da ihmalî her insan davranışının meydana gelen her netice bakımından nedensel olup olmadığı sorununa yol açmaktadır. Bu belirsizliğin giderilmesi için nedensellik zincirinin ya failin sübjektif durumuyla ya da normatif bir kriterle sınırlandırılması gerekir.⁸⁵ Nedensellik zincirinin failin sübjektif durumuyla ya da normatif bir kriterle sınırlandırılması ise Nedensel Hareket Teorisinin iddia ettiği gibi doğacı (naturalist) bir teori olmadığı anlamına gelir.⁸⁶

(3) Nedensel Hareket Teorisinde iradenin inanma, arzulama, bilme gibi sübjektif durumlardan soyutlanması fiilin hangi haksızlığa vücut verdiğini belirlemeyi güçleştirmektedir. Failin kastı dışarıda bırakıldığında failin hangi haksızlığı işlemeye

⁸³ Ancak, öğretide haksızlığın objektif nitelikte olduğunu kabul etmekle birlikte hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kusuru değil, haksızlığı etkilediğini kabul eden yazarlar da vardır; bkz. Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26-27; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 85-86; Özen, *Meşru Müdafaa*, 151.

⁸⁴ Daniel Gonzalez Lagier, *The Paradoxes of Action* (Dordrecht: Springer, 2004), 42.

⁸⁵ Lagier, *The Paradoxes*, 42.

⁸⁶ Lagier, *The Paradoxes*, 42.

teşebbüs ettiğini tespit etmek çoğu zaman mümkün değildir.⁸⁷ Örneğin, (A), (B)'ye ateş eder ve kurşun (B)'ye isabet etmez. Örnekte, (A)'nın kasten yaralamaya mı, öldürmeye mi teşebbüs ettiği ya da tehdit suçunu mu işlediği salt dış dünyada meydana gelen değişiklik izlenerek anlaşılamaz. Failin hangi haksızlığı gerçekleştirmeye teşebbüs ettiğini anlayabilmek için failin sübjektif durumu bilinmelidir.⁸⁸ Aynı eleştiri tamamlanmış suçlar için de geçerlidir. Kast, haksızlığın bir unsuru olarak kabul edilmediğinde, salt dış dünyadaki fotoğrafa bakarak, mağdurun kalçasını sıkan failin cinsel saldırı suçunu mu ya da kasten insan yaralama suçunu mu işlediği anlaşılamaz. Haksızlığın yapısına sübjektif unsurlar dâhil edildiğinde bu sorun çözümlenmektedir.

Nedensel Hareket Teorisini esas alan Klasik Suç Teorisi, bilimsel pozitivizmin deterministik anlayışıyla suç kavramını ele aldığı için cezalandırılabilir fiilin kusur unsurunu da ontolojik bir temele oturtmaya çalışmıştır. Klasik Suç Teorisinin esas aldığı Psikolojik Kusur Teorisine göre kusur, fail ile fiil arasındaki psişik bağdır. Kusurun içeriği kast ve taksirden oluşur; kusurun normatif bileşeni yoktur.⁸⁹

Klasik Suç Teorisini karakterize eden bir diğer felsefi akım *liberalizmdir*. Liberal düşünceye göre, insan özgür iradesi ile hareket eden bir varlıktır. Fail, haksızlık niteliğindeki fiili özgür iradesi ile tercih etmişse kusurludur. Seçimin özgür olabilmesi için failin fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmesi gerekir (Seçim Teorisi).⁹⁰ Psikolojik Kusur Teorisi kusurun içeriğini kast ve taksirle sınırladığı için fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilme (haksızlık bilinci), kastın kapsamına dâhil edilmiştir (*dolus malus*).⁹¹

⁸⁷ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısı*, 21; Selim Erdin, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sübjektif Unsur Sorunu* (Ankara: Adalet, 2021), 193-194.

⁸⁸ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısı*, 21; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 193-194.

⁸⁹ Hans-Heinrich Jescheck, "The Doctrine of Mens Rea in German Criminal Law — Its Historical Background and Present State", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 8/1 (1975): 115.

Türk hukukunda Psikolojik Kusur Teorisini savunan yazar *Taner*'dir. *Taner*, *Umumi Kısım*, 315-316. *Dönmezer/Erman* kasıtlı suçlarda Psikolojik Kusur Teorisini savunmakla birlikte taksirli suçlarda taksirin normatif bir kavram olması dolayısıyla kusurun taksirli suçlarda salt psikolojik bir kavram olmadığını ileri sürmektedir. *Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 205.

⁹⁰ Seçim Teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Duff, "Choice, Character", 346; Moore. "Choice, Character, and Excuse", 49 vd.

⁹¹ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 5 vd.; Paul K. Ryu and Helen Silving, "Error Juris: A Comparative Study", *The University of Chicago Law Review*, 24/3 (1957), 440; Igor Martinovic, "Intention and Awareness of Wrongdoing Exploring the Intersections between Experimental Philosophy and German Criminal Law", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12 (2017): 567.

Haksızlık bilinci kastın kapsamına dâhil olduğunda fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmeme (haksızlık hatası) kaçınılabilir olsa dahi kastı engeller. Kaçınılabilir olsa dahi her hukuku bilmemenin kastı engellemesi, ceza hukukunda az sayıda taksirli suç olduğu da dikkate alındığında çoğu zaman failin ceza almaması sonucunu doğurur. Bu durum ise ceza hukukunun düzeni sağlama fonksiyonu ile bağdaşmaz.⁹² Bu sakıncayı gidermek için “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı kabul edilmiştir. Klasik Suç Teorisini savunan bazı yazarlar “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinde hatada ikili bir ayırım yapmışlardır: (1) Fail, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya düştüğü için fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmiyorsa bu tür bir hata dış dünyadaki gerçeklikle ilgili olduğu için failin kastından söz edilemez (Kast Teorisi).⁹³ (2) Fail hukuki gerçeklikte hataya düşerek tipik fiilini hukuka uygun hale getiren bir nedenin olduğunu zannediyorsa (izin hatası), hata önemsizdir.⁹⁴

Kusuru seçim özgürlüğü ile temellendirip haksızlık hatasında hata kaçınılmaz olsa dahi failin sorumlu olacağını kabul etmek, kusur ilkesi ile açıkça çelişmektedir.

Nedensel Hareket Teorisinin ve bu teoriyi esas alan Klasik Suç Teorisinin özetle aktarılan sorunlu yönleri, suç teorisinde çözüm arayışlarına neden olmuştur. Şahsi Haksızlık Teorisinin doğuşu bu arayışın bir sonucudur.⁹⁵ Türk öğretisinde Şahsi

⁹² Edwin Meese, Paul J. Larkin, “Reconsidering the Mistake of Law Defense”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 102/3 (2012): 749 vd.; Stephen P. Garvey, “When Should a Mistake of Fact Excuse?”, *Cornell Law Faculty Publications*, 42/2 (2009): 363; Rollin M. Perkins, “Ignorance and Mistake in Criminal Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, 88/1 (1939): 40-41; Edwin Roulette Keedy, “Ignorance and Mistake in the Criminal Law”, *Harvard Law Review*, 22/2 (1908): 91; M. G. Derreiuç, “Kanunu Bilmemek Özür Sayılmaz Kaidesi Hakkında Bazı Düşünceler”, çev. Jale Güral, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/4 (1945): 197.

⁹³ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 226; Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Cilt 1* (Ankara: Seçkin, 1993), 327; Cemil Halit Bengü, *Ceza Hukukunda Hata* (Ankara: Sakarya Kitabevi, 1948), 75.

⁹⁴ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 159; Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26.

⁹⁵ Objektif haksızlık kavramını esas alan Klasik Suç Teorisinden, haksızlığın subjektif unsurlarının bulunduğunu ileri süren Şahsi Haksızlık Teorisine geçiş çok keskin olmamıştır. Klasik Suç Teorisi ile Şahsi Haksızlık Teorisi arasında Neo-Klasik Suç Teorisi yer almaktadır. Neo-Klasik Suç Teorisi, Klasik Suç Teorisine karakterini veren objektif haksızlık anlayışını kabul etmekle birlikte tipikliğinde subjektif unsurlara yer verilen suç tiplerinde subjektif unsurların haksızlığın bileşeni haline geldiğini kabul etmiştir. Örneğin, hırsızlık suçunda yarar sağlama amacı haksızlığın subjektif unsurudur. Keza suça teşebbüste de Neo-Klasik Teori, kastı haksızlığın bir unsuru olarak kabul etmektedir; fakat hangi suça teşebbüs edildiğinden önce halledilmesi gereken mesele, bir suça teşebbüs edilip edilmediğidir. Bunun bilinebilmesi için de failin subjektif durumunu bilmek gerekir. Bu yüzden teşebbüs derecesindeki haksızlıklarda Neo-Klasik Suç Teorisinin temellendirmesi kanaatimizce ikna edici değildir. Neo-Klasik

Haksızlık Teorisini kabul eden yazarlar, görüşlerini genellikle Final Hareket Teorisi ile temellendirmektedir.⁹⁶

1930’lu yılların başında Welzel tarafından ortaya atılan Final Hareket Teorisine göre *hareket, belli bir amaca yönelmiş iradi insan davranışıdır*.⁹⁷ Dış dünyayı gözlemleyip deneyimleyerek kozal yasanın işleyişini kavrayabilme yeteneğine sahip olan insan, hangi durumların hangi sonuçlara yol açacağını öngörebilir ve amaç izleyen doğası ile hareketlerini planlı bir şekilde yürütebilir. Hareketin amaçsal olarak yönlendirilmesi üç aşamada gerçekleşir; fail önce hedefini sonra kendi tasavvuruna göre hedefe kendisini götürecek araçları seçer ve son olarak hedefe yönelik hareketini gerçekleştirir.⁹⁸

Nedensel Hareket Teorisinin yanlışlığı, iradenin içeriğini yani neyin istendiğini hareketten soyutlaması ve hareketi katı naturalist bir bakış açısıyla kör nedensel bir sürece indirgemesidir.⁹⁹ Neden ve sonuç arasındaki mekanik bağlantıyı temel alan doğa bilimleri metodolojisinin deterministik bakış açısıyla insan davranışı izah edilemez.¹⁰⁰ Ceza hukukunun taşıyıcı kavramları haksızlık ve kusur, en azından taksirli suçlarda değer hükmü içerirler. Bu kavramlar doğacı bir bakış açısı ile izah edilemeyecek kadar

Suç Teorisinin Klasik Suç Teorisinden ayrıldığı bir diğer nokta, kusurdur. Neo-Klasik Suç Teorisine göre, kusur, yalnızca kast ve taksirden oluşmaz; kusur aynı zamanda fail hakkındaki kınama yargısı da içerir. Örneğin, aç olduğu için komşusunun ekmeğini çalan kişi ile komşusu aç kalsın diye komşusunun ekmeğini çalan kişi arasında kusurluluk bakımından fark vardır. İkisinin de kastı vardır ve ikisinin fiili de hırsızlık suçu bakımından tipiktir. Kusurluluğun içeriği sadece kast ve taksir ile sınırlanırsa, ekmek çalma örneğindeki iki failin de kastı olduğu için ikisini de aynı ölçüde kusurlu saymak gerekir. Oysa komşusu aç kalsın diye komşusunun ekmeğini alan kişi, diğeriyle karşılaştırıldığında daha çok kınanır; yani daha kusurludur. Neo-Klasik Suç Teorisinde “özgür irade” kavramını yerini “ödev ihlali” kavramı almıştır. Klasik Suç Teorisinin kusurluluk konusunda esas aldığı Psikolojik Kusur Teorisi kusurluluğu salt “özgür irade” kavramı üzerine inşa etmektedir. Psikolojik Kusur Teorisine göre, hukuka uymak veya hukuka aykırı hareket etmek seçimleri arasından özgür iradesi ile hukuka aykırı davranmayı seçen kişi kusurludur. Psikolojik Kusur Teorisinin kusurluluğu “isteme” ile sınırlaması, taksirin bir kusurluluk türü olup olmadığı meselesini tartışmaya açmaktadır. Zira kastı psikolojik bakımdan izah etmek mümkünse de, ahlaki ve hukuki değerlendirmelere dayanan taksiri salt psikolojik bir fenomen olarak izah etmek zordur. Neo-Klasik Suç Teorisine göre kusurun normatif bir içeriği de vardır. Vormbaum, *A Modern History*, 148 vd.

⁹⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 168; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 101; Akbulut, *Genel Hükümler*, 229; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 253.

⁹⁷ Hans Welzel. “Kausalität und Handlung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 51 (1931): 719.

⁹⁸ Akbulut, *Genel Hükümler*, 221.

⁹⁹ Fletcher, *Rethinking*, 434.

¹⁰⁰ Fletcher, *Rethinking*, 434.

komplekstir.¹⁰¹ *Determinizm*, özgür irade postülasına dayanan ve cezai sorumluluğun özünü seçim özgürlüğü ile açıklayan geleneksel öznelcilik (*orthodox subjectivism*) anlayışı ile bağdaşmaz. İnsan davranışını salt nedensel bir süreç olarak kabul etmek, cezalandırmanın ve sorumluluğun ideolojik temelleri ile çelişir.¹⁰² Ceza hukukunun asıl amacı hukuksal değerlerin ihlalden sonra faili cezalandırmak değil, hukuki değer ihlallerinin önüne geçmektir. Bu yüzden failin hukuki değerleri ihlale yönelen kişiliğini dikkate alan bir haksızlık kavramına ihtiyaç vardır. Final Hareket Teorisi bu ihtiyacı karşılayacak ontolojik zemine sahiptir. Final Hareket Teorisi hareketin ontolojisine ilişkin yaklaşımıyla, fiil ceza hukukundan ayrılmadan failin sübjektif gerçekliğini haksızlığın yapısına dâhil etmek isteyen yazarlara güçlü bir argüman sağlamıştır.¹⁰³ Ayrıca Final Hareket Teorisi, norm teorisinin temel mantığı ile de uyumludur. Hukuk normlarının yasak ve emir şeklindeki buyrukları ancak gelecekte gerçekleşecek, amaca dayanan insan davranışlarına yönelik olabilir.¹⁰⁴

Final Hareket Teorisine göre kast, hareketin bir bileşenidir. Hareket, haksızlığın temel unsuru olduğu için kast da haksızlığın unsuru olmaktadır. Kastın haksızlık tipinde tarif edilen fiilin sübjektif unsuru haline getirilmesinin kusura ilişkin sonucu; Klasik Suç Teorisinde salt psikolojik bir fenomen olarak kabul edilen kusurun, normatif bir kimlik kazanmasıdır. Kast ve taksir, münhasıran kusur türleri ya da unsurları olmayıp haksızlığın gerçekleştiriliş biçimleridir.¹⁰⁵ Kusur yargısı, fiilin haksızlık niteliğini

¹⁰¹ Lagier, *The Paradoxes*, 53.

¹⁰² Fletcher, *Rethinking*, 435.

¹⁰³ Hasan Çataklı, “Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23/3-4 (2019): 291.

¹⁰⁴ Ota Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy* (Dordrecht: Springer, 1991), 136.

¹⁰⁵ Öğretide bir görüşe göre, kast ve taksir çifte fonksiyonludur. Bu görüşe göre, kast ve taksir bir yandan haksızlık tipinin sübjektif unsurları iken öte yandan kusurun da bileşenleridir. Haksızlık kastı, haksızlığa vücut veren maddi unsurları bilmek iken; kusur kastı, failin fiilinin hukuk düzeni ile çeliştiğini bilmesidir. Kusur kastı failin zihniyetinin kötülüğünü ifade eder. Taksirin haksızlıktaki rolü objektif özen yükümlülüğüne aykırılık; kusurdaki rolü ise sübjektif özen yükümlülüğüne aykırılıktır. Bu görüş, kastı ve taksiri yalnızca haksızlık içerisinde konumlandıran görüş ile kastı ve taksiri yalnızca kusur içerisinde konumlandıran görüşlerin bir sentezi niteliğindedir. Türk öğretisinde bu görüşteki bazı yazarlar için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 256; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (Ankara: Seçkin, Ankara), 237-238; Bozbayındır, *Olası Kast Kavramı* (Ankara: Adalet, 2018), 79; Koray Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar* (Ankara: Adalet, 2011), 97; Çataklı, “Kişisel Haksızlık”, 287-288.

etkilemez; fail kusurlu olmasa dahi fiili haksızlık niteliği taşımaya devam eder.¹⁰⁶ Örneğin, fiilin hukuki anlamını idrak edemeyecek durumda olan bir akıl hastasının başkasına ait bir malı alması durumunda da fiil haksızdır. Ancak akıl hastası olan fail, kusurlu olmadığı için fiili dolayısıyla cezalandırılmayı hak etmez.

Final Hareket Teorisinin güçlü yanı, sübjektif unsurları harekete dâhil etmesi dolayısıyla hangi suça teşebbüs edildiği ve tamamlanmış suçlarda davranışın hangi suç tipini ihlal ettiği sorularına tatmin edici yanıtlar verebilmesidir.

Final Hareket Teorisinin zayıf yönü ise, ihmali suçlarda aktüel bir gailiğin olmaması ve taksirli suçlarda neticenin amaçlanmamış olması nedeniyle bu tip suçları temellendirmede yaşadığı güçlütür.¹⁰⁷ İhmali suçlarda failin haksızlığa “duygusal katılımı” kuvvetli olsa da iradi müdahalelerle nedensel süreci yönetmesi söz konusu değildir.¹⁰⁸ İcrai suçlarda, hareketin ontolojik olarak izahı mümkündür. İhmali suçlarda, emir içeren bir normun varlığı olmaksızın ihmali davranıştan söz edilemez.¹⁰⁹ Final Hareket Teorisinin taksirli haksızlıkları izahta zorlanmasının nedeni ise, taksirli suçlarda failin neticeyi istememesidir. Failin istemediği neticeden sorumlu tutulmasının nedeni, dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesidir. Dikkat ve özen yükümlülüğü doğal bir fenomen olmayıp normatif bir değerlendirmenin neticesidir; bu yüzden taksirli suçlar Final Hareket Teorisinin salt ontolojik bakış açısı ile açıklanamazlar.¹¹⁰ Final Hareket Teorisi esas alınır, trafik ışığını görmeyen ve bir an karşısına çıkan yayaya çarpmamak için elinden geleni yapmasına rağmen yayanın ölümüne neden olan kişinin netice bakımından hareketinin olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir; çünkü failde yayaya çarpma amacı yoktur.

Final Hareket Teorisinden hareketle kastın konumunun kusurdan haksızlığa kaydırılması, hukuka uygunluk nedenlerinin yapısını da etkilemiştir. Klasik Suç Teorisine göre haksızlık objektif nitelikte olduğu için hukuka uygunluk nedenleri de objektif niteliktedir. Türk öğretisinde haksızlığın sübjektif unsurlarının olduğunu kabul

¹⁰⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 232

¹⁰⁷ Lagier, *The Paradoxes*, 44

¹⁰⁸ Akbulut, *Genel Hükümler*, 223.

¹⁰⁹ Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 102.

¹¹⁰ Lagier, *The Paradoxes*, 44.

eden bazı yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinin de sübjektif unsurlarının olduğunu ileri sürmektedir.¹¹¹ Söz konusu yazarlara göre, haksızlığın tipiklik unsuru objektif ve sübjektif bileşenlerden oluştuğu gibi, haksızlığın hukuka aykırılık unsurunun içeriğini oluşturan hukuka uygunluk nedenleri de objektif ve sübjektif bileşenlerden oluşur. Çünkü hukuka uygunluk nedenleri tipikliğin haksızlık içeriği ile denkleşerek fiilin haksızlık teşkil etmesine engel olurlar. Tipikliğin objektif unsurlarının haksızlığı hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurları ile denkleşir. Tipikliğin sübjektif unsurlarının haksızlığının hukuka uygunluk nedenleri ile denkleşebilmesi için hukuka uygunluk nedenlerinin de sübjektif unsurlarının olması gerekir.¹¹²

Hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorununda kabul edilen görüş, hata kurumunu da etkilemektedir. Öğretide bazı yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının bulunduğundan hareketle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın kastı engelleyeceğini ileri sürmektedir.¹¹³ Söz konusu yazarlara göre kast, haksızlığın unsuru olduğu için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada, hata kaçınılabılır olsun ya da olmasın kasıtlı bir haksızlıktan söz edilemez. Hata kaçınılabılırsa fail taksirli suçtan sorumlu olur; hata kaçınılmazsa ya da kaçınılabılır olmakla birlikte fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse fiil suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmez.¹¹⁴ Kasta çifte fonsiyon yükleyen ve hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru olan kastı, kusur içerisinde konumlandıran yazarlara göre ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, kusuru etkiler; yani fiilin haksızlık niteliği hatadan etkilenmez.¹¹⁵

Buraya kadar genel hatları itibarıyla üzerinde durduğumuz Klasik Suç Teorisi ve Şahsi Haksızlık Teorisi, Türk ceza hukukundaki iki temel ekoldür. Biz, Şahsi Haksızlık Teorisini kabul ediyoruz. Ancak bizim Şahsi Haksızlık Teorisini kabul etmemizin

¹¹¹ Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 271; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 282; Özgenç, *Genel Hükümler*, 310; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 260; Ozansü, *Kasttan Doğan*, 118; Neslihan Göktürk, “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 10/27 (2015): 15 vd.

¹¹² Neslihan Göktürk, “Objektif Nitelikte midir?”, 17 vd.; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 211 vd.; Öztürk/Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 260.

¹¹³ Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 301.

¹¹⁴ Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 301.

¹¹⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 438.

nedeni, hareketin ontolojik niteliği değildir. Normatif bir disiplin olan hukukun varlık nedeni düzen ihtiyacıdır. Hukukun normatif doğasını izahta ontolojik kavramlar tek başlarına yeterli değildir. Nitekim, yukarıda da izah ettiğimiz üzere, Final Hareket Teorisi, normatif nitelikte olan taksirli ve ihmali suçların yapısını açıklamada güçlük çekmektedir. Bizim Şahsi Haksızlık Teorisini kabul etmemizin teorik nedeni, haksızlıkları birbirlerinden ayırmada ve hangi suça teşebbüs edildiğini tespitinde failin sübjektif durumuna ihtiyaç olmasıdır.

Kanun koyucu da Şahsi Haksızlık Teorisini esas almıştır:

(1) 5271 sayılı CMK m. 223/2-c’de, “*yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması*” halinde fail hakkında beraat hükmü verileceği; CMK m. 223/3’de belirtilen hallerde ise fail hakkında “*kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı*” hükmü verileceği belirtilmiştir. Kanun koyucu kast ve taksirin yokluğu halinde fail hakkında beraat hükmü verileceğini belirtmek suretiyle kast ve taksiri cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsuru içerisinde konumlandırmıştır.

(2) 5237 sayılı TCK m. 40’a göre; “*suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı*” gerekir. Failin kastı yoksa suça iştiraktan söz edilemez. Aynı düzenlemenin devam eden kısmında, “*suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır*” denmektedir. Düzenlemede açık bir şekilde ifade edildiği üzere, failin kusurunun bulunmaması, suça iştirake ve dolayısıyla da suça iştirak edenlerin cezalandırılmasına engel olmaz. Kast, kusurun bir unsuru olsaydı, kastın yokluğu durumunda failin kusurunun olmadığı sonucuna ulaşıldı. TCK m. 40’a göre failin kusurunun olmaması suça iştirakın varlığını etkilemediğine göre, kast, salt kusurun bir bileşeniyse kastın yokluğunun da suça iştirakın varlığını etkilememesi gerekirdi. Oysa kanun koyucu failin kastı yoksa suça iştirak hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmiştir; yani kanun koyucu kastı kusurdan ayırmıştır.

(3) 5237 sayılı TCK m. 30/1’e göre; “*fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz*”. TCK m. 30/4’e göre; “*işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz*”. Hataya ilişkin bu iki düzenleme, -kastın kusurun bir unsuru olmadığını doğrudan ortaya koymasa da- kanun koyucunun haksızlık bilincini

kasttan ayırdığını açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Kanun koyucu, TCK m. 30/1’de kastın kapsamını suçun maddi unsurları ile sınırlamıştır. Fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilme (haksızlık bilinci), TCK m. 30/1’e göre, kastın kapsamında değildir. Fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmeme, TCK m.30/4’e göre, kusuru etkilemektedir.

3. Tipiklik ve Hukuka Uygunluk Nedenleri Arasındaki İlişki

a. Genel Olarak

Tipiklik ve hukuka uygunluk nedenleri arasındaki ilişki öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu haksızlık tipinin negatif unsurudur (Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi).¹¹⁶ Bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenleri tipikliğin bir unsuru olduğu için kastın kapsamındadır. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller. Diğer bir görüşe göre, haksızlığın biri tipiklik öteki hukuka aykırılık olmak üzere iki unsuru vardır. Bu görüşe göre hukuka uygunluk nedenleri haksızlığın hukuka aykırılık unsurunun içeriğini oluşturur. Fiilin tipik olması haksızlığın karinesidir; tipik fiilin haksız olabilmesi için somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekir.¹¹⁷ Bu görüşü savunan yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada farklı sonuçlara ulaşmaktadır. Bazı yazarlara göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığı etkilemekteyken; bazılarına göre kusuru etkiler.

Biz, bu başlık altında haksızlığın tipiklik unsuru hakkında genel bilgi verdikten sonra bahse konu görüşleri ele alacağız. Bu başlık altında tartışacağımız ve yine hukuka

¹¹⁶ Türk öğretisinde bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla bu görüşü savunan yazar yoktur. Anglo-Amerikan hukukunda bu görüşü savunan bazı yazarlar için bkz. Glanville Williams, *Criminal Law: The General Part* (London: Stevens and Sons, 1961), 241; Meir Dan-Cohen, “The Actus Reus and Offences of Situation”, *Israel Law Review*, 7/2 (1972): 188; Moore, *Act and Crime*, 179; Kyron Huigens, “Fletcher's Rethinking: A Memoir”, *Tulsa Law Review*, 39/4 (2004): 811.

¹¹⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 309; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 196-197; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 202; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 109; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta, 2020), 296; Herbert L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), 13; John Gardner, *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 81-82; Robin Antony Duff, *Answering For Crime; Responsibility and Liability in the Criminal Law* (Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007), 218; Kenneth Campbell, “Offence and Defence”, in *Criminal Law and Justice: Essays From The W.G. Hart Workshop*, eds. I. H. Dennis (London: Sweet and Maxwell, 1987), 73; Victor Tadros, *Criminal Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2005), 109.

uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusu ile doğrudan ilgili olan bir başka konu da bazı suç tiplerinde yer verilen “hukuka aykırı”, “haksız”, “haksızlık” gibi normalde suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olan ifadelerin hukuki niteliğidir.

b. Tipiklik

Tip, cezaya layık haksızlığın kanuni tarifi olup aynı karakteristik özelliklere sahip benzer nitelikte belirsiz sayıdaki davranışı kapsamak üzere tasarlanmış soyut modeldir.¹¹⁸

Suç tipi, sübjektif ve objektif nitelikteki unsurlardan oluşur.¹¹⁹ Suç tipinin sübjektif unsurları; kast, taksir ve suç tipinde yer verilen diğer sübjektif unsurlardır. Bütün suçlar kural olarak kasten işlenebildiğinden (TCK m. 21/1), kast, kural olarak, suçun kanuni tarifinde yer almaz. Taksirle sorumluluk istisna olduğundan, taksirli fiiller suçun kanuni tarifinde açıkça gösterilmeleri halinde cezalandırılırlar (TCK m. 22/1). Ayrıca, bazı suçların kanuni tarifinde failin belli bir saikle hareket etmesi aranmaktadır. Örneğin, şantaj suçunda (TCK m. 107/2), failin kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususları açıklayacağı veya isnat edeceği tehdidinde bulunması gerekir.

Suç tipinin objektif unsurları, deskriptif (tanımlanabilir) ve normatif (değerlendirilebilir) unsurlar olmak üzere ikiye ayrılır. Deskriptif unsurlar, haksızlığı dış dünyada tabii olarak algılanabilir kılan unsurlar iken normatif unsurlar haksızlığın normatif bir değerlendirmeye tespit edilebilen unsurlarıdır.¹²⁰ Hukuk, normatif bir disiplindir ve dış dünyadaki gerçekliği konu edinir. Dış dünyadaki gerçeklik hukuk normuna konu olmakla birlikte normatif bir kimlik de kazanır. Dış dünyada maddi bir gerçekliğe karşılık gelen her unsurun hem deskriptif hem de normatif karakteri vardır. Suç tipindeki objektif unsurlardan birinin deskriptif yönünün veya normatif yönünün bir

¹¹⁸ Selahattin Keyman, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 37/1 (1980): 70.

¹¹⁹ Haksızlığın objektif nitelikte olduğunu kabul eden görüşe göre suç tipi yalnızca objektif unsurlardan oluşur. Bizim de kabul ettiğimiz Şahsi Haksızlık Teorisine göre, suç tipi objektif ve sübjektif unsurlardan oluşur.

¹²⁰ Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 197-198; Koca, Üzülmez, *Genel Hükümler*, 110; Özgenç, *Genel Hükümler*, 237; Kevin Jon Heller, “Mistake of Legal Element, the Common Law, and Article 32 of the Rome Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, 6 (2008): 422.

diğerine ağır basması, o unsurun sadece deskriptif ya da sadece normatif nitelikte olduğunu göstermez.¹²¹ Deskriptif unsurlar-normatif unsurlar ayrımı, hata hükümlerini doğrudan etkilemektedir. Örneğin, haksızlık tipinin deskriptif unsurlarında hata, kastı engellerken normatif unsurlarda hata kusuru etkiler.¹²²

Kanun koyucu, haksızlığı tipleştirirken normun muhtevasında yalnızca bu haksızlığı bireyselleştiren, onun münhasır özelliklerini belirleyen unsurlara (dar anlamda tipiklik) yer vermez; ceza hukukunun güvence fonksiyonu gereği ceza normunda haksızlığı belirleyen unsurlar dışında kalan diğer bazı hususlara da yer verilir (geniş anlamda tipiklik).¹²³ Cezalandırılabilirliğin diğer koşullarını oluşturan bu unsurların failin aleyhine olacak şekilde kanun dışında bir kaynakla oluşturulmaları ya da kıyasen genişletilebilmeleri mümkün değildir.¹²⁴

5237 sayılı TCK'nın 21. maddesine göre kast, “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir”. Kanunun “hata” başlıklı 30. maddesinin birinci fıkrasına göre, “suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz”. Bu iki düzenlemeden kastın yalnızca haksızlığa vücut veren maddi unsurları kapsadığı anlaşılmaktadır. Şahsi cezasızlık nedenleri, objektif cezalandırılabilme koşulları gibi geniş anlamdaki tipiklik unsurları kastın kapsamında değildir.¹²⁵

¹²¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 237.

¹²² İkinci bölümde, “Maddi Unsurlar Normatif Unsurlar Ayrımında İleri Sürülen Ölçütler” başlığı altında detaylı olarak üzerinde duracağımız üzere, öğretide bir görüşe göre, fail normatif unsurun sosyal anlamında hataya düşmüşse hata kastı engeller. Hata, normatif unsurun sosyal anlamını aşan hukuki anlamına ilişkinse kusuru etkiler. Gökhan Ölmez, “Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları” (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisans Üstü Eğitim Merkezi, 2020), 158; Fatih Selami Mahmutoğlu, Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (İstanbul: Beta, 2021), 704; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 256.

¹²³ Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 106; Keyman, “Tipiklik”, 74; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 232; George P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 1998), 97.

¹²⁴ Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 106.

¹²⁵ TCK m. 21’de “suçun kanuni tanımındaki unsurlar” ifadesine, TCK m. 30/1’de ise “suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar” ifadesine yer verilmiştir. Özgenç’e göre, bu iki ifade arasındaki farklılık, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın kastı engellediğini göstermektedir. Özgenç, *Genel Hükümler*, 239. Kanaatimizce, iki ifade arasındaki farklılığın nedeni, suç tipinin normatif unsurlarında hatanın haksızlık hatasına, maddi (deskriptif) unsurlarında hatanın ise kastı engelleyen hataya vücut verdiğini göstermektir. Kanun koyucu, TCK m. 30/1’de suçun maddi unsurlarında hatanın kastı engelleyeceğini belirtmek suretiyle normatif unsurlarda hatanın kastı engellemediğini ortaya koymuştur. Normatif unsurlarda hata kastı engellememekte, kusuru etkilemektedir (TCK m. 30/4).

c. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Suç Tipinin Negatif Nitelikli Unsurları Olup Olmadığı Sorunu

1) Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi

Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin negatif nitelikli unsurlarıdır.¹²⁶ Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa fiil tipik değildir. Örneğin, meşru savunmanın koşulları oluşmuşsa öldürme fiili, TCK m. 81’de düzenlenen kasten öldürme suçunun tipine uymamaktadır. Fiilin tipik olması, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı daha açık bir ifadeyle fiilin bütün bir hukuk düzeni ile çeliştiği anlamına gelmektedir; dolayısıyla Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, hukuka aykırılık suçun bağımsız bir unsuru değildir.

Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi, cezalandırılabilir fiilin tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur şeklindeki üç basamaklı yapısını, tipe uygunluk ve kusurluluk şeklinde iki basamaklı bir modele indirgemektedir.¹²⁷ Üç basamaklı suç modelinde tipiklik ve hukuka aykırılık haksızlığın unsurlarıdır. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi haksızlığın düalist yapısının içerisinden hukuka aykırılık unsurunu çıkardığı için haksızlık ve tipiklik örtüşmektir. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre tipiklik haksızlığın unsuru değil, kendisidir; fiil tipikse haksızdır.

Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin güçlü yanı, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin zor meselelere, ortaya koyduğu iki basamaklı modelle basit ve kendi içerisinde teorik olarak tutarlı yanıtlar verebilmesidir. Hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğunu tipikliğin olumsuz unsuru olarak kabul etmenin en önemli hukuki sonucu kastın kapsamının genişlemesidir. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurları bilmek ve istemektir (TCK m. 21/1). Hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu suçun kanuni tanımının olumsuz unsuru olarak kabul edilirse, failin kastından söz edilebilmesi için tipikliğin olumsuz unsurlarının da failce bilinmesi gerekir. Bununla birlikte Tipikliğin

¹²⁶ Öğretide bu görüşü savunan bazı yazarlar için bkz. Williams, *The General Part*, 241; Dan-Cohen, “The Actus Reus”, 188; Moore, *Act and crime*, 179; Huigens, “Fletcher's Rethinking”, 811.

¹²⁷ Buket Abanoz, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata” (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021), 127; Ragıp Barış Erman, “Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi” (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006), 324.

Negatif Unsurları Teorisi öğretide birçok açıdan eleştirilmektedir. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin dayanaklarına ve bu teoriye yönelik eleştirilere 3. bölümde “Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi” başlığı altında detaylı olarak yer vereceğiz.

2) Tipikliği Haksızlığın Karinesi Olarak Kabul Eden Görüş

a) Genel Olarak

Hukuka aykırılık, davranış ile hukuk düzeni arasındaki çatışmadır. Tipiklik, davranış ile belli bir norm arasındaki ilişkiyi ifade ederken hukuka aykırılık, davranış ile bütün bir hukuk düzeni arasındaki ilişkiyi ifade eder. Parçayla çelişme bütünle de çelişme anlamına geldiğinden, kural olarak, ceza normuyla çelişen fiil, hukukun bütünü ile de çelişir. Bu kural, mutlak değildir; ceza normuna konu olan davranış aynı zamanda bir izin normuna da konu olmuşsa, tipik fiil haksız değildir.

Haksızlığın varlığı bakımından tipiklik ve hukuka aykırılık eş değerdir; herhangi birinin yokluğu haksızlığın yokluğunu sonuçlar. Öte yandan, tipiklik ve hukuka aykırılık arasında öncelik-sonralık ilişkisi vardır. Tıpe uygun bir fiil var olmadıkça somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı değerlendirilemez. Tıpe uygunluk, hukuka aykırılık değerlendirmesinin unsuru değil, konusudur. Hukuka aykırılık değerlendirmesinde, tipik fiil hukuk düzeninin bütünü ile karşılaştırılır. Hukuk düzeninde tipik fiile izin veren bir norm yoksa tipik fiil hukuka aykırıdır. Bu bağlamda, tipiklik ve hukuka uygunluk nedenleri arasındaki ilişki, haksızlık ve kusur arasındaki ilişkiye benzemektedir. Haksızlık, kusur yargısının konusudur.¹²⁸ Haksızlık yoksa hakkında kusur yargısında bulunulabilecek bir konu da yok demektir. Haksızlığın kusur değerlendirmesinin konusu olması ve haksızlığın yokluğunun kusur değerlendirmesine engel olması nasıl haksızlığı kusurun ya da kusuru haksızlığın unsuru yapmıyorsa, tipiklik gerçekleşmeden hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu hakkında bir değerlendirme yapılamaması da hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğunu tipikliğin unsuru yapmaz.

Monist bir haksızlık anlayışına dayanan Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hukuki niteliği açıkça

¹²⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 232; Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 155.

belirlidir; hukuka uygunluk nedenleri tipikliğin unsuru olduğu için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller. Tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüş, düalist bir haksızlık anlayışına dayanır. Bu görüş, hukuka uygunluk nedenlerini suç tipinin unsuru olarak kabul etmediği için tipikliğin maddi unsurlarında hataya ilişkin hükümlerin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada da geçerli olup olmadığı meselesi tartışmalıdır. Nitekim tipikliği haksızlığın karinesi olarak kabul eden yazarlardan bazılarına göre, bu tür bir hatada haksızlığın sübjektif unsuru olan kast yoktur (Sınırlı Kusur Teorisi)¹²⁹; bazılarına göre, münhasıran kusurun unsuru/türü olan kast yoktur (Kast Teorisi)¹³⁰; bazılarına göre, fiil tipiktir; fakat kusur kastı yoktur (Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi)¹³¹; bazılarına göre, hata kaçınılmazsa fiil hukuka uygundur (Saf Sübjektif Teori)¹³²; bizim de katıldığımız diğer bazı yazarlara göre ise, fiil tipik ve hukuka aykırıdır; bu tür bir hata kusuru etkiler (Katı Kusur Teorisi)¹³³.

Tipikliği haksızlığın karinesi olarak kabul eden görüşü savunan yazarlara göre, tipiklik haksızlığın karinesi olarak kabul edildiğinde, üçüncü bölümde detaylı olarak üzerinde duracağımız üzere, Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin; (1) yargı pratiğinin doğası ile çelişme, (2) kanunilik ilkesi ile uyumlu olmama ve (3) kanun üstü hukuka uygunluk nedenlerini dışlama gibi olumsuz sonuçları ile karşılaşılmaz. Yani söz konusu yazarlara göre, Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine yöneltilen eleştiriler, tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüşü kabul etmenin gerekçeleridir:

¹²⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593; Özgenç, *Genel Hükümler*, 527; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 301; Hakeri, *Genel Hükümler*, 460; Akbulut, *Genel Hükümler*, 535-536; Neslihan Göktürk, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 9/26 (2014): 22 vd.

¹³⁰ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 226; Erem, *Ceza Kanunu Şerhi*, 327; Toroslu, Toroslu, *Genel Kısım*, 269-270; Bengü, *Hata*, 75.

¹³¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 438; Erman, “Yanılma”, 377-378.

¹³² Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları*, 137-139; Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26-27; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 86; Özen, *Meşru Müdafaa*, 148 vd.; Soyaslan, *Genel Hükümler*, 405-406; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294; Zafer, *Genel Hükümler*, 417; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, 304-306.

¹³³ Cem Şenol, “5237 sayılı TCK’ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 14/149 (2019): 64; Elvan Keçelioğlu, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 22/87 (2010): 315.

(1) Hâkimin faili mahkûm edebilmesi için fiilin tipik olduğunu tespit etmesi ve bunu kararına yansıtması gerekir. Hukuka uygunluk nedenleri tipikliğin negatif unsurları ise aynı gereklilik hukuka uygunluk nedenleri için de geçerlidir. Oysa yargı pratiğinde, yargılamaya konu olaydan anlaşılmıyorsa ya da taraflarca ileri sürülmediyse, hâkim somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığını araştırmak ve bunu kararına yansıtmak zorunda değildir. Hâkimin, faili üzerine atılı suçtan mahkûm edebilmesi için suç tipindeki bütün unsurların gerçekleştiğini tespit etmesi zorunludur; aynı durum hukuka uygunluk nedenleri için geçerli değildir. Yargı pratiğinin bahse konu durumu, hukuka uygunluk nedenlerinin tipikliğin negatif unsuru olmadığını gösterir.¹³⁴

(2) Kanunilik ilkesi gereği suç tipleri kanunla düzenlenmelidir. Hukuka uygunluk nedenleri Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin ileri sürdüğü gibi suç tipinin bir unsuru ise hukuka uygunluk nedenlerinin de kanunla düzenlenmesi gerekir; yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerinden söz edilemez.¹³⁵ Hukuk pratiğinde ve öğretilde hukuka uygunluk nedenlerinin kanunda yazılanlarla sınırlı olmadığı kabul edilmektedir. Örneğin, 765 sayılı Kanun döneminde rıza ve hakkın icrası kanunda yer almayan hukuka uygunluk nedenleri olarak kabul edilmiştir.¹³⁶ Tipikliği haksızlığın karinesi olarak kabul eden görüş, yazılı hukuk dışında hukuka uygunluk nedenlerinin var olduğunu kabul eden görüş ve uygulama ile uyumludur.

(3) Kanunilik ilkesinin alt ilkelerinden biri olan belirlilik ilkesine göre, suç tipleri dilin elverdiği ölçüde şüpheyi yer bırakmayacak şekilde açıkça tanımlanmalıdır. Hukuka uygunluk nedenleri, örneğin meşru savunmada olduğu gibi, niteliğine uygun düştüğü her suç tipi bakımından hüküm doğurduğundan geniş soyut kavramlarla formüle edilirler. Hukuka uygunluk nedenleri, Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin ileri sürdüğü gibi, suç tipinin içerisine dâhil edilirse suç tipi muğlaklaşır. Bu yüzden

¹³⁴ D’Almeida, “O Call Me”, 230 vd.

¹³⁵ Fletcher, “The Nature of Justification”, 179-180.

¹³⁶ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 28 vd.; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 228.

tipikliği hukuka aykırılığın karinesi olarak kabul etmek, belirlilik ilkesi ile de uyumludur.¹³⁷

Kanaatimizce, söz konusu argümanlar, ne Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin zaafiyetini ne de tipikliği haksızlığın karinesi olarak kabul eden görüşün kuvvetini tartışmaya mahal vermeyecek ölçüde ortaya koyacak kadar ikna edicidir. Nitekim Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine yöneltilen bu eleştirilere karşılık olarak; (1) hakkaniyet gereği yargıcın mahkûmiyet hükmü kurarken hukuka aykırılığı ayrıca incelemesi ve hükümde buna yer vermesi gerektiği, (2) hukuka uygunluk nedenlerinin norm karakterli oldukları (izin normları) ve norm yaratma yetkisi bir yasama işlemi olduğu için kuvvetler ayrılığı prensibi gereği yasa koyucunun öngördüğü durumlar dışında hukuka uygunluk nedenlerinin olamayacağı,¹³⁸ (3) dilin sınırlılığı nedeniyle çoğu suç tipinde (örneğin özel hayatın gizliliğini ihlali suçunda özel hayat kavramının belirsizliğinde olduğu gibi) yasaklanan ya da emredilen davranışın yeterince açık olmadığı ileri sürülebilir.

Kanaatimizce, tipikliği haksızlığın karinesi olarak kabul eden görüşün en güçlü yönü (bizim de bu görüşü kabul etmemizin nedeni), tipik olmadığı için haksız olmayan fiille, tipik olmakla birlikte haksız olmayan fiil arasındaki değer farkını yansıtmasıdır. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi, bu değer farkını göz ardı etmektedir.¹³⁹ Kanun koyucu suçlaştırmayla korumak istediği hukuki değeri ihlal edebilecek fiilleri tipleştirir; fiilin tipe uygun olması korunmak istenen hukuki değer ihlal edildiği anlamına gelir.¹⁴⁰ Ancak istisnai durumlarda normalde haksızlık teşkil eden fiile izin verilir. Örneğin, meşru savunmanın koşullarının gerçekleştiği bir olayda saldırganı öldüren kişinin fiili, kasten öldürme suçunun tanımına uygun olduğu için tipiktir; fakat fiil meşru savunma halinde işlendiğinden haksız değildir. Kasten öldürme fiili bakımından somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması ya da bulunmaması ihtimalleri arasındaki farklılık, dış dünyadaki realitenin (iki durumda da bir insan ölmüştür)

¹³⁷ Fletcher, “The Nature of Justification”, 180-181.

¹³⁸ Hukuka uygunluk nedenlerinin ancak pozitif hukuk metinlerinde olabileceğini kabul eden görüş için bkz. Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları*, 149.

¹³⁹ Thomson, *The Realm of Rights*, 84; Fletcher, *Rethinking*, 561.

¹⁴⁰ Ünver, *Hukuksal Değer*, 150-151.

normatif yönündedir. Meşru savunma örneğinde olduğu gibi, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin olması tipik fiilin haksızlık belirtisini (bir insanın ölmesi) kamufle etmez.¹⁴¹

İhlal edilen ile korunan arasındaki değer farkını esas alan normatif nitelikteki bu argüman, insan davranışının doğası ile de uyumludur.¹⁴² Bütün insan davranışlarının arkasında “neden” (*reason*) vardır.¹⁴³ Tipik fiil normalde (*prima facie*) haksız bir davranıştır. Tipik fiilin normalde haksız olması, faili bu davranıştan kaçınması konusunda motive eder. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının gerçekleşmesi ise faili normalde haksız olan fiili işlemek konusunda motive eder. Yani hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının gerçekleştiği olaylarda, tipik fiilin ihlal ettiği hukuki değer, faili fiilden kaçınma konusunda motive ederken hukuka uygunluk nedeninin koruduğu hukuki değer, faili fiili gerçekleştirme konusunda motive etmektedir.¹⁴⁴ Örneğin, meşru savunmaya konu öldürme fiilinde, bir insanı öldürmeme konusundaki motivasyon, kendi hayatını ya da üçüncü bir kimsenin hayatını koruma konusundaki motivasyonla çatışır. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğu olaylarda bir hukuki değer ihlali olmadığını ileri sürerek failde mevcut olan normalde haksız olan davranıştan kaçınma motivasyonunu göz ardı etmektedir.

Türk öğretisinde tipikliğin haksızlığın karinesi olduğu konusunda uzlaşısı vardır.¹⁴⁵ Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisini Türk hukukunda bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla savunan yazar yoktur. İstisnaen, *Toroslu/Toroslu*, hukuka aykırılığın suçun bağımsız bir unsuru olmadığını savunmaktadır. Bu yüzden yazarların Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisini savunduğu düşünülebilir. Ancak yaptıkları

¹⁴¹ Thomson, *The Realm of Rights*, 84.

¹⁴² John Gardner, *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 81-82; Duff, *Answering For Crime*, 218; Kenneth Campbell, “Offence and Defence”, in *Criminal Law And Justice: Essays From The W.G. Hart Workshop*, eds. I. H. Dennis (London: Sweet and Maxwell, 1987), 73.

¹⁴³ Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 15 vd.

¹⁴⁴ Gardner, *Offences and Defences*, 81-82; Duff, *Answering For Crime*, 218; Campbell, 73.

¹⁴⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, 309; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 196-197; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 202; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 109; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, 296; Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 225; Hakeri, *Genel Hükümler*, 137; Hafızogulları, Özen, *Genel Hükümler*, 163; Soyaslan, *Genel Hükümler*, 216; Akbulut, *Genel Hükümler*, 204.

açıklamalardan *Toroslu/Toroslu*'nun da tipikliği haksızlığın karinesi olarak kabul eden görüşe taraftar olduğu anlaşılmaktadır. *Kartezyen düalizmi* esas alan *Toroslu/Toroslu*'ya göre suçun doğası ile insanın doğası benzerdir. İnsan madde ve ruhtan oluşur; bu ikili ayırım suçun maddi ve manevi unsuruna karşılık gelir.¹⁴⁶ Suçun maddi unsuru, dış dünyadaki gerçeklik iken suçun manevi unsuru, failin iç dünyasındaki gerçekliktir. İkisi de normatif bir değerlendirmeyi gerektirmeyen doğal olarak var olan fenomenlerdir.¹⁴⁷ Hukuka aykırılık ise doğal bir fenomen değildir. Yazarlara göre, suç, doğal bir fenomen olduğu için salt normatif bir kavram olan hukuka aykırılık suçun bir unsuru değil, niteliğidir.¹⁴⁸ Yazarlar, hukuka aykırılığın suçun bir unsuru olmadığı konusunda Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi ile aynı sonuca ulaşmaktadırlar. Ancak yazarların Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisini kabul etmedikleri şu ifadelerinden anlaşılmaktadır: “*ceza kanunlarında öyle bazı hipotezler veya durumlar öngörülmüştür ki, bu durumlarda işlenen fiil ceza normunda tanımlanan bütün unsurları taşımasına rağmen cezalandırılmamaktadır. Örneğin, bir şahsın ölümüne neden olmak normal olarak yasaktır; ancak meşru savunma nedeniyle öldürülen kimseye ceza verilmez*” (Toroslu/Toroslu, 2021, s. 129). Yazarlara göre, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin olması, fiilin ceza normunda yer alan bütün unsurları taşımasına engel olmamaktadır; yani yazarlara göre, bu tür durumlarda fiil, ceza normu bakımından tipiktir. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre ise, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa, fiil tipin negatif unsurunu (hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu) taşımadığı için tipik değildir.

Türk öğretisinde, tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüş kabul edilmekle birlikte tipinde suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili ifadelere yer verilen suçlarda ilgili ifadelerin suçun tipiklik unsuruna dönüşüp dönüşmediği meselesi tartışmalıdır. Konunun önemi dolayısıyla bu tartışmaya alt başlıkta yer vereceğiz.

¹⁴⁶ Toroslu, Toroslu, *Genel Hükümler*, 128-129.

¹⁴⁷ Toroslu, Toroslu, *Genel Hükümler*, 129.

¹⁴⁸ Toroslu, Toroslu, *Genel Hükümler*, 129.

b) Suç Tipinde Yer Verilmekle Birlikte Normalde Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru ile İlgili Olan İfadelerin Hukuki Niteliği

Kanun koyucu korumak istediği hukuki değeri/değerleri ihlal edebilecek fiilleri tipleştirerek hangi davranışların suç niteliğindeki hukuka aykırılıklar olduğunu ortaya koyar; bu yüzden hukuka aykırılık ifadesine ayrıca suç tiplerinde yer verilmez.¹⁴⁹ Ancak bazı suç tiplerinde, normalde suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olan “hukuka aykırı olarak”¹⁵⁰; “haksız”¹⁵¹; “haksızlık”¹⁵² gibi ifadelerle suçun kanuni tanımında yer verilmektedir.

Bu tip suçlarda normalde suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olan ifade ya başka hukuka aykırılıklara gönderme yapmakta ya da tipteki davranışın tamamını veyahut bir unsurunu nitelemektedir. Bu yüzden ikili bir ayırım yapmak gerekir:

1- *Hukuka aykırılıkla ilgili ifadenin başka hukuka aykırı davranışlara gönderme yapması*: 5237 sayılı TCK’da birçok suç tipinde¹⁵³, “*cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla*” ifadesi yer almaktadır.¹⁵⁴

Cebir ve tehdit, 5237 sayılı TCK’da yer alan bağımsız suçlardır. Cebir suçu TCK m. 108’de, tehdit suçu ise TCK m. 106’da düzenlenmiştir. Cebir ve tehdit fiillerine başka suç tiplerinde yer verilmişse bileşik suç hükümleri gereği cebir ve tehdit suçlarının varlığı görünüştedir. TCK m. 42’ye göre, “*biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz*”. “*Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla*” ifadesinin yer aldığı suçlarda suçun cebir veya

¹⁴⁹ Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında”, 408; Katoğlu, *Hukuka Aykırılık*, 129.

¹⁵⁰ TCK m. 91/2; TCK m. 109/1; TCK m. 120/1; TCK m. 124; TCK m. 132/2-3; TCK m. 135; TCK m. 136; TCK m. 209/2; TCK m. 243/1-4; TCK m. 260; TCK m. 277/1; TCK m. 288/1.

¹⁵¹ TCK m. 107/1; TCK m. 255/1; TCK m. 257; TCK m. 277.

¹⁵² TCK m. 277.

¹⁵³ Bkz. TCK m. 113; TCK m. 114/2; TCK m. 115/2-3; TCK m. 117/1; TCK m. 118/2; TCK m. 223/1-3; TCK m. 224/1; TCK m. 235/2.

¹⁵⁴ 5237 sayılı TCK’nın sadece, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçunu* düzenleyen 123. maddesinde “*hukuka aykırı başka bir davranışla*” ifadesine, cebir ve tehdit fiilleri ile birlikte yer verilmemiştir. TCK m. 123/1’e göre, “*sırf huzur ve sükununu bozmak amacıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürlüğü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde*” kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu oluşur.

tehditle işlenmesi durumunda birleşik suç hükümleri gereği ayrı bir cebir ya da tehdit suçundan söz edilemez.

“*Hukuka aykırı başka bir davranışla*” ifadesi suç dışındaki örneğin, medeni hukuka ya da idare hukukuna özgü hukuka aykırılıkları da kapsar. Suç şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıklarda, “*hukuka aykırı başka bir davranışla*” ifadesi cebir ve tehdit ile seçimlik bir ilişki içerisinde yer aldığından bu ifadenin de birleşik suç hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Cebir ve tehdit de hukuka aykırı davranışlardır; bu yüzden “*hukuka aykırı başka davranışlar*” ifadesi, cebir ve tehdidi de kapsar. Kanaatimizce, “*hukuka aykırı başka davranışla*” ifadesi cebir ve tehdidi kapsamasına rağmen bu ifadenin yer aldığı suçta kanun koyucunun tehdit ve cebirden ayrıca söz etmesinin nedeni, “*hukuka aykırı başka bir davranışla*” ifadesinin yer aldığı suçun bu ifadenin gönderme yaptığı suçla içtima ilişkisine girdiğini göstermektedir. Örneğin, *iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu*nu düzenleyen TCK m. 117/1’e göre, “*cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişiye, mağdurun şikâyeti halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir*”. Bu suç, suç tipinde yer verilen “*hukuka aykırı başka bir davranışla*” ifadesi dolayısıyla hürriyetten yoksun bırakma fiili ile de işlenebilir. *Hürriyetten yoksun bırakma suçu*nun temel halinin cezası TCK m. 109/1’e göre, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. “*Hukuka aykırı başka bir davranışla*” ifadesinin *iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu* ile *hürriyetten yoksun bırakma suçu* arasında birleşik suç ilişkisi kurduğu kabul edilirse, mağdurun hürriyetini sınırlamak suretiyle iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden failin cezası, yalnızca mağdurun hürriyetini sınırlayan failin cezasından az olur. Bu yüzden “*hukuka aykırı başka bir davranışla*” ifadesinin *iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu* ile *hürriyetten yoksun bırakma suçu* arasında içtima ilişkisi kurduğunu kabul etmek gerekir.

Göktürk ise bu konuda ikili bir ayırım yapmaktadır. *Göktürk*’e göre bazı durumlarda sorunu asli norm-tali norm ilişkisini esas alarak; bazı durumlarda ise içtima hükümlerine başvurarak çözümlmek gerekir.¹⁵⁵ *Göktürk*, somut olayda bu ayırım yapılırken hangi ölçütten hareket edileceğinden söz etmemektedir. Ancak yazarın

¹⁵⁵ Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında”, 435-436.

verdiği örneklerden hukuka aykırılıkla ilgili ifadenin gönderme yaptığı suçun cezasının az olması durumunda sorunun asli norm-tali norm ilişkisi zemininde, gönderme yapılan suçun cezasının fazla olması durumunda ise sorunun içtima hükümleri çerçevesinde çözümleneceği anlaşılmaktadır. Bize göre gönderme yapılan suçun cezası az da olsa çok da olsa sorun her zaman içtima hükümlerine göre çözümlenmelidir.

2. *Hukuka aykırılık ile ilgili ifadenin suç tipinin tamamını ya da suç tipindeki unsurlardan birini nitelemesi*: Öğretide asıl tartışmalı olan ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusu bakımından önemli olan, bu durumdur. Türk hukukunda bu durum, “hukuka özel aykırılık” olarak da adlandırılmaktadır.¹⁵⁶ Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi esas alınırsa bu tür ifadelerin herhangi bir önemi yoktur; zira hukuka aykırılık zaten suçun tipiklik unsuruna mündemiçtir; fiil tipikse hukuka da aykırıdır. Bu tip suçlarda ilgili ifadelerin hukuki niteliği, tipikliği haksızlığın karinesi olarak kabul eden görüş açısından tartışmalıdır.

(1) İlgili İfadelerin Suçun Hukuka Aykırılık Unsurunun Gereksiz Tekrarı Olduğunu İleri Süren Görüş

Bu görüşe göre, tipikliğinde hukuka aykırılık ile ilgili ifadelere yer verilen suçlarda ilgili ifadeler haksızlığın yapısını değiştirmemektedir. Bu tür suçlarda da haksızlığın tipiklik ve hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu şeklinde iki unsuru vardır. Hukuka aykırılık ile ilgili ifadelere tipte yer verilmesi, haksızlığın genel bir unsuru olan hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu (hukuka aykırılık) unsurunun gereksiz bir tekrarıdır.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 19; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 280; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 285; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, 306; Zafer, *Genel Hükümler*, 364.

Hukuka genel aykırılık-hukuka özel aykırılık ayrımını eleştiren yazarlar için bkz. Katoğlu, *Hukuka Aykırılık*, 128 vd; Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında”, 126.

¹⁵⁷ Paul H. Robinson, “Rules of Conduct and Principles of Adjudication”, *The University of Chicago Law Review*, 57/3 (1990): 739; Larry Alexander, “Mistakes and The Fact/Law Distinction: An Essay in Memory of Myke Balyes”, *Law and Philosophy*, 12/1 (1993): 42.

Ceza normu hukukun bir parçası olduğuna göre ceza normuyla çelişen fiil hukukla da çelişir. Hukukun normda ayrıca hukuka aykırılığa yer vermesi “kendi kendisini referans göstermesi paradoksuna” yol açar.¹⁵⁸

(2) İlgili İfadelerin Haksızlık Bilincini Kastın Kapsamına Dâhil Ettiğini İleri Süren Görüş

Bu görüşe göre, bu tür suçlarda kanun koyucu kastın varlığı bakımından failin haksızlık bilinci ile hareket etmesini aramaktadır.¹⁵⁹ Yargıtay da bu görüştedir.¹⁶⁰

Tipinde normalde suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olan ifadelere yer verilen suçlar ancak doğrudan kastla işlenebilir. Hâkim, bu suçlarda failin hukuka aykırılığın bilincine sahip olup olmadığını ayrıca tespit etmelidir.¹⁶¹

765 sayılı eski TCK’nın 44. maddesinde, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralına yer verilmiştir. İlgili düzenleme dolayısıyla öğretide suçun varlığı bakımından failde haksızlık bilincinin olup olmamasının önemli olmadığı ileri sürülmüştür.¹⁶² Tipinde hukuka aykırılık ile ilgili ifadelere yer verilen suçlarda failin haksızlık bilinci ile hareket etmesi gerektiği kabul edildiği için bu tip suçlar, 765 sayılı TCK döneminde

¹⁵⁸ Alexander, “The Fact/Law Distinction”, 42.

¹⁵⁹ Dönmez, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 20; Özgenç, *Genel Hükümler*, 311; Akbulut, *Genel Hükümler*, 201; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 258; Michael D. Bayles, *Principles of Law: a Normative Analysis* (Boston: Reidel Publishing, 1987), 314; Samuel W. Buell, Lisa Kern Griffin, “On The Mental State Of Consciousness Of Wrongdoing”, *Law and Contemporary Problems*, 75/2 (2012): 134; Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* (New York: LexisNexis, 2009), 175-176.

¹⁶⁰ “Hukuka aykırılık, suçu oluşturan haksızlığın niteliği olup hukuka aykırılık ile kastedilen husus fiilin hukuk sistemiyle çatışması ve hukuk sistemine aykırı olmasıdır. 5237 sayılı Kanunda bazı suç tanımlarında ‘hukuka aykırı olarak’, ‘hukuka aykırı başka bir davranışla’, ‘hukuka aykırı diğer davranışlarla’, ‘hukuka aykırı yolla’, ‘hukuka aykırı yollarla’ gibi ifadelere yer verilmiştir. Bu ifadelerin geçtiği suçlarda failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani bu konuda doğrudan kastla hareket etmesi gerekmektedir”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 10.06.2014, E. 2012/1514, K. 2014/312, Lexpera, E.T. 10.10.2021; “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun uygulama alanının amaçlanandan fazla genişletilerek, uygulamada belirsizlik ve hemen her eylemin suç oluşturmaya gibi olumsuz sonuçların doğmaması için somut olayın özellikleri dikkate alınarak titizlikle değerlendirme yapılması, olayda herhangi bir hukuk dalı tarafından kabul edilebilecek bir hukuka uygunluk nedeni veya bu kapsamda nazara alınabilecek bir hususun bulunup bulunmadığının saptanması ve sanığın eylemiyle hukuka aykırı hareket ettiğini bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunun da ayrıca tespit edilmesi gerekir”. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 10.07.2019, E. 2019/5491, K. 2019/8319, Lexpera, E.T. 10.10.2021.

¹⁶¹ Dönmez, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 20; Özgenç, *Genel Hükümler*, 311; Akbulut, *Genel Hükümler*, 201; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 258.

¹⁶² Taner, *Umumi Kısım*, 387; Sahir Erman, “Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 12/ 2-3 (1946): 533; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 141.

“kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralına istisna getiren suçlardır.¹⁶³ Hukuku bilmeme bakımından objektif sorumluluğa yol açan bu kuralın en sorunlu yanı kusur prensibi ile çelişmesidir. Tipinde hukuka aykırılık ile ilgili ifadeler yer verilen suçlarda haksızlık bilinci kastın kapsamına dâhil edilerek en azından bu tip suçlarla “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı yumuşatılmıştır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusu ile ilgili olarak 765 sayılı eski TCK döneminde öğretide iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe bu tür bir hata kastı engeller.¹⁶⁴ Diğer bir görüşe göre, bu tür bir hata kastı engellemez; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada fiil tipik olmakla birlikte hukuka aykırı değildir.¹⁶⁵ İlk görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarını da haksızlık bilinci bağlamında kastın kapsamına dâhil etmektedir.¹⁶⁶ İkinci görüş ise, kastın kapsamını suç tipinin maddi unsurları ile sınırlamakta sorunu suçun hukuka aykırılık unsuru bağlamında çözümlemeye çalışmaktadır. Tipinde normalde

¹⁶³ “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralı”, ceza kanunları ve diğer kanunlar arasında ayırım yapılarak sadece ceza kanunları ile sınırlı olarak uygulanmıştır. Diğer kanunlara ilişkin konularda hata fiili hata olarak nitelenmiş, bu tür bir hatanın kastı engellediği kabul edilmiştir. Taner, *Umumi Kısım*, 389; Erman, “Hukuki Bilmeme ve Yanılma”, 531.

Keza Yargıtay’da 765 sayılı eski TCK döneminde failin mahkûm olmasının açıkça adaletle çeliştiği durumlarda haksızlık hatasının kastı engellediğini kabul etmiştir: “Seçim bittikten sonra muhafazası lazım gelen oy pusulalarını sanığın yakmasının, lüzum kalmadığı yolundaki kanaatinden ileri geldiği öne sürüldüğüne göre, bu müdafaa hilafında kastı cürmü takip ettiği hakkındaki sübut delilleri gösterilmeksizin mahkûmiyet kararı verilmesi yolsuzdur”. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 18.1.1951, 10370/234. Aktaran: Adem Sözüer, “Hukuki Hata”, *Yargıtay Dergisi*, 21/4 (1995): 490.

¹⁶⁴ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 226; Erem, *Ceza Kanunu Şerhi* 1, 327; Bengü, *Hata*, 75.

¹⁶⁵ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26-27; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 86; Özen, *Meşru Müdafaa*, 148 vd.

Dönmezer/Erman’a göre bu tür bir hata kusur içerisinde değerlendirilirse, hatanın kaçınılabilir olması durumunda failin taksirli suç dolayısıyla sorumluluğuna gidilebilir. Bu durum ise taksirin doğasına aykırıdır; çünkü hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fail neticeyi bilmekte ve istemektedir; taksirde ise fail neticeyi bilmez ya da öngörse bile istemez. Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki 2. Cilt*, 24-25. Belirtilen nedenlerle, Dönmezer/Erman, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada sorunu kusur içerisinde değil, haksızlık içerisinde çözümlemeye çalışmaktadırlar.

¹⁶⁶ “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralına rağmen, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada söz konusu yazarların bu sonuca ulaşmasının nedeni –yazarlar bu konuya açıkça değinmedikleri için- kanaatimizce şudur: “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı, normatif dünyaya ilişkin gerçekliklerle ilgilidir; bu gerçekliklere ilişkin hata mazeret teşkil etmez. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada ise fail normatif dünyaya ilişkin gerçeklikte değil, maddi dünyaya ilişkin gerçeklikte hataya düşmektedir. Suç tipinin maddi unsurlarında hataya düştüğü için fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmeyen faille, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya düştüğü için fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmeyen fail arasında fark yoktur; ikisi de maddi dünyaya ilişkin gerçeklikte hataya düşmektedir; ikisinin de hataya düştüğü husus -tipiklik ve hukuka aykırılık haksızlığın unsurları olduğu için- haksızlıkla ilgilidir ve ikisi de fiillerinin haksızlık teşkil ettiğini bilmemektedir.

suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olan ifadelere yer verilen suçlarda ise konu tartışmalı değildir. Bu tip suçlar, haksızlık bilincinin kastın kapsamına dâhil olduğu suç kategorisini teşkil ettiği için hukuka uygunluk nedenlerinde hukuki ya da fiili hatada fail fiilinin hukuka uygun olduğuna inanıyorsa, hata kastı engeller.

5237 sayılı TCK'ya göre, suç tipinin maddi unsurlarında hata ile haksızlık arasında fark vardır; suç tipinin maddi unsurlarında hata kaçınılabilir olsun ya da olmasın kastı engellerken (TCK m. 30/1), haksızlık hatasında hatanın kaçınılmaz olması gerekir (TCK m. 30/4). Ayrıca haksızlık hatasında hata kaçınılmaz olsa dahi kastı engellememekte, kusuru etkilemektedir; yani fiil haksız olmaya devam etmektedir. Tipinde normalde suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olan ifadelere yer verilen suçlarda haksızlık bilincini kastın kapsamına dâhil eden görüşe göre bu tip suçlarda unsur hatası ile haksızlık hatası arasındaki söz konusu farklılıklar kalkmaktadır; iki durumda da hata kastı engeller.¹⁶⁷

Tipinde normalde suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olan ifadelere yer verilen suçlarda haksızlık bilincini kastın kapsamına dâhil eden görüş açısından bu tip suçlarda hukuka uygunluk nedenlerinde bilmeme ve hata konusu da özellik arz eder. Hukuka uygunluk nedenlerinde bilmeme ve hatanın iki türü vardır:

(1) Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin koşulları gerçekleşmiş olabilir ve fail bu durumu bilmeyebilir. Örneğin, TCK m. 109'da düzenlenen hürriyetten yoksun bırakma suçunun tipinde “*hukuka aykırı olarak*” ifadesine yer verilmiştir. Hürriyetten yoksun bırakma suçunu işlediğini zanneden ancak gerçekte suçüstü yakalama yapan kişinin fiilinin hukuka uygun olup olmadığı sorusuna verilecek yanıt hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorununda ileri sürülen teorilere göre farklılaşmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğunu ileri süren görüşe göre fiil hukuka uygundur (Objektif Teori).¹⁶⁸ Hukuka uygunluk nedenlerinin

¹⁶⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 311; Akbulut, *Genel Hükümler*, 201; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 258.

¹⁶⁸ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 21; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 84; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 223; Taner, *Umumi Kısım*, 395; Toroslu, *Genel Kısım*, 160; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Hamide Zafer, *Genel Hükümler*, 362; Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 203; Ekici Şahin, *Rıza*, 175; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 289; Dursun, Bozbayındır, “Manevi Unsurları Meselesi”, 86-87; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 427.

sübjektif unsurunun olduğunu kabul eden görüşlere göre fiil hukuka uygun değildir (Saf Sübjektif Teori ve Çifte Gereklilik Teorisi).¹⁶⁹ Suç tipinde yer verilen hukuka aykırılık ifadesini tipe dâhil eden yazarlar, normalde hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olduğunu savunsalar dahi bu tür suçlarda Objektif Teori ile aynı sonuca ulaşmaktadır.¹⁷⁰ Çünkü bu tip suçlarda bir hukuka uygunluk nedeninin koşulları objektif olarak gerçekleştiğinde suç tipinin “hukuka aykırı olarak” unsuru objektif olarak gerçekleşmemektedir; başka bir deyişle fiil objektif olarak tipik olmamaktadır.

(2) Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamasına rağmen fail tipik fiilin hukuka uygun olduğunu zannedebilir. Bu tip hata iki şekilde ortaya çıkabilir. Fail, olgusal gerçeklikte hataya düştüğü için fiilin hukuka uygun olduğunu zannedebilir (maddi unsur hatası); ya da fail olgusal gerçekliği doğru algılamakla birlikte hukuk düzeninde var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin fiili hukuka uygun hale getirdiğini zannedebilir (izin hatası).¹⁷¹ Örneğin, alacaklı (A), borcunu ödemeyen borçlu (B) ile sokakta karşılaşır ve alacağını zorla alabilmenin (ihkak-ı hak) hukuka uygun olduğunu zannederek, zorla (B)’nin üzerindeki parayı alır.¹⁷² İzin hatası, haksızlık hatasının bir türüdür. İzin hatasının hukuki niteliği konusunda öğretide bir tartışma yoktur. İzin hatası, TCK m. 30/4’e göre kusuru etkiler.¹⁷³ Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Tipinde hukuka aykırılık ile ilgili ifadeler yer verilen suçlarda haksızlık bilincini kastın

¹⁶⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 595; Akbulut, *Genel Hükümler*, 421; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 271; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 282; Özgenç, *Genel Hükümler*, 310; Hakeri, *Genel Hükümler*, 342; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 260; Meraklı, Kusur, 418; Aykut Ersan, *Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması* (İstanbul: On İki Levha, 2013), 50; Ozansü, *Kasttan Doğan*, 118; Göktürk, “Objektif Nitelikte midir?”, 16; Ahu Karakurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 4/10 (2009): 128-129.

¹⁷⁰ Örneğin, Özgenç hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorunda Sübjektif Teoriyi savunmaktadır. Yazar, tipinde normalde suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olan ifadeler yer verilen suçlarda ise haksızlık bilincini kastın kapsamına dâhil etmektedir. Özgenç, *Genel Hükümler*, 311.

¹⁷¹ Örneğin, tedip hakkını kullandığından bahisle öğrencisini döven öğretmenin hatası izin hatasıdır. İzin hatasında failin zihnindeki gerçeklik ile dış dünyadaki hukuki gerçekliğin uyuşması imkânsızdır; çünkü dış dünyada failin zannettiği gibi bir hukuka uygunluk nedeni yoktur.

¹⁷² Örnek için bkz. George Kupper, “Amaç ve Hata”, çev. İhsan Yılmaz Bayraktarlı, Ahmet Hulusi Akkaş, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/2 (2018): 267.

¹⁷³ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 128-129; Akbulut, *Genel Hükümler*, 548; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 434-435; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 600; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 368-369; Zafer, *Genel Hükümler*, 467-468; Sesim Soyer Güleç, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10/1 (2008): 74.

kapsamına dâhil eden görüşe göre, bu tip suçlarda, hem hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata hem de izin hatası kastı engeller.

(3) İlgili İfadeleri Suç Tipinin Gramerine Göre Niteleyen Görüş

Bu görüşe göre, tipinde hukuka aykırılık ile ilgili ifadelere yer verilen suçlarda ilgili ifadelerin hukuki niteliğini tespit bakımından bir ayırım yapmak gerekir. İlgili ifade suç tipinin tamamını niteliyorsa, haksızlığın hukuka aykırılık unsurunun tekrarı niteliğindedir ve tek fonksiyonu somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni olabileceği konusunda hâkimi uyarmaktır.¹⁷⁴ Bu ihtimalde haksızlığın yapısında bir değişim olmadığı için hukuka aykırılıkla ilgili ifadeye tipiklikte yer verilmesinin farklı herhangi bir hukuki sonucu yoktur. Örneğin, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda (TCK m.135/1) geçen “hukuka aykırı olarak” ifadesi suçun tamamını nitelediği için kast kapsamında değildir.

Hukuka aykırılıkla ilgili ifade tipteki unsurlardan birini niteliyorsa nitelediği unsur bağlamında suç tipinin bir unsurudur.¹⁷⁵ Hukuka aykırılık veya bu manaya gelen diğer ifadeler suç tipindeki unsurlardan birini niteliyorsa, failin kastı tipin bir unsuru haline gelen bu ifadeyi de kapsar; bu tür suçlar doğrudan kastla işlenebilirler.¹⁷⁶ Örneğin, *bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme ve değiştirme* suçunu düzenleyen TCK m. 244’ün dördüncü fıkrasında yer verilen “*failin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlaması*” ifadesindeki “haksız” kelimesi, “çıkart” unsurunu nitelemektedir. Failin kastından söz edilebilmesi için sağladığı çıkarın haksız olduğunu bilmesi gerekir.

Biz de bu görüşü kabul ediyoruz. Suç tipinde yer verilen hukuka aykırılık ifadesi suçun hukuka aykırılık unsurunun bir tekrarı mahiyetinde olup, hâkimi somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin olabileceği konusunda uyarma işlevi görmektedir. Normalde suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olan ifadelerin tipteki unsurlardan

¹⁷⁴ Koca, Üzülmaz, *Genel Hükümler*, 268-269; Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında”, 427-428.

¹⁷⁵ Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 258; Koca, Üzülmaz, *Genel Hükümler*, 268-269; Hakeri, *Genel Hükümler*, 315-316; Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında”, 427-428; Zafer, *Genel Hükümler*, 365; Kerim Kılıç, “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25/1 (2021): 28.

¹⁷⁶ Koca, *Genel Hükümler*, 268; Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında”, 434-435.

birini nitelemesi halinde ise ilgili ifade, nitelediği unsur bağlamında suç tipinin unsurlarından birine dönüşmektedir. Bu durumda fail fiilin tamamının değil, yalnızca ilgili unsurun hukuka aykırılık niteliğini birmelidir. Örneğin, TCK m. 91/5'e göre, *“Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因 kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”*. Hasta (B), organ nakline ihtiyaç duymaktadır. Nakil kısa süre içerisinde gerçekleşmezse, (B) hayatını kaybedecektir. (B)'nin yakınları yasadışı yollardan organı temin ederler. Doktor (A), hukuka aykırı yollarda temin edildiğini bildiği organı, acil nakil ihtiyacı olan hasta (B)'ye nakleder. (A)'ya göre, hukuka aykırı olan fiil organın yasadışı yollardan temin edilmesidir; ihtiyacı olan hastaya organ nakli yapılması suç değildir. Organı temin eden kendisi olmadığı için davranışının hukuka aykırı olmadığına inanan (A), nakli gerçekleştirir. Örnekte (A), organın hukuka aykırı olarak elde edildiğini bilmekte; ancak kendi fiilinin (organın nakli) hukuka aykırı olduğunu bilmemektedir. Suç tipinde hukuka aykırılık ile ilgili ifade yalnızca unsurlardan birini (organın elde edilmesi) nitelediği için ve doktor organın hukuka aykırı olarak elde edildiğini bildiği için TCK m. 91/5'in tipikliği oluşmuştur. Doktor, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olsa dahi acil nakil ihtiyacı olan bir hastaya nakil yapılmasının bir hukuka uygunluk nedeni olduğuna inanmaktadır. Zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse doktorun fiili hukuka uygundur. Zorunluluk hali kusuru etkileyen bir neden olarak kabul edilirse, doktor hukuk düzeninde yer almayan bir hukuka uygunluk nedeninin fiilini hukuka uygun hale getirdiğini zannettiği için izin hatası içerisinde. İzin hatası, haksızlık hatasının bir türüdür ve TCK m. 30/4'e göre kusuru etkiler (TCK m. 30/4).

Bazen de suç tipinde suçun genel bir unsuru olarak hukuka aykırılık değil de belli bir hukuka uygunluk nedeni yer alabilmektedir. Örneğin, konut dokunulmazlığını ihlal (TCK m.116) ve hırsızlık (TCK m. 141/1) suçlarında rızanın yokluğuna suç tipinde bir unsur olarak yer verilmiştir. Rıza, 5237 sayılı TCK'nın 26. maddesine göre bir hukuka uygunluk nedenidir. Bu tip suçlarda ise rıza suç tipinin bir unsurudur (tipiklik

unsuru olan rıza).¹⁷⁷ Bu yüzden rızaya ilişkin maddi unsurlarda hata hakkında bu tip suçlarda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı düzenleyen TCK m. 30/3 değil, TCK m. 30/1 hükmü uygulanır.

4. Genel Olarak Kusur Kavramı ve Kusurun Hukuka Uygunluk Nedenleri ile İlişkisi

a. Genel Olarak Kusur Kavramı

Kusur, gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ve cezalandırılacaksa failin cezasının ne olacağı ile ilgili bir kavramdır. Kusur yargısı, gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla fail hakkında yapılan kınanabilirlik yargısıdır.¹⁷⁸ Kınama kavramı, ödetmeci anlayışı yansıtır.¹⁷⁹ Cezalandırmanın arkasında ise ödetmenin yanı sıra suç işlenmesini önleme, faili toplumdan izole ederek potansiyel mağdurları koruma, faili ıslah etme gibi birden fazla gerekçe vardır. Bu yüzden kusur yargısını, gerçekleştirdiği suç niteliğindeki haksızlık dolayısıyla fail hakkında yapılan cezalandırılabilirlik yargısı olarak tanımlamak daha doğrudur.¹⁸⁰

Fiili dolayısıyla fail hakkında yapılan kusur yargısının iki neticesi vardır; fail ya kusurludur ya da değildir. Kusur yargısı, fiili dolayısıyla fail hakkındaki değerlendirme; kusurluluk ise bu değerlendirmenin neticesidir. Fail, kusuru varsa kusurludur; kusur ne

¹⁷⁷ *Tipiklik unsuru olan rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza* hakkında detaylı bilgi için bkz. Ekici Şahin, Rıza, 65 vd. Yazar, rızanın bu iki türü arasındaki farkları özetle şu şekilde ifade etmektedir:

1- Tipikliğin gerçekleşmesini engelleyen rızada, ilginin içsel olarak fiili onaylaması yeterlidir; iradenin dış dünyaya herhangi bir şekilde yansımaları gerekmez. Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ise iradenin zımnen de olsa ortaya konulmuş olması gerekir.

2- Tipikliğin gerçekleşmesini engelleyen rızada ilgilinin doğal olarak irade oluşturma becerisine sahip olması gerekmez. Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ise ilgilinin maruz kaldığı fiilin anlam ve önemini anlayabilecek kabiliyette olması gerekir.

3- Tipikliğin gerçekleşmesini engelleyen rızada hata durumunda tipiklik unsurlarında hataya ilişkin hükümler uygulanır.

4- Tipikliğin gerçekleşmesini engelleyen rızada, rıza varsa ve fail bu durumu bilmiyorsa suç tipi objektif olarak oluşmaz. Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ise konu tartışmalıdır. Bir görüşe rıza objektif olarak somut olayda varsa fail bunu bilmese bile fiil hukuka uygundur; hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olduğunu ileri süren görüşe göre ise bu tür durumlarda fiil hukuka aykırıdır.

¹⁷⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 444; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 311; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 510.

¹⁷⁹ Jan Willem Wieland, "Introduction: The Epistemic Condition", in *Responsibility: The Epistemic Condition*, eds. Philip Robichaud and Jan Willem Wieland (Oxford: Oxford University Press, 2017), 4.

¹⁸⁰ Wieland, "Introduction", 4.

kadar yoğunsa fail o kadar kusurludur. Kusur gibi kusurluluk kavramının da niceliksel bir kavram olarak kabul edilmesi, hem günlük dil pratikleri ile hem de hukuk pratiği ile uyumludur.¹⁸¹ Öğretideki bir görüşe göre ise kusur niceliksel, kusurluluk ise niteliksel bir kavramdır; kusurluluğun artıp eksilmesinden (yoğunluğundan) söz edilemez.¹⁸²

Suç teorisinde kusura ilişkin biri yapısal, diğeri maddi nitelikte iki temel mesele vardır:

(1) Yapısal Mesele: Yapısal mesele, kusurun bileşenlerinin ne olduğu ve kusurluluğun suçun bir unsuru olup olmadığı meselesi ile ilgilidir. Haksızlığın yapısı ile ilgili bir önceki başlıkta detaylı olarak izah ettiğimiz üzere, kast ve taksiri bazı yazarlar¹⁸³ münhasıran haksızlık içerisinde; bazıları¹⁸⁴ münhasıran kusur içerisinde;

¹⁸¹ “İlk geçiş hakkını vermeyen sanığın, ölene göre daha fazla kusurlu olacağıının gözetilmeyerek” Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 21.4.2014, E. 2013/15241, K. 2014/9737, Lexpera, E.T. 07.05.2022; “davalı sanığa ‘çocuk senden değil’ diyerek hakaret ettiği ve davacı katılmanın daha az kusurlu olduğu ...” 12. Ceza Dairesi, 06.4.2016, E. 2015/9414, K. 2016/5770, Lexpera, E.T. 07.05.2022; “olayda kendisi de yaralanmasına ve daha az kusurlu olmasına rağmen” 12. Ceza Dairesi, 07.01.2020, E. 2018/2635, K. 2020/105, Lexpera, E.T. 07.05.2022.

¹⁸² Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur* (Ankara: Seçkin, 2017), 34; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 359.

Kanaatimizce, günlük dilde ve yargı pratiğinde kullanıldığı şekliyle hem niteliksel hem de niceliksel bir kavram olan kusurluluğu salt niteliksel bir kavrama indirgeme ne teorik ne de pragmatik olarak gereklidir.

¹⁸³ Bu görüş, kusuru normatif yani değerlendirmeye dayanan bir kavram olarak ele almaktadır; bu görüşe göre kusur değerlendirmesi gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla fail hakkında yapılan kınanabilirlik/cezalandırılabilirlik yargısıdır. Türk öğretisinde bu görüşü savunan bazı yazarlar için bkz. Özgenç, *Genel Hükümler*, 444; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 510.

¹⁸⁴ Kast ve taksiri münhasıran kusur içerisinde konumlandıran bir görüş kusuru fail ile fiil arasındaki psikik ilişki olarak tabii manada anlamaktadır. Bu görüşe göre failin kusurlu olması için kast ve taksirinin olması gerekli ve yeterlidir; kusurun normatif bir içeriği yoktur (Psikolojik Kusur Teorisi). Bu görüşü Türk öğretisinde savunan yazarlar için bkz. Taner, *Umumi Kısım*, 315-316. *Dönmezer/Erman*, kasıtlı suçlarda Psikolojik Kusur Teorisini kabul etmektedir; yazarlar taksirli suçlarda fail ile psikik bağın yeterli olmadığını kusurun normatif bir içeriğinin de olduğunu belirtmektedir. *Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 205.

Kast ve taksiri münhasıran kusur içerisinde konumlandıran diğer bir görüş, kusurun normatif bir içeriğinin de olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşü, kast ve taksiri kusurdan ayıran ve kusuru salt normatif bir kavrama indirgeyen görüşten (*Finalist Kusur Teorisi*) ayıran husus, bu görüşün kast ve taksiri kusurdan koparmamasıdır. İki görüş de kusurun normatif boyutunu kabul ettiği için normatif kusur teorileri başlığı altında yer almaktadır. *Meraklı*, iki görüşü ayırmak için kast ve taksiri kusurdan ayıran görüşü *Finalist Kusur Teorisi*, kast ve taksiri kusur içerisinde konumlandırmakla birlikte kusurun normatif bir içeriğinin de olduğunu kabul eden görüşü *Bütüncül Kusur Teorisi* olarak adlandırmaktadır. *Meraklı, Kusur*, 144. Türk öğretisinde *Bütüncül Kusur Teorisini* savunan bazı yazarlar için bkz. Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 137; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 271; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, 364-365.

bazıları¹⁸⁵ hem haksızlık hem de kusur içerisinde, bazıları¹⁸⁶ da kastı münhasıran haksızlık içerisinde, taksiri ise hem haksızlık hem de kusur içerisinde konumlandırmaktadır. Hata, sübjektif bir gerçeklik olduğu için failin sübjektif gerçekliğinin konumlandırıldığı yer, hatanın hukuki sonucunda belirleyici olmaktadır. Kastı ve taksiri, münhasıran kusur içerisinde konumlandırılan görüşe göre ceza hukukunda hataya hukuki sonuç bağlanan her durumda -ve dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada da- hata, kusuru etkiler.¹⁸⁷ Kast ve taksiri münhasıran haksızlık içerisinde konumlandırılan görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları kastın kapsamına dâhil edilirse, bu türden bir hata kastı engelleyeceğinden haksızlığı etkiler. Kastı ve taksiri hem haksızlığın hem de kusurun içerisinde konumlandırılan görüş açısından ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarının hangi kast içerisinde konumlandırıldığı önemlidir; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları haksızlığın bileşeni olan kast içerisinde konumlandırılırsa hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığı; kusurun bileşeni olan kast içerisinde konumlandırılırsa kusuru etkiler.

Kusurluluğun suçun bir unsuru olup olmadığı da tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre suç ve haksızlık kavramları özdeştir; fiil tipik ve hukuka aykırı ise suç teşkil eder; kusurluluk suçun bir unsuru değildir.¹⁸⁸ Bazı yazarlara göre ise kusurluluk da suçun bir unsurudur.¹⁸⁹ Cezalandırılabilir fiil kavramı her iki görüş açısından da kapsayıcıdır.

¹⁸⁵ Bu görüşe göre, kast ve taksirin hem kusur hem de haksızlık içerisinde fonksiyonu vardır. Kast ve taksirin kusurdaki fonksiyonu failin hukuki değerlere düşman ya da duyarsız zihniyetini ortaya koymasıdır. Bu görüşü Türk öğretisinde savunan bazı yazarlar için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 256; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 237-238; Çataklı, “Kişisel Haksızlık”, 287-288; Bozbayındır, *Olası Kast Kavramı*, 79.

¹⁸⁶ Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 193 -194.

¹⁸⁷ Kast ve taksiri münhasıran kusur içerisinde konumlandırmakla birlikte bazı yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada fiilin hukuka uygun olacağını kabul etmektedirler. Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26-27; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 85-86; Özen, *Meşru Müdafaa*, 151.

¹⁸⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 178; Akbulut, *Genel Hükümler*, 194; Hakeri, *Genel Hükümler*, 134; Artuk, *Genel Hükümler*, 221.

¹⁸⁹ Salt objektif sorumluluk çağdaş ceza hukukunda kabul edilmemektedir. Kast ve taksir suçun sübjektif unsurlarıdır. Bu konuda öğretilde bir tartışma yoktur. Kast ve taksir suçun sübjektif unsuru olduğu için kast ve taksiri münhasıran kusur içerisinde konumlandırılan yazarların kusuru suçun bir unsuru olarak kabul etmeleri zorunludur. 765 sayılı Kanun döneminde hâkim görüş Klasik Suç Teorisi olduğu ve bu teoriye göre kast ve taksir kusurun türleri/unsurları olduğu için 765 sayılı Kanun döneminde kusurluluk suçun bir unsuru olarak kabul edilmiştir. Kast ve taksiri, haksızlığın bileşenleri olarak kabul eden yazarlar

Cezalandırılabilir fiil kavramı, fiilin cezalandırılması için varlığı gerekli unsurları tükettiği için tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk zorunlu olarak cezalandırılabilir fiil kavramının kapsamına dâhil olmaktadır. Biz de bu yüzden çalışmamız da suç kavramı yerine çoğunlukla cezalandırılabilir fiil kavramını tercih ettik.¹⁹⁰

Kusurluluğun suçun bir unsuru olup olmadığına ilişkin tartışmanın hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata bakımından önemi, bu türden bir hatanın suçun varlığı üzerindeki etkisidir. Cezalandırılabilir fiil, haksızlık ve kusurluluk unsurlarından oluştuğundan ceza hukukunda hukuki sonuç doğuran hata ya haksızlığı ya da kusuru etkiler. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusuna ilişkin tüm görüşler, temelde iki görüşe indirgenebilir; bu türden bir hata ya haksızlığı ya da kusuru etkiler. Kusurluluk suçun unsuru olarak kabul edilirse, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hata kaçınılmazsa ya da kaçınılabılır olmakla birlikte fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse fail kusurlu olmayacağından fiil suç teşkil etmez. Kusurun suçun unsuru olmadığı kabul edilirse, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın suçun varlığını etkileyip etkilemediği kabul edilecek görüşe göre farklılık gösterir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada, hatanın haksızlığı etkilemediğini kabul eden ve kusurluluğu suçun bir unsuru olarak kabul etmeyen yazarlar açısından hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılmaz olsa dahi haksızlığın ve dolayısıyla suçun varlığını etkilemez.¹⁹¹ Bize göre, (1) kast münhasıran haksızlığın bir unsurudur; (2) kasıtlı haksızlıklarda kusurluluk suçun bir unsuru değildir ve (3) hukuka uygunluk

suçun sübjektif unsurunu haksızlık içerisinde konumlandıkları için bu yazarların kusuru suçun bir unsuru olarak kabul etmemeleri teorik olarak bir tutarsızlığa yol açmamaktadır.

Mevcut 5237 sayılı Kanun döneminde kast ve taksiri, münhasıran kusurun içerisinde konumlandıran ve kusurluluğu suçun bir unsuru olarak kabul eden bazı yazarlar için bkz. Demirbaş, *Genel Hükümler*, 219; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 165; Toroslu, *Genel Kısım*, 129.

Kasta ve taksir çifte fonksiyon yükleyen ve kusurluluğu suçun bir unsuru olarak kabul eden bazı yazarlar için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 207; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 169.

¹⁹⁰ Alman hukukunda suç genel teorisinin “suç” kavramı üzerinden değil, “cezalandırılabilir fiil” kavramı üzerinden ele alındığı hakkında bkz. Meraklı, *Kusur*, 49. Türk öğretisinde Keyman, cezalandırılabilir fiil kavramı yerine “geniş anlamda tipiklik” kavramını kullanmaktadır. Keyman, “Tipiklik”, 74.

¹⁹¹ Örneğin, Meraklı, kusuru suçun bir unsuru olarak kabul etmemektedir. Meraklı, *Kusur*, 48. Keza Meraklı’ya göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığı engellemez. Meraklı, *Kusur*, 420-421. Dolayısıyla Meraklı’ya göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hata kaçınılmaz olsa dahi fiil suç teşkil eder.

nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusuru etkiler. Dolayısıyla bize göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hata kaçınılmaz olsa dahi, fiil suç teşkil eder. Hatanın kaçınılmaz olmasının sonucu fail hakkında bir cezaya hükmedilemeyecek olmasıdır.

(2) Maddi Mesele: Maddi mesele, kusurluluğun temellendirilmesi ile ilgilidir. Bu konuda çeşitli teoriler olmakla birlikte geleneksel görüşe göre fail aksi şekilde davranabilme kabiliyetine ve imkânına sahip olmasına rağmen haksızlığı özgür iradesiyle gerçekleştirdiyse kusurludur (Seçim Teorisi).¹⁹² Seçimin özgür olabilmesi için seçeneklerin bilinmesi gerekir. Hatanın bazı durumlarda haksızlığı bazı durumlarda da kusurluluğu engellemesinin nedeni hataya düşen failin seçiminde özgür olmamasıdır. Ancak hem ahlak hem de hukuk pratiğinde failin fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmediği bazı durumlarda da (kaçınılabılır haksızlık hatası, bilinçsiz taksir), fiil haksız ve fail kusurlu olabilmektedir. Seçim Teorisi, failin fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmediği durumlarda haksızlığı ve kusurluluğu temellendirmede yetersizdir.¹⁹³ Biz, ikinci bölümde “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Kaçınılmaz Hata” başlığı altında bu konuyu detaylı olarak ele alacağımız için tekrara düşmemek adına burada sadece katıldığımız görüşü belirtmekle yetiniyoruz. Kanaatimizce, geleneksel görüş (Seçim Teorisi), failin haksızlık bilinci ile hareket ettiği kasıtlı suçlar dışında maddi anlamda kusur kavramını temellendirmede yetersizdir. Kaçınılabılır haksızlık hatası ve bilinçsiz taksirde olduğu gibi failde haksızlık bilincinin olmadığı durumlarda da faile kusur isnat edilebilir.¹⁹⁴ Bu tür durumlarda failin kusurlu olmasının nedeni failin

¹⁹² Seçim Teorisi hakkında bkz. Duff, “Choice, Character”, 346; Moore. “Choice, Character, and Excuse”, 49 vd.

¹⁹³ Duff, “Choice, Character”, 349-350; Simon, “Culpability and Retributive Theory”, 368; Jeremy Horder, “Criminal Culpability: The Possibility of a General Theory”, *Law and Philosophy*, 12/2 (1993): 196-197; Williams, *General Part*, 122-123.

¹⁹⁴ Öğretide bir görüşe göre, failin kusurlu olabilmesi için yapmaması gerekeni bilerek yapması gerekir. Bu görüşe göre fiil anındaki kusur başka bir kusurdan türemişse fail kusurludur. Michael J. Zimmerman, “Moral Responsibility and Ignorance”, *Ethics*, 107/3 (1997): 417-418; Gideon Rosen, “Culpability and Ignorance”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 103/1 (2003): 64; Neil Levy, *Hard Luck: How Luck Undermines Free Will and Moral Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 141.

Bu görüş, kusur yargısında aksi şekilde davranılması gerektiği bilinen bir anın izini sürdüğü için İz Sürme Teorisi (*Tracing Theory*) olarak adlandırılmaktadır.

İz Sürme Teorisine göre, yapılmaması gerekeni bilerek yaptığı bir an tespit edilmediğinde fail kusurlu olmamaktadır. Bu görüş kusurluluğu kesin bir kriterle temellendirse de sorumluluğun alanını kabul edilemeyecek ölçüde daralttığı için haklı olarak eleştirilmektedir. Rik Peels, “Tracing Culpable

hukuki değerlere yeterince duyarlı olmayan bilişsel durumunun değersizliğidir (İsnadiyet Teorisi).¹⁹⁵

b. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusur Arasındaki İlişki

Hukuka uygunluk nedenleri ve kusur arasındaki ilişkinin temelinde cezalandırılabilir fiilin haksızlık ve kusurluluk unsurları arasındaki ayrım vardır. Hukuka uygunluk nedenleri cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsuru ile ilgilidir. Tipik fiili hukuka uygun hale getiren bir neden yoksa haksızlıktan, haksızlık dolayısıyla fail cezayı hak ediyorsa kusurluluktan söz edilir. Kusurluluk değerlendirmesi, -kusurluluğun suçun bir unsuru olup olmadığı tartışmasından bağımsız olarak- her zaman haksızlığa bağlı bir değer yargısıdır.¹⁹⁶

Haksızlık ve kusurluluğun cezalandırılabilir fiilin yapısı içerisindeki konumları ve fonksiyonları, ceza normunun dualist yapısına dayanmaktadır. Ceza normunun biri davranış kuralı, diğeri yaptırım olmak üzere iki unsuru vardır.¹⁹⁷ Haksızlık, ceza normunun davranış kuralında tarif edilir.¹⁹⁸ Öte yandan haksızlık kavramı ceza normuna aykırılıkla sınırlı bir kavram da değildir. Ceza normlarıyla emredilen ya da yasaklanan davranışlara, başka normlarla (hukuka uygunluk nedenleri) istisna getirilmiş olabilir. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde fiil hukuka aykırı değildir; fiil hukuka

Ignorance”, *Logos and Episteme*, 2/4 (2011): 581–582; Alexander A. Guerrero, “Don’t Know, Don’t Kill: Moral Ignorance, Culpability, and Caution”, *Philosophical Studies*, 136/1 (2007): 78.

Örneğin, dalgınlıkla ışık ihlali yapan ve bir kazaya neden olan failde iz sürmeyle tespit edilebilecek bir haksızlık bilinci yoktur. Hukuka göre de, ahlaka göre de fail bu fiili dolayısıyla kusurludur. Teorinin taraftarları da bu eleştiriyi kabul etmektedir; ancak onlara göre kusur ilkesi ile uyumlu olan tek kriter failin bilerek bir haksızlığı tercih ettiği bir anın var olmasıdır. Aksi durumda kusura ilişkin genel kabulün sorgulanması gerekir.

¹⁹⁵ Kenneth W. Simons, “Culpability and Retributive Theory: The Problem of Criminal Negligence”, *Journal of Contemporary Legal*, 5/2 (1994): 366; Duff, “Choice, Character”, 350; Horder, “Criminal Culpability”, 209 vd.; Michael D. Bayles, “Character, Purpose, and Criminal Responsibility”, *Law and Philosophy*, 1/1 (1982): 7-8; Peter Arenella, “Character, Choice and Moral Agency: The Relevance of Character to Our Moral Culpability Judgments”, *Social Philosophy and Policy*, 7/2 (1990): 61.

Söz konusu yazarlar, farklı gerekçelerden hareket ettikleri için temelde birbirlerinden keskin bir biçimde ayrılmaktadır. Yazarların ortak noktası, bilinçsiz taksir ve haksızlık hatasında kusuru haksızlık bilinci kavramıyla değil, isnadiyet kavramıyla temellendirmeleridir.

¹⁹⁶ Meraklı, *Kusur*, 14.

¹⁹⁷ Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu* (Ankara: Us-A Yayıncılık, 1996), 279. Yazara göre, davranış kuralı ve yaptırım aynı normda yer alıyorsa, “tam ceza normu”ndan; yaptırım başka bir normda yer alıyorsa, “eksik ceza normu”ndan söz edilir.

¹⁹⁸ Hafizoğulları, *Ceza Normu*, 143.

aykırı olmadığı için haksız da değildir. Hukuka uygunluk nedenleri, haksızlığın hukuka aykırılık unsurunun içeriğini oluşturur.

Ceza normunda yer verilen davranış kuralının ihlal edilmesinin karşılığı yaptırımdır. Kusurluluk, ceza yaptırımı ile ihlal arasındaki bağlantıyı sağlar.¹⁹⁹ Davranış kuralı hukuka aykırı olarak ihlal edildiğinde (haksızlık), failin ceza normunda öngörülen cezadan sorumlu olabilmesi için kusurlu olması gerekir. Fail, (1) algılama ve irade yeteneğine sahipse, (2) fiilin haksızlık teşkil ettiğini biliyorsa ya da bilebilecek durumda ise ve (3) somut olayda kusurluluğu engelleyen zorunluluk hali, cebir gibi bir neden yoksa; fail, gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla kusurludur; cezayı hak eder.²⁰⁰ Bu konsept, kusurun cezayı meşrulaştırma fonksiyonu ortaya koymaktadır.²⁰¹ Söz konusu koşullar gerçekleşse dahi fail cezalandırılmayabilir. Cezanın hak edilmesi başka, cezalandırma başka bir şeydir; fail cezayı hak etse dahi etkin pişmanlık, gönüllü vazgeçme gibi ceza siyaseti ile ilgili olan nedenlerden dolayı cezalandırılmayabilir.²⁰² Kusurun bir diğer fonksiyonu cezanın şiddetini haksızlığa uyarlamasıdır; kusur arttıkça ceza artar.²⁰³

Ceza normları, muhataplarına pozitif ve negatif ödevler yükler; normun “yap” buyruğuna konu ettiği davranışlar, pozitif; “yapma” buyruğuna konu ettiği davranışlar ise negatif ödevlerdir. Hart'ın hukuk teorisinde, birincil normlar (*primary norms*) olarak nitelendirilen bu tip normların muhatabı, mahkemeler değil, ilgili normda tasvir edilen davranışı gerçekleştirme potansiyeli olan kimselerdir.²⁰⁴ Muhatabının normda tasvir edilen pozitif ya da negatif yükümlülüğü ihlali etmesi haksızlığa vücut verir. Kusurun yokluğu haksızlığın varlığını etkilemediği için kusuru etkileyen nedenlere ceza normunun yükümlülük tasvirinde yer verilmez.²⁰⁵ Örneğin, öldürmeyi yasaklayan normun buyruğu “*akıl hastası değilsen, öldüremezsın*” olamaz. Normun içeriği bu

¹⁹⁹ Fail hakkında ceza dışında bir yaptırıma (örneğin, güvenlik tedbirine) hükmedilebilmesi için failin kusurlu olması gerekmez. Ercan Yaşar, *Maddi ve Şekli Suç Hukuku Boyutları ile Klasik Ceza Muhakemesine Alternatif Usuller* (Ankara: Seçkin, 2022), 127 vd.

²⁰⁰ Meraklı, *Kusur*, 33.

²⁰¹ Fletcher, *Rethinking*, 459; Meraklı, *Kusur*, 54.

²⁰² Yaşar, “Ceza Muhakemesine Alternatif”, 109.

²⁰³ Meraklı, *Kusur*, 55.

²⁰⁴ Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1994), 78.

²⁰⁵ Fletcher, *Rethinking*, 457.

şekilde olursa akıl hastalarınca işlenen öldürme fiillerini hukuken meşru görmek gerekir. Normda tasvir edilen yükümlülüğü ihlal edebilme potansiyeli ile normun buyruğuna uyabilme potansiyelini birbirinden ayırmak gerekir. İlki haksızlık, ikincisi kusurla ilgilidir.

Fail kusursuz olsa da fiil haksız olabilir; zira kusurluluk, haksızlığın bir unsuru ya da niteliği değildir. Aksi halde kusurlu olmadıkları için gerçekleştirdikleri haksızlık dolayısıyla cezalandırılmayan ancak tehlikelilikleri dolayısıyla haklarında güvenlik tedbirine hükmolunan kimseler hakkında verilen kararlar da fiil haksız olmadığı için maddi dayanaktan yoksun kalmış olur.²⁰⁶ Somut olayda failin kusuru olmasa dahi, kusursuzluk haksızlığın varlığını etkilemediği için failin haksızlıktan kaçınması beklenir.²⁰⁷ Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi cezalandırmayı engelleyen nedenlerde failin cezalandırılmamasının nedeni, haksızlıktan kaçınmanın beklenmezliği değil, haksızlıktan kaçınma beklentisinin bu kimseler tarafından karşılanamıyor olmasıdır.²⁰⁸

Kusur değerlendirmesinin konusu haksızlık olduğu için haksızlığın bir unsuru olan hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu da kusur değerlendirmesinin konusu olmaktadır. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa haksızlıktan söz edilemeyeceğinden kusur değerlendirmesi konusuz kalır. Esasen cezalandırılabilir fiilin kurucu unsurları olarak hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu ve kusurluluk fiil anında eş zamanlı olarak gerçekleşirler (eşzamanlılık ilkesi).²⁰⁹ Ayrıca cezalandırılabilirliğe etkileri bakımından da hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu ve kusurun yokluğu eş değer olup biri ötekinden daha önemli değildir. Herhangi birinin yokluğu cezasızlığı

²⁰⁶ Koca, Üzülmez, *Genel Hükümler*, 311.

²⁰⁷ Paul H. Robinson, “Competing Theories of Justification: Deeds Versus Reasons” in *Harm and Culpability*, eds. Andrew Simester and A. Tony Smith (Oxford: Oxford University Press, 1996), 46.

²⁰⁸ Belirtilen nedenlerle “kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler[i], norma uygun davranışın beklenemezliği düşüncesine” dayandıran Keçelioğlu’na katılmıyoruz. Keçelioğlu, “Pratik Sonuçları”, 317.

“Yeni ceza adalet sistemimizde akıl hastalığı; kusur yeteneğini etkilemesi nedeniyle, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran sebeplerden birisi olarak düzenlenmiştir. Buna göre, ortada bütün unsurlarıyla oluşmuş bir suç bulunmakta ise de; akıl hastası olduğu saptanan samik, işlemiş bulunduğu fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayacak durumda olduğundan, bu suçun işlenmesinden dolayı hukuki anlamda ‘kınanamaz’, yani sorumlu tutulup cezalandırılmaz”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 06.10.2015, E. 2015/607, K. 2015/300, Aktaran: Mehmet Emre Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri* (Ankara: Adalet, 2020), 49.

²⁰⁹ Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 167. Sebebinde serbest hareketler (actua causa in libera) kuramının uygulandığı haller, eşzamanlılık ilkesinin istinasını oluşturur.

sonuçlar. Ancak metodolojik olarak hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu hakkındaki değerlendirme, kusur hakkındaki değerlendirmeden önce gelir.²¹⁰ Zira, fiilin haksızlığı hakkında bir değerlendirme yapılmadıkça, haksızlığın faile subjektif ya da kişisel olarak isnadı²¹¹ hakkında bir değerlendirme yapılamaz. Fiil haksız değilse, -mantık kuralları gereği- haksız olmayan bir fiil hakkında kusur değerlendirmesi yapılamaz.

Hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenlerin, örneğin, kusur yeteneği olmayan akıl hastası ya da küçüğün fiilinin meşru savunma teşkil etmesi durumunda olduğu gibi, bir arada bulunduğu olaylarda, fiil haksız olmadığından failin akıl hastası ya da yaşının küçük olması önem arz etmez. Hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin değerlendirmenin kusura ilişkin değerlendirmeden önce gelmesinin pratik sonucu, fiil hukuka uygun olduğu için kusur yeteneği bulunmayanlar hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanamayacak olmasıdır.

Sosyal neticeleri bakımından da hukuka uygunluk nedenleri hakkındaki değerlendirme kusuru etkileyen nedenler hakkındaki değerlendirmeden önce gelir. Bir fiil hem iyi (ya da en azından izin verilen) hem de kötü olamaz. İnsanlar fiillerinin meşru görülmesini, kendilerinin mazur görülmesine tercih ederler.²¹² Haksız olmayan haksız olandan her zaman daha ideal olduğu için moral bakımdan en güçsüz hukuka

²¹⁰ George P. Fletcher, “The Right and the Reasonable”, *Harvard Law Review*, 98/5 (1985): 958; Paul H. Robinson, *Criminal Law Defenses Vol. 1* (St. Paul: West Publishing, 1984), 105; Kent Greenawalt, “The Perplexing Borders of Justification and Excuse”, *Columbia Law Review*, 84/8 (1987): 1899; John Gardner, “The Gist of Excuses”, *Buffalo Criminal Law Review*, 1/2 (1998): 590; Marcia Baron, “Justifications and Excuses”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2/2 (2005): 389; Jeremy Horder, *Excusing Crime* (Oxford: Oxford University Press, 2004), 99. Ancak uygulamada, *milletvekili dokunulmazlığı*nda olduğu gibi failin yargılanmasına engel olan bir durum varsa ve somut olaydan şüpheye mahal olmayacak bir şekilde bir hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı anlaşılmıyorsa, failin yargılanmasına engel olan durum dikkate alınır ve hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin değerlendirme yapılmaz. Fiona Leverick, *Killing in Self Defence* (New York: Oxford University Press, 2006), 23.

²¹¹ Klasik Suç Teorisine göre, haksızlık objektif nitelikte olduğu için subjektif unsurlar kusurun unsurlarıdır/türleridir. Bu yüzden haksızlığın subjektif olarak faile isnat edilebilmesi için failin kusurlu olması gerekir. Şahsi Haksızlık Teorisine göre, haksızlığın subjektif unsurları da var olduğundan haksızlığın gerçekleştirilmesi ile birlikte fail ile haksızlık arasındaki subjektif bağ da kurulmuş olmaktadır. Kusurluluk, haksızlığın faile kişisel olarak isnadıdır. Meraklı, *Kusur*, 31-32.

²¹² Douglas N. Husak, “On the Supposed Priority of Justification to Excuse”, *Law and Philosophy*, 24/6 (2005): 561. Yazar, haksızlığın kusur değerlendirmesinin konusu olması dolayısıyla yapısal olarak hukuka uygunluk nedenlerinin kusurluluğu engelleyen nedenlerden öncelikli olmasını “mantıksal öncelik tezi” (*logical priority thesis*); moral bakımından fiilin hukuka uygun olmasının failin mazur görülmesinden daha öncelikli olmasını ise “normatif öncelik tezi” (*normative priority thesis*) olarak adlandırmaktadır.

uygunluk nedeni (ideal olmayan ve fakat sadece izin verildiği için haksız olmayan) dahi en güçlü kusuru etkileyen nedenden daha idealdir.²¹³

Haksızlık ve kusur, cezalandırılabilir fiilin unsurları olduğu için birindeki eksiklik cezasızlık sonucu doğurur. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa fiil haksız olmadığı için; kusurluluğu engelleyen bir neden varsa, fail kusurlu olmadığı için cezalandırma gündeme gelmez. Hukuka uygunluk nedenlerinin haksızlıktaki işlevi neyse, kusurluluğu engelleyen nedenlerin kusurdaki işlevi de o dur. Temel yapılar olarak haksızlıkla kusur, alt bileşenler olarak hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu engelleyen nedenler arasında karşılıklılık vardır. Bu yüzden, kusurlu hukuka uygunluk nedenleri arasındaki ilişkinin daha iyi anlaşılabilmesi için hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler arasındaki ayrımın üzerinde durmak gerekir.

C. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusuru Etkileyen Nedenler Arasındaki Ayrım

1. Genel Olarak

Fiilin hukuka uygun olması, tipik fiilin varlığını (tipikliğin uyarı fonksiyonu); failin kusurlu olmaması ise tipik fiilin hukuka aykırılığını (suç işlememe yükümlülüğünü) kaldırmaz.

Kanun koyucu, normalde yasağa ya da emre konu ettiği fiile izin veriyorsa, fiil hukuka aykırı değildir. Fiil hukuka aykırı olmakla birlikte failin bu fiilden kaçınabilecek imkân ve kabiliyeti yoksa fail kusurlu değildir. Bu iki önermeden hareketle bir tanım yapmak gerekirse; hukuka uygunluk nedenleri tipik fiili meşrulaştırır; kusuru etkileyen nedenler ise bir haksızlık gerçekleştirmesine rağmen failin cezalandırılmamasına ya da daha az cezalandırılmasına yol açan nedenlerdir.²¹⁴

²¹³ Horder, *Excusing Crime*, 103.

²¹⁴ Duff, *Answering*, 265; Thomas Morawetz, “Reconstructing The Criminal Defenses: The Significance of Justification”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77/2 (1986): 27; Andrew Simester, “On Justifications and Excuses” in *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, eds. Lucia Zedner and Julian V. Roberts (Oxford: Oxford University Press, 2012), 99-100; George Mousourakis, “Justification and Excuse”, *Criminal Law and Legal Philosophy*, 7/35 (1998): 35; Moore, *Act and Crime*, 178.

Tanıma göre, hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler arasındaki ortak nokta, tipik bir fiilin varlığını gerektirmeleridir. Zira hukuka aykırılık değerlendirmesinin de kusur değerlendirmesinin de konusu, failin fiilidir. İki değerlendirme safhası arasındaki farklılık, hukuka aykırılık değerlendirmesinin mantıksal önceliğidir; tipik fiil hakkında önce hukuka aykırılık değerlendirmesi yapılır; tipik fiil hukuka aykırı ise fail hakkında kusur değerlendirmesi yapılır.²¹⁵ Fiil hukuka aykırı değilse, hukuka uygun demektir. Hukuka uygun olan bir fiil dolayısıyla fail hakkında kusur değerlendirmesi yapılamaz.²¹⁶

2. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusuru Etkileyen Nedenler Arasındaki Ayrımın Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Hata Konusu Bakımından Önemi

Hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler arasındaki ayrımın; suça iştirak, fail aleyhine bir tazminata hükmedip edilemeyeceği ve failin fiiline direnmenin mümkün olup olmadığı gibi suç teorisinin ve hukuk pratiğinin temel konularında önemli yansımaları vardır. Ayrımın hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusu bakımından da önemli sonuçları vardır:

(1) Metodik olarak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın koşulları ve hukuki sonuçları üzerinde durmadan önce Türk hukukunda yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin nelerden ibaret olduğunu tespit etmek gerekir. Bu tespit yapılmalıdır ki hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda ulaşılan sonuçların hangi durumlarda geçerli olduğu bilinebilsin. Örneğin, zorunluluk halinin hukuki niteliği Türk hukukunda tartışmalıdır. Bir görüşe göre²¹⁷, zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni; başka bir görüşe göre²¹⁸, kusuru etkileyen bir neden; bir

²¹⁵ Husak, “On the Supposed Priority”, 561.

²¹⁶ Tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk şeklinde üç basamaktan oluşan suç genel teorisinin hukuka uygunluk nedenleri, kusuru etkileyen nedenler ayrımı üzerine inşa edildiği söylenebilir. Keçelioğlu, “Pratik Sonuçları”, 300.

²¹⁷ Taner, *Umumi Kısım*, 423; Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2, 127; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 251; Toroslu, Toroslu, *Genel Kısım*, 173; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 221; Soyaslan, *Genel Hükümler*, 395.

²¹⁸ Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 347; Özgenç, *Genel Hükümler*, 479; Mahmutoglu, Karadeniz, *Genel Hükümler Şerhi*, 542; Hakeri, *Genel Hükümler*, 422- 423; Akbulut, *Genel Hükümler*, 516; Artuk, Gökçen,

başka görüşe göre²¹⁹ ise, bazı durumlarda hukuka uygunluk nedeni bazı durumlarda ise kusuru etkileyen bir nedendir. Zorunluluk hali kusuru etkileyen bir neden olarak kabul edilirse hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata hakkında yapılan değerlendirmelerin dışında kalır.

Benzer bir durum yükümlülükler çatışması için de söz konusudur. Birden fazla yükümlülüğün bir arada olduğu ve tamamının yerine getirilmesinin mümkün olmadığı durumlarda yükümlülükler çatışmasından söz edilir.²²⁰ Türk hukukunda yükümlülükler çatışmasında hangi yükümlülüğün yerine getirilmesinin hukuka uygun olacağını belirten pozitif bir hukuk düzenlemesi yoktur.²²¹ Yükümlülükler çatışmasında üstün olan yükümlülüğü yerine getirmenin yazılı hukuk üstü bir hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilirse, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata hakkında yapılan değerlendirmeler yükümlülükler çatışmasını da kapsar.

Türk hukukunda lafız olarak tipe uymakla birlikte sosyal olarak haksız görülmeyen fiillerin hukuki niteliği de bir diğer tartışma konusudur. Düğün gecesini damadın sırtının hafifçe yumruklanması, kiraz ağacından birkaç kiraz alınması, düğün konvoyunun önünün kesilmesi gibi lafız olarak kanundaki suç tiplerine uygun olan fakat yapılması toplumda haksız görülmeyen fiillerin niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu tür durumlarda fiil tipik değildir²²²; diğer bir görüşe göre, bu tür durumlarda fiil

Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 519; R. Murat Önok, Işık Önay, “Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77/2 (2019): 879.

²¹⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, 326; Zafer, *Genel Hükümler*, 386; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 317; Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 279; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, “Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/2 (2007): 218-219.

²²⁰ Sami Selçuk, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Görevlerin/Yükümlülüklerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 5/45 (2010): 89; Pınar Bacaksız, “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 8/21 (2013): 120; Ivó Coca Vila, “Conflicting Duties in Criminal Law”, *New Criminal Law Review*, 22/1 (2019): 34.

²²¹ Öğretide bir görüşe göre yükümlülükler çatışmasında üstün olanı koruyan yükümlülüğün yerine getirilmesi kanunda yer almayan bir hukuka uygunluk nedenidir. Selçuk, “Yükümlülüklerin Çatışması”, 87; Bacaksız, “Yükümlülüklerin Çatışması”, 137; Ziya Koç, “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışmasının Hukuki Niteliği ve Görünüş şekilleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25/4 (2021): 578; Mehmet Arslan, “Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24/3 (2020): 380.

²²² Akbulut, *Genel Hükümler*, 198; Hakan Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 20/69 (2007): 61; Ünver, *Hukuksal Değer*, 150; Salih Özkan, *Ceza Hukukunda Önemsizlik* (İstanbul: On iki levha, 2018), 61. Kullanma zimmeti suçunda elde edilen nemanın çok az

tipiktir; fakat hukuka uygundur.²²³ İçel v.d.'ne göre ise, suçlaştırmayla korunmak istenen hukuki değeri ihlal edemeyecek kadar önemsiz olmakla birlikte lafzen tipik olan fiilleri, üç basamaklı suç teorisinin tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur unsurlarının dışında kalan, suçun oluşması için aşılması gerekli olan bir eşik olarak nitelemek gerekir.²²⁴ Hareketin sosyal uygunluğu, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse, bu tip durumlarda -örneğin damat zannıyla sağdıcın sırtının yumruklanmasında- hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya ilişkin hükümler uygulanır.

(2) Kusuru etkileyen nedenlerde hatada hatanın hukuki sonucu ile ilgili bir tartışma yoktur. Bu tür bir hata kusuru etkiler.²²⁵ Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın konusu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre²²⁶ bu tür bir hata haksızlığı; etkilerken diğer bir görüşe göre²²⁷ kusuru etkiler. Hatanın kusuru etkilediğini ileri süren görüş esas alınırsa ceza sorumluluğunu etkileyen bir nedeni hukuka uygunluk nedeni ya da kusuru etkileyen bir neden olarak nitelemek arasında bir farklılık yoktur; zira bu görüşe göre iki durumda da hata kusuru etkilemektedir. Hukuka uygunluk

olması durumunda fiilin tipik olmadığı hakkında bkz. Ahmet Hulusi Akkaş, Eren Akpınar, “Kullanma Zimmeti”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25/2 (2021): 483-484.

²²³ Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2, 15-16. Dönmezer/Erman, bu tür durumların mevzu hukukta yer almayan hukuka uygunluk nedenlerinin kabulünü gerektirdiğini, bunun sosyal hayatın gerekleri gereği zorunlu olduğunu; ancak hukuka uygunluk nedenlerini mevzu hukuk dışında bir kaynaktan aramanın tehlikeli olduğunu belirtmektedir. Önder de bu tür durumları kanunda yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleri olarak kabul etmektedir. Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 215. Zafer'e göre bu tür nedenler somut olayın niteliğine göre hukuka uygunluk nedeni olarak ya da kusurluluğu kaldıran neden olarak kabul edilmeye uygundur. Zafer, *Genel Hükümler*, 358.

²²⁴ Kayıhan İçel, Füsün Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu, Yener Ünver, *Suç Teorisi 2* (İstanbul: Beta, 2000), 4.

²²⁵ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 596; Özgenç, *Genel Hükümler*, 532; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 371; Akbulut, *Genel Hükümler*, 554; Hakeri, *Genel Hükümler*, 480; Zafer, *Genel Hükümler*, 463; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 439.

²²⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593; Özgenç, *Genel Hükümler*, 527; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 301; Hakeri, *Genel Hükümler*, 460; Akbulut, *Genel Hükümler*, 535-536; Ersan, *Meşru Savunma*, 59-60; Göktürk, “Yanılgının Hukuki Niteliği”, 22 vd; Değirmenci, “Yanılgı Kavramı”, 176-177; Dülger, Özkan ve Bakdur, “Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 12/5 (2021): 229; Ali Tanju Sarıgül, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m. 30/3)”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24/3 (2020): 346; Karakurt, “Hata”, 130-131.

²²⁷ Türk öğretisinde bir çok yazar, bazıları teorik olarak katılmasalar da, 5237 sayılı Kanunun hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata meselesinde bu türden bir hatanın kusuru etkilediğini ileri süren Katı Kusur Teorisini esas aldığını belirtmektedir. Abanoz, “Hata”, 206; Cem Şenol, “Hata”, 64; Keçelioğlu, “Pratik Sonuçları”, 315; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 481; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 437; Sarıgül, “Hukuka Uygunluk”, 343.

nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın haksızlığı etkilediğini ileri süren görüş açısından hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler arasında ayırım yapılması zorunludur.

Hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler arasında bir ayırım yapıp yapılamayacağı, böyle bir ayırımın gerekli olup olmadığı meselesi ise alt başlıkta üzerinde duracağımız üzere tartışmalıdır.

3. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusuru Etkileyen Nedenler Arasında Ayırım Yapmanın Gerekli Olup Olmadığı Konusundaki Görüşler

a. Kanunda Ayırma Yer Verilmemesi Gerektiğini İleri Süren Görüş

Öğretideki bir görüşe göre, hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenlerin kanunda açıkça belirlenmesi, somut olay adaletinden sapmaya yol açabilir.²²⁸ Cezalandırılabilir fiilin haksızlık ve kusurdan oluşan yapısı, ahlak pratiğindeki kınanabilir fiilin yapısı ile aynıdır.²²⁹ Ahlakta, süje gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla kınanır. Ahlak pratiğinde bazı durumlarda normalde haksız görülen fiil haksız görülmezken; bazı durumlarda ise davranış haksız olmakla birlikte süjeden ve somut olaydaki koşullardan kaynaklanan nedenlerle süje kınanmaz ya da daha az kınanır. Cezalandırılabilir fiilin yapısı, ahlaktaki kınanabilir fiilin bahse konu yapısının hukuka aktarılmış halidir²³⁰; normalde suç niteliğinde bir haksızlığa vücut veren fiil, somut olaydaki bazı koşullar (hukuka uygunluk nedenleri) dolayısıyla haksız görülmemekte; bazı durumlarda ise tipik fiil hukuka aykırı olmakla birlikte failin kendisinden ya da içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan nedenlerden dolayı fail hakkında bir cezaya hükmedilmemekte ya da cezada indirim yapılmaktadır.

²²⁸ Miriam Gur-Arye, “Should A Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse?”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 5/2 (1992): 230; Eric Colvin, “Exculpatory Defences in Criminal Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 10/3 (1990): 382; Kent Greenawalt, “Distinguishing Justifications from Excuses Law and Contemporary Problems”, *Law and Contemporary Problems*, 49/3 (1986): 89 vd.; Mordechai Kremnitzer, “Proportionality and the Psychotic Aggressor: Another View”, *Israel Law Review*, 18/2 (1983): 196-199.

²²⁹ Colvin, “Exculpatory Defences”, 384.

²³⁰ Mitchell N. Berman, “Justification and Excuse, Law and Morality”, *Duke Law Journal*, 53/1 (2003): 4 vd.

Hukuka uygunluk nedenleri ve kusuru etkileyen nedenler, özleri itibarıyla günlük yaşamdaki haksızlık ve kusurluluk kavramlarına dayanır. Bu kavramlara ilişkin değerlendirmeler süjeye, fiile ve somut olaya ilişkin birçok değişkene göre farklılaşır. Bu yüzden soyut hukuki düzenlemelere dayanan katı sınıflandırmalar, özünde moral değerlerden beslenen haksızlık ve kusurluluk kavramlarını doğalarıyla bağdaşmayacak şekilde sınırlama tehlikesi taşır.²³¹

Ceza hukuku, toplumsal düzenin tesisi ve devamı için başvurulacak en etkili hukuk dalıdır. Ceza hukukunun etkililiğin temel nedeni, kullandığı araçlar itibarıyla kişi hak ve özgürlüklerine en yoğun müdahaleleri gerçekleştirmesidir.²³² Ceza hukukunun etkililiğinin bir başka nedeni ise, ceza yargılamasının ve neticesinin moral etkisidir. Hükmedilen adli para cezası, özel hukukta fail aleyhine hükmedilen tazminat miktarından az olsa dahi toplumun ceza davasında yargılanan sanığa bakışı ve ceza yargılamasının faille yakınları üzerindeki psikolojik tesiri farklıdır.²³³ Ceza hukukunun söz konusu iki özelliği dolayısıyla, mahkemelerin adil olana hükmetmesine yönelik sosyal beklentiler en çok ceza hukukuna yönelir.²³⁴

Hukuka uygunluk nedenleri ve kusuru etkileyen nedenler arasında katı bir sınıflandırmadan kaçınılması, ceza hâkimine adil olana hükmetme imkânı sağlar.²³⁵ Hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta, normalde haksızlık teşkil eden fiilin somut olaydaki özellikler dolayısıyla haksız olmadığına kanaat getirdiğinde fiilin hukuka uygun olduğuna; fiili haksız görmekle birlikte faili mazur gördüğü durumlarda ise failin kusuru olmadığına hükmedebilir. İki hüküm arasında moral bakımdan önemli bir farklılık vardır. İlkinde topluma da faile de fiilin bir haksızlık teşkil etmediği aynı fiilin herkes tarafından icra edilebileceği; ikinci durumda ise failin haksız bir fiili gerçekleştirdiği, bu

²³¹ Greenawalt, "Perplexing", 1904; Colvin, "Exculpatory Defences", 386.

²³² Ünver, *Hukuksal Değer*, 681.

²³³ Peter Cane, "The General/Special Distinction in Criminal Law, Tort Law And Legal Theory", *Law and Philosophy*, 26/5 (2007): 470 vd.

²³⁴ Gur-arye, "Should a Criminal Code", 230.

²³⁵ Gur-arye, "Should a Criminal Code", 230.

fiilden kaçınılması gerektiği ancak içinde bulunduğu durum dolayısıyla failin mazur görüldüğü mesajı verilir.²³⁶

b. Kanunda Ayrıma Yer Verilmesi Gerektiğini İleri Süren Görüş

İnsan ahlaki doğası icabı, kural izleyebilen bir canlıdır. Davranış normlarının varlık nedeni haksız olanla olmayanı ortaya koyarak insan davranışlarını yönlendirmektir.²³⁷ Hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen normlar haksız olmayan davranışları tasvir ettiklerinden insan davranışlarını yönlendirme fonksiyonuna sahiptirler.²³⁸ Hukukun davranışlara rehber olma fonksiyonundan hareket eden bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenleri ve kusuru etkileyen nedenler ayırımına hiçbir somut hukuki sonuç bağlanmasa dahi yine de hukuka uygunluk nedenlerini kusuru etkileyen nedenlerden ayırmak gerekir; zira ayırımın en azından haksız olanı, haksız olmayandan ayırma işlevi vardır. Hukuka uygunluk nedenlerinde davranış meşru; kusuru etkileyen nedenlerde gayrimeşrudur.

Bu görüş, hukuki pozitivizmi esas almaktadır. Hukuki pozitivizmin en güçlü yönü, adil görülsün ya da görülmesin hukukun ne olduğunu ampirik olarak ortaya koymasıdır.²³⁹ Hukuka uygunluk nedenleri ve kusuru etkileyen nedenler ayırımında ölçü ahlak olursa, somut olayda davranışın haksız olup olmadığını tespitte güçlük çekilebilir; çünkü modern toplumlarda ahlaki değer yargıları çeşitlilik gösterir.²⁴⁰ Greenawalt (1986), hayat hakkına yönelik bir saldırıdan uzaklaşarak kurtulmak mümkünken, saldırıya karşılık verilerek saldırganın öldürülmesinin bir hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusuru etkileyen bir neden mi olduğunu tespit etmenin, adil olana ilişkin değer yargıları esas alındığında, kolay olmadığını belirtmektedir:

²³⁶ Michael S. Moore, "Causation and Excuses", *California Law Review*, 73/4 (1985): 1096; George Mousourakis, "Justification and Excuse", 44.

²³⁷ İzzet Özgenç, "Davranış Normları Teorisi", 448-449.

²³⁸ Gur-arye, "Should a Criminal Code", 229; Joshua Dressler, "Justifications and Excuses: A Brief Review of the Concepts and the Literature", *Wayne Law Review*, 33/4 (1987): 1155 vd.

²³⁹ Hart, *The Concept of Law*, 240; Selahhattin Keyman, "Hukuki Pozitivizm", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 35/17 (1978): 28-29; Niyazi Öktem, "Hukuksal Pozitivizm Akımı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 43/1-4 (1977): 287.

²⁴⁰ Thomas Morawetz, "Reconstructing The Criminal Defenses: The Significance of Justification", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77/2 (1986): 283.

Bazı insanlar, geri çekilme yerine karşılık vermenin ahlaken daha iyi olduğunu; bazıları karşı koyma ile geri çekilmenin ahlaki olarak eşdeğer olduğunu; bazıları geri çekilmenin ahlaken iyi olduğunu ancak geri çekilmeyip karşılık verilmesi halinde davranışa ahlaken izin verildiğini; bazıları geri çekilerek hakkı korumanın mümkün olmasına rağmen karşılık vermenin haksız olduğunu ancak gurur, onur gibi olay anındaki duygusal tepkiler nedeniyle karşılık vermenin mazur görüleceğini ileri sürebilir ve hatta bazıları da bu durumda failin cezalandırılmaması gerektiğini ileri sürmekle birlikte, fiil haklı olduğu için mi yoksa ilgili mazur görüldüğü için mi bu sonuca ulaştığı konusunda tereddütte kalabilir. (s. 241).

c. 5237 Sayılı TCK'nın Esas Aldığı Yaklaşım

Hukuka uygunluk nedenleri izin normlarında tarif edilir.²⁴¹ İzin normları, ceza normlarının “yap” buyruğuna “yapmayabilirsin”; “yapma” buyruğuna ise “yapabilirsin” şeklinde istisna getirerek, yasağa ya da emre konu davranışın normatif statüsünü değiştirir. Bu nitelikleri dolayısıyla izin normları, diğer normlardan lafızları itibarıyla ayrılırlar. Bir norm normalde yükümlülüğe konu olan bir davranış, “-ebilmek; -abilmek” kipleri ile izne konu ediyorsa, o norm bir hukuka uygunluk nedenini tasvir etmektedir.²⁴²

Kanun koyucu, ceza sorumluluğunu etkileyen nedenlerden hangilerinin hukuka uygunluk nedenleri olduğunu belirlerken normun gramerinde yeterlilik kipleri kullanmak yerine, kanun yapma tekniği bakımından farklı usulleri de izleyebilir. Örneğin, kanun koyucu, meşru savunmada sınırın aşılmasında (TCK m. 27/2) olduğu gibi normun lafzında ilgili nedeninin kusuru etkileyen bir neden olduğunu ya da bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu gösterir ifadelere yer verebilir; ya da kanun koyucu, “hukuka uygunluk nedenleri” ortak başlığı altında hukuka uygunluk nedenlerine, “kusuru etkileyen nedenler” ortak başlığı altında kusuru etkileyen nedenlere yer verebilir; ya da kanun koyucu, hukuka uygunluk nedenlerini ve kusuru etkileyen

²⁴¹ Bu durumun istisnası, görevin ifası hukuka uygunluk nedenidir. Görevin ifasında, görevi ifa etmede, izin normundan kaynaklanan bir serbesti yoktur; görevi yerine getirme yükümlülüğü vardır. Görevin ifası, kanunun “yapma” buyruğuna, “yap” buyruğu ile istisna getirir. Görevin ifası, izin normu değil, yükümlülük normu temelli bir hukuka uygunluk nedenidir.

²⁴² Hafizoğulları, *Ceza Normu*, 296.

nedenleri kanunda düzenlemeyip, bir tanıma normuyla, hâkimi somut olayın özelliğine göre bu konuda yetkilendirebilir.

5237 sayılı TCK'da bu yöntemlerden farklı bir yaklaşım benimsenmiş; hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler, “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlığı altında bir arada düzenlenmiştir.²⁴³ Bu bölümde, *kanunun hükmünü yerine getirme* (m.24/1), *amirin emri* (m.24/2), *meşru savunma* (m.25/1), *zorunluluk hali* (m.25/2), *hakkın kullanılması* (m.26/1), *ilgilinin rızası* (m.26/2), *cebiri ve tehdit* (m.28), *haksız tahrik* (m.29), *hata* (m.30), *yaş küçüklüğü* (m.31), *akıl hastalığı* (m.32), *sağır ve dilsizlik* (m.33), *geçici nedenler*, *alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma* (m.34), ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenler olarak kanunda yer almıştır.²⁴⁴

Kanun koyucu, ceza sorumluluğunu kaldıran kurumların hukuki niteliği hakkında bir belirleme yapmamış, ilgili nedenlerin hukuki sonucunu belirtmek için “*ceza verilmez*” ifadesini kullanmıştır.²⁴⁵ Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde ceza yaptırımına konu bir haksızlık olmadığı için fail hakkında bir cezaya hükmedilemez. Aynı hukuki sonuç failin kusurlu olmadığı durumlar için de geçerlidir. Faile fiili dolayısıyla bir kusur izafe edilemiyorsa fail hakkında cezaya hükmedilemez.

²⁴³ Özgenç, 5237 sayılı TCK'ya ilişkin TBMM Adalet Alt Komisyonundaki çalışmalarda konuyla ilgili olarak “Hukuka Uygunluk Nedenleri” ve “Kusurluluğu Etkileyen Nedenler” şeklinde iki ayrı kategoriye yer verilmesini önerdiklerini; ancak olumlu sonuç alamadıklarını belirtmektedir. Özgenç, *Genel Hükümler*, 482.

²⁴⁴ 5237 sayılı TCK'nın benimsediği model, çeşitli gerekçelerle eleştirilmektedir. Öğretide bir görüşe göre, bölüm başlığı hukuka uygunluk nedenlerini kapsayacak nitelikte değildir. Başlıkta geçen “Ceza sorumluluğunu kaldıran” ifadesi, haksızlığın mevcut olduğu ve dolayısıyla cezalandırmanın koşullarının olduğu bununla birlikte belli bir nedenden ötürü failin cezalandırılmadığı manasına gelmektedir. Oysa hukuka uygunluk nedenleri failin haksızlık niteliği kazanmasına engel olduğundan failin fiili hukuka uygundur. Hukuka uygun bir failin cezai sorumluluğuna konu olması mümkün olmadığından, hukuka uygunluk nedenleri “ceza sorumluluğunu kaldıran” nedenler olmayıp, bilakis ceza sorumluluğunun doğmasına engel olan nedenlerdir. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 425; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 281.

²⁴⁵ İngiltere ve Galler'de ceza kanunu kodifikasyon çalışmalarında, 5237 sayılı TCK'dakine benzer bir sistemin benimsenmesi gerektiği savunulmuştur: “Hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler ayrımına ilişkin olarak öğretide bir çok çalışma yapılmıştır. Ancak biz, ceza sorumluluğunu etkileyen nedenleri hukuka uygunluk nedenleri ve kusuru etkileyen nedenler şeklinde ikiye ayıracak bir terminolojinin kanunda yer almaması gerektiğini düşünüyoruz”. Law Commission 143, “Report to the Law Commission on the Codification of the Criminal Law” (1985): 115. E.T. 15.10.2019, <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/07/LC.-143-CRIMINAL-LAW-CODIFICATION-OF-THE-CRIMINAL-LAW-A-Report-to-the-Law-Commission.pdf>

5237 sayılı TCK, bu özelliği dolayısıyla, kanunda hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler ayırımına yer verilmemesi gerektiğini ileri süren görüşle örtüşmektedir.

Türk hukuku bakımından, salt 5237 sayılı TCK ile sınırlı bir değerlendirme yapıldığında; 5237 sayılı TCK'nın konuyu öğretmeye ve uygulamaya bıraktığı, bu durumun bir yandan suç teorisinde zenginleşmeyi teşvik ettiği, öte yandan kısmen de olsa hâkime adil olana hükmetme imkânı tanıdığı ileri sürülebilir. “Kısmen” ifadesini kullanmamızın nedeni, kanun koyucunun ilgili nedenleri hukuka uygunluk nedenleri ya da kusuru etkileyen nedenler olarak nitelemeyerek hâkime bir alan bırakması ancak bu alanın sınırlı olmasıdır. Hâkime bırakılan alanın sınırlı olmasının nedeni, kanun koyucunun meşru savunma, zorunluluk hali, cebir gibi ceza sorumluluğunu etkileyen nedenlerin çerçevesini çizmesi ve ilgili nedenlerin koşullarının oluşması durumunda faile ceza verilmeyeceğini belirtmiş olmasıdır. Örneğin, hâkim, zorunluluk halinin koşullarının gerçekleştiği bir olayda, failin davranışını haksız görmüyorsa zorunluluk halini bir hukuka uygunluk nedeni; davranışı haksız görmekle birlikte faili mazur görüyorsa zorunluluk halini kusuru etkileyen bir neden olarak niteleme imkânına sahiptir. Ancak zorunluluk halinin koşullarının gerçekleştiği bir olayda, hâkim cezayı indirebilme yetkisine sahip değildir; çünkü kanun koyucu zorunluluk halinin koşullarının oluşması durumunda fail hakkında cezaya hükmedilemeyeceğini belirtmiştir.

Fakat, kanun koyucu, 5271 sayılı CMK'da, 5237 sayılı TCK'da esas aldığı modelden ayrılmıştır. 5271 sayılı CMK'nın “*duruşmanın sona ermesi ve hüküm*” başlıklı 223. maddesi, 5237 sayılı TCK ile hâkime verilen takdir yetkisini kaldırmıştır. CMK m. 223/3'e göre;

Sanık hakkında; a) Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, b) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, c) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, d)

*Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi, hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.*²⁴⁶

CMK m. 223'te kusuru etkileyen nedenler sayıldığı için 5237 sayılı TCK'nın 24. maddesi ve devamındaki maddelerde yer verilen ceza sorumluluğunu kaldıran diğer nedenler hukuka uygunluk nedenleridir.

Cezalandırılabilir fiilin haksızlık ve kusur unsurları maddi ceza hukukunu ilgilendirir. Bu yüzden ceza sorumluluğunu etkileyen nedenlerin hukuki niteliğine ilişkin bir belirleme yapılacaksa, bu belirlemenin yapılması gereken yer, suç teorisine ilişkin genel hükümlerin yer aldığı 5237 sayılı TCK'nın birinci kitabıdır.²⁴⁷ Ancak, kanun yapma tekniği açısından eleştirilecek olsa da iki kanunu çıkaran irade, TBMM'dir ve iki hukuki düzenleme normlar hiyerarşisinde kanun düzeyindedir.

Sonuç olarak, Türk ceza hukukunda hukuka uygunluk nedenleri ve kusuru etkileyen nedenler ayırımına kanunda yer verilmiş ve ceza sorumluluğunu etkileyen nedenlerin hangilerinin hukuka uygunluk nedenleri, hangilerinin kusuru etkileyen nedenler olduğu kanunda açıkça belirtilmiştir.

4. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusuru Etkileyen Nedenler Arasındaki Ayırımın Hukuki Sonuçları

a. Ayırımın Temel Sonucu: Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Fiilin Haksız, Kusuru Engelleyen Nedenlerde ise Failin Kusurlu Olmaması

Öğretide tipik fiile rağmen cezasızlık sonucu doğuran nedenlerin neler olduğu ve bu nedenlerden hangilerinin hukuka uygunluk nedenleri, hangilerinin kusuru etkileyen nedenler olduğu konusunda tartışma olmakla birlikte, cezasızlık sonucu bağlanan bir nedenin hukuka uygunluk ya da kusuru etkileyen bir neden olarak tespit edilmesinin temel sonucunun ne olduğu konusunda genel olarak uzlaşısı vardır: *Tipik fiile rağmen failin cezalandırılmamasının nedeni, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni olması ise fiil haksız değildir; failin cezalandırılmamasının nedeni kusuru etkileyen bir nedenin*

²⁴⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre, 5271 sayılı CMK'nın bu düzenlemesi "kurumların hukuki niteliğini değiştirmeyen, mahkemeleri bu yönde karar almaya 'zorlayan' yasal ama hukuk dışı bir düzenlemedir". Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 281.

²⁴⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 281:

*varlığı ise bir haksızlık vardır; fakat bu haksızlık faile kişisel olarak isnat edilememektedir; daha açık bir ifadeyle fail kusurlu değildir.*²⁴⁸

Cezasızlık sonucu doğurmaları bakımından hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu engelleyen nedenler arasında bir fark yoktur. Bu yüzden cezasızlık sonucu doğuran bir nedeni, hukuka uygunluk nedeni ya da kusuru etkileyen neden olarak nitelemenin bir önemi olmadığı düşüncesi akla gelebilir. Ancak cezasızlığın fiilin meşru olmasından kaynaklanması ile failin kusurlu olmamasından kaynaklanması arasında hukuki sonuçları bakımından önemli farklılıklar vardır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada bir görüşe göre bu tür bir hata kaçınılmazsa fiil hukuka uygundur.²⁴⁹ Aşağıda detaylı olarak üzerinde duracağımız farklılıklar aynı zamanda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada fiilin hukuka uygun olduğunu ileri süren görüşle, bu türden bir hatanın kusuru etkilediğini ileri süren görüş arasındaki farklılıkları ortaya koyması bakımından da önemlidir.

b. Temel Sonuca Bağlı Alt Sonuçlar

1) Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Fiili Herkes Bakımından Meşrulaştırması, Kusuru Etkileyen Nedenlerin ise Yalnızca İlgilisi Hakkında Sonuç Doğurması

Kanundaki suç tarifine uyan fiil, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa objektif olarak meşrulaşmaktadır.²⁵⁰ Hukuka uygunluk nedenleri, genel ve objektif; kusuru etkileyen nedenler ise bireysel ve sübjektif niteliktedir.²⁵¹

²⁴⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 279; Özgenç, *Genel Hükümler*, 446-447; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 86; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 287.

²⁴⁹ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26-27; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 86; Özen, *Meşru Müdafaa*, 148 vd.; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294; Zafer, *Genel Hükümler*, 417; Gerçekler, *Yorumlu ve Uygulamalı*, 457; Kübra Tunç, *Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata* (Ankara: Adalet, 2020), 268.

²⁵⁰ Joshua Dressler, “New Thoughts about the Concept of Justification in the Criminal Law: A Critique of Fletcher’s Thinking and Rethinking”, *UCLA Law Review*, 32/1 (1984): 62; Greenawalt, “Perplexing”, 1900; Morawetz, “Reconstructing”, 299.

²⁵¹ Greenawalt, “Perplexing”, 1900.

Hukuka uygunluk nedenlerinin fiili objektif olarak meşrulaştırmasının iki temel sonucu vardır:

1- Fiil hukuka uygunsa herkes için hukuka uygundur. Failin hukuka uygun fiiline illi katkısı olan diğer kimselerin (şeriklerin) fiilleri de -bu kimselerin saikleri ne olursa olsun- hukuka aykırı olmaz (TCK m. 40/1).

2- Hukuka uygun olan fiil, yalnızca belli bir hukuk dalı bakımından değil, hukuk düzeninin bütünü bakımından hukuka uygundur. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa failin yalnızca cezai değil, hukuki ve idari sorumluluğundan da söz edilemez.²⁵²

İştirak halinde işlenen suçlarda fail dışındaki kimseler asli fiile katkı mahiyetindeki tali fiilleri dolayısıyla sorumlu olmaktadır.²⁵³ Türk Ceza Kanununda şeriklik statüleri, azmettirme ve yardım etmedir. Şeriklerin tipe uygun fiil dolayısıyla cezalandırılabilmesi bağıllık kuralı ile mümkün olabilmektedir. Bağıllık kuralını düzenleyen TCK m. 40/1'e göre, *"suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir"*. Failin ve şeriklerin sorumluluğu, asli (tipik) fiilin hukuka aykırı olmasına bağılıdır. Fiili hukuka uygun hale getiren bir neden varsa, ne fail ne de bu fiilin işlenmesine katkıda bulunan diğer kimseler ilgili suç tipinden sorumlu olmaktadır. Şeriklerin hangi saikle hareket ettikleri de önemli değildir. Örneğin, (A), elinde bıçakla (B)'yi kovalar. (A)'nın kastı, (B)'yi öldürmektir. (B), bir dükkâna sığınır. Dükkân sahibi (C), (B)'ye silahını verir. (B), (A)'yı öldürerek saldırıyı defeder. (A), (C)'nin hasmıdır. (C)'nin (B)'ye silahını vermekteki amacı (B)'yi kurtarmak değil, hasmı olan (A)'dan kurtulmaktır. Örnekte, (B)'nin fiili hukuka uygun olduğu için (C)'nin fiili de bağıllık kuralı gereği haksız değildir.

Kusuru etkileyen nedenler ise fiili değil, faili ilgilendirdikleri için yalnızca ilgilisi hakkında sonuç doğururlar. Nitekim TCK m. 40'a göre; *"suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır"*. Örneğin, akıl hastası olan

²⁵² Katoğlu, *Hukuka Aykırılık*, 29; Özgenç, *Genel Hükümler*, 303; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 423; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 279.

²⁵³ Sercan Tokdemir, *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme* (Ankara: Seçkin, 2022), 37-38.

(B), (A)'yı öldürmek ister, (B) akıl hastası olduğu için kendisinin de sorumlu olmayacağına inanan (C), (A)'yı öldürmesi için (B)'ye silahını verir. TCK m. 40'a göre, (B)'nin akıl hastalığı nedeniyle cezalandırılmayacak olması (C)'nin cezalandırılmasına engel olmaz.

Yukarıdaki açıklamaların şerikler için geçerli olduğunu belirtmemiz gerekir. Suç ortakları tipik fiili birlikte gerçekleştiriyorlarsa fiilleri ilgili hukuka uygunluk nedenini düzenleyen normun tipine uygun olan failer ilgili hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilirler. Örneğin, görevin ifası hukuka uygunluk nedeninde yalnızca yükümlülük sahibi olan görevlinin fiili hukuka uygundur. Görevli olmayan bir kimse konutta kolluk ile birlikte arama yapamaz. Kolluk dışındaki kimselerin fiilinin hukuka uygun olmamasının nedeni, bu kimselerin fiillerinin konutta arama yetkisi veren normun tipine uygun olmamasıdır. Özgü suçlarda fiilin tipik olabilmesi için süjenin suç tipinde yer verilen faillik niteliğine sahip olması gerekir. Aynı durum hukuka uygunluk nedenleri için de geçerlidir. Konutta arama yapılmasına izin veren normda süje bakımından özgülük vardır. Süje bakımından özgülük söz konusu olduğunda yalnızca bu sığata sahip olan kimseler hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin tipik fiili objektif olarak meşrulaştırmasının diğeri önemli sonucu, fiilin yalnızca ceza hukuku bakımından değil, hukuk düzeninin bütünü bakımından meşrulaştırmasıdır. Hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesi gereği, bir davranış bir hukuk dalında hukuka uygunken başka bir hukuk dalında hukuka aykırı olamaz. Aksi durumda hukuk davranışlara rehber olma fonksiyonunu yerine getiremez. Muhatabının “davranışım hukuka uygun mudur” şeklindeki sorusuna hukuk düzeninin vereceği yanıt, hem “evet” hem de “hayır” olamaz. Aynı davranış hem yasağa/emire hem de izne konu olursa hukuk davranışa rehber olamaz. Bu yüzden hukuk bir fiile izin veriyorsa, o fiil sadece belli bir hukuk dalı bakımından değil, hukukun bütün dalları bakımından meşrulaşır. Örneğin, meşru savunmada bir kimseyi öldüren kişinin fiili yalnızca ceza hukuku bakımından meşru değildir; bu kişi aleyhine özel hukukta tazminat davası da açılmaz. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde failin tazminat sorumluluğunun olmamasının istisnasını hukuka uygunluk nedeni olan

zorunluluk hali oluşturmaktadır. Bu durum, öğretide zorunluluk halini kusuru etkileyen bir neden olarak kabul eden görüşün temel dayanaklarından birisidir.²⁵⁴ Aşağıda detaylı olarak izah edeceğimiz üzere bize göre, zorunluluk halinde korunan hukuki değer ihlal edilenden üstünse fiil hukuka uygundur.²⁵⁵ Zorunluluk halinde fail aleyhine özel hukukta tazminata hükmedilebilmesinin nedeni, fiilin hukuka aykırı olması değil, zarara katlanan üçüncü kişinin hakkaniyet gereği zararını gidermektir.²⁵⁶ Üçüncü kişi lehine zorunluluk halinde tazminat sorumlusu fiili gerçekleştiren değil, -bir görüşe göre²⁵⁷, vekaletsiz iş görme hükümleri gereği dolaylı olarak, diğer bir görüşe göre²⁵⁸ doğrudan- lehine korumada bulunulandır. Fiil haksız olsaydı, tazminat sorumlusu fiili gerçekleştiren kişi olurdu; demek ki tazminatın nedeni fiilin haksızlığı değildir. Zaten Borçlar Kanunu m. 63/2 de, “zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz” demek suretiyle, zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu açıkça ortaya koymuştur.

2) Hukuka Uygun Olan Fiile Karşı Konulamaması (Bağdaşmazlık Tezi)

Hukuki değerleri ihlal eden fiillere karşı konulabilir. Ancak, hukuka uygunluk nedenlerinde tipik fiil bir hukuki değeri ihlal etse de, ihlal haksız olmadığı için bu fiille çatışan fiil hukuka aykırı olur.²⁵⁹ Hukuka uygun olan bir fiil, failde ağır üzüntü ve hiddet yaratsa dahi, fail hakkında haksız tahrik hükümleri uygulanamaz.

²⁵⁴ Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 346.

²⁵⁵ Aynı yönde bkz. Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 48; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 279.

²⁵⁶ Özel Hukukta zorunluluk haline ilişkin genel düzenleme TBK m. 64/2’dir. Düzenleme mala verilen zararlarla sınırlıdır. Özel hukukta zorunluluk haline ilişkin biri TMK m. 753’te, öteki TBK m. 68’de yer alan iki düzenleme daha vardır. Bu düzenlemeler yine mala verilen zararlarla ilgili oldukları için TBK m. 64/2’e göre özel niteliktedir. İlgili düzenlemeler şu şekildedir:

TBK m. 64/2: “Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler”.

TBK m. 68: “Bir kişinin hayvanı, başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar verdiği takdirde, taşınmazın zilyedi, o hayvanı yakalayabilir, zararı giderilinceye kadar alıkoyabilir; hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hâle getirebilir”.

TMK m. 753: “Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise malik buna katlanmak zorundadır”.

²⁵⁷ Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 195.

²⁵⁸ Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta, 2018), 163.

²⁵⁹ George Fletcher, “Right and Reasonable”, 975; Sharon B. Byrd, “Wrongdoing and Attribution: Implications Beyond the Justification-Excuse Distinction”, *Wayne Law Review*, 33/4 (1987): 1333;

Failin kusurunun olmaması, fiilin haksız olmasını engellemez. Bu yüzden, fail kusursuz da olsa fiile karşı konulabilir.²⁶⁰ Örneğin, kusur yeteneği olmayan akıl hastasının saldırısına karşı gerek hakkına saldırıda bulunulan kişi, gerekse de bu kişinin hakkını korumak isteyen üçüncü kişiler karşı koyabilir. Saldırganın akıl hastası olması, fiilinin haksızlığını engellemediği için akıl hastası ve varsa ona yardım eden üçüncü kişilerin fiili haksızdır. Fiil haksız olduğu için bu fiile karşı koyan fiil meşrudur.²⁶¹ Örnekte, akıl hastası meşru savunma halinde olsaydı, akıl hastasının ve ona yardım eden üçüncü kişinin fiili hukuka uygun olacağından, bu fiille çatışan fiil hukuka aykırı olurdu. Hukuka uygun olan bir fiille çatışan fiilin hukuka uygun olamayacağı şeklindeki görüş öğretide “bağdaşmazlık tezi” (*incompatibility thesis*) olarak adlandırılmaktadır.²⁶²

Hukuka uygun olan davranışla çatışan davranışın hukuka aykırı olmasının nedeni ise öğretideki bir görüşe göre²⁶³, hukuka uygunluk nedenlerinde hukuka uygun

Robinson, *Defenses* vol. 1, 164 vd.; Bruce Chapman, “A Theory of Criminal Law Excuses”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1/1 (1988): 81; Glanville Williams, “The Theory of Excuses”, *Criminal Law Review* (1982): 741; Sanford H. Kadish, “Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law”, *California Law Review*, 64/4 (1976): 876-77.

²⁶⁰ John Cyril Smith, *Justification and Excuse in the Criminal Law* (London: Stevens and Sons, 1989), 19; Greenawalt, “Perplexing Borders”, 1900; Morawetz, “Reconstructing”, 286; Byrd, “Wrongdoing and Attribution”, 1332.

²⁶¹ Karşı Görüş için bkz. Gur-arye, “Should a Criminal Code”, 227-228; “Hukuk düzeninin korunmasında başvurulacak temel hukuki enstrüman ceza hukukudur. Topluma göre failin kusursuz olduğu durumlarda cezalandırma haksızdır. O halde, kusursuz olan bir kimsenin fiiline karşı da meşru savunmada bulunulabileceği nasıl söylenebilir? Kusuru etkileyen nedenlerde maruz kaldığı zorlayıcı neden dolayısıyla ilgisinden başka şekilde davranması beklenemez. Böyle bir fiilin hukuk düzenini ihlal ettiği ileri sürülemez. (...) Ayrıca, meşru savunmada haksız saldırıda bulunan kişi saldırısını sonlandırma imkanına sahipken, kusuru etkileyen nedenlerde ilgilinin iradesi fiili gerçekleştirmeye zorlanmaktadır. Yani kusurlu olmayan kişi ile iradesi fiili gerçekleştirmeye zorlanmayan saldırgan bir tutulamaz. ...Sonuç olarak, meşru savunma, fiili hukuka uygun olmayan ya da mazur görülmeleyen kimselere karşı geçerli olan bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir”.

²⁶² Fletcher, “Right and Reasonable”, 975; Hurd, “Justification and Excuse, Wrongdoing and Culpability”, *Notre Dame Law Review*, 74/5 (1999): 1553; Russell L. Christopher, “Mistake of Fact in the Objective Theory of Justification: Do Two Rights Make Two Wrongs Make Two Rights”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 85/2: (1994): 299.

²⁶³ Patrick John Fitzgerald, *Criminal Law and Punishment* (Oxford: Clarendon Press, 1962), 119; Paul H. Robinson, “A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability” in *Justification and Excuse in the Criminal Law*, eds. Michael Louis Corrado (Hamden: Garland Publishing, 1993), 289; Jerome Hall, “Comment on Justification and Excuse”, *American Journal of Comparative Law*, 24/4 (1976): 639.

olan davranışın “haklı” olması iken; diğer bir görüşe göre²⁶⁴ bu davranışa hukukun “izin” vermiş olmasıdır. Bu tartışma salt terminolojik düzeyde bir tartışma değildir; kabul edilecek görüşün önemli hukuki sonuçları vardır.

Hukuka uygunluk nedenlerinde fiilin bir hak icra edildiği için mi yoksa bu fiile izin verildiği için mi hukuka uygun olduğu tartışmasının nedeni, *Hohfeld*’in hak teorisidir. *Hohfeld*’e göre hak; talep, izin (ayrıcalık), yetki, bağışıklık gibi birden fazla manaya gelecek şekilde kullanılan şemsiye bir kavramdır.²⁶⁵ Bütün hukuki ilişkilerin çerçevesini, bu dört kavram ve bu dört kavramın bağdaşıklıkları arasındaki ilişki çizer.²⁶⁶ Hukuka uygunluk nedenlerinde de çatışma şeklinde bir hukuki ilişki söz konusu olduğundan hukuka uygunluk nedenlerinin *Hohfeld*’in hak teorisinde hangi kategoride yer aldığını belirleme, çatışmanın tarafları arasındaki ilişkinin niteliğini ve sonuçlarını da belirler.

Hohfeld’in teorisine göre, “talep” (*claim*) kavramının hukuki bağdaştığı “yükümlülük” (*duty*) kavramıdır.²⁶⁷ “Hak” kelimesi, “talep” anlamında kullanıldığında sahibine muhatabından belli bir şekilde davranmasını ya da davranmamasını isteme yetkisi verir. Muhatabın ise talebin içeriğine uygun davranma “yükümlülüğü” vardır.²⁶⁸ Örneğin, kişinin konutu üzerindeki hakkı, sahibine konutuna girilmemesini ya da konutundan çıkılmasını isteme hakkı verirken; muhatabına da konuta girmeme ya da konuttan çıkma yükümlülüğü yükler. “Hak” kelimesi, “izin” anlamında kullanıldığında ise izin verilene normalde yükümlülüğe konu olan bir davranışı icra etme ayrıcalığı verir. İzin ile talep arasındaki farklılık, talebe mutlaka bir yükümlülüğün eşlik etmesidir; izin ise yükümlülük yaratmaz. İznin fonksiyonu talebi etkisizleştirmesidir.²⁶⁹ Örneğin, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin hukuki esası bir iznin kullanılması olarak nitelenirse, saldırgan artık vücut bütünlüğüne müdahale edilmemesini talep edemez.

²⁶⁴ Donald L. Horowitz, “Justification and Excuse in the Program of the Criminal Law”, *Law and Contemporary Problems*, 49/3 (1986): 122; Dressler, “New Thoughts about”, 61; Douglas N. Husak, *Philosophy of The Criminal Law* (New Jersey: Rowman and Littlefield, 1987), 189.

²⁶⁵ Hohfeld, “Some Fundamental”, 28-29.

²⁶⁶ Hohfeld, “Some Fundamental”, 30.

²⁶⁷ Hohfeld, “Some Fundamental”, 31-32.

²⁶⁸ Hohfeld, “Some Fundamental”, 31-32.

²⁶⁹ Hohfeld, “Some Fundamental”, 32.

Hukuka uygunluk nedenlerinde fiilin bir hak icra edildiği için hukuka uygun olduğunu ileri süren görüşe göre, hukuka uygunluk nedenleri *Hohfeld*'in hak konseptindeki izin kategorisi içerisine dâhil edilirse, hukuka uygun olan fiile katlanma yükümlülüğünden söz edilemez. İzin talebi etkisizleştirdiğinden saldırgan vücut bütünlüğüne müdahale edilmemesini talep edemese de, izin yükümlülük yaratmadığından saldırganın savunma fiiline katlanma yükümlülüğü yoktur. Fiil yükümlülüğe konu değilse fiilin icrası hukuka uygundur. Dolayısıyla hukuka uygun olan fiilin bu fiile izin verildiği için hukuka uygun olduğunu ileri sürmek, bu fiile karşı koyan fiilin de hukuka uygun olduğu anlamına gelir. Bu görüş *bağdaşmazlık teziyle* çeliştiği için kabul edilemez.²⁷⁰ Kanaatimizce bu eleştiri yerinde değildir. İznin karşıt bir ödev yaratmaması somut olaydaki çatışmaya birtakım taleplerin ve dolayısıyla ödevlerin eşlik etmeyeceği manasına gelmez. Örneğin, meşru savunma halinde, savunanın saldırana karşı ölçülü kuvvet kullanmasına izin verilmiştir. İzin, saldıran açısından talep yokluğu manasına geldiğinden saldıranın savunana karşı ileri sürebileceği bir talebi yoktur. Talep yoksa yükümlülüğünden de söz edilemeyeceğinden meşru savunmada savunanın saldıranın vücut bütünlüğünü ihlal etmeme yükümlülüğü yoktur. Öte yandan iznin yükümlülük yaratmaması saldıranın savunanın fiiline karşı koyabileceği manasına gelmez. Zira savunanın “kasten insan yaralama” suçu ile korunan talep hakkı ve dolayısıyla saldıranın müdahale etmeme yükümlülüğü devam eder.²⁷¹

3) Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Fiille, Kusuru Etkileyen Nedenlerin Faille İlişkili Olması

Hukuka aykırılık değerlendirmesinde tipik fiili hukuka uygun hale getiren bir nedeninin olup olmadığı değerlendirilir. Hukuka aykırılık da, hukuka uygunluk da fiilin niteliğidir. Kusur değerlendirmesi ise hukuka aykırı fiili dolayısıyla fail hakkında yapılır. Kusurluluk ya da kusursuzluk, fiili değil, faili niteler. Sonuç olarak, hukuka

²⁷⁰ Fletcher, “Should Intolerable Prison”, 1358 vd.

²⁷¹ Robert F. Schopp, *Justification Defenses and Just Convictions* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 20-21.

uygunluk nedenleri fiille, kusuru etkileyen nedenler faille ilişkilidir.²⁷² Bu önerme, dilsel olarak da tutarlıdır; zira “hukuka uygun” nitelemesinin tamlananı fail değil, fiil; “kusursuz” nitelemesinin tamlananı ise fiil değil, fail olabilir.²⁷³

Davranış normları hangi fiillerin haksız ya da haksız olmadığını belirtir. Hukuka uygunluk nedenleri fiil ile ilgili olduklarından hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen normlar davranış normları kategorisinde yer alır.²⁷⁴ Kusuru etkileyen nedenleri düzenleyen normların muhatabı davranışı gerçekleştirecek kişiler değil, bir haksızlık gerçekleştirmiş olan kişiler hakkında kusur değerlendirmesi yapacak olan kimselerdir. Bu yüzden kusuru etkileyen nedenleri düzenleyen normlar, davranış normları kategorisi içerisinde değil, isnada ilişkin normlar kategorisi içerisinde yer alırlar.²⁷⁵

5271 sayılı CMK’nın hüküm türlerini düzenleyen 223. maddesi, davranış normları ile isnada ilişkin normlar arasındaki değer farkını yansıtmaması bakımından önemlidir. Hukuka uygunluk nedenlerinde, cezai uyumsuzluğa konu olması halinde, fail hakkında beraat hükmü verilirken; kusurluluğu engelleyen nedenlerde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilir. Beraat ve ceza verilmesine yer olmadığı hükümlerinin ortak sonucu fail hakkında bir cezaya hükmedilmemesidir; fakat iki hüküm türü arasında değer farkı vardır: Hukuka uygunluk nedenlerinde hukuk düzeni davranışın yapılmasını istemekte ya da en azından yapılmasına izin vermektedir; kusuru etkileyen nedenlerde ise davranış hukuk düzenince tasvip edilmez.²⁷⁶

Hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla verilen beraat hükmü topluma fiilin hukuken meşru olduğu ve herkes tarafından icra edilebileceği mesajını taşıırken; failin kusurunun bulunmaması nedeni ile verilen ceza verilmesine yer olmadığı hükmünün taşıdığı mesaj, fiilin hukuki bir haksızlık teşkil ettiği ve -fail de dâhil olmak üzere-

²⁷² Douglas N. Husak, “Justifications and the Criminal Liability of Accessories”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 80/2 (1989): 496-497.

²⁷³ Kyle David Haidet, “A Reductive Theory of Justification and Excuse” (Unpublished PHD Thesis, Rutgers University, 2009), 57.

²⁷⁴ Meir Dan-Cohen, “Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law”, *Harvard Law Review*, 97/3 (1984): 638; Mousourakis, “Justification and Excuse”, 36.

²⁷⁵ Dan-Cohen, “Decision Rules and Conduct Rules”, 629; Horowitz, “Justification and Excuse”, 33.

²⁷⁶ Herbert L. A. Hart, “The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 60/1 (1959-1960): 13-14.

herkesin bu davranıştan kaçınması gerektiğidir.²⁷⁷ Ceza hukukunun genel ve özel önleme amacının gerçekleşmesi bakımından topluma ve faile verilen bu mesaj önemlidir. Bu mesajın bir başka önemli sonucu, onarıcı adalete hizmet etmesidir. Failin fiili dolayısıyla kamu düzeni sarsıldığı için toplum fiilden etkilenmektedir; ancak fiilden asıl etkilenen fiile maruz kalan mağdur ve yakınlarıdır. Mağdurun bir haksızlığa maruz kaldığına hükmedilmesinde mağdurun ve yakınlarının hukuki menfaati vardır.²⁷⁸

Fail kusurlu olmadığı için ceza almasa da suç niteliğindeki bir haksızlığın gerçekleştirilmesinin ahlaki kalıntısı vardır; eyleminin sosyal değerini bilme ve davranışlarını yönlendirme ehliyetine sahip olan fail, seçme imkânı olursa, sosyal ve hukuki sonuçları dolayısıyla hiç şüphesiz hukuka uygunluk nedeninden yararlanmayı kusuru etkileyen nedenlerden yararlanmaya tercih eder.²⁷⁹

1412 sayılı eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 253'te hüküm türleri arasında *ceza verilmesine yer olmadığı* hükmüne yer verilmemiştir. İngiliz ve Amerikan ceza hukukunda da, hukuka uygunluk nedenleri ve kusuru etkileyen nedenler arasındaki ayrıma ilişkin olarak hüküm türleri arasında bir farklılık yoktur. İki durumda da mahkemenin hükmü “beraat” (*acquitt*)’tir. Hukuka uygunluk nedenleri ve kusuru etkileyen nedenlerin farklı hüküm türlerine konu edilmemesi, İngiliz ve Amerikan hukukunda öğreti tarafından eleştirilmektedir.²⁸⁰ Gardner, bu durum nedeniyle kusuru etkileyen nedenleri “görünüşte hukuka uygunluk nedenleri” (*quasi-justification*) olarak

²⁷⁷ Canpolat’a göre, kusur suçun bir unsuru olarak kabul edildiğinde, hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler arasında ayırım yapmak zorunlu değildir; çünkü iki durumda da suçun olduğundan söz edilemez. Can Canpolat, *Kusur İlkesi Işığında Mazaret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir* (Ankara: Adalet, 2016), 170.

Yazara katılmıyoruz. Kusurun suçun unsuru olarak kabul edilmesi, hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler arasındaki ayırımın ne teorik ne de pratik yönden önemini etkilemez. Örneğin, fiilin hukuka uygun olması, özel hukukta fail aleyhine tazminata hükmedilmesine engel olur; ancak kusur suçun unsuru olarak kabul edilse dahi failin kusurunun olmaması, fail aleyhine tazminata hükmedilmesine engel olmaz. Ayrıca hiçbir pratik farkı olmasa dahi ayırımın moral bakımdan önemi vardır: Fiil hukuka uygunsa haksız değildir; fail kusurlu değilse, fiil haksızdır.

²⁷⁸ Tatjana Hörnle, “Social Expectations in the Criminal Law: The ‘Reasonable Person’ in a Comparative Perspective”, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 11/1 (2008):18.

Ceza hukukunun asli amaçlarından birisi de mağdurun adil olana ilişkin beklentisinin karşılanması olmalıdır. Burhan Caner Hacıoğlu, “Türk Ceza Adalet Sistemi İçinde Suç Mağdurunun Korunması Sorununun Çözümü Üzerine Bir Deneme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/1-2 (1994): 192.

²⁷⁹ Baron, “Justifications and Excuses”, 390; Horder, *Excusing Crime*, 103; Gardner, “The Gist”, 590.

²⁸⁰ George P Fletcher, “The Psychotic Aggressor: A Generation Later”, *Israel Law Review*, 27/1 (1993): 246.

adlandırmaktadır.²⁸¹ Hüküm türü bakımından bir ayırım yapılmadığı için kusuru etkileyen nedenler dolayısıyla failin ceza almadığı durumlarda toplumda davranışın kabul edilebilir olduğu yönünde bir intiba oluştuğu bu durumun genel ve özel önleme bakımından yerinde olmadığı ileri sürülmektedir.²⁸² Türk ceza hukukunda hüküm türleri itibarıyla bu farklılığın dikkate alınması son derece önemlidir.

Fiil hukuka uygunsa, fail hakkında güvenlik tedbirine de hükmedilemez; failin kusursuz olması dolayısıyla cezalandırılmaması ise fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına engel olmaz.²⁸³

Kusuru etkileyen nedenlerin faille ilişkili olmasının bir başka sonucu da, kusuru etkileyen bir nedenin objektif koşulları gerçekleşmiş olsa bile bu durum kusur yeteneği olan fail tarafından bilinmiyorsa failin objektif koşulları gerçekleşen bu nedenden yararlanamayacak olmasıdır.²⁸⁴ Failin kusuru etkileyen cebir, zorunluluk hali ve haksız tahrik gibi nedenler dolayısıyla cezalandırılmamasının ya da daha az cezalandırılmasının nedeni, iradesinin suç teşkil eden fiili işlemeye zorlanmış olmasıdır. Fail, tehlikenin ya da cebrin farkında değilse, zorunluluk hali ya da cebir dolayısıyla iradesinin suç teşkil eden fiili gerçekleştirmeye zorlandığından söz edilemez. Hukuka uygunluk nedenleri fiille ilgili olduğu için somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif koşulları gerçekleşmişse, Türk öğretisindeki hâkim görüşe göre, fail bu durumu bilmese dahi fiil hukuka uygundur.²⁸⁵ Öğretide ağırlık kazanmaya başlayan karşı görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurları vardır; hukuka uygunluk

²⁸¹ Simon Gardner, “Instrumentalism and Necessity”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 6/3 (1986): 433.

²⁸² Paul H. Robinson, Peter D. Greene, and Natasha R. Goldstein, “Making Criminal Codes Functional: A Code of Conduct and A Code of Adjudication”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 86/2 (1996): 307 vd.

²⁸³ Demirbaş, *Genel Hükümler*, 287.

²⁸⁴ Burada kast ettiğimiz nedenler failin algılama ve irade yeteneğine sahip olmakla birlikte içinde bulunduğu koşullar dolayısıyla kusurlu görülmediği nedenlerdir. Failin akıl hastalığına ve yaş küçüklüğüne ilişkin hükümlerden yararlanabilmesi için akıl hastası olduğunu ya da yaşının küçük olduğunu bilmesi elbette gerekmez.

²⁸⁵ Toroslu, Toroslu, *Genel Kısım*, 160; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Zafer, *Genel Hükümler*, 362; Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 203; Ekici Şahin, *Rıza*, 175; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 289; Dursun, Bozbayındır, “Manevi Unsurları Meselesi”, 86-87; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 427; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 288; Uğraş, “Hukuka Uygunluk”, 411.

Detaylı bilgi için üçüncü bölümde “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Objektif Nitelikte Olması” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

nedenlerinin objektif koşullarının gerçekleştiği fail tarafından bilinmiyorsa, fiil hukuka uygun olmaz.²⁸⁶

Fail ve fiil arasındaki ayrım temelinde buraya kadar yapılan açıklamalardan fail-fiil zemininde hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler arasındaki ayrımın kolayca yapılabileceği sonucu çıkarılmamalıdır. Akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik gibi nedenler salt faille ilgilidir ve bu yüzden bu nedenlerin kusuru etkileyen nedenler olduğu konusunda tartışma yoktur. Ancak, kusuru etkileyen bazı nedenlerde, faile ilişkin sübjektif bileşenler olduğu gibi faile ilişkin olmayan objektif bileşenler de vardır.²⁸⁷ Örneğin, haksız tahrik, failin iradesindeki zorlanma dolayısıyla kusuru etkilese de haksız tahriki asıl karakterize eden failin sübjektif durumu değil, başkasının gerçekleştirdiği haksız davranıştır. Fail-fiil ayrımında ısrarcı olan bazı yazarlar, objektif yönü ağır bastığı için haksız tahrikin kısmi bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu ileri sürmektedir.²⁸⁸ Biz, bu görüşe katılmıyoruz. Hukuka uygunluk fiilin bir niteliğidir. Bir fiil ya hukuka uygundur ya da değildir. Fiilin kısmen hukuka uygun kısmen hukuka aykırı olduğu ileri sürülemez. Bu yüzden haksız tahriki kısmi bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüşe katılmıyoruz. Benzer tartışma ceza sorumluluğunu etkileyen bütün nedenler hakkında yapılabilir. Örneğin, meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu konusunda genel olarak uzlaşısı vardır. Ancak hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler arasındaki ayrım sübjektif gerçeklikler ile objektif gerçeklikler üzerinden yapılacaksa meşru savunmanın hukuki niteliği de tartışılabilir. Meşru savunmanın hukuki niteliği belirlenirken savunma içgüdüğü esas alınır, meşru savunma kusuru etkileyen bir neden olarak kategorize edilebilir.²⁸⁹ Keza, meşru savunma hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendiğinde dahi

²⁸⁶ Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 271; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 282; Özgenç, *Genel Hükümler*, 310; Hakeri, *Genel Hükümler*, 342; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 260; Meraklı, *Kusur*, 418; Ersan, *Meşru Savunma*, 50; Ozansü, *Kasttan Doğan*, 118; Göktürk, “Objektif Nitelikte midir?”, 16.

²⁸⁷ Baron, “Justifications and Excuses”, 394.

²⁸⁸ Finbarr McAuley “Anticipating the Past: The Defence of Provocation in Irish Law”, *The Modern Law Review*, 50/2 (1987): 136-137; Baron, “Justifications and Excuses”, 389; Andrew John Ashworth, “The Doctrine of Provocation”, *The Cambridge Law Journal*, 35/2 (1976): 307. Bu görüşün kapsamlı bir eleştirisi için bkz. Joshua Dressler, “Provocation; Partial Justification or Partial Excuse”, *Modern Law Review*, 51/4 (1988): 467 vd.

²⁸⁹ Mousourakis, “Justification and Excuse”, 57.

somut olay bazında failin fiilinin hukuki niteliği tartışılabilir. Örneğin, uzaklaşarak saldırıdan kurtulması mümkün olan bir kişinin, yaşlı bir akıl hastasının saldırısına karşılık vererek onu yaralamasının hukuka uygun olup olmadığı tartışılabilir. Alt başlıkta, ceza sorumluluğunu etkileyen nedenlerin belirlenmesine ve sınıflandırılmasına ilişkin bahse konu tartışma üzerinde duracağız.

5. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusuru Etkileyen Nedenler Arasındaki Ayrımın İleri Sürülen Ölçütler

a. Genel Olarak

Yukarıda yaptığımız açıklamalar, hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler arasında hem hukuki hem de ahlaki bakımdan çok önemli farklılıklar olduğunu; bu yüzden bu iki kurumu birbirinden ayırmak gerektiğini ortaya koymaktadır. *Hukuka uygunluk nedenlerinin tipik fiili hukuken meşru kılan; kusuru etkileyen nedenlerin ise fiilinin haksızlığına rağmen failin cezalandırılmamasına ya da daha az cezalandırılmasına yol açan nedenler* olduğu önermesi, ayrımda bir ölçüt değildir; ayrımın hukuki sonucudur. Bu tanımdan hareketle hangi nedenlerin hukuka uygunluk nedenleri hangilerinin kusuru etkileyen nedenler olduğunu belirlemek mümkün değildir.

Hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler arasındaki ayrımda yanıtlanması gereken iki temel soru vardır:

1- Ceza sorumluluğunu etkileyen nedenler nasıl tespit edilebilir?

2- (Birinci önermedeki tespitin yapıldığı varsayıldığında) Ceza sorumluluğu etkileyen nedenlerden hangileri hukuka uygunluk nedenleri, hangileri kusuru etkileyen nedenlerdir?

Bu sorulara iki farklı şekilde yanıt verilebilir.

Hukuki pozitivizm esas alınacak olursa, cezayı etkileyen nedenleri belirlemede ve bu nedenlerin tasnifinde hareket edilecek tek ölçüt kanun koyucunun iradesidir; kanun koyucu hangi nedenlere hukuka uygunluk nedenleri demişse, o nedenler hukuka uygunluk nedenleri; hangilerine kusuru etkileyen nedenler demişse, onlar da kusuru etkileyen nedenlerdir. Doğal hukuk esas alınacak olursa ölçü kurumların ahlaki doğasıdır.

İlk yaklaşımın güçlü yönleri; (1) cezayı etkileyen nedenlerin neler olduğu ve bu nedenlerden hangilerinin hukuka uygunluk nedenleri, hangilerinin kusuru etkileyen nedenler olduğu sorularına açık, kişiye göre değişmeyen bir yanıt vermesi; (2) güçler ayrılığı prensibi ile uyumlu olması, (3) belirlilik arz etmesi nedeniyle, hukukun davranışlara rehber olma fonksiyonuyla bağdaşmasıdır. Bu görüşün güçsüz yanı, katı bir sınıflandırmanın bazı durumlarda adil olanla çelişmesidir.

İkinci yaklaşımın güçlü yönü, somut olay adaletini gerçekleştirmede işlevsel olması iken; güçsüz yönleri; (1) ahlaki değer yargılarındaki çeşitlilik dolayısıyla, cezayı etkileyen nedenler ve bu nedenlerin tasnifinde belirsizlik yaratması; (2) hâkime yazılı hukukla bağlı kalmama yetkisi tanıdığı için güçler ayrılığı ilkesi ile uyumlu olmaması ve (3) ahlaki değer yargılarındaki belirsizlik nedeniyle hukukun davranışlara rehber olma fonksiyonuyla bağdaşmaması ve keyfiyete neden olma tehlikesi taşımasıdır.

Görüldüğü üzere iki yaklaşımdan birinin güçlü olan yönü diğerinin zayıf yönü iken birinin zayıf olan yönü diğerinin güçlü yönüdür. Bu tartışma hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusu bakımından önemlidir. Örneğin, Türk öğretisinde zorunluluk halinin ve cebirin hukuki niteliği tartışmalıdır. Cebir ve zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya ilişkin hükümler zorunluluk hali ve cebir hakkında da uygulanır.

Çalışmanın devamında bu tartışmaya değineceğiz; ancak önce kullandığımız başlıkların terminolojisine ilişkin olarak kısa bir açıklamayı gerekli görüyoruz.

Hukuki pozitivizmi esas alan yaklaşıma göre, hukuken cezalandırılabilir fiil ile ahlaken kınanabilir fiil yapısal olarak örtüşmektedir; ikisinde de (1) normalde (*prima facie*) istemeyen davranışlar, (2) bu davranışları meşrulaştıran nedenler ve (3) fiil haksız olsa da süjenin sorumlu tutulmadığı nedenler vardır. Ancak bu örtüşme şeklidir: Ahlaka göre haksız olmayan hukuka göre haksız olabilir veya hukuka göre haksız olmayan ahlaka göre haksız olabilir.

Doğal hukuku esas alan yaklaşıma göre, cezalandırılabilir fiil ile ahlaken kınanabilir fiil özdeştir: Ahlaka göre haksız olmayan, hukuka göre de haksız değildir; hukuka göre haksız olan ahlaka göre de haksızdır.

Bu iki yaklaşım arasındaki farklılığı doğru bir şekilde yansıttığına inandığımız için birinci yaklaşımı ifade etmek üzere, “Yapısal Eşdeğerlik Tezi” başlığını; ikinci yaklaşımı ifade etmek için ise, “Maddi Eşdeğerlik Tezi” başlığını tercih ettik.²⁹⁰

b. Yapısal Eşdeğerlik Tezi

Yapısal eşdeğerlik tezine göre, cezalandırılabilir fiilin yapısı ile ahlaken kınanabilir fiilin yapısı aynıdır. İki sorumluluk türü arasındaki yapısal özdeşliğin nedeni, hukuk ve ahlakın normatif sistemler olmasıdır.²⁹¹ Normatif sistemlerin zorunlu olarak izinler ve yasaklardan oluşması dolayısıyla cezalandırılabilir fiilin yapısı ile kınanabilir fiilin yapısı özdeştir; ikisi de bir haksızlığın varlığını ve süjenin kusurlu olmasını gerektirirler.

Yapısal eşdeğerlik tezine göre, maddi olarak hukuk ile ahlak arasında özdeşlik yoktur; hukuka aykırı olan ahlaka aykırı olmayabilir ya da tam tersi. Bu görüş hukuku kanun koyucunun iradesine indirgediğinden hukuka uygunluk nedenlerini kusuru etkileyen nedenlerden ayırmak kolaydır. Örneğin, “zorunluluk hali, Türk hukukunda cezayı etkileyen bir neden midir; öyle ise niteliği nedir” sorusu, ölçü olarak salt kanuni düzenlemeler esas alındığında kolaylıkla yanıtlanmaktadır: 5271 sayılı CMK m. 223’e göre, zorunluluk hali kusuru etkileyen bir nedendir.²⁹² Ancak bu yanıt somut olayda adil olanla çelişebilmektedir. Örneğin, başkasına ait bir mısır tarlasını yakarak (*karşı ateş tekniği*), orman yangınının yerleşim birimine ulaşmasını engellemek isteyen bir kimse, - bir düşünce deneyi yapacak olursak- hukuka, “mısır tarlasını yakabilir miyim” sorusunu sorduğunda, *yapısal eşdeğerlik tezine* göre, Türk hukukunun vereceği yanıt, “hayır” olacaktır; çünkü CMK m. 223’e göre zorunluluk hali kusuru etkileyen bir nedendir. Kusuru etkileyen nedenler fiilin haksızlık niteliğini etkilemezler; kusuru etkileyen nedenlerin varlığı halinde hukukun failden normu ihlal etmeme beklentisi devam eder. Zorunluluk hali, mala zarar verme suçunun haksızlık niteliğini etkilemediği için Türk

²⁹⁰ Esas aldığımız başlıklandırma, Mitchell Berman’a aittir. Yazar, ahlaki çağrışımları nedeniyle “haksızlık” kavramı yerine “kriminal” (*criminal*); “kınanabilirlik” kavramı yerine ise “cezalandırılabilirlik” (*punishable*) kavramını kullanmaktadır. Berman, “Justification and Excuse”, 4.

²⁹¹ Berman, “Justification and Excuse”, 18.

²⁹² 5237 sayılı Kanunun zorunluluk halini düzenleyen 25. maddesinin gerekçesinde de zorunluluk halinin kusuru etkileyen bir neden olduğu ifade edilmiştir: “maddenin ikinci fıkrasında, kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak zorunluluk (zaruret, ıztırar) hali düzenlenmiştir”.

hukukunun örnekteki failden beklentisi haksızlığı gerçekleştirmemesidir. Katı pozitivist bakış açısını yansıtan *yapısal eş değerlik tezi*, hukuka uygunluk nedenlerini kusuru etkileyen nedenlerden ayırmada net bir ölçüt ortaya koyabilmektedir; ancak bu durum adil olanla çelişkiye neden olabilmektedir.

c. Maddi Eşdeğerlik Tezi

Maddi eşdeğerlik tezine göre, hukuka uygunluk nedenleri ve kusuru etkileyen nedenler ayırımında ölçüt ahlaktır.²⁹³ Hangi durumlarda normalde (*prima facie*) haksız olan fiilin haksız olmayacağı sorusuna yanıt veren iki temel yaklaşım vardır:

(1) Sonuççu (konsekualist/faydacı) ahlak teorisine göre, doğru olan ya da en azından haksız olmayan davranış, genel yararlar örtüşen davranıştır; fiil bir yandan zararlı öte yandan yararlı ise yarar ve zarar karşılaştırılarak hangisinin daha fazla olduğuna bakılır. Yarar zarardan daha fazla ise fiil haksız değildir.²⁹⁴

(2) Sonuççu olmayan (deontolojik) ahlak teorisine göre, fiilin haksız olup olmadığında belirleyici olan salt davranışın sonucu değildir; fiilin haksızlık niteliğinde belirleyici olan -başta failin niyeti olmak üzere- başka hususlar da vardır.²⁹⁵

Türk öğretisinde maddi eşdeğerlik tezine ilişkin olarak, Haklı Amaç Uğruna Haklı Araç Teorisi, Yararların Dengelenmesi Teorisi ve Fiilin Sosyal/Toplumsal Uygunluğu Teorisi olmak üzere üç teori üzerinde durulmaktadır.²⁹⁶ Bizim aşağıda üzerinde duracağımız Çift Etki Teorisi, Haklı Amaç Uğruna Haklı Araç Teorisine; Değerlerin Karşılaştırılması Teorisi ise Değerlerin Dengelenmesi Teorisine karşılık gelmektedir. Kanaatimizce, Hareketin Sosyal Uygunluğu Teorisi suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili değil, tipiklik unsuru ile ilgilidir.²⁹⁷

Öğretide Hareketin Sosyal Uygunluğu Teorisine hukuka uygunluk nedenlerinin maddi içeriği ile ilgili olan teoriler arasında yer verilmesinin nedeni, kanaatimizce,

²⁹³ Berman, “Justification and Excuse”, 15.

²⁹⁴ Julia Driver, *Consequentialism* (London: Routledge, 2012), 2.

²⁹⁵ Kasper Lippert Rasmussen, *Deontology, Responsibility and Equality* (Copenhagen: Museum Tusculanum Press, 2005), 15.

²⁹⁶ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 12; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 283; Katoğlu, *Hukuka Aykırılık*, 61.

²⁹⁷ Aynı yönde bkz. Ünver, *İzin Verilen Risk*, 122; Özkan, *Önemsizlik*, 210; Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, 55-96; Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında”, 421-422.

suçun hukuka aykırılık unsuruna ilişkin terminolojik sorundur. Öğretiye göre, suçun hukuka aykırılık unsurunun içeriğini incelerken “şekli hukuka aykırılık” ve “maddi hukuka aykırılık” şeklinde bir ayırım yapılmalıdır. Bu ayırmada “maddi hukuka aykırılık”, fiilin ceza normuyla korunmak istenen hukuki değeri ihlal etmesi olarak tanımlanmaktadır; fiilin ceza normuyla korunmak istenen hukuki değeri ihlal edebilme potansiyeli yoksa fiil, maddi anlamda hukuka aykırı değildir.²⁹⁸ Bize göre, bu tür durumlarda fiilin suç teşkil etmemesinin nedeni fiilin hukuka aykırı olmaması değil, tipik olmamasıdır. Kanun koyucu ceza normuyla korumak istediği hukuki değeri ihlal edebilecek fiilleri ceza normuyla suçlaştırır; fiilin ceza normuyla korunmak istenen değeri ihlal edebilme potansiyeli yoksa bu fiil kanun koyucunun suç haline getirmek istediği fiil değildir.²⁹⁹ Hukuki değeri ihlal edebilecek nitelikte olmayan fiilin lafız olarak kanundaki tarife uymasının bir nedeni dilin sınırlılığı, diğeri ise kanun yapma tekniğidir. Kanun koyucu hukuki değeri ihlal edecek her olası fiili tek tek tipleştiremez; bu hem mümkün değildir; hem de sakıncalıdır. Zira kanun koyucunun tasavvur etmediği davranış türleriyle de hukuki değerler ihlal edilebilir. Bu yüzden kanun koyucu özellikle de serbest hareketli suçlarda, belirsiz sayıda davranışı kapsayacak şekilde bir tipleştirmeye gider. Fiil, suç tipiyle korunmak istenen değeri ihlal etmiyorsa, şeklen lafza uyduğu için tipik olsa da, gerçekte tipik değildir. Bu ihtimalde fiilin tipe uygunluğu görünüştedir.

Sonuç olarak, fiilin ceza normuyla korunmak istenen hukuki değeri gerçekte ihlal edip etmediği meselesi, suçun tipiklik unsuru ile ilgilidir. Bu durumu ifade etmek için bir terime ihtiyaç duyuluyorsa bu terim “*maddi anlamda hukuka aykırılık*” terimi değil, “*maddi anlamda tipiklik*” ya da bu anlama gelen başka bir terim olabilir.³⁰⁰ Hukuka aykırılık, tipik fiil hakkında yapılan bir değerlendirmedir ve bu

²⁹⁸ Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2, 17; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 215; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 197; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 283; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, 293.

²⁹⁹ Ünver, *Hukuksal Değer*, 150-151; Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında”, 421, dipnot: 59.

Lafız itibarıyla kanuni tipe uyan fiilin korunmak istenen değeri ihlal potansiyelinin olmadığı durumlarda kanunda yazılı olmayan bir hukuka uygunluk nedeninden söz etmek gerektiğini ileri süren görüş için bkz. Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki 2. Cilt, 15-16; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 215.

³⁰⁰ Hem “*maddi anlamda tipiklik*” hem de “*maddi anlamda hukuka aykırılık*” terimlerini kapsamak üzere “*maddi anlamda haksızlık*” terimi de tercih edilebilir.

değerlendirmenin konusu, somut olayda tipik fiili hukuka uygun hale getiren bir nedenin var olup olmadığını tespit etmektir. Suçun hukuka aykırılık unsurunun içeriğini hukuka uygunluk nedenleri oluşturur; bu yüzden “*maddi anlamda hukuka aykırılık*” ifadesinin içeriğinin de hukuka uygunluk nedenleri ile ilgili olması gerekir.³⁰¹ Fiilin maddi olarak tipe uygun olması demek, o suç tipiyle korunmak istenen hukuki değerin ihlal edilmiş olması demektir. Fiilin hukuka uygun olması ise, hukuki değeri ihlal eden tipik fiile hukukun izin vermesi demektir. Maddi anlamda hukuka aykırılığın içeriğini, hukuki değer ihlaline neden olan tipik fiile hukuk düzeninin neden izin verdiği sorusunun yanıtı oluşturur. Aşağıda üzerinde duracağımız Çift Etki Teorisi ve Değerlerin Karşılaştırılması Teorisi bu soruya yanıt vermek üzere ileri sürülen teorilerdir.

1) Çift Etki Teorisi

Çift Etki Teorisine göre, normalde istenmeyen sonuçlara yol açan fiil, haklı bir amaca yönelmişse; istenmeyen sonuç amacı gerçekleştirmeye yönelen fiilin nedensel bir sonucu ise (yan etkisi ise) ve amaçlanan iyi ile amaçlananın yan etkisi olan kötü arasında orantı³⁰² varsa, fiil haksız değildir.³⁰³

Çift Etki Teorisi, adından da anlaşılacağı üzere biri iyi diğeri kötü olan iki neticeli davranışları konu edinir. Hukuka uygunluk nedenlerinde de fiilin iki etkisi vardır. Fiil bir yandan tipe uyduğu için suç tipiyle korunmak istenen hukuki değeri ihlal etmekte öte yandan hukuka uygunluk nedeninin tipine uygun olduğu için ilgili hukuka uygunluk nedeni ile korunmak istenen hukuki değeri korumaktadır. Çift Etki Teorisine göre, bu tür davranışların haksız olup olmadığını esasen biri orantı, diğeri failin niyeti olmak üzere iki husus belirler. Örneğin, meşru savunmada fail kendisini savunma niyeti ile hareket etmiyorsa, meşru savunmanın objektif koşullarının gerçekleştiğini bilmesi

³⁰¹ Aynı yönde Göktürk, “Yasal Tanımında”, 421-422.

³⁰² Bazı yazarlar, “orantılılık” terimi yerine, “ahlaki olarak kabul edilebilir bir neden” terimini tercih etmektedir. Lawrence Masek, “Intentions, Motives and The Doctrine Of Double Effect”, *The Philosophical Quarterly*, 60/240 (2010): 567; Germain Grisez, “Against Consequentialism”, *American Journal of Jurisprudence*, 23/1 (1978): 54-56.

³⁰³ Çift Etki Teorisi Thomas Aquinas’a (M.S. 1225-1274) dayandırılmaktadır. Çift Etki Teorisinin tarihsel gelişimi hakkında bkz. Joseph T. Mangan, “An Historical Analysis of the Principle of Double Effect”, *Theological Studies*, 10/1 (1949): 41 vd.

yeterli değildir. Ancak, failin niyetinin iyi olması tek başına yeterli değildir. Çift Etki Teorisine göre, normalde (*prima facie*) haksız olan bir fiil, dört koşulun gerçekleşmesi durumunda meşrulaşmaktadır³⁰⁴:

(1) *Yan etkisi dikkate alınmadığında davranışın bizatihi kendisi iyi olmalı ya da en azından kötü olmamalıdır.*³⁰⁵ Örneğin, meşru savunmada “kendini savunma”, görevin ifasında “kamusal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi” davranışları haksız değildir.

(2) *Davranışın hem iyi hem de kötü sonucu olmalı; süje eylemi gerçekleştirirken iyi olanı istemeli, kötü olanı istememelidir.*³⁰⁶ Örneğin, saldırıya maruz kalan ülkenin askeri pilotu, savaşı sona erdirmek için düşmanın cephanesini bombalar; ancak cephane sivillerin yaşadığı bir yere yakın olduğu için fiilin yan etkisi olarak bazı siviller de ölür.³⁰⁷ Örnekte, pilotun amacı doğrudan sivilleri öldürmek değildir. Sivillerin ölümü, meşru amacı gerçekleştirmek için başvuru fiilin yan etkisidir.³⁰⁸

(3) *İyi olana ulaşmak için kötülüğe araç olarak başvurulmamalı; süje doğrudan iyi olanı amaçlamalıdır.*³⁰⁹ Asıl amaçlanan iyi olsa da başvuru araç kötü ise fiil haksızdır. Pilot örneğinde, pilotun asıl amacı savaşı sonlandırmak olsa da, pilot bu amacı gerçekleştirmenin yolunun sivilleri öldürmek suretiyle düşmanın direncini

³⁰⁴ Fakat bu konuda uzlaş yoktur. Örneğin, Boyle’ye göre Çift Etki Teorisinin, (1) kötü olan neticeyi istememe ve (2) iyi olan neticenin meydana getirilmesinde yeterince güçlü ahlaki nedenlerin olması şeklinde iki unsuru vardır. Joseph Boyle, “Toward Understanding the Principle of Double Effect”, *Ethics*, 90/4 (1980): 532.

³⁰⁵ Mangan, “An Historical Analysis”, 43; Van Den Beld, “Killing and the Principle of Double Effect”, *Scottish Journal of Theology*, 41/1 (1988): 95.

³⁰⁶ Mangan, “An Historical Analysis”, 43; Beld, “Principle of Double Effect”, 95.

³⁰⁷ Çift Etki Teorisine ilişkin çalışmalarda sıklıkla kullanılan bu örnek için bkz. Jonathan Bennett, “Morality and Consequences”, *The Tanner Lectures On Human Values*, 2 (1981): 95.

³⁰⁸ Çift Etki Teorisini kabul eden yazarlar arasında, failin sübjektif durumuna ilişkin olarak, terminolojik bakımdan önemli farklılıklar vardır. Biz, istenen-istenmeyen şeklinde yapılan ayrımı tercih ediyoruz. Tercih ettiğimiz terminolojiyi ceza hukuku kavramları ile ifade etmememiz gerekirse, *istenen kavramı*, doğrudan kastı; *istenmeyen kavramı* ise olası kastı ve bilinçli taksiri ifade etmektedir. Literatürde, söz konusu ayrımın *doğrudan kast-dolaylı kast*; *kast etme-izin verme*; *iradi olarak doğrudan gerçekleştirilen kötülük-dolaylı olarak gerçekleştirilen iradi kötülük*; *kast edilen-kast edilmeyen*; *yapılan-müsaade edilen* şeklinde farklı versiyonları vardır. Yazarlar arasındaki terminolojik farklılık hakkında bkz. Sanford S. Levy, “The Principle of Double Effect”, *The Journal of Value Inquiry*, 20/1 (1986): 30 vd.

³⁰⁹ Mangan, “An Historical Analysis”, 43; Beld, “Principle of Double Effect”, 95; Alexander R. Pruss, “The Accomplishment of Plans: a New Version of the Principle of Double Effect”, *Philosophical Studies*, 165/1 (2012): 50.

kırmaktan geçtiğine inanıyorsa, sivillerin ölümü ile neticelenen bombalama fiili haksızdır.

Çift Etki Teorisine göre, istenmeyen neticenin amaçlananın yan etkisi olduğu durumlar ile, istenmeyen neticenin amaçlananı gerçekleştirmede başvuru olan araç olduğu durumları birbirinden ayırmak gerekir.³¹⁰ Ayırmadaki ölçüt, istenen ile istenmeyen netice arasındaki doğal neden-sonuç ilişkisi değil, failin iradesidir. Örneğin, doktorun hastasının katlanılmaz acılarını dindirmek için verdiği ilacın yan etkisi ile hastanın ölmesi; aynı ilacın hastanın acılarına son vermek üzere hastayı öldürmek için verilmesinden farklıdır. İki örnekte üç ortak nokta vardır: (1) Amaç, hastanın acısını dindirmektir. (2) Netice, hastanın ölmesidir; (3) Ölümün nedeni hastaya verilen ilaçtır. İki örnek arasındaki farklılık ise, ilk örnekte ölüm neticesinin amacın (acıyı dindirme) yan etkisi; ikinci örnekte ise aracı olmasıdır. Fakat aşağıda detaylı olarak üzerinde duracağımız üzere bu ayrımı yapmak kolay değildir.

(4) *İyinin gerçekleşmesi kötünün gerçekleşmemesinden daha yararlı olmalıdır.*³¹¹ Bu koşul dolayısıyla Çift Etki Teorisinin deontolojik bir teori olmadığı, sonuçcu (konsekualist) teorilerle arasında bir fark olmadığı ileri sürülmektedir.³¹² Teorinin taraftarları Çift Etki Teorisinin failin sübjektif durumunu esas aldığı gerekçesiyle bu eleştiriye karşı çıkmaktadır. Haksız ve haksız olmayan arasındaki ayrım basitçe neticelerin karşılaştırılmasından ibaret değildir. Teorinin taraftarlarından *Grisez*'e göre, dördüncü koşul, haklı bir neden olmadıkça, kötülük yapmama şeklindeki genel yükümlülüğün belirtilmesinden ibarettir; kötülük iyilikten fazla ise haklı neden yoktur.³¹³ Örneğin, frenleri patlamış bir tramvay beş kişiye çarpıp bu kişilerin ölmesine neden olacaktır. (A), tramvay güzergâhındaki makası çevirerek tramvayın yönünü

³¹⁰ Mangan, "An Historical Analysis", 43; Beld, "Principle of Double Effect", 95; Pruss, "The Accomplishment of Plans", 50.

³¹¹ Mangan, "An Historical Analysis", 43; Beld, "Principle of Double Effect", 95; Pruss, "The Accomplishment of Plans", 50.

³¹² William Klaas Frankena, "McCormick and the Traditional Distinction", in *Doing Evil to Achieve Good: Moral Choice in Conflict Situations*, eds. R. McCormick and P. Ramsey (Chicago: Loyola University Press, 1978), 145 vd.

³¹³ Grisez, "Toward a Consistent", 79.

değiştirir.³¹⁴ Yönü değişen tramvay bir kişinin ölmesine neden olur. Bu örnekte, davranış sezgisel olarak haksız değildir. Çift Etki Teorisinin taraftarlarına göre bu örnekte davranışın sezgisel olarak haksız görülmemesinin nedeni, çoğunluğun hayatını kurtarmak için azınlığın yaşamına son verilmesi değildir. Öyle olsa idi, acil organ nakline ihtiyaç duyan ve nakil gerçekleşmezse hayatlarını kaybedecek olan beş hastasını kurtarmak için mucizevi bir şekilde bu kişilerle organları uyumlu olan genç bir hastayı öldüren ve nakilleri gerçekleştirerek beş hastasının hayatını kurtaran doktorun fiilinin de haksız olmadığını ileri sürmek gerekirdi.³¹⁵ Zira iki örnekte de beş kişinin yaşamına karşılık bir kişinin yaşamı feda edilmektedir; yani dış dünyada ortaya çıkan netice bakımından örnekler eş değerdir. Farklılığın nedeni, bahse konu davranışların süjenin niyeti ile karakterize olan ahlaki doğasıdır. Tramvay örneğinde failin gerçekleştirdiği davranış, makasının değiştirilmesidir. Bu davranışın kendisi haksız değildir. (A)'nın amacı beş kişinin yaşamını kurtarmaktır. Bir kişinin ölmesi, amaç için (beş kişinin kurtarılması) başvuru fiilin (makasın değiştirilmesi) yan etkisidir. Organ nakli cerrahisi örneğinde ise amaç yine beş kişinin kurtarılması olsa da amacı gerçekleştirmek için başvuru fiilin bizzat kendisi ahlaki olarak kötüdür; hasta araç olarak kullanılmıştır.

Çift Etki Teorisi, öngörülen kötü neticenin istenmesi ile istenmemesi ayrımına dayanır. Fail kötülüğü amaç ya da araç olarak istemişse fiil haksızdır; fail kötü neticeyi öngörmüş ve fakat istememişse –diğer koşulların da varlığı halinde- fiil haksız değildir. Ancak bu ayrımı yapabilmek her zaman kolay değildir. Nedensel olarak gerçekleşmesi zorunlu olan neticeler bakımından istenen ile istenmeyen arasında bir ayrım yapılıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Örneğin, yumurtalık kanseri olan gebe kadına “rahim alma ameliyatı” (*histerektomi*) yapılır ve ceninin sağ doğma ihtimaline son verilir.³¹⁶ Örnekte, amaç annenin hayatını kurtarmak; fiil, rahmin alınması; fiilin yan etkisi ise ceninin sağ doğma ihtimaline son verilmesidir. Çift Etki Teorisine göre, fiil haksız değildir. Öte yandan yine gebe kadının hayatını kurtarmak için yapılan, doğum kanalına

³¹⁴ “Tramvay Problemi” (Trolley Problem) olarak adlandırılan bu örnek için bkz. Judith Jarvis Thomson, “The Trolley Problem”, *The Yale Law Journal*, 94/6 (1985): 1395.

³¹⁵ Örnek için bkz. Thomson, “The Trolley Problem”, 1396.

³¹⁶ Örnek için Bkz, Warren S. Quinn, “Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Double Effect”, *Philosophy and Public Affairs*, 18/4 (1989): 336.

girmiş ceninin kafatasının parçalanması (*obstetrik kraniotomi*) işleminde, ceninin sağ doğma ihtimaline son verilmesi, fiilin yan etkisi olmadığı bizzat kendisi olduğu için Çift Etki Teorisine göre haksızdır. Teoriyi eleştirenlere göre, iki işlemde de ceninin sağ doğma ihtimaline son verilmesi kaçınılmazdır. *Histerektomide* işlemi yapan kişi neticenin kaçınılmaz olduğunu bilmesine rağmen fiili gerçekleştirdiğine göre, salt bir öngöründen söz edilemez.³¹⁷ Neticenin amaç ya da araç olarak doğrudan istenmesi ile neticenin gerçekleşeceğinin kaçılmaz olduğunun bilinmesine rağmen fiilin gerçekleştirilmesi arasında ahlaki bakımdan bir farklılık yoktur.³¹⁸ Literatürde bu eleştiri “yakınlık problemi” (*the problem of closeness*) olarak adlandırılmaktadır.³¹⁹

Yakınlık problemi dolayısıyla Çift Etki Teorisi farklı yazarlarca yeniden formüle edilmiştir. Bunlar arasında en ünlü olanı, *Quinn*’in görüşüdür. *Quinn*’e göre, aynı sonuçlara yol açan davranışlar arasındaki moral farklılığın nedeni sonucun istenip istenmemesi değil, mağdurların planın bir parçası haline getirilip getirilmediğidir.³²⁰ Süje, mağdurları isteyerek sürece dâhil ediyorsa fiil haksızdır. Süjenin mağdurları isteyerek sürece dâhil edip etmediğinin tespitinde ölçü şudur: *mağdurlar olmaksızın plan gerçekleşmiyorsa, mağdur sürece istenerek dâhil edilmiştir.*³²¹

Quinn’in yaklaşımı, yukarıda verdiğimiz örneklere uygulandığında, sezgisel olarak haklı görülen davranışla eşleşmektedir ve bu bakımından tatmin edicidir. Keza *Quinn*’in yaklaşımı, *yakınlık probleminin* klasik örneği olan *histerektomi* ve *kraniotomi* işlemleri arasındaki moral farklılığı da (kraniotomiyi haksız gören görüş açısından) izah edebilmektedir. *Histerektomi* işleminde, doktorun gayesi kadının rahmini almaktadır. Cenin olmasaydı da aynı işlem yapılacaktı. *Kraniotomi* işleminde kadının yaşam tehlikesinin nedeni doğum kanalına girmiş ceninin kendisidir. Cenin olmasa zaten doktor bu işlemi gerçekleştirmeyecekti. *Kraniotomi* işleminde doğum kanalına girmiş ceninin kafatasının parçalanması, doktorun planının bir parçasıdır. *Quinn*’e göre,

³¹⁷ Philippa Foot, “The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect” in *Virtues and Vices and Other Essays* (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1978): 21-22.

³¹⁸ Victor Tadros, “Wrongful Intentions Without Closeness”, *Philosophy and Public Affairs*, 43/1 (2015): 56.

³¹⁹ Tadros, “Wrongful Intentions”, 54.

³²⁰ Quinn, “Actions, Intentions”, 343.

³²¹ Quinn, “Actions, Intentions”, 343.

histerektomi ve *kraniotomi* işlemleri arasındaki moral farklılığın, *savaş pilotu* ve *organ nakli cerrahı* örneklerindeki kadar keskin olmamasının nedeni, süjenin mağduru bir avantaj ya da engel olarak görüp görmemesinden kaynaklanmaktadır.³²² *Savaş pilotu* ve *organ nakli cerrahı* örneklerinde, süje mağdurların varlığını bir avantaj olarak görmüştür. Kraniotomi işleminde ise ceninin varlığı doktorun amacına ulaşmak için aşmak zorunda olduğu bir engeldir.

Ancak, Quinn'in görüşleri, haksız fiili meşrulaştıran nedenlerin en tartışmasız olanı olan meşru savunmayı izah edememektedir. Meşru savunmada, savunmada bulunan, kendisinin ya da başkasının hakkını korumak için saldırganı savunma fiilinin icrasına dâhil etmektedir/dâhil etmek zorunda kalmaktadır. Kanaatimizce, teorinin klasik versiyonu da meşru savunmayı izahta yetersizdir. Her ne kadar, savunma neticesinde ortaya çıkan hukuki değer ihlalinin, savunma amacını gerçekleştirmek için başvurulmuş fiilin yan etkisi olduğu³²³ ileri sürülebilecekse de, neticenin gerçekleşmesinin mutlak olduğu durumlarda artık doğrudan kasttan söz etmek gerekir. Örneğin, terör eylemi yapmak isteyen canlı bombanın kolluk tarafından silahla etkisiz hale getirilmesinde, saldırganın ölümü kaçınılmazdır. Bu ihtimalde ortaya çıkan netice ulaşmak istenen neticenin (tehlikeyi önleme) yan etkisi değildir; kolluk doğrudan bu neticeyi istemiştir.³²⁴ Çift Etki Teorisinin bir başka problemli yönü, amaçlanın iyi olması ölçütündeki belirsizliktir. Neyin iyi olup olmadığı, değer yargılarına göre değişkenlik gösterir. Yukarıda verilen kraniotomi işlemi örneğinde, bir görüşe göre doğum kanalına girmiş ceninin yaşam potansiyeline son verilmesi haksız iken bir başka görüşe göre annenin yaşamı kurtarıldığı için işlemin yapılması haksız değildir.³²⁵ Hatta üçüncü bir görüşe göre, işlem yapılsa da yapılmasa da haksız değildir; çünkü işlem

³²² Quinn, "Actions, Intentions", 344.

³²³ Gertrude E. M. Anscombe, "War and Murder" in *Nuclear Weapons: A Catholic Response*, eds. W. Stein (London: Burns and Oates, 1981), 54.

³²⁴ Tadros'a göre ise, "isteme" ve "kabullenme", birbirlerine indirgenemeyecek subjektif gerçekliklerdir; bu yüzden *yakınlık probleminin* olduğu durumlarda doğrudan kasttan söz edilmemelidir. İstenmeyen neticenin gerçekleşmesinin kaçınılmaz olduğu durumlarda, failin olası kast için öngörülen indirimli cezadan yararlanamamasının nedeni, bu tür durumlarda olası kast ile doğrudan kast arasında haksızlık içerikleri itibarıyla bir farklılığın olmamasıdır; haksızlık içerikleri aynı olsa da farklı subjektif durumlar oldukları için netice kaçınılmaz olsa dahi yakınlık probleminin olduğu olaylarda doğrudan kasttan söz edilemez. Tadros, "Wrongful Intentions", 56.

³²⁵ Alan Donagan, *The Theory of Morality* (Chicago: The University of Chicago Press, 1977), 162-163.

yapılırsa annenin hayatı kurtarılmış, yapılmazsa ceninin potansiyel hayat hakkı korunmuş olacaktır.³²⁶

Kanaatimizce, Çift Etki Teorisi, *tramvay ve organ nakli cerrahisi* örneklerinde olduğu gibi bazı davranışların neden haksız olmadığını izah etmek için başvurulabilecek bir teori olup, her durumda haksız davranışla haksız olmayan davranışı birbirinden ayırabilecek nitelikte değildir. Bu yüzden bütün hukuka uygunluk nedenleri, Çift Etki Teorisi ile temellendirilemez.

2) Değerlerin Karşılaştırılması Teorisi

Kusuru etkileyen nedenlerin varlık nedeni, önleme ya da daha üstün yararı koruma gibi faydacı amaçları gerçekleştirme değil, cezalandırmada adalet arayışıdır.³²⁷ Bu yüzden kusuru etkileyen nedenler faydacı mülahazalara değil, daha ziyade ödetmeci anlayışa dayanır. Hukuka uygunluk nedenlerinin faydacı mülahazalara dayanıp dayandırılmayacağı meselesi ise tartışmalıdır.

Değerlerin Karşılaştırılması Teorisi, hukuka uygunluk nedenlerini faydacı bir bakış açısı ile temellendirmektedir. Bu teoriye göre, *iki hukuki değer arasında çatışma varsa ve birinin korunması zorunlu olarak diğerinin ihlal edilmesi sonucunu doğuruyorsa, daha üstün olan değeri koruyan fiil, haksız değildir; daha üstün değeri koruduğu için faydalı olan fiili haksız görmek irrasyoneldir.*³²⁸ Hukuka uygunluk nedenlerinde fiilin hukuka uygun olmasının nedeni, ceza normuyla korunmak istenen hukuki değeri ihlal eden fiilin daha üstün bir hukuki değeri korumuş olmasıdır.

Kanunda bazı fiillerin suç olarak tanımlanmasının nedeni, hukuki değerleri korumaktır; fiil tipe uygunsa suçlaştırmayla korunmak istenen hukuki değer ihlal edilmiş olur.³²⁹ Ancak, tipik fiil suçlaştırmayla korunmak istenen hukuki değeri ihlal etmiş olmakla birlikte somut olayda aynı zamanda başka bir hukuki değeri de koruyabilir. Değerlerin Karşılaştırılması Teorisine göre bu tür durumlarda, korunan değer,

³²⁶ Grisez, "Toward a Consistent", 94.

³²⁷ Joshua Dressler, "Reflections on Excusing Wrongdoers: Moral Theory, New Excuses and the Model Penal Code", *Rutgers Law Journal*, 19/3 (1988), 671 vd.

³²⁸ Alan Brudner, *Punishment and Freedom: A Liberal Theory of Penal Justice* (New York: Oxford University Press, 2009), 193.

³²⁹ Ünver, *Hukuksal Değer*, 150-151.

ihlal edilenden daha üstünse fiil haksız değildir. Örneğin, banka soyguncusunun kendisini yakalamaya çalışan kolluğun hayat hakkına yönelen saldırısı, ancak saldırganın öldürülmesi ile defedilebilmişse; fiilin olumsuz yönü, bir insanın yaşam hakkının sonlanmış olması iken olumlu yönü, masum birinin yaşamının kurtarılması ve saldırgana karşı konulmasının benzer fiiller bakımından caydırma etkisinin olmasıdır.³³⁰

Cezalandırmaya günümüzde ıslah etme, caydırma gibi faydacı işlevler yüklenmektedir. Ceza hukukunun amacı hukuki değer ihlallerini önlemekse, o halde faydalı olan ya da en azından zararlı olmayan davranış suç sayılamaz.³³¹ *Korunan hukuki değer ihlal edilenden üstünse fiil hukuka uygundur* şeklinde formüle edebilecek bu ilkenin hukuka uygunluk nedenlerinin tamamını temellendiren bir ilke olup olmadığı konusunda farklı görüşleri yansıtmaları dolayısıyla, biri Kanada Yüksek Mahkemesi diğeri Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından verilen iki kararı paylaşmanın faydalı olacağını düşünüyoruz. Bu kararların önemi, birbirinin zıttı olan iki görüşü temsil etmeleridir.

Kanada Yüksek Mahkemesine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin tek kaynağı pozitif hukuk metinleridir. Kanun koyucunun hukuka uygunluk nedeni olarak nitelemediği bir durum, mahkeme tarafından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez. Kanada Yüksek Mahkemesi bu içtihadını, 1984 tarihli, *Perka* davasında³³² vermiştir. *Perka* davasına konu maddi olay; uyuşturucu kaçakçısı olan sanıkların, Kolombiya'dan Alaska'ya esrar taşırken, Kanada'nın bir eyaleti olan Britanya Kolombiyası yakınlarında gemilerinde meydana gelen arıza ve kötü hava koşulları

³³⁰ Robinson, "A Theory of Justification", 273. Bu yaklaşım örnekteki savunma fiilinin olay anında ve gelecekte faydalı sonuçları olduğu kabulüne dayandığı için hem eylem hem de kural faydacı bir anlayışı yansıtmaktadır.

Meşru savunmayı salt kural faydacı bir yaklaşımla açıklayan görüşler de vardır. Kural faydacı görüşe meseleye yaklaşıldığında; meşru savunmada saldırganın öldürülmesinin, benzer fiillerin gerçekleşmesini ve dolayısıyla diğer kişilerin yaşama hakkının korunmasını sağladığı için yararlı ve yararlı olduğu için de hukuka uygun olduğu ileri sürülebilir. Leverick, *Self Defence*, 48.

Bu görüş de eleştirilmektedir. Önemli olanın caydırma olduğu kabul edilirse, orantının bulunmadığı durumlarda dahi meşru savunmanın varlığını kabul etmek gerekeceği ileri sürülmektedir. Sanford H. Kadish, "Respect for Life and Regard for Rights in Criminal law", *California Law Review*, 64/4 (1976): 833; David Wasserman, "Justifying Self-defense", *Philosophy and Public Affairs*, 16/4 (1987): 360.

³³¹ Robinson, "A Theory of Justification", 267.

³³² Karar ve değerlendirmesi için bkz. Donald Galloway, "Necessity as a Justification: A Critique of *Perka*", *Dalhousie Law Journal*, 10/1 (1986): 159 vd.

nedeniyle, gemideki esrarı kıyıya çıkarmalarıdır. Sanıklar, uyuşturucu madde ithal ettikleri ve bulundurdıkları suçlaması ile yargılanırlar. Sanıklar savunmalarında, esrarı Kanada'ya ithal etme amaçlarının olmadığını, hedeflerinin Alaska olduğunu, gemiyi tamir etmek için koya yanaştıklarını ancak geminin kayaya oturduğunu, geminin alabora olacağını düşündüklerini, geminin alabora olmaması için gemideki ağırlığı hafifletmek niyetiyle yükle beraber kıyıya çıkmak zorunda kaldıklarını ileri sürerler. Dava, Kanada Yüksek Mahkemesinin (The Supreme Court of Canada) önüne geldiğinde mahkeme zorunluluk halinin hukuki niteliğini tartışma konusu yapar.

Davayı önemli kılan hâkim *J. Dickson*'un zorunluluk haline ilişkin tespitleridir. *Dickson*'a göre, zorunluluk halini, fayda-maliyet analizi temelinde bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek, hangi değer üstün olduğu konusunda belirsizlik yaratır; çünkü bu durumda kişilere kendi değer yargılarına göre, değerler arasında karşılaştırma yapma izni verilmiş olur. Somut olayda muhatabı tarafından yapılan karşılaştırmanın doğru olup olmadığı ise en nihayetinde mahkeme tarafından tespit edilir. Oysa hangi davranışların hukuka uygun ya da hukuka aykırı olduğu hukuk normları ile belirlenir ve hukuk normu yaratma yetkisi münhasıran yasama organına aittir. Fayda-maliyet analizi temelinde neyin hukuka uygun olup olmadığını tespit yetkisinin mahkemeye bırakılması, güçler ayrılığı prensibine aykırılık teşkil eder:

Genellikle kabul edildiği üzere hukuku ihlal sonucunu doğuran fiil içinde bulunulan koşulların aciliyetinden kaynaklanıyorsa fail mazur görülürken; korunan hukuki değer ihlal edilenden daha üstünse fiil hukuka uygundur. Hukuku ihlal etmek, hukuka uygun hareket etmekten daha faydalı sonuçlar doğuyorsa, hukuku ihlal eden davranış meşrudur. Sosyal değerler ve dolayısıyla ceza hukukunun dayandığı değerler, sosyal bakımdan daha faydalı olanın yapılması ile amacına ulaşır. (...) Ancak pozitif hukuk düzeni, herhangi bir kimseye, fiil anından bu kişi tarafından yapılan fayda-maliyet analizine göre daha faydalı olana uygun şekilde hareket etme yetkisi veremez. Aksi durum, ceza hukukuna gereksiz ve tehlikeli sonuçlar doğuracak bir sübjektiviteyi dâhil etme anlamına gelir. Bu durumda failin fiil anında doğru seçimi yapip yapmadığı en nihayetinde mahkeme tarafından tespit edilir. Mahkeme hangi menfaatin daha önemli olduğunu belirlerken şüphesiz sosyal politikaları dikkate almak zorundadır. Bu da yargı organlarını ikinci bir yasama organına

*dönüştüreceğinden yasama, yürütme ve yargı ayrılığı prensibine aykırılık teşkil eder.*³³³

Alman İmparatorluk Mahkemesinin 1927 tarihli kararı, Kanada Yüksek Mahkemesinin söz konusu kararının tam zıttıdır. Alman İmparatorluk Mahkemesine göre, tipik fiil ihlal ettiğinden daha üstün bir hukuki değeri koruyorsa hukuka uygundur.

Alman İmparatorluk Mahkemesine göre zorunluluk hali, çatışan değerler arasında üstün olanın korunması ilkesi temelinde, yazılı hukuk üstü bir hukuka uygunluk nedenidir. Mahkemenin zorunluluk halini yazılı hukuk üstü bir hukuka uygunluk nedeni olarak nitelemesinin nedeni, kararın verildiği tarihte zorunluluk halinin Alman Ceza Kanununa göre bir hukuka uygunluk nedeni olmamasıdır.³³⁴ 1871 tarihli Alman Ceza Kanununda 1975 yılında yapılan revizyona kadar ceza kanununda yer verilen tek hukuka uygunluk nedeni meşru savunmadır.³³⁵

Karara konu olay şu şekildedir: Evlilik dışı bir ilişkiden hamile kalan bir kadın depresyona girer. Kadının intihar etme ihtimali yüksektir. Kadının doktoru psikiyatrin da olumlu görüşü ile gebeliği sona erdirir. O dönemki Alman Ceza Kanununda zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı gibi kürtajı yasaklayan Alman Ceza Kanunun 218. maddesinde de fiilin suç teşkil etmesini engelleyecek bir düzenlemeye (örneğin, suç tipinde “hukuka aykırılık” ifadesine yer verme ya da kürtajda zorunluluk halini bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etme) yer verilmemiştir.³³⁶ Kürtaj suç teşkil ettiği için iki doktor ve kadın yargılanır ve yargılama sonucu beraat eder. İtiraz üzerine, olay İmparatorluk Mahkemesinin önüne gelir. Mahkeme, kadının yaşam hakkının ceninin sağ doğma ihtimalinden daha üstün bir değer olduğunu; bu yüzden fiilin hukuka uygun olduğunu kabul etmiştir. Mahkemeye göre;

Fiilin hukuka uygun olup olmadığı, yasaklanıp yasaklanmadığı ya da haksız olup olmadığı [rechtsmassig oder unverboden oder rechtswidrig] konularında

³³³ Aktaran: Galloway “Necessity as a Justification”, 159-160.

³³⁴ Markus D. Dubber, Tatjana Hörnle, *Criminal Law: A Comparative Approach* (New York: Oxford University Press, 2014), 420.

³³⁵ Dubber, Hörnle, *A Comparative Approach*, 420.

³³⁶ Fletcher, *Rethinking*, 780.

*belirleyici olan çatışan değerlerin uygulanmakta olan hukuktan çıkarılan, kıyaslanabilir ağırlıklarıdır.*³³⁷

Mahkeme, değerler arasında hangisinin üstün olduğu konusunda ölçü olarak ceza kanununda ilgili hukuki değerleri korumak için ihdas edilmiş suç tiplerinde öngörülen ceza miktarlarını esas almıştır.³³⁸ Yaşam hakkını koruyan kasten öldürme suçunda öngörülen ceza miktarı, kürtajı yasaklayan normda öngörülen ceza miktarından fazla olduğu için mahkemeye göre, doktorun fiili daha üstün bir hukuki değeri korumaktadır ve hukuka uygundur.³³⁹

Öğretide Değerlerin Karşılaştırılması Teorisi çeşitli yönlerden eleştirilmektedir:

(1) Korunan hukuki değer ihlal edilenden üstün olmadığı bazı durumlarda da tipik fiil hukuka uygundur; bu tür durumlarda Değerlerin Karşılaştırılması Teorisi tipik fiilin neden hukuka uygun olduğu sorusunu yanıtlamamaktadır.³⁴⁰ Örneğin, cinsel saldırı fiiline maruz kalan mağdurun saldırganı öldürdüğü ya da mağdurun malvarlığına yönelik saldırıyı saldırganı yaralayarak defedilebildiği durumlarda da meşru savunma hükümleri uygulanabilmektedir. Soyut olarak, yaşam hakkı, cinsel dokunulmazlıktan; vücut bütünlüğü ise malvarlığından daha üstündür.

(2) Meşru savunmada, saldırıya maruz kalanın kendi yaşamını korumak için saldırganı öldürdüğü durumlarda, Değerlerin Karşılaştırılması Teorisi fiilin neden hukuka uygun olduğunu açıklayamamaktadır; zira genel olarak kabul edildiği üzere hiç kimsenin yaşama hakkı ötekenden üstün değildir; yaşam hakkı kıyaslanabilir bir değer değildir.³⁴¹ Saldırganın hukuka aykırı fiili ile kendi yaşamının taşıdığı değeri azalttığını ileri süren görüş³⁴² de problem çözülmemektedir. Birden fazla saldırganın saldırısına maruz kalan kişi kendi yaşam hakkını korumak için saldırganların tamamını öldürürse,

³³⁷ Karar ve değerlendirmesi hakkında bkz. Theodor Lenckner, “The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification”, *Brigham Young University Law Review*, 1/3 (1986): 645 vd.

³³⁸ Theodor, “The Principle of”, 646.

³³⁹ Theodor, “The Principle of”, 646.

³⁴⁰ Husak’a göre, üstün olan menfaatin tercih edilmesinin normalde haksız olan fiili meşrulaştırması, fiilin meşruiyetini faydacı mülahazalarda aramayan deontolojik teoriler bakımından izaha muhtaçtır. Deontolojik teorilere göre, davranışın meşruiyetinin ölçüsü davranışın optimal faydası değil, temel ilkelerle olan uyumdur. Husak, “Criminal Liability of Accessories”, 506.

³⁴¹ Wasserman, “Justifying Self-defense”, 358.

³⁴² Re’em Segev, “Fairness, Responsibility and Self-defense”, *Santa Clara Law Review*, 45/2 (2004): 395.

fiilin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Yaşam hakkının kıyasa elverişli olduğu ve failin fiili ile kendi yaşam hakkının değerini azalttığı kabul edilirse, kendisini savunan kişinin yaşam hakkı karşısında saldırganların yaşam haklarının daha ağır bastığı bir denklem ortaya çıkabilir; saldırganların yaşam haklarının değeri tek tek bir araya getirildiğinde ortaya çıkan total değer kendisini savunanın yaşam hakkının değerinden fazla olabilir.³⁴³ Saldırganların fiilleri dolayısıyla yaşam haklarına ilişkin korumadan feragat etmiş sayılacakları da ileri sürülemez; zira bu görüş kabul edilirse bu kez de savunma fiilinin neden olduğu ölüm neticelerinin varlığına rağmen herhangi bir hukuki değer ihlal edilmediği sonucuna ulaşılır; bu da yaşam hakkının ahlaki değerini zayıflatır.³⁴⁴

(3) Değerlerin Karşılaştırılması Teorisi, rızanın neden bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu izah edememektedir; zira rızanın hukuka uygunluk nedeni olmasının nedeni, daha üstün bir yararı koruma değil, bireyin kendi kendini belirleme hakkını kullanmasıdır.³⁴⁵

3) Değerlendirme ve Kanaat

Tüm davranış normlarının gayesi hukuki değerleri korumaktır.³⁴⁶ Hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen normlar da davranış normlarıdır; dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri de ceza normlarında olduğu gibi birtakım hukuki değerleri korumak için vazedilirler.

Hukuka uygunluk nedenleri ceza normlarından bağımsız değildir. Bir hukuka uygunluk nedeni varsa mutlaka fiil bir ceza normunun tipine uyuyor demektir. Suçun hukuka aykırılık unsuruna ilişkin değerlendirmenin tipiklik unsurundan sonra yapılmasının nedeni de budur. Hukuka uygunluk nedenlerinde fiil hem ceza normunun

³⁴³ Jeff McMahan, "Self-defense and the Problem of the Innocent attacker", *Ethics*, 104/2 (1994): 262; Sanford H. Kadish, "Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law", *California Law Review*, 64/4 (1976): 82.

³⁴⁴ Kadish, "Respect for Life", 884 vd.

³⁴⁵ Fletcher, *Rethinking*, 769-770; Husak, "Criminal Liability of Accessories", 506.

³⁴⁶ Özgenç, "Davranış Normları Teorisi", 447-448.

hem de izin normunun tipine uyduğu için bütün hukuka uygunluk nedenlerinde değer çatışması vardır.³⁴⁷

Kanun koyucunun hukuka uygunluk nedenleri ile ceza normlarına istisna getirmesinin nedeni, ceza normlarının istisnasız uygulanması durumunda hukuki değer ihlallerine yol açmasıdır. Ceza normuyla yapılması ya da yapılmaması yasaklanan davranıştan kaçınma daha büyük hukuki değer ihlallerine yol açıyorsa yasağa izinle istisna getirilir. Örneğin, öldürmeyi ya da yaralamayı yasaklayan normların istisnası olmasa idi silahlı kuvvetlerin yurt savunmasında dahi silah kullanamaması gerekirdi. Kanaatimizce, bir hukuk düzeninde hukuka uygunluk nedenlerine neden ihtiyaç duyulduğu sorusunun tek makul yanıtı, ceza normunun buyruğuna itaatin bazı durumlarda yarardan çok zarar doğurmasıdır. *Bir hukuki değeri koruma başka bir hukuki değeri ihlal etmekle mümkün olabiliyorsa ve korunan hukuki değer ihlal edilenden üstünse, fiil hukuka uygundur.*

Değerler Çatışması Teorisine yöneltilen, (1) korunan değer ihlal edilenden üstün olmadığı bazı durumlarda da fiile izin verildiği; (2) çoklu saldırılarda birden fazla saldıran ve savunan arasında kıyas yapıldığında sayısal olarak çok olan taraftaki değerler toplamının savunanın menfaatinden fazla olabileceği ve (3) rızanın hukuki niteliğinin değerler çatışması ile açıklanamayacağı şeklindeki eleştiriler yerinde değildir.

İlk iki eleştirinin yerinde olmamasının nedeni, söz konusu eleştirileri yönelten yazarların değerler çatışmasını somut olaydaki menfaatler ile sınırlamalarıdır. Gerçekten de salt saldırganın ve savunmada bulunanın şahsında menfaat kıyaslaması yapılırsa, fiilin koruduğu menfaat ihlal ettiğinden üstün olmasa da fiil hukuka uygun olabilmektedir. Örneğin, cinsel saldırı ancak saldırganın öldürülmesi ile def edilebiliyorsa, ölüm neticesine yol açan fiil hukuka uygundur. Cinsel dokunulmazlık yaşam hakkından daha önemli değildir. Sorunun nedeni, *Robinson*'un da belirttiği gibi değerler arasında karşılaştırma yapılırken soyut hukuki değerlerin dikkate

³⁴⁷ Aynı yönde bkz. Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında”, 422-423.

alınmamasıdır.³⁴⁸ Örnekte, fiilin hukuka uygun olmasının nedeni, fiilin mağdurun cinsel dokunulmazlığını korumanın yanı sıra; nesebi koruma, ahlakı koruma, aileyi koruma, şeref ve saygınlığı koruma ve genel önleme gibi birçok fonksiyonunun olmasıdır.

Değerler Çatışması Teorisinin rızanın hukuki niteliğini açıklayamadığı şeklindeki eleştirinin yerinde olmamasının nedeni ise, rıza açıklamaya yetkili olan kişinin değerler arasında kıyas yapmakla yetkilendirildiği hususunun gözden kaçırılmış olmasıdır.³⁴⁹

Değerler çatışmasında üstün olanı koruyan fiilin hukuka uygun olması ilkesi yazılı hukuk üstü bir hukuka uygunluk nedenidir. İlkenin yazılı hukuktaki hukuka uygunluk nedenlerinden ayrılan yönü yazılı hukuktaki hukuka uygunluk nedenlerinde değerler çatışması olmaması değildir. Yazılı hukukta yer alan hukuka uygunluk nedenlerinde kanun koyucu değerler arasındaki çatışmayı yazılı hukuk metni üzerinde kendisi çözümlemektedir. Örneğin, yakalamada kanun koyucu koşulları oluştuğunda kolluk personeline yakalama yetkisi vermiştir. Yakalamada koşulları oluştuğunda görevin ifası ile korunan değerleri, yakalama fiilinin doğal sonucu olan hürriyetten yoksun bırakma suçuyla korunmak istenen hukuki değerle karşılaştırmak gerekmez; zira kanun koyucu bu çatışmayı soyut kanun metni üzerinde kendisi çözümlemiştir.

Sonuç olarak, yazılı hukuk üstü hukuka uygunluk nedenlerinin olup olmadığı sorusuna kanaatimizce olumlu yanıt vermek gerekir. Daha karmaşık olan sorun, kanun koyucunun açıkça kusuru etkileyen bir neden olarak nitelediği bir kurumun, korunan hukuki değerın açıkça üstün olduğu durumlarda hukuka uygunluk nedeni teşkil edip etmeyeceğidir. Bu sorun, zorunluluk hali ve cebirin hukuki niteliği bağlamında Türk hukuku bakımından büyük önem arz eder.

5237 sayılı TCK’da zorunluluk halinin hukuki niteliği belirtilmemiştir. Ceza hukukunda zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin pozitif hukuk düzenlemesi, 5271 sayılı CMK’nın 223. maddesidir. CMK m. 223/3-b’ye göre zorunluluk hali, kusuru

³⁴⁸ Paul H. Robinson, *Criminal Law Defenses Vol. 2* (St. Paul: West Publishing, 1984), 71.

³⁴⁹ Rızada, menfaatler arasındaki çatışmanın içsel olduğu menfaatler çatışmasında üstün menfaati belirleme olanağının rıza açıklamaya yetkili olan kişiyi verildiği hakkında bkz. Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında”, 438-439. Hukuka uygunluk nedeni olan rızayı, menfaatler çatışmasından hareketle izah eden görüş ve eleştirisi için bkz. Ekici Şahin, *Rıza*, 44 vd.

etkileyen bir nedendir. Salt ilgili düzenlemeler dikkate alındığında, korunan menfaat ihlal edilenden tartışmasız bir biçimde üstün olsa dahi zorunluluk hali Türk ceza hukukunda bir hukuka uygunluk nedeni değildir.

Örneğin, yolunu kaybeden küçük çocuk (A), donmak üzeredir. Hayatını kaybetme tehlikesi altında olan (A), denk geldiği boş bir kulübenin penceresinin camını kırıp kulübeye sığınarak hayatını kurtarabilir. Katı pozitivist bir bakış açısıyla örnek değerlendirildiğinde, adil olanla çelişse bile hukuk yaratma yetkisine sahip olan iradenin usulüne uygun bir şekilde çıkardığı, etkililiği (uyulan veya uygulanan) olan her norm hukuk normudur. Zorunluluk haline ilişkin CMK m. 223/3-b'nin açıklığı karşısında, adil olmadığı iddia edilse dahi, zorunluluk hali kusuru etkileyen bir nedendir. Kusuru etkileyen nedenler fiilin haksızlığını engellemezler. Kusuru etkileyen nedenlerde hukukun failden beklentisi tipik fiilden kaçınmasıdır. Bu yüzden örnekte hukukun çocuktan beklentisi pencerenin camını kırmamasıdır; kırarsa davranışı hukuka aykırı olur.

Bu yorum, açıkça adil olanla çeliştiği gibi Türk hukukuna bir bütün olarak bakıldığında da kabul edilebilir değildir. 1982 Anayasasının 14. maddesine göre yaşama hakkı, savaş hukukuna uygun fiiller hariç olmak üzere olağanüstü hallerde dahi özüne dokunulmayacak haklardandır. Bu demektir ki; anayasa koyucu yaşama hakkını mülkiyet hakkına nazaran çok daha güçlü bir şekilde korumak istemektedir. Ceza kanununda mala zarar verme ve öldürme suçları için öngörülen ceza miktarları karşılaştırıldığında da Türk hukukunda yaşam hakkının mülkiyet hakkından daha çok önemsendiği tartışmadan varestedir. Ahlaki değerlendirmeler esas alındığında da aynı sonuca ulaşılır; *can maldan değerlidir*.

Kanaatimizce, korunan değer ihlal edilenden daha değerli ise zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedenidir. Bu yüzden, çocuğun pencerenin camını kırması hukuka uygundur. Bu yorum, TCK m. 98'de düzenlenen *yardım ve bildirim yükümlülüğünü ihlal suçuyla* da uyumludur. TCK m. 98'e göre, yaşı, hastalığı ya da herhangi bir başka sebepten dolayı kendisini idare edemeyecek durumda olan kişiye hal ve koşulların gerektirdiği ölçüde yardım etmeyen kimse sorumlu olmaktadır. Zorunluluk hali kusuru etkileyen bir neden olarak kabul edildiğinde, çocuğun davranışı haksız olacağından kulübenin sahibi meşru savunma hükümleri çerçevesinde çocuğun kulübeye girmesine

engel olabilir. Ancak TCK m. 98'e göre kulübenin sahibinin durumun gerektirdiği ölçüde çocuğa yardım etme yükümlülüğü de vardır. -Çocuğa yapılacak tek yardımın çocuğun kulübeye alınması olduğu varsayılırsa- zorunluluk hali kusuru etkileyen bir neden olarak kabul edildiğinde bir yandan kulübenin sahibine çocuğun kulübeye girmesine müsaade etmeyebileceği, öte yandan çocuğa yardım etmesi gerektiği söylenmiş olmaktadır.

Aynı problem, cebir ve tehdit için de geçerlidir. Örneğin, (A), (B)'ye silah doğrultur, mermiyi namluya sürer ve (B)'den (C)'ye hakaret etmesini ister. 5271 sayılı Kanun m. 223/3-b'ye göre, “*yüklenen suçun ...cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi*” halinde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilir. Katı pozitivist bir bakış açısı ile değerlendirildiğinde, cebir ve tehdit altında suç işleyen kimselerin fiili her durumda haksızdır; çünkü tehdit ve cebir ilgili düzenlemeye göre kusuru etkileyen nedenlerdir. Öğretide de, tespit edebildiğimiz kadarıyla, *Kangal* dışında aksi görüşte bir yazar yoktur.³⁵⁰ Tehdit kusuru etkileyen bir neden olarak kabul edilirse, (B)'nin (C)'ye hakaret etmesi haksızdır; hukukun (B)'den beklentisi maruz kaldığı fiile katlanması (hayatını kaybetmesi), (C)'ye hakaret etmemesidir. (B), hukukun kendisinden beklentisini yerine getirirse hayatını kaybedecektir. Kanaatimizce, cebir ve tehditte de korunan hukuki değer ihlal edilenden üstünse fiil hukuka uygundur.

Kanun koyucunun hukuka uygunluk nedeni olarak nitelediğini, hukuka uygunluk nedeni; kusuru etkileyen neden olarak nitelediğini, kusuru etkileyen neden olarak kabul etmek, meseleyi basit bir ampirik tespite indirgemektedir.³⁵¹ Hukuki değerlerin karşılaştırılmasındaki ölçüt ahlakta değil, ilgili hukuk düzenindeki hukuk kültüründe aranmalıdır. Örneğin, yasa koyucu yaş küçüklüğünü, -o hukuk kültüründe küçüklerin manevi gelişimleri için bu tip olumsuz tecrübelerin de gerekli olduğu veya

³⁵⁰ *Kangal*'a göre tehdit ve cebir, korunan hukuki değer ihlal edilenden önemli bir biçimde üstünse hukuka uygunluk nedenidir. *Kangal, Zorunluluk Durumu*, 54.

Türk hukukunda hâkim görüşe göre cebir ve tehdit kusuru etkiler. Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 356; Özgenç, *Genel Hükümler*, 476; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 409; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 531; Akbulut, *Genel Hükümler*, 530; Zafer, *Genel Hükümler*, 439-440; Canpolat, *Cebir*, 193 vd.; Recep Gülşen, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit* (Ankara: Seçkin, 2007): 140; Zeki Hafizoğulları, “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit /L'inesigibilita)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57/3 (2008): 364.

³⁵¹ Berman, “Justification and Excuse”, 30.

bunun gibi başka bir gerekçeyle temellendirilemiyorsa- hukuka uygunluk nedeni olarak düzenleyemez.³⁵² Normun arkasındaki gerekçe, küçüklerin fiillerinin anlam ve önemini bilmemesi ise lafız açıkça hukuka uygunluk nedeni olarak nitelese dahi yaş küçüklüğü bir hukuka uygunluk nedeni değil, kusuru etkileyen bir nedendir.³⁵³

Görüşümüzün açıkça kanuna aykırı olduğu; zira hukukun bir gerçeklik olarak “olması gereken” değil, “olan” olduğu ve “olan”ın da CMK m. 223’teki düzenleme olduğu; hâkimlerin görevinin norm yaratma değil, var olan normları uygulamak olduğu; norm yaratma yetkisinin parlamento ya ait olduğu bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerini yazılı hukuk dışında aranmanın güçler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu; hâkimin normun belirlemesi ile bağlı olmamasının hukuki güvenlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği vs. ileri sürülebilir. Kanaatimizce, yukarıdaki örneklerde hâkim fiilin hukuka uygun olduğuna karar verirse hukuk yaratmış olmaz; var olan hukuku uygulamış olur. Biz, katı pozitivist anlayışı ve tüm insanlık için ortak olan bir hukukun olduğunu ileri süren doğal hukuk anlayışını değil³⁵⁴, hukukun yalnızca yasa koyucunun çıkardığı normları değil, o hukuk kültürünün özünü teşkil eden ilkeleri de kapsadığını ileri süren *Ronald Dworkin*’in hukuk teorisini kabul ediyoruz.

Dworkin, hukuki pozitivizmi *Hart*’ın modeli üzerinden eleştirmektedir. *Hart*’a göre kurallar, birincil ve ikinci kurallar olmak üzere ikiye ayrılırlar.³⁵⁵ Birincil kurallar, hak ve ödevleri düzenlerken; ikincil kurallar, birincil kuralların nasıl oluşturulacağı, değiştirileceği ya da ortadan kaldırılacağı ile ilgilidir. Bir kuralın ilgisine “ödev” yükleyebilmesi için ilgilisi tarafından “kabul edilmesi” (*acceptance*) ya da kuralın “geçerli olması” (*validity*) gerekir.³⁵⁶ İlkel toplumlar sadece birincil kurallara sahiptirler; bu kurallar kabile üyeleri için “kabul etme” pratiklerine dayanır. Bu tür toplumların hukuk kurallarına sahip olduğu söylenemez; çünkü hukuk kurallarını diğer kurallardan

³⁵² Berman, “Justification and Excuse”, 30-31

³⁵³ Berman, “Justification and Excuse”, 31.

³⁵⁴ Bu anlayış, ceza hukukunun öldürmeme, hırsızlık yapmama gibi belirli ve çok sınırlı bir alanı için söz konusu olabilir. Toplumlar arasında hatta aynı toplum içerisindeki gruplar arasında dahi değer yargılarında çeşitlilik vardır.

³⁵⁵ Hart, *The Concept*, 77-78.

³⁵⁶ Hart, *The Concept*, 97-107.

ayırarak bir ölçüte sahip değillerdir.³⁵⁷ Hukuk kurallarını diğer kurallardan ayıracak ölçütler geliştiren (ikincil kurallar) toplumların hukuk sistemi vardır. İkincil kurallar içerisinde en önemli olanı tanıma kuralıdır (*rule of recognition*). Bir kuralın hukuk kuralı olabilmesi için tanıma kuralına uygun olması gerekir.³⁵⁸ Tanıma kuralı, “*kral neye hukuk kuralı derse o hukuk kuralıdır*” önermesinde olduğu gibi basit bir içeriğe sahip olabileceği gibi karmaşık bir içeriğe de sahip olabilir. Örneğin, Türk hukukunda suç yaratma yetkisi 1982 Anayasasına göre, TBMM’ye aittir. TBMM, teknik manada kanunla suç yaratabilir.

Hart’ın modeline göre bir kuralı hukuk kuralı yapan kim tarafından hangi usulde çıkarıldığıdır.³⁵⁹ Dworkin’e göre ahlaki ilkeler, maddi bir muhtevaya sahip oldukları için tanıma normunda yer almazlar; alırlarsa hukuki pozitivizmin iddia ettiği hukuk-ahlak ayrılığı ortadan kalkmış olur. Hukuki pozitivizmin iddiası, açık bir şekilde hukuk kavramını ortaya koymaktır; ahlaki ilkeler ise doğaları gereği muğlaktır. Hukuki pozitivizmin iddiası, “olan” hukuku ortaya koymaktır; ancak Dworkin’e göre “olan” hukuk, pozitivizmin iddia ettiği gibi değildir. Zor davalarda uyuşmazlık o hukuk kültüründe oluşmuş ahlaki ilkelerle çözümlenmektedir.³⁶⁰ Örneğin, *Riggs v. Palmer* davasında³⁶¹ büyükbabası tarafından mirasçı kılınan torun, büyükbabasının vasiyetini değiştireceğinden korkarak büyükbabasını öldürür. New York Eyaletinin kanununda miras bırakanı öldürmenin mirastan yoksunluk sebebi olup olmadığı konusunda açık bir düzenleme yoktur. Davaya bakan yargıçlardan *John Clinton Gray*, mevcut pozitif düzenlemeler karşısında sözleşmenin kurulduğu andaki geçerlilik koşullarının değişmediğinden bahisle mirasın toruna geçmesine hukuki bir engel olmadığını ileri sürmüştür. *Gray*’a göre, torunun fiili ceza hukukunda yaptırıma bağlanmıştır, mirastan mahrumiyet ikinci bir cezaya hükmetme anlamına gelir ve yazılı hukuk mahkemeyi bu konuda yetkilendirmemiştir; mahkeme basitçe sırf ahlaki olarak tatmin edici diye kendisine ait olmayan bir yetkiyi kullanamaz; kural yaratamaz. Ancak dava torunun

³⁵⁷ Hart, *The Concept*, 89 vd.

³⁵⁸ Hart, *The Concept*, 92.

³⁵⁹ Dworkin, *Taking Rights*, 17.

³⁶⁰ Dworkin, *Taking Rights*, 40.

³⁶¹ Karar ve değerlendirmesi için bkz. Dworkin, *Taking Rights*, 23 vd.

aleyhine sonuçlanmış; “kimse kendi hilesinden kazanç sağlayamaz” ilkesinden hareketle torunun mirasçı olamayacağına hükmedilmiştir.

Özetle, *Dworkin*’e göre hukuk, kurallardan ve ilkelere oluşur. Pozitivizmin iddia ettiği gibi hukuk yalnızca tanıma normuna uygun olarak çıkarılan kurallardan oluşmaz; mahkemeler zor davalarda ilkelere başvurmaktadırlar; “olan” budur. Alman İmparatorluk Mahkemesinin korunan hukuki değerin ihlal edilenden açık bir şekilde üstün olması durumunda zorunluluk halini yazılı hukuk üstü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiği dava, bu tür bir davadır. İlkelerin ahlaki içeriği olduğu için ilkeler belirlilik iddiası taşıyan tanıma normuna konu olamazlar. Tanıma normunda ilkelere yer verilirse, hukuki pozitivistlerin iddia ettiği gibi tanıma normu hukuku ahlaktan ayıramaz.³⁶² İlkelerin varlık nedeni hukukun adil olanla uyumlu olması yönündeki beklentidir. Hukukta belirlilik ve istikrar ne kadar önemli ise adalet de o kadar önemlidir. Salt yazılı metne bağlı kalmak adil olanla çelişiyorsa hâkim ilkelere başvurur; bu yüzden ilkeler de kurallar gibi hukukun içerisinde yer alırlar.

³⁶² Dworkin, *Taking Rights*, 42.

İKİNCİ BÖLÜM

I. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDE HATANIN GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ VE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDE MADDİ UNSUR HATASININ KOŞULLARI

A. Genel Olarak Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata ve Görünüş Şekilleri

1. Genel Olarak Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata

Gerçeklik hakkındaki inanış yanlışsa hatadan söz edilir. Hata, ontolojik bir kavramdır; bilmenin konusu olan her şey hatanın da konusu olabilir. Ancak, failin mağdurun kıyafetinin renginde hataya düşmesinde olduğu gibi, her hata hali de ceza hukukunda hukuki sonuç doğurmaz. Hatanın ceza hukukunda hukuki sonuç doğurabilmesi için önemli olması gerekir.³⁶³ Ceza hukukunda hatanın hangi durumlarda önemli olduğu sorusuna, 5237 sayılı TCK'nın “hata” başlıklı 30. maddesi şu şekilde yanıt vermektedir:

(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır

(2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır

³⁶³ Öğretide “esaslı hata” ifadesi sıklıkla kullanılmaktadır. Öğretiye göre, fail hataya düşmeseydi fiil suç teşkil etmeyecek idiyse esaslı hatadan söz edilir. Hata, fiilin suç teşkil etmesini engellemiyorsa mesela taksirli suça vücut veriyorsa esaslı değildir. Soyaslan, *Genel Hükümler*, 470; Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2*, 317; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 327; Hamide Zafer, *Genel Hükümler*, 308.

“Önemli hata” kavramı “esaslı hata” kavramını da kapsayan daha geniş bir kavramdır.

(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait unsurların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır

(4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.

Düzenlemede, hatanın nedeni ve sonucu değil, konusu esas alınmış ve ceza hukukunda sonuç doğuran hata, konusu itibarıyla sınırlandırılmış ve sınıflandırılmıştır. TCK m. 30'da kanun koyucu hata kurumunu cezalandırılabilir fiilin tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurdan oluşan üç basamaklı yapısı ile uyumlu bir şekilde düzenlemiştir; hataya cezalandırılabilir fiilin her bir basamağında hukuki sonuç bağlamıştır. Tipiklik ve hukuka aykırılık haksızlığın unsurları olduğu için en nihayetinde ceza hukukunda hukuki sonuç doğuran hata, *haksızlığı etkileyen hata* ve *kusuru etkileyen hata* olmak üzere ikiye ayrılır. Hata, kusuru ya da haksızlığı etkiliyorsa önemli; etkilemiyorsa önemsizdir.

Öğretide, *haksızlığı etkileyen hata* ve *kusuru etkileyen hata* ayrımı yerine *kastı engelleyen hata* ve *kusuru etkileyen hata* ayrımı yapılmaktadır.³⁶⁴ *Kastı engelleyen hata* ifadesi yerine *haksızlığı etkileyen hata* ifadesini tercih etmemizin nedeni bu ifadenin Türk ceza hukukunun iki temel ekolü arasındaki ayrımı net bir biçimde yansıtmasıdır. Klasik Suç Teorisine göre, haksızlık objektif niteliktedir ve kast haksızlığın değil, kusurun bir bileşenidir. Şahsi Haksızlık Teorisine göre ise kast haksızlığın gerçekleştiriliş biçimidir. *Kastı engelleyen hata* ve *kusuru etkileyen hata* ayrımı iki teoriye göre de yapılabilir. Örneğin, Klasik Suç Teorisine göre, suç tipinin maddi unsurlarında hata kastı engeller.³⁶⁵ Haksız tahrikin unsurlarında hata ise, kastı engellemez; ancak kusuru etkiler.³⁶⁶ Şahsi Haksızlık Teorisine göre de suç tipinin maddi unsurlarında hata kastı engellerken zorunluluk hali, cebir, haksız tahrik gibi kusuru

³⁶⁴ Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 254; Özgenç, *Genel Hükümler*, 521; Akbulut, *Genel Hükümler*, 372; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 579; Dülger, Özkan ve Bakdur, “Hata”, 229; Ali Tanju Sarıgül, “Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14/2 (2019): 664.

³⁶⁵ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 327; Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2, 317-318; Erem, *Ceza Hukuku Cilt 2*, 71.

³⁶⁶ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 348; Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2, 359; Erem, *Ceza Hukuku Cilt 2*, 59.

etkileyen nedenlerde hata kusuru etkiler. Anlaşılabacağı üzere *kastı engelleyen hata* ve *kusuru etkileyen hata* ayrımı, terminolojik olarak iki teori arasındaki farklılığı tam olarak yansıtmamaktadır; bu yüzden *kastı engelleyen hata* ifadesi yerine *haksızlığı etkileyen hata* ifadesinin tercih edilmesinin daha yerinde olacağını düşünüyoruz.

Kastı engelleyen hata ifadesi yerine, *haksızlığı etkileyen hata* ifadesini tercih etmemizin bir diğer nedeni, *kastı engelleyen* ve *kusuru etkileyen hata* ayrımının yeterince kapsayıcı olmamasıdır. Örneğin, öğretide bir görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılmazsa, fiil hukuka uygundur.³⁶⁷ Bu görüşe göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ne *kastı engeller* ne de kusuru etkiler. Bu görüşe göre, bu tür bir hata haksızlığın hukuka aykırılık unsurunu engeller; yani haksızlığı etkiler. *Haksızlığı etkileyen hata* ifadesi, bu görüşü de kapsayacak niteliktedir.

TCK m. 30'da dikkat çeken bir başka husus, kanun koyucunun düzenlemenin lafzında hukuka uygunluk nedenlerinden söz etmemesidir. Bunun nedeni kanunda kullanılan terminolojidir. Kanun koyucu, 5237 sayılı TCK'da hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenleri, "*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler*" başlığı altında kümülatif olarak düzenlemiş ceza sorumluluğunu etkileyen nedenlerden hangilerinin hukuka uygunluk nedenleri, hangilerinin kusuru etkileyen nedenler olduğunu belirtmemiştir. Aynı terminoloji, TCK m. 30/3'te de kullanılmıştır. Bu yüzden, TCK m. 30/3, hem hukuka uygunluk nedenlerinde hem de kusuru etkileyen nedenlerde hatayı kapsamaktadır.³⁶⁸

Hukuka uygunluk nedenlerinde hatada hatanın birden fazla görünüş şekli vardır. Biz çalışmamızı hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusuna

³⁶⁷ Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları*, 137-139; Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26-27; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 86; Özen, *Meşru Müdafaa*, 148 vd.; Soyaslan, *Genel Hükümler*, 405-406; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294; Zafer, *Genel Hükümler*, 417; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, 304-306; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 268; Gerçekler, *Yorumlu ve Uygulamalı*, 457; Öztürk/Erdem, teorik olarak yerinde görmese de, 5237 sayılı Kanunda bu görüşün esas alındığını ileri sürmektedir. Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 481.

³⁶⁸ Aksi görüş için bkz. Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 301; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 299.

özgülediğimiz için çalışmanın devamında esasen bu hata türünün unsurları üzerinde duracağız. Ancak konunun daha açık bir biçimde anlaşılabilmesi için hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın diğer görünüş şekillerinin üzerinde durulması ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın diğer hata türlerinden ayrılan yönlerinin ortaya konulması gerekir.

2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Bilmeme ve Hatanın Görünüş Şekilleri

a. Somut Olayda Objektif Olarak Var Olan Hukuka Uygunluk Nedenini Failin Bilmemesi

Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin unsurları objektif olarak gerçekleşmesine rağmen fail bu durumu bilmeyebilir. Örneğin, (A), bombalı bir saldırı gerçekleştirmek üzere konser alanına gelir. Durumdan haberdar olmayan hırsız (B), (A)'nın sırt çantasını, (A)'nın bir anlık dalgınlığının faydalanarak alır ve uzaklaşır. (B), çantanın içerisinde kısa bir süre sonra patlayacak zaman ayarlı bir bomba düzeneği olduğunu görür ve çantayı boş bir alana atarak uzaklaşır. Bomba patlar, can ve mal kaybı yaşanmaz. Örnekte, (B)'nin fiili meşru savunmanın objektif unsurlarını taşımaktadır; fakat fiil anında (B), bu durumun bilincinde değildir.³⁶⁹

Failin somut olayda objektif unsurları itibarıyla var olan hukuka uygunluk nedenine ilişkin bilgisizliği, suç teorisinin temel tartışma konularından birisidir. Öğretide bu konuya ilişkin tartışmalar üç temel teori altında kümelenmektedir:

(1) Objektif Teoriye göre, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmişse, fail bu durumu bilsin ya da bilmesin fiil hukuka uygundur.³⁷⁰ Objektif olarak var olan hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla, netice hukukun istemediği

³⁶⁹ Örnek için bkz. Paul H. Robinson, “The Bomb Thief and the Theory of Justification Defenses”, *Criminal Law Forum: An International Journal*, 8/3 (1997): 387-388.

³⁷⁰ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 21; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 84; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 223; Taner, *Umumi Kısım*, 395; Toroslu, *Genel Kısım*, 160; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Zafer, *Genel Hükümler*, 362; Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 203; Ekici Şahin, Rıza, 175; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 289; Dursun, Bozbayındır, “Manevi Unsurları Meselesi”, 86-87; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 427; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 288; Uğraş, “Hukuka Uygunluk”, 411; Paul H. Robinson, “Objective Versus Subjective Justification: A Case Study in Function and Form in Constructing a System of Criminal Law Theory”, in *Criminal Law Conversations*, eds. Paul H. Robinson, Stephen P. Garvey, Kimberly K. Ferzan (New York: Oxford University Press, 2009), 344; Moore, *Placing Blame*, 65-6; Schopp, *Just Conviction*, 35; Hurd, “Justification and Excuse”, 1565-1567.

bir netice değil, aksine hukukun istediği ya da en azından gerçekleşmesine izin verdiği neticedir. Fiil dış dünyada hukukun istemediği sonuçlara yol açmadığına göre böyle bir fiil dolayısıyla faili cezalandırmak, failin niyetini cezalandırmak manasına gelir; niyetler ceza hukukunu değil, ahlakı ilgilendirir; ceza hukukunu ilgilendiren fiillerdir.³⁷¹

(2) Saf Sübjektif Teoriye göre, fail somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğuna inanıyorsa ve bu inancı makulse, failin zihnindeki hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları somut olayda gerçekleşse de gerçekleşmese de fiil hukuka uygundur.³⁷² Türk hukukunda Saf Sübjektif Teoriyi doğrudan savunan bir yazar yoktur; ancak Türk hukukunda bazı yazarlar hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorununda Objektif Teoriyi savunurken, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda, çelişkiye düşerek, Objektif Teorinin tam tersi olan Saf Sübjektif Teoriyi savunmaktadırlar.³⁷³

(3) Türk hukukunda Sübjektif Teori, Anglo-Amerikan hukukunda ise Çifte Gereklilik Teorisi (*Dual Requirement Theory*) olarak adlandırılan görüşe göre, tipik fiilin hukuka uygun olabilmesi için ilgili hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurlarının gerçekleşmesi zorunludur; fakat yeterli değildir; fiilin hukuka uygun olabilmesi için ilgili hukuka uygunluk nedeninin sübjektif unsurunun da gerçekleşmesi gerekir.³⁷⁴ Bu görüşe göre, haksızlığın tipiklik ve hukuka aykırılık unsurları yapısal

³⁷¹ Ekici Şahin, *Rıza*, 363; Dursun, Bozbayındır, “Manevi Unsurları Meselesi”, 87; Robinson, “A Theory of Justification”, 266; Baron, “Justifications and Excuses”, 400-401.

³⁷² Charles Fried, *Right and Wrong* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1978), 48; Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility, and the Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), 139; Baron, “Justifications and Excuses”, 398; Robin Antony Duff, “Rethinking Justifications”, *Tulsa Law Review*, 39/4 (2004): 840; Husak, “Criminal Liability of Accessories”, 508; Hamish Stewart, “The Role of Reasonableness in Self-Defence”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 16/2 (2003): 333; Re'em Segev, “Justification, Rationality and Mistake: Mistake of Law is No Excuse? It Might Be a Justification!”, *Law and Philosophy*, 25/1 (2006): 44; Dressler, “New Thoughts”, 93; Russell Christopher, “Objectivity: A Reply to Judith Jarvis Thomson”, *Buffalo Criminal Law Review*, 1/2 (1998): 545-546.

³⁷³ Dönmezer, *Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 85-86; Demirbaşı, *Genel Hükümler*, 293-294; Zafer, *Genel Hükümler*, 417.

³⁷⁴ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 595; Akbulut, *Genel Hükümler*, 421; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 271; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 282; Özgenç, *Genel Hükümler*, 310; Hakeri, *Genel Hükümler*, 342; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 260; Meraklı, Kusur, 418; Ersan, *Meşru Savunma*, 50; Ozansü, *Kasttan Doğan*, 118; Göktürk, “Objektif Nitelikte midir?”, 16; Karakurt, “Hata”, 128-129; John C. Smith and Brian Hogan, *Criminal Law* (London: Lexis Publishing, 1988), 37; Gardner, “Justifications and Reasons”, 105; George P. Fletcher “Domination in the Theory of Justification and Excuse”, *University of Pittsburgh Law Review*, 57/3 (1996): 561; Anthony M. Dillof, “Unravelling Unknowing Justification”, *Notre Dame Law Review*, 77/5 (2002): 1596.

olarak özdeştir; ikisi de objektif ve sübjektif unsurlardan oluşur. Tipiklik ve hukuka aykırılık arasındaki ilişki, birinin haksızlığın olumlayanı, ötekinin ise olumsuzlayanı olmasıdır. Fiilin haksız olabilmesi için tipik olması ve hukuka uygun olmaması gerekir. Hukuka uygunluk nedenleri, tipik fiilin haksızlık içeriğini nötralize eder; tipikliğin objektif unsurlarının haksızlığı, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurları ile, tipikliğin sübjektif unsurlarının haksızlığı ise hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru ile nötralize olur.³⁷⁵ Sonuç olarak, Çifte Gereklilik Teorisine göre hukuka uygunluk nedenleri de objektif ve sübjektif unsurlardan oluşur. Birindeki eksiklik somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin olmadığı anlamına gelir.

Sübjektif unsurun ilgili hukuka uygunluk nedenine esas olan motivasyonu, - örneğin meşru savunmada savunma motivasyonunu- içerip içermediği konusu ise, Çifte Gereklilik Teorisini kabul eden yazarlar arasında tartışmalıdır. Bir görüşe göre, failin hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurlarını bilmesi yeterlidir.³⁷⁶ Fail, kötü niyetle örneğin, meşru savunmada savunma niyeti ile değil de intikam niyetiyle hareket etse dahi davranışı hukuka uygundur. Bir başka görüşe göre, failin fiilinin hukuka uygun olabilmesi için ilgili hukuka uygunluk nedenine esas olan motivasyonla hareket etmesi gerekir; aksi halde fiil hukuka aykırı olur.³⁷⁷

Sübjektif unsurun eksikliğinde failin sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği konusu da yazarlar arasında tartışmalıdır. Bir görüşe göre, fail tamamlanmış suçtan sorumlu olmalıdır.³⁷⁸ Başka bir görüşe göre, ortaya çıkan netice, objektif olarak hukuk düzeninin istemediği bir netice değil, aksine istediği ya da en azından gerçekleşmesine izin verdiği bir neticedir; bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleştiği olaylarda ortaya çıkan neticenin haksızlığından söz edilemez. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleştiği ve fakat sübjektif unsurlarının gerçekleşmediği olaylarda failin sübjektif durumu ile karakterize olan hareketin

³⁷⁵ Göktürk, “Objektif Nitelikte Midir?”, 18; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 193-194; Fletcher, “Basic Concept”, 105-106; Dillof, “Unraveling”, 1569 vd.

³⁷⁶ Fletcher, *Rethinking*, 565.

³⁷⁷ Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 260; Özgenç, *Genel Hükümler*, 360.

³⁷⁸ Gözde Kazaker, *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs* (Ankara: Adalet, 2019), 268; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 261; Ersan, *Meşru Savunma*, 52-53; Ozansü, *Kasttan Doğan*, 118-119.

haksızlığı vardır; bu da teşebbüs derecesindeki haksızlığa karşılık gelir; yani fail suça teşebbüsten sorumlu olmalıdır.³⁷⁹

Taksirli suçlar bakımından da konu önem arz eder. Örneğin, inşaat işçisi (A) özensiz davranışları nedeniyle elindeki kalası düşürür ve kalas yaya (Y)’ye çarpar. (Y), o esnada elindeki bıçakla hasmını kovalamaktadır; yani (A), taksirli fiili ile farkında olmadan (Y)’nin hasmının hayatını kurtarmıştır. Objektif görüşe göre önemli olan hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurlarının gerçekleşmesi olduğu için, (A)’nın davranışı üçüncü kişi lehine meşru savunmadır. Saf Sübjektif Teoriye göre, failin davranışının hukuka uygun olabilmesi için failin ilgili hukuka uygunluk nedeninin unsurlarının gerçekleştiğine yönelik makul bir inancı olmalıdır. Örnekte (A), bu iradeye sahip olmadığı için Saf Sübjektif Teoriye göre, (A)’nın davranışı hukuka aykırıdır. Çifte Gereklilik Teorisine taraftar olan yazarlara göre de fiilin hukuka uygun olabilmesi için en azından failin hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurlarını bilmesi gerekir; bu yüzden (A)’nın davranışı hukuka aykırıdır. Öte yandan Çifte Gereklilik Teorisine taraftar olan yazarlar arasında bu konuda ayırım yapmak gerekir. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurlarının gerçekleştiğinin fail tarafından bilinmediği durumlarda, failin tamamlanmış suçtan sorumlu olması gerektiğini ileri süren yazarlara göre, (A) taksirli suçtan sorumlu olur. Failin ilgili suça teşebbüsten sorumlu olması gerektiğini ileri süren yazarlara göre ise, (A)’nın davranışı suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmez; çünkü taksirli suçlara teşebbüs olmaz.

³⁷⁹ Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 272; Göktürk, “Objektif Nitelikte Midir?”, 27; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 595.

Anglo-Amerikan hukukunda Objektif Teoriyi savunan bazı yazarlar da hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleştiğinin fail tarafından bilinmediği durumlarda failin suça teşebbüsten sorumlu olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşteki bazı yazarlar için bkz. Moore, *Act and Crime*, 180; Hurd, “Justification and Excuse”, 1555-1556.

Anglo-Amerikan hukukunda Objektif Teoriyi savunan bazı yazarlara göre ise failin bu tür bir durumda genel teşebbüs hükümlerinden değil, işlenemez suça teşebbüs hükümlerinden sorumlu olması gerekir. Söz konusu yazarlara göre, objektif olarak tipikliğin gerçekleşmediği durum ile objektif olarak fiilin hukuka uygun olduğu durum arasında fark yoktur; iki durumda da fiil suç teşkil etmez. İki durumun diğer bir ortak noktası, suç işlediğini zanneden failin tehlikeli kişiliğini ortaya koymuş olmasıdır. Paul H. Robinson, John M. Darley, “Testing Competing Theories of Justification”, *North Carolina Law Review*, 76/4 (1998): 1098; B. Sharon Byrd, “Putative Self-Defense and Rules of Imputation in Defense of the Battered Woman”, *Annual Review of Law and Ethics*, 2 (1994): 292.

Biz, üçüncü bölümde “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Objektif Nitelikte Olması” başlığı altında detaylı olarak izah edeceğimiz üzere objektif görüşü savunuyoruz; somut olayda objektif unsurları itibarıyla bir hukuka uygunluk nedeni varsa, fail bu durumu bilse de bilmese de fiil hukuka uygundur.

b. Failin Somut Olayda Bir Hukuka Uygunluk Nedeninin Unsurlarının Gerçekleştiğine İnanması

Üst başlıkta somut olayda objektif olarak var olan bir hukuka uygunluk nedeninin fail tarafından bilinmemesi ihtimali üzerinde durduk. Hukuka uygunluk nedenlerinde bilmeme ve hatanın daha sık karşılaşılan hali, somut olayda objektif olarak bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamasına rağmen failin bulunduğu zannıyla hareket etmesidir. Bu ihtimalin de kendi içerisinde biri maddi unsurlarda hata (TCK m. 30/3); diğeri izin hatası (TCK m. 30/4) olmak üzere iki türü vardır. Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması, 5237 sayılı TCK’nın 27. maddesinin birinci fıkrasında özel olarak düzenlenmiştir. Sınır aşımı, hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın bağımsız bir türü değildir; ancak kanun koyucu sınır aşımını özel olarak düzenlediği için sınır aşımını ayrı bir başlık altında ele alacağız.

1) Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Maddi Unsur Hatası

Fail, hukuka uygunluk nedenine konu olguda hataya düşerse, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatadan söz edilir. Örneğin, (A), kendisine oyuncak tabanca ile şaka yapan (B)’nin kendisini öldürmek istediğini zanneder ve (B)’yi öldürür. Örnekte, gerçekte bir saldırı olmadığı için TCK m. 25/1’de düzenlenen meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin saldırıya ilişkin unsuru gerçekleşmemiştir. Fail dış dünyadaki objektif bir gerçekliği (silahın oyuncak olması) bilmemektedir. Failin hatası, olgusal gerçekliğe ilişkindir.

2) İzin Hatası

İzin hatası, TCK m. 30/4’de düzenlenen haksızlık hatasının iki görünüş şeklinden birisidir. Fail fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmiyorsa haksızlık hatasından söz edilir.^{380,381}

Failin fiili dolayısıyla sorumlu olabilmesi için normun uyarısının faile ulaşması ya da en azından ulaşabilir olması gerekir. Haksızlık hatasında normun haksızlıktan kaçınma şeklindeki uyarısı faile ulaşmamaktadır; bu yüzden haksızlık hatasına düşen failde haksızlık bilinci olmaz.

Haksızlık hatasına ilişkin temel meselelerden biri, haksızlık hatasının kapsamıdır: *Fail neyi bilmezse haksızlık hatasına düşmüş olur?* Bu soruya öğretide farklı yanıtlar verilmektedir. Bir görüşe göre ölçü yazılı hukuk kuralları; diğer bir görüşe göre ise toplumdaki değer yargılarıdır; bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe göre, hukuk ile toplumdaki ahlaki değer yargıları çelişebilir; fail davranışının o hukuk düzeninin bütününde anlamını bulan davranış normlarını haksız bir şekilde ihlal ettiğini bilmiyorsa haksızlık hatası vardır.³⁸²

Haksızlık hatasına ilişkin bir diğer önemli mesele, bu tür bir hatanın hukuki sonucunun ne olduğudur. Haksızlık hatasının ve haksızlık hatasının bir türü olması dolayısıyla izin hatasının hukuki sonucunda belirleyici olan, haksızlık bilincinin cezalandırılabilir fiilin yapısında nerede konumlandırıldığıdır. Haksızlık bilinci kastın kapsamına dâhil edilirse, haksızlık hatası kastı engeller. Haksızlık bilinci kusurun bir bileşeni olarak kabul edilirse, haksızlık hatası kusuru etkiler. Kast, ontolojik; kusur ise normatif bir kavramdır. Haksızlık bilinci kasta dâhil edilirse, kast ontolojik bir kavram olduğu için haksızlık hatası kaçınılabilir olsun ya da olmasın kastı engeller; hata kaçınılabilirse ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan

³⁸⁰ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 69; Mahmutoglu, Karadeniz, *Genel Hükümler Şerhi*, 740; Hakeri, *Genel Hükümler*, 484; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 598; Özgenç, *Genel Hükümler*, 534-535.

³⁸¹ Öğretide haksızlık hatasını ifade etmek üzere farklı terimler kullanılmaktadır: “haksızlık yanılgısı” (Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 69); “yasak hatası” (Mahmutoglu, Karadeniz, *Genel Hükümler Şerhi*, 740); “hukuki yanılma” (Hakeri, *Genel Hükümler*, 484); “kural üzerindeki hata” (Toroslu, *Genel Kısım*, 261); “yasaklılık yanılması” (Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 444).

³⁸² Görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 31 vd.

sorumlu olur. Haksızlık bilinci kusurun bir bileşeni olarak kabul edilirse, kusur normatif bir kavram olduğu için failde aktüel olarak haksızlık bilinci olmasa dahi haksızlık bilincinin potansiyel olarak varlığı, faile kusur isnadı bakımından yeterlidir. Haksızlık bilinci kusurun bir bileşeni olarak kabul edildiğinde, haksızlık hatası, haksızlığın gerçekleştiriliş biçimi olan kastı engellemez.

Haksızlık bilincinin kastın mı yoksa kusurun mu bir bileşeni olduğu tartışması, cezalandırılabilir fiilin kusur unsuruna ilişkin teoriler arasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Psikolojik Kusur Teorisine göre, kast kusurun bir unsuru/türü olduğu için haksızlık bilinci doğal olarak kastın bir bileşeni olmaktadır (*dolus malus*).³⁸³ Psikolojik Kusur Teorisi, suçun dış âleme ilişkin tüm bileşenlerini haksızlık, suçun failin iç dünyasına ait bileşenlerini ise kusur içerisinde değerlendiren Klasik Suç Teorisi taraftarlarınca savunulmuştur.³⁸⁴ Psikolojik Kusur Teorisine göre, kusurun içeriği kast ve taksirle sınırlıdır.³⁸⁵ Kusur, kast ve taksirle sınırlı olduğu için haksızlık bilinci kusurun içerisinde taksir ve kasttan bağımsız bir sübjektif unsur değildir; aktüel haksızlık bilinci kastla, potansiyel haksızlık bilinci ise taksirle ilişkilidir. Fakat kastın haksızlık bilincini içerir şekilde anlaşılmasının suçla mücadeleyi zayıflatma sakıncası vardır; zira hukuku değil normal vatandaşlar hukukçular bile tam olarak bilmez. Kastı engelleyen hatada hata kaçınılabilir olsa dahi kastı engellemektedir; taksirli fiiller kanunda nadiren suç olarak düzenlendiği için çok basit hatalarda dahi haksızlık hatasına düşen failin cezalandırılmaması gerekir.³⁸⁶ Ayrıca, kastın varlığı bakımından haksızlık bilincinin aranması, hukuku muhatapının inanışına indirger; muhatap neyin haksız olduğuna neyin haksız olmadığına kendi değer yargıları ile karar vermiş olur.³⁸⁷ Bu sakıncalar, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı ile aşılma istenmiştir. Kast

³⁸³ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 5 vd.; Ryu, Silving, “Error Juris”, 440; Martinovic, “Intention and Awareness”, 567.

³⁸⁴ Klasik Suç Teorisi ve Psikolojik Kusur Teorisi hakkında detaylı bilgi için birinci bölümde “Yapısal İlişki” ve “Genel Olarak Kusur Kavramı” başlıkları altındaki açıklamalara bakınız.

³⁸⁵ Jescheck, “The Doctrine of Mens Rea”, 115.

Türk hukukunda Psikolojik Kusur Teorisini savunan yazar, *Taner*’dir. *Taner*, Umumi Kısım, 315-316. *Dönmezer/Erman*, kasıtlı suçlarda Psikolojik Kusur Teorisini savunmakla birlikte taksirli suçlarda taksirin normatif bir kavram olması dolayısıyla kusurun salt psikolojik bir fenomen olmadığını ileri sürmüştür. *Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 205.

³⁸⁶ Meese, Larkin, “Mistake of Law”, 749 vd.; Garvey, “Mistake of Fact”, 363; Perkins, “Ignorance and Mistake”, 40-41; Keedy, “Ignorance and Mistake”, 91; Derreiu, “Kanunu Bilmemek”, 197.

³⁸⁷ Martinovic, “Intention and Awareness”, 568.

Teorisi ve “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı birlikte değerlendirildiğinde haksızlık hatasında ikili bir ayırım yapmak gerekir.

1. Haksızlık bilincinin yokluğunun nedeni dış dünyadaki objektif gerçeklikte hata ise hata kastı engeller.³⁸⁸

2. Haksızlık bilincinin yokluğunun nedeni hukuku bilmeme ya da hukuku yanlış yorumlamak ise hata önemsizdir.³⁸⁹

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata, bu iki önermeye göre değerlendirildiğinde;

(1) Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, olgusal dünyaya ilişkin gerçeklikte hata olduğu için “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralına takılmaz; bu yüzden bu tür bir hata kastı engeller. 765 sayılı Kanun döneminde “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralının varlığına rağmen öğretideki bazı yazarların³⁹⁰ hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın kastı engellediğini ileri sürmelerinin nedeni de budur. Söz konusu yazarlara göre, haksızlık bilinci kasta dâhildir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata da hata normatif dünyaya değil, dış dünyadaki maddi gerçekliğe ilişkin olduğundan bu tür bir hataya düştüğü için fiilin hukuka uygun olduğunu zanneden failin kastı yoktur.

(2) Hukuka uygunluk nedenlerinde hata normatif gerçekliğe ilişkinse “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı dolayısıyla bu tür bir hata önemsizdir.³⁹¹

“*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralının katı bir şekilde uygulanması durumunda fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmeyen ve bilmesi de mümkün olmayan kimselerin dahi cezalandırılması gerekir; bu ise kusuru ceza sorumluluğunun merkezine

³⁸⁸ Haksızlık bilincinin yokluğunun nedeni suç tipine ilişkin olgusal gerçeklikte hata ise hatanın kastı engellediği konusunda bir tartışma yoktur. Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2, 317-318; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 326; Taner, Umumi Kısım, 389.

Haksızlık bilincinin yokluğunun nedeni, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olgusal gerçeklikte hata ise bir görüşe göre hata kastı engeller. Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 226; Erem, Ceza Kanunu Şerhi 1, 327; Bengü, Hata, 75. Bir diğer görüşe göre bu tür bir hatada hata kaçınılmazsa fiil hukuka uygundur. Kunter, Suçun Kanuni Unsurları, 137-139; Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki 2. Cilt, 26-27; Alacakaptan, Suçun Unsurları, 86; Özen, Meşru Müdafaa, 148 vd.

³⁸⁹ Taner, Umumi Kısım, 387; Alacakaptan, Suçun Unsurları, 141; Sahir Erman, “Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 12/ 2-3 (1946): 533.

³⁹⁰ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 226; Erem, Ceza Kanunu Şerhi 1, 327; Bengü, Hata, 75.

³⁹¹ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 159; Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2, 26.

yerleştirmiş çağdaş ceza hukuku bakımından kabul edilebilir bir durum değildir.³⁹² Bu çelişkinin giderilmesinin yolu, şüphesiz, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralına kanunda yer vermemektir. Fakat, bu kurala kanunda yer verilmediğinde haksızlık bilincinin kastın kapsamında olması yukarıda ifade ettiğimiz sakıncalara yol açmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, Kast Teorisinin esas alındığı bir hukuk sisteminde “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralına yer verilmesi; kusur ilkesinin kabul edildiği bir hukuk sisteminde ise “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralına yer verilmemesi gerekir. Sorunun çözümlü haksızlık bilincini kasttan ayırmaktır. Ancak, Psikolojik Kusur Teorisi, kusurun içeriğini kast ve taksirle sınırladığı için kastı haksızlık bilincinden ayırmak Psikolojik Kusur Teorisi açısından mümkün değildir. *Welzel*’in Final Hareket Teorisi ve *Frank*’ın Normatif Kusur Teorisi, kastın haksızlık bilincinden ayrılmasında dönüm noktası olmuştur.³⁹³

Frank’a göre kusur, salt fail ile fiil arasındaki psişik bağ değildir; kusur, failin iradesinin oluşum süreci dolayısıyla fail hakkında yapılan kınanabilirlik yargısını da içerir.³⁹⁴ *Welzel*’in Final Hareket Teorisi ise Psikolojik Kusur Teorisinin dayanağını oluşturan Nedensel Hareket Teorisinin tam tersi bir hareket teorisi ortaya koymuştur. *Welzel*’e göre insan doğası gereği amaç izleyen bir varlıktır; insan davranışını amaç karakterize eder; hareket, belli bir amaca yönelmiş iradi davranıştır.³⁹⁵ Hareket haksızlığın, kast da hareketin bir bileşeni olduğuna göre, kast, haksızlığın bir bileşenidir.³⁹⁶ Suç Teorisindeki bu yeni anlayışa göre, kast ve taksir münhasıran kusur türleri/unsurları değildir. Kastın haksızlık içerişine taşınması neticesinde haksızlık bilinci kusur içerişinde konumlandırılmıştır.³⁹⁷ Böylece, kastın ontolojik bir kavram olması nedeniyle haksızlık bilincinin kastın kapsamında yer alması durumunda ortaya çıkan sakıncalar, haksızlık bilincinin normatif bir kavram olan kusurluluğun kapsamına

³⁹² Perkins, “Ignorance and Mistake”, 40.

³⁹³ Jescheck, “The Doctrine of Mens Rea”, 116 vd.

³⁹⁴ Jescheck, “The Doctrine of Mens Rea”, 116-117; *Frank*’ın kusur teorisinde kast ve taksir kusurun bileşenleri olduğu için kusur kavramı psişik ve normatif bileşenlerden oluşan kompleks bir kavramdır. Sözüer, “Hukuki Hata”, 472-473. Finalist Kusur Teorisine göre kast ve taksir, münhasıran haksızlığın bileşenleridir. Meraklı, *Kusur*, 144.

³⁹⁵ Jescheck, “The Doctrine of Mens Rea”, 117.

³⁹⁶ Jescheck, “The Doctrine of Mens Rea”, 117.

³⁹⁷ Jescheck, “The Doctrine of Mens Rea”, 117.

dâhil edilmesiyle çözümlenmiştir. Bu anlayışa göre haksızlık hatası kaçınılmaz olsa dahi kastın varlığını etkilememektedir. Kusurun normatif bir kavram olması dolayısıyla fail fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmesi de bilebilecek bir durumda ise kendisine kusur isnat edilebilmektedir.

Bu anlayış, 5237 sayılı TCK tarafından da kabul edilmiştir. TCK m. 30/1'e göre, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlara ilişkin hata kaçınılabılır olsa dahi kastı engeller. TCK m. 30/4'te ise haksızlık hatası düzenlenmiştir. TCK m. 30/4'e göre, fiilin haksızlık niteliğinde düşülen hata kaçınılmaz ise fail hakkında cezaya hükmedilmez. TCK m. 30/4'te "kaçınılmazlık" kavramına yer verilmesi haksızlık hatasının kusuru etkilediğini gösterir. Çünkü, daha öncede ifade ettiğimiz üzere, kastı engelleyen hatada hatanın kaçınılabılır olup olmaması önemli değildir; hata varsa, kast yoktur. TCK m. 30/4'e göre haksızlık hatasının kastı engellememesi, kanun koyucunun haksızlık bilincini kasttan ayırdığını göstermektedir.

Haksızlığın tipiklik ve hukuka aykırılık şeklindeki düalist yapısı dolayısıyla haksızlık hatasının da biri fiilin hukuk düzenince yasaklanmadığını zannetme (yasak hatası), diğeri tipik fiile hukuk düzenince izin verildiğini zannetme (izin hatası) şeklinde iki türü vardır.

Ceza normunun muhatabına uyarısı, "yap" ya da "yapma"dır. "Yap" buyruğunu içeren ceza normları *emir normları*, "yapma" buyruğunu içeren ceza normları ise *yasak normları*' dir. Emir normlarının ihlali, ihmali suçlara; yasak normlarının ihlali ise icrai suçlara karşılık gelir. Göktürk, *yasak hatası* kavramının emir buyruğu içeren ceza normlarına ilişkin haksızlık hatasını kapsayacak nitelikte olmadığını ileri sürerek daha kapsayıcı bir kavram olan *haksızlık yanılığı* kavramını tercih etmektedir.³⁹⁸

Emir ve yasak normu şeklindeki ayırım dilsel zorunluluktan kaynaklanmaktadır.³⁹⁹ Emir şeklindeki buyruklar da yasak içerir. Bu tip suçlarda kanun koyucu belli bir davranışın yapılmamasını yasaklar. Sonuç olarak ceza normuyla kanun

³⁹⁸ Göktürk, *Haksızlık Yanılığının*, 70.

³⁹⁹ Kelsen, *Pure Theory of Law*, 5.

koyucu belli davranışların yapılmasını ya da yapılmamasını yasaklar.⁴⁰⁰ Fail, fiilinin herhangi bir yükümlülük normuna konu olmadığını zannediyorsa, *yasak hatası*ndan söz edilir. Yasağa izinle istisna getirildiği ve dilsel olarak yasak kavramı ile zıtlığı daha net bir şekilde yansıttığı için; hukuk düzeninde var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin somut olayda var olduğunun zannedilmesi durumunu ifade etmek üzere biz *izin hatası* terimini tercih ettik.⁴⁰¹ Yasak hatasında, fail hukuki gerçeklikte hataya düşerek fiilinin bir yükümlülük normuna konu olduğunu bilmez. İzin hatasında ise, fail fiilinin normalde bir yükümlülük normuna konu olduğunu bilmekle birlikte yine hukuki gerçeklikte hataya düşerek fiiline hukuk düzeninin izin verdiğini zanneder. Örneğin, fail, komşusunun konutunun eklentisine (bahçesine) rıza hilafına girmesinin hukuk tarafından yasaklandığını bilmiyorsa yasak hatası vardır. Fail, başkasına ait bir konuta rıza hilafına girdiğini ve konuta rıza hilafına girmenin hukuka aykırı olduğunu bilmekle beraber somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu zannediyorsa, izin hatası vardır. Örneğin, kolluk, koşulları oluşmamasına rağmen konutta re'sen arama yapmasının hukuka uygun olduğunu zannediyorsa izin hatası vardır.

İzin hatasının hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarındaki hatadan farkı, izin hatasında failin olgusal gerçekliği bilmesidir. Örneğin, aktif ötenaziye izin verildiğini zannederek hastayı öldüren hasta yakını, yaşam destek ünitesini kapattığını, fiilinin hastaya yöneldiğini ve bu fiilin hastanın ölümüne yol açacağını bilmektedir. Failin bilmediği, hastanın durumu ne kadar ciddi olursa olsun ve hasta ne kadar acı çekiyorsa çeksin hukuk düzeninin aktif ötenaziye izin vermediğidir. Örnekte fail olgusal gerçekliği değil, hukuki gerçekliği bilmediği için davranışının hukuka aykırı olduğunu bilmemektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada ise failin bilmediği dış dünyadaki maddi gerçekliktir. Örneğin, sivil polisler (A)'yı yakalamaya çalışır. (A), direndiği için polisler kuvvet kullanır. (B), polisleri saldırgan zanneder ve (A)'yı kurtarmak için polisleri yaralar. Örnekte, (A)'nın bilmediği hukuk değil, maddi

⁴⁰⁰ Aynı önermenin tersi de doğrudur: kanun koyucu ceza normunda belli bir davranışın yapılmasını ya da yapılmamasını emreder.

⁴⁰¹ Erman da bu hata türü için “izin yanılgısı” terimini kullanmaktadır. Erman, “Yanılgı”, 345. Öğretide bu hata türünü ifade etmek üzere ekseriyetle “dolaylı haksızlık hatası” terimi kullanılmaktadır. Akbulut, *Genel Hükümler*, 548; Koca Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 367; Tunç, *Kastı Engellenen Hata*, 35; Sesim Soyer Güleç, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10/1 (2008): 74.

gerçekliktir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fiil anında failin inancı ile gerçekliğin uyuşması ihtimal dâhilindedir. Örnekte, kuvvet kullananlar polis olmasaydı; (B), meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilirdi. İzin hatasında ise fiil anında failin inancı ile dış dünyadaki gerçekliğin uyuşması imkânsızdır; çünkü dış dünyada böyle bir gerçeklik yoktur. Ötenazi örneğinde aktif ötenaziye Türk hukukunda izin verilmediği için failin tasavvuru ile dış dünyadaki gerçekliğin örtüşmesi mümkün değildir. Normun bizatihi kendisi de dış dünyaya ait bir gerçekliktir ve dış dünyada aktif ötenaziye izin veren bir hukuk normu yoktur.

Öğretide, izin hatasında hatanın kusuru etkilediği ve izin hatasına düşen fail hakkında TCK m. 30/4 hükmünün uygulanacağı konusunda uzlaşma vardır.^{402,403} Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusu ise öğretilerde tartışmalıdır.⁴⁰⁴ Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın kusuru etkilediğini kabul eden görüş, izin hatası ile aynı sonuca ulaşmaktadır.⁴⁰⁵ Bu yüzden, bu görüşe göre, salt hukuki sonuçları esas alındığında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile izin hatası arasında bir ayırım yapmaya gerek yoktur; iki hata türü de kusuru etkiler. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın haksızlığı etkilediğini kabul eden görüşlere göre ise maddi unsur hatası ile izin hatası arasında ayırım yapılması zorunludur.⁴⁰⁶ Çünkü bu görüşlere göre hukuka uygunluk

⁴⁰² Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 128-129; Akbulut, *Genel Hükümler*, 548; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 434-435; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 600; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 368-369; Zafer, *Genel Hükümler*, 467-468; Güleç, “Haksızlık Yanılgısı”, 74.

⁴⁰³ Yargıtay da bu görüştedir: “*Haberleşme hürriyetinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle anne, baba veya bunlar gibi çocuk üzerinde velayet veya benzeri bir hakkı sahip olan kimselerin on beş yaşını tamamlayan ve ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun haberleşme içeriklerine müdahale hakkı bulunmamaktadır. Bu yönüyle anne-babanın on beş yaşını tamamlamış olan çocuğunun haberleşme özgürlüğünü ihlal etmesi suç olmakla birlikte, anne baba bakımından TCK’nın 30/4. maddesi kapsamında yer alan ‘haksızlık yanılgısı’ hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür. Anne-baba çocuklarını tehlikeden korumak kaygısıyla haberleşme içeriğini kaydetmiş ise ‘failin haksızlığı konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş’ olduğu kabul edilebilir*”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 03.11.2020, E. 2016/868, K. 2020/442, Lexpera, E.T. 10.05.2022.

⁴⁰⁴ Detaylı bilgi için üçüncü bölümde “Teorik Çerçeve” başlığı altındaki teorilere bakınız.

⁴⁰⁵ Bu görüş hakkında detaylı bilgi için üçüncü bölümde “Katı Kusur Teorisi” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

⁴⁰⁶ Sınırlı Kusur Teorisine, Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine (kast, haksızlığın subjektif unsuru olarak kabul ediliyorsa) ve Saf Subjektif Teoriye (kaçınılmaz hatada) göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığı etkiler. Bu görüşler hakkında detaylı bilgi için üçüncü bölümde “Sınırlı Kusur Teorisi”, “Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi” ve “Saf Subjektif Teori” başlıkları altındaki açıklamalara bakınız.

nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hukuki sonucu ile izin hatasının hukuki sonucu aynı değildir; ilki haksızlığı; ikincisi, kusuru etkiler.

İzin hatası ile hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata arasındaki ayrım, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları ile normatif unsurları arasındaki ayrımla doğrudan ilişkilidir. Hata, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarına ilişkinse TCK m. 30/3; hata, hukuka uygunluk nedenlerinin normatif unsurlarına ilişkinse (izin hatası), TCK m. 30/4 uygulanır.⁴⁰⁷ Maddi unsurlar ve normatif unsurlar arasındaki ayrım hakkında detaylı bilgiye aşağıda “Maddi Unsurlar ile Normatif Unsurlar Arasındaki Ayrımda İleri Sürülen Ölçütler” başlığı altına yer vereceğiz.

c. Özel Durumlar

1) Sınırın Aşılması

TCK m. 27/1’de ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması, TCK m. 27/2’de ise meşru savunmada mazur görülen sınır aşımı düzenlenmiştir:

(1) ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.

(2) meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.

Sınırın aşılmasında potansiyel olarak bir hukuka uygunluk nedeninin koşulları oluşmakta; ancak fiil objektif olarak hukuka uygunluk nedeninin sınırını aşmaktadır. Fail sınırı bilerek aşıyorsa, TCK m. 27 uygulanmaz. TCK m. 27’de fail sınırı bilmeyerek aşmaktadır. Fail, hukuka uygunluk nedeninin sınırı içerisinde kaldığına inanmaktadır; ancak gerçekte sınırı aşmaktadır. Failin inancı ile dış dünyadaki

⁴⁰⁷ Öğretide bir görüşe göre, suç tipinin normatif unsurlarda her hata haksızlık hatasına vücut vermez. Söz konusu yazarlara göre normatif unsurun sosyal anlamında hata kastı engeller. Bu görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın kastı engellediğini ileri süren görüşe uyarlandığında; hukuka uygunluk nedenlerinin normatif unsurlarının sosyal anlamında hatanın kastı engellediği sonucuna ulaşılır. Normatif unsurların sosyal anlamı ve sosyal anlamını aşan hukuki anlamı arasında ayrım yapılması gerektiğini ileri süren görüş için bkz. Ölmez, “Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir”, 158; Mahmutoglu, Karadeniz, *Genel Hükümler Şerhi*, 704; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 256. Bu görüş hakkında detaylı bilgi için “Maddi Unsurlar ile Normatif Unsurlar Arasındaki Ayrımda İleri Sürülen Ölçütler” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

gerçeklik uyuşmadığından TCK m. 27’de yer verilen kurum, hatanın bir görünüş şeklidir.

Öğretide, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasında somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni olduğu ve fiilin bütününe değil, sınırı aşan kısmının hukuka aykırı olduğu ileri sürülmektedir.⁴⁰⁸ Bu görüşe katılmıyoruz. Bir fiil ya hukuka uygundur ya da değildir. Fiilin bir kısmı hukuka uygun, öteki kısmı hukuka aykırı olamaz. Hukuka uygunluk nedenlerinde sınır aşılsa artık korunan değil, ihlal edilen menfaat daha üstün duruma geçer ve fiil hukuka aykırı olur. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasında aktüel değil, potansiyel olarak bir hukuka uygunluk nedeni vardır.

Kanun koyucunun hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasını özel olarak düzenlemiş olmasının nedeni, sınırın aşılmasının bağımsız bir hata türü olması değildir. Kanun koyucu, sınır aşımında potansiyel olarak bir hukuka uygunluk nedeni var olduğu için TCK m. 30/3-4’e nazaran, TCK m. 27’de fail açısından daha lehe bir düzenleme yapmıştır. Sınırın aşılmasında aslında faile ceza normunu ihlal izni veren koşullar oluşmuştur; ancak fiil bu izin alanının dışına taşıdığı için hukuka aykırı olmuştur. TCK m. 30/3 ve TCK m. 30/4’ün uygulandığı durumlarda ise faile ceza normunu ihlal imkânı veren koşullar potansiyel olarak dahi oluşmamıştır. Sınır aşımının kanunda özel olarak düzenlenmesinin nedeni, potansiyel olarak var olan hukuka uygunluk nedeni (TCK m. 27) ile salt failin zihninde var olan hukuka uygunluk nedeni (TCK m. 30/3-4) arasındaki bu değer farkıdır.

Meşru savunma bağlamında sınırın aşılmasına ilişkin olarak, öğretide zamanda ve oranda sınırın aşılması şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Öğretide, zaman bakımından sınırın aşılmasında ortada mevcut ya da gerçekleşmesi muhakkak olan bir saldırı olmadığından bahisle bir saldırının olmadığı, saldırı olmadığı için de sınırın aşılmasından söz edilemeyeceği ileri sürülmektedir.⁴⁰⁹ Çünkü sınırın aşılmasında failin

⁴⁰⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 494; Ersan, *Meşru Savunma*, 65; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 303; Mehmet Şahin, “Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 76 (2008): 325.

⁴⁰⁹ Melik Kartal, *Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 188; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 353; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz,

hataya düştüğü saldırının varlığı değildir; saldırı vardır. Failin hataya düştüğü, savunmanın oranıdır. Fail saldırının varlığında hataya düşüyorsa uygulanacak hüküm TCK m. 27/1 değil, TCK m. 30/3'tür. *Demirbaş*'a göre, sınırın objektif olarak zaman yönünden aşıldığı bazı durumlarda TCK m. 27 uygulanabilir.⁴¹⁰ Biz de bu kanaatteyiz.

Fail, objektif olarak sona eren bir saldırının henüz sona ermediği zannıyla eylemine devam etmişse, fail hakkında TCK m. 27/1 uygulanabilir. Örneęin, (A), kendisine ateř etmeye başlayan (B) ile silahlı bir çatışmaya girer. (B)'nin silahında kurşun kalmaz ve ayrıca (B), bacağına isabet eden kurşun dolayısıyla hareket edemez; yani (B)'nin (A)'ya zarar verme ihtimali kalmamıştır. Saldırının hala devam ettiğini zanneden (A), atışlarına birkaç el daha devam eder ve (B)'yi öldürür. Tabii bir bakış ačíısıyla meseleye yaklaşıldığında, elbette, saldırı sona ermişse artık objektif olarak ortada bir saldırı olmadığından bahisle hatanın sınırdaki değil, saldırının varlığında olduğu; TCK m. 27'de sınırdaki hatanın düzenlendiği; bu yüzden fail hakkında TCK m. 27'nin değil, TCK m. 30/3'teki düzenlemenin uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, davranışı tabii olarak değil, hukuki olarak değerlendirdiğimizde birden fazla atışı tek bir hareket gibi kabul etmek gerekir.⁴¹¹ Bu açıdan meseleye yaklaşıldığında, saldırı anı ile savunma anı örtüşmekte, failin hatası saldırının varlığında değil, savunmanın sınırında olmaktadır. Yukarıda izah ettiğimiz üzere, TCK m. 27 ile TCK m. 30/3-4 arasındaki farklılık, sınırın aşılmasını düzenleyen TCK m. 27'de faile normalde ceza normunu ihlal edebilme imkânı veren bir izin alanının objektif koşullarının oluşmasıdır. TCK m. 27'de daha lehe bir düzenleme yapılmasının nedeni budur. Örnekte de gerçekte bir saldırı vardır ve sınır dışında meşru savunmanın tüm objektif

“Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. M.27)”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/1-2 (2007): 51; Ertuğrul Ünal, “Heyecan, Korku veya Telaş Sebebiyle Meşru Savunmada Sınırın Aşılmasının Türk ve Alman Hukukundaki Uygulaması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/2 (2021): 677.

⁴¹⁰ “[T]aşkınlık olarak da ifade edilebilen aşmayı bir karşı saldırının temeli ve yeni başlangıcı olarak değil, savunmanın devamı ve sonucu olarak anlamak gerekir. Meşru savunmadaki haklı tepki ile sınırın aşılmasındaki hukuka uygun olmayan aşırı tepki arasındaki dar ve doğrudan doğruya zaman bağlantısı, kural olarak, her iki durumda da saldırıya uğrayan faili aynı psikolojik duruma sokmaktadır. Bu psikolojik durum, sınırı aşan failin savunma hareketini anlaşılabilir bir şekilde mazur görölür yaptığından, zaman sınırının sonraki aşılması da, meşru müdafaa sınırının aşılması kapsamında değerlendirilmelidir”. *Demirbaş*, *Genel Hükümler*, 359-360.

⁴¹¹ Doğal anlamda ve hukuki anlamda hareket teklifi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Neslihan Göktürk, *Fikri İçtima* (Suçların İçtimai) (Ankara: Adalet, 2013): 96 vd.

koşulları gerçekleşmiştir. Amaçsal bir yorum yapıldığında, örnekteki fail hakkında TCK m. 27'deki düzenlemenin uygulanması gerekir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasında tartışmalı olan ve esas önemli olan mesele, sınırın aşılmasının hukuki niteliğidir.

TCK m. 27/1'de kanun koyucu, “*ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde*” sınırın aşılmasını düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk nedenleri ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerdir. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin düzenlemenin kapsamında olduğu konusunda bir tartışma yoktur. Tartışılması gereken husus, kusuru etkileyen ve cezasızlık sonucunu doğuran cebir, zorunluluk hali gibi kurumlar hakkında da TCK m. 27'nin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Düzenlemenin kusuru etkileyen nedenleri de kapsadığı iki gerekçe ile ileri sürülebilir:

(1) Kanun koyucu “*ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenler*” başlıklı bölümün altında yalnızca hukuka uygunluk nedenlerini değil, kusuru etkileyen nedenleri de düzenlemiştir. Bu yüzden, TCK m. 27/1'de yer verilen “*ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler*” ifadesi, kusurluluğu engelleyen nedenleri de kapsamaktadır.

(2) Kusuru etkileyen zorunluluk hali ve cebirde de hukuka uygunluk nedenlerinde olduğu gibi fiil bir hukuki değeri korurken başka bir hukuki değeri de ihlal etmektedir; yani bu kurumların doğası gereği sınır aşımı söz konusu olabilir. Nitekim öğretide bir görüşe göre TCK m. 27/1, kusurluluğu engelleyen ve niteliği icabı sınır aşımının söz konusu olabileceği zorunluluk hali ve cebir gibi kusuru etkileyen nedenleri de kapsamaktadır.⁴¹²

Öğretideki baskın olan görüşe göre, TCK m. 27'nin kapsamı, hukuka uygunluk nedenleri ile sınırlıdır; çünkü düzenlemede taksir ve kast kavramlarına yer verilmiştir;

⁴¹² Zafer, *Genel Hükümler*, 461; Sözüer, “Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar”, 232; Ali Emrah Bozbayındır, “Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 7/18 (2012): 120; Bekar, *Zorunluluk Hali*, 41.

bu kavramlar cezalandırılabilir fiilin kusurluluk unsuru ile değil, haksızlık unsuru ile ilişkilidir.⁴¹³

Yargıtay'ın iki görüşü de destekleyen kararları vardır.⁴¹⁴

Biz, kastı münhasıran haksızlık içerisinde konumlandırmakla birlikte sınır aşımının kusuru etkilediğini düşünmekteyiz. TCK m. 27'de kast ve taksir kavramlarına yer verildiği; kastı haksızlık içerisinde konumlandırıyorsak, mantık kuralları gereği sınır aşımının haksızlığı etkilediği sonucuna ulaşmamız gerektiği; bu yüzden görüşümüzün kendi içerisinde çelişkili olduğu ileri sürülebilir. Kanaatimizce, TCK m. 27'de yer verilen "kast" kavramı, ceza hukukunda suç tipinin sübjektif unsuru olan teknik manadaki "kast"la aynı manaya gelmemektedir. TCK m. 27/1'de yer verilen "kast" kelimesi bize göre günlük dildeki "bilerek, farkında olarak" şeklindeki anlamı ile kullanılmıştır. TCK m. 27/1'de taksirden söz edilmesinin nedeni ise, sınır aşımında failin kusurunun bulunması halinde fiilin taksirli bir haksızlığa yol açtığını belirtmek değil, taksirli suça gönderme yaparak sınırın bilerek aşılmadığı durumlarda failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, cezalandırılacaksa cezanın ölçüsünün ne olacağı konularını açıklığa kavuşturmadır.

Görüşümüzün kanuni dayanakları, TCK m. 21, TCK m. 27/2 ve TCK m. 30; teorik dayanağı ise hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının olmadığını ileri süren Objektif Teoridir. Görüşümüzün kanuni ve teorik dayanaklarına üçüncü bölümde "TCK m. 27'nin Değerlendirilmesi" başlığı altında detaylı olarak yer vereceğiz.

⁴¹³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 17; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 307; Akbulut, *Genel Hükümler*, 474; Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 500; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 238; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 351; Ersan, *Meşru Savunma*, 66.

⁴¹⁴ "5237 sayılı Kanunun sisteminde; 'meşru müdafaa hakkın kullanılması, kanunun emrini ifa ve ilgilinin rızası' şeklinde başlıca dört hukuka uygunluk nedenine yer verilmiştir. Hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunması, eylemin suç olmasını engelleyeceğinden, fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekecektir. Buna karşılık 'sınırın aşılması' bir hukuka uygunluk nedeni değil, 27. maddenin birinci fıkrasındaki hal itibarıyla kusurluluğu azaltan, ikinci fıkrasındaki durum itibarıyla ise kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden birisidir. Başka bir deyişle hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması durumunda 'beraat' değil, 27. maddenin birinci fıkrasına göre indirimli ceza veya ikinci fıkra uyarınca 'ceza verilmesine yer olmadığına' karar verilmelidir". Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 10.12.2013, E. 2013/60 K. 2013/603, Lexpera, E.T. 16.05.2020.

"Kastı kaldıran hata türüne hukuka uygunluk nedenlerinin sınırındaki yanlışlığı da eklemek gerekmektedir. (TCK'nın 27/1. maddesi)" Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.11.2021, E. 2020/61, K. 2021/546, Lexpera, E.T. 16.05.2020.

2) Sapma ve Şahısta Hata

Sapma, seçilen araçların yetersizliği, araçların gerektiği gibi kullanılamaması ya da başka bir sebepten dolayı fiilin failin asıl hedefini aşarak başka netice/neticelere neden olmasıdır.⁴¹⁵ Sapma, failin kendisinin ya da kullandığı araçların yetersizliğinden kaynaklanabileceği gibi üçüncü bir kimsenin fiilinden ya da bir doğa olayından da kaynaklanabilir. Örneğin, (A), (B)'yi öldürmek için ateş eder. (A), kötü nişan aldığı için ya da (A), tetiğe bastığı esnada meydana gelen deprem dolayısıyla dengesini kaybettiği için ya da üçüncü bir kişi (A)'nın koluna müdahale ettiği için kurşun (B)'ye değil, (C)'ye isabet eder.

5237 sayılı TCK'da sapmaya özgülenen bir düzenleme yoktur; bununla birlikte, kanunun hatayı düzenleyen 30. maddesinin gerekçesine göre, *“hedefte sapma halinde bir hata söz konusu değildir. Bu durumda suçların içtimai kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorun söz konusudur”*.⁴¹⁶ Öğretide de sapma durumunda hatadan söz edilemeyeceği ileri sürülmektedir.⁴¹⁷

Biz, sapmada hatanın olmadığını ileri süren görüşe kısmen katılıyoruz; zira bazı durumlarda sapmaya hata eşlik etmektedir. Yukarıdaki örnekte (A), (B)'yi öldürmek için ateş etmiş; ancak kurşunlar (C)'ye isabet etmiş ve (C) hayatını kaybetmiştir. Örnekte, (A)'nın hedefi (B)'dir ve (A) fiilini (B)'ye yöneltmiştir; yani (A)'nın zihnindeki gerçekliğin (B) ile ilgili olan kısmı dış dünyadaki gerçeklikle örtüşmüştür; (A)'nın fiilinin bu kısmı bakımından (hedeflenen) bir hatası yoktur. Fiilin (C)'ye sirayet

⁴¹⁵ Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2, 314.

⁴¹⁶ 765 sayılı eski TCK'nın 52. maddesinde, nitelikli haller bağlamında konuda hata ve sapma düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre; *“Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlenmiş gibi telakki olunarak fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffefeden istifade eder”*. Düzenlemenin lafzında geçen *“sair bir arıza”* ifadesi, sapmaya karşılık gelmektedir. Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2, 323.

⁴¹⁷ Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2, 314. Koca, Üzülmüş, Genel Hükümler, 305; Demirbaş, Genel Hükümler, 447; Erman, “Yanılma”, 84; Kartal, Meşru Savunma, 188; Demirbaş, Genel Hükümler, 447; Zafer, Genel Hükümler, 308; Göktürk, Fikri İçtima, 193; Reşit Karaaslan, “Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Sapma”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18/2 (2019): 229-230; Fulya Eroğlu, “Sapma Kavramı ve Türk Ceza Hukukunda Sapma Halinde Uygulanacak Hükümler”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan), 9/2 (2012): 634.

eden taşkın kısmı açısından ise, sapma ve hata iç içedir. Bu konuyu farklı ihtimallere göre değerlendirmek gerekir:

(1) (A), failinin hedefi aşan kısmını öngörmüş ve kabullenmişse başka bir deyişle fail taşkın kısım bakımından olası kastla hareket etmişse, hata yoktur.⁴¹⁸

(2) (A), olayın heyecanı dolayısıyla (C)'nin orada bulunduğunu fark etmemişse, sapma ve hata bir aradadır. Sapma vardır; çünkü fiil hedeflenenin dışına taşmıştır. Hata vardır; çünkü failin zihnindeki gerçeklikle dış dünyadaki gerçeklik örtüşmemektedir. (A)'nın zihnindeki fotoğrafa bakılırsa kurşunlar yalnızca (B)'ye isabet edecektir; oysa gerçekte kurşunlar (C)'ye isabet etmiştir; yani (A)'nın zihnindeki fotoğraf, dış dünyadaki objektif gerçekliğin fotoğrafı ile aynı değildir. Failin inancı dış dünyadaki gerçeklikle örtüşmüyorsa hata vardır. Sapma durumunda hata yoksa yani sapma failin sübjektif durumunu etkilemiyorsa, (C)'ye karşı işlenen suçta failin neden kasıtlı suçtan değil de taksirli suçtan sorumlu tutulduğu kanaatimizce izah edilmez.

Hata ve sapmanın bir arada bulunduğu durumlarda failin hukuki sorumluluğu tespit edilirken önce hata hükümleri uygulanmalı; daha sonra koşulları oluşmuşsa içtima hükümleri uygulanmalıdır. Örnekte, kurşunlar (A)'nın öldürmek istediği (B)'ye isabet etmediği için hedeflenen bakımından (A)'nın fiili teşebbüs aşamasında kalmıştır. (C)'nin ölmesi neticesi bakımından ise (A), kurşunların (C)'ye isabet edeceğini bilmediğinden kasten hareket etmemiştir. Hata kaçınılabilirse yani netice öngörülebilir ise fail taksirle öldürmeden sorumludur. Sonuç olarak (A)'nın fiili hedeflenen bakımından kasten öldürmeye teşebbüs, hedefi aşan kısım bakımından ise taksirle öldürme suçuna neden olmuştur. Aynı fiilin birden fazla suça neden olması içtima hükümlerini gündeme getirir; zira fiil tekliği suç çokluğunu etkilemez.⁴¹⁹ Örnekte (A), farklı neviden fikri içtima hükümleri gereği öldürmeye teşebbüsten sorumlu olmalıdır.

Buraya kadar, özetle, suç tipinde sapma konusu üzerinde durduk. Hukuka uygunluk nedenlerinde ve kusuru etkileyen nedenlerde de sapma olabilir. Biz,

⁴¹⁸ Öğretide bir görüşe göre failin olası kastı varsa yalnız hata değil, sapma da yoktur. Mustafa Ruhan Erdem, “Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan), 21 (2019): 53-53. Aynı yönde bkz. Karaaslan, “Hata ve Sapma”, 232-233.

⁴¹⁹ Göktürk, *Fikri İctima*, 63-64.

çalışmamızın kapsamını aşmamak için hukuka uygunluk nedenlerinde sapma konusu üzerinde duracağız.

Hukuka uygunluk nedenlerinde sapmayı çeşitli ihtimallere göre değerlendirmek gerekir:

1. İhtimal: *Hedeflenen bakımından hukuka uygun olan fiil, sapma sonucu üçüncü kişiye zarar vermiş olabilir.* Örneğin, (A), kendisine saldıran (B)'ye ateş eder; ancak kurşunlar yoldan geçmekte olan (C)'ye isabet eder.

Bir görüşe göre, (A)'nın fiili hem (B) hem de (C) bakımından hukuka uygundur.⁴²⁰ Başka bir görüşe göre, unsurları oluşmuşsa fail hakkında kusuru etkileyen zorunluluk haline ilişkin hükümler uygulanmalıdır.⁴²¹ Bize göre de, fail savunma iradesi ile hareket etmişse savunma iradesi korunma anlamına da geldiğinden fail taşkın kısım bakımından kusuru etkileyen zorunluluk haline ilişkin hükümlerden yararlanabilmelidir. Ceza hukukunda fiil (hareket anlamında) tekliği suç çokluğunu engellemediği için fiili, (B) ve (C) açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Meşru savunmanın unsurlarından birisi de bir saldırının varlığıdır. (B)'den (A)'ya yönelmiş bir saldırı vardır; bu yüzden (A), fiilinin (B)'ye yönelik kısmı bakımından meşru savunma hükümlerinden yararlanır. (A)'nın fiilinin (C)'ye yönelen kısmı ise hukuka uygun değildir; çünkü (C)'den (A)'ya yönelmiş bir saldırı yoktur. (A), savunma motivasyonu ile hareket etmişse, kusuru etkileyen zorunluluk haline ilişkin hükümlerden yararlanabilmelidir. Çünkü kusuru etkileyen bir neden olarak zorunluluk halinde failin korunma ya da koruma motivasyonu ile suç teşkil eden fiili işlemesi gerekir.⁴²² Örneğin, (A), kendisini koruma motivasyonu ile değil intikam motivasyonu ile (B)'ye ateş etmişse, (C) üzerinde gerçekleşen netice bakımından zorunluluk halinden yararlanamaz ve taksirli suç hükümlerine göre sorumlu olur.

⁴²⁰ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 28; Zafer, *Genel Hükümler*, 311; Hakeri, *Genel Hükümler*, 490.

⁴²¹ Koca, *Genel Hükümler*, 305; Akbulut, *Genel Hükümler*, 483; Kartal, *Meşru Savunma*, 189; Abanoz, "Hata", 71-72; Aykut Ersan, *Meşru Savunma*, 167.

⁴²² Kartal'a göre "fail gerekli özeni gösterse idi üçüncü kişiye zarar vermeyecekti" denebilen durumlarda fail zorunluluk halinden yararlanabilir. Kartal, *Meşru Savunma*, 189. Kanaatimizce, taksirli haksızlığın bir unsuru olan objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan hareketle kusura ilişkin bir kurum olan zorunluluk hali hakkında bir çıkarımda bulunulamaz; bu yüzden yazara katılmıyoruz.

2. İhtimal: *Fail hedeflediği bakımından bir hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurunda hataya düşmüş olabilir ve bu fiil sapma sonucu başkasına da zarar vermiş olabilir.* Örneğin, (A), kendisine saldırdığı zannıyla (B)'ye ateş eder; ancak kurşunlar yoldan geçmekte olan (C)'ye isabet eder.

Örnekte, fail hem hedeflenen hem de hedefleneni aşan kısım bakımından hata içerisinde. Fiil (hareket anlamında) tekliği suç çokluğunu engellemediği için hedeflenen ve hedefleneni aşan kısım açısından yine ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir. Hedeflenen açısından fail hakkında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya ilişkin hükümler uygulanır. Aşkın kısım açısından ise failin kendisini koruma motivasyonu ile hareket edip etmediği önem arz etmektedir. Fail korunma motivasyonu ile hareket etmişse, kusuru etkileyen zorunluluk haline ilişkin hata hükümlerinden (TCK m. 30/3) yararlanmalıdır; çünkü gerçekte (A)'ya yönelik bir saldırı olmadığından, zorunluluk halinin tehlikeye ilişkin koşulu gerçekleşmemiştir. Fail korunma motivasyonu ile hareket etmişse, kusuru etkileyen zorunluluk halinin maddi unsurlarında hata hükümlerinden yararlanır. Sonuç olarak, örnekte, fail hedeflediği kısım bakımından meşru savunmanın maddi unsurunda; aşkın kısmı bakımından ise -korunma motivasyonu ile hareket etmişse- kusuru etkileyen zorunluluk halinin maddi unsurunda hataya düşmüştür. Kanaatimizce, iki hata türü de fiilin haksızlığını değil, kusuru etkiler. Kanaatimizce, kusur, kasıtlı suçlarda suçun bir unsuru değildir.⁴²³ İki hata türünde de fiil haksız olmaya devam ettiği için (A)'nın fiili hem (B) hem de (C) açısından suç teşkil eder. Fiilin failin hedeflediği kısmı ile aşkın kısmı, ayrı suçlara vücut verdiği için TCK m. 44 gereği fail hakkında içtima hükümleri uygulanır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın haksızlığı etkilediğini ileri süren görüşe göre ise, hata kaçınılmazsa ya da kaçınılabılır olmakla birlikte fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse fiil suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmez. Bu görüşe göre örnek çözümlenirse, saldırıya maruz kaldığına inanan (A)'nın hatası kaçınılmazsa (A)'nın fiili (B) açısından suç teşkil etmez. (C) açısından ise kusur

⁴²³ Aynı yönde bkz. Özgenç, *Genel Hükümler*, 178; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 221; Hakeri, *Genel Hükümler*, 134; Akbulut, *Genel Hükümler*, 194.

etkileyen zorunluluk hali fiilin haksızlık niteliğini etkilemediği için (C) açısından fiil haksız olmaya devam eder.

3. İhtimal: *Olayda objektif unsurları itibarıyla bir hukuka uygunluk nedeni vardır; fakat fail bu durumu bilmemektedir.* (A), hasmı (B)'yi öldürmek için ateş eder; kurşunlar yoldan geçmekte olan (C)'ye isabet eder. Sonradan anlaşılır ki (B) o esnada (A)'yı öldürmek üzeredir; yani (A), farkında olmadan kendisini savunmuştur; ya da (A), (B)'yi öldürmek için ateş eder; kurşunlar yoldan geçmekte olan (C)'ye isabet eder. Sonradan anlaşılır ki (C), o esnada (D)'yi öldürmek üzeredir; yani (A) farkında olmadan (D)'nin hayatını kurtarmıştır; ya da (A), (B)'yi öldürmek için ateş eder; kurşunlar yoldan geçmekte olan (C)'ye isabet eder. Sonradan anlaşılır ki (C), o esnada (B)'yi öldürmek üzeredir; yani (A), farkında olmadan öldürmek istediği (B)'nin hayatını kurtarmıştır;

3. ihtimal, hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorunu ile ilgilidir. Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru olduğunu ileri süren Sübjektif Teoriye göre, fail somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu bilmiyorsa fiil hukuka aykırıdır.⁴²⁴ Dolayısıyla Sübjektif Teoriye göre fail hem (B)'ye hem de (C)'ye yönelik fiili dolayısıyla sorumlu olur ve hakkında içtima hükümleri uygulanır. Bizim de katıldığımız Objektif Teoriye göre, somut olayda objektif unsurları itibarıyla bir hukuka uygunluk nedeni varsa fail bu durumu bilsin ya da bilmesin fiili hukuka uygundur.⁴²⁵ Bu yüzden bize göre, üç örnek bakımından da, (A)'nın fiili şahsında hukuka uygunluk nedeninin objektif koşulları gerçekleşen kişi bakımından hukuka uygundur. Fiilden etkilenen diğer kişiler bakımından ise yine failin motivasyonuna göre değerlendirme

⁴²⁴ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 595; Akbulut, *Genel Hükümler*, 421; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 271; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 282; Özgenç, *Genel Hükümler*, 310; Hakeri, *Genel Hükümler*, 342; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 260; Meraklı, *Kusur*, 418; Ersan, *Meşru Savunma*, 50; Ozansü, *Kasttan Doğan*, 118; Göktürk, “Objektif Nitelikte midir?”, 16; Karakurt, “Hata”, 128-129; Smith, Hogan, *Criminal Law*, 37; Gardner, “Justifications and Reasons”, 105; Fletcher “Domination”, 561; Dillof, “Unravelling”, 1596.

⁴²⁵ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 21; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 84; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 223; Taner, *Umumi Kısım*, 395; Toroslu, *Genel Kısım*, 160; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Hamide Zafer, *Genel Hükümler*, 362; Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 203; Ekici Şahin, Rıza, 175; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 289; Dursun, Bozbayındır, “Manevi Unsurları Meselesi”, 86-87; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 427; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 288; Uğraş, “Hukuka Uygunluk”, 411; Robinson, “Objective Versus Subjective”, 344; Moore, *Placing Blame*, 65-66; Schopp, *Just Conviction*, 35; Hurd, “Justification and Excuse”, 1565-1567.

yapmak gerekir. Bizim verdiğimiz üç örnekte de (A), kendisine ya da başkasına yönelen saldırının farkında olmadığından korunma/koruma motivasyonu ile hareket etmemektedir; bu yüzden şahsında hukuka uygunluk nedeninin objektif koşulları gerçekleşmeyen diğer kimseler açısından (A) zorunluluk hali hükümlerinden yararlanamaz ve fiili hangi suça vücut veriyorsa o suçtan sorumlu olur.

Bu başlık altındaki açıklamalara son vermeden önce sapma konusu ile ilgisi dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata bağlamında konuda (şahısta) hataya değinmek yerinde olacaktır. Suçun tipiklik unsuru bakımından konuda hata, konular eş değerse önemli değildir; fail hangi suçu işlemeyi kast etmişse o suçtan sorumlu olur.⁴²⁶ Örneğin, (A), hasmı (B)'yi öldürmek isterken karanlık dolayısıyla (C)'yi öldürür ya da (B)'nin aracına zarar vermek isterken aynı değerdeki (C)'nin aracına zarar verir. Kanun koyucu insan öldürme suçunda soyut olarak yaşam hakkını, mala zarar verme suçunda ise soyut olarak mülkiyet hakkını koruduğu için (A)'nın hatası sorumluluğunu etkilemez.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada ise konuda hata, kural olarak, konular eş değer olsun ya da olmasın önemlidir. Örneğin, kolluk, yakalama emrinde belirtilen şüphelinin kimliğinde hataya düşerek üçüncü bir kişi hakkında yakalama işlemini gerçekleştirir; bir müzik festivalinde aşırı alkol alan (A), kendi çadırı olduğu zannıyla (B)'nin çadırına girer ve kendi karısı olduğu zannıyla, aldığı alkolün etkisi ile kendinde olmayan (B) ile cinsel ilişkiye girer; silahlı bir saldırıya uğrayan ve kurşunların geldiği yönü kestiremeyen (A), elinde oyuncak silah olan akıl hastası (B)'nin saldırgan olduğunu zanneder ve (B)'yi öldürür.

Yakalama emrine dayanan işlemin hukuka uygun olabilmesi için hakkında yakalama emri bulunan kişi üzerinde icra edilmesi gerekir; rızanın hukuka uygun olabilmesi için rıza açıklama yetkisine sahip olan kişi tarafından maruz kalınan fiile rıza gösterilmesi gerekir; savunma iradesiyle gerçekleştirilen fiilin hukuka uygun olabilmesi için fiilin saldırıya yönelik olması gerekir. Örneklerin tamamında ilgili hukuka uygunluk nedeninin unsurunda eksiklik olduğu için fiil hukuka uygun değildir. Hukuka

⁴²⁶ Erman, “Yanılmanın”, 83; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 257-258; Mahmutoglu, Karadeniz, *Genel Hükümler Şerhi*, 712.

uygunluk nedenleri bakımından konuda hata önemlidir; ve fail hakkında hukuka uygunluk nedenlerinde hataya ilişkin hükümler uygulanır.⁴²⁷

Konuda hata bazen de önemsiz olabilir. Örneğin, iki saldırganın saldırısına maruz kalan (A), gözü kapalı bir şekilde elindeki bıçakla kendisini savunur. (A), bıçağın iri yapılı olan saldırgana denk geldiğini zanneder; ancak bıçak gerçekte sıksa olan saldırgana isabet eder. Bu ihtimalde de (A)'nın zihnindeki gerçeklik ile dış dünyadaki gerçeklik örtüşmemektedir; yani failin hatası vardır ve bu hata saldırganın şahsı hakkındadır; ancak bıçağın hangi saldırgana isabet ettiği (bıçak hangisine isabet ederse etsin meşru savunmanın orantılılık unsurunun gerçekleştiği varsayımında) önemli olmadığından (A)'nın konuda (şahısta) hatası önemsizdir.

3) Çifte Hata

İzin hatası ile hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hukuka aykırılık alanında birarada belirmesi halinde çifte hatadan söz edilir.⁴²⁸ Hukuka uygunluk nedenlerinde çifte hata ya hukuk düzeninde var olmayan bir hukuka uygunluk nedenine ya da hukuk düzeninde var olan bir hukuka uygunluk nedenine ilişkin olabilir.

İlk ihtimal için şu örnek verilebilir: aktif ötenazinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğunuz zanneden (A), gece hastaneye gider ve annesi olduğu zannıyla başka bir hastanın tıbbi cihazlarla olan bağlantısını keser, hasta hayatını kaybeder.⁴²⁹ Örnekte, fail aktif ötenazinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu zannettiği için izin hatası içerisindeydir. Fail mağdurun şahsında yanlışlığı için -ötenazinin bir hukuka uygunluk nedeni olması ihtimalinde- hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurunda yanlışlık vardır.

Bu tür durumlarda esasen hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurunda hata görünüştedir/fiktiftir. Yukarıda üzerinde durulduğu üzere hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile izin hatası arasındaki farklılık, dış dünyadaki hukuki

⁴²⁷ Muhammed Emre Tulay, *Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata* (Ankara: Adalet, 2021), 179-180; Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 304-305; Akbulut, *Genel Hükümler*, 482; Karşı görüş için bkz. Reşit Karaaslan, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Unsurlarında Hata”, *Legal Hukuk Dergisi*, 15/172 (2017): 1683-1684.

⁴²⁸ Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım II*, ed. Yener Ünver (Ankara: Adalet, 2015), 197 vd.

⁴²⁹ Örneğin asıl kurgusu için bkz. Heinrich, *Genel Kısım II*, 201.

gerçeklikle ilgilidir. İzin hatasında failin zihnindeki gerçekliğin dış dünyada bir karşılığı yoktur. Hukuk düzeninde ötenazi bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada ise failin hataya düştüğü hukuka uygunluk nedeni hukuk düzeninde var olan bir hukuka uygunluk nedenidir. Ötenazi örneğinde failin zihnindeki gerçekliğin maddi dünyadaki gerçeklikle örtüşmesi mümkün değildir; çünkü mevcut hukuk düzeninde aktif ötenazi bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Hukuk düzeninde tanınmayan bir hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurlarında hatadan söz edilemez. Bu örnekte failin hatası izin hatasıdır. Alman öğretisindeki hâkim görüş de budur.⁴³⁰

Çifte hata, hukuk düzeninde var olan bir hukuka uygunluk nedeni bakımından da söz konusu olabilir. Bu ihtimalde fail hukuk düzeninde var olan bir hukuka uygunluk nedeninin hem olgusal hem de normatif karakterinde hataya düşmektedir. Örneğin, fail malına yönelik bir saldırı olmamasına rağmen olguda hataya düşerek malına yönelik bir saldırının var olduğunu ve mala karşı saldırılarda öldürme fiilinin hukuka uygun olduğunu zanneder. Örnekte, fail hem saldırının varlığında (olguda) hataya düşmüş (maddi unsur hatası) hem de hukuku bilmediği için meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin sınırında (izin hatası) hataya düşmüştür.⁴³¹ Bu tür durumlarda da maddi unsur hatasının varlığı görünüştedir. Sorun izin hatası çerçevesinde çözümlenmelidir.⁴³² Zira gerçekte fail olguda hataya düşmeseydi ve malına gerçekten bir saldırı olmuş olsaydı dahi sınırın normatif unsurunda hataya düştüğü için hakkında yine izin hatasına ilişkin hükümler uygulanacaktı.

B. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Maddi Unsur Hatasının Koşulları

Hukuka uygunluk nedenlerin maddi unsurlarında hatanın üç unsuru vardır:

1- Suç niteliğindeki bir haksızlığın tipiklik unsuru gerçekleşmiş olmalıdır.

2- Failin somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin unsurlarının gerçekleştiğine yönelik yanlış bir inancı olmalıdır.

⁴³⁰ Bu görüşün Alman hukukunda hâkim görüş olduğu hakkında bkz. Heinrich, *Genel Kısım II*, 201-202.

⁴³¹ Örnek için bkz. Eric Hilgendorf, Brian Valerius, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, çev. Salih Oktar (Ankara: Yetkin, 2021), 195.

⁴³² Hilgendorf, Valerius, *Genel Kısım*, 195.

3- Failin yanlış inancı ilgili hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurlarına ilişkin olmalıdır.

TCK m. 30/3'ün lafzında failin hatasından yararlanabilmesi için hatanın kaçınılmaz olması gerektiği belirtilmiştir. Bu ifade dolayısıyla hatanın kaçınılmaz olmasının da hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın bir unsuru olduğu akla gelebilir. Ancak hatanın kaçınılmaz olması, hatanın bir unsuru değildir. Hatanın kaçınılmazlığı ya da kaçınılabilirliği, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında hatanın varlığında değil, hukuki sonucunda önem arz eder. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatayı ayrı bir başlık altında ele aldık.

1. Davranışın Ceza Normu Bakımından Tipik Olması

Tipik bir fiilin varlığının hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın unsurlarından birisi olmasının nedeni, hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen normların niteliğidir. Hukuka uygunluk nedenleri ceza normlarına istisna getiren türev normlardır.⁴³³ Hukuk düzeninde hukuka uygunluk nedenlerine ihtiyaç duyulmasının nedeni yükümlülük getiren normlara (ceza normları da yükümlülük getiren normların bir türüdür) istisna getirmektir.⁴³⁴

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlık nedeni yükümlülüklere istisna getirmek olduğu için hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen normların kendi başlarına uygulanma kabiliyetleri yoktur. Hukuka uygunluk nedenleri istisna getirdikleri yükümlülüklere eklenirler. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenleri somut olayda istisna getirdikleri yükümlülük normlarındaki unsurlardan bağımsız değerlendirilemezler. Hukuka uygunluk nedenlerinde fiil, hem ceza normunun hem de ilgili hukuka uygunluk nedenini düzenleyen normun tipine uyar. Örneğin, kasten öldürme fiilinin meşru savunma hükümlerine göre hukuka uygun olabilmesi için somut olayda kasten öldürme suçunun TCK m. 81'de yer verilen; failin kastının olması, yaşayan bir insanın yaşamına son verilmesi, neticenin failin fiilinin eseri olması

⁴³³ Boella, Torre, "Permissions and Obligations", 110.

⁴³⁴ Bulygin, *Legal Philosophy*, 334.

şeklindeki unsurlarının yanı sıra meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin TCK m. 25/1’de yer verilen; savunmanın orantılı olması, maktûlün failin ya da üçüncü bir kimsenin hakkına yönelik bir saldırısının olması ve savunmada gereklilik olması şeklindeki unsurlarının⁴³⁵ gerçekleşmiş olması gerekir. Fail, somut olayda bahse konu unsurlardan birinde hataya düşmüş olabilir. Failin hatası suç tipindeki unsurlara ilişkinse örneğin fail fiilinin bir insana yöneldiğini bilmiyorsa fail hakkında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata hükümleri değil, suç tipinin maddi unsurlarında hataya ilişkin hükümler uygulanır. Fail, fiilinin bir insana yöneldiğini, ölüm neticesine yol açacağını biliyorsa ve gerçekten de fiil ölüm neticesine yol açmışsa, kasten öldürme suçunun tipi gerçekleşir; fail bir saldırıya maruz kaldığına inanarak fiili gerçekleştirmişse, hata artık ceza normunda değil, izin normundadır; bu yüzden fail hakkında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya ilişkin hükümler uygulanır.

2. Failin Hataya Düşmüş Olması

a. Hata Kavramı

1) Hatanın Tanımı

Hata, Arapça kökenli bir sözcük olup sözlük karşılığı itibarıyla, “istemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, yanılma yanılğı” anlamına gelmektedir.⁴³⁶ Öğretide “hata” sözcüğü yerine Türkçe bir sözcük olan “yanılma” sözcüğü de sıkça kullanılmaktadır. 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesinde gerek madde başlığında gerekse de madde içeriğinde “hata” sözcüğü tercih edilmiştir. Biz de kanunun lafzına uygun bir terminoloji kullanma gayesiyle “hata” sözcüğünü tercih ettik.

Ceza hukukunda failin sübjektif durumuna ve sübjektif bir gerçeklik olması dolayısıyla da hataya önem atfedilmesinin nedeni, suçlaştırmada (*criminalization*) ve cezalandırmada meşruiyet arayışıdır.⁴³⁷ Bu konuda günümüzde genel kabul gören görüş,

⁴³⁵ Kanaatimizce, hukuka uygunluk nedenleri objektif nitelikte olduğundan meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin sübjektif unsuru yoktur.

⁴³⁶ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁴³⁷ Ceza hukukunun tarihsel gelişimine bakıldığında kusurlu sorumluluk aşamasından önce, başkasının fiilinden sorumluluk ve objektif sorumluluk aşamalarından geçildiği görülmektedir. Toroslu, Toroslu, *Genel Kısım*, 191 vd.

“geleneksel öznelcilik” (*orthodoks subjektizm*) olarak adlandırılan görüştür.⁴³⁸ Geleneksel öznelcilik anlayışına göre, insanoğlu nedenlere duyarlı (*reason-responsiveness*), alternatifler arasından özgürce seçimler yapabilen ve seçimlerine göre hareket edebilen bir varlıktır.⁴³⁹

İnsanın doğasına ilişkin bu kabul, haksızlık ve haksızlıktan kaynaklanan sorumluluğun özünü oluşturur: İnsan, özgür seçimlerine dayanan özgür davranışları dolayısıyla sorumludur.⁴⁴⁰ Seçimlerin özgür olmasından kasıt, seçeneklerin bilinmesi ve aksini seçebilme imkânının varlığıdır.⁴⁴¹

⁴³⁸ Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* (Oxford: Clarendon Press, 1991), 132; Lan Dennis, “The Critical Condition of Criminal Law”, *Current Legal Problems*, 50/1 (1997): 237; Alan Norrie, *Punishment, Responsibility and Justice* (New York: Oxford University Press, 2000), 1.

⁴³⁹ İradenin özgür olup olmadığı meselesi çok tartışmalı bir konudur. Tartışmanın alanı günümüzde başta felsefe olmak üzere fizik, sinirbilim, hukuk, psikoloji, sosyoloji, teleoloji gibi çok geniş bir alana yayılmış durumdadır. Görüşler, üç ana başlık altında kümelenmektedir: (1) Düşüncelerimiz ve eylemlerimiz de dâhil olmak üzere evrende var olan her şey belirlenmiştir (belirlenimcilik/determinizm); (2) Özgür irade vardır ve determinizm ile bağdaşmaz (özgürlükcülük/liberteryenizm); (3) Özgür irade vardır ve determinizm ile bağdaşır (bağdaşırcılık/compatibilizm). Günümüz ceza hukukunda bağdaşırcılık görüşü hâkimdir. Westphal’ın şu örneği bağdaşırcılık görüşünün daha net anlaşılabilmesi bakımından açıklayıcıdır: “Farz edelim ki küçük bir çocuk çorba içeriyor. Çocuğun çorba içmesine açlığının neden olduğunu söyleyebiliriz. Bu durumda basit bir nedensellik vardır. Çocuğu çorba içmeye annesinin zorladığı bir başka örnekte ise ilk örnekteki nedensellik benzer olmayan başka bir nedensellik durumu vardır. İlk durumda çocuğun iradesi zorlanmadığı için özgür iken ikinci durumda yemek yemeye zorlandığı için çocuğun iradesi özgür değildir”. Jonathan Westphal, *Philosophical Propositions: An Introduction to Philosophy* (London: Routledge, 1998), 138. Ancak, örneklerde birbirine zıt olan bu iki durumun bir arada olduğu başka bir ihtimal daha vardır. Çocuk çorba içmek isterken aynı zamanda annesi tarafından da çorba içmeye zorlanmış olabilir. Bu halde bağdaşırcı görüş, iradenin özgür olabilmesi için zorunlu bir kriterin daha olması gerektiğini ileri sürer; yönlendirmeye rağmen irade çorba içmemeyi tercih edebiliyorsa özgürdür. Ludwig Schnauder, *Free Will and Determinism in Joseph Conrad's Major Novels* (Amsterdam-Newyork: Radopi, 2009), 11. Dolayısıyla bireyin somut olayda aksi şekilde davranabilmek (kaçınılabilirlik) imkanına sahip olması, bağdaşırcılara göre, irade özgürlüğü açısından zorunlu bir kriterdir. Aksi şekilde davranabilme kriterinin eleştirisi için ise bkz. Harry G. Frankfurt, “Alternate Possibilities and Moral Responsibility”, *The Journal of Philosophy*, 66/23 (1969): 835.

⁴⁴⁰ A.P. Simester, G. R. Sullivan, J R Spencer, J. R. Virgo, *Criminal law, Theory and Doctrine* (London: Bloomsbury, 2013), 7.

⁴⁴¹ Seçimlerin özgür olabilmesi için süjenin hem dışsal hem de içsel olarak özgür olması gerekir. Michael Zimmerman, “Moral Responsibility”, 411.

Dışsal özgürlük literatürde *kontrol unsuru*, içsel özgürlük ise *epistemik unsur* olarak adlandırılmaktadır. Duff, *Answering*, 79; John Martin Fisher, Mark Ravizza, *Perspectives on Moral Responsibility* (New York: Cornell University Press, 1993), 8.

Kontrol koşulu, kişinin hareketlerini iradi olarak yönlendirebilme kabiliyeti ile ilgiliyken epistemik koşul, hukukun istenmeyen neticenin faile isnat edilebilme unsurları ile ilgilidir. Bu iki koşul, ahlakta ve hukukta sorumluluğu meşrulaştıran temel koşullar olarak kabul edilmektedir. Süje, sınırlı dahi olsa özgür iradesi ile norma uygun davranma imkânına sahipse (kontrol unsuru) ve davranışının normun buyruğuna aykırılık teşkil ettiğini biliyorsa ya da bilebilecek durumdaysa (epistemik unsur), cezayı/kınanmayı hak etmiş olur.

Sorumluluğun özgür seçimlere dayandırılması ve bilmenin seçme özgürlüğünün bir koşulu olması, hatayı ceza hukukunda önemli bir mesele haline getirmektedir. Bilme ve hata, karşılıklı olarak birbirlerini dışlayan kavramlardır. Hata varsa bilme; bilme varsa hata yoktur.

Hatanın varlığı halinde norm, belli bir şekilde davranmanın ya da davranmamanın nedeni olamaz. Buradaki “neden” kavramını, doğa bilimlerindeki nedensellik bağlantısı bağlamında anlamamak gerekir. Normun davranışın nedeni olması, normun muhatabına belli bir şekilde davranması konusunda bir “neden” sunmasıdır.

Normun davranışın nedeni olması, biri motivasyonel yönlendirme (*motivational guidance*), diğeri epistemik yönlendirme (*epistemic guidance*) olmak üzere iki şekilde gerçekleşir.⁴⁴² Muhatap norma salt bir hukuk normu olduğu için uygun davranıyorsa yani muhataba göre olması gereken hukuk normlarına uygun davranmaksamotivasyonel yönlendirmeden söz edilir.⁴⁴³ Zira bu ihtimalde muhatap, hukuk normlarına uygun davranmayı içselleştirmiştir.

Kontrol unsuru, davranışların seçimlere uygun yönlendirilebilmesi ile ilgilidir. Davranış üzerinde kontrol yeteneğinin olmadığı durumlarda hareketten söz edilemez. Bu tip durumlarda kişinin vücudu dış âlemdeki nedensel sürece dâhil olmakta ancak hareket bu kişiye izafe edilememektedir. Örneğin, şiddetli rüzgârla savrulan ve bir çocuğa çarpan kişinin hareketinden söz edilemez. Çünkü bu kişi karşı koyamadığı bir doğa olayının parçası haline gelmiştir.

Dış âlemdeki değişikliğin suç teşkil edip etmediği konusunda bir değerlendirme yapabilmek için öncelikle bir insan hareketinin var olması gerekir. Hareket, ceza hukukunda suç teorilerinin ayrıştığı temel konulardan birisidir. Farklı hareket teorileri, hareketi farklı unsurlarla izah etmekle birlikte hareket teorilerinin hareket kavramında uzlaştıkları öz, hareketin iradi olmasıdır. Kontrol yeteneğinin olmadığı durumlarda hareketten ve dolayısıyla suç niteliğindeki bir haksızlıktan söz edilemez.

Failin davranışları üzerinde sınırlı da olsa kontrol yeteneği varsa diğer unsurların da varlığı halinde, fail fiili dolayısıyla sorumlu olur. Sorumluluğun ölçüsü suç teşkil eden fiilden kaçınılabilirliğin ölçüsüdür. Kontrol yeteneği azaldıkça suç teşkil eden fiilden kaçınma zorlaşır.

Epistemik unsur, fail ile davranış arasındaki psişik bağı ifade eder. Bu yüzden metodik olarak önce faile izafe edilebilecek bir davranışın olup olmadığı tespit edilmeli daha sonra fail ile davranış arasındaki psişik bağ değerlendirilmelidir. Kontrol koşulunun gerçekleşmediği durumlarda faile izafe edilir bir davranıştan söz edilemeyeceğinden sorumluluğun epistemik koşulu hakkında bir değerlendirme yapmaya da gerek yoktur. Kontrol koşulu, epistemik koşulun ön unsurudur.

⁴⁴² Scott J. Shapiro “On Hart’s Way Out”, *Legal Theory*, 4/4 (1998): 490. Shapiro, bahse konu ayrımı, Hart’ın hukuk teorisine dayanmaktadır. Hart’a göre, Austin’in ileri sürdüğü gibi normların davranışları yönlendirmesinin tek nedeni muhataplarına belli bir şekilde davranmaları konusunda yükümlülükler getirmesi ve yükümlülüklerin ihlali halinde yaptırım öngörmesi değildir. Hart’a göre, sadece yaptırıma odaklanmak yanıltıcıdır. Hart, *The Concept*, 39.

⁴⁴³ Shapiro, “On Hart’s”, 490.

Muhatap karşılaştığı her meselede kendi başına hukuka uygun olanı bilemeyebilir. Norm, muhatabın tereddüdünü gidererek yapılması ya da yapılmaması gerekeni belirleme işlevi görür. Bu ihtimalde epistemik yönlendirmeden söz edilir.⁴⁴⁴ Hukuk normları, otoritenin iradesini muhataplarına taşır ve sosyal yaşamda yarışan normatif standartlardan hangilerinin meşru güç kullanma tekeli elinde bulunduran irade tarafından tercih edildiği belirtir.⁴⁴⁵

İster motivasyonel, ister epistemik açıdan olsun normun davranışı yönlendirebilmesi için normun mesajının muhatabına ulaşması gerekir.⁴⁴⁶ Hata, normun “yap” ya da “yapma” veyahut “yapabilirsin” ya da “yapmayabilirsin” şeklindeki mesajının muhatabına ulaşmasına engel olur.

Hatanın öğretide farklı tanımları vardır. Öğretide hatayı, “yanlış bilme” ya da “yanlış bilgi sahibi” olma şeklinde tanımlayan yazarlar vardır.⁴⁴⁷ Bilinen şey yanlış olamaz; inanış yanlışsa bilmeden söz edilemez. Bu yüzden hata, “yanlış bilme” şeklinde tanımlanmamalıdır.

Epistemolojide hata, dış âleme ait objektif gerçeklik hakkındaki yanlış inanış şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁴⁸ Tanımdan da anlaşılacağı üzere hatayı “objektif gerçeklik” ve “yanlış inanış” kavramları karakterize eder.

Hatanın varlığı zorunlu olarak objektif gerçekliğin de var olmasını gerektirir. İnanışın doğru ya da yanlış (hata) olabilmesi için test edilebilir olması gerekir. Kişilere göre değişmeyen objektif bir gerçekliğin var olduğu postülası olmadan hatadan söz

⁴⁴⁴ Shapiro, “On Hart’s”, 490.

⁴⁴⁵ Shapiro, “On Hart’s”, 491. Hart’ın da belirttiği gibi ahlak, örf ve adet gibi sosyal sistemlerin belirlilik özelliği yoktur; bu yüzden bu sistemlerin davranışları yönlendirme fonksiyonu yeterince kuvvetli değildir. Hukuk, bu eksikliği giderme ihtiyacının neticesidir. Hart, *The Concept*, 92.

⁴⁴⁶ Ishtiaque Haji, “An Epistemic Dimension of Blameworthiness”, *Philosophy and Phenomenological Research*, 57/3 (1997): 543; Michael J. Zimmerman, *Living with Uncertainty: The Moral Significance of Ignorance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), 191-192; Gideon Rosen, “Skepticism about Moral Responsibility”, *Philosophical Perspectives*, 18/1 (2004): 307.

⁴⁴⁷ “Hata, bilmemek ya da yanlış bilmektir”; Zafer, *Genel Hükümler*, 306; “Hata bir konu hakkında yanlış bilgi sahibi olmayı; kişinin bir konudaki bilgisi ile gerçeğin farklı olmasını ifade eder”; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 26; “Hatanın tezahür şekilleri, bilmemek veya yanlış bilmektir”; Özgenç, *Genel Hükümler*, 522-523.

⁴⁴⁸ Alvin Goldman, “What Can Psychology Do for Epistemology? Revisiting Epistemology and Cognition”, *Philosophical Topics*, 45/1 (2017): 29; Ralph Wedgwood, “Conceptual Role Semantics for Moral Terms”, *The Philosophical Review*, 110/1 (2001): 19; Gideon Yaffe, “Excusing Mistake of Law”, *Philosophers Imprint*, 9/2 (2009): 3.

edilemez; zira objektif gerçeklik yoksa, inanışın doğru ya da yanlışlığı test edilemez; bilmeden ya da hatadan söz edilemez.

Hatanın tanımında “bilmeme” yerine “yanlış inanış” ifadesine yer verilmesinin nedeni ise, “hata” ve “yalın bilmeme” kavramları arasındaki zıtlıktır. Bilmeme kavramı, hatayı da kapsayan daha geniş bir kavramdır. Bilmeme, hiçbir inanışın olmaması durumunda da söz konusu olabilir. Bu ihtimalde “yalın bilmeme”den söz edilir.⁴⁴⁹ Hatada yanlış da olsa bir inanış vardır. Dolayısıyla her hata bilmeme olmakla birlikte, her bilmeme hata değildir. Her bilmeme hata olmadığı için hatanın tanımında “bilmeme” kavramı yerine “yanlış inanış” kavramına yer verilmelidir.

2) Hatanın Unsurları

a) Sujenin Dış Âleme Ait Objektif Gerçeklik Hakkında Bir İnanışının Olması

(1) Objektif Gerçeklik

Gerçeklik, en geniş manası ile var olan her şeydir.⁴⁵⁰ Varlığın içerisine hayal etmek, rüya görmek gibi zihinsel durumlar da dâhildir. Bu tür gerçeklikler sübjektif gerçekliklerdir.⁴⁵¹ Objektif gerçeklik ise, objektif olarak doğru/yanlış önermesine konu olabilen her şeydir.⁴⁵² Hatanın varlığından söz edilebilmesi için inanışın hatalı olup olmadığını belirlemeye yarayacak kişilere göre değişmeyen nesnel bir ölçüte (objektif gerçeklik) ihtiyaç vardır. Failin sübjektif gerçekliği, objektif gerçeklik ile örtüşmüyorsa hata vardır.

Zihinden bağımsız objektif bir gerçekliğin var olup olmadığı, süjenin gerçekliği nasıl deneyimlediği, gerçekliğin olduğu gibi deneyimlenebilir olup olmadığı gibi sorular

⁴⁴⁹ “Yalın bilmeme” terimi için bkz. Yüksel Ersoy, “Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 22/4 (1967): 255.

⁴⁵⁰ Bedia Akarsu, *Felsefe Terimleri Sözlüğü* (Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1975), 79.

⁴⁵¹ Hata halinde failin var zannettiği şey ya da durum, sübjektif bir gerçekliğe karşılık gelmektedir. Çünkü failin var zannettiği dış dünyada var olmasa bile failin zihninde vardır; yani varlıktır. Var olan her şey gerçekliği ifade ettiğine göre hata da bir gerçekliktir.

⁴⁵² Ronald J. Allen, Michael S. Pardo, “The Myth of the Law-Fact Distinction”, *Northwestern University Law Review*, 97/4 (2003): 1792; Peter Tillers, “The Value of Evidence in Law”, *Northern Ireland Legal Quarterly*, 39/2 (1988): 167-169; Gary Lawson, “Proving the Law”, *Northwestern University Law Review*, 86/4 (1992): 863.

felsefik açıdan önemli olup, çalışmamızın kapsamını aştığı için bu tartışmaların üzerinde durmayacağız. Zaten hukukta böyle bir tartışma da yoktur. Zira ceza hukukunda failin sübjektif durumu ile ilgili olan kast ve hata gibi kavramlar, objektif bir gerçekliğin olduğu ve bu gerçekliğin bilinebileceği kabulüne dayanmaktadır.

Objektif gerçekliğin niteliği, ceza hukukunda hatanın niteliğini belirler. Hata olgusal bir gerçeklik hakkında olabileceği gibi, hukuki bir gerçeklik hakkında da olabilir. Ceza hukukundaki klasik ayrım olan fiili hata/maddi unsur hatası-hukuki hata/haksızlık hatası ayrımı, özünde olgusal gerçeklik ile hukuki gerçeklik arasındaki farklılığa dayanır.⁴⁵³

Olgu, “*dilden, düşünceden bağımsız olarak ortaya çıkan oluşum; doğru bir cümle ya da önermeye dış dünyada karşılık gelen şey*” demektir.⁴⁵⁴ Olguda hata, dış dünyaya ilişkin nedenlerden (mesafe, gürültü, ışık gibi) kaynaklanabileceği gibi süjeye ilişkin nedenlerden de (duyma ya da görmede kusur veya akıl hastalığı gibi) kaynaklanabilir.⁴⁵⁵

Failin inancı, “*ateş ettiğim şey bir yaban hayvanıdır*”, “*otobüsün bagajından aldığım valiz, benim valizimdir*”, “*(A) elinde bir bıçakla bana doğru koşuyordu*”

⁴⁵³ Normun belli bir şekilde davranmanın ya da davranmamanın nedeni olabilmesi için davranıştan önce gelen karar sürecine dâhil olması ya da olabilmesi gerekir. Bunun için de yalnız olgunun değil, olgunun normatif karakterinin de bilinmesi ya da en azından bilinebilir olması gerekir. Olguya ilişkin hata ile olgunun normatif karakterine ilişkin hatanın sonucu aynıdır; iki durumda da normun uyarısı faile ulaşmaz. Normun uyarısının faile ulaşmamasını sonuçlamaları bakımından iki hata tipi özdeş olsa da kanun koyucunun bu iki hata türünü farklı şekilde düzenlemesinin ve bu iki hata türüne farklı hukuki sonuçlar bağlamasının temel nedeni, olgusal gerçeklik ile hukuki gerçeklik arasındaki ontolojik farklılıktır.

Bu ontolojik farklılık, ceza hukukunda hata öğretisini şekillendirmiştir. 765 sayılı eski TCK’nın 44. maddesinde yer verilen “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı, bu farklılığın yansımasıdır. 765 sayılı eski TCK döneminde, yalnızca olguya ilişkin hataya hukuki sonuç bağlanmıştır. 5237 sayılı TCK’ya göre hukuku bilmeme kaçınılmaz bir hatadan kaynaklanıyorsa fail mazur görülür (m. 30/4); yani ceza kanunlarını bilmeme kaçınılmazsa mazeret teşkil eder. Ancak, bu durum, 5237 sayılı TCK’nın olgusal gerçeklikle hukuki gerçeklik arasındaki farklılığı göz önüne almadığı anlamına gelmemektedir. 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesinin birinci fıkrasına göre, suç tipinin objektif unsurlarının olgusal karakterinde hata kastı engellerken, fiilin haksızlık niteliğinde hata TCK m. 30/4 gereği kusuru etkilemektedir. Keza kastı engelleyen hata bakımından, hatanın kaçınılabilir olması gerekmemektedir. Kusuru etkileyen hatanın cezasızlık sonucu doğurabilmesi için ise kaçınılmaz olması gerekir.

⁴⁵⁴ Ahmet Cevizci, *Felsefe Sözlüğü* (İstanbul: Paradigma Yayınları, 2005), 1259.

⁴⁵⁵ Ceza hukukunda, kural olarak, hatanın nedeni (mesafenin uzak olması, havanın karanlık olması vs) değil, konusu önemlidir. Nitekim, 5237 sayılı TCK da hata kurumunu hatanın konusunu esas alarak düzenlenmiştir. Hatanın nedeni, yalnızca, hatanın kaçınılabilir olup olmaması hakkındaki değerlendirmede önemlidir.

önergelerinde olduğu gibi olgusal nitelikte bir gerçeklik hakkında ise doğruyu ya da yanlış (hata) tespit etmek kolaydır. Olgunun varlığı kendisinde apaçık (*self-evident*) olduğu için olgulara ilişkin önergeler betimleyicidir.⁴⁵⁶ Olgulara ilişkin betimleyici önergeler, süjenin kültüründen, değer yargısından ve tecrübelerinden bağımsız olarak evrensellik niteliği taşır.⁴⁵⁷ Olguya ilişkin gerçeklik, zamana ve topluma göre değişmez. Evrensellik niteliği taşıdığı için normlara konu olan olguları bilmek, değişkenlik arz eden normatif önergeleri bilmekten daha kolaydır. Çünkü hukuk normlarına konu olan olgusal gerçeklikler, atomun yapısı, kuantum mekaniği gibi teknik bilgi gerektiren olgusal gerçeklikler değil, müşterek yaşama dair herkesin deneyimlendiği olgusal gerçekliklerdir.

Olguya ilişkin bilgi, -algısal süreçlere dayandığından- ampirik olarak sınanabilir ve bu yüzden failin hataya düşüp düşmediği objektif olarak ortaya konulabilir.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ Lawson, “Proving the Law”, 866.

⁴⁵⁷ Heidi L. Feldman, “Objectivity in Legal Judgement”, *Michigan Law Review*, 92/5 (1994): 1188.

⁴⁵⁸ Olgular, duyu organları ile algılanırlar ve kavramlarla tasvir edilirler. Olguya yönelik bilgi algılama ve kavramlaştırma süreçlerinin neticesidir. Bu yüzden algılama ve kavramlaştırma süreçlerinin doğasını anlamak, hatanın doğasını anlamak bakımından önemlidir.

Algılama, duyu organları aracılığıyla duyumsananların zihinsel olarak ayıklanma, organize edilme ve yorumlanma sürecidir. Ou Qiong, “A Brief Introduction to Perception”, *Studies in Literature and Language*, 15/4 (2017): 18.

Algılama sürecinin biri psikolojik, diğeri fiziksel olmak üzere iki boyutu vardır. Aynı obje ya da durumun, eğitim, kültür, cinsiyet, yaş, zeka mizaç gibi değişkenlere bağlı olarak farklı sùjelerce farklı şekillerde algılanmasının nedeni, algılamanın psikolojik boyutunun olmasıdır. Algılamanın fiziksel boyutu ise insanın biyolojik doğasının bir özelliği olup, insan türüne özgüdür. Bu yüzden algılamanın fiziksel süreci biyolojik bakımdan tamlik gösteren herkeste aynı düzende işler. Qiong, “A Brief Introduction”, 20-21.

Algılama süreci, ilgili duyu reseptörlerinin olguyu duyumsaması ile başlamakta duyumsanan enerji, reseptörlerce elektrik enerjisine çevrilerek nöronlar aracılığıyla beyne taşınmakta ve beyin kabuğunda gerçekliğin temsiline dönüşmektedir. Örneğin, bir insanın görülerek algılanması süreci, insandan yansıyan ışığın görsel reseptörlere ulaşmasıyla başlar; ışığa duyarlı kimyasallar içeren görsel reseptörler ışığın enerjisini elektrik enerjisine çevirerek optik sinirler boyunca beyin kabuğunun görsel uyarılardan sorumlu oksipital lobuna iletilir ve bu sinyaller bilinçli tecrübeye yani algılama (bir şey görüyorum) ve tanımaya (gördüğüm şey bir insan) dönüşür. Goldstein, Brockmole, *Sensation and Perception*, 6-8.

Görülenin “insan” olarak tanınması elbette zihinde “insan” kavramının var olmasına bağlıdır. Zira duyu organları ile dış âlemden süjenin iç dünyasına yansıyan gerçeklik ancak önceden edinilmiş bilgi ile anlamlandırılabilir. Örneğin, “başkasının malını almak” ifadesindeki “başkası”, “almak”, “mal” kavramları ilişkin oldukları olguları insan zihinde temsil eden kavramlardır.

Doğrudan (örneğin görerek) ya da dolaylı olarak (örneğin başkalarından aktarılan) algılanan varlık, çoğunlukla algılamanın tekrarı ile birlikte soyutlaşır ve genelleşir (kavramlaştırılır). Kavramlar, varlıkları zihinde temsil eden ifadeler olup, algılama süreçleri neticesinde oluşurlar. Mukesh J. Patel, “Concept Formation: a Complex Adaptive Approach”, *An International Journal for Theory, History and Foundations of Science*, 9/20 (1994): 90; J. P. Pesonen, “Concepts and Object-oriented Knowledge

Öte yandan failin inancı, “zorunluluk halinde fiil hukuka uygundur”; “fıkri iktimada fiilden kast edilen hareket, netice ve nedensellik bağlantısıdır”; “cinsel istismar suçunda çocuğun rızası hürriyetten yoksun bırakma suçunun oluşmasını engellemez” önermelerinde olduğu gibi hukuki değerlendirme gerektiren meseleler hakkında da olabilir.

Hukuki gerçeklikler, olgusal gerçekliklerin aksine, ampirik olarak sınanamadıkları ve değişkenlik özelliği taşıdıkları için hukuki gerçeklikler hakkındaki normatif önermelerin doğru-yanlış değerlendirmesinin başka bir deyişle hatanın konusu olup olamayacağı meselesi tartışmalıdır. Yukarıda izah ettiğimiz üzere hatanın varlığı zorunlu olarak objektif bir gerçekliğin de varlığını gerektirir. Birbiri ile çelişen inanışlar arasından doğru olanı tespit etmek için nesnel bir ölçüte ihtiyaç vardır ve bu ölçüt objektif gerçekliktir. Objektif bir gerçeklikten söz edilemiyorsa neyin doğru ya da neyin yanlış (hatalı) olduğu bilinemez. Dolayısıyla sorun, nesnel, herkes için geçerli bir hukuki gerçeklikten söz edilip edilmeyeceği sorunudur. Eğer, objektif bir hukuki gerçekliğin olmadığı kabul edilecek olursa, *hukuki hata/haksızlık hatası*, ceza hukukunda uydurma bir kavram olacaktır.

Objektif bir hukuki gerçeklikten söz edilip edilemeyeceği sorununu çeşitli olasılıklara göre değerlendirmek gerekir.

Representation (Unpublished Master Thesis, University of Helsinki, Department of Cognitive Science, 2002), 5.

Kavramlaştırma becerisi insanın kural izleyen bir varlık olmasının temel nedenidir. Zira kavramlaştırma becerisi olmasa normatif önermeler oluşturulamaz. Bir an oluşturulduğunu varsaysak dahi somut olayda hangi davranışların normdaki soyut tasvirle eşleşeceği bilinemez ve dolayısıyla normlar davranışlara rehber olamazdı. Böyle bir durumda zihinde hali hazırda objenin ya da durumun tanınmasını sağlayacak bilgi bulunmayacağından her durum ya da obje her seferinde yeniden tecrübe edilirdi. Pesonen, “Concepts”, 5. Örneğin, zihnin bilgiyi depolama ve kavramlaştırma becerisi olmasaydı, insan vücuduna yönelen hangi davranışların ölüm neticesini doğuracağı bilinemezdi.

Algılamının tekrarı ile varlıkların ortak noktaları ayıklanarak zihinde kategoriler oluşturulur (*categorization process*). Pesonen, “Concepts”, 4.

Örneğin, Ahmet, Mehmet, Ali vs. her biri bağımsız bir varlıktır. Ancak her birinin insan türüne özgü ortak özellikleri vardır. Bu yüzden bağımsız varlıklar olsalar da türe özgü aynı özellikleri taşıdıkları için bütün insanlar, “insan” kavramı içerisinde kategorize edilirler. İnsan kavramının farklı dillerde farklı sözcüklerle (örneğin İngilizce’de “*human*”, Almanca’da “*Mensch*” olarak) ifade edilmesi, kavramın temsil ettiği olgunun özünde bir değişiklik yaratmaz. Zira bu sözcükler, semboller ve telaffuzları itibarıyla farklı olsa da aynı kavrama karşılık gelirler. Dış dünyada olgusal temsili olan köpek, araba, bina gibi kavramlar kendinde belirgin (*self-evident*) kavramlar iken; hak, özel hayat, kişisel veri gibi bazı kavramların ise sınırları belirsizdir. Pesonen, “Concepts”, 4.

Pozitivist bir perspektiften bakıldığında normun bizatihi kendisi de dış dünyaya ait olgusal bir gerçekliktir.⁴⁵⁹ Pozitivizme (Hart'ın anladığı manada) göre, tanıma normuna uygun bir şekilde dış dünyaya yansıyan ve etkililiği bulunan norm geçerlidir.⁴⁶⁰ Normun geçerliliği onun varlığını gösterir ve normun varlığı da (millet vekillerinin parlamentoda bir araya gelmesi, normu oylamaları, normun resmi gazetede yayınlanması vb.) ampirik olarak doğrulanabilecek bir bilgidir.⁴⁶¹

Örneğin, 1982 Anayasası 38. maddesine göre, suç teşkil eden fiillerin kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekir. Kanunilik ilkesi dolayısıyla zinanın suç olmaması objektif bir gerçekliktir; çünkü zina kanunda suç olarak düzenlenmemiştir. Bu bilgi ampirik olarak doğrulanabilen bir bilgidir; aksini ispat mümkün değildir.

Normun soyut içeriğinin bizatihi kendisi de objektif bir gerçekliktir. Örneğin, çocuk düşürme suçunun tanımı için TCK m. 100'e bakmak gerekir. İlgili düzenlemeye göre çocuk düşürme, “*gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi*”dir. Dünyanın neresine gidilirse gidilsin, “Türk ceza kanununda çocuk düşürme suçu nasıl tanımlanmıştır” sorusunun yanıtı objektif olarak her yerde ve herkes için aynıdır. Bu bilgi de ampirik olarak doğrulanabilir; bunun için 5237 sayılı TCK m. 100'e bakmak yeterlidir.

Normun soyut içeriğinin anlamının objektifliği konusunda ise bir ayrım yapmak gerekir. Normun içeriğinde yer verilen unsura ilişkin önerme unsurun olgusal karakteri hakkında ise unsura ilişkin inanışın doğruluğu objektif olarak kolaylıkla test edilebilir. Örneğin, silah talimi yapan (A), tarlada çalışan köylüyü korkuluk zanneder ve ateş eder. Örnekte, fail, kasten öldürme suçunun soyut tasvirinde yer alan insan unsurunun olgusal

⁴⁵⁹ Larry Alexander, “Inculpatory and Exculpatory Mistakes and the Fact/Law Distinction”, *Law and Philosophy*, 12/1 (1993): 57-58.

⁴⁶⁰ Hart, *The Concept*, 92.

⁴⁶¹ Normun olması gerekene yönelik belirlemesinin ise doğruluk değeri yoktur. Olgu-değer ayırımına dayanan *Hume Yasası*'na (olgulara ilişkin betimsel önermelerden normatif (değer yüklü) önermeler çıkarılamaz.) göre, olgular hakkındaki betimleyici önermeler, dış dünyadaki gerçekliği sübjektif bir değerlendirme içermeden aktarırken, değerlendirci önermeler, bazı ideallere ulaşmak için insan davranışlarını yönlendirme amacını taşırlar. Alasdair Chalmers MacIntyre, “Hume on ‘Is’ and ‘Ought’”, *The Philosophical Review*, 68/4 (1959): 452. Davranışları düzenleyen hukuk normlarının içeriği, “olan”ı tasvir eden “-dır” ya da “-değildir” şeklindeki hüküm ekli önermelerden değil, “olması gereken”i tasvir eden “-meli”, “-malı” şeklindeki değer yüklü önermelerden oluşur.

karakterinde hataya düşmüştür. Failin ateş ettiği şeyin bir korkuluk olmadığı insan olduğu objektif bir gerçekliktir; ampirik olarak ispatlanabilmektedir.

Sorun, normun içeriğinde yer alan unsurların ya da bir bütün olarak normda tarif edilen fiilin normatif karakterine ilişkin inanışların objektif bir gerçeklik ile sınanıp sınanamayacağı konusunda ortaya çıkmaktadır.

Örneğin, (A), kendisine ısrarla hakaret eden (B)'yi susturmak için (B)'ye tokat atar. (A)'nın fiili cezai uyuşmazlığa konu olur. (A)'ya göre, fiili meşru savunma kapsamındadır. İddia makamına göre ise (A)'nın fiili kasten insan yaralama suçuna vücut vermektedir.

(A)'nın fiilinin meşru savunma teşkil etmediği kabul edilirse, (A)'nın hataya düşmüş olduğu sonucuna ulaşılır ve (A) hakkında TCK m. 30/4'te yer alan haksızlık hatasına ilişkin hükümler uygulanır. (A)'nın fiilinin meşru savunma teşkil ettiği kabul edilirse, iddia makamının iddiasının yanlış (hatalı) olduğu sonucuna ulaşılır ve (A) hakkında beraat hükmü verilir. (A)'nın hatası var mıdır yok mudur? Nitekim konu öğretide de tartışmalıdır. *Öztürk/Erdem*'e göre, şerefe yönelik saldırılarda da meşru savunma hükümleri uygulanabilir.⁴⁶² *Özgenç*'e göre ise, hakaret fiiline karşı meşru savunmada bulunulamaz.⁴⁶³

Anlaşılabacağı üzere hukuki gerçekliklere ilişkin normatif önermelerin doğruluk değerinin olup olmadığı tartışmaya açıktır. Nitekim bir görüşe göre, bu tür önermeler bakımından doğrudan ya da yanlıştan (hata) söz edilemez.⁴⁶⁴

Ancak, hukuki gerçekliklere ilişkin normatif önermelerin doğruluk değeri olmadığı ileri sürülürse, daha önce de belirttiğimiz üzere ontolojik olarak hata kavramı ceza hukukunda temelsiz kalır. Çünkü inanışın doğru olup olmadığında bir ölçüte ihtiyaç vardır ve bu ölçüt de objektif gerçekliktir. Hukuki gerçekliklere ilişkin normatif önermelerin doğruluk değeri olmadığı kabul edilirse, örnekte (A)'nın hatasının olup olmadığı bilinemez.

⁴⁶² *Öztürk, Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku*, 271.

⁴⁶³ *Özgenç, Genel Hükümler*, 359.

⁴⁶⁴ Sonja Meier, Reinhard Zimmermann, "Judicial Development of the Law, Error Iuris, and the Law of Unjustified Enrichment, a View from Germany", *Law Quarterly Review*, 115/2 (1999): 558.

Çözüm olarak ölçünün mahkeme kararı olduğu ve hukuki gerçekliğin yargılama süreci neticesinde ortaya çıkan nihai kararının kendisi olduğu ileri sürülebilir. Bu durumda olguya ilişkin değerlendirmelerin doğruluk değeri değerlendirmenin olgıyla örtüşmesine bağlıken, hukuka ilişkin değerlendirmelerin doğruluğu hâkimin yaptığı nihai tespitle örtüşmelerine bağlıdır. Bu yaklaşım hukuk pratiğinin doğasını yansıtmaktadır. Hukuki pozitivizme göre, normun birden fazla yorum alternatifi olabilir; yargıç bu alternatifler arasından birini seçmekle yetkilendirilmiştir.⁴⁶⁵

Yukarıdaki örnekte, hâkim nihai olarak meşru savunmanın unsurlarının oluşmadığına kanaat getirirse, (A)'nın inancı yanlış olacağından (A) hakkında haksızlık hatasına ilişkin hükümler uygulanacaktır; gerçek budur. Hukuki pozitivizmin bu yaklaşımı, suç teorisi açısından değerlendirildiğinde problemlidir. Failin fiili dolayısıyla cezalandırılabilmesi için fiil tipik olmalı, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni olmamalı ve fail kusurlu olmalıdır. Bu üç unsur, kural olarak, fiil anında var olmalıdır (eşzamanlılık prensibi). Haksızlık hatası kaçınılmazsa fail kusurlu olmadığı için cezalandırılmaz. Kusur, kural olarak, fiil anında var olması gereken bir unsur olduğundan haksızlık hatası da fiil anında var olmalıdır. Hukuki pozitivizme göre hukuki gerçeklik hâkimin tespitinin bizatihi kendisi olduğu için gerçeklik zamansal olarak fiilden sonra ortaya çıkmaktadır. Hukuki pozitivizm esas alındığında fiil anında bir gerçekliğin olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Hata gerçeklik hakkındaki yanlış inanış olduğuna göre -hukuki pozitivizm esas alındığında- fiil anında bir gerçeklik olmadığı için fiil anında hatadan da söz edilemez.

Dworkin'in bizim de katıldığımız “tek doğru cevap tezi” (*one right answer thesis*) bu sorunu çözmekte, hukukta hata kavramını temellendirebilmektedir. *Dworkin*'e göre, uyuşmazlığın çözümünde başvurulacak yazılı bir kuralın olmaması ya da kuralın belirsiz olması hukukta boşluk olduğu manasına gelmez; bu tür davalarda hâkim uyuşmazlığı o hukuk kültürünün özünü teşkil eden ilkelerle çözümlemek mecburiyetindedir.⁴⁶⁶ Daha öz bir şekilde ifade etmek gerekirse, *Dworkin*'e göre

⁴⁶⁵ Ines Weyland, “Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norm Conflicts”, in *Essays on Kelsen*, eds. Richard Tur and William Twining (Oxford: Clarendon Press, 1986), 258.

⁴⁶⁶ Ronald Dworkin, *Taking*, 85.

hukukta her zaman doğru bir yanıt vardır; zor davalarda dahi hâkimin yaptığı, hukuk yaratmak değil, var olan hukuku uygulamaktır.⁴⁶⁷ *Dworkin*'in “tek doğru cevap tezi”, hukukta her zaman objektif bir gerçekliğin var olduğunu ortaya koyabildiği için hukukta hatayı teorik olarak temellendirmektedir. Zor davalar da dâhil olmak üzere hukukta her zaman doğru bir cevap varsa fiil anında failin inanınca doğru ya da yanlış olmasında ölçü olabilecek objektif bir gerçeklik var demektir. Failin inancı bu gerçekle örtüşmüyorsa hatalıdır.

Dworkin'in *tek doğru cevap tezi*, yargı pratiğinin doğasıyla da uyumludur. Yargı pratiği, argümantatiftir.⁴⁶⁸ Taraftar, karşılıklı olarak iddialarını ve delillerini ortaya koyarlar. İki taraf da kendi iddiasının doğru olduğu iddiasındadır. Yani taraflar inanışlarının doğruluğunda ölçü olan objektif bir hukuki gerçekliğin varlığı konusunda hemfikirdir; bu yüzden *Dworkin*'in teorisi, sezgisel olarak insanların hukuka ilişkin bakış açıları ile örtüşür.⁴⁶⁹

Dworkin'in hukuki pozitivizme yönelen eleştirilerinin nedeni, katı hukuki pozitivistlerin, hukuku kanun koyucunun çıkardığı kurallar hiyerarşisinden ibaretmiş gibi görmeleridir. Oysa hukuk kurallar ve ilkelerden oluşur; yargıçlar, kararlarında ilkelere sıklıkla başvururlar. Sorun özünde, salt formel bir ölçütle somut uyumsuzluğa uygulanabilecek hukuk kuralını belirlemek ve uygulamak değil, uyumsuzluğa uygulanabilecek ilke ve kuralları yorum faaliyeti aracılığıyla belirlemek ve onlara dayanarak doğru karara ulaşmaktır. Hukukun kaynağını katı hukuki pozitivizmin iddia ettiği gibi salt yasa koyucunun çıkardığı metinler olarak kabul etmek, o hukuk düzenindeki adalet ve hakkaniyet beklentisiyle bağdaşmayabilir.

Dworkin, yazılı hukuk kurallarının doğada öylece kendiliğinden var olmadığını, yasama meclisinde belli bir zamanda belli kişilerce çıkarıldığını ve bu bağlamda objektif bir gerçekliğe karşılık geldiğini belirtir.⁴⁷⁰ Hâkimler bu kuralın yasal bir önerme olduğunu bilirler ve bu konuda hemfikirdirler; hâkimlerin zor davalarda

⁴⁶⁷ Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (Cambridge MA: Harvard University Press, 2008), 41-42.

⁴⁶⁸ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1986), 13.

⁴⁶⁹ Tillers, “The Value of”, 168.

⁴⁷⁰ Ronald Dworkin, “Law as Interpretation”, *Critical Inquiry*, 9/1 (1982): 180.

hemfikir olmadığı önermenin anlamıdır.⁴⁷¹ Hâkim, kuralı ilkeler zemininde yorumlayacak ve o hukuk düzeninde anlamını bulan adaleti gerçekleştirmeye çalışacaktır. Bu amacı en iyi şekilde gerçekleştiren yorum, hâkimin önündeki uyuşmazlığın doğru cevabıdır; her hukuki uyuşmazlığın tek bir doğru cevabı vardır.⁴⁷² Failin inancı bu cevapla örtüşüyorsa doğru; değilse hatalıdır. Somut uyuşmazlıkta hâkimin doğru cevabı bulamama riski ise her zaman vardır. Ancak bu risk, olgulara ilişkin gerçeklikler için de geçerlidir. Örneğin, fail gerçekte mağduru öldürmemiş olsa dahi, kasten öldürme suçundan mahkûm edilmiş olabilir. Mahkemenin doğru cevabı (failin mağduru öldürmemesi) bulamamış olması ve bu yüzden yanlış hüküm kurması, objektif gerçekliğin (failin mağduru öldürmemiş olması) var olmadığı manasına gelmez; aynı şekilde hâkimin somut uyuşmazlıkta normatif gerçeklik hakkındaki doğru cevabı bulamamış olması, hukuki gerçekliğin olmadığı anlamına gelmez.

(2) İnaniş

İnaniş kavramı, hem kast hem de hata kavramları bakımından önem arz eder. Zira, hata da bilme de birer inaniştir.⁴⁷³ Aralarındaki farkı belirleyen, inanişin doğruluk değeridir. İnaniş, doğru ise “bilme”den; yanlış ise “hata”dan söz edilir.⁴⁷⁴

Kastın bilme unsurunun ve hatanın ontolojisinin anlaşılabilmesi için “inaniş”ın ne olduğunun ortaya konulması gerekir. “İnaniş” kavramının altı önemli özelliği vardır:

(1) İnanişin bir konusu vardır.⁴⁷⁵ Bu konu, “gördüğüm şey bir bıçaktı” önermesinde olduğu gibi bir obje olabileceği gibi, “(A), bana saldırdı” önermesinde olduğu gibi bir durum da olabilir.

(2) İnaniş, doğrunun ya da yanlışın konusu olabilir.⁴⁷⁶ “Saldırı ile orantılı bir şekilde kendimi savundum”, “(A)’nın cinsel ilişkiye rızası vardı”, “arama emrindeki

⁴⁷¹ Dworkin, “Interpretation”, 180.

⁴⁷² Dworkin, *Law's Empire*, 412.

⁴⁷³ Yalın bilmeme halinde bir inaniş yoktur. Bilmeme ve hata arasındaki farka aşağıda “Bilmeme ve Hata” başlığı altında değineceğiz.

⁴⁷⁴ Zimmerman, “Moral Responsibility and Ignorance”, 412.

⁴⁷⁵ Brad Majors, “Cognitivist Expressivism and Nature of Belief”, *Ethic Theory Moral Practice*, 11/3 (2008): 282-283; Stephan Shute, “Knowledge and Belief in the Criminal Law”, in *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part*, eds. Stephen Shute and Andrew Simester (New York: Oxford University Press, 2002), 183.

konuta girdim” gibi durumlara ya da objelere yönelik inanışlar, yanlış ya da doğru olabilir. Hata bakımından inanışın en önemli özelliği budur. İnanışın doğru ya da yanlış şeklinde nitelendirilmesi mümkün olmasaydı, hatadan da söz edilemezdi. İnanışın doğrunun ya da yanlışın konusu olabilmesi, onu ve dolayısıyla hatayı, “isteme”, “ümit etme”, “dikkat etme” gibi doğruluk değeri olmayan zihinsel durumlardan ayırır.⁴⁷⁷

(3) İnanışın varlığı bakımından, inanışın objektif olarak doğru ya da yanlış olması önemli değildir; inanışın objektif olarak doğru ya da yanlış olması inanışın varlığını değil, niteliğini belirler.⁴⁷⁸ Yukarıda belirttiğimiz üzere inanış doğru ise bilmeden; yanlışsa hatadan söz edilir. Öte yandan bir inanıştan söz edilebilmesi için inanılanın ona inanan açısından doğru olması zorunludur.⁴⁷⁹ Yani inanışın varlığından söz edilebilmesi için inanışın inanan bakımından sübjektif olarak doğru olması gerekir. İnanışın sahibi, zihnindeki önermenin doğru olduğuna inanmıyorsa zaten ona yönelik bir inanışı yoktur.

(4) İnanma ve inanılanın doğru olduğuna inanma, iki ayrı inanış değildir; inanma ve inanılanın doğru olduğuna inanma inanışın doğasında vardır.⁴⁸⁰ Örneğin, “*gördüğüm şey bir insandır*” inanışının arkasında, “*gördüğüm şeyin bir insan olması doğrudur*” şeklinde ilkinin destekleyen ikinci bir inanış yoktur. Ayrıca inananın inanışı hakkında olumlu bir duyguya sahip olması gerekmez. İnananın inanışının yanlış olmasını temenni etmesi ya da inanışının zararlı olduğunu düşünmesi, inanışın varlığı bakımından önemsizdir.⁴⁸¹

⁴⁷⁶ Shute, “Knowledge and Belief”, 183; John R. Searle, *The Rediscovery of Mind* (Cambridge MA: The MIT Press, 1992), 62; David Hunter, “The Metaphysics Of Responsible Believing”, *Manuscript*, 41/4 (2018): 269.

⁴⁷⁷ Shute, “Knowledge and Belief”, 183.

⁴⁷⁸ Robert Stalnaker, “On Logics of Knowledge and Belief”, *Philosophical Studies*, 128/1 (2006): 179.

⁴⁷⁹ Shute, “Knowledge and Belief”, 184; J. David Velleman, *The Possibility of Practical Reason* (New York: Oxford University Press, 2000), 250; Paul Weingartner, “Conditions of Rationality for the Concepts Belief, Knowledge, and Assumption”, *Dialectica*, 36/2-3 (1982): 246. Stalnaker, güçlü inanış ve zayıf inanış şeklinde ikili bir ayrım yapmaktadır. Stalnaker’e göre, inanan inanışını makul gerekçelerle temellendirebiliyorsa, güçlü; temellendiremiyorsa zayıf inanıştan söz edilir. Stalnaker, “Knowledge and Belief”, 180.

⁴⁸⁰ Shute, “Knowledge and Belief”, 183.

⁴⁸¹ Velleman, “The Possibility”, 251.

(5) İnanışlar doğrudan kontrol edilemezler.⁴⁸² Basitçe, “*x önermesine inanmaya karar verdim*” denilerek ona inanılmaz. Örneğin, doktor, hastanın tıbbi müdahaleye rızası olmamasına rağmen, “*hastanın rızası olduğuna inanmaya karar verdim*” diyerek müdahaleyi rıza dâhilinde yaptığına ya da kolluk görevlisi bir saldırı olmamasına rağmen “*saldırı olduğuna inanmaya karar verdim*” diyerek silah kullanmasını gerektiren bir durumun olduğuna inanamaz. İnananın inancı üzerindeki kontrolü dolaylıdır.⁴⁸³ İnanışlar, araştırma ve tecrübe etme gibi yollarla dolaylı olarak kontrol edilebilir.

(6) İnanış, dinamik bir kavramdır; inanışlar her zaman yeniden değerlendirmeye açıktır.⁴⁸⁴ İnanç sahibi, inanın yanlış olduğuna kanaat getirerek, en azından önceden inandığı şeyin yanlış olduğu şeklinde yeni bir inanış inşa edebilir ya da yeni bir inanç inşa etmeksizin yani farkında dahi olmadan inancını kaybedebilir (unutma).

İnanışın varlığı hatanın varlığı için zorunludur; fakat yeterli değildir; hatadan söz edilebilmesi için inanın yanlış olması gerekir.

b) İnanışın Yanlış Olması

Gerçeklik, bilinçten bağımsız olarak kendiliğinden vardır; doğru ise bilinçten bağımsız değildir; doğru, varlıkla süje arasındaki ilişkiden türer; varlık ya da süje olmaksızın bilgiden dolayısıyla doğrudan ya da yanlıştan (hatadan) söz edilemez.⁴⁸⁵

İnanışın bilme ya da bilmeme (hata) olarak nitelendirilebilmesi için doğrunun bilinmesi gerekir. İnanış ancak doğru ile sınıırırsa bilme ya da bilmeme (hata) olarak nitelendirilebilir. İnanışın doğruluk değerinin tespitinde farklı ölçütleri esas alan iki temel teori vardır: (1) Uygunluk Teorisi (*Correspondence Theory*), (2) Tutarlılık Teorisi

⁴⁸² Bernard Williams, “Deciding to Believe”, in *Problems of the Self* (New York: Cambridge University Press, 1973): 148; J. Thomas Cook, “Deciding to Believe Without Self-Deception”, *The Journal of Philosophy*, 84/8 (1987): 441; Jan Willem Wieland, “Introduction: The Epistemic Condition”, in *Responsibility: The Epistemic Condition*, eds. Philip Robichaud and Jan Willem Wieland (Oxford: Oxford University Press, 2017), 7.

⁴⁸³ Wieland, “Introduction: The Epistemic Condition”, 7.

⁴⁸⁴ Shute, “Knowledge and Belief”, 184.

⁴⁸⁵ Harun Tepe, *Platon’dan Habermas’a Felsefede Doğruluk ya da Hakikat* (Ankara: BilgeSu Yayıncılık, 2016), 19.

(*Coherence Theory*).⁴⁸⁶ Bu teoriler “bilme”yi konu edindikleri için hem hata hem de kastın varlığı bakımından önem arz ederler.

Hâkim görüş olan ve tarihsel kökeni itibarıyla *Aristo*’ya kadar uzanan Uygunluk Teorisine göre, konusuna uygunluk gösteren inanış doğrudur.⁴⁸⁷ Yani “doğru” da belirleyici olan aynı yöndeki inanışların çokluğu değil, inanışın gerçeğe uygunluğudur.⁴⁸⁸ Herkes tarafından doğru olduğu varsayılsa dahi inanış gerçekte uyuşmuyorsa doğru değildir. Uygunluk Teorisi, doğruyu herhangi bir kültüre, paradigmaya ya da bakış açısına gönderme yapmadan doğrudan obje ile süje arasındaki ilişki üzerinden açıklamaktadır.⁴⁸⁹

Uygunluk Teorisi çeşitli yönlerden eleştirilmektedir. İnanışlarımızdan kendimizi soyutlayamadığımızdan inanışlarımızın dış dünyadaki varlıklarla uyumlu olup olmadığını test edemeyiz.⁴⁹⁰ Üçüncü kişilerin değerlendirmesi de yine üçüncü kişilerin inanışını yansıtır. İnanış ve gerçek arasında uyumu test edecek ölçüt -üçüncü kişilere de ait olsa- bir inanış olamaz; bir inanış başka bir inanışı test edemez.⁴⁹¹ Uygunluk Teorisine yöneltilen bir başka eleştiri teorisinin kapsamıdır. Uygunluk teorisine göre bütün önermelerin doğruluk değerlendirmesi dış dünyadaki objektif gerçeklik esas alınarak yapılabilir; ancak iki artı üçün beş ettiği, (A)’nın (B)’den daha tehlikeli olduğu, eşcinsel birlikteliklerin ahlakla bağdaşmadığı şeklindeki önermelerin test edilebileceği insan zihninden bağımsız gerçeklikler yoktur.⁴⁹²

19. yüzyılın sonunda *Yeni-Hegelci* mutlak idealistler tarafından savunulan Tutarlılık Teorisine göre, doğru, önerme ile obje arasındaki ilişki değildir; arada süje vardır ve süjenin obje hakkında düşünmeye başlamasıyla obje saf gerçekliğinden

⁴⁸⁶ Coleman, “Truth”, 38. Bu teorilerin yanında Faydacı Teori, Görüş Birliği Teorisi, Taşınılık Teorisi gibi farklı teoriler de vardır. Biz konunun dışına çok taşmamak için bu teorilere değinmedik.

⁴⁸⁷ Dennis Patterson, *Law and Truth* (New York: Oxford University Press, 1996), 5; Peter Vardy, *What is Truth?* (Sydney: UNSW Press, 1999), 5; Coleman, “Truth”, 38.

⁴⁸⁸ Susan Haack, “Truth, Truths, ‘Truth,’ and ‘Truths’ in the Law”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 26/1 (2003): 18.

⁴⁸⁹ Susan Haack, “Truth”, 18.

⁴⁹⁰ Hilary Putnam, “Two Philosophical Perspectives”, in *The Nature of Truth Classic and Contemporary Perspectives*, ed. Michael P. Lynch (Cambridge MA: The MIT Press, 2001), 251 vd.

⁴⁹¹ Putnam, “Two Philosophical Perspectives”, 255-256.

⁴⁹² Michael P. Lynch, “Realism and the Correspondence Theory”, in *The Nature of Truth Classic and Contemporary Perspectives*, ed. Michael P. Lynch (Cambridge MA: The MIT Press, 2001), 12-13.

ayrılarak az ya da çok süjenin zihninin bir parçası haline gelir.⁴⁹³ Bir önermenin doğruluğu, önermenin objeyle ilişkili olan ve doğru olduğu kabul edilen diğer önermelerle olan uyumuna bağlıdır.⁴⁹⁴ Tutarlılık Teorisini Uygunluk Teorisinden ayıran, Tutarlılık Teorisine göre önermeyi doğru yapan (*truth maker*), insan zihninden bağımsız olan bir gerçeklik değil, önermenin diğer önermeler dizisi (*a set of propositions*) ile uyumlu olmasıdır.⁴⁹⁵ Tutarlılık Teorisi, daha ziyade soyut gerçeklikler hakkındaki önermelerin doğruluğunda başvurulabilecek bir teoridir. Örneğin, harfler ve rakamlar insan zihninin ürünüdür; zihinden bağımsız olarak dış dünyada var olan gerçeklikler değildir. $A=B$; $C=B$ ise $A=C$ önermesi doğru bir önermedir; çünkü bu önerme matematikteki doğru önermeler dizisi ile tutarlıdır.

Her ne kadar, hukuk normlarına konu olan gerçekliklerin normatif karakteri hakkında Tutarlılık Teorisinin daha uygun olduğu, zira normatif gerçekliklerin insan zihninden bağımsız olmadığı ileri sürülebilirse de biz hukukta objektif bir gerçekliğin olduğunu ileri süren *Dworkin*'in *tek doğru cevap tezine* katıldığımız için Uygunluk Teorisini kabul ediyoruz.

İnanışın yanlışlığı konusunda son olarak, tesadüfen bilmenin bilme olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunu üzerinde durmak gerekir. Zira bu konunun ceza hukukunda önemli yansımaları vardır. Epistemolojide bilmenin kriterlerinden birisi de doğrunun tesadüfün eseri olmamasıdır; inanış gerçekte tesadüfen uyuşmuş ise bilme yoktur.⁴⁹⁶ Örneğin, (A), Erzincan'da ikamet etmektedir. (A), rüyasında 20.10.2010 tarihinde, saat, 20.10'da Erzincan'dan Ankara'ya hareket eden uçağın düştüğünü görür. Rüyasının gerçekleşeceğine inanan (A), ölmesini istediği eşi için rüyasında gördüğü tarih ve saatte Ankara uçağına bir bilet satın alır. Uçak gerçekten düşer ve (A)'nın eşi ölür. Örnekte, (A)'nın uçağın düşeceğine yönelik bir inanışı vardır. (A)'nın inanışı gerçekte

⁴⁹³ Michael P. Lynch, "Coherence Theories", in *The Nature of Truth Classic and Contemporary Perspectives*, ed. Michael P. Lynch (Cambridge MA: The MIT Press, 2001), 99.

⁴⁹⁴ Lynch, "Coherence Theories", 100.

⁴⁹⁵ Michael Hughes, "Epistemic Inconsistency and Categorical Coherence: A Study Of Probabilistic Measures of Coherence", *Synthese*, 194/8 (2017): 3155; Branden Fitelson, "A Probabilistic Theory of Coherence", *Analysis*, 63/3 (2003): 195; Luc Bovens, Stephan Hartmann, "Why There Cannot Be a Single Probabilistic Measure of Coherence", *Erkenntnis*, 63/3 (2005): 361.

⁴⁹⁶ Geleneksel görüşe göre, makul bir şekilde gerekçelendirilebilen gerçeğe uygun önermeler bilgi olarak nitelenebilir. Robert K. Shope, "Conditions and Analyses of Knowing", in *The Oxford Handbook of Epistemology*, eds. Paul K. Moser (Oxford: Oxford University Press, 2002), 28-29.

örtüşmüştür. Yani (A)'nın inanışının doğruluk değeri vardır. Fakat (A)'nın inanışı tesadüfün eseri olduğu için epistemolojide “bilme” olarak nitelendirilmemektedir.

Ceza hukukunda bu tip durumlar isnadiyet problemi olarak ele alınmaktadır; *ex-ante* yapılacak bir değerlendirmede “*objektif bir kişi failin yerinde olsaydı neticeyi öngöremezdi*” sonucuna ulaşılan durumlarda fiil faile objektif olarak isnat edilemez.^{497,498} Dolayısıyla epistemolojide bilmenin bir unsuru olarak kabul edilen inanışın tesadüfi olmaması unsuru, ceza hukukunda bilmenin bir unsuru değildir. Bu mesele, ceza hukukunda nedensellik ilişkisi bağlamında tipik fiilin objektif bir unsuru olarak ele alınmaktadır.⁴⁹⁹

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusu bakımından tesadüfen bilmenin bir önemi yoktur. Çünkü hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada maddi unsurlardan biri objektif olarak gerçekleşmemesidir. Yani failin tesadüfen dahi olsa inanışı gerçekte uyuşmamaktadır.

Tesadüfen bilme, hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorununda önem arz eder. Objektif Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenleri failin sübjektif durumundan izoledir. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurları gerçekleşmişse fail bu durumu bilsin ya da bilmesin fiil hukuka uygundur; bu yüzden tesadüfen bilmenin bir önemi yoktur. Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olduğunu ileri süren Saf Sübjektif Teori ve Çifte Gereklilik Teorisine göre ise fiilin hukuka uygun olabilmesi için failin hukuka uygunluk nedeninin unsurlarının gerçekleştiğini bilmesi gerekir. Tesadüfen bilme, bilmeme olarak kabul edilirse, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olduğunu ileri süren teorilere göre fiil hukuka aykırı olur. Örneğin, (A), rüyasında canlı bir bombanın konser alanında onlarca kişiyi öldürdüğünü görür. Ertesi gün konserde rüyasında gördüğü kişiyi gören (A),

⁴⁹⁷ Ozansü, *Kasttan Doğan*, 85; Akbulut, *Genel Hükümler*, 299.

⁴⁹⁸ Nedensellik bağlantısının ampirik, objektif isnadiyetin ise normatif bir değerlendirme olması dolayısıyla iki değerlendirme birbirinden farklıdır. Ancak, neticenin faile yüklenmesinin unsurlarını oluşturdıkları için birbirlerini tamamlarlar. Zehra Başer Doğan, “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Objektif Isnadiyet” (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2020), 226.

⁴⁹⁹ Bir görüşe göre hayatın olağan akışına göre, hareketin neticeyi meydana getireceği mümkün görünmüyorsa başka bir deyişle netice tesadüfün eseri ise kast yoktur. Bu görüş için bkz. Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 107.

rüyasının gerçekleşeceğine inanarak bu kişiye müdahale eder; yere yatırır; çantasını zorla açarak içine bakar ve gerçekten de çantada kısa bir süre sonra patlayacak bir bomba olduğu görülür. Örnekte, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmiştir. (A), bu unsurların gerçekleştiğini tesadüfen bilmıştır. Tesadüfen bilme, bilmeme ise hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olduğunu ileri süren teorilere göre (A)'nın fiili hukuka aykırıdır. Biz, Objektif Teoriyi savunduğumuz için ve Objektif Teoriye göre failin sübjektif durumu önemli olmadığı için örnekte (A)'nın gerçeği bilmemesinin ya da tesadüfen bilmesinin bir önemi yoktur; fiil hukuka uygundur.

b. Hata ile Benzer ve İlişkili Kavramlar

1) Hata ve Bilmeme

5237 sayılı TCK'nın "hata" başlıklı 30. maddesinin ikinci fıkrasında, suçun nitelikli hallerinde "hataya düşen" kişinin hatasından yararlanacağı; üçüncü fıkrasında, ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenlere ait unsurlarda kaçınılmaz bir "hataya düşen" kişinin hatasından yararlanacağı ve dördüncü fıkrasında, fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir "hataya düşen" kişinin cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir. Düzenlenmenin birinci fıkrasında ise, "hataya düşen" ifadesi yerine suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları "bilmeyen" kişinin kasten hareket etmiş olmayacağı belirtilmiştir. Kanunun "bilmeme" kavramına yer verdiği bir diğer düzenleme, TCK m. 4'tür. TCK m. 4'e göre, "*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*".

Yalın bilgisizlik hali olarak bilmeme, hatadan farklı bir kavramdır. Yalın bilmemede algılama ve tanıma aşamalarında bir aksaklık yoktur; çünkü yalın bilmemede algılanan ve tanımlanan bir gerçeklik yoktur; hatada ise algılama ya da tanıma sürecindeki sorun nedeniyle çıkarım eksik ya da yanlış olmaktadır.⁵⁰⁰ Yalın bilmemede, hatanın eşlik ettiği bir inanış yoktur.⁵⁰¹ Hatada ise eksik de olsa yanlış da

⁵⁰⁰ Jerome Hall, "Ignorance and Mistake in Criminal Law", *Indiana Law Journal*, 33/1 (1957): 15; Edwin Roulette Keedy, "Ignorance and Mistake in the Criminal Law", 22/2 (1908): 76; Gideon Yaffe, "Excusing Mistake of Law", *Philosophers Imprint*, 9/2 (2009): 3.

⁵⁰¹ Ersoy, "Bilmeme ve Hatanın", 255.

olsa bir inanış vardır. Bu bağlamda hata, pozitif; bilmeme ise negatif nitelikte bir kavramdır.⁵⁰² Örneğin, yol kenarında kaza yapmış ve sürücüsü içerisinde sıkışmış bulunan aracı gören fakat terkedilmiş bir hurda zannederek yoluna devam eden sürücü ile kaza yapmış aracı hiç fark etmeden yoluna devam eden sürücünün bilişsel durumları arasında fark vardır. İlk durumda yanlış da olsa bir inanış vardır. İkinci durumda ise doğru ya da yanlış olarak nitelendirilebilecek bir inanış yoktur. Bir görüşe göre, yalın bilgisizlik durumu da bir hata durumudur.⁵⁰³ Aynı örneği bu görüşe göre yorumlayacak olursak, kaza yapan aracı görmemiş olan sürücü, yol kenarında kaza yapmış bir aracın olmadığına inanmaktadır ve bu inanışı yanlış olduğu için hata vardır. Bir inanıştan söz edilebilmesi için zihinde bir düşüncenin var olması gerekir. Zihinde olmayan bir düşünceyi varmış gibi yorumladığı için bu görüşe katılmıyoruz.

İki kavram arasındaki farklılık, hukuka uygunluk nedenlerinin ve kusuru etkileyen nedenlerin koşullarında hatada açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinde ve kusuru etkileyen nedenlerde yalın bilgisizlik durumunda TCK m. 30/3 uygulanamaz. TCK m. 30/3'e göre; “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi*” ifadesi yer almaktadır; yani düzenlemeye göre failin ilgili unsurların gerçekleştiğine inanması gerekir. Bilmeme de, inanma yoktur.

Bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmişse ve fail bu durumu bilmiyorsa ilgili hukuka uygunluk nedeni bakımından yalın bilmeme vardır.⁵⁰⁴

⁵⁰² Soyaslan, *Genel Hükümler*, 466.

⁵⁰³ Duncan Sheehan, “What is a Mistake?”, *Legal Studies*, 20/4 (2000): 543.

⁵⁰⁴ Öğretide bu durum bazı yazarlara tarafından “hukuka uygunluk nedenlerinde tersine hata” olarak adlandırılmaktadır. Sarıgül, “Hata”, 348; Erman, “Yanılgı”, 388; Şenol, “Hata”, 61.

Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurlarının gerçekleştiği fail tarafından bilinmiyorsa bu durumun tersine hata olarak nitelenebilmesi için üç koşulun varlığı gerekir: (1) fail fiilinin hukuka aykırı olduğuna inanmalıdır; (2) olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif koşulları gerçekleşmeli ve fail bu durumun farkında olmamalıdır ve (3) hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorununda Objektif Teori kabul edilmelidir. Diğer teoriler fail hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının gerçekleştiğini bilmiyorsa fiilin hukuka aykırı olduğunu kabul ettikleri için hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleştiği olaylarda tersine hatayı kabul etmemektedirler; çünkü söz konusu teorilere göre bu tür durumlarda fiil hukuka aykırıdır. Sayılan üç unsurda eksiklik varsa *hukuka uygunluk nedenlerinde tersine hatadan* söz edilemez. Örneğin, fail somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif koşullarının gerçekleştiğinin farkında olmadığı gibi fiilinin tipik olduğunu da bilmeyebilir; bu durumda da tersine hatadan söz edilemez. Sonuç olarak tersine hata kavramı hukuka

Bu durumda fiilin hukuka uygun olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Tartışmalar Objektif Teori, Saf Sübjektif Teori ve Çifte Gereklilik Teorisi olarak adlandırılan üç teori altında kümeleşmektedir. Kusuru etkileyen nedenlerde ise yalın bilmemenin failin cezai sorumluluğuna herhangi bir etkisi yoktur. Kusuru etkileyen nedenlerde yalın bilmeme konusunda ikili bir ayırım yapmak gerekir:

(1) Kusuru etkileyen nedenler irade yeteneği ile ilgili iseler failin kusurunu etkileyen bir durumun objektif olarak var olduğunu bilmesine gerek yoktur. Örneğin, failin yaşı küçükse, fail yaşınının küçük olduğunu bilse de bilme de fail hakkında yaş küçüklüğüne ilişkin hükümler uygulanır.

(2) Kusuru etkileyen zorunluluk hali, cebir gibi durumlarda ilgili nedenlerin objektif koşullarının gerçekleştiğini fail bilmiyorsa, bu nedenlerden yararlanamaz. Zira söz konusu nedenler failin iradesini baskıladıkları için kusuru etkilemektedir. Fail, zorunluluk halinin ya da cebirin unsurlarının gerçekleştiğini bilmiyorsa, iradesinin korunma ya da koruma motivasyonu ile suç teşkil eden fiili işlemeye zorlandığından söz edilemez.

Öğretide ve uygulamada, “hata” kavramının kullanıldığı kanun hükümleri bilmemeyi, “bilmeme” kavramının kullanıldığı kanun hükümleri de hatayı kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır. Bu birleşik önermede ikinci alt önermenin doğruluk değeri vardır. Bilmeme ifadesini içeren kanun hükümlerinin (TCK m. 4 ve TCK m. 30/1), hatayı da kapsar şekilde anlaşılması doğrudur; fakat hata ifadesini içeren kanun hükümlerinin (TCK m. 30/2; 3 ve 4), bilmemeyi de kapsar şekilde anlaşılması terminolojik olarak doğru değildir; çünkü bilmeme hatanın değil, hata bilmemenin bir türüdür.⁵⁰⁵ Bilmeme çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.⁵⁰⁶

1- Önerme yanlıştır; fakat fail önermenin doğru olduğuna inanmaktadır (hata).

uygunluk nedenlerinin koşullarının objektif olarak gerçekleştiği ve fakat bu durumun fail tarafından bilinmediği her durumu kapsayacak nitelikte bir terim değildir.

⁵⁰⁵ Pierre Le Morvan, Rik Peels, “The Nature of Ignorance: Two Views” in *The Epistemic Dimensions of Ignorance*, eds. Rik Peels, Martin Blaauw (Cambridge, Cambridge University Press), 14.

⁵⁰⁶ Rik Peels, “What Kind Of Ignorance Excuses? Two Neglected Issues”, *The Philosophical Quarterly*, 64/256 (2004): 484 vd.

2- Önerme doğrudur; fakat fail önermenin yanlış olduğuna inanmaktadır (hata).

3- Fail önermenin ne doğru ne de yanlış olduğuna inanmaktadır; yani fail önermenin doğruluğundan ya da yanlışlığından emin değildir (şüphe).

4- Failin önermenin doğru ya da yanlış olduğuna ilişkin bir inancı olmadığı gibi fail şüphe içerisinde dahi değildir (yalın bilmeme).

5- Fail gerçeği bilmiştir; fakat bilme atipik bir gerekçeye dayanmaktadır; Örneğin, (A), rüyasında canlı bir bombanın bir konserde terör saldırısı yapacağını görür. Karısının ölmesini isteyen (A), karısını konsere gönderir; gerçekten de bir terör saldırı olur ve (A)'nın karısı hayatını kaybeder.

Anlaşılabileceği üzere, bilmeme, hatadan daha geniş hatayı da kapsayan bir kavramdır.⁵⁰⁷ Her bilmeme hata olmadığına ve her hata bilmeme olduğuna göre, TCK m. 30'un madde başlığının "hata" yerine "bilmeme" şeklinde belirlenmesi ve TCK m. 30/3'te "hata", diğer fıkralarda ise "bilmeme" kavramının kullanılması yerinde olurdu.

Yerleşmiş bir terminoloji olduğu için biz de bu çalışmada hata ifadesini bilmemeyi de kapsayacak şekilde geniş manada kullandık.

2) Hata ve Şüphe

Şüphe, bir kanaatin oluşmasını engelleyen tasavvur ihtilafıdır.⁵⁰⁸ Hata, bilişsel bir durumken şüphe bilişsel bir süreçtir.⁵⁰⁹ Şüphenin dinamik bir doğası vardır.⁵¹⁰ Şüphe durumunda failin şüphe ettiği husus hakkında doğru ya da yanlış şeklinde nitelendirilebilecek bir inancı yoktur. Şüphede birbiriyle yarışan birbirine alternatif olasılıklar vardır.

Şüphe de hata gibi bilmemenin bir türüdür. Fail, gerçeği henüz bilme de hatadan farklı olarak şüphe halinde failin inancı henüz gerçeğe çelişmemiştir. Çünkü failin gerçekliğe ilişkin bir kanaati henüz oluşmamıştır. Avcı, ateş ettiği objenin insan

⁵⁰⁷ Dönmezer/Erman'a göre, hata bilmemeyi kapsar. Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 314. Aynı yönde bkz. Kayıhan İçel, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk* (İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967), 221; Erem, *Ümanist Doktrin Cilt 1*, 532;

⁵⁰⁸ Soyaslan, *Genel Hükümler*, 467; Erem, *Ümanist Doktrin Cilt 1*, 532;

⁵⁰⁹ Bertrand Russell, *Theory of Knowledge* (London: Allen and Unwin, 1984), 142.

⁵¹⁰ Russell, *Theory of Knowledge*, 142.

olduğunu bilmiyorsa onu bir av hayvanı zannediyorsa hata vardır; şüphe yoktur. Şüphede de fail hatada olduğu gibi gerçeği bilmez. Avcı, hedef aldığı objenin bir insan mı yoksa bir yaban hayvanı mı olduğundan emin değilse (şüphe), gerçeği bilmiyordur.

Hata ile şüphe arasındaki bir başka farklılık, hatanın niteliksel, şüphenin niceliksel bir kavram olmasıdır.⁵¹¹ İnanış yanlışsa hatadan söz edilir. Bu bakımdan hata vardır ya da yoktur. Çok ya da az hatadan söz edilemez; hata derecelendirilemez. Şüphe ise derecelendirilebilir. Karşıt alternatiflerin süje açısından doğruluk değeri birbirine yaklaştıkça şüphenin derecesi de artar.

Alternatiflerden birinin tercih edilmesi halinde, şüphe hali sona erer. Tercih edilen alternatif gerçeğe uyuşmuyorsa, “hata”; gerçeğe uyuşuyorsa, “bilme” vardır.

Örneğin, (A), önünde duran valizin kendisine mi yoksa başkasına mı ait olduğu konusunda emin olamaz (şüphe). (A), valizin başkasına ait olduğuna kanaat getirirse artık şüphe hali sona erer. Valiz gerçekten de başkasına aitse, valizi alması halinde (A), hırsızlık suçunu işlemiş olur. (A), valizin kendisine ait olduğuna kanaat getirirse ve valiz gerçekte başkasına aitse, (A) hakkında hata hükümleri uygulanır.

Şüphe halindeki fail bazen de alternatifler arasından bir seçim yapmadan yani şüphesini yenmeden fiili icra edebilir. Örneğin, avcı, insan ya da yaban hayvanı olduğundan emin olmadığı hedefe rizikoyu üstlenerek ateş eder. Hedef gerçekte bir hayvansa fiil suç teşkil etmez.⁵¹² Hedefin gerçekte bir insan olması ihtimalinde ise, fail olası kastla işlediği suçtan sorumlu olur.

3) Hata ve Taksir

Taksirin sözlük anlamı; “*dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslekte acemilik veya düzene, buyruklara ve talimata uymazlıktan doğan kusurlu olma durumu*” dur.⁵¹³ Hatanın sözlük anlamı ise “*istemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, yanlışla*

⁵¹¹ E. J. Olsson and C. Proietti, 2016, “Explicating Ignorance and Doubt: A Possible Worlds Approach”, in R. Peels and M. Blaauw (eds.), *The Epistemic Dimensions of Ignorance* (Cambridge, Cambridge University Press, 2016), 85.

⁵¹² Kanunumuzda işlenemez suça teşebbüs cezalandırılmadığı için bu ihtimalde failin cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığı tartışmasına değinmedik.

⁵¹³ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>

yanılıgı”dır.⁵¹⁴ “Hata” ve “taksir” kelimeleri sözlük anlamları itibarıyla birbirlerine benzedikleri için Türk ceza hukukunda bir dönem “taksir” kelimesi yerine “hata” kelimesi kullanılmıştır. 1858 tarihli Ceza Kanunnâmesinde, taksirle yaralama ve öldürme suçlarında “taksir” yerine “hata” kelimesi kullanılmıştır.⁵¹⁵ 765 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra kaleme alınan bazı eserlerde de “taksir” kelimesi yerine “hata” kelimesi kullanılmıştır.⁵¹⁶ İki kavram arasındaki farklılığa dikkat çeken ilk yazar, *Taner* olmuştur. Yazarın eleştirileri neticesinde 1936 yılında yapılan değişiklikle 765 sayılı Kanunun 134, 136 ve 137. maddelerinde “hata” kelimesi yerine “taksir” kelimesi kullanılmıştır.⁵¹⁷

Hata ile taksir arasındaki ilişki, hata ile kast arasındaki ilişkiden ontolojik olarak ayrılmaktadır. Hata ve kastın bilme unsuru, salt failin zihinsel durumu ile ilgili oldukları için ontolojik bir kavramlardır.

Taksir ise bir yükümlülüğün varlığını gerektirdiği için normatif bir kavramdır.⁵¹⁸ Yükümlülükler doğada kendiliğinden var olan gerçeklikler değildir. Yükümlülükler normatif dünyaya ait gerçekliklerdir.

Hataya normatif bileşenler dâhil edildiğinde hata ile taksir arasındaki bağlantı kurulmuş olmaktadır. Bu bağlantı noktası ise kaçınılmazlık kavramıdır. Kaçınılmazlık kavramı, ontolojik bir kavram değildir; değerlendirmeyi gerektirir; bu yüzden normatif karakterlidir. Hataya kaçınılmazlık ya da kaçınılabilirlik sıfatları eklendiğinde hata normatif bir içerik kazanmakta ve normatif bir kavram olan taksirle hata arasında bağlantı kurulmuş olmaktadır.

Kanaatimizce, hata ve taksir arasındaki ilişkiyi şu temel önermeye indirgenebilir: her hata da taksir yoktur; fakat her taksirde hata vardır.⁵¹⁹

⁵¹⁴ Türk Dil Kurumu Sözlüleri, <https://sozluk.gov.tr/>

⁵¹⁵ Kayıhan İçel, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk* (İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967), 23.

⁵¹⁶ Örneğin, 1938 tarihinde Ali Rifat Alabay tarafından yazılan “Neticesi ev[velden] Görülen Hata” başlıklı eserde, “taksir” kavramı yerine “hata” kavramını kullanılmıştır. Ali Rifat Alabay, “Neticesi Evvelden Görülen Hata”, *Adalet Ceridesi*, 9/2 (1938): 185.

⁵¹⁷ *Taner*, *Umumi Kısım*, 324.

⁵¹⁸ Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 264; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 255.

Hata, taksirden bağımsız olarak var ya da yok olabilir. Bunun nedeni hatanın ontolojik, taksirin ise normatif bir kavram olmasıdır. Örneğin; doktor (D), içerisine hemşire (H) tarafından zehir konulduğunu bilmediği iğneyi hasta (A)'ya enjekte eder ve (A) ölür. Örnekte, (D)'nin hatası vardır; çünkü zehri ilaç zannetmektedir; (D)'nin taksiri yoktur; çünkü özen yükümlülüğü ihlali yoktur. Örnekten anlaşılacağı üzere hata taksirden bağımsız bir kavramdır. Hatanın var olabilmesi için mutlaka taksirin var olması gerekmez. Hata kaçınılmazsa, taksir yoktur; fakat hata vardır.

Hata kaçınılabilirse, hata ve taksir bir aradadır. Failin hataya düşmesi gerekli dikkat ve özeni göstermemiş olmasından kaynaklanıyorsa başka bir ifadeyle gerekli dikkat veya özen gösterilseydi fail hataya düşmezdi denebilen hallerde hata ile taksir bir aradadır. Örneğin, silah talimi yapan (A), korkuluk zannıyla tarladaki köylü (K)'ya ateş eder ve (K) ölür. Örnekte, hem hata hem de taksir vardır.

Kaçınılabilir hatada, hata ve taksirin bir arada olması, kaçınılabilir her hatanın taksirli suça vücut verdiği anlamına gelmez. Zira, “taksir” ve “taksirli suç”, farklı kavramlardır. Kanunda suç olarak düzenlenmemiş olsa bile, diğer koşulların da varlığı halinde, fiil özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil ediyorsa taksirden söz edilir. Taksirli suç, taksirli fiilin kanunda suç olarak düzenlenmiş olması halinde söz konusu olur. Örneğin, kaçınılabilir bir hataya düşerel kendisinin zannıyla başkasının valizini alan yolcu örneğinde, hırsızlık suçunun taksirli hali suç olarak düzenlenmediği için hata kaçınılabilir olsa da taksirli suçtan söz edilemez.

Hata, taksirden bağımsız bir kavram olmakla birlikte taksir hataya bağımlı bir kavramdır.⁵²⁰ Taksir ile hata arasındaki ilişki bir benzetme yapacak olursak tipiklikle hukuka aykırılık arasındaki ilişkiye benzer. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin var olması ya da yok olması fiilin tipik olmasını engellemez. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninden söz edilebilmesi için ise fiilin tipik olması zorunludur. Taksirin varlığı ya da yokluğu hatanın varlığını etkilemez; taksir olmasa da hata olabilir.

⁵¹⁹ Karşı görüş için bkz. Erem, *Ümanist Doktrin Cilt 1*, 532; Soyaslan, *Genel Hükümler*, 447; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 372-373; Toroslu, *Genel Kısım*, 236.

⁵²⁰ Aksi yönde bkz. Erem, *Ümanist Doktrin Cilt 1*, 532; Soyaslan, *Genel Hükümler*, 447; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 372-373; Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, 236.

Taksirden söz edilebilmesi için ise hatanın bulunması zorunludur; hata yoksa taksir de yoktur.

Öğretide taksirin hatadan bağımsız bir kavram olduğu ileri sürülmektedir.⁵²¹ Bu görüşün doğruluk değeri “yalın bilmeme” ile “hata” kavramlarının birbirlerinden ayrılması halinde vardır. Hata, bir inanışın varlığını gerektirir. Yalın bilmemede ise bir inanış yoktur. Bu bağlamda hata ile bilmeme birbirlerinden ayrılabilirler. Hata, bu şekilde (mutlaka bir inanışın varlığı) anlaşıldığında, taksirin hatadan bağımsız olduğunu ileri süren görüş doğrudur. Örneğin, uyuyakalan ve kazaya neden olan şoförün⁵²² taksiri var; fakat hatası yoktur; zira fail yalın bilmeme (inanış yokluğu) halindedir. Ancak ceza hukukunda, terminolojik olarak yanlış olsa da, hata bilmemeyi de kapsayan bir kavram olarak kullanıldığı için ceza hukukunda taksir hatadan bağımsız bir kavram değildir. Zira bilinçsiz taksirle işlenen suçlarda en azından, haksızlık hatası vardır; çünkü fail fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmez.

Bilinçli taksirde ise fail öngördüğü neticenin gerçekleşmeyeceğine yönelik yanlış bir inanışa (hata) sahiptir. Bilinçsiz taksirde failin inanışı (netice gerçekleşmeyeceğine inanma), gerçekte (neticenin gerçekleşmesi) örtüşmediği için yanlıştır; inanış yanlışsa hatadan söz edilir.

Sonuç olarak, failin taksiri olmasa dahi hatası olabilir; ancak bu önermenin tersi doğru değildir; “failin hatası olmasa dahi taksiri olabilir” denemez. Her taksirli fiilde mutlaka hata vardır.

4) Hata ve Kast

TCK m. 21’e göre, “*suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*”. Suçun temel subjektif unsuru kasttır.⁵²³ Kural olarak, her suç kasten işlenebilir ve bu yüzden suç tiplerinde kasta bir unsur olarak yer verilmez. TCK m. 21/1’de yer verilen “*suçun*

⁵²¹ Erem, *Ümanist Doktrin Cilt 1*, 532; Soyaslan, *Genel Hükümler*, 447; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 372-373; Toroslu/Toroslu, *Genel Kısım*, 236.

⁵²² Örnek için bkz. Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 253.

⁵²³ Madde başlığının “kast” olması ve 21. maddenin 2. fıkrasında olası kasta bir kast çeşidi olarak yer verilmesi nedeniyle, kast kavramı tek başına kullanıldığında olası kastı da kapsamaktadır. Kast kavramının olası kastı da kapsamı suça teşebbüs (TCK m. 35) ve iştirakte bağlılık kuralının (TCK m. 40) olası kast halinde de uygulanabilir olup olmadığı meselelerini tartışmalı hale getirmektedir.

oluşması kastın varlığına bağlıdır” cümlesinin anlamı budur. Taksirli sorumluluk ise istisnai bir sorumluluk halidir.⁵²⁴ Taksirli bir fiilin cezalandırılabilmesi için suç tipinde suçun subjektif unsuru olarak taksire açıkça yer verilmesi gerekir (TCK m. 22/1).

TCK m. 21’e göre kast, suçun kanuni tanımındaki unsurları bilme ve istemdir. Bir şeyin kast edilebilmesi için o şeyin bilinmesi gerekir. Örneğin, gerçekte suç eşyası olmasına rağmen satın alınan eşyanın suç eşyası olduğuna yönelik failde bir inanış yoksa ya da böyle bir inanış olmakla birlikte satın alınan eşya gerçekte suç eşyası değilse, gerçek bilinmiyor demektir. İki ihtimalde de gerçek ile irade arasında uyumsuzluk vardır.

Hata bakımından önemli olan kastın “bilme” unsurudur.⁵²⁵ Kastın isteme unsuru zorunlu olarak bilme unsuruna bağımlıdır. Zira ancak bilinen şey istenebilir. Bilmeye ihmali ya da icrai davranışın eşlik etmesi gerekir.⁵²⁶ Bir suçun kasten işlendiğinden söz edilebilmesi için haksızlığın ilgili suç tipinde yer alan tüm objektif unsurlarının fail

⁵²⁴ Nurten Öztürk, *Şirket Faaliyeti Sırasında İşlenen Taksirli Suçlarda Şirket Yöneticilerinin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu* (İstanbul: On İki Levha, 2021),1; Mehmet Saydam, Nurten Öztürk, “Türk Ceza Kanunu Bakımından Taksir”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 6/23 (2015): 142.

⁵²⁵ Suçlaştırma ve cezalandırmada ceza hukukunu ahlaki standartlarla uyumlaştırma ideali taşıyan ceza hukukçuları, kastı, günlük dildeki anlamına yaklaştırma taraftarıdır. Glanville Williams, “Oblique Intention”, *The Cambridge Law Journal*, 46/3 (1987): 418; Antony Duff, “Intentions Legal and Philosophical”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 9/1 (1989): 77.

Kast, zihinsel ve iradi unsurlardan oluşur. Kastın zihinsel unsuru ile iradi unsurunun içeriği literatürde tartışmalıdır. Kanunun şemsiye kavramlar olan zihinsel unsur ve irade unsurunu belirli psikolojik durumlar olan bilme ve isteme ile sınırlaması meseleyi Türk hukuku bakımından tartışmalı hale getirmiştir. Zira söz konusu kavramlar, olağan anlamları ile anlaşıldığında failin ceza hukuku bakımından kasten hareket ettiğinden şüphe edilmeyen, kimi durumlarda (zorunluluk hali, tehdit ya da cebir altında suç işleme gibi) kastının olmadığını söylemek gerekecektir. Özgenç, *Genel Hükümler*, 242; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 156 vd.

Öte yandan kastın salt bilme ile sınırlanması halinde ise kastı, olası kasttan ve bilinçli taksirden ayırmak mümkün olmamaktadır. Zira doğrudan kastta, olası kastta ve bilinçli taksirde fail iradi hareket etmekte ve neticeyi öngörmektedir. Doğrudan kastı, olası kasttan ve bilinçli taksirden ayırmak için ek bir unsura ihtiyaç vardır. TCK m. 21’deki “isteme” unsuru bu eksikliği gidermektedir.

Sonuç olarak, “isteme” unsuru, kastı, olası kast ve bilinçli taksirden ayırmak bakımından işlevsel olmakla birlikte cebir, zorunluluk hali vb. gibi durumlarda netice fail tarafından istenmediğinden failin kastını ortaya koymak bakımından sorunludur. Detaylı bilgi ve tartışmalar hakkında bkz. Ali Emrah Bozbayındır, *Türkiye ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları* (Ankara: Adalet, 2018), 319 vd.

⁵²⁶ Williams, “Oblique Intention”, 419.

tarafından bilinmesi gerekir.^{527,528} Öldürdüğü varlığın insan, aldığı şeyin taşınır bir eşya olduğunu bilmeyen kimse, kasten öldürme ve hırsızlık suçlarını işlemiş olmaz.⁵²⁹

Kastın bilme; hatanın bilmeme olmasının doğal sonucu, birinin varlığının diğerinin yokluğuna bağlı olmasıdır; hata varsa kast; kast varsa hata yoktur. Hata bakımından (1) kastın kapsamı ve (2) kastın konumu konuları büyük önem arz eder.

“*Hata ne zaman kastı engeller*” sorusunun yanıtı, “*kast neleri kapsar*” sorusunun yanıtı ile koşuttur. “*Kastın kapsamı nedir*” sorusunun yanıtı, kastı engelleyen (haksızlığı etkileyen) ile diğer hata türleri arasındaki sınırı çizer. Hatanın kastın yokluğu sonucunu doğurabilmesi için hatanın konusunun kastın kapsamında yer alması gerekir. Örneğin, hukuka uygunluk nedenlerinin unsurlarına ilişkin bilgi kastın kapsamında kabul edilirse, hukuka uygunluk nedenlerinin unsurlarında düşülen hata failin kastını engeller. Benzer şekilde fiilin haksızlık niteliğini bilme (haksızlık bilinci) kastın kapsamında yer alırsa haksızlık hatası kastı engeller.

Kastın kapsamını belirlemek de tek başına hatanın cezalandırılabilir fiilin yapısı üzerindeki sonuçlarını ortaya koyabilmek için yeterli değildir. Çünkü kastın kapsamını belirlemek, “*hata hangi durumlarda kastı engeller*” sorusuna yanıt verir. Örneğin, hem 765 sayılı hem de 5237 sayılı TCK döneminde tipikliğin objektif unsurlarının kastın kapsamında olduğu ve bu unsurlara ilişkin hatanın kastı engellediği konusunda öğretide ve uygulamada bir tartışma yoktur. Ancak, 765 sayılı TCK döneminde hâkim teori olan Klasik Suç Teorisi, kastı kusur içerisinde konumlandığı için 765 sayılı TCK döneminde suç tipinin maddi unsurlarında hatanın kusuru etkilediği ileri ileri sürülmüştür. 5237 sayılı TCK’nın esas aldığı Şahsi Haksızlık Teorisi ise kastı haksızlık içerisinde konumlandığı için suç tipinin maddi unsurlarında hata haksızlığı etkiler.

⁵²⁷ Bazı suç tiplerinde kastın “bilme” unsuru özel olarak belirtilir. Örneğin, iftira suçunda (TCK m. 267), fail, “işlemediğini bildiği halde” hakkında idari ya da cezai bir işlem yapılması için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat etmektedir. Bu tip suçlar ancak doğrudan kastla işlenebilirler; olası kastla işlenemezler. Bilme dışında başka sübjektif unsurlara da tipiklikte yer verilebilir. Bu unsurlar suç tipinin özel sübjektif unsurları olarak adlandırılmaktadır. Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 134. Saik de tipikliğin özel sübjektif unsurlarından birisidir.

⁵²⁸ Failin bilmesi gereken unsurlar fiil anından önce veya fiil anında var olan unsurlar olabileceği gibi, gelecekte gerçekleşebilecek unsurlar da olabilir. Neticeli suçlarda neticenin gerçekleşmesi, gelecek zamana ilişkin olgusal bir durumdur. Gelecekte gerçekleşecek bir husus bilinemez, öngörülebilir. Bu yüzden bilmeyi, öngörmeyi de kapsayacak şekilde geniş anlamak gerekir.

⁵²⁹ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 216.

Sonuç olarak, kastın kapsamı, kastı engelleyen hata; kastın konumu ise, kastı engelleyen hatanın haksızlığı mı yoksa kusuru mu etkilediği meselelerini açıklığa kavuşturur. Kastın kapsamı ve konumunun hata ile ilişkisini hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusu özelinde ortaya koymak gerekirse; hukuka uygunluk nedenleri kastın kapsamına dâhil edildiğinde, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller. Kast, haksızlık içerisinde konumlandırılırsa hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığı; kast, kusurun bir bileşeni olarak kabul edilirse, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusuru etkiler. Hukuka uygunluk nedenleri kastın kapsamına dâhil edilmezse, hukuka uygunluk nedenlerinde hata, kastı engellemez.

3. Hatanın Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Olgusal/Maddi Unsurlarına İlişkin Olması

a. Genel Olarak Olgusal Gerçeklik-Normatif Gerçeklik Ayırımı

Hukuk normlarında tasvir edilen olgulara ilişkin önermeleri doğa bilimlerindeki önermelerden ayıran husus, hukuk normlarının konu edindikleri olgulara değer de yüklemesidir.⁵³⁰ Örneğin, kasten öldürme suçunu düzenleyen norm (TCK m. 81), bir olguyu (insan öldürme) konu edinmekte ve bu olgu hakkında bir değer hükmü (insan öldürmenin haksız bir davranış olduğu ve bu davranıştan kaçınılması gerektiği) içermektedir.

Normun değer hükmünün muhatabına ulaşabilmesi için muhatabın davranışının hem olgusal hem de hukuki karakterini bilmesi gerekir.

Failin normun bizatihi kendisini bilmesi ise gerekmez. Örneğin failin kasten öldürme suçu dolayısıyla cezalandırılabilmesi için TCK m. 81’de yer verilen “*bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır*” şeklindeki düzenlemeyi bilmesi gerekmez. Failin bilmesi gereken hususlar, davranışının bir insana yöneldiği,

⁵³⁰ Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, translated by Peter Heath (Dordrecht: Reidel, 1973), 115; Kelsen, *The Pure Theory*, 6-7; Alf Ross, *Directives and Norms* (New York: Routledge and Kegan Paul, 1968), 16 vd.

ölüm neticesiyle sonuçlanabileceği⁵³¹ ve hukuk düzeninin bu davranışı tasvip etmediğidir. Örneğin, atış talimi yapan ve korkuluğa ateş ettiği zannıyla tarlada çalışan bir köylüyü öldüren fail, davranışının bir insana yöneldiğini bilmemektedir. Öğrencilerini döven ve tedip hakkını bulunduğu bahisle fiilinin hukuka uygun olduğunu zanneden öğretmen ise fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmemektedir. Korkuluğa ateş eden failin hatası algılama sürecindeki bir eksiklikten kaynaklanmakta; başka bir deyişle fail davranışının yöneldiği konunun olgusal karakterini bilmemektedir. Öğrencilerini döven öğretmen ise olgusal gerçekliği bilmektedir; öğretmenin bilmediği bu olgunun normatif karakteridir.

Öğretide, olgusal nitelikte olan unsurlar, deskriptif unsurlar; normatif nitelikte olan unsurlar ise normatif unsurlar olarak adlandırılmaktadır.⁵³² Bu ayırmadan normda tarif edilen davranışın her bir unsurunun deskriptif ya da normatif unsur şeklinde tasnif edilebileceği anlamı çıkarılmamalıdır. Norma konu olan her gerçeklik aynı zamanda normatif bir karakter de kazanacağından dış dünyada objektif bir gerçekliğe karşılık gelen bir unsuru salt deskriptif ya da salt normatif olarak nitelemek, -en azından çoğunlukla- mümkün değildir.⁵³³ Soyut suç tipinde bir unsurun olgusal ya da normatif niteliği daha öne çıkabilir. Ancak somut olayda bu durumun tersi söz konusu olabilir. Hatada önemli olan somut olayda normun olgusal niteliğinde mi yoksa normatif niteliğinde mi hataya düşüldüğünü tespit etmektir. Örneğin, kasten öldürme suçunu düzenleyen TCK m. 81'in soyut lafzında “insan” unsuru olgusal karakteri ağır basan bir unsurdur. Somut olayda ise bu durumun tersi söz konusu olabilir. Örneğin, yeni doğan hilkat garibesini insan olarak nitelemeyen ve öldüren kişi olgusal gerçekliği doğru algılamıştır; örnekte failin bilmediği öldürdüğü varlığın hukuk tarafından insan olarak nitelendiğidir.

⁵³¹ Zarar suçlarında netice ile hareket zamansal olarak ayrıldığı ve netice gelecekte gerçekleşeceği için netice bakımından öngörmeden söz etmek gerekir. Ceza hukuku terminolojisinde kastın bilme unsuru öngörmeyi de kapsar.

⁵³² Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 197-198; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 212; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 110; Özgenç, *Genel Hükümler*, 237; Heller, “Mistake of Legal Element”, 22; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 212.

⁵³³ Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 111; Özgenç, *Genel Hükümler*, 237.

Deskriptif (olgusal) unsurlar, somut gerçeklikleri; normatif unsurlar ise, soyut gerçeklikleri ifade eder. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği hangi davranışların suç niteliğinde haksızlıklara vücut verdiği açık ve net bir şekilde ortaya konulmalıdır. Bu yüzden suç tipleri kanunilik ilkesinin bir gereği olarak dilin el verdiği ölçüde deskriptif niteliği öne çıkan kavramlarla belirlenir.⁵³⁴ Hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen izin normlarında ise normatif niteliği öne çıkan kavramlar daha baskındır.⁵³⁵ Bunun nedeni hukuka uygunluk nedenlerinin hukuk düzeninde yerine getirdiği fonksiyondur. İzin normları, ceza normlarının “yap” buyruğuna, “yapmayabilirsin”; “yapma” buyruğuna ise “yapabilirsin” şeklinde istisna getirerek, emre ya da yasağa konu olan davranışları meşrulaştırır. İzin normları niteliğine uygun oldukları her suç tipine istisna getirirler. Örneğin, meşru savunma hukuka uygunluk nedeni; öldürme, yaralama, cinsel saldırı, cebir, mala zarar verme gibi niteliğine uygun düştüğü her suç tipi bakımından sonuç doğurur. Hukuka uygunluk nedenleri, niteliğine uygun düştükleri her suç tipine hatta hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesi gereği ceza hukuku dışındaki hukuk dallarına konu yükümlülük normlarına da istisna getirdikleri için daha esnek kavramlarla tanımlanırlar.⁵³⁶ Bu yüzden izin normlarında normatif niteliği öne çıkan unsurlara yer verilir.

İzin normları normatif karakteri ağır basan unsurlardan oluşmakla birlikte sonuç itibarıyla insan davranışlarını (olgusal gerçekliği) konu edinir. Bu yüzden ceza normlarında olduğu gibi izin normları bakımından da deskriptif unsurlar, normatif unsurlar ayrımı yapılabilir. Örneğin, (A), kendisine şaka yapan arkadaşı (B)’nin elindeki oyuncak silahı gerçek zanneder ve (B)’yi yaralar. Örnekte, fail, maddi gerçeklikte (silahın oyuncak olması) hataya düşerek meşru savunmada bulunduğunu zannetmiştir. (A)’nın hatası algılama sürecindeki bir aksaklıktan kaynaklandığından meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin maddi unsuru hakkındadır.

Bir fiilin haksız bir saldırı olarak nitelendirilmesi, normatif bir değerlendirmedir. Fail, fiilin olgusal karakterini bilmekle birlikte, haksızlık niteliğini bilmeyebilir.

⁵³⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 130.

⁵³⁵ Fletcher, “The Nature of Justification”, 180-181.

⁵³⁶ Fletcher, “The Nature of Justification”, 181.

Örneğin, (B), suçüstü halindeki (A)'yı yakalamak ister. (A), (B)'nin fiilini haksız bir saldırı olarak niteler ve meşru savunma halinde olduğu zannıyla (B)'yi yaralar.⁵³⁷ 5271 sayılı CMK m. 90'a göre suçüstü halinde herkes yakalama yapabilir; bu yüzden (B)'nin fiili hukuka uygundur. Örnekte (A), olgusal gerçekliği doğru algılamış, ancak (B)'nin fiilinin hukuki niteliğini bilmediği için meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin “haksız bir saldırı” unsurunda hataya düşmüştür; bu yüzden bu örnekte (A)'nın hatası meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin normatif niteliği hakkındadır.

b. Olgusal Gerçeklik - Normatif Gerçeklik Ayrımının Hata Kurumuna Yansıması

Fail, olgusal gerçekliği ya da normatif gerçekliği bilmediği için suç tipinin unsurlarında hataya düşebilir. Örneğin, başkasına ait olan bir paltoyu kendi paltosuyla karıştırarak alan fail, hırsızlık suçunun “başkasına ait olma” unsurunda hataya düşmektedir. Aynı şekilde, ücretini ödemesine rağmen terzi tarafından teslimden imtina edilen paltoyu kendisinin olduğu zannıyla terzinin dükkânda olmadığı bir anda alan fail de hırsızlık suçunun “başkasına ait olma” unsurunda hataya düşmektedir.⁵³⁸ İlk örnekte algılamadan kaynaklanan bir hata, ikinci örnekte ise satış sözleşmesinde mülkiyetin teslimle geçtiğini bilmemeden kaynaklanan bir hata vardır. İlk örnekte hata olguyu bilmemeden, ikinci örnekte ise hukuku (normatif gerçekliği) bilmemekten kaynaklanmaktadır.

Aynı durum hukuka uygunluk nedenleri için de geçerlidir. Fail olgusal gerçeklikte ya da normatif gerçeklikte hataya düştüğü için fiilinin hukuka uygun olduğunu zannedebilir. Örneğin, hakkında yakalama emri bulunan şüpheliye fiziksel özellikleri itibarıyla benzeyen birini hürriyetinden yoksun bırakan kolluk görevlisinin hatası olgusal gerçeklik hakkındadır. Maruz kaldığı cinsel davranışların anlam ve sonuçlarını anlayamayacak düzeyde akıl hastası olan kişiyle cinsel birliktelik yaşayan ve akıl hastasının onayının fiili hukuka uygun hale getirdiğini zanneden kişinin hatası ise normatif gerçeklik hakkındadır. İki örnekteki ortak nokta faillerde haksızlık

⁵³⁷ Örnek için bkz. Erman, “Yanılgı”, 282.

⁵³⁸ Satım sözleşmesinde mülkiyet devirle geçtiği için malın mülkiyeti terzidedir. Örnek için bkz. Erman, “Yanılgı”, 16.

bilincinin olmamasıdır. İlk örnekte fail görevin ifası hukuka uygunluk nedeninin olgusal niteliğinde hataya düşmüştür. İkinci örnekte ise fail rıza hukuka uygunluk nedeninin normatif niteliğinde hataya düşmüştür.

Olgusal gerçeklikte hata ile olgunun normatif karakterinde hatanın ortak özelliği failde haksızlık bilincinin olmamasıdır. İki hata türünün hukuki sonuçları ise tartışmalıdır. Simon, bu konudaki yaklaşımları dört başlık altında kategorize etmektedir.⁵³⁹

c. Olgusal Gerçeklikte Hata ve Normatif Gerçeklikte Hata Ayırımına İlişkin Yaklaşımlar

1) Geleneksel Yaklaşım

Geleneksel yaklaşıma göre, hukuku bilmemek mazeret sayılmaz (*ignorantia juris non excusat*). Bu yüzden, maddi unsurlarda hata ile normatif unsurlarda hata arasında mutlaka ayırım yapılmalıdır. Failin tipe uygun davranışının maddi unsurlarını bilmesi yeterlidir; failin normatif unsurlara ilişkin hatasının cezai sorumluluk üzerinde herhangi bir tesiri yoktur; davranışın normatif niteliğinde hata kaçınılmaz olsa dahi mazeret teşkil etmez.⁵⁴⁰

Hatanın kaçınılmaz olduğu durumlarda dahi sorumluluğa tesir etmemesi, hukuki gerçekliğe ilişkin hatada objektif bir sorumluluk anlayışının kabul edilmesi anlamına gelir. Bu yüzden “*hukuku bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı, kusur ilkesi ile çelişmektedir.

Geleneksel yaklaşım, “*hukuku bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı ile kusur ilkesi arasındaki çelişkiyi, “ödev ihlali” kavramı ile aşmaya çalışmıştır. Geleneksel yaklaşıma göre, algılama ve irade yeteneğine sahip olan herkes hukuku bilmekle

⁵³⁹ Kenneth W. Simon, “Mistake of Fact or Mistake of Criminal Law? Explaining and Defending the Distinction”, *Criminal Law and Philosophy*, 3/3 (2009): 217 vd.

⁵⁴⁰ Keedy, “Ignorance and Mistake”, 78; Smith, Hogan and Ormerod, *Criminal Law*, 319.

yükümlüdür; bu yükümlülüğün ihlali kendi başına kusurlu bir davranıştır.⁵⁴¹ Hukuku bilme yükümlülüğü mutlaktır ve istisnası yoktur.⁵⁴²

Geleneksel yaklaşımın bu argümanına birçok eleştiri yöneltilmiştir: (1) Hukuku bilmemenin her durumda kusurlu olarak addedilebilmesi, ahlakla hukuk birlikteliğinin olduğu, ahlaki değer yargılarında çeşitliliğin olmadığı küçük toplumlar açısından kabul edilebilir.⁵⁴³ (2) Muhatabın hukuku bilme şeklinde bir yükümlülüğü olduğunu da bilmemesi durumunda, hem davranışının hukuka aykırı olduğunu bilmeme hem de hukuku bilme yükümlülüğü olduğunu bilmeme söz konusu olur; failin bilmediği başka bir yükümlülükle “*hukuku bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı temellendirilemez.⁵⁴⁴ (3) “*Hukuku bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralını hukuku bilme ödevinin ihlali ile temellendirme, olguyu bilmeme ile hukuku bilmeme arasındaki farkı izah edememektedir; hukuku bilmek ödevse, olgusal gerçekliği bilmek de ödevdir.⁵⁴⁵

Kanaatimizce, geleneksel yaklaşımın hukuku bilmemede kusur ilkesinden sapmasının temel nedeni, otoriteyi koruma kaygısından kaynaklanan birtakım faydacı mülahazalardır. Nitekim geleneksel yaklaşımı meşrulaştırmak için bu yönde görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, bu türden bir hata mazeret olarak kabul edilirse, insanlar hukuku öğrenmekten imtina edebilirler; bu durumda toplumsal düzenin tesisi ve devamlılığı için varlığı zorunlu olan hukuki değerler etkin bir şekilde korunamazlar.⁵⁴⁶ Bir başka görüşe göre, bu türden bir hataya hukuki sonuç bağlanması ispat güçlüğüne yol açabilir.⁵⁴⁷

⁵⁴¹ Ryu, Silving, “Error Juris”, 430; Gunther Arzt, “Ignorance or Mistake of Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 24/4 (1976): 647.

⁵⁴² Tony Smith, “Error and Mistake of Law in Anglo-American Criminal Law”, *Anglo-American Law Review*, 14/1 (1985): 19.

⁵⁴³ Andrew Ashworth “Ignorance of the Criminal Law, and Duties to Avoid it”, *The Modern Law Review*, 74/1 (2011): 3.

⁵⁴⁴ Douglas N. Husak, “Mistake of Law and Culpability”, *Criminal Law and Philosophy*, 4/2 (2010): 138.

⁵⁴⁵ Husak, Hirsch, “Culpability and Mistake”, 161.

⁵⁴⁶ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* (New Jersey: The Lawbook Exchange, 2010), 41; Michael D. Bayles, *Principles of Law: a Normative Analysis* (Boston: Reidel Publishing, 1987), 314; Dan M. Kahan, “Ignorance of the Law is an Excuse But Only for the Virtuous”, *Michigan Law Review*, 96/1 (1997): 133; Finbarr McAuley, Paul J. McCutcheon, *Criminal Liability* (Dublin: Round Hall, 2000), 570; James Chalmers, Fiona Leverick, *Criminal Defences and Pleas in Bar of Trial* (Edinburgh: Green, 2006), 261.

⁵⁴⁷ Smith, “Error and Mistake”, 17; Ryu, Silving, “Error Juris”, 431; Arzt, “Ignorance”, 655; Azmat, “What Mistake”, 377.

2) Sınırlı Geleneksel Yaklaşım (765 Sayılı TCK Döneminde Hâkim Olan Yaklaşım)

Sınırlı geleneksel yaklaşıma göre, “*hukuku bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı mutlak değildir; istisnaları vardır. Sınırlı geleneksel yaklaşımın kuraldan tamamen vazgeçmemesinin nedeni, birtakım faydacı mülahazalar iken; kurala istisna getirilmesinin nedeni, “*hukuku bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı ile, “*kusursuz ceza olmaz*” kuralı arasında bir denge kurmaktır.

765 sayılı TCK, döneminde sınırlı geleneksel yaklaşım benimsenmiştir. Kanunun 44. Maddesinde, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralına yer verilmiş; ancak kural katı bir şekilde uygulanmamıştır. Kuralı, kusur ilkesi ile bağdaştırmak için; (1) kuralı yalnızca ceza normları ile sınırlamak, (2) kuralı öldürme, hırsızlık, cinsel saldırı gibi hukuken tasvip edilmediği herkesçe bilinen fiillerle sınırlamak ve (3) bazı durumlarda haksızlık bilincini kastın kapsamına dâhil etmek şeklindeki istisnalarla kuralın kapsamı daraltılmaya çalışılmıştır.

a. Kuralı Yalnızca Ceza Normları ile Sınırlama: 765 sayılı TCK’nın mehzazı olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 44. maddesinde, “*ceza kanunlarını bilmeme mazeret sayılmaz*” kuralına yer verilmişken; 765 sayılı TCK’nın 44. maddesinde, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralına yer verilmiştir. 765 sayılı TCK’nın 44. maddesinde “*ceza kanunları*” ifadesi yerine “*kanun*” ifadesine yer verilmesi dolayısıyla bir görüş kuralın bütün hukuk normları bakımından geçerli olduğunu ileri sürmüştür.⁵⁴⁸ Ancak, 765 sayılı TCK’nın 44. maddesinin “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” şeklindeki lafzı, hem uygulama hem de öğretideki baskın görüş tarafından “*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*” şeklinde anlaşılmıştır. Düzenleme, ceza kanunları ile sınırlanarak, ceza kanunlarına ilişkin hata ile diğer kanunlara ilişkin hata arasında ayırım yapılmıştır.

765 sayılı TCK döneminde benimsen hata öğretisinin özünü, fiili hata - hukuki hata ayrımı oluşturmaktadır. Hukuki hatanın da ceza hukukunu ilgilendiren hukuki hata ve diğer hukuk dallarını ilgilendiren hukuki hata olmak üzere iki türü vardır. Fiili hata

⁵⁴⁸ Erem, “Hukuki ve Fiili Hata”, 14.

ve ceza hukuku dışındaki hukuk dallarına ilişkin hukuki hatanın hukuki sonucu aynıdır; iki hata türü de failin kastını engeller.⁵⁴⁹ Ceza hukukunu ilgilendiren hukuki hata ise önemsizdir; cezai sorumluluk üzerinde herhangi bir etkisi yoktur.

Bu modelin iki sorunlu yanı vardır: İlki, failin hataya düştüğü hususun (hırsızlık suçunda zilyetlik kavramında olduğu gibi) ceza hukukuna mı yoksa başka bir hukuk dalına mı özgü olduğu konusundaki belirsizliktir. Sorunlu olan diğer konu ise, diğer hukuk dallarına ilişkin bilgisizliğin kastı engelleme sonucunu doğurmasıdır. Kastı engelleyen hata bakımından hatanın kaçınılabılır olup olmaması önemli değildir. Diğer hukuk dallarına özgü konularda düşülen hatanın kaçınılabılır olduğu durumlarda dahi kastı engellemesi, yalnızca kasten işlenebilen suçlarda cezalandırma boşlukları yaratabilir.

Bu modelin olumlu yanı, mahkemelere adil olana hükmedebilme konusunda hareket kabiliyeti sağlamasıdır. Bu modelde, hâkim sanığın ceza almasını adil görürse, hatayı ceza hukukuna özgü bir hata olarak; sanığın ceza almamasını ya da daha az ceza almasını daha adil görüyorsa, hatayı diğer hukuk dallarına özgü bir hata olarak niteleme imkânına sahiptir.

b. Kuralı, Öldürme, Hırsızlık, Cinsel Saldırı Gibi Hukuken Tasvip Edilmediği Herkesçe Bilinen Fiillerle Sınırlama: Bir görüşe göre, suçları doğası gereği suç niteliğinde olan fiiller (*mala in se*) ile salt kanun koyucu suç haline getirdiği için suç olan fiiller (*mala prohibita*) olmak üzere ikiye ayırmak ve “*hukuku bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralını ilk kategorideki suçlarda uygulamak gerekir.⁵⁵⁰ Bu görüşün sorunlu yönü, doğası itibarıyla suç niteliğinde olan fiillerin tespitindeki güçlülüdür. Örneğin, kürtajın doğası itibarıyla suç niteliğinde bir haksızlık olup olmadığı değer yargılarına değişkenlik gösterir.

⁵⁴⁹ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 340; Sezgin, “Bilmeme ve Hata”, 728-729.

⁵⁵⁰ Sezgin, “Hata ve Bilmeme”, 730; Hakkı Demirel, “Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/3-4 (1952): 103; Hall, “Ignorance”, 20; Michael L. Travers, “Mistake of Law in Mala Prohibita Crimes”, *The University of Chicago Law Review*, 62/3 (1995): 1326-1327; Alan Brudner, “Agency and Welfare in the Penal Law”, in *Action and Value in Criminal Law*, eds. Stephan Shute, John Gardner and Jeremy Horder (Oxford: Clarendon Press, 2003), 36-37.

c. *Haksızlık Bilincini Kastın Kapsamına Dâhil Etme*: Kural olarak, suç tiplerinde hukuka aykırılıkla ilgili ifadeler yer verilmez; zira davranış norma konu edildiğinde davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği (hukuka aykırı olduğu) ortaya konulmuş olmaktadır. Ancak, kanun koyucu bazı suç tiplerinde, “hukuka aykırı”, “haksız”, “izinsiz” gibi ifadeler yer vermiştir. Bu tür ifadelerin yer aldığı suçlarda failin haksızlık bilinci ile hareket etmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁵⁵¹ Kast, suçun kanuni tarifinde yer alan unsurları bilmeyi gerektirdiğinden bu tip suçlarda failin hukuka aykırılığını bilme de (haksızlık bilinci) kastın kapsamındadır. Fail fiilinin hukuka aykırılığını bilmiyorsa kastı yoktur.

Yargıtay, somut olay adaletini gerçekleştirmek için tipinde hukuka aykırılık ile ilgili ifadeler yer verilmeyen suçlarda da zaman zaman haksızlık bilincini kastın kapsamına dâhil etmiş, hukuku bilmemeyi kastı engelleyen hata olarak nitelemiştir.⁵⁵²

Yargıtay’ın yaklaşımının problemlili yanı, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralının olduğu bir hukuk sisteminde haksızlık bilincini kastın kapsamına dâhil etmiş olmasıdır. Hukuku bilmemek mazeret değilse, mantık kuralları gereği failin fiilinin hukuka aykırılığını bilmemesi, ceza sorumluluğunu etkilemez. Ayrıca kastın kapsamının somut olaya göre değişmesi; suç teorisinin taşıyıcı kavramlarından biri olan kastın sınırlarını belirsizleştirdiği için teorik olarak da problemlidir.

3) Liberal Yaklaşım

Liberal yaklaşıma göre, fail fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmiyorsa hatanın olgusal ya da normatif gerçekliğe ilişkin olması önemli değildir; iki durumda da hata

⁵⁵¹ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 20; Erem, *Ümanist Doktrin Cilt 1*, 38; Bayles, *Principles of Law*, 314; Buell, Griffin, “On The Mental State”, 134; Dressler, *Understanding Criminal Law*, 175-176.

⁵⁵² “*Türkçe Bilmeyen bir yabancının memnuiyetini de bilmediği ve kendisine verilen kömürü başkasına devretmek suçuna iştiraki mevzu bahis olamaz*”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 10.10.1942, 117/106; “*Şehir kulübü idare kurulunun isteği üzerine kaymakamlıkça tombala oyununa izin verilmiş bulunmasına nazaran, sanığın meşruiyet düşüncesiyle ve binaenaleyh suç kastı dışında hareket ettiği, anlaşılmasına göre mahkûmiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır*”. Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 2.5.1966, 2551/2783. “*Seçim bittikten sonra muhafazası lazım gelen oy pusulalarını sanığın yakmasının, lüzum kalmadığı yolundaki kanaatinden ileri geldiği öne sürüldüğüne göre, bu müdafaa hilafında kastı cürmü takip ettiği hakkındaki sübut delilleri gösterilmeksizin mahkûmiyet kararı verilmesi yolsuzdur*”. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 18.1.1951, 10370/234. Yargıtay Kararlarını Nakleden: Adem Sözüer, “Hukuki Hata”, *Yargıtay Dergisi*, 21/4 (1995), 489-490.

kastı engeller.⁵⁵³ Zira iki durumda da haksızlıktan kaçınma uyarısı faile ulaşmaz. Bu görüş, haksızlık bilincini kastın kapsamına dâhil etmektedir.

4) Sınırlı Liberal Yaklaşım (5237 Sayılı TCK'da Kabul Edilen Yaklaşım)

Sınırlı liberal yaklaşıma göre, fail hukuku bilmediği için davranışının haksızlık teşkil etmediğine inanıyorsa ve hatası kaçınılmazsa, hukuku bilmemek mazeret teşkil eder ve fail cezalandırılmaz.⁵⁵⁴ Sınırlı liberal yaklaşımın, liberal yaklaşımdan farkı olgusal gerçeklikte hata ile hukuki gerçeklikte hatanın hukuki sonuçlarında ayırım yapmasıdır. Sınırlı liberal görüşe göre, suç tipinin maddi unsurlarında hata kaçınılabilir olsa dahi kastı engeller. Hukuki gerçeklikte hata ise kastı engellemez. Hukuki gerçeklikte hatanın cezasızlık sonucu doğurabilmesi için kaçınılmaz olması gerekir.

5237 sayılı TCK'da, sınırlı liberal yaklaşım benimsenmiştir. TCK m. 30/1'e göre, suç tipinin maddi unsurlarında hata kastı engeller. TCK m. 30/4'e göre fiilin haksızlık niteliğinde hata (haksızlık hatası) kusuru etkiler. 5237 sayılı TCK'nın 765 sayılı Kanun döneminde hâkim olan anlayıştan ayrılabilmesi, 5237 sayılı TCK'nın kastı haksızlığın, haksızlık bilincini ise kusurun bir bileşeni olarak kabul etmesi ile mümkün olabilmektedir. Bununla birlikte 765 sayılı TCK'nın 44. maddesinde yer verilen "*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*" kuralına 5237 sayılı TCK'nın 4. maddesinde yer verilmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 4. maddesine göre; "*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*". Kanun koyucunun hem TCK m. 4'te "*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*" kuralına yer vermesi hem de TCK m. 30/4'te kaçınılmaz haksızlık hatasına cezasızlık sonucunu bağlaması, bu iki düzenleme arasındaki ilişkiyi tartışmalı hale getirmektedir. Güngör'e göre, düzenlemeler arasında bir çelişki yoktur; TCK m. 30/4'teki düzenlemeyi ceza hukuku dışında kalan hukuk dallarına ilişkin hata ile sınırlı olarak anlamak gerekir.⁵⁵⁵ Yazara göre, 765 sayılı TCK dönemindeki sistem, 5237 sayılı TCK m. 4 ile birlikte kanuni bir zemine oturmuştur. TCK m. 4'teki düzenleme, ceza normları ile sınırlıdır; failin ceza normlarına ilişkin hatası kaçınılmaz olsa dahi

⁵⁵³ Simon, "Mistake of Fact", 217; Arzt, "Ignorance", 653; Husak, Hirsch, "Culpability and Mistake", 160.

⁵⁵⁴ Laurence D. Houlgate, "Ignorantia Juris: A Plea for Justice", *Ethics*, 78/1 (1967): 32; Gideon Rosen, "Culpability and Ignorance", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 103/1 (2003): 82; Ashworth, "Ignorance", 6; Husak, Hirsch, "Culpability and Mistake", 173.

⁵⁵⁵ Devrim Güngör, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata* (Ankara: Yetkin, 2007), 108 vd.

mazeret teşkil etmez. İki norm arasındaki bağıntıyı kaçınılabilirlik kavramı üzerinden kuran *Toroslu/Toroslu*'ya göre, TCK m. 4'teki düzenleme, TCK m. 30/4'teki düzenleme ile yumuşatılmıştır.⁵⁵⁶ Failin fiilinin antisosyal karakteri (haksızlık) hakkındaki hatası kaçınılabilirse, TCK m. 4; kaçınılmazsa, TCK m. 30/4 uygulanır.⁵⁵⁷ *Toroslu/Toroslu*'yla aynı görüşte olan *Erman*'a göre de iki düzenleme arasında kural-istisna ilişkisi vardır; TCK m. 4, kural; TCK m. 30/4 ise kuralın istisnasıdır.⁵⁵⁸ *Centel/Zafer/Çakmut*'a göre, TCK m. 30/4, kanun dışında yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin kabul edildiğini gösteren bir tanıma normudur.⁵⁵⁹ Bizim de katıldığımız görüşe göre ise TCK m. 30/4'teki düzenleme karşısında TCK m. 4 gereksiz bir düzenlemedir ve kanundan çıkarılması gerekir.⁵⁶⁰

5237 sayılı TCK'ya göre, suç tipinin hataya düşüldüğünde kastı engelleyen unsurları olduğu gibi hataya düşüldüğünde kusuru etkileyen unsurları da vardır. Aşağıda detaylı olarak üzerinde duracağımız üzere bir görüşe göre suç tipinin hataya düşüldüğünde kastı engelleyen unsurları maddi unsurlar, hataya düşüldüğünde kusuru etkileyen unsurları ise normatif unsurlardır. Bir diğer görüşe göre (*paralel değerlendirme ölçütü*), suç tipinin maddi unsurlarında hata kastı engellemekle birlikte normatif unsurlarda hata bakımından bir ayırım yapmak gerekir. Normatif unsurların sosyal anlamında hata kastı engellerken, normatif unsurların sosyal anlamını aşan hukuki anlamında hata kusuru etkiler.⁵⁶¹ Bu görüşe göre iki düzeyde ayırım yapmak gerekir. İlk düzeyde, maddi unsurlarla normatif unsurlar arasında ayırım yapılmalıdır. Bu ayırım yapıldıktan sonra ikinci düzeyde, normatif unsurların sosyal anlamı ile sosyal anlamını aşan hukuki anlamı arasında ayırım yapılmalıdır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada bir görüşe göre bu tür bir hata kastı engeller (TCK m. 30/1).⁵⁶² Bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinde

⁵⁵⁶ Toroslu, Toroslu, *Genel Kısım*, 268.

⁵⁵⁷ Toroslu, Toroslu, *Genel Kısım*, 268.

⁵⁵⁸ Erman, "Yanılmanın", 385.

⁵⁵⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, 301.

⁵⁶⁰ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 98.

⁵⁶¹ Ölmez, "Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir", 158; Mahmutoglu, Karadeniz, *Genel Hükümler Şerhi*, 704; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 256; Cernusca, "A Comparative Approach", 242.

⁵⁶² Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593; Özgenç, *Genel Hükümler*, 527; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 301; Hakeri, *Genel Hükümler*, 460; Akbulut, *Genel Hükümler*, 535-536;

hata ile suç tipinde hata hukuki sonuçları itibarıyla özdeştir. Dolayısıyla bu görüşe göre, tıpkı suç tipinde olduğu gibi, hukuka uygunluk nedenlerinin de hataya düşüldüğünde kastı engelleyen unsurları ve hataya düşüldüğünde kusuru etkileyen unsurları vardır. Ancak, öğretide, hataya düşüldüğü kastı engelleyen unsurlar ile hataya düşüldüğünde kusuru etkileyen unsurlar arasında ayırım yapıp yapılamayacağı meselesi tartışmalıdır. Aşağıda önce bu tartışmaya yer verecek daha sonra maddi unsurlarla (olgusal gerçeklik), normatif unsurlar (normatif gerçeklik) arasındaki ayırma ilişkin ölçütler üzerinde duracağız.

d. Olgusal Gerçeklik ile Normatif Gerçeklik Arasında Ayırım Yapılmasının Gerekli Olup Olmadığına İlişkin Görüşler

1) Ayırımı Reddeden Görüş

Öğretide, bir görüşe göre, normatif unsurlar ile maddi unsurlar arasında hem ontolojik hem de normatif bakımdan bir ayırım yapılamaz.

a) Ontolojik Gerekçe

Hukukun kendisinin de dış dünyaya ait bir olgu olmasından hareket eden bazı yazarlar, normatif gerçeklikler ile dış dünyadaki diğer gerçeklikler arasında ontolojik bakımdan bir ayırım yapılamayacağını ileri sürmektedir.

Normun varlığında ve anlamında düşülen hata hukukun ne olduğu ile ilgilidir. Hukukun kendisi de -en azından hukuki pozitivizme göre- olgusal bir gerçeklik olduğundan normun varlığında ve anlamında düşülen hata da olgusal gerçeklikte hatadır.⁵⁶³ Hukukun bu niteliği, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, ceza hukukunda çok daha belirgindir.⁵⁶⁴ Örneğin, belli bir fiilin suç niteliği edinmesi, fiili konu edinen ve ceza yaptırımını içeren bir normun yasama organınca çıkarılması, normun cumhurbaşkanınca onaylanması ve normun resmi gazetede yayınlanması gibi dış

Ersan, *Meşru Savunma*, 59-60; Ekici Şahin, *Rıza*, 227; Değirmenci, “Yanılma”, 176-177; Dülger, Özkan ve Bakdur, “Hata”, 229; Karakurt, “Hata”, 130-131.

⁵⁶³ Alexander, “Inculpatory and Exculpatory”, 37-38.

⁵⁶⁴ Alexander, “Inculpatory and Exculpatory”, 37.

dünyada var olan olgusal süreçlere bağlıdır. Fiilin suç teşkil edip etmediği söz konusu olgusal süreçler dolayısıyla ampirik olarak test edilebilir.

Normun anlamı da karmaşık dilsel süreçlerin ve yargısal pratiklerin neticesi olduğu için maddi olarak gerçektir.⁵⁶⁵ Dil ve yargısal pratikler, dış dünyaya ait olgulardır; dolayısıyla normun kendisi gibi anlamı da dış dünyaya ait objektif bir gerçekliktir.⁵⁶⁶ Hukukun insan zihninin ürünü olması hukukun diğer objektif gerçekliklerden daha az objektif olduğu anlamına gelmez. Örneğin, basketbol ya da satranç kuralları da insan zihninin ürünüdür; fakat objektif niteliktedirler ve evrensellik niteliği taşırlar.⁵⁶⁷

Günlük dildeki ifade biçimleri itibarıyla de normatif ve olgusal gerçeklikler arasında bir farklılık yoktur.⁵⁶⁸ Doğruluk değerini haiz olan önermeler, doğru ya da yanlış şeklinde nitelendirilebilen önermelerdir. Bu tür önermelerin yüklemelerinde “-dir; -dır” ekleri yer alır. Örneğin, “(A), (B)’yi bıçakladı” önermesi olgusal bir gerçeklik hakkındadır ve bu önermenin doğru ya da yanlış olduğu objektif olarak sınanabilir. Hukuki sorulara yönelik önermelerin de doğruluk değeri vardır. Örneğin, “5237 sayılı Kanuna göre, taksirli suçlara teşebbüs olmaz” ya da “Türk hukukunda gebelik süresi 10 haftayı geçmişse ve tıbbi bir zorunluluk yoksa kürtaj yasaktır” önermeleri doğru önermelerdir. Hukuki konulara ilişkin sorulara verilen yanıtlar tıpkı maddi dünyaya ait olgusal gerçekliklere ilişkin sorulara verilen yanıtlarda olduğu gibi objektif olarak doğrulanabilirler. Dolayısıyla günlük dil pratikleri de normatif gerçekliklerle olgusal gerçeklikler arasında ontolojik bir farklılığın olmadığını göstermektedir.⁵⁶⁹

Hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta maddi meseleye ilişkin çıkarımı dış dünyadaki delillere dayanır. Hâkimin hukuki meseleye ilişkin çıkarımı, kanun, anayasa,

⁵⁶⁵ Alexander, “Inculpatory and Exculpatory”, 37.

⁵⁶⁶ Michael S. Pardo, Ronald J. Allen, “The Myth of the Law-Fact Distinction”, *Northwestern University Law Review*, 97/4 (2017): 1793.

⁵⁶⁷ Pardo, Allen, “Law-Fact Distinction”, 1797.

⁵⁶⁸ Pardo, Allen, “Law-Fact Distinction”, 1797; Lawson, “Proving Law”, 863.

⁵⁶⁹ Pardo, Allen, “Law-Fact Distinction”, 1797.

mahkeme kararları, bilimsel eserler gibi yine dış dünyadaki objektif gerçekliklere dayanır.⁵⁷⁰

b) Normatif Gerekçe

Hukukun davranışlara rehber olma fonksiyonunda hareket eden yazarlara göre, haksızlık bilincinin yokluğunu sonuçlamaları dolayısıyla olgusal gerçeklikte hata ile normatif gerçeklikte hata arasında bir değer farkı yoktur.⁵⁷¹ Fail suç tipinin maddi unsurlarında hataya düşerse normun uyarısı faile ulaşmaz; bu yüzden fail normu davranışına ölçü alamaz. Aynı durum normatif unsurlar için de geçerlidir. Fail normatif unsurlarda hataya düşerse normun uyarısı faile ulaşmaz; bu yüzden fail normu davranışına ölçü alamaz.

Bu konudaki klasik örnek, *Kadish ve Schulhofer*'in “Bay Hukuk ve Bay Gerçek” (*Mr. Law and Mr. Fact*) olarak adlandırılan kurgusudur⁵⁷²: Kanunda av mevsimi dışında avlanmak suç olarak düzenlenmiştir. Av mevsimi 15 Ekimde başlamaktadır. İki arkadaş *Bay Hukuk* ve *Bay Gerçek*, 10 Ekimde avlanırlar. *Bay Gerçek*, fiilinin hukuka uygun olduğunu zannetmektedir; çünkü *Bay Gerçek*, tarihin 10 Ekim değil, 15 Ekim olduğunu zannetmektedir. *Bay Hukuk* da fiilinin hukuka uygun olduğunu zannetmektedir; *Bay Hukuk*'un hatası tarihte değildir. *Bay Hukuk*, 10 Ekim'de avlandıklarını bilmektedir. *Bay Hukuk*'un hatası, bir önceki yıl avlanma mevsimini 10 Ekim'e çeken düzenlemenin geçici olduğunu bilmemesi ve bu yıl da ilgili düzenlemenin geçerli olduğunu zannetmesidir. Örnekte, iki fail birlikte avlanmaktadır; ikisi de fiillerinin hukuka uygun olduğunu zannetmektedir; *Bay Hukuk*'a suç niteliğinde bir haksızlık gerçekleştirdiğinin; *Bay Gerçek*'e ise suç niteliğinde bir haksızlık gerçekleştirmediğinin söylenmesini meşrulaştırabilecek hiçbir rasyonel gerekçe yoktur⁵⁷³; hatta düştükleri hatalar

⁵⁷⁰ Pardo, Allen, “Law-Fact Distinction”, 1793.

⁵⁷¹ Simon, “Mistake of Fact”, 217; Arzt, “Ignorance”, 653; Husak, Hirsch, “Culpability and Mistake”, 160.

⁵⁷² Yazarlar, söz konusu örneği işlenemez suça teşebbüs bakımından kurgulamışlardır; biz örneği kendi konumuzla uyumlu olacak şekilde yeniden kurguladık. Örneğin orijinal kurgusu için bkz. Sanford H. Kadish, Stephen J. Schulhofer, *Criminal Law and Its Process* (Boston: Little, Brown and Company, 1989), 674.

⁵⁷³ Kadish, Schulhofer, “Criminal Law and Its Process”, 675.

karşılaştırıldığında *Bay Gerçek*'in hatasının kaçınılmazlığı daha fazladır; başka bir deyişle *Bay Gerçek*'in hatası daha kusurludur.

2) Ayrımı Gerekli Gören Görüş

Öğretide bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, hem ontolojik hem de normatif bakımdan normatif gerçeklikler ile maddi gerçeklikler arasında ayrım yapılmalıdır.

a) Ontolojik Gerekeç

Hukuk da dış dünyaya ait bir gerçekliktir; ancak hukukun dış dünyaya ait bir gerçeklik olması ve bazı olgusal süreçlere dayanması (resmi gazetede yayımlanma mecliste oylanma vs.), normatif gerçekliklerle olgusal gerçeklikler arasında farklılık olmadığı anlamına gelmez.

Hukukun varlık nedeni düzen ihtiyacıdır. Hukuk normları, düzen için varlığı gerekli olan hukuki değerleri koruma amacıyla vazedilirler. Hukuk, bu amacı gerçekleştirmek için norma konu ettiği olgular hakkında değer hükmü verir; bu özelliği dolayısıyla normatif önermeler, olgular hakkındaki deskriptif önermelerden farklıdır.⁵⁷⁴

Olgusal gerçeklik, insan zihninden bağımsız olarak vardır; evrenseldir (kişiye ya da topluma göre değişmeme) ve ampirik olarak sınanabilir. Normatif önermeler ise insan zihninin ürünüdür; toplumdan topluma hatta bazen kişiden kişiye değişkenlik gösterir.⁵⁷⁵

b) Normatif Gerekeç: Olgusal Gerçeklikte Hata ile Normatif Gerçeklikte Hata Arasındaki Asimetri

Normatif gerçeklik ile olguya ilişkin gerçeklik arasındaki normatif farklılık hata kurumunda belirginleşmektedir; zira olguda hata ile olgunun normatif karakterinde hata arasında hukuki sonuçları itibarıyla önemli farklılıklar vardır. Ceza hukukunda hata öğretisinin temelini oluşturan *fiili hata/unsur hatası* ile *hukuki hata/haksızlık hatası*

⁵⁷⁴ Friedman, “Standards of Persuasion”, 918.

⁵⁷⁵ Richard A. Posner, *The Problems Of Jurisprudence* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1990), 198; Coleman, “Truth”, 40.

ayrımı normatif gerçeklikler ile olgusal gerçeklikler arasındaki ayrıma dayanmaktadır. Bu yüzden hatanın olguya mı yoksa olgunun normatif karakterine mi ilişkin olduğunu tespit etmek, başka bir deyişle normatif gerçeklik ile olgusal gerçeklik arasında ayrım yapmak zorunludur. Ayrım, özellikle tipikliğin maddi unsurlarında hata bakımından önemlidir. Türk hukukunda bir görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata hukuki sonuçları itibarıyla, tipikliğin maddi unsurlarında hata ile özdeşir.⁵⁷⁶

Biz aşağıda olguda hata ile olgunun normatif karakterinde hata arasındaki ayrımı tipikliğin maddi unsurlarında hata konusu temelinde ele aldık. Bununla birlikte aşağıda yer vereceğimiz önermeler (3. önerme hariç), hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı hukuki sonucu itibarıyla tipikliğin maddi unsurlarında hata ile özdeş gören görüş için de geçerlidir.

(1) TCK m. 30/1'e göre suç tipinin maddi unsurlarında hata, failin kastını engellemektedir. Suçun maddi unsurlarında hatanın failin kastını engellemesi için kaçınılmaz olması gerekmez. Hata kaçınılabiliirse ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli haksızlıktan sorumlu olur. TCK m. 30/4'e göre fiilin haksızlık teşkil etmediği konusunda düşülen hata kastı engellemez; kusuru etkiler. Ayrıca haksızlık hatası her durumda cezasızlık sonucu doğurmaz. Kastı engelleyen hatadan farklı olarak haksızlık hatasında hatanın cezasızlık sonucu doğurabilmesi için kaçınılmaz olması gerekir.

(2) TCK m. 40/1'e göre; *“suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır”*. Suç tipinin maddi unsurlarında hata kastı engellediğinden suça iştiraktan söz edilemez. Suç tipinin haksızlık karakterinde hata kastı değil, kusuru etkiler; bu yüzden bu türden bir hata şeriklerin fiil ile olan bağlantıları koparmaz.

⁵⁷⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593; Özgenç, *Genel Hükümler*, 527; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 301; Hakeri, *Genel Hükümler*, 460; Akbulut, *Genel Hükümler*, 535-536; Ersan, *Meşru Savunma*, 59-60.

(3) İki hata tipi arasındaki bir başka farklılık elverişsiz teşebbüsün cezalandırıldığı hukuk sistemlerinde ortaya çıkmaktadır. Olguya ilişkin hata ile normatif gerçekliğe ilişkin hata arasında elverişsiz teşebbüsten sorumluluk bağlamında bir asimetri vardır: *Olguda düz hata haksızlığı etkiler; hukuki gerçeklikte düz hata ise haksızlığı etkilemez. Olguda tersine hata elverişsiz teşebbüse vücut verir; hukuki gerçeklikte tersine hata ise elverişsiz teşebbüse vücut vermez.*⁵⁷⁷ Örneklerle ifade edecek olursak;

1. *İhtimal (olguda düz hata)*: Gerçekte 17 yaşında olan (B)'yi, büyük gösterdiği için 19 yaşında zanneden (A), (B) ile (B)'nin rızasıyla cinsel ilişkiye girer. Örnekte, *reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun* objektif unsurları oluşmuştur; fakat fail mağdurun yaşını bilmemektedir. Mağdurun yaşı reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda suç tipinin objektif bir unsurudur ve olgusal karakterlidir. Fail olguda hataya düştüğü için hatası kastı engeller. Cinsel saldırı suçunun taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediği için (A)'nın hatası kaçınılmaz olsa dahi fiil suç teşkil etmez.

2. *İhtimal (olguda tersine hata)*: 19 yaşındaki (B) ile (B)'nin rızasıyla cinsel ilişkiye giren (A), (B)'yi 17 yaşında zannetmektedir. (B) ise gerçekte 19 yaşındadır. Örnekte, gerçek, (A)'nın inandığı gibi olmuş olsa (A), *reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan* sorumlu olacaktır. Ancak (B), 19 yaşında olduğu için (A) nın *reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu* işlemesi mümkün değildir. (A), hukuku ihlal etmeye yönelik iradesi dolayısıyla elverişsiz teşebbüs hükümlerine göre sorumlu olur.

3. *İhtimal (hukuki gerçeklikte düz hata)*: (B) ile rızasıyla cinsel ilişkiye giren (A), (B)'nin gerçekte 17 yaşında olduğunu bilmektedir. (A)'ya göre, 15 yaşını doldurmuş bir kimseyle rızaen gerçekleşen cinsel ilişki hukuken meşrudur. Örnekte, (A), maddi gerçekliği bilmektedir. (A), fiilinin hukuki bir haksızlık teşkil ettiğini bilmemektedir. (A)'nın hatası olguda değil, olgunun normatif karakterindedir. Kastın kapsamı, suç tipindeki objektif unsurların olgusal karakteri ile sınırlı olduğundan

⁵⁷⁷ Kenneth W. Simons, "Mistake and Impossibility, Law and Fact, and Culpability: A Speculative Essay", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 81/3 (1991): 455 vd.; Jerome B. Elkind, "Impossibility in Criminal Attempts: A Theorist's Headache", *Virginia Law Review*, 54/1 (1968): 21.

Haksızlık ve haksızlıktan kaynaklanan cezai sorumluluğa ilişkin olarak, fail gerçekte var olanı bilmiyorsa, *düz hata*; yok olanı var zannediyorsa, *tersine hatadan* söz edilir. Erman, "Yanılmanın", 7.

(A)'nın hatası kastını engellemez. Bu yüzden örnekte, kasıtlı bir haksızlık vardır. (A)'nın hatası, kusuru etkiler (TCK m. 30/4).

4. *İhtimal (hukuki gerçeklikte tersine hata)*: (B) ile, (B)'nin rızasıyla cinsel ilişkiye giren (A), (B)'nin gerçekte 19 yaşında olduğunu bilmektedir. (A)'ya göre, 20 yaşından küçüklerle cinsel ilişki rıza olsun ya da olmasın suçtur. Örnekte, (A)'nın fiilinin hukuku ihlal etmesi mümkün değildir. Çünkü (A)'nın var olduğunu zannettiği norm gerçekte yoktur. Olmayan bir normu ihlal etmeye yönelen bir irade, hukuka düşman addedilemeyeceğinden failin fiili elverişsiz teşebbüse vücut vermez.

(4) Yargı pratiğinde, mahkeme olgusal gerçekliklerle ilgili kanaate ulaşmak için bilirkişiden görüş isteyebilir ve bazı durumlarda bilirkişiye de başvurmak zorundadır; ancak normatif gerçekliklerle ilgili konularda kendisi karar vermekle yükümlüdür.

(5) CMK m. 223/2-c'ye göre, “*yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması*” halinde fail hakkında beraat hükmü verilir. Normun olgusal karakterinde hata TCK m. 30/1'e göre, kastı engellediğinden, hata kaçınılmazsa veya hata kaçınılabilir olmakla birlikte fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse, fail hakkında beraat hükmü verilir. Normun normatif karakterinde hatada ise hata kaçınılmazsa fail hakkında CMK m. 223/3-d'ye göre, ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilir. İki hüküm türü arasında moral bakımdan değer farkı vardır.⁵⁷⁸ Kastın yokluğu nedeniyle beraat hükmü verildiğinde fiilin haksızlık teşkil etmediğine karar verilmiş olur. Ceza verilmesine yer olmadığı hükmünde ise fiilin haksız olduğu ancak failin mazur görüldüğü yargısı vardır. Bu bağlamda normun olgusal karakterinde hata normatif karakterinde hatadan daha lehedir.

İki hata türünde de fail fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmemektedir. Bu bakımdan özdeş olan iki hata türüne farklı hukuki sonuçların bağlanması daha öncede değindiğimiz üzere, temelde faydacı mülahazalara dayanır. Olguda hata da benimsenen

⁵⁷⁸ Moore, “Causation and Excuses”, 1096; Mousourakis, “Justification and Excuse”, 44; Baron, “Justifications and Excuses”, 390; Horder, *Excusing Crime*, 103; Gardner, “The Gist”, 590.

anlayış *Kantçı Ahlak Felsefesine* uygunken olgunun normatif karakterinde hatada benimsenen anlayış *Benthamcı Faydacı Ahlak Felsefesini* yansıtmaktadır.⁵⁷⁹

e. Olgusal Gerçeklik ile Normatif Gerçeklik Arasındaki Ayrımda İleri Sürülen Ölçütler

1) Ontolojik Yaklaşım

a) Geleneksel Ölçüt

Geleneksel görüşe göre, olgusal gerçeklik ile normatif gerçeklik arasındaki sınır, ontolojik bir yaklaşımla çizilmelidir. Hukukun ne olduğu ve ne şekilde yorumlandığı da –en azından hukuki pozivistler bakımından- bir gerçeklik olmakla birlikte, salt hukuki olan gerçeklik (normatif gerçeklik) ile hukuki olmayan gerçeklik (olgusal gerçeklik) arasında ontolojik olarak farklılık vardır.⁵⁸⁰

İnsan zihninden bağımsız olarak var olan, duyu organları ile algılanabilen ve ampirik olarak sınanabilen bir konuda düşülen hata, olgusal gerçeklikte hatadır. Hukukun olguya verdiği manada hata ise normatif gerçeklik hakkında hatadır.⁵⁸¹

Bir görüşe göre, duyu organları ile algılanabilen gerçekliklerde düşülen hatanın maddi unsurlarda hata olarak nitelenmesi, aşırı kapsayıcıdır (*over-inclusive*).⁵⁸² Bu ölçüt esas alınırsa tüm hata hallerinin kaynağı olgusal gerçekliğe indirgenebilir.⁵⁸³

b) Paralel Muhakeme Ölçütü

“Uzman olmayan kişilerin paralel muhakemesi” (*Parallelwertung in der Laiensphäre*) olarak adlandırılan ölçüt, esasen olgusal gerçeklikle normatif gerçeklik arasında ayırım yapmak için ileri sürülen bir ölçüt değildir. *Paralel muhakeme ölçütünü*,

⁵⁷⁹ Holmes, *The Common Law*, 40.

⁵⁸⁰ Friedman, “Standarts of Persuasion”, 918; Posner, *The Problems*, 198; Clark, J. L. “A Mixed Question of Law and Fact”. *The Yale Law Journal*, 18/6 (1909): 405; Williams, *The General Part*, 287.

⁵⁸¹ Peter Westen, “Impossible Attempts: A Speculative Thesis”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, 5/2 (2008): 535; Fletcher, *Rethinking*, 686.

⁵⁸² Larry Alexander, “Inculpatory and Exculpatory Mistakes”, 37-38; Doron Menashe, Shai Otzari, “Bringing Reason to a Messy Doctrine: The Distinction Between Mistake of Law and Mistake of Fact”, *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 15/1 (2015): 43.

⁵⁸³ Tillers, “The Value of”, 2; Menashe, Otzari, “Bringing Reason”, 46-47.

hataya düşüldüğünde kastı engelleyen unsurlar ile hataya düşüldüğünde kusuru etkileyen unsurlar arasında ayırım yapan bir ölçüt olarak nitelemek daha doğrudur.

Paralel muhakeme ölçütüne göre, suç tipine ilişkin olgusal gerçekliği doğru algılamayan ya da doğru algılamakla birlikte algıladığının sosyal anlamını bilmeyen kimse kasten hareket etmiş olmaz.^{584,585} Suça vücut veren unsurların olgusal karakterini ve sosyal anlamını bilen fail, fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmiyorsa haksızlık hatasından söz edilir.⁵⁸⁶ *Paralel muhakeme ölçütünün* en ayırıcı yönü, kastın kapsamını genişletmesidir; fail olgusal gerçekliği bilmekle birlikte onun toplumsal uzlaş neticesinde kurumsallaşmış sosyal anlamını bilmiyorsa kast yoktur. Olgusal olarak doğru algıladığı unsurun sosyal anlamını da bilen failin hukukun bu unsura verdiği özel anlamı bilmesi gerekmez.

Paralel muhakeme ölçütünün klasik örneği, adisyon fişi üzerine işaretlenen ve tüketilen içecekleri gösteren işaretleri silen müşterinin fiilidir. Müşterinin fiili özel belgede sahtecilik suçunun tipine uymaktadır. Müşterinin bu suçtan sorumlu olması için adisyonun bu suça konu belge niteliğinde olduğunu bilmesi gerekmez. Müşterinin bilmesi gereken, adisyon üzerindeki işaretlerin tükettiği içecekleri ve dolayısıyla kendisi ile işletmeci arasındaki borç ilişkisini gösterdiğini bilmesidir.⁵⁸⁷

Bir diğer klasik örnek, araba lastiğinin havasını indiren failin fiilidir. Bu fiil mala zarar verme suçunun tipine uymaktadır. Fail ise lastiğe zarar vermediği için fiilinin

⁵⁸⁴ Ölmez, “Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir”, 158; Mahmutoğlu, Karadeniz, *Genel Hükümler Şerhi*, 704; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 256; Cernusca, “A Comparative Approach”, 242.

Bu ölçüt, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı engellediğini ileri süren görüşe uyarlandığında şu şekilde anlaşılmalıdır: *hukuka uygunluk nedenine ilişkin olgusal gerçekliği doğru algılamayan ya da doğru algılamakla birlikte algıladığının sosyal anlamını bilmeyen kimse, kasten hareket etmiş olmaz.*

⁵⁸⁵ Maddi unsurlar ve normatif unsurlar ayırımı konusunda Türk hukukunda şu ana kadarki en kapsamlı çalışmayı yapan Ölmez’e göre *paralel muhakeme*; “*kanun koyucu tarafından kuralın ihdasına takaddüm eden yaşamsal olay modelinin münferit bileşenlerinin, suçun kanuni tarifinde haksızlık olarak soyutlanmalarını sağlayan sosyal anlam bilgisinin (Bedeutungskenntnis) bulunup bulunmadığının*” tespiti. Ölmez, “Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir”, 135-136.

⁵⁸⁶ Ölmez, “Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir”, 158.

⁵⁸⁷ Mahmutoğlu, Karadeniz, *Genel Hükümler Şerhi*, 704; Ölmez, “Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir”, 238-239; Cernusca, “A Comparative Approach”, 242.

mala zarar verme suçuna yol açmadığına inanmaktadır. Failin bu suçtan sorumlu olması için bilmesi gereken, fiilin aracın kullanışlığını etkilemesidir.⁵⁸⁸

Klasik ölçüte göre kastı engelleyen hata, kastın kapsamında olan unsurların olgusal karakteri ile sınırlıdır. *Paralel muhakeme ölçütüne* göre kastı engelleyen hata, kastın kapsamındaki unsurların olgusal karakterlerinin yanısıra bu unsurların sosyal anlamını da kapsar.

Paralel muhakeme ölçütüne göre, metodik olarak önce failin ilgili unsurun algılanabilir karakterin de mi yoksa değerlendirilebilir karakterinde mi hataya düştüğü tespit edilmelidir. Hata, hataya düşülen unsurun algılanabilir karakterine ilişkinse kastı engeller. Hata, algılanabilir unsurun değerlendirilebilir karakterine ilişkinse failin hataya düştüğü unsurun sosyal anlamında mı yoksa sosyal anlamını aşan hukuki anlamında mı hataya düştüğü tespit edilmelidir. Hata, hataya düşülen unsurun sosyal anlamına ilişkinse kastı engeller. Hata, hataya düşülen unsurun sosyal anlamını aşan hukuki anlamına ilişkinse kusuru etkiler (haksızlık hatası). Dolayısıyla *paralel muhakeme ölçütü* yeterince belirli olmadığı için eleştirilen geleneksel ölçüte ikinci bir ayrımı daha ilave etmektedir. Bu yüzden *Heinrich*'e göre *paralel muhakeme ölçütü* hata öğretisini daha da karmaşık hale getirmektedir.⁵⁸⁹

Heinrich'e göre kastın kapsamını genişlettiği için *paralel muhakeme ölçütü*nün cezalandırma boşlukları yaratma potansiyeli vardır.⁵⁹⁰ Suça iştirakte suça illi katkısı olan fail dışındaki kişilerin şerik sıfatıyla sorumlu olabilmesi için failin kasıtlı bir haksızlığın gerçekleştirmesi gerekir (TCK m. 40). *Paralel muhakeme ölçütü*, kastı engelleyen hatanın kapsamını genişlettiği için failin hatasından yararlanan kimselerin şerik olmasını engelleyebilir; her ne kadar somut olayın özelliğine göre dolaylı faillik kurumu ile söz konusu boşluk doldurulabilirse de, özgü suçlarda faillik sıfatı taşımayan kimseler dolaylı fail olamadığı için özgü suçlarda *paralel muhakeme ölçütü*nün cezalandırma boşluğu yaratma sakıncası devam eder.⁵⁹¹

⁵⁸⁸ Erman, “Yanılmanın”, 51; Cernusca, “A Comparative Approach”, 242.

⁵⁸⁹ Heinrich, “Normative Tatbestandsmerkmale”, 461.

⁵⁹⁰ Heinrich, “Normative Tatbestandsmerkmale”, 458-459.

⁵⁹¹ Heinrich, “Normative Tatbestandsmerkmale”, 461-462; Cernusca, “A Comparative Approach”, 280.

2) Sonuçcu Yaklaşım

Olgusal gerçeklikler ile normatif gerçeklikler arasında ontolojik, epistemolojik ve analitik bakımından ayırım yapılamayacağını; fakat bu ayırımın faydalı sonuçları olduğunu ileri süren bazı yazarlar, olgusal gerçeklik ile normatif gerçeklik arasındaki ayırımın fayda/maliyet analizi temelinde yapılması gerektiğini ileri sürmektedir.⁵⁹²

Sonuçcu yaklaşıma göre, inanın konusunu normatif gerçeklik ya da olgusal gerçeklik olarak nitelerken konunun doğasına odaklanmak yerine, ayırımın neticesinde ortaya çıkacak sonuca bakmak gerekir. Hangisiyle niteleme somut olayın çözümünde daha faydalı ise o tercih edilmelidir.⁵⁹³ Ayırım esnek bir şekilde anlaşıldığında hâkime somut olaya göre ayırımdan yararlanma imkânı tanır.⁵⁹⁴ Hâkim, ayırımı, amacı (toplam fayda) gerçekleştirmek için bir araç olarak kullanmalıdır.⁵⁹⁵

Yargı pratiği de buna müsaade etmektedir. Örneğin, sağlık sorunları nedeniyle acı çeken bir kimse acılarını hafifletmek için uyuşturucu madde kullanır ve içinde bulunduğu zaruret hali nedeniyle fiilin hukuka uygun olduğuna inanır.⁵⁹⁶ Mahkeme, zorunluluk halinin unsurlarının oluşmadığına karar verirse, fail hakkında hataya ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Çünkü faile göre, zorunluluk halinin unsurları oluşmuştur. Failin hatasının olgusal unsurlar hakkında mı ya da fiilin normatif niteliği hakkında mı olduğu, mahkemenin yaklaşımına göre değişiklik gösterir. Mahkeme, ihlal edilen hukuki değerle korunan hukuki değeri karşılaştırma yolunu tercih eder ve failin ihlal ettiği hukuki değer daha önemli olduğunu kabul ederek fiilin hukuka aykırı olduğu kanaatine ulaşırsa hata fiilin normatif niteliği hakkındadır.⁵⁹⁷ Mahkemenin zorunluluk haline ilişkin hükmü uygulamamasının nedeni, failin sağlık sorununu ciddi görmemesi ise hata olgusal gerçeklik hakkındadır.⁵⁹⁸

⁵⁹² Alexander Nunn, “Law, Fact, and Procedural Justice”, *Emory Law Journal*, 70/6 (2021): 1291; Allen, Pardo, “The Myth”, 1770.

⁵⁹³ Allen, Pardo, “The Myth”, 1771.

⁵⁹⁴ Allen, Pardo, “The Myth”, 1771.

⁵⁹⁵ Nunn, “Law, Fact”, 1292.

⁵⁹⁶ Simon, “Mistake of Fact”, 214.

⁵⁹⁷ Simon, “Mistake of Fact”, 214.

⁵⁹⁸ Simon, “Mistake of Fact”, 214.

Hâkim, failin hatasını normatif gerçeklikte hata olarak nitelemenin, olgusal gerçeklikte hata olarak nitelemekten daha lehe olacağına inanıyorsa failin normatif gerçeklikte hataya düştüğüne hükmetmelidir.

Hukukun faydalı olana ulaşmada bir araç olarak kullanılıp kullanılamayacağı tartışması hukukun ne olduğuna ilişkin çok daha temel bir mesele ile ilgilidir. Sayısız esere konu olan bu tartışma çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Ancak en azından şunu söyleyebiliriz; deontolojik (sonuçcu olmayan) yaklaşımı esas alan görüşlerin, sonuçcu teorilere yönelttiği eleştiriler, bu görüş için de geçerlidir.⁵⁹⁹ Bu görüşe yöneltilebilecek diğer eleştiriler ise; (1) bu görüşün hukuki belirlilik ilkesi ile çelişmesi ve (2) salt pragmatik açıdan meseleye yaklaşılsa, sonuçcu ölçüt, açıkça olgusal gerçeklikle ilgili olan hatanın normatif gerçeklikte hata olarak ya da açıkça normatif gerçeklikle ilgili olan hatanın olgusal gerçeklikte hata olarak nitelenebilmesini mümkün kılmaktadır. Örneğin, ağacın altında uyumakta olan çobanı ayı zannederek öldüren avcının hatası tartışmasız bir şekilde olgusal gerçeklikte hatadır; bu görüş kabul edilecek olursa, hâkim bu tip bir hatayı, daha yararlı sonuçlar doğuracağından (örneğin daha adil olacağından ya da özel ve genel önlemeyi sağlayacağından) bahisle hukuki gerçeklikte hata olarak niteleyebilir ve faili kasten öldürmeden mahkûm edebilir.

f. Değerlendirme ve Kanaat

Suçun tipiklik unsurunun hataya düşüldüğünde kastı engelleyen unsurları ile hataya düşüldüğünde kusuru etkileyen unsurlarını birbirinden ayırmak zorunludur. Zira kanun koyucu bu ayrıma başta suça iştirak kurumu olmak üzere çok önemli hukuki sonuçlar bağlamıştır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada bu tür bir ayrımın önemli olup olmadığı meselesi ise kabul edilecek görüşe göre değişmektedir. Bir görüşe göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusuru etkiler. Bu görüşe göre hataya düşülen konular arasında ayrım yapılmasının herhangi bir önemi yoktur;

⁵⁹⁹ Hukuki gerçeklik ve olgusal gerçeklik arasındaki ayrımın, adil olana hükmedilebilmesi için esnek bir şekilde kullanılması gerektiği ileri sürülürse, sonuçcu olarak nitelediğimiz bu ölçüt, deontolojik bir kimlik kazanır.

zira bu görüşe göre hukuka uygunluk nedenlerinin hem maddi unsurlarında hem de normatif unsurlarında hata kusuru etkiler.⁶⁰⁰ Biz de bu görüşü kabul ediyoruz.

Başka bir görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığı etkiler. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda bu görüş esas alınır, hukuka uygunluk nedenlerinin hataya düşüldüğünde kastı engelleyen unsurları ile hataya düşüldüğünde kusuru etkileyen unsurlarını ayırmak zorunludur.

Maddi unsurlar (olgusal gerçeklik)-normatif unsurlar (normatif gerçeklik) ayırımında ve bu ayırımın hukuki sonucu konusunda herkesin üzerinde hemfikir olduğu bir görüş henüz ortaya konulmuş değildir. Yukarıda değinildiği gibi her ölçütün eksikleri vardır. Yapılması gereken yeni bir ölçüt geliştirmek ya da mevcut ölçütler arasından birini tercih etmektir.

Sonuçcu ölçüt, sorunu doğrudan çözmeye elverişli değildir; zira bu ölçütü savunan yazarlar konunun fayda/maliyet analizi çerçevesinde hâkim tarafından takdir edileceğini ileri sürmektedir. Alman hukukunda hâkim olan ve Türk hukukunda da bazı yazarlarca savunulan *paralel muhakeme ölçütü* ise, maddi unsurlarla normatif unsurları ayırmada yeni bir ölçüt getirmemektedir. Türk öğretisinde *paralel muhakeme ölçütünü* kabul eden yazarlar, maddi unsurlarla normatif unsurlar arasındaki ayırımı klasik ölçütü esas almaktadır.⁶⁰¹ *Paralel muhakeme ölçütü*, maddi unsurları normatif unsurlardan ayıran bir ölçüt olmayıp normatif unsurları, hataya düşüldüğünde kastı engelleyen ve engellemeyen unsurlar olarak ikiye ayıran bir ölçüttür.

Paralel muhakeme ölçütünün ayırıcı yönü, kastı engelleyen hatanın kapsamını genişletmesidir. Paralel muhakeme ölçütüne göre, hata normatif unsurun sosyal

⁶⁰⁰ Burada kast ettiğimiz görüş, üçüncü bölümde detaylı olarak üzerinde duracağımız Katı Kusur Teorisidir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın kusuru etkilediğini ileri süren diğer görüşler bakımından da hataya düşüldüğünde kastı engelleyen unsurlar ile engellemeyen unsurları birbirinden ayırmak gerekir. Örneğin, Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılabilir olsun ya da olmasın kastı engeller ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse fail hakkında bir cezaya hükmedilmez. İzin hatasında ise hata kaçınılmaz değilse, fiilin taksirli hali kanunda düzenlenmemiş olsa dahi hata cezasızlık sonucu doğurmaz.

⁶⁰¹ Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 253.

anlamına ilişkinse kastı engeller (TCK m. 30/1). Hata, normatif unsurun sosyal anlamını aşan hukuki anlamına ilişkinse haksızlık hatasından söz edilir (TCK m. 30/4).

Paralel muhakeme ölçütü, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının geçerli olduğu hukuk sistemlerinde kuralın katılığını yumuşatan bir ölçüttür. Türk hukukunda TCK m. 30/4’e göre hukuku bilmeme, hata kaçınılmazsa cezasızlık sonucu doğurur. TCK m. 30/4’te kaçınılabılır hataya ilişkin bir belirleme yapılmamış olsa da, öğretilde bu durumda TCK m. 61 çerçevesinde failin cezasında indirim yapılabileceği belirtilmektedir.⁶⁰² Dolayısıyla Türk hukuku bakımından adil olana ulaşmak için bir ara formül geliştirmeye ve kastı engelleyen hatanın kapsamını genişletmeye gerek yoktur. Nitekim 5237 sayılı TCK da bu duruma açıkça vurgu yapılmıştır. TCK m. 30/1’e göre suçun kanuni tanımındaki “*maddi unsurlar*” da hata kastı engeller. Kanaatimizce, düzenlemenin lafzında yer verilen “*maddi*” kavramı, olgusal gerçekliğe karşılık gelmektedir.⁶⁰³ Kanun koyucu, “*maddi*” sıfatını, “*unsur*” kavramından önce kullanmıştır. Düzenlemenin lafzından kanun koyucunun normatif unsurlarda hatayı TCK m. 30/1 kapsamında düzenlemediği anlaşılmaktadır. Kanun koyucu normatif unsurlarda hatayı da kastın kapsamına dâhil etmek isteseydi, kastı tanımladığı TCK m. 21’de yaptığı gibi, TCK m. 30/1’de de yalnızca “*unsur*” kavramını tercih ederdi. TCK m. 30/1’de kanun koyucunun “*unsur*” kavramı yerine “*maddi unsur*” kavramını tercih etmesi, kanun koyucunun *paralel muhakeme ölçütünü* kabul etmediğini göstermektedir. Ayrıca hataya düşüldüğünde kastı engelleyen unsurlarla, engellemeyen unsurlar arasındaki ayırmda amaç adil olanı gerçekleştirmekse, cezalandırma boşluklarına yol açma potansiyeli olduğu için *paralel muhakeme ölçütü* de bu amacı mutlak bir şekilde gerçekleştirmeye elverişli değildir.

Paralel muhakeme ölçütünün bir diğer sorunlu yanı, *Heinrich*’in de ifade ettiği üzere zaten yeterince açık olmayan maddi unsurlar-normatif unsurlar ayırımına ilave bir ayırım eklemek suretiyle sorunu iyice belirsiz hale getirmesidir.

⁶⁰² Mahmutoğlu, Karadeniz, *Genel Hükümler Şerhi*, 744;

⁶⁰³ Öğretilde aksi görüşte olan yazarlara göre, “maddi unsurlar” kavramının değerlendirilebilir ve tanımlanabilir unsurlar şeklinde iki alt kavramdan oluştuğu ileri sürülmektedir. Mahmutoğlu, Karadeniz, *Genel Hükümler Şerhi*, 703; Ölmez, “Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir”, 108-109.

Sonuç olarak, (1) “kanunu bilmemek mazeret teşkil etmez” kuralı terkedildiği; (2) TCK m. 30/1’de açıkça “maddi unsurlar” vurgusu yapıldığı; (3) cezalandırma boşluklarına yol açma potansiyeli olduğu ve (4) maddi unsurlar-normatif unsurlar ayırımına kendisi de yeterince açık olmayan ilave bir ölçüt ekleyerek konuyu daha da karmaşık bir hale getirdiği için *paralel muhakeme ölçütünü* kabul etmiyoruz. Haksızlık tipinin hataya düştüğünde kastı engelleyen unsurları, maddi unsurlar; hataya düştüğünde kusuru etkileyen unsurları ise, normatif unsurlardır. Maddi unsurlar-normatif unsurlar ayırımında ise klasik ölçüt esas alınmalıdır.

Klasik ölçüte biri ontolojik, diğeri normatif mahiyette iki eleştiri yöneltilmektedir.

Hukukun kendisi de dış dünyaya ait bir olgudur. Bu açıdan meseleye yaklaşıldığında normatif gerçeklikte hata da, olguda hatadır. Norma konu olan tüm olgusal gerçeklikler norma konu oldukları için normatif karakter kazanır. Bu açıdan meseleye yaklaşıldığında ise olguda hata da normatif gerçeklikte hatadır. Yani bazı yazarların ileri sürdüğü üzere ontolojik olarak normatif gerçeklikte hata olguda hataya; olguda hata da normatif gerçeklikte hataya indirgenebilir.⁶⁰⁴ Ancak bu durum, normatif gerçeklik ile olgusal gerçeklik arasında bir farklılık olmadığı anlamına gelmez. Örneğin, insan da ağaç da olgusal gerçekliklerdir. Ancak ağacın ve insanın olgusal gerçeklikler olması ontolojik olarak farklı varlıklar olmadıkları anlamına gelmez. Bu yüzden normatif gerçeklikte hata ile olgusal gerçeklikte hata arasında kavramsal olarak ayırım yapılabilir.

Ayırma yöneltelen diğeri eleştiri, iki hata türüne farklı hukuki sonuçların bağlanmasının adil olmadığıdır. Failin haksızlıktan kaçınabilmesi için haksızlığın bilincinde olması gerekir. Olgusal gerçeklikte hataya düştüğü için fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmeyen faille, normatif gerçeklikte hataya düştüğü fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmeyen fail arasında, bu görüşe göre, bir farklılık yoktur. Olması gereken anlamında biz de bu görüşe katılıyoruz. İnsanı diğeri canlılardan ayıran nedenlere duyarlı doğasıdır. Nedenlere duyarlı doğası dolayısıyla insanın haksızlıktan

⁶⁰⁴ Alexander, ‘Inculpatory and Exculpatory’, 37-38; Menashe, Otzari, ‘Bringing Reason’, 43.

kaçınabilmesi için onun varlığını bilmesi gerekir. Bu yüzden ceza hukukunda ideal olan haksızlık bilincinin kastın kapsamında olmasıdır (Kast Teorisi). Ancak, ceza hukukunun varlık nedeni düzen ihtiyacıdır. Haksızlık bilincinin kastın kapsamına dâhil edilmesi, hukuk kurallarının çokluğu ve karmaşıklığı dikkate alındığında ceza hukukunun düzeni sağlama fonksiyonunu -ortadan kaldırmasa da- önemli ölçüde işlevsiz bırakır. Bu durumda hukuku bilmemek, hukuku bilmekten daha avantajlı olacağı için muhatapları hukuku öğrenmekten imtina edebilirler. Ayrıca, bilinçsiz taksirde fail fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmediği için bu görüş kabul edilecek olursa, bilinçsiz taksirle sorumluluğun ceza hukukundan çıkarılması gerekir. Taksirli suçların temel işlevi muhatapları dikkatli ve özenli davranmaya sevk etmektir. Taksirli suçların kanundan çıkarılması, dikkatsiz ve özensiz kimselerin mükâfatlandırılması ve hukuki değerlerin korumasız kalması anlamına gelir. Belirtilen nedenlerle olgusal gerçekliği bilmekle normatif gerçekliği bilmek arasında bir ayrım yapılması gerektiğini ve hukuku bilmemenin kastı engellememesi gerektiğini düşünüyoruz.

Klasik ölçüte ve bu ölçütün hukuki sonuçlarına yönelik eleştirileri bu şekilde yanıtladıktan sonra klasik ölçütün somut olaya nasıl uygulanacağı konusuna da değinmemiz gerekir.

Klasik ölçütün somut olaya nasıl uygulanacağı konusunda *Husak*'ın görüşüne katılıyoruz. *Husak*'a göre, olgusal gerçeklikle normatif gerçekliği birbirinden ayırmak için; 1- failin inanışları önermeler şeklinde belirlenmelidir; 2- önermeler normatif gerçekliğe ve olgusal gerçekliğe ilişkin olanlar şeklinde kategorize edilmelidir; 3- diğer önermelerin hatalı olmasına neden olan temel hatalı önerme tespit edilmelidir. Üçüncü basamakta tespit edilen önerme, normatif gerçekliğe ilişkin bir önerme ise fail normatif gerçeklikte; değilse, olgusal gerçeklikte hataya düşmüştür.⁶⁰⁵

Örnek 1: Kolluk görevlisi arama emrindeki adresi dikkatli okumadığı için yanlış konutta arama yapar.

⁶⁰⁵ Husak, *Ignorance of Law*, 104 vd.

Örnek 2: Genç doktor, kürtaj için talepte bulunulması üzerine azami süre sınırından emin olmaz ve mevzuata bakar; ancak 10 haftalık süreyi yanlışlıkla 20 hafta diye okur ve 13 haftalık cenini düşürtür.

İki örnekte de kamu görevlileri, görme duyusuyla algıladıkları gerçeklik (bir kağıt üzerindeki yazı) hakkında hataya düşmüşlerdir ve iki örnekte de gerçeklik ampirik olarak ispatlanabilir; görme duyusunda problem olmayan bir kimsenin kürtaj örneğinde kanuna ve arama örneğinde ise arama emrindeki metne bakması objektif gerçekliği tespit etmek için yeterlidir. Örnekteki failler, olgusal gerçeklikte mi yanlışlardır, normatif gerçeklikte mi?

*Husak'*ın metodunu bu iki örneğe uyguladığımızda, failin inancını önermeler halinde şu şekilde ifade edebiliriz;

Arama emri örneğinde;

1- Arama emri varsa konutta arama yapabilirim. (*soyut normatif gerçeklik hakkındaki inanış*)

2- Arama emrindeki konutta arama yapıyorum. (*davranışın tasvirine ilişkin inanış*)

3- Yaptığım arama işlemi hukuka uygundur. (*davranışın normatif niteliği hakkındaki inanış*)

Kürtaj örneğinde;

1- Gebelik süresi 20 haftayı geçmemişse, gebenin rızasıyla kürtaj yapabilirim. (*soyut normatif gerçeklik hakkındaki inanış*)

2- 13 haftalık bir cenini düşürtüyorum. (*davranışın tasvirine ilişkin inanış*)

3- Yaptığım kürtaj işlemi hukuka uygundur. (*davranışın normatif niteliği hakkındaki inanış*)

Söz konusu önermelerden hangilerinin normatif gerçeklik hangilerinin maddi gerçeklik hakkında olduğu konusunda ise klasik görüş esas alınmalıdır: 1- *Soyut olarak hukukun yasakladığı, emrettiği ya da izin verdiği hakkında (normun varlığı ile ilgili oy çokluğu, yetkili makam tarafından çıkarılma resmi gazetede yayımlanma gibi olgusal süreçlerde dâhil olmak üzere) hata, normatif gerçeklikte hatadır.* 2- *Normun soyut*

tasvirinin dış dünyadaki somut temsilinin duyu organları ile (doğrudan ya da teknolojinin yardımı ile) algılanabilir ampirik karakterinde hata, olgusal gerçeklik hakkındadır.

Bu kıstaslar uygulanarak önermeler kategorize edildiğinde; *arama emri örneğinde* de, *kürtaj örneğinde* de birinci ve üçüncü önermelerin normatif gerçeklik; ikinci önermenin ise olgusal gerçeklik hakkında olduğu sonucuna ulaşılır.

Son olarak örneklerde hatanın normatif gerçeklik hakkında mı ya da olgusal gerçeklik hakkında mı olduğunu belirlemek için diğer önermelerin hatalı olmasına neden olan temel hatalı önermeyi tespit etmemiz gerekir. *Arama emri örneğinde* davranışın hukuki niteliği hakkındaki nihai hatanın kaynağı olan hatalı önerme, ikinci önerme; *kürtaj örneğinde* ise birinci önermedir. *Arama emri örneğindeki* ikinci önerme olgusal gerçeklik hakkındadır; bu yüzden fail hakkında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya ilişkin hükümler (TCK m. 30/3) uygulanmalıdır. *Kürtaj örneğinde* birinci önerme normatif gerçeklik hakkındadır; bu yüzden fail hakkında haksızlık hatasına ilişkin hükümler (TCK m. 30/4) uygulanmalıdır.

C. Makul Kişi Ölçütü ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Kaçınılmaz Hata

1. Genel Olarak

Hata, zihinsel bir durumdur ve - bilinçli bilmeme (iradi körlük) hariç- doğası gereği doğrudan kontrol edilemez (*doxastic involuntarism*).⁶⁰⁶ Fail, zihinsel durumunu kontrol ederek kendisini gerçeklikle bağdaşmadığını bildiği bir şeyin doğru olduğuna inandıramaz; zira inandırabilmişse artık inandığının gerçeklikle bağdaşmadığını bilmez.

Hata, somut olayda vardır ya da yoktur. Kaçınılmazlık kavramı hatanın varlığı ya da yokluğu ile ilgili bir kavram değildir. Kaçınılmaz olsun ya da olmasın failin

⁶⁰⁶ Rik Peels, “Response to Critics: The Influence Account of Responsible Belief Defended”, *International Journal of Philosophical Studies*, 26/4 (2018): 636; Anna Hartford, “Moral and Factual Ignorance: a Quality of Will Parity”, *Ethical Theory and Moral Practice*, 22/5 (2019): 1089; Mark Douglas West, “Doxastic Involuntarism, Attentional Voluntarism and Social Epistemology”, *Social Epistemology Review and Reply Collective*, 3/5 (2014), 37.

inancı gerçeklikle bağdaşmıyorsa, hata vardır. Kaçınılmazlık, hatanın varlığına rağmen failin fiili dolayısıyla sorumlu olup olmayacağı meselesi ile ilgili bir kavramdır.

5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında “*kaçınılmaz bir hata*” ifadesine yer verilmiştir. Kaçınılmazlık ile kaçınılabilirlik kavramları, birbirlerine bağlı kavramlardır; hata kaçınılmazsa kaçınılabilir değildir; hata kaçınılabilirse kaçınılmaz değildir.⁶⁰⁷ İki kavram arasındaki farklılık, kaçınılmazlık kavramının niteliksel, kaçınılabilirlik kavramının ise niceliksel bir kavram olmasıdır. Kaçınılmazlık bir tespitten ibarettir. Hata, kaçınılmazdır ya da değildir. Kaçınılabilirlik ise derecelendirilebilir.⁶⁰⁸ Kaçınılabilirlik kavramı bu özelliği dolayısıyla yine niceliksel bir kavram olan kusur kavramı ile içiçedir. Haksızlıktan kaçınabilme kolaylaştıkça failin kusuru da artar.

TCK m. 30/1' e göre, suç tipinin temel ve nitelikli halinin maddi unsurlarında hatada (kastı engelleyen hata), hatanın kaçınılabilir olup olmaması önemsizdir. Kanun koyucunun kastı engelleyen hatada *kaçınılmazlık* kavramına yer vermemesinin nedeni, çok basit, kolayca bilinebilecek gerçeklikler de dahi fail hataya düşmüşse bilmeden ve dolayısıyla da kasttan söz edilemeyecek olmasıdır. Bu yüzden TCK m. 30/1'deki düzenleme olmasaydı dahi, suç tipinin maddi unsurlarında hata yine kastı engellerdi. Nitekim 765 sayılı TCK'da kastı engelleyen hata düzenlenmemiş, öğretide hata halinde zaten kasttan söz edilemeyeceğinden bahisle böyle bir düzenlemenin olmamasının bir eksiklik olmadığı ifade edilmiştir.⁶⁰⁹

Hata ile taksir arasındaki ilişki, hata ile kast arasındaki ilişkiden farklıdır. Kast (bilme unsuru bağlamında) ve hata, ontolojik kavramlar oldukları için hatanın varlığı kastın yokluğu için yeterlidir. Taksir ise normatif bir kavramdır.⁶¹⁰ Hatanın taksirli sorumluluğu engelleyebilmesi için hatanın içerisine normatif bir bileşenin dâhil edilmesi gerekir; bu bileşen “kaçınılmazlık” kavramıdır.

⁶⁰⁷ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 143.

⁶⁰⁸ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 141.

⁶⁰⁹ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 326; Erem, *Ümanist Doktrin 2. Cilt*, 71.

⁶¹⁰ Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 264; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 255.

Kaçınılmazlık kavramı, esasen katı liberal görüşle (bilmiyorsa cezalandırmama), katı geleneksel görüş (bilme de cezalandırma) arasında bir ara formül bulma çabasının neticesidir.⁶¹¹ Zira kaçınılmazlık kavramı, iki görüşe de istisna getirmektedir. Kavramın katı liberal görüşe getirdiği istisna, fail gerçeği bilme de hata kaçınılabir ve fiilin taksirli hali cezalandırılıyorsa failin cezalandırılabilmesidir. Kavramın katı geleneksel görüşe getirdiği istisna, hata kaçınılmazsa failin cezalandırılmamasıdır.

Kaçınılmazlık kavramına ihtiyaç duyulmasının nedeni, kusur ilkesidir. Hata nedeniyle davranışının hukuki bir haksızlık teşkil ettiğini bilmeyen failde, haksızlıktan kaçınma yönünde bir motivasyon oluşmaz; bu yüzden failin davranışlarını hukuka uygun bir şekilde kontrol etmesi zordur.⁶¹² Örneğin, ateş ettiği objenin bir insan olduğunu bilmeyen avcı (TCK m. 30/1); silah kullanma yetkisinin unsurlarının oluştuğu zannıyla masum bir kimseyi yaralayan polis (TCK m. 30/3) ve öğrencisini yaralamanın tedip hakkı çerçevesinde bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu zanneden öğretmen (TCK m. 30/4) hataya düşmüştür. İlk örnekte unsur hatası; ikinci örnekte hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ve son örnekte haksızlık hatası vardır. Üç örnek bakımından da ortak olan nokta, faillerde haksızlık bilincinin olmamasıdır. Örneklerdeki failler fiillerinin hukuki bir haksızlık teşkil ettiğini bilmedikleri için gerçekleştirdikleri haksızlıkları özgür iradeleri ile tercih etmiş değillerdir.

Sorumluluğu özgür irade kavramı ile temellendiren *geleneksel öznelcilik anlayışının* en güçlü yanı, ahlaki sezgilerimizle uyumlu olmasıdır.⁶¹³ Zira kişilerin ancak özgür iradeleri ile neden oldukları sonuçlardan sorumlu olması, adil olana ilişkin değer yargılarımızla bağdaşmaktadır. Fakat bu kuralın katı bir şekilde uygulanmasının da *-yukarıda verdiğimiz örneklerden anlaşılacağı üzere-* adaletsiz sonuçlar doğurma

⁶¹¹ Katı liberal ve katı geleneksel görüş hakkında bkz. Simon, “Mistake of Fact”, 217 vd.

⁶¹² İmkansız değildir. Çünkü hukuk kurallarını bilme de haksızlıktan kaçınma motivasyonu olabilir. Örneğin bir anne yükümlü olduğu için değil, çoğunlukla, annelik içgüdüğüyle çocuğunu korur. Raz, bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “*Hukuken yerine getirmek durumunda olduğum bir yükümlülük olması dolayısıyla cinsel saldırı suçunu ya da öldürme suçunu işlemediğimin söylenmesini hakaret olarak kabul ederim*”. Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essay in the Morality of Law and Politics* (New York: Oxford University Press, 1994), 343.

⁶¹³ Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 132; Dennis, “The Critical Condition”, 237; Norrie, *Punishment, Responsibility and Justice*, 1.

potansiyeli vardır.⁶¹⁴ Bu yüzden, biri faydacı (hukuki değerlerin etkin bir şekilde korunması), diğeri deontolojik (adil olanla uyumlu olması) nitelikte iki temel nedenle, hata dolayısıyla haksızlık bilincinin olmadığı bazı durumlarda da failin cezalandırılması gerekir. Bunun yolu ise ontolojik bir kavram olan hatanın içerisine normatif bir bileşenin dâhil edilmesidir. İşte bu normatif bileşen; kaçınılabilirlik kavramıdır.

Fail, ilişki içerisinde bulunduğu toplumun hukuk düzenine uygun hareket etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün bir yansıması olarak failden hukuka uygun davranabilme yeteneğini tamamıyla kullanması beklenir.⁶¹⁵ Fail bu beklentiyi yerine getirebilecek potansiyelde ise, hata özelinde ifade edecek olursak, fail bilmediği hususu bilebilecek kabiliyette ise hata fail açısından kaçınılabilirdir. Kaçınılabilir hatada fail hakkında “*bilmesi gerekirdi*” yargısında bulunulur. Bu noktada yanıtlanması gereken soru şudur: Bilinmesi gerekenin tespitinde ölçü nedir? Ölçü olarak “*ideal olan*” esas alınır, objektif sorumluluğa yaklaşan bir sorumluluk esası benimsenmiş olur; zira ideal olan, koşullar ne olursa olsun bilmedir.⁶¹⁶ Bu yüzden kusur ilkesi ile uyumlu olan ölçü, fail bakımından makul olanın bilinmesidir; hatanın kaçınılmazlığında ölçü, “makul kişi” (reasonable person) ölçütüdür.⁶¹⁷

⁶¹⁴ Haksızlık bilincinin var olmadığı her durumda failin sorumsuz olması, adil olana ilişkin sezgilerimizle bağdaşmaz. Ahlak pratiğinde ahlak normunun uyarısı muhatabına ulaşmasa dahi, “*muhatap gerekli özen ve dikkati gösterseydi aksi şekilde davranabilirdi*” denebilen durumlarda kınanmaktadır. Peter van Inwagen, “Ability and Responsibility”, *The Philosophical Review*, 87/2 (1978), 201; Susan L. Hurley, “Responsibility, Reason, and Irrelevant Alternatives”, *Philosophy and Public Affairs*, 28/3 (1998): 207.

Ayrıca, haksızlık bilincinin yokluğunu sonuçlayan her hata cezasızlık sonucu doğurursa, dikkat ve özen yükümlülüğünden ve dolayısıyla bilinçsiz taksirle işlenen suç kategorisinden söz etmemek gerekir Wieland, “Introduction: The Epistemic Condition”, 14; FitzPatrick, “Moral Responsibility”, 590; Rik Peels, “Tracing Culpable Ignorance”, *Logos and Episteme*, 4 (2011): 576; George Sher, *Who Knew?: Responsibility Without Awareness* (New York: Oxford University Press, 2009), 26-27; Wieland, “Introduction: The Epistemic Condition”, 14.

⁶¹⁵ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 146.

⁶¹⁶ Zimmerman, “Moral Responsibility and Ignorance”, 413.

⁶¹⁷ Zimmerman, “Moral Responsibility and Ignorance”, 413.

2. Makul Kişi Ölçütü

Hatanın kaçınılmaz olup olmadığı konusundaki değerlendirmede, aynı durumdaki dikkatli ve özenli bir kimse (makul kişi) esas alınmalıdır. *Makul kişi*, standartlaştırılmış hayali bir kimsedir.⁶¹⁸

Makul kimse metaforu, belirlilik ilkesi ve dolayısıyla adil uyarma yükümlülüğü ile bağdaşmasa da, dilin sınırlılığı ve sosyal yaşamın karmaşıklığı dolayısıyla böyle bir standarda yer verilmesi zorunludur.⁶¹⁹ Suçlaştırmayla korunmak istenen hukuki değerleri ihlal neticesini doğurabilecek riskler; trafikte, okulda işyerinde, piknikte, yüzme kursunda vs. hayatın her alanında vardır.⁶²⁰ İnsan doğası gereği hata yapan bir varlıktır. Hata da gündelik yaşamın her alanında ve anında ortaya çıkabilir. Sorumluluğu gerektiren her durumun tiplendirilmesi mümkün olmadığından turnosul işlevi gören bir standardın varlığı gereklidir; bu standart, *makul kişi standardı*dır.⁶²¹ *Makul kişi standardı*, süjeye somut olayda nasıl davranması gerektiği konusunda yönelen sosyal beklentileri yansıtır.⁶²²

Makul kişi standardı, failin gerçeği bilip bilmemesi ile ilgili değildir.⁶²³ Failin gerçeği bilmediği yani hataya düştüğü tespit edildikten sonra *makul kişi standardı*na başvurulur. *Makul kişi standardı*na başvurulmasının nedeni ise, “*hataya düşen fail gerçeği bilebilir miydi*” sorusuna yanıt bulmaktır. Elbette, bu değerlendirme normatif bir değerlendirmedir; zira her inanış inananı açısından makuldür; öyle olmasa inanıştan söz edilemezdi.⁶²⁴

⁶¹⁸ Fleming James, “Qualities of the Reasonable Man in Negligence Cases”, *Missouri Law Review*, 16/1 (1951): 1.

⁶¹⁹ Kenneth W. Simons, “Dimensions of Negligence in Criminal and Tort Law”, *Theoretical Inquiries Law*, 3/2 (2002): 24.

⁶²⁰ Tatjana Hörnle, “Social Expectations in the Criminal Law: The ‘Reasonable Person’ in a Comparative Perspective”, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 11/1 (2008): 5-6;

⁶²¹ Hörnle, “Social Expectations”, 5-6.

⁶²² Hörnle, “Social Expectations”, 3.

⁶²³ Douglas N. Husak, George C. Thomas, “Rapes without Rapists: Consent and Reasonable Mistake”, *Philosophical Issues*, 11/1 (2001): 88.

⁶²⁴ Larry Alexander, Kimberly Kessler Ferzan, *Reflections on Crime and Culpability: Problems and Puzzles* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 96.

Makullük, istatistiki ya da ampirik bir standart değildir; makullük, ideal olanı ya da en azından haksız olmayanı tespit edebilmek için başvuru olan normatif bir kavramdır.⁶²⁵

Doğası gereği her insanın farklıdır; bu bağlamda hipotetik bir kişiliği temsil eden makul kişi standardının esas alınarak insan davranışlarının analiz edilmesi, kusur prensibini sorumluluğun merkezine yerleştirmiş ceza hukuku bakımından problem teşkil eder. Bu yüzden *makul kişinin* sahip olması gereken niteliklerin neler olduğu, failin niteliklerinin göz önüne alınıp alınmayacağı konuları öğretide tartışmalıdır.

a. Objektif Ölçüt

Öğretide bir görüşe göre, *makul kişi standardı* belirlenirken failin kendi kişisel özellikleri dikkate alınmaz; failin kişisel durumu dikkate alınırsa zaten bir standarttan da söz edilemez.⁶²⁶

Makul kişi, sosyal beklentilere uygun hareket eden ve herkesin yerine geçebilen varsayımsal kişidir; *makul kişi*, bazen makul bir doktor, bazen makul bir mühendis, bazen makul bir sürücü, bazen makul bir garson ya da makul bir ebeveyn vs. olabilir.⁶²⁷ Toplumda bu roller için standartlaşmış davranış kalıpları vardır. Makul kişi bu davranış kalıplarına uygun davranan kişidir.

Makul kişi standardının çeşitli fonksiyonları vardır. Bunlardan biri, *makul kişi standardının* toplumun beklentilerini ortaya koymak suretiyle normların soyut içeriğini açıklığa kavuşturmasıdır.⁶²⁸ Örneğin, taksirle yaralama suçunda normun içeriği, dilin sınırlılığı ve sosyal hayatın kompleks yapısı dolayısıyla belirgin değildir. Mesela, bir anne çocuğunu beşiğine koymamak, yemek ateşteyken çocuğuna göz kulak olmamak, ilaçları ya da kesici cisimleri çocuğunun ulaşabileceği yere bırakmak gibi belirsiz sayıda

⁶²⁵ Peter Westen, “Individualizing the Reasonable Person in Criminal Law”, *Criminal Law and Philosophy*, 2/2 (2008): 138.

⁶²⁶ Cynthia Lee, *Murder And The Reasonable Man Passion And Fear in The Criminal Courtroom* (New York: New York University Press, 2003), 206.

⁶²⁷ John Gardner, “The Many Faces of The Reasonable Person”, *Law Quarterly Review*, 131/1 (2015): 563.

⁶²⁸ Hörnle, “Social Expectations”, 5-6; Martha Minow, Todd Rakoff, “Is the ‘Reasonable Person’ a Reasonable Standard in a Multicultural World?”, eds. Austin Sarat at all, in *Everyday Practices and Trouble Cases* (Evanston: Northwestern University Press, 1997), 48.

olasılıkla bu suçu işleyebilir. *Makul kişi standardı*, normun içeriğinin belirginleşmesini sağlar ve hangi durumlarda annenin taksirle yaralama suçundan sorumlu olacağı sorusuna yanıt verir.

Makul kişi standardı, rollere göre değiştiği gibi, somut olaydaki özelliklere göre de değişir. Davranış, somut olayda failin bulunduğu pozisyondaki kişiye yönelen sosyal beklentilerle örtüştüğünde kabul edilebilirdir. Toplumun bireylerden beklentisi, kural olarak, kıskançlık, sinirlilik, aç gözlülük, şehvet gibi negatif duyguların kontrol edilmesi ve hukuki değerlerin ihlali sonucunu doğuracak riski davranışlardan kaçınılmasıdır.⁶²⁹

Makul kişi standartının bir başka fonksiyonu, toplumun kümülatif değer yargısını yansıtmasıdır; *makul kişi standardı* bireye toplum açısından kabul gören davranışları biçimlerini öğretir.⁶³⁰ Bireylerin alışkanlıkları bu beklentilerle şekillenir. Sosyal beklentilerle örtüşen davranışların tekrarı ile yasak olandan kaçınma ve emredileni yapma alışkanlıkları bireylerde yerleşir.

Objektif ölçüt, bireyin kendi kabiliyetlerini değil de makul kişinin ne şekilde davranacağını esas aldığı için genelin menfaatini bireyin menfaatinde üstün tutar.⁶³¹ Bu yönüyle objektif ölçüt, *faydacı etik anlayışın* bir yansımasıdır. Failin akıl hastası olması, çocuk olması gibi elinde olmayan özellikleri dolayısıyla haksızlıktan kaçınmaması failin “kötü şansı” (*bad luck*)’dır.⁶³²

Objektif ölçütün failin lehine olan yönleri de vardır. Objektif ölçüt, isnadiyet kavramı bağlamında ceza hukukunu sınırlama işlevi görür.⁶³³ Örneğin, (A), mirası dolayısıyla babasını öldürmek ister. Bir av partisi düzenleyen (A), bir yaban hayvanının saldırısı sonucu babasının öleceğine inanır; gerçekten de bir yaban hayvanının saldırısı sonucu (A)’nın babası (B) ölür. Objektif olarak davranışın neticeyi gerçekleştirmesi beklenmiyorsa netice faile isnat edilemez. Örnekte, gerçeklik failin inandığı gibidir.

⁶²⁹ Fletcher, *Rethinking*, 514-515.

⁶³⁰ Leon Petrazycki, *Law and Morality*, translated by Hugg W. Babb (Cambridge MA: Harvard University Press, 1955), 301.

⁶³¹ Hisham M. Ramadan, “Reconstructing Reasonableness in Criminal Law: Moderate Jury Instructions Proposal”, *Journal of Legislation*, 29/2 (2013): 237.

⁶³² Mayo Moran, *Rethinking the Reasonable Person: An Egalitarian Reconstruction of the Objective Standard* (New York: Oxford University Press, 2003), 5.

⁶³³ Hörnle, “Social Expectations”, 9-10.

Failin tasavvuru ile gerçeklik örtüşüyorsa bilmeden söz edilir. Fail, neticenin gerçekleşmesini de istemiştir. Fail neticeyi bilmiş ve istemiştir; yani kasten hareket etmiştir. Epistemolojide makul gerekçelere dayanmayan inanışlar gerçeklikle örtüşseler dahi bilme olarak değerlendirilmezler.⁶³⁴ Ceza hukukunda da failin inanışının gerçeğe uygunluğu olağan hayat tecrübelerine göre atipikse, netice faile isnat edilmez.⁶³⁵

Objektif ölçüt katı bir şekilde uygulandığında -failin kendine has özelliklerini dışladığı için- cezalandırma boşluklarına yol açabilir. Örneğin, biyoloji bölümünde okuyan garson (A), kendisini azarlayan müşteri (B)'nin yemeğini getirirken, mantarın zehirli bir türünün yemekte kullanıldığını fark eder, fakat yine de yemeği servis eder. Bir mantarın zehirli olup olmadığı makul bir garsonun bilebileceği bir husus değildir. Objektif ölçüt, salt rolleri nazara alan ve failin özelliklerini dışlayan katı bir anlayışla uygulandığında, bu örnekte, garsonun sorumlu olmadığını kabul etmek gerekir.⁶³⁶

b. Sübjektif Ölçüt

Sübjektif ölçüte göre, *makul kişi standartının* referansı bizatihi failin kendisidir.⁶³⁷ Failin kabiliyetleri ve içinde bulunduğu koşullar dikkate alınarak yapılan değerlendirmede failin aksi şekilde davranabileceği sonucuna ulaşılan durumlarda fail sorumlu olur. Sübjektif ölçüte göre, fail yine kendisi ile kıyaslanmalıdır; “*fail gerekli dikkat ve özeni gösterseydi gerçeği bilebilirdi*” denebilen durumlarda kaçınılabilirlik vardır.

Kaçınılabilirliğin ölçütünün bizatihi failin kendisinin olması durumunda bir standarttan söz edilemeyeceği gerekçesiyle sübjektif ölçüt eleştirilmektedir.⁶³⁸ Sübjektif ölçüt kabul edildiğinde neyin haksız olup olmadığını belirlemek zorlaşmaktadır. Sübjektif ölçüt kabul edilecek olursa failin akıl hastalığı ve yaş küçüklüğünde olduğu gibi davranışı hakkındaki sosyal beklentileri bilemediği ve bilmesinin de mümkün olmadığı durumlarda haksızlıktan söz etmemek gerekir.

⁶³⁴ Robert K. Shope, “Conditions and Analyses of Knowing”, in *The Oxford Handbook of Epistemology*, eds. Paul K. Moser (Oxford: Oxford University Press, 2002), 28-29.

⁶³⁵ Ozansü, *Kastan Doğan*, 85; Akbulut, *Genel Hükümler*, 299.

⁶³⁶ Hörnle, “Social Expectations”, 10.

⁶³⁷ Cynthia Lee, *Murder And The Reasonable Man Passion And Fear in The Criminal Courtroom* (New York: New York University Press, 2003), 206-207.

⁶³⁸ Lee, *The Reasonable Man*, 207.

c. Değerlendirme ve Kanaat

Kanaatimizce, objektif ve sübjektif ölçütlerin haksızlığın ve kusurun yapısı bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Bu açıdan meseleye yaklaşıldığında hem objektif ölçütün hem de sübjektif ölçütün güçlü ve zayıf yönleri vardır. Objektif görüşün güçlü yönü, haksız olanla olmayanı objektif bir şekilde ortaya koyabilmesidir. Objektif ölçütün zayıf yönü ise, failin kişisel özelliklerini dışlaması dolayısıyla kusur ilkesi ile bağdaşmamasıdır. Sübjektif ölçütün güçlü yönü, failin kişisel özelliklerini dikkate alması dolayısıyla kusur ilkesi ile uyumlu olmasıdır. Sübjektif ölçütün zayıf yönü ise, salt failin kişisel özelliklerini dikkate alması dolayısıyla haksız olanla olmayan arasındaki sınırı belirsizleştirmesidir. Sonuç olarak, haksız olan ve olmayanı tespitte objektif ölçüte, kusur ilkesi ile uyum için ise sübjektif ölçüte ihtiyaç vardır.⁶³⁹

Meselenin bu şekilde anlaşılması, kasıtlı suçlarda da önemli olmakla birlikte özellikle taksirli suçların yapısını ortaya koymak bakımından oldukça işlevseldir. Taksirli suçlarda fail özen ve dikkat yükümlülüğünü ihlal ettiği için sorumlu olmaktadır. Taksirli suçlar bakımından cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsurunu, objektif özen yükümlülüğünü ihlal, kusur unsurunu ise sübjektif özen yükümlülüğünü ihlal karakterize eder (taksirin çifte fonksiyonu).⁶⁴⁰ Failin eğitimi, hastalığı, yaşı vs. gibi

⁶³⁹ Hörnle, “Social Expectations”, 18; Peter Westen, “Individualizing the Reasonable Person in Criminal Law”, *Criminal Law and Philosophy*, 2/2 (2008): 141; Fleming James, John J. Dickinson, “Accident Proneness and Accident Law”, *Harvard Law Review*, 63/5 (1950): 782 vd.

⁶⁴⁰ Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 453; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 482-483; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 193-194; Koray Doğan, *Neticesi Sebebiyle*, 193-194; Bozbayındır, *Olası Kast Kavramı*, 72 vd; Elvan Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatiği* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015): 50 vd; Nil Melek Gültekin Diken, “Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk”, *Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2018, 17.

Kanaatimizce, kasıtlı suçlarda kastın çifte fonksiyonu yoktur; kast, münhasıran haksızlığın gerçekleştiriliş biçimidir. Haksızlık bilincinin (fiilin hukuki bir haksızlık teşkil ettiğini bilme) kusur içerisinde yer almasının nedeni, ilgili başlık altında nedenlerini detaylı olarak izah ettiğimiz üzere olgu ile olgunun haksızlık niteliği arasında yapılan ayırımın bir sonucudur. Nitekim, kanun koyucu kastı tanımladığı TCK m. 21’de ve kastı engelleyen hatayı düzenlediği TCK m. 30/1’de, kastın kapsamını suç tipinin maddi unsurları ile sınırlamıştır. Taksirli suçlarda taksirin çifte fonksiyonlu olmasının nedeni, taksirin kendisine özgü özellikleri olan istisnai bir sorumluluk türü olmasıdır. Taksirin haksızlık içerisindeki fonksiyonu, objektif özen yükümlülüğü getiren davranış normunun ihlal edilmiş olması ve neticenin objektif olarak öngörülebilir ve kaçınılabılır olmasıdır. Bu değerlendirme, objektif olarak (makul bir kimse esas alınarak) yapılır. Fakat salt objektif özen yükümlülüğüne aykırılık ve neticenin objektif olarak öngörülebilir ve kaçınılabılır olması failin sorumlu olması için yeterli değildir. Öyle olsa idi, kusur ilkesi ile açıkça çelişen objektif sorumluluk esası kabul edilmiş olurdu. Bu yüzden failin haksızlığı dolayısıyla sorumlu olabilmesi için failin sübjektif durumu da dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır ve bu değerlendirme kusurla ilgilidir.

kişisel özellikleri taksirli haksızlığın varlığı bakımından önemli değildir; “failin yerinde makul bir kimse olsaydı özen yükümlülüğünü yerine getirebilirdi” denebilen durumlarda (objektif ölçüt), taksirli haksızlık oluşur.⁶⁴¹ Özen yükümlülüğünün kişisel özellikleri dolayısıyla failin bizatihi kendisi tarafından yerine getirilebilir olması (sübjektif ölçüt), taksirli haksızlığın kusur unsuru ile ilgilidir.⁶⁴² Örneğin, akıl hastası (A), hayalet maskesi takarak yol kenarındaki bir parkta oyun oynayan çocukları korkutmak ister. Maskeden korkarak kaçan çocuklardan birine araba çarpar ve çocuk hayatını kaybeder. Örnekteki akıl hastası, çocuğa aracın çarpacağını öngörmemiştir. Örnekte objektif ölçüt esas alınacak olursa, netice öngörülebilir olduğundan haksızlık akıl hastasına isnat edilebilir. Sübjektif ölçüt esas alınırsa, neticenin akıl hastası bakımından öngörülebilir olup olmadığı değerlendirilir; akıl hastasının hastalığı dolayısıyla neticeyi öngörmesi mümkün değilse, akıl hastasının fiili haksızlık teşkil etmez. İki aşamalı değerlendirme ölçütü esas alınırsa, akıl hastasının fiili taksirle öldürmedir. Akıl hastasının kişisel durumu cezalandırılabilir fiilin kusur unsuru ile ilgilidir. 5237 sayılı TCK’nın taksiri düzenleyen gerekçesi de bu görüşle doğrudan örtüşmektedir:

Dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilir. Nitekim toplum hâlinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranmalarıyla ilgili kurallar konmaktadır. İnşaat faaliyeti, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir.

Taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak varolan dikkat, özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır.

⁶⁴¹ Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatiği*, 46; Hilgendorf, Valerius, *Alman Ceza Hukuku*, 320.

⁶⁴² Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatiği*, 172; Hilgendorf, Valerius, *Alman Ceza Hukuku*, 328; Heinrich, *Genel Kısım 2*, 94.

Sonuç olarak, kanaatimizce, hatanın kaçınılabılır olup olmadığında hem objektif ölçüt hem de sübjektif ölçüt dikkate alınmalıdır. Cezalandırılabilir fiilin parçalı yapısına uygun olan, sübjektif ölçütün kusur; objektif ölçütün ise, haksızlık değerlendirmesinde dikkate alınmasıdır. Yukarıda verilen biyoloji bölümünde okuyan garson örneğinde olduğu gibi failin kendi standartı, soyut *makul kişi standartının* üstündeysen, *makul kişi standartında* failin objektif özelliği dikkate alınmalıdır; biyoloji bölümünde okuyan garson örneğinde, *makul kişi standartını*; “*makul bir garson*” şeklinde değil, “*biyoloji bölümünde okuyan makul bir garson*” şeklinde anlamak gerekir.⁶⁴³

3. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Kaçınılmaz Hata

Kaçınılmaz hata kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunu bir üst başlıkta ele aldık. Bu başlıkta “*hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada kaçınılmaz hatadan neyi anlamak gerekir*” sorusuna yanıt arayacağız.

Bu soruya verilecek yanıt, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hukuki niteliği konusunda ileri sürülen görüşlere göre farklılaşmaktadır. Örneğin, hem taksirin çifte fonksiyonu olduğu hem de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın haksızlığın sübjektif unsuru olan kastı engellediği kabul edilirse⁶⁴⁴ ikili bir ayırım yapmak gerekir:

(1) Fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse, hatanın kaçınılabılır olup olmaması hakkında bir değerlendirme yapmaya gerek yoktur. Hatanın varlığını tespit etmek yeterlidir. Hata, her ihtimalde kastı engeller; fiil, suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmez.

(2) Fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse, hatanın kaçınılabılır olup olmaması önemlidir. Bu ihtimalde, yukarıda ayrıntılı olarak üzerinde durduğumuz üzere, hatanın kaçınılabılır olup olmadığı tespit edilirken hem objektif hem de sübjektif ölçütler uygulanmalıdır.

⁶⁴³ Alman hukukunda da hâkim görüş bu yöndedir. Hörnle, “Social Expectations”, 10; Hilgendorf, Valerius, *Alman Ceza Hukuku*, 324; Heinrich, *Genel Kısım 2*, 102.

⁶⁴⁴ Türk hukukunda bu görüşü Koca/Üzülmüş savunmaktadır. Yazarlara göre, taksirin çifte fonksiyonu vardır. Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 193-194. Koca/Üzülmüş’e göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığın sübjektif unsuru olan kastı engeller. Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 301.

Biz, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın kusuru etkilediğini ileri süren Katı Kusur Teorisini kabul ediyoruz. Bize göre, hata kusuru etkilediği için hatanın kaçınılabilir olup olmadığı değerlendirilirken subjektif ölçüt; yani içinde bulunduğu koşullar itibarıyla failin bizatihi kendi kapasitesi esas alınmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığı etkilemediği için hatanın kaçınılabilir olup olmadığı değerlendirilirken objektif ölçüt nazara alınmaz. Dolayısıyla bizim kabul ettiğimiz görüş açısından hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada “kaçınılabilir hata” teriminin yerine, “kusurlu hata” terimi de kullanılabilir. Bu noktada yanıtlanması gereken soru; hangi koşullarda hatanın fail bakımından kaçınılabilir (kusurlu) olduğudur.

Hatanın hangi koşullar altında kusurlu olduğu sorusuna yanıt vermek üzere ileri sürülen görüşler, İz Sürme Teorisi ve İsnadiyet Teorisi olarak adlandırılan iki teori altında kümeleşmektedir.⁶⁴⁵

a. İz Sürme Teorisi

İz Sürme Teorisine göre her kusurlu davranış başka bir kusurlu davranıştan türer.⁶⁴⁶ Hataya düşen failin fiili dolayısıyla kusurlu olmasının nedeni, hatanın kendisinin de kusurlu olmasıdır. Hatanın kusurlu olmasının nedeni ise failin hataya düşmemek için gerekli dikkat ve özeni göstermemesidir; failin dikkatsiz ve özensiz olmasının nedeni ise başka bir kusurlu davranıştır. Anlaşılacağı üzere, İz Sürme Teorisi kusurlu davranışların birbirlerine bir zincirin halkası gibi bağlı olduğunu ileri sürmektedir. İz Sürme Teorisi, bu zincirin halkalarından birinde failin akryasya (farklı şekilde davranması gerektiğini bilmesine rağmen o şekilde davranmama) ile hareket ettiğini ve birbirinden türeyen kusurların kaynağının bu halkada olduğunu ileri

⁶⁴⁵ Holly M. Smith, “Non-Tracing Cases of Culpable Ignorance”, *Criminal Law and Philosophy*, 5 (2011): 118. Husak ise bahse konu görüşleri “Nedene Duyarlı Teoriler (Reason-Responsiveness Theories)” ve “Zihniyet Niteliği Teorileri (Quality of Wills Theories)” şeklinde ikiye ayırmaktadır. Husak, *Mistake of Law*, 147.

⁶⁴⁶ Zimmerman, “Moral Responsibility”, 418; Rosen, “Scepticism”, 307

sürmektedir; işte izi sürülen kusur, akrasyanın olduğu bu andadır.⁶⁴⁷ Önergelerle ifade etmek gerekirse;

1) (A), X^1 dolayısıyla kusurludur; eğer;

- X^1 'in haksız olduğunu biliyorsa ya da

- X^1 'in haksız olduğunu bilmemesi kusurluysa,

2) (A), X^1 'in haksızlık teşkil ettiğini bilmemesi kusurludur; eğer;

- X^1 'in haksız olduğunu X^2 yüzünden bilmiyorsa ve X^2 dolayısıyla kusurluysa,

3) (A), X^2 dolayısıyla kusurludur; eğer;

- X^2 'den kaçınması gerektiğini biliyorsa ya da

- X^2 'den kaçınması gerektiğini bilmemesi kusurluysa,

....

Bu zincir, (A)'nın farklı şekilde davranması gerektiğini bildiği bir anın (akrasya) tespitine kadar devam eder; bilişsel nedensellik serisinde akrasyanın izine rastlanmıyorsa fail kusurlu değildir.

İz Sürme Teorisi, net bir kriter ortaya koyduğu için teorik olarak kaçınılabılır hata konusunda cazip olmakla birlikte günlük hayattaki ve hukuk pratiğindeki kusur anlayışı ile örtüşmemektedir.⁶⁴⁸ Örneğin, bir spor salonunda tanışan aşırı şişman adamla sıksa yaşlı kadın bir otel odasında cinsel ilişkiye girerler. Kadın sıksa ve yaşlı, adam ise aşırı kilolu olduğu için birliktelik esnasında kadının kaburgaları kırılır ve çığlık atar. Kilolu erkek kadının ilişkiden haz aldığı için çığlık attığını ve ilişkinin rıza dâhilinde olduğunu zanneder, kadın hayatını kaybeder. Örnekte, failin aktüel olarak farklı şekilde davranması gerektiğine inandığı bir an olmadığı için akrasya yoktur; dolayısıyla İz Sürme Teorisine göre bu örnekteki fail hataya düşmekte kusurlu değildir.

⁶⁴⁷ Zimmerman, *Living with Uncertainty*, 176; Rosen, "Scepticism", 299; Randolph Clarke, "Ignorance, Revision and Commonsense", in *Responsibility: The Epistemic Condition*, eds. Philip Robichaud and Jan Willem Wieland (Oxford: Oxford University Press, 2017), 235.

⁶⁴⁸ Wieland, "Introduction: The Epistemic Condition", 14; FitzPatrick, "Moral Responsibility", 590; Rik Peels, "Tracing Culpable Ignorance", *Logos and Episteme*, 4 (2011): 576; Sher, *Who Knew?*, 26-27.

Teoriyi savunan yazarlar da İz Sürme Teorisinin hukuk ve ahlak pratiği ile uyumlu olmadığını, İz Sürme Teorisine göre süjenin kusurlu olmadığı birçok durumda hem ahlaka hem de hukuka göre sorumlu tutulduğunu kabul etmektedir.⁶⁴⁹ Yazarlara göre, bu tür durumlarda failin sorumlu tutulması özgür irade postülasına dayanan kusur ilkesine aykırılık teşkil eder; failin fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmemesine rağmen sorumlu olması halinde objektif bir sorumluluğun söz konusu olduğunu gösterir. İz Sürme Teorisi, insanın nedenlere duyarlı (reason-responsiveness) doğasını esas alan geleneksel kusur anlayışını katı bir şekilde savunmaktadır; süje ancak özgür iradesiyle yaptığı özgür seçimleri dolayısıyla sorumlu tutulabilir. Nedensellik zincirinde failin akrasya ile hareket ettiği bir an olmamasına rağmen fail sorumlu tutuluyorsa özgür irade postülasına dayanan kusur ilkesinden vazgeçmek gerekir; vazgeçilmiyorsa akrasyanın olmadığı durumlarda failin sorumlu olmaması gerekir. Kusurun hem özgür irade postülası ile temellendirilmesi hem de akrasyanın olmadığı durumlarda da failin sorumlu tutulması çelişkilidir; ikisinden birinden vazgeçmek gerekir.

b. İsnadiyet Teorisi

Detaylarda farklılık olsa da bu görüşü savunan yazarların ortak noktası, akrasyaya dayalı kusur anlayışını red etmeleridir; failin kusurlu olması için mutlaka akrasya ile hareket ettiği bir anın varlığı gerekmez.⁶⁵⁰ Akrasya olmasa da, fail kusurlu olabilir. Failin bu tür durumlarda kusurlu olmasının nedeni, haksızlığa vücut veren maddi ve normatif gerçekliğe yeterince duyarlı olmamasıdır.⁶⁵¹

⁶⁴⁹ Neil Levy, *Hard Luck: How Luck Undermines Free Will and Moral Responsibility* (New York: Oxford University Press, 2011), 131; Zimmerman, “Moral Responsibility”, 411; Rosen, “Scepticism”, 308 vd.

⁶⁵⁰ Talbert, “Akrasia, Awareness, and Blameworthiness”, in *Responsibility: The Epistemic Condition*, eds. Philip Robichaud and Jan Willem Wieland (Oxford: Oxford University Press, 2017), 48; Elizabeth Harman, “Does Moral Ignorance Exculpate?”, *Ratio*, 24/4 (2011): 459; Noam Arpaly, *Unprincipled Virtue: An Inquiry into Moral Agency* (Oxford: Oxford University Press, 2003), 103; Elinor Mason, “Moral ignorance and blameworthiness”, *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, 172/11 (2015): 3049; Angela M. Smith, “Responsibility For Attitudes: Activity And Passivity in Mental Life”, *Ethics*, 115/2 (2005): 250-251. Thomas M. Scanlon, *What We Owe to Each Other* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1998), 268–269.

⁶⁵¹ Antony R. Duff, *Intention, Agency And Criminal Liability* (Oxford: Blackwell, 1990), 163; Harman, “Does Moral Ignorance, 460; Gideon Yaffe, “Is Akrasia Necessary for Culpability? On Douglas Husak’s Ignorance of Law”, *Criminal Law and Philosophy*, 12/2 (2017): 347.

İz Sürme Teorisinin güçlü yönü, kusurlu hatada net bir kriter ortaya koymasındır. İsnadiyet Teorisi de failin akrasya ile hareket ettiği durumlarda kusurlu olduğunu kabul etmektedir. İsnadiyet Teorisinin İz Sürme Teorisinden farkı, kusur isnadını genişletmesi dolayısıyla, yukarıda verilen *şişman adam örneğinde* olduğu gibi failin akrasya ile hareket etmediği durumlarda da faile kusur isnadının mümkün olduğunu ileri sürmesidir. İsnadiyet Teorisi, hukuk ve ahlak pratiğine daha uygun olmakla birlikte kusurlu hata konusunda net bir kriter ortaya koymamaktadır; bu yüzden kusurlu hatadan ne anlaşılması gerektiği konusu İsnadiyet Teorisini kabul eden yazarlar arasında tartışmalıdır.

Clarke'ye göre, hatada faile kusur isnad edilmesinin yani hatanın kaçınılabilir olmasının nedeni, failin psikolojik kapasitesini kullanamamasıdır.⁶⁵² İnsan davranışının arkasında algılananı anlamlandırma, dikkat verme, şüphe etme, muhakeme etme ve belli şekilde davranma ya da davranmamaya karar verme gibi birçok psikolojik gerçeklik vardır; ayrıca bunların yanında hatırlama, belli zamanda belli şekilde düşünme gibi bilinçli olmayan psikolojik gerçekliklerimiz de vardır; bilinçli olsun ya da olmasın psikolojik gerçekliklerimiz bize özgü zihinsel becerilerimizdir; bu becerileri kullanmadaki başarısızlığımız dolayısıyla hatırlayabileceğimizi hatırlamamış, dikkatimizi verebileceğimize dikkatimizi verememiş ya da fark edebileceğimizi fark edememiş olabiliriz; bilmemenin kusurlu olmasının nedeni, bu bilişsel becerileri kullanmadaki başarısızlıktır.⁶⁵³ Bilişsel kapasitenin kişiden kişiye değişkenlik gösterebileceğini belirten *Clarke*'a göre, faile yönelen haksızlıktan kaçınma –ve dolayısıyla haksızlıktan kaçınma için haksızlığı bilme- beklentisi, kişiden kişiye değişkenlik gösterir.⁶⁵⁴ Süjenin içinde bulunduğu koşullar da süjenin bilişsel kapasitesinin olaydan olaya değişkenlik göstermesine neden olabilir; örneğin, failin ıhlali yaptığını bilmemesi ve kazaya neden olmasının nedeni ilk kez yaşadığı kalp krizi olabilir.⁶⁵⁵ Fail; farkına varma, dikkatini verme, muhakeme etme gibi bilişsel becerilerini kullanarak gerçeği bilebilecekse ve failin bu kapasitesi için de bulunan

⁶⁵² Clarke, “Ignorance, Revision”, 242.

⁶⁵³ Clarke, “Ignorance, Revision”, 242.

⁶⁵⁴ Clarke, “Ignorance, Revision”, 242.

⁶⁵⁵ Clarke, “Ignorance, Revision”, 242.

koşullar dolayısıyla bilmesini engelleyecek şekilde ortadan kalkmadı veyahut sınırlanmadıysa faile kusur isnat edilebilir.⁶⁵⁶

Fitzpatrick'e göre, hatanın kusurlu olmasının nedeni, failin hukuki ya da maddi gerçekliği bilebilecek kapasitesi ve imkânı bulunmasına rağmen, “*ön yargılı olma, kendini beğenme, tembellik, meraklı olmama, hoşgörüsüzlük, duyarsızlık gibi*” bilişsel kusurları (*epistemic vices*) dolayısıyla haksızlığı gerçekleştirmesidir.⁶⁵⁷ Failin kusurluluğu hakkındaki değerlendirmeyi fiil anına özgülemeyen *Fitzpatrick*'e göre, hukuki ve maddi gerçekliği bilebilecek imkânları ve kabiliyeti varsa faile yönelen hukuki ve maddi gerçekliği bilme beklentisi makûldür. *Fitzpatrick*'e göre, failin fiil anındaki bilişsel durumu o ana kadarki tecrübelerin ve failin bilişsel kapasitesinin bir sonucudur; bu yüzden fail hakkında yapılan kusurluluk değerlendirmesi failin yaşamından soyutlanamaz.⁶⁵⁸ Sonuç olarak *Fitzpatrick*'e göre, (1) failin eğitimi, ailevi koşulları, kültürü gibi içinde bulunduğu sosyal koşullar failin gerçeği bilmesini imkânsız kılmıyorsa ya da söz konusu nedenler faile yönelen gerçeği bilme beklentisini ortadan kaldıracak kadar failin gerçeği bilme imkânını zorlaştırmıyorsa; (2) fail gerçeği, önyargılı olması, duyarsız olması, dikkatsiz olması, tembel olması, unutkan olması, hoşgörüsüz olması gibi bilişsel kusurları dolayısıyla bilmiyorsa; bilmeme kusurludur.

İsnadiyet Teorisinin psikolojik bir temele oturtulabileceğini ileri süren *Smith*'e göre süjenin, örneğin, bir eşyayı alma ya da ateş etmede olduğu gibi belli şekilde hareket etmeye karar verme ve o şekilde davranma süreci ile kıskançlık, tembellik, korkaklık gibi tutumları ve bu tutumların sonucu olarak ortaya çıkan unutma, dikkat etmeme gibi istemsiz tepki süreci birbirine paralel olan iki psikolojik süreçtir; ilk psikolojik süreç ne kadar süjeye aitse, ikincisi de o kadar süjeye aittir; ilki dolayısıyla süje nasıl sorumlu tutuluyorsa, ikinci için de aynı şekilde sorumlu tutulabilir.⁶⁵⁹

⁶⁵⁶ Clarke, “Ignorance, Revision”, 244.

⁶⁵⁷ FitzPatrick, “Moral Responsibility and Normative Ignorance,” 609.

⁶⁵⁸ FitzPatrick, “Moral Responsibility and Normative Ignorance,” 605.

⁶⁵⁹ Smith, “Non-Tracing Cases”, 122.

c. Değerlendirme ve Kanaat

Fail, fiilin haksızlık teşkil ettiğini biliyorsa ve haksızlıktan kaçınacak yetenek ve koşullara sahip olmasına rağmen fiili gerçekleştirdiyse “doğrudan kusurlu” (*original blameworthiness*)’dur.⁶⁶⁰ Fail, hukuki ya da maddi gerçekliği bilmediği için fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmiyorsa failin fiili dolayısıyla sorumlu olabilmesi için bilmemenin kendisinin de kusurlu olması gerekir. Bu tür durumlarda fail, doğrudan değil, “dolayısıyla kusurlu” (*derivative blameworthiness*)’dur.⁶⁶¹ Kusur, dolayısıyladır; çünkü fiile ilişkin kusur, bilmemedeki kusurdan türemektedir. Hatanın kusurlu olmaması durumunda failin fiili dolayısıyla sorumlu olmaması, -örneğin hastaya yaptığı iğneye hemşirenin zehirli bir madde koyduğunu bilmeyen doktorun fiili dolayısıyla sorumlu olmaması- fiile ilişkin sorumluluğun hataya düşmekteki kusurdan türediğini gösterir. Hataya düşmekteki kusursuzluğun sorumluluğa tesiri kısmi değil, tamdır; bilmeme kusurlu değilse, kusur azalmaz; ortadan kalkar.⁶⁶²

Yapma ya da yapmama şeklinde bir yükümlülük ihlali yoksa haksızlıktan haksızlık yoksa kusurluluktan söz edilemez. Dolayısıyla kusurdan söz edilebilmesi için bir yükümlülüğün ihlal edilmesi gerekir. Bu yüzden hatanın kusurlu (kaçınılabilir) olabilmesi için failin bir yükümlülüğü ihlal etmesi zorunludur.⁶⁶³ Failin haksızlıktan kaçınılabilmesi için fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmesi gerekir. Bu yüzden kusurlu

⁶⁶⁰ Rosen, “Scepticism”, 299; Harman, “Does Moral Ignorance”, 446; Maria Alvarez and Clayton Littlejohn, “When Ignorance is No Excuse” in *Responsibility: The Epistemic Condition*, eds. Philip Robichaud and Jan Willem Wieland (Oxford: Oxford University Press, 2017), 74.

⁶⁶¹ William J. FitzPatrick, “Unwitting Wrongdoing, Reasonable Expectations, and Blameworthiness”, in *Responsibility: The Epistemic Condition*, eds. Philip Robichaud and Jan Willem Wieland (Oxford: Oxford University Press, 2017), 29; Zimmerman, “Moral Responsibility”, 411; Gideon Rosen, Culpability and Ignorance, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 103/1 (2003): 64; Alexander A. Guerrero, “Don’t Know, Don’t Kill: Moral Ignorance, Culpability, and Caution”, *Philosophical Studies*, 136/1 (2007): 59; Wieland, “Introduction: The Epistemic Condition”, 3; Joseph Raz, “Responsibility and the Negligence Standard”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 30/1 (2010): 14; Daniel J. Miller, “Reasonable Foreseeability and Blameless Ignorance”, *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic*, 174/6 (2017): 1563; Seth Shabo, “More Trouble with Tracing”, *Erkenntnis*, 80/5 (2015): 987-988.

⁶⁶² Wieland, “Introduction: The Epistemic Condition”, 10.

⁶⁶³ Guerrero, “Don’t Know”, 65; Rosen, “Culpability and Ignorance”, 63; Rik Peels, “What Kind Of Ignorance Excuses? Two Neglected Issues”, *The Philosophical Quarterly*, 64/256 (2004): 482.

hatada ihlal edilen yükümlülük haksızlığı bilme yükümlülüğüdür. Fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilme yükümlülüğü, haksızlıktan kaçınma yükümlülüğünden türemektedir.⁶⁶⁴

Anlaşılabacağı üzere, failin fiile ilişkin kusuru hataya düşmekteki kusurundan türemekte iken; hataya düşmeme yükümlülüğü, haksızlık teşkil eden fiilden kaçınma yükümlülüğünden türemektedir. Kusurdaki türeme bilmemeden fiile doğru iken yükümlülükteki türeme fiilden bilmemeye doğrudur.

Kusurlu hataya vücut veren bilişsel yükümlülük, “sanısal istençsizlik” (*doxastic involuntarism*) kuralı dolayısıyla, “her durumda bilme yükümlülüğü” şeklinde anlaşılmamalıdır. Yani gerçeği bilmeme her durumda failin kusurlu olduğunu göstermez. Kusurlu hataya vücut veren bilişsel yükümlülüğün salt bilme yükümlülüğü olarak anlaşılması kusur ilkesi ile çelişir. Fail, gerçeği bilme yükümlülüğünü yerine getirmediği için kusurlu oluyorsa fail gerekli dikkat ve özeni gösterse dahi gerçeği bilmediğinde yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır; daha açık bir ifadeyle her ihtimalde hata kusurlu olacaktır (objektif sorumluluk).⁶⁶⁵

Sanısal istençsizlik kuralına göre, insanlar inanışlarını doğrudan kontrol edemezler.⁶⁶⁶ İnsanlar yanlış olduğunu bildikleri şeyin doğru olduğuna inanamazlar. Süje bir önermenin yanlış olduğunu biliyorsa, zaten o önermenin yanlış olduğuna inanır. Örneğin, (A), (B)’nin kendisine saldırmadığını biliyorsa, inanışını kontrol ederek kendisini (B)’nin kendisine saldırdığına inandıramaz; inandırmışsa zaten artık (B)’nin kendisine saldırmadığını bilmiyordur. İnanışlar üzerindeki kontrol, dolaylıdır.⁶⁶⁷ Örneğin, şüphe durumunda bir inanış yoktur; süjenin aklında en az iki önerme vardır. Süje, araştırma yaparak, muhakeme ederek, bu önermelerden birinin doğru olduğuna inandığında artık bir inanıştan söz edilebilir.

⁶⁶⁴ Holly Smith, “The Subjective Moral Duty to Inform Oneself before Acting”, *Ethics*, 125/1 (2014): 20, Wieland, “Introduction: The Epistemic Condition”, 10.

⁶⁶⁵ Elinor Mason, “Moral ignorance and Blameworthiness”, *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, 172/11 (2015): 3040-3041.

⁶⁶⁶ William P. Alston, *Epistemic Justification: Essays In The Theory of Knowledge* (Ithaca: Cornell University Press, 1989), 122; Peels, “Response to Critics”, 636; Hartford, “Moral and Factual”, 1089; West, “Doxastic Involuntarism”, 37.

⁶⁶⁷ Alston, *Epistemic Justification*, 119 vd.; Lindsay Rettler, “Faith, Belief, And Control”, *American Philosophical Quarterly*, 55/ 1 (2018): 103; Amy K. Flowerree, “Agency of Belief and Intention”, *Synthese*, 194/8 (2017): 2767.

Belirtilen nedenlerle, kusurlu hataya vücut veren bilişsel yükümlülüğü, gerçeği bilmek için gerekli dikkat ve özeni gösterme yükümlülüğü olarak anlamak gerekir. Gerçeği bilmek failin yükümlülüğü değil, amacı olmalıdır. Fail bu amacını gerçekleştirmek için yani hataya düşmemek için gerekli tedbirleri almalı; özenli ve dikkatli olmalıdır. Bu yükümlülük Anglo-Amerikan öğretisinde “prosedürel bilişsel yükümlülük” (*procedural epistemic obligation*)⁶⁶⁸ olarak adlandırılmaktadır.⁶⁶⁹

Fail, gerekli dikkat ve özeni göstermediği için gerçeği bilmiyorsa, hata kaçınılabilir/kusurludur. Dikkat ve özen yükümlülüğünün ölçüsü ise objektif (standart makul kişi) olabileceği gibi sübjektif (makul fail) de olabilir. Yukarıda izah ettiğimiz üzere objektif ölçüt cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsurunda; sübjektif ölçüt ise cezalandırılabilir fiilin kusur unsurunda dikkate alınmalıdır. Biz, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın kusuru etkilediğini ileri süren görüşü (Katı Kusur Teorisi) kabul ettiğimiz için bu tür bir hatada sübjektif ölçütün yani içinde bulunduğu koşullar itibarıyla failin bizatihi kendi kapasitesinin esas alınması gerektiğini düşünüyoruz.

Fail, içinde bulunduğu koşullar itibarıyla kendi kapasitesi ölçüsünde gerekli özen ve dikkati göstermediği için gerçeği bilmiyorsa kusurludur. Bu noktada yanıtlanması gereken diğer bir soru şudur: Faile kusur isnad edilebilmesi için bilmemeyi sonuçlayan dikkat ve özen yükümlülüğü ihlalinin bilinçli olup olmaması gerekli midir?

Bu soruya literatürde farklı yanıtlar verilmektedir. Bir görüşe göre fail dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini biliyorsa ya da en azından şüphe içerisinde ise kusurludur (İz Sürme Teorisi); diğer bir görüşe göre fail dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ettiği konusunda hiçbir fikri olmasa bile sorumlu olabilir (İsnadiyet Teorisi).

⁶⁶⁸ Prosedür, belli bir amaca ulaşmak için başvuru yöntem anlamına gelmektedir; dolayısıyla terimde yer verilen “prosedür” kelimesi, failin gerçeği bilmek için göstermesi gereken dikkat ve özeni ifade etmektedir.

⁶⁶⁹ Bu terimi ilk kullanan yazar, Rosen’dir: “Zarara yol açabilecek durumlardan kaçınmak için örneğin araç kullanırken yola odaklanmak, tehlikeli maddelerin üzerine uyarıcı notlar bırakmak gibi, belirli önlemleri almamız gerekir; bunlar hepimiz için geçerli olan prosedürel epistemik yükümlülüklerdir. Prosedürel epistemik yükümlülük, bilme yükümlülüğü değildir; prosedürel epistemik yükümlülük gerekli önlemleri alarak, belirli bir şekilde davranmanın gerektiği an geldiğinde bilinmesi gerekeni bilmektir”. Rosen, “Skepticism”, 301.

Bir teorinin gücü yeterince kapsayıcı ve yeterince dışlayıcı olmasındadır. İz Sürme Teorisi yeterince dışlayıcı olmakla birlikte, akrasyanın olmadığı durumlarda kusuru temellendiremediği için yeterince kapsayıcı değildir.⁶⁷⁰ İsnadiyet Teorisi ise tam tersine yeterince kapsayıcı olmakla birlikte yeterince dışlayıcı değildir, çünkü İsnadiyet Teorisine göre failin hangi koşul ya da koşullarda kusurlu olduğu İz Sürme Teorisinde olduğu gibi net değildir.

Türk öğretisinde, *Erman* ve *Göktürk*, “kaçınılmaz hata” kavramı ile ilgili en kapsamlı çalışmaları yapan yazarlardır. Yazarlar, açıkça ifade etmeseler de açıklamalarından *Erman*’ın İz Sürme Teorisini, *Göktürk*’ün ise İsnadiyet Teorisini kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Erman (2006)’a göre, fail fiilinin haksızlık teşkil ettiği konusunda şüpheye düşmüş olmasına yani ortada kaçınılması gereken bir davranış olabileceğini bilmesine rağmen aksi şekilde davranmamışsa kusurludur:

Bir hukuksal değere müdahale ettiğinin farkında olmayan, (...) kişi, yaptığı eylemin haksızlık oluşturduğuna yönelik bir şüpheye de kapılmış değilse, kaçınılmaz bir yasak yanılışına düşmüş kabul edilecektir. (s.243)

Faile kusur isnad edilebilmesi için failin en azından şüpheye düşmüş olması gerektiğini ileri süren *Erman*, iki durumda fail şüpheye düşmemiş olsa dahi hatanın kusurlu olacağını ileri sürmektedir. Bu iki istisnai durum dolayısıyla *Erman* (2006)’ın İz Sürme Teorisinden uzaklaştığı düşünülebilir. Ancak yazarın “*bir hukuksal değere müdahale bilinci*” ve “*kendine özgü hukuksal normlarla düzenlenmiş bir alanda bulunma*” şeklinde başlıklandığı bu iki nedene ilişkin olarak yaptığı açıklamalarda ve verdiği örneklerde kusurlu hata bakımından yine *akrasyanın* varlığını aradığı görülmektedir:

Kendine özgü hukuksal normlarla düzenlenmiş bir alanda hareket eden, özellikle de tehlikeli bir faaliyet gösteren kimselerin, bu özel hukuksal alana ilişkin normları öğrenerek faaliyetlerini bu çerçevede sürdürmeleri gerekmektedir. İşte içinde bulunduğu faaliyet alanını düzenleyen özel normlar

⁶⁷⁰ Peels, “Tracing Culpable Ignorance”, 581–582; Guerrero, “Don’t Know”, 78.

bulunduğunu bilen ve fakat bu normları araştırmayan kimselerin, kural olarak kaçınılabilir bir yanlış içinde bulunduğu genel olarak kabul edilmektedir. (s.246)

Erman, özel bir normun varlığını bilmesine rağmen bu norm hakkında bilgi edinmeyen failin hataya düşmekte kusurlu olduğunu ileri sürmektedir. Özel bir normun varlığını bilmek, o norm hakkında bilgi edinmek gerektiğini de bilmektir. Fail, hakkında bilgi edinmesi gerektiğini bildiği normu öğrenmekten imtina ediyorsa gerçeği bilme yükümlülüğünü bilerek ihlal ediyor demektir (akrasya).⁶⁷¹ Erman (2006), “bir hukuksal değere müdahale bilinci” olarak nitelediği ikinci istisnaya ilişkin olarak ise şu açıklamayı yapmaktadır:

Bir hukuksal değeri ihlal ettiğini bilen kişiden, bu hukuksal değer in ceza hukuku aracılığı ile de korunup korunmadığını araştırması beklenebilecektir. (...) Hukuksal değere müdahale bilincini bir örnekle açıklayacak olursak; hesabına ‘kredi ödemesi’ açıklaması ile hayli yüklü bir miktar para yatırıldığını gören, bunun başka birine ait olması gerektiğini düşünmesine karşın asıl sahibini bulma girişiminde bulunmadan parayı elinde tutan ve kullanan bir kimseyi düşünelim. Kendisine sorulduğunda ‘yaptığının suç olduğunu bilmiyordum, en fazlası tazminat ederim diye düşündüm’ diye yanıtlayan bu kimse, yaptığı eylemin kamu hukuku yaptırımına tabi olduğunu bilmediği için haksızlık bilinci bulunmamaktadır. Hatta böyle bir olasılığı ciddiye dahi almamış olduğuna göre, olası haksızlık bilincinden de söz etmeye imkan yoktur. Bununla birlikte, paranın başka bir kişiye ait olması gerektiğini düşündüğüne, yani başka bir kişinin korunan bir hukuksal değerine müdahale ettiğinin bilincinde olduğuna göre, parayı elinde tutmaya karar vermeden önce bu davranışının ceza hukuku anlamında haksızlık oluşturup oluşturmadığını araştırma yükümlülüğü altındadır. (s.245)

Örnekte, fail en kötü ihtimalde tazminat ödemek zorunda kalacağı bir haksızlık gerçekleştirdiğini bilmektedir (akrasya). Biz, haksızlık bilincini “davranışın hukuka

⁶⁷¹ Bkz. Wieland, “Introduction: The Epistemic Condition”, 6; Matt King, “Tracing the Epistemic Condition”, in *Responsibility: The Epistemic Condition*, eds. Philip Robichaud and Jan Willem Wieland (Oxford: Oxford University Press, 2017), 271; Jan Willem Wieland and Philip Robichaud, “Blame Transfer”, in *Responsibility: The Epistemic Condition*, eds. Philip Robichaud and Jan Willem Wieland (Oxford: Oxford University Press, 2017), 281.

aykırı olduğunu bilme” şeklinde tanımladığımız için örnekteki failde haksızlık bilinci vardır; yani fail doğrudan kusurludur; bu ihtimalde kusurun izinin sürülmesine gerek yoktur.

İz Sürme Teorisinin, aksini savunan görüşler İsnadiyet Teorisi başlığı altında tasnif edilmektedir. İsnadiyet Teorisine taraftar olan *Göktürk*’e göre, kaçınılabılır hatanın üç unsuru vardır: (1) Failin davranışının hukuka aykırı olduğunu idrak edebilme imkânı olmalıdır. (2) Somut olayda faile davranışının hukuka aykırı olduğunu gösterir bir vesile olmalıdır. (3) Failin davranışının hukuka aykırılığını idrak edebilmesi içinde bulunduğu koşullar itibarıyla failden makul olarak beklenebilmelidir.⁶⁷² Türetilmiş bir kusur anlayışı ile haksızlık hatasında hatanın kaçınılabilirliğini temellendiren *Göktürk*’e göre, haksızlıktan kaçınma yükümlülüğü faile davranışının hukuka uygun olup olmadığı konusunda kendisini bilgilendirme yükümlülüğü getirir; yani haksızlık hatasında kusur, haksızlıktan kaçınma yükümlülüğünden türer.⁶⁷³ Fail kendisini bilgilendirme yükümlülüğünü gerekli dikkat ve özeni göstermediği için ihlal ederse hata da kusurlu olur. *Göktürk*’e göre, kaçınılabılır hatada dikkat ve özen yükümlülüğünün ölçüsü, objektif makul kişi değil, failin bizatihi kendisidir. Hâkim, hatanın kaçınılabılır olup olmadığını değerlendirirken; failin içinde bulunduğu koşulları, eğitimi, sosyal çevresini, mesleğini vs. dikkate alacak ve kendisini failin yerine koyarak hatanın kaçınılabılır olup olmadığını değerlendirecektir.⁶⁷⁴

Göktürk’ü *Erman*’dan (ve dolayısıyla İz Sürme Teorisinden) keskin bir şekilde ayıran husus, *Göktürk*’e göre, failin davranışının hukuka aykırılığı üzerinde hiç düşünmemiş yani şüpheye düşmemiş olduğu durumlarda dahi faile kusur isnad edilebilmesidir. Fail içinde bulunduğu koşullar itibarıyla gerçeği bilebilecek kapasiteye sahip olmasına rağmen gerçeği bilmiyorsa hata kaçınılabilirdir (kusurludur).⁶⁷⁵

Biz de *Göktürk*’e katılmaktayız. İz Sürme Teorisi, failin farklı şekilde davranması gerektiğini bilmesine ya da en azından şüpheye düşmesine rağmen o şekilde davranmadığı (akrasya) bir anın izini sürdüğü için hukuk ve ahlak pratiğinin gerçekliği

⁶⁷² *Göktürk, Haksızlık Yanılgısının*, 149-150.

⁶⁷³ *Göktürk, Haksızlık Yanılgısının*, 144.

⁶⁷⁴ *Göktürk, Haksızlık Yanılgısının*, 149.

⁶⁷⁵ *Göktürk, Haksızlık Yanılgısının*, 154-156.

ile bağdaşmamaktadır. İz Sürme Teorisini kabul eden yazarlar, ahlaki sezgilerimizle en uyumlu kusur teorisi olan Seçim Teorisini katı bir şekilde savunmaktadırlar. Seçim Teorisine göre kusur, özgür irade ile yapılan özgür seçime dayanır.⁶⁷⁶ İz Sürme Teorisi taraftarlarına göre, haksızlık hatasında failin *akrasya* ile *prosedürel epistemik yükümlülüğünü* ihlal ettiği bir an yoksa fail sorumlu olmamalıdır. İz Sürme Teorisi taraftarlarına göre hem kusuru failin özgür iradesi ile yaptığı özgür seçim olarak temellendirip hem de haksızlığı bilmemesine rağmen faili haksızlık dolayısıyla sorumlu tutmak çelişkilidir.

Kanaatimizce, İz Sürme Teorisi, iradi olarak alınan uyuşturucu ve uyarıcı madde etkisi altında işlenen suçlarda ve failin haksızlık bilinci ile hareket ettiği bir anın tespit edilebildiği diğer durumlarda kusuru temellendirmek bakımından işlevsel olmakla birlikte, failin haksızlık bilinci ile hareket ettiği bir anın tespit edilemediği durumlarda kusuru temellendiremediği için kabul edilebilecek bir görüş değildir.

Seçim Teorisinin katı bir şekilde kabul edilmesi ahlaki sezgilerimizle çeliştiğine göre, kusur ilkesini ahlaki sezgilerimizle uyumlu olacak şekilde formüle etmek gerekir; *fail haksızlığı biliyorsa ya da bilebilecek durumda ise* kusurun epistemik koşulu gerçekleşir.⁶⁷⁷ Strawson'un da ifade ettiği gibi, kusur isnadının neticesi olan kınama (ahlakta) ve cezalandırma (hukukta) şeklindeki “tepkiyel tutumlar” (*reactive attitudes*), bireylerin birbirlerine yönelttiği iyi niyetle hareket etme ya da en azından kötü niyetli olmaktan kaçınma veya ahlaki/hukuki değerlere duyarsız olmama beklentisinin bir yansımasıdır.⁶⁷⁸ Fail, gerçekliği bilebilecek olmasına rağmen bilmiyorsa hukuki değerlere yeterince duyarlı değildir. Kusur yalnızca hukuku ihlal ettiğini bilen faile değil, hukuksal değerlere yeterince duyarlı olmadığı için gerçekliği bilmeyen faile de isnat edilebilir. Hukuku ihlal ettiğinin bilincinde olan fail ile hukuku ihlal ettiğinin bilincinde olmamakla birlikte hukuksal değerlere yeterince duyarlı olmayan fail arasındaki farklılık kusurun varlığı ile değil, yoğunluğu ile ilgilidir; hukuku ihlal ettiğinin bilincinde olan fail daha kusurludur.

⁶⁷⁶ Duff, “Choice, Character”, 346; Moore, “Choice, Character, and Excuse”, 49 vd.

⁶⁷⁷ Hart, *Punishment and Responsibility*, 150-153; Duff, *Answering*, 70-72;

⁶⁷⁸ Peter F. Strawson, *Freedom and Resentment and Other Essays* (New York: Routledge, 2008), 6-7.

Kusur değerlendirmesinde öncelikle failin kusur ehliyetinin olup olmadığı değerlendirilir. Bu yüzden hatanın kaçınılabılır olup olmamasından önce değerlendirilmesi gereken failin davranışlarının anlam ve sonuçlarını anlayabilecek bilişsel kapasiteye sahip olup olmadığıdır. Failin kusur ehliyeti yoksa hata hükümleri değil, TCK'nın akıl hastalığı ve yaşı küçüklüğüne ilişkin hükümleri uygulanır.

Gerçekliği bilme, failin bilişsel kapasitesine ve içinde bulunduğu koşullara bağlıdır. Bu yüzden kaçınılabılır hatayı her olay bakımından net bir şekilde ortaya koyacak mutlak kriterler belirlemek mümkün değildir. Fail içinde bulunduğu koşullar itibarıyla gerçeği bilebilecek kapasitesi bulunmasına rağmen gerçeği bilmiyorsa, hata kaçınılabılırdır (kusurludur). Fail bilişsel kapasitesini haksızlıktan kaçınma ödevinin gerektirdiği şekilde kullanmakla yükümlüdür. Fail gerçeği bilebilecek olmasına rağmen bilmiyorsa hukuksal değerlere yeterince duyarlı değildir. Kınanmayı hak eden failin hukuksal değerlere olan bu duyarsızlığıdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

I. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN MADDİ UNSURLARINDA HATANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, 5237 sayılı TCK'nın “hata” başlıklı 30. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre; “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait unsurların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”.

Düzenlemede yer verilen “hatasından yararlanır” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Tartışma, salt doktrinel düzeyde değildir; Yargıtay kararları arasında da uyumsuzluk vardır.

Cezalandırılabilir fiilin haksızlık ve kusurluluk şeklindeki düalist yapısı dolayısıyla ceza hukukunda hukuki sonuç doğuran hata, ya haksızlığı ya da kusuru etkiler. Bazı yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsuru ile ilişkilendirirken bazı yazarlar da kusur unsuru ile ilişkilendirmektedir. Aynı sonuca ulaşılar da yazarlar farklı gerekçelerden hareket ettikleri için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda teori zenginliği vardır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın haksızlıkla ilgili olduğunu ileri süren görüşler, -alt ayrımları da olmakla birlikte- iki temel görüşe ayrılırlar. Bir görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın haksızlığı etkilemesinin nedeni, kast ve taksirin haksızlığın gerçekleştiriliş biçimleri

olması ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın haksızlığın sübjektif unsuru olan kastı engellemesidir (Sınırlı Kusur Teorisi).⁶⁷⁹ Diğer bir görüşe göre, bu türden bir hatanın haksızlığı engellemesinin nedeni, kaçınılmaz bir hatanın varlığı halinde fiilin hukuka uygun olmasıdır. Bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada fiil tipiktir; fakat hukuka aykırı değildir (Saf Sübjektif Teori).⁶⁸⁰

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarındaki hatanın cezalandırılabilir fiilin kusur unsuru ile ilgili olduğunu ileri süren görüşe göre ise, bu tür bir hata haksızlığın varlığını etkilemez. Hatanın kaçınılmaz olması, failin kusurunun bulunmadığı anlamına gelir. Bu görüşün de alt ayrımları vardır. Bir görüşe göre haksızlık objektif niteliktedir ve kast kusurun bir bileşenidir. Bu görüş hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı kastı engelleyen hata olarak kabul etmekle birlikte kastı kusur içerisinde konumlandığı için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın en nihayetinde kusuru etkilediğini ileri sürmektedir (Kast Teorisi).⁶⁸¹ Bir başka görüşe göre kast, hem haksızlığın bir gerçekleştiriliş biçimi hem de kusurun bir bileşenidir. Kasta çifte fonksiyon yükleyen bu görüş, haksızlığın gerçekleştiriliş biçimi olan kastı suç tipinin objektif unsurları ile sınırlamaktadır. Bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarına ilişkin bilgiyi kapsayan kast, kusurun bir bileşeni olup hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, kusurun bileşeni olan kastı engeller (Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi).⁶⁸² Bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe göre ise, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi

⁶⁷⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593; Özgenç, *Genel Hükümler*, 527; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 301; Hakeri, *Genel Hükümler*, 460; Akbulut, *Genel Hükümler*, 535-536; Ersan, *Meşru Savunma*, 59-60; Fatih Birtek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet, 2018), 336; Ekici Şahin, *Rıza*, 227; Göktürk, “Yanılığın Hukuki Niteliği”, 22 vd; Değirmenci, “Yanılma”, 176-177; Dülger, Özkan ve Bakdur, “Hata”, 229; Sarıgül, “Hukuka Uygunluk”, 346; Karakurt, “Hata”, 130-131.

⁶⁸⁰ Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları*, 137-139; Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26-27; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 86; Özen, *Meşru Müdafaa*, 148 vd.; Soyaslan, *Genel Hükümler*, 405-406; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294; Zafer, *Genel Hükümler*, 417; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, 304-306; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 268; Gerçekler, *Yorumlu ve Uygulamalı*, 457; Öztürk/Erdem, teorik olarak yerinde görmese de, 5237 sayılı Kanunda bu görüşün esas alındığını ileri sürmektedir. Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 481.

⁶⁸¹ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 226; Erem, *Ceza Kanunu Şerhi*, 327; Toroslu, Toroslu, *Genel Kısım*, 269-270; Bengü, *Hata*, 75.

⁶⁸² Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 438; Erman, “Yanılma”, 377-378.

unsurlarında hatanın kusuru etkilemesinin nedeni, hukuka uygunluk nedenlerinin kastın kapsamında olmamasıdır. Kast, haksızlığın gerçekleştiriliş biçimi olup kastın kapsamı, suç tipinde tarif edilen haksızlığın maddi (olgusal) unsurları ile sınırlıdır. Somut olayda objektif unsurları itibarıyla bir hukuka uygunluk nedeni yoksa failin ilgili hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiğine yönelik inancı ne kadar makul olursa olsun, fiil tipik ve hukuka aykırıdır. Fail, hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurunda hataya düştüğü için fiilin haksız olmadığına inanıyorsa, failde haksızlık bilinci yoktur. Haksızlık bilinci kusurun bir bileşenidir; bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusuru etkiler (Katı Kusur Teorisi).⁶⁸³

Bu bölümün konusu, genel olarak çerçevesini çizdiğimiz bu tartışmadır. Bölüm boyunca esas olarak, “*hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı mı engeller kusuru mu*” sorusuna yanıt arayacağız.

B. Eski 765 Sayılı TCK ve Mevcut 5237 Sayılı TCK Dönemindeki Durum

1. Eski 765 Sayılı TCK Dönemindeki Durum

a. Kanundaki Durum

765 sayılı TCK döneminde hata, *hukuki hata* ve *fiili hata* şeklinde ikiye ayrılmıştır.⁶⁸⁴ En genel tarifiyle, suçun unsurlarında yapılan hata, fiili hata; bir hukuk kuralının varlığında veya yorumunda yapılan hata ise hukuki hatadır.⁶⁸⁵ Örneğin, fail zinanın suç olduğunu bilmekle birlikte ilişki yaşadığı kadının evli olduğunu bilmiyorsa hata fiili; kadının evli olduğunu bilmekle birlikte zinanın suç olduğunu bilmiyorsa hata, hukukidir.⁶⁸⁶

⁶⁸³ TCK m. 30/3’ün lafzından kanun koyucunun Katı Kusur Teorisini esas aldığı anlaşılmaktadır. Abanoz, “Hata”, 206; Şenol, “Maddi Koşullarında Hata”, 64; Keçelioğlu, “Pratik Sonuçları”, 315; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 437; Sarıgül, “Hata (TCK m. 30/3)”, 343.

⁶⁸⁴ 765 sayılı Kanun döneminde fiili hata, esaslı ve esaslı olmayan hata şeklinde ikiye ayrılmıştır. Hatanın sonucu fiilin suç teşkil etmemesi ise hata esaslıdır. Hata sonucunda fiil taksirli de olsa suç olmaya devam ediyorsa hata esaslı değildir. Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, 317; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 327; Sezgin, “Bilmeme ve Hata”, 731-732.

⁶⁸⁵ Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2, 314; Erem, *Ümanist Doktrin* Cilt 2, 71; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 325.

⁶⁸⁶ Örnek için bkz. Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2, 315.

765 sayılı TCK'da fiili hataya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanunda düzenleme bulunmamasına rağmen suç tipinin maddi unsurlarında hata bir boşluğa neden olmamıştır. Kastta bilme; hatada bilmeme vardır. Fail, suç tipindeki unsurları bilmiyorsa kastı yoktur. Bu çıkarım, kastın doğasının doğal bir sonucu olduğu için kanunda fiili hataya ilişkin bir düzenlemenin yokluğu sorun teşkil etmemiştir.⁶⁸⁷ Hukuki hata ise, 765 sayılı TCK'nın 44. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili düzenlemede, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralına yer verilmiştir.⁶⁸⁸

⁶⁸⁷ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 326; Erem, *Ümanist Doktrin Cilt 2*, 71. Ancak konu öğretilerde tartışılmıştır. Öner'e göre, fiili hatanın kanunda düzenlenmesi gerekir. Kastı tipiklikteki unsurlardan bağımsız olarak salt davranışın iradiliği şeklinde anlayan yazar, fiilin kasten işlendiği kimi durumlarda unsur hatasının söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir. Yazar bu duruma başkasına ait olduğunu zannederek kendi malına zarar veren kişinin durumunu örnek göstermektedir. Hamdi Öner, “Türk Ceza Kanununda Hata ve Taksirli Suçlar”, *Adalet Dergisi*, 36/8 (1945): 758. Fiili hatanın varlığı halinde kastın bulunmayacağını kabul eden Gözübüyük'e göre ise: “*hatanın kanunî hükümlerle tanzimi ilk bakışta bilhassa hukukçu hâkimler için lüzumsuz görülebilir ise de bütün ceza hâkimlerinin hukukçu olmaması meselenin kanun hükümlerinde tanzimi ihtiyacını zarurî kılmaktadır*”. Pulat Gözübüyük, “Modern Ceza Hukukunda Hata Meselesi”, *Adliye Ceridesi*, 33/1 (1942): 45.

⁶⁸⁸ “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralının kusur prensibiyle çeliştiği hakkında bkz. Çetin Özek, “Ceza Normunun Varlığında Hata”, içinde *Bilgi Toplumunda Hukuk -Ünal Tekinalp'e Armağan 3. Cilt*, ed. Hüseyin Ülgen, Arslan Kaya ve Gül Okutan Nilsson (İstanbul: Beta, 2003): 821-822; Fatih S. Mahmutoğlu, Yener Ünver, “Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı Hakkında”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2 (1998): 377.

Kusur prensibi ile çeliştiği için kural çeşitli istisnalarla sınırlandırılmaya çalışılmıştır:

1- Kanundan kast edilenin ceza kanunları olduğu hem öğreti hem de uygulama tarafından kabul edilmiştir. Failin düştüğü hata ceza hukuku dışındaki hukuk dallarına özgü ise hata fiili hata kabul edilmiştir. Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 340; Sezgin, “Hata ve Bilmeme”, 728-729. Aksi yönde bkz. Faruk Erem, “Türk Ceza Kanunu Hükümlerine Göre Hukuki ve Fiili Hata”, *Adalet Dergisi*, 38/1 (1947): 13-14.

2- Tipikliğinde hukuka aykırılık veya bu anlama gelen ifadelerin yer aldığı suçlarda haksızlık bilinci kastın bir unsuru olarak kabul edilmiştir. Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 20; Erem, *Ümanist Doktrin Cilt 1*, 38.

3- *Doğası icabı suç olan fiiller ve hukuk suç olarak nitelediği için suç olan fiiller* arasında bir ayırım yapılması ve “hukuku bilmek mazeret sayılmaz” kuralının ilk kategori için kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Sezgin, “Hata ve Bilmeme”, 730; Hakkı Demirel, “Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/3-4 (1952): 103.

4- Hukuku bilmek imkânsızsa, mazeret teşkil eder. Erem, “Hukuki ve Fiili Hata”, 11; Demirel, “Bilmeme ve Hata”, 104. Yargıtay da somut olay adaletini gerçekleştirmek için bu yönde kararlar vermiştir: “*iktisadi mahiyette bulunan bu suçun—kömürün müsaadasız başkasına devredilmesi suçu—henüz türkçeyi bilmeyen ve konuşamayan bir şahsın memouniyetini bilmemesi sebeble suça iştirakide mevzuu bahis olamaz*”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 10.10.1942, 117/106, aktaran: Erem, “Hukuki ve Fiili Hata”, 12.

Öğretilerde bazı yazarlar kuralı çok katı bir şekilde anlamışlardır. Örneğin, Taner'e göre, “*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı kesin bir hukuki karinedir: “*Gerçekten kişi ceza kanunu bilmese dahi, sorumlu olur*”. Taner, *Umumi Kısım*, 387. Erman da haksızlık bilincini saik olarak nitelemiş ve ceza hukukunda kural olarak saikin önemli olmadığı gerekçesiyle kuralın istisnası olmadığını ileri sürmüştür. Sahir Erman, “Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 12/2-3 (1946): 524.

765 sayılı TCK'da hata konusu ile ilgili olan bir başka düzenlemeye kanununun 52. maddesinde yer verilmiştir.⁶⁸⁹ Bu düzenlemede, *şahısta hata* ve *sapma* konularına yer verilmiştir. Düzenlemeye göre, şahısta hata ya da sapma sonucu fiil kast edilen dışında bir kimse üzerinde sonuç doğurmuşsa, fail bu kişinin şahsından kaynaklanan cezayı ağırlaştırıcı nedenden sorumlu olmaz.⁶⁹⁰

765 sayılı TCK'nın 49. maddesinde; görevin ifası (kanun hükmünü yerine getirme, yetkili merciinin emrini yerine getirme), meşru savunma ve zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenlerine yer verilmiştir. Rıza ve hakkın icrası, kanunda yer almayan hukuka uygunluk nedenleri olarak kabul edilmiştir.⁶⁹¹

765 sayılı TCK'da hukuka uygunluk nedenlerinde hataya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte kanunun 50. maddesinde hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması düzenlenmiştir.⁶⁹² İlgili düzenlemeye göre, 49. maddede yer alan hukuka uygunluk nedenlerinde sınır taksirle aşılmış ise failin cezası bu maddede (50. madde) belirtilen şekilde indirilir.⁶⁹³

⁶⁸⁹ 765 sayılı TCK'nın 52. maddesine göre; “Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faille tahmil olunmaz. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlenmiş gibi telakki olunarak fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffefeden istifade eder”.

⁶⁹⁰ Fail, suçun ağır cezayı gerektiren nitelikli halini işlemek istemiş ve fakat suçun hafif cezayı gerektiren halini işlemişse, örneğin, fail babasını öldürmek isterken başkasını öldürürse sorumluluğun ne şekilde belirleneceği 765 sayılı Kanunun 52. maddesinden anlaşılmamaktadır. Öğretide üç görüş ileri sürülmüştür: 1- Fail, ağır olan için teşebbüs, gerçekçeleşen için ise taksirli suç hükümlerine göre sorumlu olacaktır. 2- Fail, ağır olan için teşebbüs, gerçekçeleşen için kasıtlı suç hükümlerine göre sorumlu olacaktır. 3- Hâkim görüşe göre, failin lehine yorum yapılacak ve fail yalnızca gerçekleşen neticeden sorumlu olacaktır. Görüşler ve görüşler hakkındaki değerlendirme için bkz. Erem, “Hukuki ve Fiili Hata”, 19; Sezgin, “Bilmeme ve Hata”, 736-738; Demirel, “Bilmeme ve Hata”, 110.

⁶⁹¹ Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2, 28 vd.; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 228.

⁶⁹² İlgili düzenlemeye göre; “49 uncu maddede yazılı fillerden birini icra ederken kanunun veya salahiyettar makamın veya zaruretin tayin ettiği hududu tecavüz edenler cürüm ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim ise sekiz seneden aşağı olmamak üzere hapis ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde altı seneden on beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Sair hallerde asıl suça müretteb ceza altında birinden eksik ve yarısından ziyade olmamak üzere indirilir ve ağır hapis hapse tahvil olunur ve amme hizmetlerinden müebbet memnuiyet cezası yerine muvakkat memnuiyet cezası verilir”.

⁶⁹³ Öğretiye göre, fail sınırı aşmakta kusursuz ise fiil hukuka uygundur. Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2, 137 vd.; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 264 vd.; Erem, Ümanist Doktrin Cilt 2, 36.

Yargıtay da bu görüşü benimsemiştir: “Zaruret sınırının aşılması konusunda, failin o anda içinde bulunduğu ruh halini adil bir şekilde göz önünde bulundurmak gerekir. (...) Maktül elindeki kürekle ilk saldırıyı sanığın arkadaşına yaparak, başından hayati tehlike geçirecek şiddet ve derecede yaralamıştır. Müteakiben saldırısını sanığa da yöneltince, sanık görevi icabı kendisine verilen ve Sıkı yönetim Komutanı emri gereği görev sırasında dolu ve atışa hazır durumda bulundurulması zorunlu nevi atışlı

b. Öğretideki Durum

Hukuka uygunluk nedenlerinde bilmeme ve hatanın iki temel türü vardır:

(1) Somut olayda objektif unsurları itibarıyla bir hukuka uygunluk nedeni var olabilir ve fail bu durumu bilmeyebilir.

(2) Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin unsurları gerçekleşmemesine rağmen fail gerçekleştiği zannıyla hareket edebilir.

Somut olayda objektif unsurları itibarıyla var olan hukuka uygunluk nedenini failin bilmemesi: Örneğin, rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğu bir suçta rıza açıklama yetkisine sahip olan kimse fiile rıza göstermiş olmasına rağmen fail fiile rıza gösterildiğini bilmeyebilir. 765 sayılı TCK’da bu konu ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 765 sayılı TCK’nın mehzazı İtalyan Ceza Kanununun 59. maddesinde ise bu konuya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili düzenlemeye göre; “*cezayı kaldıran sebepler fail tarafından bilinmese veya mevcut olmadıkları zannedilse bile, bunlar daima onun lehine olarak nazara alınır*lar”.⁶⁹⁴

765 sayılı TCK döneminde hâkim teori olan Klasik Suç Teorisine göre haksızlık objektif nitelikte olduğu için hukuka uygunluk nedenleri de objektif niteliktedir. Bu yüzden öğretide somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmişse fail bu durumu bilmesede de fiilin hukuka uygun olduğu ileri sürülmüştür.⁶⁹⁵

Failin somut olayda var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin unsurlarının gerçekleştiğini zannetmesi: Hatanın bu türünün de kendi içerisinde iki türü vardır. Fail, hukuki gerçeklikte ya da olgusal gerçeklikte hataya düştüğü için fiilinin hukuka uygun

sten marka tabancasını ateşlemek üzere tetiğe basmıştır. Otomatik silahtan seri halinde çıkan mermiler saldırgan maktûlî müteaddit yerlerinden yaralayarak öldürmüştür. Bu durum karşısında sanığın o anda içinde bulunduğu ruh hali kendisini yasal savunma zorunluluğunda bırakmış ve zaruretin sınırını da aşmamıştır”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 7.6.1982, 1982/267, aktaran: Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2, 138.

⁶⁹⁴ Toroslu, *Zaruret Hali*, 157.

⁶⁹⁵ Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2, 21; Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları*, 136; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 84; Taner, *Umumi Kısım*, 395; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 223; Toroslu, *Zaruret Hali*, 157.

olduğunu zannedebilir. 765 sayılı TCK dönemindeki terminoloji ile ifade etmek gerekirse; fail hukuki gerçeklikte hataya düştüğü için fiilinin hukuka uygun olduğunu zannediyorsa, *hukuka uygunluk nedenlerinde hukuki hatadan*; fail olgusal gerçeklikte hataya düştüğü için fiilinin hukuka uygun olduğunu zannediyorsa, *hukuka uygunluk nedenlerinde fiili hatadan* söz edilir.

765 sayılı TCK döneminde, kanunun 44. maddesinde “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralına yer verildiği için hukuka uygunluk nedenlerinde hukuki hatanın önemli olmadığı kabul edilmiştir.⁶⁹⁶ Hukuka uygunluk nedenlerinde fiili hatada ise iki farklı görüş ileri sürülmüştür:

(1) Bir görüşe göre, hukuka uygunluk nedenleri suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olduğu için bu tür bir hata suçun hukuk aykırılık unsurunu etkiler. Bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada fiil tipik olmakla birlikte hukuka aykırı değildir.⁶⁹⁷ Kaçınılabılır hata konusunda ise bu görüşteki yazarlar arasında fikir ayrılığı vardır. *Kunter*’e göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılabılırsa fail kasıtlı suçtan sorumlu olacak; ancak hatası cezanın tayininde dikkate alınacaktır.⁶⁹⁸ *Dönmezer/Erman*’a göre, kanunda bir düzenleme yer almadığı için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hata kaçınılabılır olsa dahi, “fiili hukuka aykırı saymak mümkün değildir”.⁶⁹⁹ *Soyaslan*’a göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılabılır bir hataysa ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olur.⁷⁰⁰

(2) Diğer görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılabılır olsun ya da olmasın kastı engeller.⁷⁰¹ 765 sayılı TCK döneminde hâkim teori olan Klasik Suç Teorisine göre kast kusurun bir bileşeni olduğu için bu görüşe

⁶⁹⁶ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 159; Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26; Toroslu, *Zaruret Hali*, 157-158.

⁶⁹⁷ Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları*, 139; Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26-27; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 86; Özen, *Meşru Müdafaa*, 151.

⁶⁹⁸ Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları*, 138-139. Aynı yönde bkz. Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 86.

⁶⁹⁹ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26-27. Aynı yönde bkz. Özen, *Meşru Müdafaa*, 148 vd.

⁷⁰⁰ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin, 1998): 416.

⁷⁰¹ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 226; Erem, *Ceza Kanunu Şerhi*, 327; Toroslu, *Zorunluluk Hali*, 160; Bengü, *Hata*, 75.

göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata netice olarak kusuru etkiler. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fiil tipik ve hukuka aykırıdır; hata kaçınılmazsa ya da kaçınılabilir olmakla birlikte fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse, fail kusurlu olmadığı için cezalandırılmaz (Kast Teorisi).

765 sayılı TCK döneminde Yargıtay, bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada fiilin hukuka uygun olduğunu ileri süren görüşü kabul etmiştir.⁷⁰²

2. Mevcut 5237 Sayılı TCK Dönemindeki Durum

a. Kanundaki Durum

5237 sayılı TCK’da yer verilen, hata ile ilgili pozitif hukuk düzenlemelerine ikinci bölümün başında değindiğimiz için tekrara düşmemek adına burada tekrar bu konuya değinmeyeceğiz.

⁷⁰² “TCK.nun 461/2 maddesi yasal savunmanın özel olarak düzenlenmiş bir şekli olup amacı, ev veya benzeri yerlerde oturanların uğrayacakları tehlikelere karşı kişisel güvenliklerini korumaktır. Olayın, aksi sabit olmayan savunmaya göre oluşuna ve bu açıklamalara göre; gecenin çok geç bir saatinde apartmanın 4. katında ve ailesiyle birlikte kendisinin ve komşularının uykuya yattığı bir sırada, aşırı derecede alkollü olan bir kişi tarafından kapı ziline 10-15 dakika gibi aralıklarla 2 defa çalınması ve kapı açıldığında bıçağı ile içeriye hamle eden kişiye karşı, o sırada zaman ve yer itibarıyla her türlü yardımdan yoksun bulunan sanığın, içinde bulunduğu ruh hali de gözönünde tutularak, gerek kendisinin ve gerekse diğer aile bireylerinin kişisel güvenliklerine yönelen ve ciddi bir korku doğuran saldırıyı savmak için maktulü öldürdüğüünün kabulüyle hakkında TCK.nun 461/2. maddesinin uygulanması zorunlu bulunmaktadır. Bu itibarla, Yargıtay C.,Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir”.⁷⁰² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 03.03.1998, E. 1997/358, K. 1998/60, Lexpera, E.T. 06.05.2021.

“Maktul ile tanık Ahmet, maktulün kullandığı arabayla gece saat 02.00-03.00 sıralarında olay yerine gelmişler, maktul üzerinde bulunan anahtarla bahçenin demir kapısını açtıkları sonra, malzemelerin bulunduğu yere doğru ilerlemeye başladıkları sırada, bahçe de bulunan köpeklerin havlamasına uyanan sanık da, beline bir bıçak koyarak, hırsız girdi düşüncesiyle köşkün giriş kapısının lambasını yakmış, bahçeye çıkıp yürüdüğü esnada ayağı takılarak yere düşmüştür. Eline bir dal alıp sanığın bulunduğu tarafa doğru yürümekte olan maktul ise, düştüğü yerden kalkmakta olan sanığı arkadan tutmuş, bunun üzerine sanık, belindeki [bıçağı] öldürücü nitelikte yara meydana getirecek şekilde [maktule] hızla saplamıştır. Yaralandığını cep telefonu ile babasına bildiren maktul, kaldırıldığı hastahane, aldığı yaranın etkisiyle büyük damar ve iç organ kesilmesinden gelişen iç kanama sonucu ölmüştür. (...) Öğretide de kabul gördüğü gibi, Yasanın 461. maddesinde yer alan koşulların olayda gerçekleştiğini varsaymak, esaslı bir fiili yanılma halindeki hukuka uygunluk sebebinin varlığını burada da kabul etmek gerekir”.Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 23.11.1999, E. 1999/271, K. 1999/287, Lexpera, E.T. 06.05.2021.

b. Öğretideki Durum

Hukuka uygunluk nedenlerinde bilmeme ve hatanın tüm türlerine ilişkin olarak 765 sayılı TCK dönemindeki durum ile yürürlükteki 5237 sayılı TCK dönemindeki mevcut durum arasında önemli farklılıklar vardır:

(1) 765 sayılı TCK’da olduğu gibi yürürlükteki 5237 sayılı TCK’da da hukuka uygunluk nedenlerinde subjektif unsur sorununu çözümleyen bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yukarıda değindiğimiz üzere, 765 sayılı TCK döneminde öğretide hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğu hususunda uzlaşma vardır.⁷⁰³ 5237 sayılı TCK, kast ve taksiri haksızlığın gerçekleştiriliş biçimleri olarak kabul ettiği ve Türk öğretisinde haksızlığın subjektif unsurları olduğunu ileri süren Alman hukukundaki Şahsi Haksızlık Teorisi ağırlık kazanmaya başladığı için hukuka uygunluk nedenlerinin subjektif unsurlarının bulunup bulunmadığı konusu mevcut 5237 sayılı Kanun döneminde tartışmalı hale gelmiştir.⁷⁰⁴

(2) Fail olgusal gerçekliği bilmekle birlikte hukuk düzeninde var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin fiilini hukuka uygun hale getirdiğini zannediyorsa izin hatasından söz edilir. 765 sayılı TCK’nın 44. maddesine göre, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*”; bu yüzden 765 sayılı TCK döneminde, kural olarak, izin hatasının herhangi bir hukuki sonucunun olmadığı kabul edilmiştir.⁷⁰⁵ 5237 sayılı TCK’nın 30.

⁷⁰³ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 21; Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları*, 136; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 84; Taner, *Umumi Kısım*, 395; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 223; Toroslu, *Zaruret Hali*, 157.

⁷⁰⁴ Bir görüşe göre hukuka uygunluk nedenleri objektif niteliktedir. Toroslu, Toroslu, *Genel Kısım*, 160; Hafızoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Zafer, *Genel Hükümler*, 362; Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 203; Ekici Şahin, *Rıza*, 175; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 289; Dursun, Bozbayındır, “Manevi Unsurları Meselesi”, 86-87; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 427; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 288; Uğraş, “Hukuka Uygunluk”, 411.

Karşı görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin subjektif unsuru da vardır; fiilin hukuka uygun olabilmesi için subjektif unsurun da gerçekleşmesi gerekir. Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 271; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 282; Özgenç, *Genel Hükümler*, 310; Hakeri, *Genel Hükümler*, 342; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 260; Meraklı, Kusun, 418; Ersan, *Meşru Savunma*, 50; Ozansü, *Kasttan Doğan*, 118; Göktürk, “Objektif Nitelikte midir?”, 16.

⁷⁰⁵ Ancak tipinde “hukuka aykırı”, “haksız”, “izinsiz” gibi normalde suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili ifadeler yer verilen suçlarda haksızlık bilincinin kastın kapsamında olduğu kabul edilmiş, bu tür suçlarda izin hatasına düşerek fiilinin haksız olmadığını zanneden failin kastının bulunmadığı ileri sürülmüştür. Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 20; Erem, *Ümanist Doktrin Cilt 1*, 38.

maddesinin son fıkrasına göre, “*işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz*”.

(3) Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, 765 sayılı Kanunda düzenlenmemiştir. 5237 sayılı Kanunun 30. maddesinin üçüncü fıkrasında ise konu ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir.⁷⁰⁶ Söz konusu düzenlemeye göre, “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşullarının gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır*”. Düzenlemenin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Keza “İçtihadi Durum” başlığı altında detaylı olarak üzerinde duracağımız üzere Yargıtay kararları arasında da uyumsuzluk vardır. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda 5237 sayılı TCK’nın, 765 sayılı TCK dönemindeki boşluğu kapattığı söylenemez; aksine 5237 sayılı TCK, kast ve taksiri haksızlığın gerçekleştiriliş biçimleri olarak kabul ettiği ve öğretide haksızlığın sübjektif unsurları olduğunu ileri süren Şahsi Haksızlık Teorisi hâkim görüş olmaya başladığı için mesele daha da tartışmalı hale gelmiştir. 765 sayılı TCK döneminde bir görüş bu türden bir hatanın suçun hukuka aykırılık unsurunu diğer bir görüş ise suçun kusur unsurunu etkilediğini ileri sürmüştür. 765 sayılı TCK döneminde hâkim teori olan Klasik Suç Teorisini karakterize eden objektif haksızlık anlayışına göre, kast ve taksir suç tipinden izoledir. Bu yüzden 765 sayılı TCK döneminde haksızlığın sübjektif unsurunun olduğunu ve dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın haksızlığın sübjektif unsuru olan kastı engellediğini kabul eden bir görüş ileri sürülmemiştir. 5237 sayılı TCK, kast ve taksiri haksızlığın gerçekleştiriliş biçimleri olarak kabul ettiği için bir görüşe göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarındaki hata, haksızlığın sübjektif unsuru olan kastı engeller⁷⁰⁷; bu yüzden yeni kanun döneminde hukuka uygunluk nedenlerinin

⁷⁰⁶ Koca, Üzülmüş’e göre, düzenleme hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı değil, yalnızca kusuru etkileyen nedenlerin unsurlarında hatayı düzenlemektedir. Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 301; Aynı yönde bkz. Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 299. Göktürk’e göre ise düzenleme yalnızca hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatayı düzenlemektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılabılır hata konusunda kanunda boşluk vardır ve bu boşluk TCK m. 30/1’in kıyasen uygulanması ile doldurulmalıdır. Göktürk, “Yanılığının Hukuki Niteliği”, 27.

⁷⁰⁷ Kastı haksızlığa ait tüm maddi unsurları kapsayan bütüncül bir unsur olarak ele alan bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı etkiler; bu görüşü savunan yazarlara göre kast haksızlığın bir unsuru olduğu için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığı

maddi unsurlarında hata meselesine ilişkin tartışmanın alanı genişlemiştir. Öğretideki bazı yazarlara göre, bu tür bir hatada haksızlığın sübjektif unsuru olan kast yoktur (Sınırlı Kusur Teorisi)⁷⁰⁸; bazılarına göre, münhasıran kusurun unsuru/türü olan kast yoktur (Kast Teorisi)⁷⁰⁹; bazılarına göre, fiil tipiktir; fakat failde kusur kastı yoktur (Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi)⁷¹⁰; bazılarına göre, hata kaçınılmazsa fiil hukuka uygundur (Saf Sübjektif Teori)⁷¹¹ ve bizim de katıldığımız diğer bazı yazarlara göre ise, bu tür bir hatada fiil tipik ve hukuka aykırıdır; hata, kusuru etkiler (Katı Kusur Teorisi)⁷¹².

765 sayılı TCK, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu esas alınarak hazırlandığı için 765 sayılı TCK döneminde Türk öğretisi İtalyan öğretisinin etkisi altında kalmıştır. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte Türk öğretisi, Kıta-Avropası hukuk sistemini domine eden Alman ceza hukukunun etkisi altına girmiştir; bu yüzden 5237 sayılı TCK döneminde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda yapılan çalışmalarda Alman öğretisinde ileri sürülen görüşler esas alınmaktadır.

etkiler. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593. Özgenç, *Genel Hükümler*, 527; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 301; Hakeri, *Genel Hükümler*, 460; Akbulut, *Genel Hükümler*, 535-536.

⁷⁰⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593; Özgenç, *Genel Hükümler*, 527; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 301; Hakeri, *Genel Hükümler*, 460; Akbulut, *Genel Hükümler*, 535-536; Mahmutoglu, Karadeniz, *Genel Hükümler Şerhi*, 735; Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet, 2019), 708; Ersan, *Meşru Savunma*, 59-60; Birtok, *Genel Hükümler*, 336; Ekici Şahin, *Rıza*, 227; Göktürk, “Yanılmanın Hukuki Niteliği”, 22 vd; Sarıgül, “Hata (TCK m. 30/3)”, 346; Değirmenci, “Yanılma”, 176-177; Dülger, Özkan ve Bakdur, “Hata”, 229; Karakurt, “Hata”, 130-131.

⁷⁰⁹ Toroslu, Toroslu, *Genel Kısım*, 269-270; Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, 70-71.

⁷¹⁰ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 438; Erman, “Yanılmanın”, 377-378; Abanoz, “Hata”, 238.

⁷¹¹ Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294; Zafer, *Genel Hükümler*, 417; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, 304-306; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 268; Gerçekler, *Yorumlu ve Uygulamalı*, 457. Öztürk/Erdem, teorik olarak yerinde görmese de, 5237 sayılı Kanunda bu görüşün esas alındığını ileri sürmektedir. Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 481.

⁷¹² Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 325-326; Tulay, *Konuda Hata*, 170. Öğretide birçok yazar, -olması gereken anlamında katılmasalar da- kanun koyucunun Katı Kusur Teorisini kabul ettiğini belirtmektedir. Abanoz, “Hata”, 206; Şenol, “Maddi Koşullarında Hata”, 64; Keçelioğlu, “Pratik Sonuçları”, 315; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 437; Sarıgül, “Hata (TCK m. 30/3)”, 343; Karaaslan, “Hukuka Uygunluk”, 1698-1699.

Alman Ceza Kanununda (ACK), hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusu düzenlenmemiştir. Böyle bir düzenlemeye 1871 tarihli Alman Ceza Kanununda değişiklik öngören 1960 tarihli tasarının 20. maddesinde yer verilmiş; ancak düzenleme kanunlaşmamıştır.⁷¹³ Tasarının 20. maddesine göre, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası kastı engeller; hatanın kaçınılabilir olması halinde ise fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olur; aynı tasarının 39. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin maddi unsurlarında hata kaçınılmazsa fail cezalandırılmaz; hatanın kaçınılabilir olması durumunda, fail kasıtlı suçtan sorumlu olur; ancak bu ihtimalde failin cezası indirilir.⁷¹⁴ Tasarıya göre, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali dışındaki hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, hukuki sonucu bakımından, tipikliğin objektif unsurlarında hata (kastı engelleyen hata) ile özdeşken, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin koşullarında hata, kusuru etkileyen nedenlerde hata ile özdeştir. Hukuka uygunluk nedenleri arasında böyle bir ayrıma gidilmesi, Alman literatüründe yoğun eleştirileri beraberinde getirmiş ve en nihayetinde tasarının ilgili hükümleri kanunlaşmamıştır.⁷¹⁵

Yürürlükteki Alman Ceza Kanununun 16. maddesine göre, tipikliğin objektif unsurlarında hata kastı engeller. Hatanın kastın yokluğunu sonuçlaması bakımından kaçınılabilir olup olmaması önemli değildir.⁷¹⁶ Alman Ceza Kanununun 17. maddesine göre ise, fail fiilinin haksızlık teşkil etmediği hususunda kaçınılmaz bir hataya

⁷¹³ Khalid Ghanayim, “The Role of Reasonable and Unreasonable Mistake in Justified Defences – A Comparative and Analytical Study”, Oxford University Comparative Law Forum 3, (Erişim Tarihi 05.10.2020), <https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-role-of-reasonable-and-unreasonable-mistake-in-justified-defences-a-comparative-and-analytical-study/#fn117sym>.

⁷¹⁴ Ghanayim, “The Role of Reasonable”, <https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-role-of-reasonable-and-unreasonable-mistake-in-justified-defences-a-comparative-and-analytical-study/#fn117sym>.

⁷¹⁵ Ghanayim, “The Role of Reasonable”, <https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-role-of-reasonable-and-unreasonable-mistake-in-justified-defences-a-comparative-and-analytical-study/#fn117sym>.

⁷¹⁶ Alman Ceza Kanunu m. 16: “(1) Fiilin icrası sırasında kanundaki suç tipinin unsurunu oluşturan bir durumu [maddi unsuru] bilmeyen kişi, kasten hareket etmiş olmaz. Taksirli davranış sebebiyle cezalandırılabilme saklıdır. (2) Fiilin icrası sırasında hata nedeniyle, daha hafif ceza öngören bir kanundaki suç tipini oluşturan durumların var olduğunu zanneden bir kişi, kasten işlenen suçtan dolayı, sadece daha hafif ceza öngören kanuna göre cezalandırılabilir”. Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)* (İstanbul: Beta, 2015), 18.

düşmüşse cezalandırılmaz.⁷¹⁷ Alman Ceza Kanunun 17. maddesine göre, haksızlık hatasının kaçınılabilir olması durumunda kanunun 49. maddesinin birinci fıkrasına göre ceza indirilebilir.⁷¹⁸

Alman Ceza Kanununda, hukuka uygunluk nedenlerinde hata konusuna özgülenmiş bir düzenleme olmadığı için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusu Alman öğretisinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar, sorununun ACK m. 16'ya, bazı yazarlar ise ACK m. 17'ye göre çözümlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Alman uygulaması ve öğretisindeki hâkim görüşe göre sorun, ACK m. 16'ya göre çözümlenmelidir.⁷¹⁹ Hâkim görüşe göre, fail hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurlarında hataya düşerse, hata kaçınılabilir olsun ya da olmasın kastı engeller. Hata kaçınılabilir bir hataysa ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olur.

Türk öğretisinde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusuna ilişkin çalışmalarda (bu çalışma da dâhil olmak üzere), Alman öğretisindeki teorilere yer verilmektedir.⁷²⁰ Alman suç öğretisini Türk hukukuna aktaran çalışmalar, Türk ceza hukukunun mevcut gelişiminde lokomotif işlevi görmektedir. Ancak Alman öğretisinin Türk öğretisi üzerindeki etkisi o kadar yoğundur ki; yapılan çalışmalar bazen Türk hukukuna yabancılaşmaktadır. Örneğin, 765 sayılı TCK döneminde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda hâkim teori, Saf Sübjektif

⁷¹⁷ Alman Ceza Kanunu m. 17: “Fail, fiilin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınılabilir bir hata ise ceza 49 uncu maddenin birinci fıkrasına göre indirilebilir”. Yenisey, Plagemann, Alman Ceza Kanunu, 18.

⁷¹⁸ Alman Ceza Kanunu m. 49/1: “(1) Bu hüküm uyarınca bir indirme yapılması kanunen öngörülmemiş veya hukuken kabul edilmişse, indirme hakkında aşağıdaki kurallar uygulanır: 1. müebbet hapis cezasının yerini, üç seneden aşağı olmayan hapis cezası alır. 2. süreli hapis cezasında, kanunda yazılı olan üst sınırın en fazla dörtte üçüne hükmedilebilir. Adli para cezasında aynı hüküm, gün birimlerinin en yüksek sayısı için geçerlidir. 3. Bir hapis cezasının yükseltilmiş olan alt sınırı, aşağıdaki şekilde indirilir: on veya beş senelik alt sınırı iki seneye, üç veya iki senelik alt sınırı altı aya, bir senelik alt sınırı üç aya, diğer hallerde, kanunî alt sınıra kadar indirilir”. Yenisey, Plagemann, Alman Ceza Kanunu, 41-42.

⁷¹⁹ Alman hukukunda bu görüşün hâkim olduğu ve bu görüşü savunan yazarlardan oluşan bibliyografya hakkında bkz. Thomas Hillenkamp, Kai Cornelius, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarının Hatalı Varsayılması Kastı Ortadan Kaldırır Mı?” çev. Buket Abanoz, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 78 (4) 2020: 2116.

⁷²⁰ Abanoz, “Hata”, 96 vd.; Erman, “Yanılmanın”, 301 vd.; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 250 vd.; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 314 vd.; Göktürk, “Yanılmanın Hukuki Niteliği”, 9 vd.; Karaaslan, “Hukuka Uygunluk”, 1686 vd.

Teoridir.⁷²¹ Saf Sübjektif Teori, mevcut 5237 sayılı TCK döneminde de birçok yazar tarafından kabul edilmektedir.⁷²² Yargıtay da, “İçtihadî Durum” başlığı altında detaylı olarak değineceğimiz üzere, hatanın kaçınılmaz olması durumunda genellikle Saf Sübjektif Teoriyi esas almaktadır. Saf Sübjektif Teori, Türk hukuku bakımından bu kadar önemli olmasına rağmen, Türk öğretisinde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusuna ilişkin çalışmalarda -Alman hukukunda çok fazla taraftarı olmadığı için- Saf Sübjektif Teoriye değinilmemekte ya da çok az değinilmektedir.

Türk hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusundaki en kapsamlı çalışmalar, *Erman* ve *Abanoz* tarafından yapılmıştır. *Erman*, çalışmasının hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya ilişkin teorik tartışmalara yer verdiği kısmında Saf Sübjektif Teoriye ayrı bir başlık altında yer vermemiştir. Türk hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusuna özgülenmiş tek monografik eserin sahibi olan *Abanoz*, bu görüşün bir benzerine “İzin Verilen Risk Görüşü” başlığı altında yaklaşık bir buçuk sayfa kadar yer vermiştir.⁷²³

Saf Sübjektif Teoriye ve Türk öğretisinde kabul gören diğer teorilere aşağıda “Teorik Çerçeve” başlığı altında detaylı olarak yer vereceğiz.

c. İçtihadî Durum

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın TCK m. 30/3’te kusuru etkileyen nedenlerle birlikte düzenlenmesi ve düzenlemede bu tür bir hatanın kaçınılmaz olması halinde failin hatasından yararlanacağının belirtilmesi, Yargıtay kararları arasında uyumsuzluğa neden olmaktadır. Zira hukuka uygunluk nedenlerinin

⁷²¹ Kunter, *Suçun Kanunî Unsurları*, 137-139; Dönmezer, *Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26-27; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 86; Özen, *Meşru Müdafaa*, 148 vd.

⁷²² Soyaslan, *Genel Hükümler*, 405-406; Hafızoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294; Zafer, *Genel Hükümler*, 417; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 268; Gerçekler, *Yorumlu ve Uygulamalı*, 457. Öztürk/Erdem, teorik olarak yerinde görmese de 5237 sayılı Kanunda bu görüşün esas alındığını ileri sürmektedir. Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 481.

⁷²³ Abanoz, “Hata”, 168-169. Abanoz, çalışmasının Türk hukukunda Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazarların görüşlerine değindiği kısmında ise bu görüşü tez jürisinde yer alan *Doğan*’nın tartışmaya açması üzerine çalışmasına aktardığını belirtmiştir: “Bu görüş, tez jürimde yer alan kıymetli hocam Doç. Dr. Koray Doğan ile kişisel bir e-posta sırasında tartışılmıştır. Kendisinin izni alınarak çalışmada zikredilmektedir”. Abanoz, “Hata”, 227, dipnot: 144.

maddi unsurlarında hata konusunda ileri sürülen teorilerden hangisi kabul edilirse edilsin, fail hatasından yararlanmaktadır. Tüm teorilere göre, bu tür bir hatada hata kaçınılmazsa fail cezalandırılmamaktadır; hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise; ya fiilin taksirli hali kanunda düzenlenmemişse failin cezalandırılmayacağı; ya fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse failin taksirli suçun cezası ile sorumlu olacağı; ya da kusurdaki azalma dolayısıyla kasıtlı suçun cezasında indirim yapılması gerektiği ileri sürülmektedir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunun hata öğretisinin en karmaşık ve tartışmalı konusu olması da Yargıtay kararlarındaki uyumsuzluğun bir başka nedenidir. Konunun zorluğu ve teorik tartışmaların yoğunluğu nedeniyle Yargıtay'ın aynı uyumsuzlukta farklı teorileri destekleyen kararları dahi vardır. Örneğin, Yargıtay, 13.05.2019 tarihli bir kararında, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasının hukuki niteliği konusunda belirleme yaparken hem bu tür bir hatanın haksızlığın sübjektif unsuru olan kastı engellediğini ileri süren Sınırlı Kusur Teorisini hem de bu tür bir hatanın tipik fiilin hukuka aykırılığını değil, kusuru etkilediğini ileri süren Katı Kusur Teorisini destekleyen açıklamalarda bulunmuştur:

Hata, kastı ortadan kaldıran veya kusurluluğu etkileyen hata olmak üzere ikiye ayrılır. Suçun maddi unsurlarında (TCK 30/1), suçun nitelikli hallerinde (TCK 30/2), hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında (TCK 30/1-3) hata halleri kastı kaldırır. Kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi unsurlarında hata (TCK 30/3) ile haksızlık yanılığı (yasak hatası) (TCK 30/4) kusurluluğu etkileyen hata şekilleridir. (...) Hukuka uygunluk hallerinin maddi unsurlarında hatanın, kast kapsamında mı, yoksa kusur kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği doktrinde tartışmalı olup bu konuda birçok teori ortaya atılmış ise de, ceza kanunumuzdaki düzenlemenin katı kusur teorisine göre çözümlenmesi gerekmektedir.⁷²⁴

Yargıtay'ın hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda verdiği bazı kararlarında ise, hukuka uygunluk nedenleri ile suç tipi arasındaki ilişkiyi yanlış değerlendirdiği görülmektedir. Öğretide suç tipinde yer verilen rızanın suç tipinin

⁷²⁴ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 13.5.2019, E. 2019/1377, K. 2019/4278, Lexpera, E.T. 08.05.2021.

bir unsuru olduğu kabul edilmektedir.⁷²⁵ Suç tipinin unsuru olan rızaya ilişkin hata, suç tipinin unsurunda hatadır. Hırsızlık suçunda rızanın yokluğu, suç tipinin bir unsurudur. Yargıtay ise 11.4.2019 tarihli bir kararında, hırsızlık suçunda rızayı “hukuka uygunluk nedeni olan rıza” olarak kabul etmiş ve hırsızlık suçunda rızanın varlığına ilişkin hatayı TCK m. 30/3 kapsamında değerlendirerek, bu türden bir hatanın kastı engellediğini kabul etmiştir. Karardaki bir başka sorunlu husus, hatanın kastı engelleyebilmesi için kaçınılmaz olması koşulunun aranmasıdır. Kast, bilmedir. Hata varsa bilme yoktur. Hatanın kastı engellemesi için kaçınılmaz olması gerekmez. Nitekim TCK m. 30/1’de de kastı engelleyen hata bakımından, “kaçınılmaz olma” koşulu aranmamıştır. Yargıtay’ın bahse konu kararı şu şekildedir:

Somut olayda sanığın aksi kanıtlanamadığı için doğru kabul edilmesi gereken savunmasına göre, olay tarihinde hamile olan eşinin aşermesi nedeniyle canının karpuz istediği, bu sebeple gece vakti, cadde üzerinde karpuz satıcısı olan mağdura ait olan üzeri branda ile örtülü karpuz sergisinden, ilk fırsatta borcunu ödemek kaydıyla 2-3 adet karpuz aldığı, kolluk kendisini ifadeye davet etmeden önce de mağdura karpuzların parasını ödediği, diğer bir ifadeyle mağdurun sanık tarafından alınan karpuzların bedelini tahsil ettiği anlaşılmaktadır. ...Bu itibarla, sorunu rızanın varlığı konusunda hataya ilişkin hükümlere (TCK, m. 30, f. 1, 3) göre değerlendirmek gerekir. Malın alındığı sırada sahibinin rızasının varlığı düşüncesiyle hareket edilmesi halinde, malın alınması bakımından rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olması itibarıyla, sorunun bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında kaçınılmaz bir hataya düşülüp düşülmediği noktasında değerlendirmeye tabi tutulması gerekir. Yani, alma fiilinin icra edildiği sırada var olduğu kabul edilen rıza, gerçekte mevcut değildir. Bu hata, kastı kaldırmaktadır. Başka bir ifadeyle, kaçınılmaz olan bu hatanın varlığı halinde, karpuzu alan kişinin, yani sanığın hırsızlık suçu bakımından kastından söz edilemez. Kastın yokluğu halinde hırsızlık suçu oluşmaz.⁷²⁶

⁷²⁵ Ekici Şahin, Rıza, 89; Özgenç, Genel Hükümler, 365; Koca, Üzülmüş, Genel Hükümler, 289; Akbulut, Genel Hükümler, 444.

⁷²⁶ Yargıtay 13. Ceza Dairesi, 11.4.2019, E. 2018/13059, K. 2019/6299, Lexpera, E.T. 07.05.2021.

TCK m. 30/3'ün lafzında hukuka uygunluk nedenlerin maddi unsurlarında hatanın kusuru etkilediğinden açıkça söz edilmemesi, bunun yerine, “*hatasından yararlanır*” ifadesine yer verilmesi, düzenlemenin farklı şekilde yorumlanmasına neden olmaktadır. Düzenlemenin lafzında hukuka uygunluk nedenleri ifadesi yerine, “*ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler*” ifadesi kullanılması da, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hukuki niteliğini tartışmalı hale getiren bir diğer nedendir.⁷²⁷

Bahse konu nedenler dolayısıyla, düzenlemenin lafızı mahkeme kararları arasında uyumsuzluğa yol açmaktadır. Bu, TCK m. 30/3'ün olumsuz yönüdür. Ancak düzenlemenin lafzının bu şekilde olmasının olumlu yönü de vardır. Düzenlemede yer verilen “*hatasından yararlanır*” ifadesinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusuna ilişkin bütün teorilerle uyumlu olması, uygulamaya somut olay adaletini sağlama bakımından hareket alanı sağlamaktadır.

Örneğin, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 14.06.2012 tarihli kararında Saf Sübjektif Teoriyi esas alması -karar salt somut olay adaleti açısından değerlendirildiğinde- kanaatimizce yerindedir:

Kolluk görevlileri tarafından maktul ve yanında bulunan şahısların Didim İlçe merkezinde üç ayrı yerden hırsızlık olayına karıştıktan sonra araçla kaçmaya kalkıştıklarının tespit edilmesi üzerine, yakalanmaları amacıyla ilçenin çıkış yerlerinde kontrol noktalarının oluşturulduğu, Didim İlçe Emniyet Müdürlüğü'nde trafik polisi olarak görevli olan sanıkların Atatürk Bulvarı üzerinde ekip araçları ile kontrole başladıkları, maktulün de içinde bulunduğu otomobili kullanan Servet Aydemir'in bu durumu görerek, polis memuru sanıkların yapmış olduğu dur ihtarına uymayarak, süratli bir şekilde aracı sanıkların üzerine doğru sürdüğü, sanıkların aracın çarpmasından ancak yere atlayarak kurtulabildikleri, bu sırada Servet'in yönetimindeki aracın arka camından sanıklara doğru kuru sıkı olduğu ele geçirildikten sonra anlaşılan ve gerçeğine çok benzeyen tabanca ile ateş edilmeye başlandığı, aynı zamanda da

⁷²⁷ Nitekim, Koca/Üzülmaz ve Hafizoğulları/Özen'e göre, TCK m. 30/3'teki düzenleme hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı değil, kusuru etkileyen nedenlerde hatayı düzenlemektedir. Koca, Üzülmaz, *Genel Hükümler*, 301; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 299.

bu aracın sanıklar tarafından kullanılan ekip aracına çarparak geri geri geldiği, bu sırada aracın arka tarafından sanıklara doğru tekrar ateş edilmeye başlandığı, bunun üzerine gerek üzerlerine otomobil sürükleyerek gerekse ateş edilmek suretiyle saldırıya maruz kalan sanıkların, kendilerinin ve çevrede bulunanların can güvenliğini sağlamak amacıyla önce birkaç el havaya, Servet'in yönetimindeki araç içerisinde kendilerine ateş edilmeye devam edilmesi üzerine de, araca doğru ateş ettikleri, bu atışlar sonucu aracın arka koltuğunda oturan maktulün baş ve sırt bölgesine almış olduğu iki isabetle olay mahallinde öldüğü, maktulün içerisinde bulunduğu aracın ise bir sonraki kontrol noktasında bulunan ekip aracına çarparak durabildiği olayda; Gece vakti oluşan kargaşa ortamında maktulün içerisinde bulunduğu araçtan ateşlenen tabancanın kuru sıkı mı, yoksa gerçek mi olduğunu ayırt edebilecek durumda olmadıkları değerlendirilerek, sanıkların eylemlerini meşru savunma unsurlarının oluştuğuna ilişkin kaçınılmaz bir hataya düşürek işledikleri anlaşılmakla, TCK. nun 30/3. maddesi delaletiyle TCK.nun 25/1 maddesi uyarınca meşru savunma nedeniyle beraatlerine karar verilmesi [gerekir].⁷²⁸

Olay *ex-ante* yorumlandığında, kolluk görevlilerinin yerinde kim olsa (hâkimin kendisi de olsa) aynı şekilde davranırdı; bu yüzden somut olay adaleti bakımından karara konu olayla uyumlu olan görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hata halinde fiilin hukuka uygun olduğunu ileri süren Saf Sübjektif Teoridir. Ayrıca, mahkemenin Saf Sübjektif Teoriyi esas alarak fiilin hukuka uygun olduğuna hükmetmesi, kolluk görevlileri aleyhine özel hukuka ilişkin olası tazminat iddialarını da bertaraf eder. Bu yüzden bu olay bakımından Saf Sübjektif Teori yalnızca deontolojik olarak değil, pragmatik olarak da diğer teorilerden daha işlevseldir. Çünkü mahkemenin verdiği karar, benzer durumlarda kolluk görevlilerini nasıl hareket etmeleri gerektiği noktasında bilgilendirmektedir. Örneğin, mahkeme bu olayda hatanın kusuru etkilediğini ileri süren görüşü esas alarak uyuşmazlığı çözümlemiş olsaydı, kolluk görevlilerine ceza vermese dahi fiilin haksız olduğunu tespit etmiş olurdu. Fiil haksız ise, fail kusurlu olmasa dahi hukukun failden beklentisi, fiili gerçekleştirmekten kaçınmasıdır; bu uyarı ise her makul kişinin aynı şekilde niteleyeceği benzer

⁷²⁸ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 14.06.2012, E.2010/6130, K. 2012/4937, lexpera, E.T. 10.05.2021.

durumlarda kolluk görevlilerinin silah kullanmaktan imtina etmesine ve hukuksal değerlerin zarar görmesine neden olabilirdi.

Yargıtay'ın kaçınılmaz hatanın söz konusu olduğu bazı olaylarda hata hükümlerini dahi uygulamadan ilgili hukuka uygunluk nedeninin koşullarının gerçekleştiğini kabul ettiği kararları da bulunmaktadır. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 04.02.2021 tarihli bir kararında, suçüstü halinde şüphelilerin kaçmasını önlemek için silah kullanan ve istemeyerek ölüm neticesine neden olan kolluk hataya düşmüş olmasına rağmen hata hükümlerini uygulamamıştır. Yargıtay, söz konusu kararında;

Sanığın, kaçan ve suçüstü halinde bulunan ölenin kaçmasını engellemek için öncesinde iki defa uyarıda bulunduğu, ölenin buna rağmen kaçmaya devam etmesi nedeniyle de öldürme kastı olmaksızın aracın arkasından lastiğe doğru tek el ateş ederek kaçmalarını engellemeye çalıştığı, sanığın koşarak olay yerine gelmesi, nefes nefese kalması ve faillerin de o sırada kaçmakta olmaları nedeniyle, hedefi tam olarak ayarlayamadığı ve merminin aracın arka plakasının yanından girip, bagaj içinden ve koltuklardan geçerek ölenin sırt bölgesine isabet etmek suretiyle ölümüne neden olduğu, olaya sığağı sığağına müdahale eden polis memuru sanığın ve maskeli kapüşonlu ellerinde altın dolu çuvalar ve demir levye ile kaçmakta olan faillerin durumu, ölenin elindeki demir levyenin gece karanlığında silah olarak algılanmış olması, ...çalışmakta olan araca binip kaçıyor oluşları, suç üstü hali olması, sanığın tekrar ateş etme imkanı varken ateş etmemesi ve failleri hedef alarak değil yere doğru ateş etmiş olması, ...hususları birlikte değerlendirildiğinde; 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Yasasının 16. maddesi uyarınca silah kullanma yetkisi bulunan polis memuru olan sanığın, kanun hükmünü yerine getirdiği gerekçesiyle sanık hakkında beraat kararı vermiştir.⁷²⁹

Hata, dış dünyadaki gerçeklik ile süjenin inanişinin örtüşmemesidir. Dış dünyadaki gerçeklik fiilin ölüm neticesine neden olması ise ve fail bunu bilmiyorsa hata vardır. Olayda kolluk görevlisinin fiili neticesinde ölüm neticesinin gerçekleşeceği yönünde bir inanişi yoktur; fakat dış dünyadaki gerçeklik ölüm neticesinin meydana gelmesidir. Olayda kolluk görevlisinin silah kullanma koşulları gerçekleşmiş; ancak

⁷²⁹ Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 04.02.2021, E. 2019/3777, K. 2021/1152, Lexpera, E.T. 21.05.2021.

orantı koşulu gerçekleşmediği için sonuç itibarıyla fiil, izin normunun sınırı dışına taşmıştır. Yani olayda aktüel değil, potansiyel bir hukuka uygunluk nedeni vardır. Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın özel bir görünüşüdür; sınırın aşılmasında potansiyel olarak bir hukuka uygunluk nedeni vardır; bu yüzden kanun koyucu sınırın aşılmasını TCK m. 27’de özel olarak düzenlenmiştir. Olayda, kolluk görevlisinin kaçınılmaz bir hata sonucu görevin ifası hukuka uygunluk nedeninin sınırını aştığı açık bir şekilde ortadadır; bu yüzden Yargıtay’ın kararında TCK m. 27/1’i esas almaması, bu konuda hiçbir değerlendirme yapmadan kolluk görevlisinin kanun hükmünü yerine getirdiğinden bahisle hüküm kurması isabetli olmamıştır. Belirtilen nedenlerle, ilk derece mahkemesinin bu olayla ilgili olarak yapmış olduğu ve Yargıtay’ın söz konusu kararında zikredilen, “*polis memuru olan sanığın olay sırasında görevi gereği kanun hükmünü yerine getirdiği ancak bu sırada kastı olmaksızın görev sınırını aştığı*” şeklindeki hukuki nitelemenin doğru olduğunu düşünüyoruz.

Bazı somut olaylarda ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın kastı engellediğini ileri süren görüş, somut olay adaletiyle daha uyumludur. Failin cezalandırılması yerine ortaya çıkan zararın tazmin edilmesinin daha adil olduğu durumlarda bu görüş daha işlevsel olmaktadır; zira bu tür durumlarda Saf Sübjektif Teori esas alınır, fiil hukuka uygun olacağından fail aleyhine tazminata hükmedilememektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 31.10.2017 tarihli kararında, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı engellediğini kabul etmiştir:

Sanığın görev ve sorumluluğunun kendisine verilen talimatlar doğrultusunda iş makinasını kullanmakla sınırlı olması, yol genişletme çalışmasını kendisine verilen etüt çalışma planı doğrultusunda gerçekleştirmesi ve bu etüt planında katılanın arazisinin çalışma alanı içerisinde gösterilmesi karşısında; çalışma sınırlarına dâhil edilen arazilerin sahiplerinin müdahaleye rızalarının olup olmadığını ayrıca araştırma ve sorgulama yükümlülüğü bulunmayan sanığın bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre unsurları da nazara alındığında; sanığın katılanın arazisinde çalışma yapılması konusunda rızası bulunduğu dair TCK’nun 30/3. maddesi anlamında kaçınılmaz bir hataya düştüğü ve bu kaçınılmaz hatanın atılı mala zarar verme

*suçuna yönelik kastını ortadan kaldırdığı anlaşıldığından, hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği kabul edilmelidir.*⁷³⁰

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda Cumhuriyet dönemi Türk hukuk tarihinin en önemli olayı, 2011 yılında Şırnak'ın Uludere ilçesinde yaşanmıştır. Olayın bu derece önemli olmasının nedeni, 34 kişinin hayatını kaybetmesidir. 28.12.2011 tarihinde Şırnak'ın Uludere ilçesine bağlı Ortasu köyünde kaçakçılık yapan 34 sivil, bölücü terör örgütü mensupları oldukları zannıyla TSK'nın düzenlediği hava operasyonunda hayatını kaybetmiştir. 03.01.2012 tarihinde Başbakanlık tarafından olayda hayatını kaybedenlerin ailelerine tazminat ödeneceği duyurulmuştur. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı, 11 Haziran 2013'de dosya hakkında "görevsizlik" kararı vererek dosyayı Genel Kurmay Başkanlığı Askeri Savcılığına göndermiştir. Genelkurmay Başkanlığı Askeri Savcılığı, 7 Ocak 2014 tarihinde;

*"gerek şüphelilerin gerekse olayda görev yapan diğer TSK personelinin, TBMM ve Bakanlar Kurulu kararları çerçevesinde kanunun emrini icra kapsamında kendilerine verilen görev gereklerini yerine getirdikleri, görev gereklerini yerine getirirken kaçınılmaz hataya düştükleri, dolayısıyla eylemleri hakkında kamu davası açılmasını gerektiren bir sebep bulunma[dığı]" gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermiştir.*⁷³¹

Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz üzerine Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi;

"grubun gerçekten de bölücü terör örgütü mensupları çıkması halinde terörle mücadele kapsamında önleyici meşru müdafaa olarak değerlendirileceği ve hukuka uygunluk sebebi teşkil edeceği, dolayısıyla söz konusu grubun silahlı bir terörist grup olduğu yönünde hataya düşen görevlilerin TCK'nun 30.

⁷³⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 31.10.2017, E. 2014/259, K. 2017/449, Lexpera, E.T. 27.05.2021.

⁷³¹ Genel Kurmay Başkanlığı Askeri Savcılığı, 06.1.2014, E. 2013/404, K. 2014/1.

maddesi kapsamında cezalandırılmayacakları” gerekçesiyle, itirazın reddine karar vermiştir.⁷³² Karar oy çokluğu ile alınmıştır.

Mahkeme başkanı, “*kararın kısa vadede maslahata ve kamu yararına uygun gözüke de uzun vadede mülkün temeli olan adalet duygusuna ve devlete zarar vereceğini*” ileri sürerek karara muhalif kalmıştır. Daha sonra bireysel başvuru yolu işletilerek Anayasa Mahkemesine gidilmiş, Anayasa Mahkemesi, 24.02.2016 tarihinde, “*dosyanın incelenebilmesi için gerekli ve temel nitelikteki belgelerin süresinde verilmediği ve geçerli bir mazeret de sunulmadığı gerekçesiyle başvurunun, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin reddine*” oy çokluğu karar vermiştir.⁷³³ Anayasa Mahkemesinin bir üyesi;

*Otuzdört Türk vatandaşının kamu gücü tarafından yanarak ve parçalanarak ölümüne sebebiyet verildiği başvuru konusu olayda 34 kez yaşam hakkı ihlali ve buna bağlı insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele iddialarının son ulusal inceleme yeri Anayasa Mahkemesi olacaktır. Bu nedenle bu konuda işin esasının önemine binaen şekil şartlarının azami derecede esnek yorumlanması hakkaniyete daha uygun düşeceği, başvuru avukatının nesnel koşullardan da kaynaklanmış olabilecek süre aşımının, getirdiği rapor olumlu değerlendirilerek geçerli mazeretten kaynaklandığının kabulü ile işin kabul edilebilirlik ve esas incelemesine geçilmesi gerekirdi gerekçesiyle karşı oy kullanmıştır.*⁷³⁴

Son olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru da mahkeme tarafından iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle, 17 Mayıs 2018 tarihinde red edilmiştir.⁷³⁵

Anayasa Mahkemesi ve daha sonradan işletilmiş olsaydı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu olayla ilgili vereceği karar şüphesiz hukuka uygunluk nedenlerinin

⁷³² Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi, 11.6.2014, K. 2014/131.

⁷³³ Anayasa Mahkemesi, 24.02.2016, Başvuru No: 2014/11864, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2021.

⁷³⁴ Anayasa Mahkemesi, 24.02.2016, Başvuru No: 2014/11864, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2021.

⁷³⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17.05.2018, Başvuru No. 49976/16, Hudoc, E.T. 22.05.2021.

maddi unsurlarında hata konusunda Türk hukuku bakımından hem emsal olacak hem de literatürün gelişmesine büyük katkıda bulunacaktır.

Kanaatimizce, *Uludere* olayında adil olanla en uyumlu olan çözüm, Katı Kusur Teorisinin ileri sürdüğü görüştür. *Uludere* olayında hatanın kaçınılmaz olması durumunda ilgiler hakkında *ceza verilmesine yer olmadığı* hükmü verilmesi ve ölenlerin yakınları lehine tazminata hükmedilmesi gerekirdi. Netice itibarıyla hata sonucu 34 kişinin hayatını kaybettiği bir olayın büyük bir ahlaki kalıntısı vardır. Kanaatimizce, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda ileri sürülen teoriler arasında bunu en iyi yansıtan teori, Katı Kusur Teorisidir.

Yargıtay'ın -bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla- hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada Katı Kusur Teorisini esas aldığı herhangi bir kararı yoktur. Kaçınılmaz hatada Yargıtay yukarıda da ifade ettiğimiz üzere somut olayın niteliğine göre Sınırlı Kusur Teorisini ya da Saf Sübjektif Teoriyi esas almaktadır. Kaçınılabilir hatada ise, Yargıtay'ın Katı Kusur Teorisini esas aldığı kararları vardır.

Örneğin, Yargıtay, 20.12.2011 tarihli bir kararında, cinsel saldırı ve hürriyetten yoksun bırakma suçlarına ilişkin olarak, rıza hukuka uygunluk nedeninin koşullarında kaçınılabilir hatada failin sorumlu olacağını belirtmiştir. Cinsel saldırı ve hürriyetten yoksun bırakma suçları taksirle işlenen suçlar olmadığına göre Yargıtay'ın burada kast ettiği failin kasıtlı suç dolayısıyla sorumlu olacağıdır:

Uyuşmazlık konusu ile bağlantılı olarak, 18 yaşını tamamlamış ancak rıza açıklama ehliyetine sahip bulunmayan bir kişinin, cinsel davranışlar ile bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlükleri yönünden açıkladığı rızasının eylemi hukuka uygun hale getirdiğinden söz edilemeyeceğinden, eylemi gerçekleştiren kişinin mağdurun rıza açıklama ehliyetinin bulunmadığını bilip bilmediğinin ve bu konuda 5237 sayılı TCY'nın 30/3. maddesi uyarınca hataya düşüp düşmediğinin belirlenmesi gerekecektir. Sanık, mağdurun rıza ehliyeti olmadığını bilememesi nedeniyle hukuken geçerli bir rızanın bulunduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüğünde bu yanılığdan yararlanacaktır. Buna

karşılık hatanın kaçınılabılır olduğu hallerde cezai sorumluluğun varlığı kabul edilecektir.⁷³⁶

Yukarıdaki kararlar çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada, Yargıtay'ın, somut olay adaletine göre, Sınırlı Kusur Teorisini ya da Saf Sübjektif Teoriyi; kaçınılabılır hatada ise kasıtlı bir haksızlığın varlığını kabul ettiği için Katı Kusur Teorisini esas aldığı sonucuna ulaşılmaktadır.

C. Teorik Çerçeve

1. Saf Sübjektif Teori

a. Genel Olarak

Saf Sübjektif Teoriye göre, bir hukuka uygunluk nedeninin dış dünyada objektif koşulları gerçekleşmemesine rağmen fail ilgili koşulların gerçekleştiğine inanıyorsa ve inancı makulse (kaçınılmazsa), fiil hukuka uygundur; yani fiilin hukuka uygun

⁷³⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.12.2011, E. 2011/230, K. 2011/273, Lexpera, E.T. 26.05.2021.

Benzer bir karar için bkz.: “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait unsurların gerçekleştiği hususunda hataya düşmekte dikkatsiz ve özensiz davrandığının tespit edilmesi durumunda fail, fiilden dolayı kasten mi sorumlu olacaktır? Örneğin, fail biraz daha dikkat etmiş veya özenli davranmış olsaydı kendisine yönelmiş bir saldırının olmadığını anlayabilecekken, karşısındaki kişiye saldırarak o kişinin ölümüne veya yaralanmasına yol açtığı takdirde, dikkatsizliği veya özensizliği yüzünden düştüğü hata nedeniyle fiilin kasıtlı şeklinden mi sorumlu tutulacaktır? Kanun’un madde gerekçesindeki “Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır” şeklindeki açıklama karşısında, Kanun koyucu tarafından Kanun’un 30. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen durumlarda hataya düşülmesinin “kaçınılmaz” olması şartının arandığı, hataya düşmekte kusurlu olması hâlinde ise failin kasten sorumlu tutulmak istendiği, anlamına geldiği savunulmuştur. (...) Şehir merkezine uzaklığı nedeniyle site ve çevresinde zaman zaman hırsızlık olaylarının meydana geldiği, olaydan 14 gün önce de sanık ve ailesi evde bulunduğu sırada içeri giren kişi veya kişilerce sanığın yatak odasında bulunan pantolonunun cebinden yaklaşık 400 TL tutarında paranın çalındığı, (...) olay gecesine eve yorgun gelen sanığın saat 00.30 sıralarında uyumak amacıyla ikametinin 1. katındaki yatak odasına gittiği, maktulün yatağın sağ tarafına, sanığın ise yatağın sol tarafına yattığı, sabah saat 04.00 sıralarında sanığın dışarıdan sızan ışığın etkisi ile alaca karanlık olan yatak odası penceresinden ses geldiğini duyması üzerine, tedbir amacıyla yastığının altında muhafaza ettiği yarı otomatik tabancasını perde ile kapatılmış pencereye doğrultarak yaklaşık 4 metre mesafeden 13 kez tetiğe basarak silahının şarjöründe bulunan 13 merminin hepsini tek tek ateşlediği... sanığın bu hatasının kaçınılmaz nitelikte bir hata olmadığı, sanığın TCK’nın 30. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait unsurların gerçekleştiği hususundaki hata hükmünden yararlanamayacağı kabul edilmelidir. (...) sanığın, kasten öldürme suçunun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek hareket etmiş olması nedeniyle öldürme suçunu olası kastla değil fakat doğrudan kastla işlediği...”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 07.11.2019, E. 2018/27, K. 2019/644, Lexpera, E.T. 26.05.2021.

olabilmesi için hukuka uygunluk nedeninin objektif koşullarının gerçekleşmesi zorunlu değildir.

Kanaatimizce, mevcut 5237 sayılı Kanun döneminde Türk öğretisinde Saf Sübjektif Teorinin kabul görmesinin nedenlerinden birisi, 765 sayılı Kanun döneminden kalma alışkanlıktır; zira 765 sayılı Kanun döneminde öğretideki birçok yazar tarafından benimsenen bu görüş, Yargıtay kararlarında da esas alınmıştır.⁷³⁷ 765 sayılı Kanun döneminde bu görüşün kabul görmesinin nedeni ise, 765 sayılı Kanunun, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunundan iktibas edilmesi ve öğretideki yazarların çalışmalarında İtalyan öğretisinin etkisinde kalmalarıdır.⁷³⁸

Saf Sübjektif Teorinin mevcut 5237 sayılı Kanun döneminde öğretide taraftar bulmasının bir diğer nedeni, TCK m. 30/3'ün lafzıdır. Düzenlemenin lafzında hatanın kaçınılmaz olması halinde fail *“hatasından yararlanır”* denmektedir. Aynı ifade suçun nitelikli hallerinde hatayı düzenleyen TCK m. 30/2'de de yer almaktadır. TCK m. 30/2'ye göre, *“bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”*. Öğretide, suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali somut olayda varsa ve fail tarafından bilinmiyorsa ya da somut olayda hafifletici neden yoksa ve fakat fail tarafından var zannediliyorsa, hafifletici nitelikli halin fail hakkında uygulanacağı kabul edilmektedir.⁷³⁹ Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazarlar, TCK m. 30/3'te yer alan *“hatasından yararlanır”* ifadesini, TCK m. 30/2'de yer alan *“hatasından yararlanır”* ifadesi ile aynı anlamda yorumlamaktadır; nasıl ki TCK m. 30/2'ye göre fail var olmasına rağmen bilmediği ya da yok olmasına rağmen var zannettiği hafifletici nedenden yararlanmakta ve cezası buna göre belirlenmektedir; hukuka uygunluk

⁷³⁷ “Öğretide de kabul gördüğü gibi, Yasanın 461. maddesinde [bu madde konutta ve işyerinde meşru savunmayı düzenlemektedir] yer alan koşulların olayda gerçekleştiğini varsaymak, esaslı bir fiili yanılma halindeki hukuka uygunluk sebebinin varlığını burada da kabul etmek gerekir”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 23.11.1999, E. 1999/271, K. 1999/287, Lexpera, E.T. 12.11.2021.

⁷³⁸ 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 59. maddesinin son fıkrasına göre; *“fail cezayı bertaraf eden sebeplerin varlığına hata ile inandığı takdirde, bu sebepler daima onun lehine olarak nazara alınır. Ancak, taksirden doğan bir hata söz konusu olduğunda, fiil kanunen taksirli bir cürüm olarak öngörülmüşse, cezalandırılabilme bertaraf edilmiş olmaz”*, aktaran: Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Cilt 2, 26.

⁷³⁹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 433; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 263-264; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 464; Akbulut, *Genel Hükümler*, 380; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 590-591.

nedenlerinin maddi unsurlarında hatada da fail hataya düştüğü hukuka uygunluk nedeninden yararlanmalı ve fiil hukuka uygun olmalıdır.

Saf Sübjektif Teoriye göre, failin iç dünyasındaki gerçeklik ile dış dünyadaki objektif gerçeklik arasındaki çelişki, hatanın kaçınılmaz olduğu durumlarda failin iradesi lehine çözümlenmeli ve failin zihnindeki gerçeklik dış dünyadaki objektif gerçekliğin yerini almalıdır. Örneğin, fail mağdurun fiile rıza gösterdiğini zannetmişse ve hatası kaçınılmazsa ya da fail bir saldırının var olduğunu zannetmişse ve hatası kaçınılmazsa, failin hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir.

Saf Sübjektif Teori bu tezini iki temel argümana dayandırmaktadır:

(1) İzin normları (hukuka uygunluk nedenleri), davranış normlarının bir kategorisidir; davranış normları davranışa muhatabının iradesinin olduğu anda rehber olabilir; bu yüzden failin iradesinin olduğu andaki koşullar dikkate alınmalıdır. *Failin yerinde makul bir insan olsaydı failin inandığına inanırdı* denebilen durumlarda failden daha fazlasını bilmesini istemenin bizatihi kendisi haksızdır.⁷⁴⁰

(2) Failin iradesinin olduğu an esas alındığında hataya düşen fail ile hataya düşmeyen fail arasında moral bakımdan hiçbir farklılık yoktur; *ex-post* bir değerlendirme ile iki fail arasında ayırım yapılmamalıdır.⁷⁴¹

Örneğin, (B), (A)'ya silahını doğrultur ve onu öldüreceğini söyler. (B), tam tetiğe basacağı anda (A) daha erken davranır ve (B)'yi öldürür. Olay anındaki fotoğraf budur. (A)'nın meşru savunmanın unsurlarının oluşup oluşmadığı konusundaki inancı zorunlu olarak bu zaman dilimi içerisinde şekillenmektedir. *Ex-ante* bir değerlendirme yapıldığında, yargıç da dâhil olmak üzere her makul kişi olay anında (A)'nın inandığına inanır. Asıl haksız olan, olay anında fail tarafından bilinmesi beklenmeyen ve *ex-post* bir değerlendirmeyle tespit edilebilen gerçekliklere -örneğin (B)'nin elinde oyuncak silah olması- dayanılarak faile haksızlığın isnat edilmesidir.⁷⁴² Çünkü böyle bir

⁷⁴⁰ Husak, "Criminal Liability of Accessories", 508; Baron, "Justifications and Excuses", 399; Stewart, "Role of Reasonableness", 336; Greenawalt, "The Perplexing Borders", 1908-09.

⁷⁴¹ Husak, "Criminal Liability of Accessories", 516; Baron, "Justifications and Excuses", 402.

⁷⁴² (B)'nin silahı gerçek olsaydı gerçekleşmesi muhakkak bir saldırının varlığı dolayısıyla fail meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanırdı.

haksızlık anlayışında fail her şeyi bilen insanüstü bir varlıkla kıyaslanmaktadır. Olması gereken, değerlendirme yaparken normun davranışı yönlendirme işlevini ve davranışın moral karakterini dikkate almaktır. Böyle bir değerlendirmenin zorunlu koşulu failin iradesinin olduğu anın esas alınmasıdır.

Türk öğretisinde Saf Sübjektif Teoriyi kabul eden yazarlar arasında hatanın kaçınılmaz olması durumunda fiilin hukuka uygun olduğu konusunda uzlaşmakla birlikte kaçınılabılır hatanın hukuki sonucu söz konusu yazarlar arasında tartışmalıdır.

Öztürk/Erdem'e göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılabılırse, hatanın sorumluluğa bir yansıması olmayacak ve fail kasıtlı suçtan sorumlu olacaktır.⁷⁴³ Öztürk/Erdem'e göre, kanundaki düzenleme dolayısıyla Türk hukukundaki durum budur; yazarlara göre olması gereken açısından kanuni düzenleme yerinde değildir.⁷⁴⁴ Yazarlar olması gereken açısından görüşlerini açık bir şekilde ortaya koymamışlardır.

Demirbaş'a göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılabılır bir hata ise, fail taksirli suçtan sorumlu olur.⁷⁴⁵

Zafer'e göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılabılır bir hata ise, fail kasıtlı suçtan kusuru oranında sorumlu olur.⁷⁴⁶ Yazar, kaçınılabılır hatada failin kusuru oranında sorumlu olacağını kabul ettiği için kaçınılmaz hatada Saf Sübjektif Teoriyi, kaçınılabılır hatada ise aşağıda üzerinde duracağımız Katı Kusur Teorisini savunmaktadır:

⁷⁴³ Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 481.

⁷⁴⁴ Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 239.

⁷⁴⁵ Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294. Aynı yönde bkz. Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Soyaslan, *Genel Hükümler*, 405-406; Gerçekler, *Yorumlu ve Uygulamalı*, 457.

⁷⁴⁶ Zafer, *Genel Hükümler*, 417. Aynı yönde bkz. Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, 304-306; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 268. Tunç'a göre, "olması gereken", bu türden bir hatanın kastı engellemesidir; ancak TCK m. 30/3 karşısında "olan", hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada davranışın hukuka uygun olmasıdır. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise yazara göre fail kasıtlı suçtan kusurunun ağırlığına göre sorumlu olur.

b. Teorik Esası

Saf Sübjektif Teori, hukuka uygunluk nedenlerinin salt objektif nitelikte olduğunu ileri süren Objektif Teorinin zıttıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğunu ileri süren görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru yoktur; somut olayda fiil objektif olarak hukuka uygundur ya da değildir; failin sübjektif durumunun hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı ya da yokluğu üzerinde herhangi bir etkisi yoktur.⁷⁴⁷ Saf Sübjektif Teori ise hukuka uygunluk nedenlerini failin sübjektif gerçekliğine indirgemektedir; dış dünyada objektif unsurları gerçekleşsin ya da gerçekleşmesin fail fiilinin hukuka uygun olduğuna inanmıyorsa, fiil hukuka aykırıdır. Hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurlarındaki eksiklik dolayısıyla gerçekte fiil hukuka uygun olmasa dahi, fail fiilinin hukuka uygun olduğuna inanıyorsa ve inancı makulse, fiil hukuka uygundur.⁷⁴⁸ Örneğin, kolluk, uyuşturucu çetesine operasyon düzenler ve çatışma yaşanır. Kolluk görevlisi (M), ara sokağa kaçan bir çete üyesini takip eder. Sokakta ilerleyen (M), bir an duvara yansımış bir insan silüeti fark eder. (M), silüetten hemen arkasında biri olduğunu ve kafasına silah doğrulttuğu görür. (M), kendisini korumak için ateş eder. (M)'nin ateş ettiği çete üyesi değil, bir akıl hastasıdır ve elinde silah yoktur (eliyle silah gölgesini taklit etmiştir).⁷⁴⁹ Objektif Teoriye göre, örnekte meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları oluşmadığı için (M)'nin fiili hukuka uygun değildir. Saf Sübjektif Teoriye göre, fiilin hukuka uygun

⁷⁴⁷ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 21; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 84; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 223; Taner, *Umumi Kısım*, 395; Toroslu, *Genel Kısım*, 160; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Zafer, *Genel Hükümler*, 362; Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 203; Ekici Şahin, Rıza, 175; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 289; Dursun, Bozbayındır, “Manevi Unsurları Meselesi”, 86-87; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 427; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 288; Uğraş, “Hukuka Uygunluk”, 411; Robinson, “Objective Versus”, 344; Moore, *Placing Blame*, 65-6; Schopp, *Just Conviction*, 35; Hurd, “Justification and Excuse”, 1565-7.

⁷⁴⁸ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26-27; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 86; Özen, *Meşru Müdafaa*, 148 vd.; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294; Zafer, *Genel Hükümler*, 417; Fried, *Right and Wrong*, 48; Baron, “Justifications and Excuses”, 398; Duff, “Rethinking Justifications”, 840; Husak, “Criminal Liability of Accessories”, 508; Stewart, “Self-Defence”, 333; Segev, “Justification, Rationality”, 44; Dressler, “New Thoughts”, 93; Russell Christopher, “Objectivity”, 545-546; Ripstein, *Equality*, 139; Greenawalt, “Perplexing”, 1907-1909.

Objektif Teoriyi savunan Türk öğretisindeki bazı yazarlara, Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazarlar arasında da yer vermemizin nedeni, hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorununda Objektif Teoriyi savunan yazarların, kanaatimizce çelişkili olarak, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata meselesinde Saf Sübjektif Teoriyi savunmalarıdır.

⁷⁴⁹ Örneğin orijinal hali için bkz. Thomas Morawetz, “Reconstructing The Criminal Defenses: The Significance of Justification”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77/2 (1986): 287.

olup olmadığı değerlendirmesi failin iradesinin olduğu ana göre yapılmalıdır. Bu ana gidiğinde, *failin yerinde dikkatli ve özenli bir kimse olsaydı gerçeği yine failin algıladığı gibi algıladı* denebilen durumlarda fiil hukuka uygundur.⁷⁵⁰

Objektif Teori, dış dünyadaki objektif gerçekliği referans aldığı için “doğru”; Saf Sübjektif Teori ise normatif bir değerlendirmeyi esas aldığı için “haklılık” kavramı ile ilişkilidir.⁷⁵¹ İnanışın doğru olup olmadığı değerlendirmesi, inanışın haklı olup olmadığı değerlendirmesinden farklıdır; ilki doğa bilimleri ile, ikincisi ise normatif disiplinlerle ilgilidir.⁷⁵² Genel olarak kabul edildiği üzere inanış dış dünyadaki objektif gerçeklik ile uyumlu ise doğru; değilse yanlıştır.⁷⁵³ İnanışın haklı olup olmadığı konusundaki ölçüt ise inanışın dayandığı gerekçelerdir.⁷⁵⁴ Bir önermeyle formüle etmek gerekirse, X’e inanmak için makul nedenler varsa ve (A) bu nedenlere dayanarak X’e inanmışsa, (A), X’e inanmakta haklıdır. (A)’nın inanışı makul ve objektif gerçeklik ile örtüşüyorsa doğru ve haklı; örtüşmüyorsa yanlış fakat haklıdır. Sonuç olarak inanış bağlamında doğru ve haklılık kavramları birbirlerinden ayrılabilirler.

Salt süje açısından meseleye yaklaşıldığında ise, “doğru” ve “haklılık” kavramları birbirlerinden ayrılamazlar.⁷⁵⁵ Süje, inanışının doğru olduğuna inanır; aksi durumda zaten bir inanıştan söz edilemez; insan, yanlış olduğunu bildiği bir şeyin doğru olduğuna inanamaz.⁷⁵⁶ Süjenin inanışının doğru olduğuna inanmasının nedeni, dayandığı gerekçelerin de doğru olduğuna inanmasıdır.⁷⁵⁷ Dolayısıyla süje bakımından fiil anında hem dayandığı gerekçeler, hem de bu gerekçelere dayandırdığı inanış doğrudur. “Doğru” ve “haklılık” kavramları birbirlerinden süje dışındaki kişilerin (ve fiil sonrası süjenin bizzat kendisinin) yapacağı değerlendirmeye ayrılır.⁷⁵⁸

⁷⁵⁰ Baron, “Justifications and Excuses”, 402.

⁷⁵¹ Duff, “Rethinking Justifications”, 833.

⁷⁵² Duff, “Rethinking Justifications”, 833; Baron, “Justifications and Excuses”, 387.

⁷⁵³ Patterson, *Law and Truth*, 5; Vardy, *What is Truth?*, 5; Coleman, “Truth”, 38.

⁷⁵⁴ Duff, “Rethinking Justifications”, 833.

⁷⁵⁵ Duff, “Rethinking Justifications”, 834.

⁷⁵⁶ Peels, “Response to Critics”, 636; Hartford, “Moral and Factual”, 1089; West, “Doxastic Involuntarism”, 37.

⁷⁵⁷ Duff, “Rethinking Justifications”, 834.

⁷⁵⁸ Duff, “Rethinking Justifications”, 834.

Fail, somut olayda bir hukuka uygunluk nedenlerinin unsurlarının gerçekleştiğine inanıyorsa ve gerçekten de ilgili hukuka uygunluk nedeninin unsurları somut olayda gerçekleşmişse, inanış, hem doğru hem de haklıdır. Fail, somut olayda bir hukuka uygunluk nedenlerinin unsurlarının gerçekleştiğine inanıyorsa ve fakat gerçekte ilgili hukuka uygunluk nedeninin unsurları gerçekleşmemişse, failin inanışı yanlıştır. Bu ihtimalde inanışın haklı olup olmadığı meselesi, failin dayandığı gerekçelere göre belirlenir. Failin aktüel olarak bildiği, içinde bulunduğu koşullar itibarıyla bilmesi gereken ise; başka bir ifadeyle failden daha fazlasını bilmesi beklenmiyorsa, failin inanışı haklıdır. Failin inanışı haklıysa, fiil hukuka uygundur.⁷⁵⁹ Örneğin, hafta sonu şehir merkezinden oldukça uzakta olan yazlığına dinlenmeye giden doktor (A), kalp hastası olduğunu bildiği komşusu (B)'nin, aracının içerisinde hareketsiz olduğunu fark eder. (B)'ye seslenir; aracın camına vurur; ancak (B) tepki vermez. (A), aracın camını kırar.

Örneği iki farklı ihtimale göre değerlendirdiğimizde:

- 1- (B), hastalığı dolayısıyla kendinde değildir.
- 2- (B), aldığı alkolün etkisi ile kendinde değildir.

Birinci ihtimalde, (A)'nın inanışı hem doğru hem de haklıdır. (A), hukuka uygunluk nedeninden yararlanır. İkinci ihtimalde (A)'nın inanışı yanlıştır; ancak makul olduğu için haklıdır.

Üzerinde durulması gereken ikinci ihtimaldir. Örnekte, mala zarar verme suçunun tipinin objektif unsurları gerçekleşmiştir ve fail bu durumu bilmektedir. Dolayısıyla failin cezalandırılmamasının nedeni, fiilin tipik olmaması değildir.⁷⁶⁰ Failin cezalandırılmamasının nedeni, failin kusurunun olmaması da değildir. Zira, kusuru etkileyen nedenlerde hukukun failden beklentisi haksızlıktan kaçınmasıdır. Örnekte, hukukun topluma vereceği mesaj şüphesiz bu değildir; aynı durumdaki her doktordan aynı şekilde davranması beklenir.⁷⁶¹ Doktor, yapması gerekeni yapmıştır. Yapılması

⁷⁵⁹ Fried, *Right and Wrong*, 48; Ripstein, *Equality*, 139; Baron, “Justifications and Excuses”, 398; Duff, “Rethinking Justifications”, 840.

⁷⁶⁰ Duff, “Rethinking Justifications”, 837 vd.

⁷⁶¹ Duff, “Rethinking Justifications”, 840; Baron, “Justifications and Excuses”, 402.

gerekenin yapılması ya da yapılmasına izin verilenin yapılması, haksızlık olarak nitelenemez.⁷⁶² Faili daha sonradan yargılayan hâkim, fiil anında failin yanında bulunmuş olsaydı ve fail ne yapması gerektiğini hâkime sormuş olsaydı, hâkimin vereceği yanıt, şüphesiz failin camı kırması ve (B)’ye yardım etmesi olacaktı.⁷⁶³ Hâkim, faili fiili dolayısıyla yargıladığı ve fiilin haksız olup olmadığına ilişkin değerlendirmede fiil anındaki koşulların dikkate alınması gerektiği için örnekteki fiilin haksız olduğu ileri sürülemez.

Saf Sübjektif Teorinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada fiilin hukuka uygun olduğunu kabul etmesinin en temel nedeni, hukuka uygunluk nedenlerinin normatif statüsüdür. Hukuka uygunluk nedenleri, yasağa ya da emire istisna getiren izin normlarında tasvir edilirler. İzin normları davranış normlarının bir kategorisidir.⁷⁶⁴ Bütün davranış normlarının ve dolayısıyla izin normlarının da varlık nedeni hukuki değerleri korumaktır. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarındaki eksiklik dolayısıyla tipik fiilin her durumda haksız sayılması, izin normlarının vazedilme nedeniyle bağdaşmaz. Bu sakıncanın en bariz olduğu hukuka uygunluk nedeni, üçüncü kişi lehine meşru savunmadır. Üçüncü kişi lehine meşru savunmanın temel fonksiyonu, tehlike altında olan hukuki değerlerin kamu otoritesi ve mağdur tarafından korunamadığı durumlarda diğer kimseler tarafından korunmasını sağlamaktır. Meşru savunmada, saldırıya maruz kalan hakkı korumak için çoğunlukla ani karar vermek gerekir. Fiilin hukuka uygunluğu bakımından makul inanış yeterli olmadığında, üçüncü kişiler meşru savunmanın unsurlarının gerçekleştiğinden emin olmadıkları durumlarda saldırıya maruz kalan hakkı savunmaktan imtina edebilirler.⁷⁶⁵

Bu argüman, kural faydacı ahlak anlayışının bir yansımasıdır. Faydacı ahlak teorileri, kural faydacı ve eylem faydacı teoriler olmak üzere ikiye ayrılırlar.⁷⁶⁶ Eylem

⁷⁶² Stewart, “The Role of Reasonableness”, 336; Baron, “Justifications and Excuses”, 399.

⁷⁶³ Duff, “Rethinking Justifications”, 840.

⁷⁶⁴ Kazimierz Opalek, “Norm and Conduct, the Problem of the ‘Fulfillment’ of the Norm”, *Logique et Analyse*, 14/53-54 (1971): 111; Zhisheng Huang, Michael Masuch, “The Logic of Permission and Obligation”, *Logique et Analyse*, 38/119 (1995): 55-74.

⁷⁶⁵ Husak, “Criminal Liability of Accessories”, 508.

⁷⁶⁶ Geoffrey Scarre, *Utilitarianism* (New York and London: Routledge, 1996), 123 vd.

faydacı anlayışa göre, bir fiilin haksızlığı ya da haklılığı neticesine göre belirlenir; olasılıklar arasından en faydalı neticeye yol açan davranış haklıdır.⁷⁶⁷ Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada ortaya çıkan netice, örneğin meşru savunmada bir saldırının var olduğu zannıyla masum bir kişinin öldürülmesi, zararlıdır. Bu yüzden eylem faydacı anlayışa göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hata kaçınılmaz dahi olsa, fiil haksızdır. Kural faydacı görüşe göre ise, suyle aynı durumdaki kişilerin süjenin davrandığı gibi davranması durumunda ortaya çıkan toplam netice daha faydalı ise, süjenin davranışı haklıdır.⁷⁶⁸ Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada fiilin hukuka aykırı olduğunun kabul edilmesi durumunda, mağdur ve üçüncü kişiler, ilgili hukuka uygunluk nedeniyle korunmak istenen hakkı korumaktan imtina edecekleri için toplam zararın daha büyük olacağını ileri sürmektedirler; bu yüzden Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazarlar, kural faydacıdır.⁷⁶⁹

Normun davranışa ölçü olabilmesi için normun davranış hakkındaki değer hükmünün faile fiil anında ulaşması gerekir. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin unsurlarının gerçekleştiğini bilen faille, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin unsurlarının gerçekleştiğine makul olarak inanan fail arasında moral bakımdan bir fark yoktur. İki failin iradesinin oluştuğu ana göre bir değerlendirme yapılırsa, fiilin yapıldığı anda iki failin fiilinin de bir haksızlık teşkil etmediği sonucuna ulaşılır.⁷⁷⁰ Örneğin, komşu olan (A) ve (B), yalnız yaşayan iki kadındır. (A), gece yüzü maskeli bir erkeğin pencereden girmeye çalıştığını görür. Aynı durumu aynı saatte tesadüfen (B) de yaşar. (A), eve girmeye çalışan erkeği pencereden iter ve yaralanmasına neden olur. (B) de evine girmeye çalışan erkeği pencereden iter ve yaralanmasına neden olur. Fiilin gerçekleştiği ana gidildiğinde, (A) ve (B)'nin fiilleri arasında hiçbir farklılık yoktur. Sonradan, (A)'nın evine girmeye çalışanın (A)'nın askerde olan ve karısına sürpriz yapmak isteyen kocası olduğunun ortaya çıkması,

⁷⁶⁷ Scarre, *Utilitarianism*, 123; Donald C. Emmons, "Act vs Rule-Utilitarianism", *Mind*, 82/ 326 (1973): 226.

⁷⁶⁸ Scarre, *Utilitarianism*, 123; Emmons, "Act vs Rule", 226.

⁷⁶⁹ Stewart, "The Role of Reasonableness", 331.

⁷⁷⁰ Finbarr McAuley, "The Theory of Justification and Excuse: Some Italian Lessons", *The American Journal of Comparative Law*, 35/2 (1987): 371-372.

(A)'nın bir haksızlık gerçekleştirdiği anlamına gelmez. Failden bilebileceğinin ötesindeki bir şeyi bilmesi beklenemez.⁷⁷¹

Hukuka uygunluk nedenlerinin (izin normlarının) içeriği, “*bilemeyeceğini dahi bilmelisin*” ş olamaz; mantık kuralları gereği, süjenin bu içerikte bir norma göre davranışını yönlendirmesi beklenemez.⁷⁷² Hukuka uygunluk nedenleri; “*içinde bulunduğu koşullarda gerçeği bilmek için elinden gelenin en iyisini yap ve ona göre davran*” şeklinde bir kuralla karakterize edilmelidir.⁷⁷³ Hukuka uygunluk nedenleri ancak bu şekilde anlaşıldığında davranışları yönlendirebilme işlevi görebilir.⁷⁷⁴

Öte yandan hukuka uygunluk nedenleri bağlamında, inanışın “haklı ve doğru” olması ile “yanlış; fakat haklı” olması arasında değer farkı vardır. Türk hukukunda Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazarlar, bu iki durum arasındaki değer farkını yansıtacak bir terminoloji kullanmamaktadır. Anglo-Amerikan öğretisinde, Saf Sübjektif Teoriyi kabul eden yazarlar, bu değer farkını yansıtmak üzere farklı kavramlar kullanmaktadır. Örneğin, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hata da fiil, *Uniacke*'ye göre, “süje perspektifinden” (*agent-perspectival*)⁷⁷⁵; *Baron*'a göre “şeklen” (*formally*)⁷⁷⁶ ve *Hurd*'a göre “epistemik olarak” (*epistemically*)⁷⁷⁷ hukuka uygundur. Yazarların, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatayı, maddi niteliği itibarıyla hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler arasında konumlandığı; fakat bu iki kategori dışında üçüncü bir kategori olmadığı için daha çok benzeştikleri hukuka uygunluk nedenleri kategorisine dâhil ettiklerini söyleyebiliriz. Bu türden bir hatanın iki kategoriye de tam olarak uymamasının nedeni, genel olarak kabul edildiği üzere hukuka uygunluk nedenlerinin fiille, kusuru etkileyen nedenlerin ise faille ilişkili olmasıdır. Hata, sübjektif bir gerçeklik olduğu için faille ilişkilidir. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz

⁷⁷¹ Stewart, “The Role of Reasonableness”, 331.

⁷⁷² Husak, “Criminal Liability of Accessories”, 508.

⁷⁷³ Husak, “Criminal Liability of Accessories”, 508.

⁷⁷⁴ Husak, “Criminal Liability of Accessories”, 508; Ripstein, *Equality*, 138-139.

⁷⁷⁵ Uniacke, *Permissible Killing*, 15 vd.

⁷⁷⁶ Baron, “Justifications and Excuses”, 395.

⁷⁷⁷ Hurd, “Wrongdoing and Culpability”, 1564.

hata, kusuru etkileyen nedenlere benzemektedir.⁷⁷⁸ Fakat, yukarıda da değindiğimiz üzere, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada *ex-ante* bir değerlendirme yapıldığında, failin kendisinden beklenileni yapmış olduğu sonucuna ulaşılır. Kusuru etkileyen nedenlerde ise fail kaçınması gerekeni yapmaktadır. Bu özelliği dolayısıyla da hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hata, hukuka uygunluk nedenlerine benzemektedir. Saf Sübjektif Teoriye savunan yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatanın hukuka uygunluk nedenlerine benzeyen yönünün, kusuru etkileyen nedenlere benzeyen yönünden daha ağır bastığına inandıkları için bu türden bir hata halinde fiilin hukuka uygun olduğunu kabul etmektedirler.

c. Yöneltilen Eleştiriler

Saf Sübjektif Teoriye göre, makul olanın ötesinde bir bilinç seviyesinin failden beklenmesi, adil olmadığı gibi failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaktan imtina etmesine de neden olabilir. Saf Sübjektif Teorinin kural faydacı olan bu yaklaşımı, failin hatası sonucu hakları ihlal edilen kişileri dikkate almadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁷⁷⁹ Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının gerçekleştiği durumda, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının gerçekleşmediği durum arasında değer farkı vardır; Saf Sübjektif Teoriye göre ise, failin inancı makulse, örneğin maruz kaldığı fiile rıza gösteren ile fiile rıza gösterdiği fail tarafından zannedilen ya da saldıran ile fail tarafından saldırdığı zannedilen kişiler ve durumlar arasında hiçbir fark yoktur. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarında eksiklik varsa, unsur eksikliği dolayısıyla fiil hukuka uygun değildir. Failin inancı makulse fail cezalandırılmaz; yani hukuk, failin makul inanışına değer atfetmekte ve faili sorumlu tutmamaktadır. Hukukun makul inanışa verdiği bu önemin hukuki değerleri savunmasız bıraktığı ileri sürülemez.⁷⁸⁰ Hukuk, faili bu tür durumlarda cezalandırmayarak failin makul inanışına değer atfetmelidir; ancak hukuk, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarının gerçekleşmediği durumlarda dış dünyadaki gerçekliğe de değer atfetmelidir. Saf

⁷⁷⁸ Saf Sübjektif Teorinin yaygın olarak savunulduğu Anglo-Amerikan ceza hukukunda Neo-Klasik Suç Teorisi hâkimdir. Neo-Klasik Suç Teorisine göre kast ve taksir, kural olarak, kusurun bileşenleridir.

⁷⁷⁹ Leverick, *Self Defence*, 28.

⁷⁸⁰ Leverick, *Self Defence*, 28.

Sübjektif Teori yalnızca sübjektif gerçekliğe önem verdiği objektif gerçekliği gözardı ettiği için bu dengeden uzaktır.⁷⁸¹

Robinson'a göre, Saf Sübjektif Teori davranış normlarının mantığı ile çelişmektedir.⁷⁸² Bir davranış normu kategorisi olarak hukuka uygunluk nedenleri neyin hukuka uygun olduğunu, dilin müsaade ettiği ve izin normunun niteliğinin elverdiği ölçüde, açık bir şekilde ortaya koymalıdır. Hukuka uygunluk nedenleri failin makul inancına indirgenirse, fail şu önermeye uygun davrandığında fiil hukuka uygun olmaktadır: *“içinde bulunduğun koşullarda gerçeği bilmek için elinden gelenin en iyisini yap ve ona göre davran”*. Hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen normlar, davranış normlarıdır. Dikkat edilecek olursa bahse konu önerme herhangi bir davranışı tasvir etmemektedir; bu yüzden bu önerme, bir davranış normunun içeriğini oluşturamaz; başka bir deyişle hukuka uygunluk nedeni olamaz.⁷⁸³ Söz konusu önerme, isnada ilişkin bir normun (kusuru etkileyen nedenleri düzenleyen normlar) içeriği olabilir.⁷⁸⁴ Isnada ilişkin normlar, meşru ya da gayrimeşru olanı betimlemedikleri için davranışları yönlendirmezler; bu tip normların konusu davranış hakkında verilecek değer hükmüdür.

2. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi

a. Genel Olarak

Suç tipi, pozitif ve negatif unsurlardan oluşur. Suç tipinin pozitif unsurları, haksızlığın gerçekleşmesi için somut olayda bulunması zorunlu olan unsurlardır. Suç tipinin negatif unsurları ise, haksızlığın gerçekleşmesi için somut olayda bulunmaması gereken unsurlardır. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin negatif nitelikteki unsurlarıdır; somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa fiil tipik değildir.⁷⁸⁵ Örneğin, bu görüşe göre, meşru savunma kasten öldürme suçunun tipinin negatif unsurudur; fiilin tipik olması için somut olayda meşru

⁷⁸¹ Leverick, *Self Defence*, 28.

⁷⁸² Robinson, “Competing Theories”, 46.

⁷⁸³ Leverick, *Self Defence*, 28.

⁷⁸⁴ Leverick, *Self Defence*, 28.

⁷⁸⁵ Williams, *The General Part*, 241; Meir Dan-Cohen, “The Actus Reus”, 188; Moore, *Act and Crime*, 179; Huigens, “Fletcher's Rethinking”, 811.

savunmanın koşulları gerçekleşmemelidir; meşru savunma varsa, kasten öldürme suçunun tipi oluşmaz.

Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi, tipe uygunluk, hukuka aykırılık (hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu) ve kusur şeklindeki üç basamaklı suç teorisi yerine, tipe uygunluk ve kusur şeklinde iki basamaklı bir model önermektedir.⁷⁸⁶ Bu modele göre; tipiklik, hukuka aykırılığın bir karinesi değil, bizatihi kendisidir. Fiil tipikse, hukuka da aykırıdır. Hukuka aykırılık unsuru suç tipine dâhil edildiği için haksızlık tipe bütünleşmektedir; fiil tipikse, haksızdır. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa fiil hukuka aykırı olmadığı için değil, tipik olmadığı için haksız değildir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin suç tipinin bir unsuru olarak kabul edilmesinin mantıksal sonucu, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın suç tipinin maddi unsurlarında hataya dönüşmesidir. Dolayısıyla Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, hata kaçınılmaz olsun ya da olmasın, kastı engeller. Fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse ve hata kaçınılabilirse, fail taksirli suçtan sorumlu olur. Hata kaçınılmazsa ya da kaçınılabilir olmakla birlikte fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse, suç niteliğinde bir haksızlıktan söz edilemez. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi bu sonuca kıyas yoluyla değil, hukuka uygunluk nedenlerini suç tipinin unsuru olarak kabul ettiği için doğrudan ulaşmaktadır.

Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı engellemesi, bu tür bir hatanın haksızlığı mı yoksa kusuru mu etkilediği sorusuna tam olarak yanıt vermez. Zira bu sorunun yanıtı kastın kapsamı ile ilgili değil, konumu ile ilgilidir. Kast, kusur içerisinde konumlandırılırsa kastı engelleyen hata, kusuru; kast, haksızlık içerisinde konumlandırılırsa kastı engelleyen hata, haksızlığı etkiler. Bu yüzden Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisini kabul eden yazarlar arasında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı engellediği konusunda fikir birliği olsa da, bu tür bir hatanın haksızlığı mı yoksa

⁷⁸⁶ Abanoz, “Hata”, 127; Erman, “Yanılmanın”, 324.

kusuru mu etkilediği sorusunun yanıtı, kastı konumlandıkları yere göre yazardan yazara farklılık gösterebilir.

Türk öğretisinde, bizim tespit ettiğimiz kadarıyla, Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisini kabul eden yazar yoktur. Türk öğretiline göre; haksızlığın genel unsurları, tipiklik ve hukuka aykırılıktır; fiil ceza normuyla çelişiyorsa tipik; hukukun bütünü ile çelişiyorsa hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılık, suçun tipiklik unsurundan bağımsız bir unsur olarak kabul edildiği için hukuka uygunluk nedenleri de kural olarak tipten bağımsızdır; çünkü suçun hukuka aykırılık unsurunun içeriğini hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu oluşturur. Kural böyle olmakla birlikte, konut dokunulmazlığını ihlal ve hırsızlık suçlarında rızanın yokluğunun suç tipinin unsuru olmasında olduğu gibi bazen hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin unsuru olabilmektedir.⁷⁸⁷ Bu tip suçlarda suç tipinin unsuruna dönüşen hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin esas alınması gerektiği konusunda tereddüt yoktur. Bu istisnai durum dışında Türk hukukundaki hâkim görüşe göre; tipiklik, hukuka aykırılığın karanesidir.^{788,789}

Türk öğretisinde bazı yazarlar tipikliğin hukuka aykırılığın karanesi olduğunu kabul etmekle birlikte hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi ile aynı sonuçlara ulaşmaktadırlar; söz konusu yazarlar, Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin ileri sürdüğü gibi hukuka uygunluk nedenlerini kastın kapsamına dâhil etmekte ve yine Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin ileri sürdüğü gibi hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın kastı engellediğini kabul etmektedirler.⁷⁹⁰

⁷⁸⁷ Tipiklik ve hukuka aykırılık ile ilgili iki farklı rıza türünün olduğu hakkında detaylı bilgi için bkz. Ekici Şahin, *Rıza*, 70 vd.

⁷⁸⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 309; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 196-197; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 202; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 109; Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 296; Hakeri, *Genel Hükümler*, 314; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 422; Akbulut, *Genel Hükümler*, 417.

⁷⁸⁹ Yargıtay da bu görüştedir: “Bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde eylem yasal tanıma uygun olmasına rağmen hukuka aykırı kabul edilemediğinden cezalandırılmayacaktır”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.12.2011, E. 2011/230, K. 2011/273, *Lexpera*, E.T. 10.07.2021.

⁷⁹⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 527; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 301; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593; Akbulut, *Genel Hükümler*, 480; Hakeri, *Genel Hükümler*, 460; Mahmutoğlu, Karadeniz, *Genel Hükümler Şerhi*, 735.

b. Teorik Esası

Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, haksızlığın varlığı bakımından fiilin tipe uygunluğu dışında başka bir unsurun varlığına gerek yoktur; suç tipinde hareket, netice, maddi konu gibi unsurların yanı sıra fiilin hukuk düzeni ile çelişmesine engel olan diğer bütün nedenler de (hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu) yer almaktadır.⁷⁹¹ Örneğin, TCK m. 81/1’de düzenlenen kasten öldürme suçunun tipi, “*bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır*” şeklindedir. 1982 Anayasasının “*kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*” başlıklı 17. maddesinde, öldürme fiillerine izin verilen haller belirtilmiştir. İlgili düzenlemeye göre;

*meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.*⁷⁹²

Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, tipte tarif edilen fiili meşrulaştırıcı nedenlerin yokluğu da tipikliğin bir unsuru olduğundan, TCK m. 81/1’deki kasten öldürme suçunun tipini şu şekilde anlamak gerekir:

Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu

⁷⁹¹ Williams, *The General Part*, 241; Meir Dan-Cohen, “The Actus Reus”, 188; Moore, *Act and Crime*, 179; Huigens, “Fletcher's Rethinking”, 811.

⁷⁹² İlgili düzenlemeyi, Anayasa’nın 13. maddesinde düzenlenen ölçülülük prensibi ile birlikte anlamak gerekir. Nitekim PVSİ m. 16/8’e göre, polis, “*silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde ‘dur’ çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir*”. Salt bir kimsenin yakalanması amacı, yaşama hakkından daha önemli değildir. Bu yüzden yakalama ve tutuklama kararının yerine getirilmesi, tutuklu ya da hükümlünün kaçmasının önlenmesi amacıyla gerçekleşen öldürme fiillerinin çok istisnai durumlarda hukuka uygun olacağını söylememiz gerekir. Örneğin, şiddetli suçlar işleyeceği bilinen bir terör örgütünün liderinin yakalanması için silah kullanma zarureti varsa ve mevzuattaki yükümlülükler yerine getirilmişse yakalama amacıyla yapılan operasyon sonucu gerçekleşen ölüm neticesinin hukuka uygun olduğu söylenebilir.

durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri hariç kasten bir insanı öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

Kasten öldürme suçunun tipi istisnalarını da içerir şekilde formüle edildiğinde, istisnalardan birinin bulunduğu bir olayda gerçekleşen ölüm neticesi, insan öldürme suçunun tipine uymamaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin suç tipine dâhil edilmesinin hem şekli hem de maddi ceza hukukunda çok önemli sonuçları vardır:

(1) Kanunilik ilkesine göre, “kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz” (Anayasa m. 38/1). Fiil, toplum nazarında ne kadar haksız görülürse görülsün, kanunda cezayı hak eden bir fiil olarak tanımlanmadıkça suç sayılmaz. Kanunilik ilkesi bir yönüyle, devletin cezalandırma yetkisini sınırlayarak bireyleri iktidarın keyfi müdahalelerinden korurken diğer yönüyle cezayı hak eden davranışları belirleyerek muhataplarının davranışlarını yönlendirir.⁷⁹³ Bu yüzden, kanun koyucu suçlaştırmak istediği fiilleri kanunla açık bir şekilde tasvir etmelidir.

Öğretide, hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlı sayıda olmadığı görüşü hâkimdir.⁷⁹⁴ Bu görüşe göre, kanunilik ilkesi failin lehine olmaları dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerini kapsamaz. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenleri suçun kanuni tarifinin içerisinde yer aldığından kanunilik ilkesi kapsamındadır; ilgili suçlar bakımından olası olan bütün hukuka uygunluk nedenlerinin kanunla düzenlenmesi gerekir.⁷⁹⁵ Bu yüzden Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, pozitif hukuka konu olmamış bir hukuka uygunluk nedeni kabul edilemez.

(2) Öğretide, tipinde, “hukuka aykırı”, “haksız”, “izinsiz” gibi ifadelerle yer verilen suçlarda hukuka aykırılığın suç tipinden bağımsız bir unsur olup olmadığı

⁷⁹³ Burak Küpelioğlu, *Ceza Hukuku Bağlamında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi* (Adalet, Ankara, 2021), 64-65.

⁷⁹⁴ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 427; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 273; Akbulut, *Genel Hükümler*, 468; Hakeri, *Genel Hükümler*, 340; Erdem, Öztürk, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 258; Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 178; Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında”, 422-423; Aksi yönde bkz. Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları*, 149.

⁷⁹⁵ Fletcher, “The Nature of Justification”, 179.

meselesi tartışmalıdır.⁷⁹⁶ Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi bakımından böyle bir tartışma yoktur; hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin olumsuz unsuru olduğu için ilgili ifadelere suç tipinde yer verilsin ya da verilmesin “hukuka aykırılık” her durumda suç tipinin bir unsurudur.

(3) Hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorununda Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi Objektif Teori ile aynı sonuca ulaşmaktadır. Suç tipinin objektif unsurlarından birinde eksiklik varsa, fail bu durumu bilsin ya da bilmesin fiil tipik değildir; bu konuda öğretide bir tartışma yoktur; çünkü fiilin tipik olabilmesi için suç tipinde tarif edilen soyut davranış modeli ile birebir örtüşmesi gerekir.⁷⁹⁷ Fiil, tipik değilse, haksız da değildir. Türk hukukunda suça elverişsiz teşebbüs cezalandırılmadığı için bu kural mutlaklıdır. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğunu tipikliğin objektif bir unsuru olarak kabul ettiği için ilgili hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurlarının gerçekleşmesi, suç tipinin objektif unsurlarının oluşmadığı anlamına gelir; daha açık bir ifadeyle somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni objektif olarak varsa; fiil, objektif olarak tipik değildir. Dolayısıyla Tipikliğine Negatif Unsurları Teorisi hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğunu kastın kapsamına soktuğu için hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru olduğunu kabul eden görüş içerisinde konumlandırılrsa da⁷⁹⁸, sonucu itibarıyla, Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi, Objektif Teoriyle örtüşür.

(4) Tipiklik unsurlarında hata, kaçınılmaz olabilir olsun ya da olmasın kastı engeller. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğunu

⁷⁹⁶ Bahse konu tartışma hakkında detaylı bilgi için birinci bölümde “Suç Tipinde Yer Verilmekle Birlikte Normalde Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru ile İlgili Olan İfadelerin Hukuki Niteliği” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

⁷⁹⁷ Neticenin eksikliğinde -diğer unsurları da gerçekleşmişse- fail suça teşebbüsten sorumlu olur.

⁷⁹⁸ Dursun, Bozbayındır, “Hukuka Uygunluk”, 70-71. Yazarlara göre, “[Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisini kast ederek] fiilin hukuka uygun olabilmesi (negatif unsurları da içeren tipikliğin oluşmaması) için söz konusu nedenlerin harici koşullarının varlığı yeterli olmayıp, bunların varlığının bilinmesi de gerekir”. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre failin bilgisi hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğuna ilişkindir. Oysa bilinmeyen hukuka uygunluk nedenleri durumundaki problem hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu değil, varlığıdır. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu, tipikliğin negatif ve aynı zamanda objektif nitelikte unsurudur. Fiil objektif olarak hukuka uygun ise tipiklik objektif olarak gerçekleşmediği için haksızlıktan söz edilemez. Failin objektif unsurun eksikliğini bilmemesi, işlenemez suça teşebbüsün cezalandırıldığı hukuk sistemleri bakımından önem arz eder.

tipikliğin bir unsuru olarak kabul ettiği için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata da, kaçınılabılır olsun ya da olmasın, kastı engeller. Hata kaçınılabılırse ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse, fail taksirli suçtan sorumlu olur.

Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda ulaştığı bu sonuç, teorinin doğal ve mantıki sonucu olduğu için Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin “*hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, kastı engeller*” şeklindeki hipotezinin dayandığı gerekçeler, teorinin hukuka uygunluk nedenlerini tipikliğin negatif unsuru olarak kabul etme gerekçeleri ile aynıdır.

Bu yüzden aşağıda üzerinde duracağımız gerekçeler, hem “*Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi neden hukuka uygunluk nedenlerini tipikliğin olumsuz unsuru olarak kabul etmektedir*” sorusuna, hem de “*Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi neden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı kastı engelleyen hata olarak kabul etmektedir*” sorusuna yanıt vermektedir.

Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisini savunan yazarların hukuka uygunluk nedenlerini tipikliğin kapsamına dâhil etmesinin üç temel gerekçesi vardır:

(1) *Hakların Mutlaklığı*: Tipikliği hukuka aykırılığın karinesi olarak gören görüşe göre, hukuka uygunluk nedenleri, ilgili suç tipiyle korunmak istenen hukuki değer ihlalini engellemez.⁷⁹⁹ Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa, fiil tipik olduğu için ihlal vardır; ancak ihlal haksız değildir.⁸⁰⁰

Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, hukuka uygun olan bir fiil hukuki değerleri ihlal edemez; hukuki bir değer ihlali varsa fiil her zaman hukuka aykırıdır;

⁷⁹⁹ Ünver, *Hukuksal Değer*, 971; Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 208-209; Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında”, 418; Katoğlu, *Hukuka Aykırılık*, 84. Aksi yönde bkz. Özgenç, *Genel Hükümler*, 311, dipnot: 418.

⁸⁰⁰ Andrew Botterell, “In Defence of Infringement”, *Law and Philosophy*, 27/3 (2008): 289; Nancy Davis, “Rights, Permission, and Compensation”, *Philosophy and Public Affairs*, 14/4 (1985): 383; Phillip Montague, “Specification and Moral Rights”, *Law and Philosophy*, 34/3 (2015): 255; Wellman, “On Conflicts”, 274; Thomson, “Ruminations on Rights”, 47 vd.

hukuka aykırılık yoksa zaten ihlal de yoktur.⁸⁰¹ Tipikliği hukuka aykırılığın karinesi olarak gören görüşe göre, “*fiil, hukuka uygundur*” önermesi, “*fiil, bir hukuki değeri ihlal etmiştir*” önermesi ile bağdaşır. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, bu iki önerme birbirleri ile çelişen önermelerdir; hukuki bir değeri ihlal eden fiil, meşru olamaz. Tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüş, hakların ahlaki değerini zayıflattığı için kabul edilemez.⁸⁰²

Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi, hukuka uygunluk nedenlerini tipe dâhil ederek, suç tipiyle korunmak istenen hakkın çerçevesini daraltmaktadır. Zira hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin olumsuz unsurları olarak kabul edildiğinde, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde fiil tipik olmamakta, fiil tipik olmadığı için de suç tipiyle korunmak istenen hukuki değer ihlal edilmemiş olmaktadır. Örneğin, meşru savunma kasten öldürme suçunun tipine dâhil edildiğinde, meşru savunmanın varlığı halinde fiil tipik olmamakta başka bir ifadeyle yaşama hakkı ihlal edilmemektedir.

(2) *Hak Kavramının Mantiğı*: Ceza hukukunda yükümlülükler, pozitif ya da negatif niteliktedir; icrai davranışla işlenen suçlarda failin yükümlülüğü negatif niteliktedir; çünkü bu tip suçlarda failin yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için pasif durumda kalması yeterlidir. İhmali davranışla işlenen suçlarda failin yükümlülüğü pozitif niteliktedir; çünkü bu tip suçlarda fail aktif bir davranışta bulunma yükümlülüğü altındadır. Örneğin ihmali davranışla kasten öldürme suçunda garantör tehlike altında olanı koruma yükümlülüğü altındadır.

Hak kavramının içeriğini talep ve yükümlülük kavramları oluşturur.⁸⁰³ Hak yoksa, talep; talep yoksa, yükümlülük yoktur. Bu denklem tersinden okunduğunda yükümlülük yoksa, hak; hak yoksa, ihlal yoktur. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde muhatabın pozitif ya da negatif herhangi yükümlülüğü yoktur; örneğin meşru savunmada muhatabın öldürmeme; yakalama emrinin icrasında kolluk görevlisinin

⁸⁰¹ Liberto, “The Moral Specification”, 176; Mullins, “Moral Conflict”, 637; Shafer-Landau, “Specifying”, 222; Wellman, “On Conflicts”, 277 vd.

⁸⁰² Mullins, “Moral Conflict”, 637; Köküsarı, *Hakların Çatışması*, 47.

⁸⁰³ Hohfeld, “Some Fundamental”, 27-28.

hürriyetten yoksun bırakmama yükümlülüğü yoktur. Yükümlülük olmadığı için talep; talep olmadığı için hak, hak olmadığı için ihlal de yoktur.⁸⁰⁴

Tipikliği hukuka Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, *hak* kavramı ve hak kavramının alt kavramları olan *ödev* ve *talep* kavramları dikkate alındığında; tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüşün, “*hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde tipik fiilin neden olduğu değer ihlali haksız değildir*” şeklindeki temel tezi hatalı olmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde muhatapın ceza normunu ihlal etmeme yükümlülüğü olmadığına; yükümlülük olmadığı için talep; talep olmadığı için hak ve hak olmadığı için ihlal de olmadığına göre, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde bir hukuki değer ihlalinin var olduğunu ileri sürülemez.

(3) *Suç Tipinin Uyarma Fonksiyonu*: Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, davranış normlarının tek bir kategorisi vardır; o da yükümlülük normlarıdır; hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen izin normları iddia edildiği gibi bağımsız bir norm kategorisi teşkil etmezler; çünkü hukuka uygunluk nedenleri belli bir şekilde davranmayı gerekli kılan buyruklardan oluşmazlar.⁸⁰⁵ Davranış normları, davranışları yönlendirecek buyruklar içerirler. Örneğin, kasten öldürme suçunu düzenleyen normun buyruğu, “öldürme!”, hırsızlık suçunun buyruğu, “çalma!”dır. Bir normun davranış normu olabilmesi için öldürme ve hırsızlık suçlarını düzenleyen normlarda olduğu gibi kesin bir ölçüt ortaya koyması gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinde muhatapın belli bir şekilde davranma ya da davranmama yükümlülüğü yoktur; örneğin, meşru savunmada muhatap kendini savunma ya da savunmama ya da rızada ilgili maruz kaldığı fiile rıza gösterip göstermeme konusunda serbesttir.⁸⁰⁶ Muhatap, kendini savunmazsa ya da fiile rıza göstermezse, bir normu ihlal etmiş olmaz. Hukuka uygunluk nedenlerinde davranışın yönü belli olmadığı için hukuka uygunluk nedenleri ayrı bir norm kategorisi teşkil etmezler. Hukuka uygunluk nedenleri, yükümlülük normlarının

⁸⁰⁴ Mullins, “Moral Conflict”, 637; Shafer-Landau, “Specifying”, 222; Wellman, “On Conflicts”, 277 vd.

⁸⁰⁵ Opalek, Woleński, “Normative Systems”, 341-342; Ross, *Directives and Norms*, 121.

⁸⁰⁶ Opalek, Woleński, “Normative Systems”, 341; Ross, *Directives and Norms*, 120; Lewis, “A Problem about”, 163 vd.; Stolpe, “A Theory of Permission”, 99.

(ceza normları yükümlülük normlarının bir kategorisidir) çerçevesini çizer; bu yüzden hukuka uygunluk nedenleri yükümlülük normlarının içerisinde yer alan unsurlardır.⁸⁰⁷

c. Yöneltilen Eleştiriler

Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi, öğretide birçok açıdan eleştirilmektedir:

(1) Belirlilik ilkesi gereği, suç teşkil eden fiilin dilin el verdiği ölçüde şüpheyi yer vermeyecek bir şekilde haksızlığı betimlemesi gerekir; bu yüzden suç tipinde yer alan kavramlar günlük dildeki anlamları ile kullanılmalı ve mümkün olduğu ölçüde deskriptif olmalıdırlar.⁸⁰⁸ Hukuka uygunluk nedenleri, suç tiplerine istisna getirirler ve nitelikleri gereği her suç tipi için geçerlidirler. Örneğin, meşru savunma, kural olarak, her suç tipi için geçerli olabilen bir hukuka uygunluk nedenidir. Hukuka uygunluk nedenleri bu özellikleri dolayısıyla daha soyut ve esnek kavramlarla tasvir edilirler; soyut ve esnek kavramlarla tasvir edilmediklerinde hukuka uygunluk nedenlerinin suç tiplerine eklemlenebilmesi zordur. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi, hukuka uygunluk nedenlerini suç tipinin unsurları olarak kabul ettiği için kanunilik ilkesi ve kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olan belirlilik ilkesi hukuka uygunluk nedenlerini de kapsar. Nitelikleri gereği hukuka uygunluk nedenlerini tasvir eden normlarda soyut ve esnek kavramlara yer verilmesi zorunluluğu, belirlilik ilkesi ile çelişir.⁸⁰⁹ Örneğin, zorunluluk halinin temelinde fayda-maliyet analizi vardır; hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali tipikliğin negatif unsuru olarak kabul edilirse, hırsızlık suçunun tipini “başkasına ait olan malı zilyedinin izni olmaksızın alan kişi, bu malı almak daha büyük bir zararı önlemiyorsa ve o andaki koşullar itibarıyla tehlikeyi başka türlü savuşturmak mümkün görünmüyorsa, cezalandırılır” şeklinde kabul etmek gerekir.⁸¹⁰ Normun içeriğinde yer verilen fayda/maliyet ve risk analizi, adil uyarma yükümlülüğü ile bağdaşmamaktadır. Nitekim Kaliforniya eyaletinde, “zaruri olmayan hallerdeki kürtajı”

⁸⁰⁷ Ross, *Directives and Norms*, 121.

⁸⁰⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 130.

⁸⁰⁹ Robinson, *Criminal Law Defenses*, 159-60.

⁸¹⁰ Fletcher, “The Nature of Justification”, 181.

(*un-necessary abortion*) yasaklayan ceza normu, yüksek mahkeme (*Supreme Court of California*) tarafından, belirlilik ilkesine aykırı bulunmuştur.⁸¹¹

(2) Ceza muhakemesinde iddia makamı faile bir suç isnadında bulunur. Failin isnad edilen suç dolayısıyla mahkûm edilebilmesi için suçun unsurlarının olduğu mahkeme tarafından tespit edilmelidir. Yargı pratiğinde, hâkimin faili mahkûm edebilmesi için her durumda ayrıca somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığını araştırması ve bunu kararına yansıtması gerekmez. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin unsurları olduğu için her cezai uyumsuzlukta hâkim, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığını araştırmak ve kararına bu hususu yansıtmakla mükelleftir; Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi yargı pratiğinin doğası ile çelişmektedir.⁸¹²

(3) Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine yöneltilen en güçlü eleştiri, teorinin tipik olmadığı için haksız olmayan fiille, tipik olmakla birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu için haksız olmayan fiil arasındaki değer farkını gözardı etmesidir.⁸¹³

Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin unsurları oldukları için suç tipindeki herhangi bir unsurun eksikliği ile somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması eşdeğerdir. Örneğin, korkuluğa ateş eden (A)'nın fiili ile meşru savunma halinde bir insanı öldüren kişinin fiilleri arasında bir değer farkı yoktur; ikisinde de unsur eksikliği vardır. İlk örnekte fiilin yöneldiği obje insan olmadığı için; fiil, insan öldürme suçunun tipine uymamaktadır. İkinci örnekte fiilin tipik olmamasının nedeni ise, suç tipinin olumsuz unsurunun eksikliğidir; Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, meşru savunma insan öldürme suçunun olumsuz unsurudur; fiilin tipik olabilmesi için somut olayda meşru savunmanın koşulları gerçekleşmemelidir. Sonuç olarak Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre korkuluğa ateş etmekle bir insanı öldürmek arasında bir fark yoktur; ikisinde de fiil tipik olmadığı için haksız değildir. Ancak tipik olmadığı için haksız olmayan fiille tipik

⁸¹¹ Fletcher, “The Nature of Justification”, 181.

⁸¹² Duarte D’Almeida, *Allowing For Exemption: A Theory of Defences and Defeasibility in Law* (New York: Oxford University Press, 2015), 225.

⁸¹³ Thomson, *The Realm of Rights*, 84; Fletcher, *Rethinking*, 561.

olmakla birlikte hukuka uygun olduğu için haksız olmayan fiil arasında değer farkı vardır; aksini kabul yaşam hakkını değersizleştirir.⁸¹⁴

3. Sınırlı Kusur Teorisi

a. Genel Olarak

Sınırlı Kusur Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, kastı engeller; hata kaçınılabilirse ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olur; fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse hata kaçınılabilir dahi olsa fiil suç teşkil etmez.⁸¹⁵ Türk öğretisinde bir görüş⁸¹⁶, bu sonuca hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada TCK m. 30/1'i doğrudan uygulayarak; bir görüş⁸¹⁷ ise kıyasen uygulayarak ulaşmaktadır. Bazı yazarlar ise, TCK m. 30/1'in doğrudan mı yoksa kıyasen mi uygulanacağından açıkça söz etmemektedirler.⁸¹⁸

Sınırlı Kusur Teorisine göre haksızlığın vücut bulması için bulunması ya da bulunmaması gereken tüm olgular, kastı engelleyen hatanın konusudur.⁸¹⁹ Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile suç tipinin maddi unsurlarında hata arasında, ikisinin de olguya ilişkin olması dolayısıyla, ontolojik olarak bir özdeşlik olduğu gibi normatif olarak da bir özdeşlik vardır; iki hata türünde de fail hukuku ihlal bilinci ile hareket etmemektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında

⁸¹⁴ Thomson, *The Realm of Rights*, 84; Fletcher, *Rethinking*, 561.

⁸¹⁵ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593; Özgenç, *Genel Hükümler*, 527; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 301; Hakeri, *Genel Hükümler*, 460; Akbulut, *Genel Hükümler*, 535-536; Mahmutoglu, Karadeniz, *Genel Hükümler Şerhi*, 735; Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet, 2019), 708; Ersan, *Meşru Savunma*, 59-60; Birtek, *Genel Hükümler*, 336; Ekici Şahin, *Rıza*, 227; Göktürk, “Yanılmanın Hukuki Niteliği”, 22 vd; Sarıgül, “Hata (TCK m. 30/3)”, 346; Değirmenci, “Yanılma”, 176-177; Dülger, Özkan ve Bakdur, “Hata”, 229; Karakurt, “Hata”, 130-131.

⁸¹⁶ Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 301.

⁸¹⁷ Göktürk, “Yanılmanın Hukuki Niteliği”, 22 vd.; Zeynel T. Kangal, *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Kanununda Korunması* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 83.

⁸¹⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593; Özgenç, *Genel Hükümler*, 52.

⁸¹⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593; Özgenç, *Genel Hükümler*, 527; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 336-337; Göktürk, “Yanılmanın Hukuki Niteliği”, 12.

hatada haksızlıkla ilgili olgusal dünyada hataya düşen fail fiilinin hukuka uygun olduğunu zannettiği için hukuka sadıktır.⁸²⁰

Haksızlık hatasında da fail fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmez. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın haksızlık hatasından farkı, haksızlık hatasında failin maddi gerçekliği bilmekle beraber hukuki gerçekliği bilmemesidir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada ise fail maddi gerçekliği bilmemektedir; bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya düştüğü için fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmeyen fail, sübjektif olarak, tipikliğin maddi unsurlarında hataya düştüğü için fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmeyen faile daha yakındır.⁸²¹

Sınırlı Kusur Teorisi, Şahsi Haksızlık Teorisini kabul eden yazarlarca savunulmaktadır. Şahsi Haksızlık Teorisinin en ayırıcı yönü, failin sübjektif durumunu haksızlığın bir unsuru olarak kabul etmesidir.⁸²² Hata ve kast, birbirlerini karşılıklı olarak olumsuzlayan kavramlar oldukları için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarının kastın kapsamına sokulmasının doğal sonucu, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kaçınılabilir olsun ya da olmasın kastın yokluğunu sonuçlamasıdır. Hata, kastı engellediği ve kast haksızlığın bir unsuru olduğu için en nihayetinde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, haksızlığı etkilemektedir.

Ulaştığı sonuçlar itibarıyla Sınırlı Kusur Teorisi, Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine benzemektedir; iki teoriye göre de, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada; hata kaçınılmazsa ya da kaçınılabilir olmakla birlikte fiilin taksirli

⁸²⁰ Tunç, *Kastı Engellenen Hata*, 254; Abanoz, “Hata”, 136; Karaaslan, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin”, 1691-1692; Hillenkamp, Cornelius, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin”, 2117; Hilgendorf, Valerius, *Alman Ceza Hukuku*, 191; Heinrich, *Genel Kısım 2*, 183.

⁸²¹ Hillenkamp, Cornelius, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin”, 2117; Heinrich, *Genel Kısım 2*, 183.

⁸²² Şahsi Haksızlık Teorisini kabul eden yazarlar, kastı ve taksiri haksızlık içerisine konumlandırmakla birlikte kastın kapsamı konusunda birbirlerinden ayrılabilirler; Örneğin, Şahsi Haksızlık Öğretisine taraftar olan Zafer, hukuka uygunluk nedenlerini objektif nitelikte olduğunu ve bu yüzden kastın kapsamında olmadığını ileri sürmektedir. Zafer, *Genel Hükümler*, 362. Yine Şahsi Haksızlık Teorisine taraftar olan Koca/Üzülmez ise hukuka uygunluk nedenlerini kastın kapsamına dâhil etmektedirler. Koca, Üzülmez, *Genel Hükümler*, 301. Sınırlı Kusur Teorisini kabul eden yazarlar, Şahsi Haksızlık Teorisine taraftar olmakla birlikte hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarını haksızlığın bir bileşeni olan kastın kapsamına dâhil eden yazarlardır.

hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse fiil suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmez. İki teorinin birbirilerinden ayrıştığı noktalar ise, haksızlığın yapısı ve unsurlarıdır. Haksızlığın yapısı bağlamında iki teori birbirlerinden kesin bir şekilde ayrılırken, haksızlığın unsurları bağlamındaki ayrışma keskin değildir.

Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisini kabul eden yazarlara göre, haksızlık, tipik fiilin kendisidir; tipiklik dışında haksızlığın ikinci bir unsuru yoktur; hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu tipikliğin negatif unsurudur.⁸²³ Sınırlı Kusur Teorisini kabul eden yazarlara göre tipiklik, hukuka aykırılığın karinesidir.⁸²⁴ Tipik fiilin haksızlık teşkil edebilmesi için ayrıca hukuk düzeninin bütünüyle çelişmesi gerekir. Fiilin tipikliği hakkındaki değerlendirme ile fiilin hukuka aykırılığı (hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu) hakkındaki değerlendirme iki ayrı değerlendirme aşamasıdır. Dolayısıyla haksızlık, Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin ileri sürdüğü gibi tek bir unsurdan değil, biri tipiklik, diğeri hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu (hukuka aykırılık) olmak üzere iki unsurdan oluşur.

İki teorinin ayrıştığı bir diğer nokta, haksızlığın unsurlarıdır; ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere haksızlığın unsurları bağlamındaki ayrışma keskin değildir. Sınırlı Kusur Teorisine göre, haksızlık salt objektif unsurlardan oluşmaz; haksızlığın sübjektif unsurları da vardır. Sınırlı Kusur Teorisini kabul eden yazarlar arasında bu konuda ittifak vardır. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin ise haksızlığın niteliği konusunda kesin bir tutumu yoktur. Nitekim Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisini kabul eden bazı yazarlar, haksızlığın salt objektif unsurlardan oluştuğunu kabul etmekte, kastı kusur içerisinde konumlandırmaktadırlar.⁸²⁵ Bu yazarlara göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engellemekle birlikte kast kusurun bir türü/unsuru olduğu için en nihayetinde bu tür bir hata kusuru etkilemektedir. Sınırlı Kusur Teorisi kastı haksızlığın bir bileşeni olarak kabul ettiği ve hukuka uygunluk nedenlerini kastı

⁸²³ Williams, *The General Part*, 241; Meir Dan-Cohen, “The Actus Reus”, 188; Moore, *Act and Crime*, 179; Huigens, “Fletcher's Rethinking”, 811.

⁸²⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 309; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 109; Hakeri, *Genel Hükümler*, 314; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 422; Akbulut, *Genel Hükümler*, 417.

⁸²⁵ Örneğin, Amerikan ceza hukukunda hâkim suç teorisi Neo-Klasik Suç Teorisidir. Amerikan öğretisinde hukuka uygunluk nedenlerinin tipikliğin negatif unsurları olduğunu ileri süren yazarlar, kastı kusur içerisinde konumlandırmaktadırlar. Bkz. Williams, *The General Part*, 241; Moore, *Act and crime*, 179.

kapsamına dâhil ettiği için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata her durumda haksızlığı etkiler.

Sınırlı Kusur Teorisinin, Saf Sübjektif Teori ile benzeyen yönü ise iki teoriye göre de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatanın cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsurunu etkilemesidir. Bunun dışında iki teori birbirlerinden keskin bir şekilde ayrılmaktadırlar. Sınırlı Kusur Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller. Saf Sübjektif Teoriye göre ise hukuka uygunluk nedenlerinde kaçınılmaz hatada ilgili hukuka uygunluk nedeni gerçekleşmiş sayılır.⁸²⁶ Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılabilir hatada Sınırlı Kusur Teorisine göre fail fiilin taksirli hali kanunda cezalandırılıyorsa taksirli suçtan sorumlu olur; fiilin taksirli hali kanunda düzenlenmemişse fail cezalandırılmaz. Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazarlar arasında bu konuda fikir ayrılığı vardır. Bir görüşe göre, fail taksirli suçtan sorumlu olur,⁸²⁷ bir diğer görüşe göre fail kasıtlı suçtan kusuru oranında sorumlu olur,⁸²⁸ bir başka görüşe göre ise bu tür bir hatanın failin sorumluluğuna bir etkisi yoktur.⁸²⁹

b. Teorik Esası

Kastın kapsamında yer alan unsurlardan birini bilmeme kastı engeller. Kast haksızlığın bir unsuru olarak kabul edildiğinde; kast yoksa unsuru eksik olduğu için kasıtlı haksızlıktan söz edilemez. Sınırlı Kusur Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, kasıtlı haksızlığı engeller; dolayısıyla Sınırlı Kusur Teorisinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda ulaştığı sonuç iki temel önermeye dayanmaktadır:

⁸²⁶ Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları*, 137-139; Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26-27; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 86; Özen, *Meşru Müdafaa*, 148 vd.; Soyaslan, *Genel Hükümler*, 405-406; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294; Zafer, *Genel Hükümler*, 417; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, 304-306; Tunç, “Kastı Engelleyen Hata”, 268; Gerçekler, *Yorumlu ve Uygulamalı*, 457.

⁸²⁷ Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Gerçekler, *Yorumlu ve Uygulamalı*, 457.

⁸²⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, 305-306; Zafer, *Genel Hükümler*, 417; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 268.

⁸²⁹ Öztürk/Erdem’ e göre, TCK m. 30/3’te hatanın kaçınılabilir olması hususu düzenlenmediği için TCK m. 30/3’ün mevcut hali karşısında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılabilir hatanın failin sorumluluğuna herhangi bir tesirinin olmadığını kabul etmek gerekir. Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 481.

1- Kast, haksızlığın bir bileşenidir.⁸³⁰

2- Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları, kastın kapsamındadır.⁸³¹
(Teoriyi savunan yazarlar arasında, aşağıda değinileceği üzere kastın yapısı konusunda farklı görüşler vardır. Türk öğretisinde bir görüş haksızlığın unsuru olan kastı, “tipiklik kastı” ve tipiklik kastını da kapsayan üst bir kavram olarak “haksızlık kastı” olmak üzere ikiye ayırmaktadır.)

Sınırlı Kusur Teorisinin ileri sürdüğü bu iki önerme, bu teoriyi savunan yazarların suçun tipiklik unsuru bakımından da kabul ettiği iki önermeyle eşleşmektedir:

1- Kast, haksızlığın bir bileşenidir.

2- Suç tipinin maddi unsurları kastın kapsamındadır.

Sınırlı Kusur Teorisinin haksızlığın hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olarak ileri sürdüğü iki önermenin suçun tipiklik unsuru bakımından da geçerli olması dolayısıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre, haksızlığın varlığı bakımından, suç tipinin maddi unsurlarında hatanın hukuki sonucu ile hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hukuki sonucu aynıdır: *hata kaçınılmazsa ya da kaçınılabilir olmakla birlikte fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse fiil suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmez.*⁸³²

Suç tipinin unsurlarında hata ile hukuka uygunluk nedenlerinde hata arasındaki benzerlik, suç tipindeki hatanın türleri bakımından da geçerlidir. TCK m. 30/1’de suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarda hata kastı engeller denmektedir. Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlardan kasıt, tipiklikteki unsurların olgusal karakterinde

⁸³⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 232; Özgenç, *Genel Hükümler*, 183; Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 112-113; Hakeri, *Genel Hükümler*, 225; Akbulut, *Genel Hükümler*, 350.

⁸³¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 238; Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 301; Akbulut, “Genel Hükümler”, 478; Göktürk, “Hatanın Hukuki niteliği”, 15-16.

⁸³² Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593; Özgenç, *Genel Hükümler*, 527; Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 301; Hakeri, *Genel Hükümler*, 460; Akbulut, *Genel Hükümler*, 535-536; Ersan, *Meşru Savunma*, 59-60; Birtek, *Genel Hükümler*, 336; Göktürk, “Yanılmanın Hukuki Niteliği”, 22 vd; Değirmenci, “Yanılma”, 176-177; Dülger, Özkan ve Bakdur, “Hata”, 229; Karakurt, “Hata”, 130-131.

hatadır; bu unsurlar öğretide deskriptif unsurlar olarak da nitelenmektedir.⁸³³ Suç tipindeki unsurların normatif karakterinde hata ise, haksızlık hatasına vücut vermektedir.⁸³⁴ Haksızlık hatası, TCK m. 30/4'te düzenlenmiştir; haksızlık hatasında hata kaçınılmaz olsa dahi haksızlığın varlığını etkilememektedir; bu türden bir hata cezalandırılabilir fiilin kusur unsuru ile ilgilidir. Sınırlı Kusur Teorisi aynı ayrımı hukuka uygunluk nedenleri için de yapmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsuru ile ilgiliyken hukuka uygunluk nedenlerinin normatif unsurlarında hata kusurla ilgilidir.⁸³⁵ Sonuç olarak, Sınırlı Kusur Teorisine göre, ister suç tipine ister hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olsun cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsuru ile ilgili olan bütün maddi unsurlarda hata, haksızlığı etkiler; zira suç tipinin maddi unsurlarında hata da olduğu gibi hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada da fail haksızlığa vücut veren olgularda hataya düşmekte; haksızlığın olgusal karakterini bilmemektedir.⁸³⁶

Sınırlı Kusur Teorisinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda kabul ettiği görüşün anlaşılabilmesi için, Sınırlı Kusur Teorisinin esas aldığı, yukarıda beelirttiğimiz, iki önermenin dayandığı gerekçeler üzerinde durmak gerekir. Ancak bu konunun üzerinde durmadan önce Sınırlı Kusur Teorisine taraftar olan yazarlar arasındaki kastın yapısına ilişkin fikir ayrılığına değinmek gerekir.

Türk öğretisinde Sınırlı Kusur Teorisini kabul eden bazı yazarlara göre kast, münhasıran haksızlığın sübjektif bir bileşenidir ve bütüncül bir yapıdadır.⁸³⁷ Bu görüşü savunan yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fiilin tipik olup olmadığı konusunda net bir açıklama yapmamaktadırlar. Kanaatimizce bunun

⁸³³ Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 197-198; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 110; Özgenç, *Genel Hükümler*, 237

⁸³⁴ Ancak öğretide normatif unsurların sosyal anlamında hatanın kastı engellediği, normatif unsurların sosyal anlamını aşan hukuki anlamında hatanın ise haksızlık hatasına vücut verdiğini ileri süren bir görüş vardır. Detaylı bilgi için bkz. Gökhan Ölmez, “Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir”, 158 vd.

⁸³⁵ Ancak öğretide bir görüşe göre, suç tipinin normatif unsurlarının sosyal anlamında hata, kastı engeller. Detaylı bilgi için bkz. Gökhan Ölmez, “Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir”, 158 vd. Bu görüş, Sınırlı Kusur Teorisine uyarlandığında şu sonuca ulaşılır: hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile hukuka uygunluk nedenlerinin normatif unsurlarının sosyal anlamında hata, kastı engeller.

⁸³⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593; Özgenç, *Genel Hükümler*, 527; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 334.

⁸³⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 232; Özgenç, *Genel Hükümler*, 183; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 112-113; Hakeri, *Genel Hükümler*, 225; Akbulut, *Genel Hükümler*, 350.

nedeni, söz konusu yazarların hukuka aykırılık değerlendirmesini tipiklikten bağımsız bir değerlendirme aşaması olarak kabul etmeleri; diğer bir ifadeyle, Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine karşı olmalarıdır.⁸³⁸ Ancak, söz konusu yazarların hukuka uygunluk nedenlerinin tipiklikle ilişkisinde kabul ettikleri, “*tipiklik ve hukuka aykırılık suçun iki ayrı unsurudur*” tezi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda kabul ettikleri, “*hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller*” tezi ile çelişmektedir. Zira, tipiklik ve hukuka aykırılık suçun iki bağımsız unsuru ise, suçun hukuka aykırılık unsuruna ilişkin bir hatanın fiilin tipik olmasını engellememesi gerekir. Sonuç olarak bu görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda, aslında, Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi ile özdeştir. Söz konusu yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında fiilin tipik olmadığını açıkça ifade etmeseler de; (1) kast, bütüncül bir yapıdaysa, (2) kast, tipin bir unsuru ise ve (3) hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engelliyorsa; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fiil tipik değildir; zira bir şeyin unsuru yoksa kendisi de yoktur. Ancak söz konusu yazarlar, -*hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada özünde Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisini savunsalar da-* görüşlerini Sınırlı Kusur Teorisi olarak niteledikleri ve tipiklikle hukuka aykırılığı suçun iki bağımsız unsuru olarak kabul ettikleri için biz de bu görüşü Sınırlı Kusur Teorisi olarak niteledik.

Öğretide Sınırlı Kusur Teorisini kabul eden bazı yazarlar ise, “*tipiklik ve hukuka aykırılık suçun iki ayrı unsurudur*” tezi ile “*hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller*” tezi arasındaki çelişkiyi, kastın yapısından hareketle çözümlemeye çalışmaktadır. Söz konusu yazarlara göre kast, bütüncül bir yapıda değildir; kastın, “*tipiklik kastı*” ve “*haksızlık kastı*” olmak üzere iki türü vardır.⁸³⁹ Haksızlık kastı, tipiklik kastını da kapsamaktadır. Tipiklik kastı, suç tipinde yer alan maddi unsurlarla sınırlıdır.⁸⁴⁰ Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları haksızlık

⁸³⁸ Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 422; Özgenç, *Genel Hükümler*, 309; Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 109; Hakeri, *Genel Hükümler*, 314; Akbulut, *Genel Hükümler*, 417.

⁸³⁹ Göktürk, “Hatanın Hukuki Niteliği”, 16; Zeynel T. Kangal, *Kişisel Verilerin*, 83.

⁸⁴⁰ Göktürk, “Hatanın Hukuki Niteliği”, 16.

kastına dâhildir.⁸⁴¹ Hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin değerlendirme (hukuka aykırılık değerlendirmesi), tipiklik değerlendirmesinden ayrı bir safhayı oluşturduğundan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, tipiklik kastını engellemez.⁸⁴² Bu ihtimalde fiil tipik olmakla birlikte failde haksızlık kastı olmadığı için fiil, haksız değildir.⁸⁴³ Bu görüşün kastı parçalı bir yapı olarak modellenmesi, ayrı bir başlıkta detaylı olarak üzerinde duracağımız üzere, kasta çifte fonksiyon yükleyen görüşe benzemektedir; zira kasta çifte fonksiyon yükleyen görüşe göre de kast, iki parçalıdır; kast, hem suç tipinin hem de kusurun bir bileşenidir; suç tipinin maddi unsurlarını kapsayan kast, haksızlık kastı; kusurun bir bileşeni olan kast ise kusur kastıdır.⁸⁴⁴ Kastın çifte fonksiyonunda kast, hem haksızlık hem de kusur içerisinde

⁸⁴¹ Göktürk, “Hatanın Hukuki Niteliği”, 16; Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 369.

⁸⁴² Göktürk, “Hatanın Hukuki Niteliği”, 22 vd.; Zeynel T. Kangal, *Kişisel Verilerin*, 83.

⁸⁴³ Öğretide *Meraklı* kendine özgü bir görüşü savunmaktadır. *Meraklı*’nın görüşü hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata da hem bu türden bir hatanın haksızlık kastını engellediğini savunan görüşe hem de bu türden bir hatanın kusur kastını engellediğini ileri süren görüşe yaklaşmaktadır. *Meraklı*, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın haksızlıkla ilgili olduğunu ileri sürdüğü için *Meraklı*’nın görüşüne bu başlık altında yer verdik.

Meraklı’ya göre hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru vardır. *Meraklı*, söz konusu sübjektif unsurun ne olduğunu açıkça ifade etmediği gibi bu unsurun kavranmasını kolaylaştıracak “haksızlık kastı”, “kusur kastı” ya da “izin kastı” gibi herhangi bir terim de kullanmamaktadır. Hukuka uygunluk nedenleri bu sübjektif unsurun kapsamında olduğuna göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata bu sübjektif unsuru engeller.

Meraklı’ya göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fiil tipiktir; dolayısıyla yazara göre söz konusu sübjektif unsur tipiklik kastı değildir. Keza yazara göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusurla değil, haksızlıkla ilgilidir. Söz konusu sübjektif unsur tipiklikteki unsurları kapsamadığı ve kusurla ilgili olmadığı için *Göktürk*’ün “haksızlık kastı” olarak nitelediği zihinsel duruma benzemektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada *Göktürk*’e göre haksızlık kastı yoktur. *Meraklı*, bu noktada *Göktürk*’ten ayrılmaktadır. *Göktürk*’e göre haksızlık kastı yoksa kasıtlı bir haksızlıktan söz edilemez. *Meraklı*’ya göre ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hata kaçınılmaz olsa dahi kasıtlı haksızlığın varlığını etkilemez. *Meraklı*’nın görüşünün kendine özgü olmasının nedeni, failin kaçınılmaz hatada cezalandırılmamasının nedenini haksızlığın yoğunluğundaki azalmayla izah etmeye çalışmasıdır. *Meraklı*’ya göre kaçınılmaz hatada failin cezalandırılmamasının nedeni failin haksız olmaması ya da failin kusurlu olmaması değil, haksızlığın yoğunluğunun ceza verilmesini gerektirmeyecek ölçüde azalmasıdır:

“Hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarında hata hali failin kusuruna herhangi bir etkide bulunmaz. ...hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarında hata haline haksızlık alanında bir sonuç bağlanmalıdır. (...) Zira, fail eylemini her ne kadar kasten işlemiş olsa dahi kast şeklinde oluşan iradesi aynı durumda bulunan ve bir hukuka uygunluk sebebinin gerçekleşmediğini bilerek hareket eden faille aynı yoğunlukta değildir. Bu durum da cezanın belirlenmesi aşamasında bir sonuç doğuracak şekilde ele alınmalıdır. Bu çözüm yolu ile ortada kasten işlenmiş bir suç bulunuyor ise de ceza belirlenirken failin iradesinin yoğunluğu nispetinde ona imkân sunularak bu eyleme taksirli eylemin cezası uygulanmalıdır. Öte yandan bu önerinin kastın çifte fonksiyonunun benimsendiği anlamını taşımadığı da belirtilmelidir”. *Meraklı, Kusur*, 420-421.

⁸⁴⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 438; Erman, “Yanılma”, 377-378;

konumlandırılmaktadır. Sınırlı Kusur Teorisi ise, tipiklik kastı ve haksızlık kastını münhasıran haksızlık içerisinde konumlandırmaktadır.

Sınırlı Kusur Teorisini kabul eden ve kastı, tipiklik kastı ve haksızlık kastı şeklinde ikiye ayıran yazarlara göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada TCK m. 30/1 kıyasen uygulanır; yani fiil tipiktir; fakat kasıtlı suç bakımından haksız değildir; hata kaçınılabilirse ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli haksızlıktan sorumlu olur.⁸⁴⁵

Sonuç olarak, Türk hukukunda Sınırlı Kusur Teorisine taraftar olan yazarlar arasında kastın yapısı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kast bütüncül bir yapıdadır. Diğer görüşe göre kast, tipiklik kastı ve haksızlık kastı olmak üzere ikiye ayrılır; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, tipiklik kastını değil, haksızlık kastını engeller. Sınırlı Kusur Teorisine taraftar olan yazarlar arasında kastın yapısı bu şekilde tartışmalı olsa da, kastın konumu ve kapsamı konusunda Sınırlı Kusur Teorisine taraftar olan yazarlar arasında uzlaşma vardır. Sınırlı Kusur Teorisi, kastı münhasıran haksızlık içerisinde konumlandırmakta; kastın kapsamına hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarını da dâhil etmektedir. Failin kastından söz edilebilmesi için somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurlarının gerçekleşmediğini bilmesi gerekir; bu bilgi, failin her somut olayda her hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurlarının tek tek gerçekleşmediğine ilişkin bir inanışa sahip olması anlamına gelmeyip, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurlarının gerçekleşmediğine ilişkin zihinsel durumu ifade etmektedir.⁸⁴⁶

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere Sınırlı Kusur Teorisinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda ulaştığı sonuçlar iki temel önermeye dayanır: 1- Kast, haksızlığın bir bileşenidir. 2- Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları kastın kapsamındadır.⁸⁴⁷ Birinci önerme, kastın konumu; ikinci önerme ise

⁸⁴⁵ Göktürk, “Hatanın Hukuki Niteliği”, 22; Erdin Sübjektif Unsur Sorunu, 332;

⁸⁴⁶ Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 332.

⁸⁴⁷ Söz konusu iki önerme Sınırlı Kusur Teorisi tarafından kabul edilmekle birlikte bu iki önerme arasında zorunlu bir ilişki yoktur; birini kabul etme diğerini de kabul etme sonucunu doğurmamaktadır. Kastın haksızlığın bir bileşeni olduğunu kabul etme, hukuka uygunluk nedenlerini kastın kapsamına dâhil etmez. Kastın kapsamı suç tipindeki unsurlarla sınırlandığında, kast yine haksızlığın bir bileşeni olmakta ancak hukuka uygunluk nedenleri kastın kapsamında yer almamaktadır. Örneğin bizim de taraftarı olduğumuz

kastın kapsamına ilişkindir. Aşağıda önce kastın konumuna sonra kastın kapsamına ilişkin olarak Sınırlı Kusur Teorisinin dayandığı gerekçeler üzerinde duracağız.

Kastın konumu, 765 sayılı TCK döneminde hâkim olan Klasik Suç Teorisi ile, 5237 sayılı TCK döneminde hem kanun koyucunun esas aldığı hem de öğretide hâkim görüş olmaya başlayan Şahsi Haksızlık Teorisi arasındaki temel ayrım noktasıdır. Bu konuda ayrıntılı açıklamaya ve görüşümüze birinci bölümde “Yapısal İlişki” başlığı altında yer verdiğimiz için burada yalnızca “*kast, haksızlığın bir bileşenidir*” önermesini kabul eden yazarların ileri sürdüğü temel argümanlar arasından öne çıkan üç argüman üzerinde duracağız:

1- *Hareketin ontolojisi gereği kast, hareketin bir unsurudur. Hareket de haksızlığın bir unsuru olduğu için kast, haksızlığın unsuru olmaktadır.*

Türk öğretisinde Şahsi Haksızlık Teorisini savunan yazarların dayandığı temel gerekçelerden biri hareketin ontolojisidir. 765 sayılı TCK döneminde hâkim suç teorisi olan Klasik Suç Teorisinin dayandığı Nedensel Hareket Teorisine göre hareket, iradi insan davranışdır ve iradenin içeriğini haksızlıktan izoledir.⁸⁴⁸ Şahsi Haksızlık Teorisinin esas aldığı Gai Hareket Teorisine göre ise haksızlığı karakterize eden failin iradesinin içeriğidir. Akli ile dış dünyadaki nedensel süreci kavrayan insanoğlu dış dünyada hangi sonuçlara hangi sebeplerin yol açabileceğini bilebilir ve dış dünyadaki nedensel süreci amaç izleyen doğası ile kontrol edebilir; amaç, hareketin nedeni,

Katı Kusur Teorisine göre, kast haksızlığın bir bileşenidir; ancak hukuka uygunluk nedenleri kastın kapsamında değildir.

Ayrıca, Sınırlı Kusur Teorisinin hukuka uygunluk nedenlerini kastın kapsamına dâhil etme gerekçeleri, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının olup olmadığı tartışmasında hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olduğunu ileri süren görüşün gerekçeleridir. Sınırlı Kusur Teorisini savunmayan kimi yazarlar da hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olduğunu kabul etmektedir; yani hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının olduğunu kabul etme, hukuka uygunluk nedenlerinin zorunlu olarak kastın kapsamında olduğu anlamına gelmez; nitekim hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının olduğu kabul edip, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunu kusur içerisinde konumlandıran yazarlar da vardır. Sınırlı Kusur Teorisini kabul eden yazarların ayırıcı yönü hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun haksızlığın sübjektif unsuru olan kast olduğunu ileri sürmeleridir.

⁸⁴⁸ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 158; Soyaslan, *Genel Hükümler*, 214; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 37-38; Hakeri, *Genel Hükümler*, 160; Moore, *Act and Crime*, 169; Loewy, *Criminal Law in a Nutshell*, 138; Hermida, “Convergence Of Civil Law”, 175-176.

belirleyeni ve yönlendireni olduğu için hareketin bir unsurudur.⁸⁴⁹ Hareket de haksızlığın bir unsuru olduğundan failin subjektif gerçekliği haksızlığın bir bileşenidir; haksızlık objektif nitelikte değildir.

2- Kast, haksızlığı karakterize eder.

Kast olmadan failin hangi suçu işlemeye teşebbüs ettiği bilinemez. Aynı durum tamamlanmış suçlar için de geçerlidir; failin kastı bilinmeden haksızlıkları birbirinden ayırmak, *-en azından çoğu zaman-* mümkün değildir.⁸⁵⁰ Örneğin, (A), (B)'ye aracılı ile çarpar ve (B) ölür. Dış dünyadaki bu gerçekliğin taksirle öldürme suçu mu ya da kasten öldürme suçu mu olduğu failin subjektif durumu bilinmeden bilinemez; teşebbüs derecesinde kalmış haksızlıklarda bu sorun çok daha belirgindir. Teşebbüs derecesinde kalmış haksızlıklarda netice gerçekleşmediği için salt dış dünyadaki fotoğrafa bakarak haksızlığı karakterize etmek çoğu zaman mümkün değildir. Örneğin, (A), (B)'ye bir el ateş eder ve kurşun (B)'ye isabet etmez. (A)'nın kasten öldürme suçuna mı ya da yaralama suçuna mı teşebbüs ettiği veyahut (B)'yi tehdit mi ettiği, (A)'nın kastı bilinmeden bilinemez.

3- 5237 sayılı TCK'da ve 5271 sayılı CMK'da kanun koyucunun kastı haksızlık içerisinde konumlandığını gösteren açık düzenlemeler vardır.

Suçta iştirakte bağlılık kuralını düzenleyen TCK m. 40/1'e göre, suça iştirakten söz edilebilmesi için failin kasten hareket etmesi ve tipik fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Yine aynı düzenlemeye göre, suça iştirakte herkes kendi kusuruna göre sorumlu olur; yani failin kusursuz olması suça iştirak hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz. Kast kusurun bir unsuru olsaydı, failin kastının olmadığı durumlarda failin kusurunun da olmadığı ve bu durumun suça iştirak hükümlerinin uygulanmasına engel olmadığı sonucuna ulaşıldı. Oysa kanun koyucu kastın yokluğu durumunda iştirak hükümlerinin uygulanmayacağını belirterek kastı kusur içerisinde konumlandırmadığını açıkça ortaya koymuştur. 5271 sayılı CMK'nın hüküm türlerine yer verdiği 223. maddesi de kast ve

⁸⁴⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 168; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 101; Akbulut, *Genel Hükümler*, 229; Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 253; Welzel, "Kausalität und Handlung", 719; Hermida, "Convergence", 177.

⁸⁵⁰ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısı*, 21; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 193-194.

taksirin kusurun türleri ya da unsurları olmadığını açık bir şekilde ortaya koymaktadır. CMK m. 223/2'ye göre, kast ve taksir yoksa fail hakkında beraat; CMK m. 223/3'e göre ise kusuru yoksa fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilir. Kast ve taksir, kusur türleri/unsurları olsaydı, kast ve taksirin yokluğu durumunda fail hakkında beraat kararı değil, ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilirdi.

Sınırlı Kusur Teorisinin kastın kapsamına ilişkin olarak temel aldığı, “*hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları da kastın kapsamındadır*” önermesinin gerekçeleri arasından ise iki tanesi öne çıkmaktadır:

1- *Tipikliğin objektif ve sübjektif bileşenlerinin değersizliği, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif ve sübjektif bileşenleri ile nötralize olabilir (denkleştirme tezi).*⁸⁵¹

Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurları, tipik fiilin objektif unsurlarının değersizliğini kaldırır. Örneğin, kasten öldürme suçunda bir insanın yaşamını kaybetmesi hukukun istemediği bir neticedir. Meşru savunmada, unsurları oluşmuşsa saldırganın hayatını kaybetmesi ise istenen ya da en azından gerçekleşmesine izin verilen neticedir. Suç tipi objektif ve sübjektif unsurlardan oluştuğundan objektif unsurların denkleştirilmesi tek başına tipik fiilin değersizliğini kaldırmaz. Tipik fiilin değersizliğinin tamamen nötralize olabilmesi için failin iradesinin karakterize ettiği değersizliğin de ortadan kalkması gerekir. Söz konusu irade değersizliği, hukuka uygunluk nedenlerinin unsurlarının gerçekleştiğini bilen irade ile denkleşebilir. Yani, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurları, tipikliğin objektif unsurları ile; sübjektif unsurları ise tipikliğin sübjektif unsurları ile denkleşir. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif ya da sübjektif unsurlarından biri eksikse, tipik fiilin değersizliği denkleşmiş olmayacağından, fiil haksızdır.

2- *Hukuka uygunluk nedenleri muhataplarına hukuku ihlal etme ayrıcalığı tanımaktadır. Etik prensipler gereği, failin bir ayrıcalıktan yararlanabilmesi için o ayrıcalığın bilincinde olması gerekir.*

⁸⁵¹ Göktürk, “Objektif Nitelikte midir?”, 17 vd.; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 211 vd. Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 260; Fletcher, “Basic Concept”, 105-106; Dillof, “Unraveling”, 1569 vd.

Yükümlülük normları muhataplarına itaat ödevi yüklerken, izin normları muhataplarına yükümlülük normlarındaki yasak ya da emir ödevini ihlal edebilme ayrıcalığı bahşederler. Kavramsal olarak analiz edildiğinde, yükümlülüklere “uyulur” (obey); ayrıcalıklara ise uyulmaz, ayrıcalıklar “kullanılır” (exercise). Ayrıcalığı “kullanmak”, ayrıcalığın farkında olmayı gerektirir.⁸⁵² Farkında olmadan yükümlülük normuna uyulabilir. Örneğin, insanlar uyurken, yemek yerken ya da televizyon seyredirken, ceza hukukunun yasak ya da emir buyruklarına farkında olmadan uymuş olur. Aynı durum hukuka uygunluk nedenleri için geçerli değildir; farkında olmadan bir ayrıcalığın kullanıldığından söz edilemez.⁸⁵³ Etik prensipler, ayrıcalıkların yalnızca onlara layık olan kişilerce kullanılabilmesini gerektirir.⁸⁵⁴ Hukuka uygunluk nedenleri sosyal yaşamdaki haklı ve haksız ilişkilerin değer yargılarının ceza hukukuna aktarılmasıdır. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin sağladığı yükümlülük normlarını ihlal edebilme ayrıcalığına, “en azından” bu nedenlerin somut olayda var olduğunu bilenlerin sahip olması gerekir.⁸⁵⁵

c. Yöneltilen Eleştiriler

Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse hatadan kaçınma ne kadar kolay olursa olsun fiil suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmez. Taksirli suçların kanunda az sayıda olması nedeniyle Sınırlı Kusur Teorisinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılabilir hatada cezalandırma boşlukları yarattığı ileri sürülmektedir.⁸⁵⁶ Suça iştirakte şeriklerin sorumluluğu kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin varlığını gerektirmektedir. Sınırlı Kusur Teorisine göre hukuka uygunluk

⁸⁵² Fletcher, *Rethinking*, 565.

⁸⁵³ Fletcher, *Rethinking*, 565.

⁸⁵⁴ Fletcher, *Rethinking*, 565.

⁸⁵⁵ Fletcher, *Rethinking*, 565. Fakat yazar başka bir çalışmada sadece bilmenin yeterli olmadığını failin hukuka uygunluk nedenlerinin gerektirdiği motivasyonla hareket etmesi gerektiğini ileri sürmüştür. George P Fletcher, “Domination in the theory of justification and excuse”, *University of Pittsburgh Law*, 57 (1996): 561.

⁸⁵⁶ Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 255; Erman, “Yanılığın”, 349-350; Abanoz, “Hata”, 145; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 255. Teorinin taraftarlarına göre unsur yanılığı için de aynı durum söz konusudur. Taksirli sorumluluk istisnaidir ve unsur yanılığında hata kaçınılabilir olsa dahi failin fiili suç niteliğinde bir haksızlığa vücut vermemektedir; dolayısıyla bu eleştiri yersizdir. Göktürk, “Yanılığın Hukuki Niteliği”, 24, dipnot: 54; Heinrich, *Genel Kısım 2*, 183.

nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engellediğinden fail hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya düşmüşse, şerikler gerçeği bilseler dahi sorumlu olmamaktadırlar. Örneğin, (A), aldığı aşırı alkolün etkisi ile evinin salonunda sızar. (A)'nın arkadaşı (B), (A)'nın evine gelir. Kapıyı çalar, ancak kapıyı açan olmaz. (B), pencereden baktığında (A)'nın salonda yüzükoyun yattığını görür. (B), kalp hastası olduğunu bildiği arkadaşına yardım etmek için kapıyı kırmaya çalışır. (B)'nin arkadaşı (C), (B)'nin (A)'ya zarar vermek istediğini zannederek (B)'ye kapıyı kırması için bir cisim verir ve (B), kapıyı kırarak içeri girer.⁸⁵⁷ Bu örnekte Sınırlı Kusur Teorisine göre, (B)'nin kastı olmadığından, iştirakte bağlılık kuralı gereği kötü niyetli de olsa (C) ne mala zarar verme ne de konut dokunulmazlığını ihlal suçlarından sorumlu değildir.

Sınırlı Kusur Teorisi, tipikliğin uyarı fonksiyonu ile bağdaşmadığı ve bu yüzden Tipikliğin Negatif Unsurları ile benzeştiği gerekçesiyle de eleştirilmektedir.⁸⁵⁸ Ayrıca, Sınırlı Kusur Teorisi, kastı haksızlık içerisinde konumlandığından, sübjektif haksızlık anlayışına dayanır. Objektif haksızlık anlayışını kabul eden yazarlarla, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif niteliğinde olduğunu ileri süren yazarların sübjektif teorilere yönelttiği bütün eleştiriler, Sınırlı Kusur Teorisi için de geçerlidir.⁸⁵⁹

4. Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi

a. Genel Olarak

Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hukuki niteliğini düalist yapıdaki bir kast anlayışı (kastın çifte fonksiyonu) ile açıklamaktadır. Bu teoriye göre, kastın hem haksızlık hem de kusur içerisinde fonksiyonu vardır; haksızlığın bileşeni olan kast, *haksızlık kastı*; kusurun

⁸⁵⁷ Örnekte gerçek (B)'nin inandığı gibi olsaydı, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali ya da varsayılan rıza kurumu dolayısıyla (B)'nin fiili hukuka uygun olacaktı.

⁸⁵⁸ Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 337; Erman, “Yanılmanın”, 348.

⁸⁵⁹ Türk öğretisinde kastı haksızlığın gerçekleştiriliş biçimi olarak kabul eden yazarlar, görüşlerini genellikle Gai/Final Hareket Teorisine dayandırmaktadırlar. Gai/Final Hareket Teorisi, taksirli suçları ve ihmalî suçları açıklayamadığı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Detaylı bilgi için birinci bölümde “Yapısal İlişki” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

Sınırlı Kusur Teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olduğunu kabul etmektedir. Objektif Teorinin, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının olduğunu ileri süren görüşe yönelttiği eleştiriler için aşağıda “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Objektif Nitelikte Olması” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

bileşeni olan kast ise *kusur kastıdır*.^{860,861} Haksızlık kastı, haksızlığın bir unsuru olduğu için haksızlık kastının yokluğu halinde kasıtlı bir haksızlıktan söz edilemez. Haksızlık kastının kapsamı, suç tipinin maddi unsurları ile sınırlıdır; bu yüzden *haksızlık kastı* ifadesi, *tipiklik kastına* karşılık gelmektedir.

Kusur değerlendirmesinin konusu haksızlık olduğundan haksızlık yoksa kusur değerlendirmesi konusuz kalır; bu yüzden haksızlık kastı yoksa kusur kastı da yoktur. Bu önermenin tersi için aynısı söylenemez. Kusur kastı olmasa da haksızlık kastı olabilir; çünkü fiil haksız olsa da fail kusurlu olmayabilir. Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları haksızlık kastının değil, kusur kastının kapsamındadır.⁸⁶² Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları kusur kastının kapsamında yer aldığından bu unsurlara ilişkin hata, kusur kastını engeller. Kusur kastı, kusurun bir bileşeni olduğundan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, haksızlığı değil, kusuru etkiler. Kusur kastının yokluğu haksızlık kastının varlığını etkilemediği için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada kasıtlı haksızlık varlığını devam ettirir.⁸⁶³

Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında, haksızlık alanındaki kast varlığını korumakla birlikte, hukuki sonuçları itibarıyla fail sanki suçun maddi unsurlarında hataya düşmüş gibi kabul edilir; hata kaçınılmazsa ya da kaçınılabılır olmakla birlikte failin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse fail cezalandırılmaz. Kusur kastı, haksızlık kastının varlığını etkilemediği için hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası

⁸⁶⁰ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 256; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 237-238; Bozbayındır, *Olası Kast Kavramı*, 79; Doğan, *Neticesi Sebebiyle*, 97; Erman, “Yanılma”, 377-378; Meraklı, *Kusur*, 181.

⁸⁶¹ Açıklamadan kasta çifte fonksiyon yükleyen görüşü kabul eden her yazarın Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisini kabul ettiği sonucu çıkarılmamalıdır. Örneğin, Alman yazar *Claus Roxin*’in kasta çifte fonksiyon yükleyen görüşü kabul etmekle birlikte hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda Sınırlı Kusur Teorisine taraftar olduğu hakkında bkz. Erman, “Yanılmanın”, 351, dipnot: 268.

⁸⁶² Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 341; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 256; Erman, “Yanılmanın”, 353; Abanoz, “Hata”, 151; Heinrich, *Genel Kısım 2*, 187.

⁸⁶³ Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 343; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 256; Heinrich, *Genel Kısım 2*, 186-187.

iştirak hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmez.⁸⁶⁴ Bu, Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisinin, Sınırlı Kusur Teorisine kıyasen güçlü olan özelliklerinden birisidir. Sınırlı Kusur Teorisine göre hata, haksızlığın sübjektif unsuru olan kastı engellediği için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada iştirak hükümleri uygulanamamaktadır. Bağlılık kuralını düzenleyen TCK m. 40'ta yer verilen "kast" terimi, kastı tanımlayan TCK m. 21'den de anlaşılacağı üzere suçun kanuni tanımındaki unsurları kapsayan kasta (Sınırlı Kusur Teorisinin kullandığı terminoloji ile haksızlık kastına) karşılık gelmektedir.

Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında, hatanın kaçınılabilir olup olmaması önemli değildir; hata kaçınılmaz olsa dahi fiil kasıtlı bir haksızlık teşkil etmeye devam eder. Keza hatanın kaçınılabilir olup olmaması, kusur kastının yokluğu bakımından da önemli değildir; fail, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya düştüğü için fiilinin hukuka aykırı olmadığına inanıyorsa, hatası kaçınılabilir olsun ya da olmasın failde kusur kastı yoktur. Hatanın kaçınılabilir olması, failin kusurlu olduğunu gösterir. Bu durum, taksirli suçlar bakımından önem arz eder. Fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse ve hata kaçınılabilirse fail taksirli suç için öngörülen cezaya göre sorumlu olur. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur; Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hata kaçınılmaz olsa dahi kasıtlı haksızlığın varlığı hatadan etkilemez; fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse ve hata kaçınılabilirse, fail kasıtlı haksızlıktan taksirli suç için öngörülen cezaya göre sorumlu olur.⁸⁶⁵ Fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse hata kaçınılabilir olsa dahi fail cezalandırılmaz.

Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi, kusurun içerisine haksızlık bilinci dışında *kusur kastı* şeklinde sübjektif nitelikte yeni bir kavram daha eklemekte ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarına ilişkin bilgiyi kusur kastı içerisine dâhil etmektedir. Böylece Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi, suç tipinin maddi

⁸⁶⁴ Erman, "Yanınınman", 354; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 257; Abanoz, "Hata", 154; Heinrich, *Genel Kısım 2*, 187;

⁸⁶⁵ Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 343; Meraklı, *Kusur*, 189-190; Abanoz, "Hata", 153.

unsurları dışında kalmakla birlikte haksızlıkla ilgili olan diğer olgusal gerçeklikleri haksızlık bilincinden ayırmakta ve kusur içerisinde de haksızlıkla ilgili olan olgusal gerçeklikte hata ile hukuki gerçeklikte hata arasında bir ayrımı gerekli kılmaktadır. Kusur kastını engellediği için kusuru etkileyen hatanın konusu, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarıdır. Suç tipinin ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları dışında kalan ve hataya düştüğünde haksızlık bilincinin yokluğunu sonuçlayan diğer unsurlarda hata ise, haksızlık hatasına vücut verir. Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisine göre, kusur kastını engellediği için kusuru etkileyen hata ile haksızlık bilincini engellediği için kusuru etkileyen hatanın (haksızlık hatası) hukuki sonucu aynı değildir. İkisi de kusuru etkilemektedir; ancak kusur kastını engellediği için kusuru etkileyen hata (hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata), kaçınılabilir ise failin cezalandırılabilmesi için fiilin taksirli halinin kanunda suç olarak düzenlenmiş olması gerekir. Haksızlık bilincini engellediği için kusuru etkileyen hatada (haksızlık hatasında) ise, hata kaçınılabilirse fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemiş olsa dahi fail cezalandırılabilir. Kusuru etkileyen bu iki hata türü birbirlerinden konuları itibarıyla ayrılırlar.

Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi, Sınırlı Kusur Teorisi ile hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hukuki sonuçları bağlamında genel olarak örtüşmektedir; zira iki teoriye göre de hata kaçınılmazsa ya da kaçınılabilir olmakla birlikte fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse, fail cezalandırılmaz. Keza, hata kaçınılabilirse ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse, iki teoriye göre de, fail taksirli suç için öngörülen cezaya göre sorumlu olur. İki teori arasındaki farklılık, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hukuki niteliği hakkındadır. Sınırlı Kusur Teorisine göre, bu türden bir hata cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsurunu etkilerken, Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusuru etkiler. Kaçınılmaz hatada, Sınırlı Kusur Teorisine göre fiil haksız olmadığı için, Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre ise, fail kusurlu olmadığı için cezalandırılmaz. Kaçınılabilir hatada, Sınırlı Kusur Teorisine göre fail taksirli haksızlıktan sorumludur. Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre, kaçınılabilir hatada fail taksirli haksızlıktan değil, kasıtlı haksızlıktan sorumludur; ancak cezanın tayininde taksirli suç için öngörülen ceza esas alınır.

b. Teorik Esası

Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi, kast ve taksiri kusur içerisinde konumlandırılan Klasik Suç Teorisi ile kast ve taksiri haksızlık içerisinde konumlandırılan Finalist Suç Teorisinin kombinasyonu niteliğindedir; Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre, kast ve taksir hem kusurun hem de haksızlığın bileşenleridir.

Haksızlığın bileşeni olan kast, haksızlık kastı; kusurun bileşeni olan kast ise kusur kastı olarak adlandırılmaktadır.⁸⁶⁶ Kusur kastı, tipik fiil özelinde, failin hukuka düşman (doğrudan kast) ya da hukuki değerleri umursamaz (olası kast) karakterini ortaya koymaktadır.⁸⁶⁷ Örneğin, kasten öldürme suçunda, failin bir insana yöneldiğini ve ölüm neticesine yol açacağını bilme faildeki haksızlık kastını ifade ederken, öldürmeyi yasaklayan normun uyarısını önemsememe, insan öldürme suçuyla korunmak istenen hukuki değeri (yaşama hakkı) ihlal etmeyi isteme ya da kabullenme, faildeki zihniyet kötülüğünü yani kusur kastını ifade eder.

Taksirin çifte fonksiyonunda belirleyici olan husus ise, özen yükümlülüğüdür. Objektif özen yükümlülüğüne aykırılık, taksirin haksızlıktaki bileşeni iken subjektif özen yükümlülüğüne aykırılık, taksirin kusurdaki bileşenidir.⁸⁶⁸ Makul bir kişinin örneğin, somut olaya göre makul bir doktorun, makul bir mühendisin vb. göstermesi gereken özene aykırılık, objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktır. Makul kişinin davranış standardı, objektif özen yükümlülüğü getiren normun içeriğini oluşturur. Fail kendi kişisel özellikleri ve kabiliyetlerine göre, özen yükümlülüğü getiren normu bilebilecek ve ona uygun davranabilecek kapasiteye sahip olmasına rağmen normu ihlal etmişse, subjektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan söz edilir. Objektif özen yükümlülüğüne aykırılıkta, diğer unsurları da varsa, taksirli haksızlık oluşur. Taksirli haksızlık dolayısıyla failin kusurlu olabilmesi için failin subjektif özen yükümlülüğünü de ihlal etmiş olması gerekir.

⁸⁶⁶ Erman, “haksızlık kastı” terimi yerine “kast haksızlığı” terimini kullanmaktadır. Erman, “Yanılmanın”, 351.

⁸⁶⁷ Meraklı, *Kusur*, 186.

⁸⁶⁸ Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 453; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 482-483; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 193-194; Doğan, *Neticesi Sebebiyle*, 193-194; Bozbayındır, *Olası Kast Kavramı*, 72 vd; Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatikliği*, 50 vd; Gültekin Diken, “Taksire Dayalı Sorumluluk”, 17.

Kast ve taksire çifte fonksiyon yükleyen yazarlar, maddi anlamda kusur kavramını “zihniyetin değersizliği” kavramı ile açıklamaktadırlar.⁸⁶⁹ Geleneksel görüşe göre fail aksi şekilde davranabilme imkânına sahip olmasına rağmen hukuka aykırılığı özgür iradesi ile tercih etmişse kusurludur.⁸⁷⁰ Haksızlık bilincinin yokluğu halinde fail hukuka aykırılığı özgür iradesi ile tercih etmediğinden geleneksel görüş haksızlık bilincinin olmadığı durumlarda kusuru açıklayamamaktadır.⁸⁷¹ Kasta ve taksire çifte fonksiyon yükleyen yazarlara göre, failin haksızlığı bilmemesi, gerçeği bilmek için gösterilmesi gereken özen ve dikkat yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanıyorsa fail kusurludur; başka bir deyişle faile kusur isnadının nedeni failin özensizlik ve dikkatsizlikle karakterize olan zihni durumudur.⁸⁷²

Kasta ve taksire çifte fonksiyon yükleyen görüş, olgu değersizliği ile zihniyet değersizliği ayırımına dayanmaktadır; olgu değersizliği haksızlığa, zihniyet değersizliği ise kusura karşılık gelmektedir. Olguya yönelen kast haksızlığın, olgu değersizliğine yönelen kast ise kusurun bileşenidir.⁸⁷³

Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi, haksızlığın hukuka aykırılık unsurunda hatada tipiklikteki hatayla paralel bir model önermektedir. Suçun hukuka aykırılık unsurunun içeriğini hukuka uygunluk nedenleri oluşturur. Hukuka uygunluk nedenlerinin de suç tipinde olduğu gibi hem maddi ve hem de normatif unsurları vardır. Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin hata ister unsur hatası ister izin hatası şeklinde ortaya çıksın, kusuru etkiler. Ancak bu, Sınırlı Kusur Teorisinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile izin hatası arasında ayırım yapmadığı anlamına gelmemektedir. Sınırlı Kusur Teorisi, tıpkı suç tipindeki hatada olduğu gibi hukuka uygunluk nedenlerinde hatada da, maddi

⁸⁶⁹ Meraklı, *Kusur*, 184.

⁸⁷⁰ Duff, “Choice, Character”, 346; Moore. “Choice, Character, and Excuse”, 49 vd.

⁸⁷¹ Simon, “Culpability and Retributive Theory”, 368; Jeremy Horder, “Criminal Culpability: The Possibility of a General Theory”, *Law and Philosophy*, 12/2 (1993): 196-197; Williams, *General Part*, 122-123.

⁸⁷² Meraklı, *Kusur*, 184-186

⁸⁷³ Meraklı, *Kusur*, 188; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 341.

unsurlarda hata ile normatif unsurlarda hata arasında hukuki sonuçları itibarıyla ayırım yapmaktadır.^{874,875}

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fail suç tipindeki unsurları bilmektedir; haksızlık kastı suçun maddi unsurları ile sınırlı olduğundan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada haksızlığın bileşeni olan kast hatadan etkilenmez; yani fiil tipiktir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hataya düşülen hukuka uygunluk nedeninin unsurları olayda gerçekleşmemiştir; fakat fail ilgili unsurların gerçekleştiğini zannetmektedir. Unsur gerçekte gerçekleşmediği için unsur eksikliği dolayısıyla somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni yoktur; yani fiil hukuka aykırıdır. Fiil tipik ve hukuka aykırı ise haksızdır. Sonuç olarak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada haksızlığın varlığı hatadan etkilenmemektedir.

Suç tipinin unsurlarının normatif karakterinde hata kusuru etkilemektedir; o halde hukuka uygunluk nedenlerinin unsurlarının normatif karakterinde hata da kusurla ilgilidir. Çünkü haksızlığın çekirdeğini tipiklik oluşturur. Suç tipinin unsurlarının normatif unsurlarında hata, haksızlığı değil, kusuru etkiliyorsa hukuka uygunluk nedenlerinin normatif unsurlarında hata da, haksızlığı değil, kusuru etkiler.⁸⁷⁶ Sorun, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada ortaya çıkmaktadır.

⁸⁷⁴ Örneğin, *Özbek, Doğan ve Bacaksız*'a göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusur kastını engeller ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse hata kaçınılabılır olsa dahi fail cezalandırılmaz. *Özbek, Doğan ve Bacaksız, Genel Hükümler*, 438. İzin hatasında ise yazarlara göre, hata kusuru etkiler ve hata kaçınılabılırsa fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmiş olmasa dahi fail sorumlu olur. *Özbek, Doğan ve Bacaksız, Genel Hükümler*, 444-446.

⁸⁷⁵ Bir görüşe göre, suç tipinin olgusal unsurlarında hata ile normatif unsurlarının sosyal anlamında hata kastı engeller. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Ölmez, "Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir", 158; Mahmutoglu, Karadeniz, *Genel Hükümler Şerhi*, 704; Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 256. Bu görüş Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine uyarlandığında, hukuka uygunluk nedenlerinin olgusal unsurlarında ya da normatif unsurlarının sosyal anlamında hata, kusur kastını engeller.

⁸⁷⁶ Öğretide bir görüşe göre normatif unsurlarda her hata, TCK m. 30/4'te yer verilen haksızlık hatasına ilişkin hükümlerin uygulanacağı anlamına gelmez. Bu görüşe göre normatif unsurlarda hata bakımından bir ayırım yapmak gerekir; fail normatif unsurun sosyal anlamında yanlışsa hata kastı engellerken; normatif unsurun sosyal anlamını aşan hukuki anlamında hata kusuru etkiler.⁸⁷⁶ Bu görüş esas alınacak olursa, hukuka uygunluk nedenlerinin normatif unsurlarında hata her durumda kusuru etkilemez. Hata normatif unsurun sosyal anlamına ilişkinse kastı engeller. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Ölmez, "Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir", 158; Mahmutoglu, Karadeniz, *Genel Hükümler Şerhi*, 704; Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 256.

Suç tipinin maddi unsurlarında hata, normatif unsurlarda hatadan daha lehedir; çünkü maddi unsurlara ilişkin hata haksızlığı etkilemekteyken normatif unsurlarda hata kusuru etkilemektedir; keza yalnızca kasten işlenen suçlarda maddi unsurlarda hata kaçınılabilir olsa dahi cezasızlık sonucu doğururken olgunun normatif karakterine ilişkin hatanın cezasızlık sonucu doğurabilmesi için kaçınılmaz olması gerekir. Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi esas alındığında benzer bir durum hukuka uygunluk nedenleri için de söz konusu olmaktadır. Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, normatif unsurlarda hatadan daha lehedir; olguda hata ile olgunun normatif karakterinde hata arasında hem ontolojik hem de normatif bakımdan fark vardır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile normatif unsurlarında hata arasında hukuki sonuçları itibarıyla bir ayırım yapmak, cezalandırılabilir fiilin kusur unsurunun içeriğine haksızlık bilinci dışında yeni bir bileşen eklemek suretiyle mümkün olabilmektedir. Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi, *kusur kastı* kavramını denkleme dâhil ederek bir yandan haksızlığın varlığını korumakta böylece suç tipinin maddi unsurlarında hata ile hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata arasındaki değer farkını dikkate almakta; öte yandan haksızlığın bir unsuru olan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile normatif unsurlarda hata arasında ayırım yaparak, cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsuru ile ilgili olan olguda hata ile olgunun normatif karakterinde hata arasındaki ontolojik ve normatif farklılığı ortaya koymaktadır.

Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, kusur kastını engellerken; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarının normatif karakterinde hata, izin hatasına (TCK m. 30/4) vücut verir; böylece Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi, haksızlık alanındaki tüm maddi unsurları, TCK m. 30/4'te yer verilen hükmün kapsamı dışına çıkarmaktadır. Bu yüzden Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre TCK m. 30/4'ün kapsamı, suç tipinin maddi unsurlarında hata ile hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata dışında kalan ve fail hataya düştüğü için fiilin hukuk düzeni ile çeliştiğini bilmediği hususlarla sınırlıdır.

Kusur kastını engelleyen hata ile izin hatasının ortak noktası, en nihayetinde ikisinin de kusuru etkilemesidir; bu yüzden Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinde hata, ister maddi unsurlarda hata ister normatif unsurlarda hata şeklinde ortaya çıksın, her durumda kusuru etkiler. İki hata türü arasındaki bir başka ortak nokta, failin hukuka düşman bir zihniyetle hareket etmemesidir; çünkü iki hata türünde de fail davranışının hukuka uygun olduğunu zannetmektedir. Kusur kastını engelleyen hata ile izin hatası arasındaki temel farklılık, hatanın kaçınılabilirliği ile ilgilidir. Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre hata kaçınılabilir olsa dahi kusur kastını engeller, failin taksirli hali de cezalandırılmıyorsa fail cezai sorumluluğu yoktur; izin hatasında ise hatanın cezasızlık sonucunu doğurabilmesin mutlaka kaçınılmaz olması gerekir.

Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre kast, ontolojik bir kavram olduğu için kusur kastı da haksızlık kastında olduğu gibi ontolojik niteliktedir; yani hata varsa kusur kastı yoktur; çünkü hata bilmeme, kast bilmektedir; hata varsa kast, kast varsa hata yoktur. Hata kaçınılabilir olsa dahi kusur kastı yoktur.⁸⁷⁷ Kaçınılmazlık koşulunun aranmaması dolayısıyla Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı tipikliğin maddi unsurlarında hataya yaklaştırmaktadır; zira suç tipinin maddi unsurlarında hatada da hata kaçınılabilir olsa dahi kastı engeller.

Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi suç tipinin maddi unsurlarında hata ile haksızlık hatası arasında yer alan kendine özgü bir teoridir.⁸⁷⁸ Şöyle ki;

Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile suç tipinin maddi unsurlarında hatanın bağlam noktası, hatanın kaçınılabilir olması ihtimalinde dahi failin kasıtlı haksızlıktan cezalandırılmaması, koşulları oluşmuşsa failin taksirli suçun cezasından sorumlu olmasıdır. İki hata türünün ayırım noktası ise, kasıtlı haksızlığın varlığına ilişkindir. Suç

⁸⁷⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 438; Erman, “Yanılmanın”, 377-378; Abanoz, “Hata”, 238.

⁸⁷⁸ Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 256; Hillenkamp, Cornelius, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin”, 2115; Heinrich, *Genel Kısım 2*, 187.

tipinin maddi unsurlarında hatada kasıtlı bir haksızlık yoktur; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata da ise hata kaçınılmaz olsa dahi kasıtlı haksızlık vardır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile suç tipinin maddi unsurlarında hata arasındaki bağlam noktası, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile kusuru etkileyen nedenlerin maddi unsurlarında hata arasındaki ayrım noktasıdır. Kusuru etkileyen nedenlerin maddi unsurlarında hatanın cezasızlık sonucu doğurabilmesi için kaçınılmaz olması gerekir. Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kasıtlı haksızlıklarda kaçınılabılır olsa dahi fail cezalandırılmaz.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile suç tipinin maddi unsurlarında hata arasındaki ayrım noktası ise, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile kusuru etkileyen nedenlerin maddi unsurlarında hata arasındaki bağlam noktasıdır. Kusuru etkileyen nedenlerin maddi unsurlarında hata, kaçınılabılır olsun ya da olmasın kasıtlı haksızlığın varlığını etkilemez. Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada da hata kaçınılabılır olsun ya da olmasın kasıtlı haksızlığın varlığı hatadan etkilenmez.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hem suç tipinin maddi unsurlarında hata ile hem de kusurluluğu kaldıran nedenlerin maddi unsurlarında hata ile benzeşen ve ayrışan yönlerinin olması, cezalandırılabilir fiilin tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur şeklindeki üç basamaklı yapısı ile uyumludur. Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı ne tam olarak tip hatası ne de tam olarak kusuru etkileyen nedenlerle hata şeklinde çözümlemektedir; cezalandırılabilir fiilin maddi unsurlarında hata tipe ilişkinse ayrı, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkinse ayrı ve kusura ilişkinse ayrı hukuki sonuçlar doğurmaktadır.

Suç tipinin maddi unsurlarında hata, TCK m. 30/1'de; haksızlık hatası bağlamında izin hatası, TCK m. 30/4'te ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, TCK m. 30/3'te düzenlenmiştir. Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı TCK m. 30/1 ve TCK m. 30/4'ten farklı olarak ele aldığı için kanun koyucunun hukuka uygunluk nedenlerinin

maddi unsurlarında hatayı müstakil olarak düzenlemesiyle uyumludur; fakat TCK m. 30/3'te failin hatasından yararlanabilmesi için hatanın kaçınılmaz olması koşulunun aranması Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisinin ortaya koyduğu modelle örtüşmemektedir; zira Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre yalnızca kasten işlenebilen suçlarda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılabilir olsa dahi fail hatasından yararlanmakta ve cezalandırılmamaktadır.

c. Yöneltilen Eleştiriler

Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada, hata kaçınılabilirse ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail kasıtlı suçtan taksirli suç için öngörülen cezaya göre sorumlu olur. Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi böylece Sınırlı Kusur Teorisi ile Katı Kusur Teorileri arasında bir çözüm önererek, hem Sınırlı Kusur Teorisinin tipikliğin uyarı fonksiyonu ile bağdaşmayan ve suça iştirak hükümleri bakımından cezalandırma boşlukları yaratan çözümünden hem de Katı Kusur Teorisinin fail açısından adaletsizliğe yol açtığı ileri sürülen çözümünden sıyrılmaktadır. Her iki teoriye yöneltilen eleştirilerden sıyrıldığı ve her iki teorinin güçlü yönlerini barındıran bir model ortaya koyduğu için Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi pragmatik açıdan oldukça işlevseldir; ancak Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi ortaya koyduğu bu modeli teorik açıdan temellendirmekte güçlük çektiği gerekçesiyle eleştirilmektedir.

Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisine göre kaçınılabir hata da fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse; fail, kasıtlı suçtan taksirli suçun cezasına göre sorumlu olur. Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisinin bu tezi, kanunda bu yönde açık bir düzenleme olmadığı müddetçe, gerçekleşmemiş bir haksızlığa ilişkin cezanın gerçekleşen bir haksızlığa uygulanamayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁸⁷⁹ Kast ve taksir, iki farklı haksızlık tipidir; failin kastı varsa taksiri, taksiri varsa kastı yoktur; karşılıklı olarak birbirini dışlayan iki kavram aynı fiil üzerinde teorik olarak birleşemezler. Kasıtlı suç için taksirli ceza, ceza siyaseti gereği

⁸⁷⁹ Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 346; Göktürk, “Yanılmanın Hukuki Niteliği”, 27; Karaaslan, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin”; 1693; Erman, “Yanılgının”, 355.

uygun görülebilir; bunun olabilmesi için de kanunda açık bir düzenlemenin yer alması gerekir.

5. Kast Teorisi

a. Genel Olarak

Kast teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller; bu görüşe göre kast, kusurun bir türüdür/unsurudur; bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, en nihayetinde kusuru etkiler; hata kaçınılabilirse ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olur.⁸⁸⁰ Kast Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı engellemesinin nedeni, fiilin hukuka uygun olduğuna inanan failde haksızlık bilincinin olmamasıdır. Bu sonuç, Kast Teorisinin en karakteristik özelliği olan haksızlık bilincinin kastın kapsamına dâhil edilmesinin (*dolus malus*) doğal sonucudur.⁸⁸¹

Sınırlı Kusur Teorisine göre de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller; bu yüzden Kast Teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata meselesinde ulaştığı sonuç (hatanın kastı engellemesi) itibarıyla Sınırlı Kusur Teorisine benzemektedir. İki teori arasındaki farklılık, kastın konumundan ve kapsamından kaynaklanmaktadır. Kast Teorisine göre kast, kusurun bir bileşenidir ve haksızlık bilinci kastın kapsamındadır. Sınırlı Kusur Teorisine göre ise kast, haksızlığın bir bileşenidir ve haksızlık bilinci kastın kapsamında değildir. Sınırlı Kusur Teorisine göre haksızlık bilinci, kusurun bir bileşenidir; kast münhasıran haksızlığın bir unsuru olup haksızlıkla ilgili tüm olgusal gerçeklikler kastın kapsamındadır.⁸⁸² Hukuka uygunluk nedenleri, hukuka aykırılık unsuru bağlamında haksızlıkla ilgili oldukları için hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olgusal gerçeklik de

⁸⁸⁰ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 226; Erem, *Ceza Kanunu Şerhi*, 327; Toroslu, Toroslu, *Genel Kısım*, 269-270; Bengü, *Hata*, 75; Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (Portland: Hart Publishing, 2009), 61; Matthias Cernusca, “A Comparative Approach to Normative Elements in the Definition of International Crimes” (Unpublished Phd Thesis, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau, 2018), 249.

⁸⁸¹ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 5 vd.; Bozbayındır, *Olası Kast Kavramı*, 32 vd.; Ryu, Silving, “Error Juris”, 440; Martinovic, “Intention and Awareness of Wrongdoing”, 567; Bohlander, *German Criminal Law*, 61; Badar, “*Mens Rea*”, 235; Cernusca, “A Comparative Approach”, 113.

⁸⁸² Özgenç, *Genel Hükümler*, 527; Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 221.

kastın kapsamındadır. Kast Teorisine göre ise haksızlık bilinci ile ilgili hem olgusal gerçeklikler hem de normatif gerçeklikler kastın kapsamındadır. Hem olgusal hem de normatif gerçekliğe ilişkin olan ve fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmemeye yol açan her hatanın kastı engellemesi, ceza hukukunun uygulama alanını oldukça daraltır; ceza hukuku kendisine yönelen düzeni koruma beklentisini tam olarak karşılayamaz. Keza, failde haksızlık bilincinin olmadığı her durum kastın yokluğunu sonuçlarsa, *-dolaylı faillik koşullarının olduğu durumlar hariç olmak üzere-* suça iştirak hükümlerinin alanı da daralır.⁸⁸³ Kast Teorisi, bahse konu sakıncaları “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı ile aşmaya çalışmıştır. “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı dolayısıyla Kast Teorisine göre, olgusal gerçekliklerle hukuki gerçeklikler arasında ayırım yapmak gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinin normatif unsurlarında hata (izin hatası), “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralından dolayı önemli değildir.⁸⁸⁴ Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarına ilişkin bilgi ise hukuki gerçeklikle değil, olgusal gerçeklikle ilgili olduğu için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralına takılmaz ve dolayısıyla kastı engeller.

Kast Teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda ileri sürülen teoriler arasında en çok Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisine yaklaşmaktadır. Zira, iki teoriye göre de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engellemekte ve hatadan etkilenen bu kast kusurun bir bileşeni olduğu için bu türden bir hata en nihayetinde kusuru etkilemektedir. Ancak iki teori arasında kastın yapısı konusunda esaslı farklılıklar vardır. Kast Teorisine göre kast bütüncül yapıdadır ve münhasıran kusurun bir bileşenidir. Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisine göre ise kast parçalı bir yapıdadır; kastın haksızlık ve kusur içerisinde fonksiyonu vardır.⁸⁸⁵ Kast Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada kast bir bütün olarak ortadan kalktığı için kasıtlı bir haksızlıktan söz

⁸⁸³ Heinrich, *Genel Kısım 2*, 179.

⁸⁸⁴ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 159.

⁸⁸⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 438; Erman, “Yanılmanın”, 377-378; M. Elewa Badar, “*Mens Rea – Mistake Of Law & Mistake Of Fact In German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals*”, *International Criminal Law Review*, 5 (2005): 219; Cernusca, “A Comparative Approach”, 263.

edilemez; hata kaçınılabilirse fail taksirli haksızlıktan sorumlu olur. Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisine göre ise, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılabilir olsun ya da olmasın hiçbir durumda kasıtlı haksızlığın varlığını etkilemez.⁸⁸⁶

Kast Teorisi, 765 sayılı TCK döneminde kabul gören Klasik Suç Teorisine ve bu teorinin kusur konusunda esas aldığı Psikolojik Kusur Teorisine dayanmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile Klasik Suç Teorisi Türk öğretisinde hâkimiyetini kaybetmiştir; ayrıca Türk öğretisinde Klasik Suç Teorisini savunan yazarların ekseriyeti, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında Saf Sübjektif Teoriyi savunmaktadır. Bu yüzden, 5237 sayılı TCK döneminde Türk öğretisinde Kast Teorisini savunan az sayıda yazar vardır.⁸⁸⁷

b. Teorik Esası

Kast Teorisi, Klasik Suç Teorisini karakterize eden objektif haksızlık anlayışına ve psikolojik kusur kavramına dayanmaktadır.⁸⁸⁸ Klasik Suç Teorisine göre, haksızlık suçun dış, kusur ise suçun iç yapısını oluşturmaktadır; yani dış dünyadaki gerçeklik suçun haksızlık; failin iç dünyasındaki gerçeklik ise kusurun içeriğini oluşturur.⁸⁸⁹ Kast ve taksir, failin iç dünyasına ait gerçeklikler olduğu için suçun kusur unsurunun içeriğini oluştururlar. Hata da failin iç dünyasına ait bir gerçeklik olduğu için suçun kusur unsuru ile ilişkilidir.

Kast Teorisine göre, haksızlık objektif niteliktedir. Bu yüzden fail, fiilinin haksız olduğunu bilsin ya da bilmesin failin sübjektif durumunun haksızlığın varlığı ya da yokluğu bakımından bir önemi yoktur. Haksızlık, failin sübjektif durumundan izole olduğu için hata hiçbir durumda haksızlığı etkilemez; bu görüşe göre ceza hukukunda hata her durumda cezalandırılabilir fiilin kusur unsuru ile ilgilidir; dolayısıyla bu görüşe göre hukuki sonucu itibarıyla tek bir hata türü vardır; o da kusuru etkileyen hatadır.

⁸⁸⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 438; Erman, “Yanılmanın”, 377-378.

⁸⁸⁷ 5237 sayılı TCK döneminde Türk öğretisinde Kast Teorisini savunan yazarlar için bkz. Toroslu, Toroslu, *Genel Kısım*, 270-271; Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, 70-71.

⁸⁸⁸ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 2.

⁸⁸⁹ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 4.

Kast Teorisine göre haksızlık objektif nitelikte olduğundan haksızlığın hukuka aykırılık unsurunun içeriğini oluşturan hukuka uygunluk nedenleri de objektif niteliktedir; somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmişse fail bu durumu bilsin ya da bilmesin fiili hukuka uygundur.⁸⁹⁰

Kast Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, kastı engeller; hata kaçınılabilirse ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olur.⁸⁹¹ Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı engellemesinin nedeni, failin hataya düştüğü hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmemesidir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, suçun kanuni tanımındaki unsurları bilmeyi (tipiklik kastı) engellemez; ancak Kast Teorisine göre kast, tipiklik kastı ve hukuka aykırılık bilincinden oluşan bütüncül bir yapıya sahip olduğu için fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmeme, kastın yokluğunu sonuçlar.

Klasik Suç Teorisinin haksızlığı sübjektif unsurlardan izole etmesinin temel nedenlerinden birisi, haksızlığı pozitif bilimlerin determinist (belirlenimcilik) metodolojisi ile kavramlaştırmak istemesidir. Klasik Suç Teorisini karakterize eden bir diğer akım liberalizmdir. Liberalizmin suçun yapısına etkisi, suçun varlığı bakımından salt objektif haksızlığın varlığının yeterli olmaması, kusurun da suçun bir unsuru olarak kabul edilmesidir. Liberalizme göre insanlar, özgür seçimlerine göre hareket eden özgür varlıklardır.⁸⁹² İnsanların davranışları dolayısıyla sorumlu olabilmeleri için kural olarak, seçimlerinin özgür olması gerekir (geleneksel öznelcilik); aksi durumda

⁸⁹⁰ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 21; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 84; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 223; Taner, *Umumi Kısım*, 395; Toroslu, *Genel Kısım*, 160; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Hamide Zafer, *Genel Hükümler*, 362; Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 203; Ekici Şahin, *Rıza*, 175; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 289; Dursun, Bozbayındır, “Manevi Unsurları Meselesi”, 86-87; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 427; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 288; Uğraş, “Hukuka Uygunluk”, 411; Robinson, “Objective Versus”, 344; Moore, *Placing Blame*, 65-6; Schopp, *Just Conviction*, 35; Hurd, “Justification and Excuse”, 1565-7.

⁸⁹¹ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 226; Erem, *Ceza Kanunu Şerhi*, 327; Toroslu, *Genel Kısım*, 269-270; Bengü, *Hata*, 75; Bohlander, *German Criminal Law*, 61.

⁸⁹² Mariana Valverde, “Pain, Memory, and the Creation of the Liberal Legal Subject: Nietzsche on the Criminal Law”, in *Nietzsche and Legal Theory*, eds. Peter Goodrich and Mariana Valverde (New York: Routledge, 2005), 67.

cezalandırmanın kendisi de haksızdır (kusur ilkesi).⁸⁹³ Seçimin özgür olabilmesi için failin arasından seçim yapabileceği seçenekleri ve dolayısıyla haksızlığa vücut verecek davranışı bilmesi (epistemik koşul) ve iradesinin seçeneklerden birini seçmeye mecbur olmaması (kontrol koşulu) gerekir.⁸⁹⁴ Klasik Suç Teorisinde, sorumluluğun epistemik koşulu kusura, kontrol koşulu ise haksızlığa karşılık gelmektedir. Klasik Suç Teorisi liberalizmin etkisi dolayısıyla bir yandan haksızlık bilincini kusurun içerisinde konumlandırmak istemiş öte yandan esas aldığı pozitivist metodoloji dolayısıyla normatif unsurları da kusurun dışında tutup kusuru salt kast ve taksirden oluşan psişik bir durum olarak kavramlaştırmak (psikolojik kusur kavramı) istemiştir. Kusurun içeriği kast ve taksir ile sınırlı olduğundan haksızlık bilinci doğal olarak kastın kapsamına dâhil edilmiştir. Çünkü haksızlık bilinci de psikolojik bir gerçekliktir. Kusurun içeriğini oluşturan psikolojik gerçeklikler, kast ve taksirle sınırlandırıldığı için haksızlık bilincinin bu iki kusur türünden/unsurundan birine dâhil edilmesi gerekir. Kast, bilme olduğu için fiilin haksızlığını bilme kastın içerisine dâhil edilmiştir. Potansiyel haksızlık bilinci (haksız olduğunu bilmesi gerekme), normatif bir kavram olduğundan ve kast ontolojik bir kavram olduğundan potansiyel olarak haksızlık bilincinin varlığı failin kusurlu olması için yeterli değildir; failin kastından söz edilebilmesi için failin fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmesi gerekir.

Kastın kapsamındaki hususlara ilişkin bilmeme kastı engeller. Kast Teorisine göre, suçun maddi unsurlarına ilişkin bilgi ve haksızlık bilinci kastın muhtevasını oluşturur. Fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmeme ile fiile ilişkin maddi unsurları bilmeme, kastı engellediği için Kast Teorisine göre suçun maddi unsurlarında hata ile haksızlık hatası arasındaki ayrım sadece teorik olarak önemlidir; sonuç itibarıyla iki hata türü de kastın yokluğunu sonuçmaktadır⁸⁹⁵; ancak bu noktada “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı önemli bir rol oynar.

⁸⁹³ Earl Fruchtman, “Recklessness and the Limits of Mens Rea: Beyond Orthodox Subjectivism”, *Criminal Law Quarterly*, 29 (1986-1987): 315.

⁸⁹⁴ Fischer, Ravizza, *Responsibility and Control*, 13; Kevin Timpe, “Free Will and Moral Responsibility”, *The Modern Schoolman*, 88/1-2 (2011): 5-6.

⁸⁹⁵ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 5; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 318.

Suçun varlığı bakımından haksızlık bilincinin kast bağlamında zorunlu bir unsur olması, hukuk kurallarının çokluğu ve karmaşıklığı hususları dikkate alındığında, ceza hukukunun hukuki değerleri koruma fonksiyonunu etkisiz hale getirir. Taksirli suçlar kanunda sınırlı sayıda olduğu için haksızlık hatasının kaçınılmaz olduğu durumlarda dahi kastı engellemesi cezalandırma boşluklarına yol açar.⁸⁹⁶ Haksızlık bilincinin kastın kapsamına dâhil olmasından kaynaklanan bu sakınca, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı ile aşılma istenmiştir. “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı, maddi gerçeklik hakkındaki hata ile hukuki gerçeklik hakkındaki hata arasında zorunlu bir ayrımı gerektirir. Hukuki gerçekliği bilmemek bu kural dolayısıyla önemli değildir. Haksızlık bilinci fiilin hukuk düzeni ile çeliştiğini bilmedir.⁸⁹⁷ Bu bilgi, hukuki gerçekliğe ilişkin bir bilgidir; dolayısıyla “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralına yer verilen hukuk sistemlerinde haksızlık hatasının hukuki bir sonucu yoktur.

765 sayılı TCK’nın 44. maddesinde “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralına yer verilmiştir. “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralına rağmen, 765 sayılı TCK döneminde bazı yazarlar hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya düşen failde haksızlık bilinci yoksa, bu tür bir hatanın kastı engellediğini ileri sürmüştür.⁸⁹⁸ Söz konusu yazarların 765 sayılı TCK’nın 44. maddesinin varlığına rağmen bu sonuca ulaşmasının nedeni, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarının dış dünyada ait gerçeklikler olması ve bu yönüyle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hukuku bilmemeyle ilgili olmamasıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, suç tipinin maddi unsurlarında hata ile örtüşmektedir. Çünkü suç tipinin maddi unsurlarında hatada da failin fiilinin hukuk düzeni ile çeliştiğini bilmemesinin nedeni, maddi (olgusal) gerçekliği bilmemesidir. Örneğin, korkuluğa ateş ettiği zannıyla tarlada çalışmakta olan köylüyü vuran kişi, kasten öldürme suçunun maddi unsurunda hataya düşmektedir. Fail, bu hatasının sonucu olarak davranışının hukuk düzeni ile çeliştiğini bilmemektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada da fail dış dünyadaki bir

⁸⁹⁶ Meese, Larkin, “Reconsidering”, 749 vd.; Garvey, “Mistake of Fact”, 363; Perkins, “Ignorance and Mistake”, 40-41; Keedy, “Ignorance and Mistake”, 91; Derriuc, “Kanunu Bilmemek”, 197.

⁸⁹⁷ Öztürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 50; Özgenç, *Genel Hükümler*, 534.

⁸⁹⁸ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 226; Erem, *Ceza Kanunu Şerhi*, 327; Bengü, *Hata*, 75.

gerçeklik hakkında hataya düşmekte ve bu hatanın sonucu olarak davranışın hukuk düzeni ile çeliştiğini bilmemektedir.

Fail hukuka uygunluk nedenlerinin normatif unsurlarında hataya düştüğü için fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmiyorsa, bu ihtimalde de failde haksızlık bilinci yoktur; ancak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatadan farklı olarak bu ihtimalde hata, kastı engellemez; çünkü hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata maddi dünyaya ilişkindir; hukuka uygunluk nedenlerinin normatif unsurlarında hata ise normatif dünyaya ilişkindir.⁸⁹⁹ Hukuka uygunluk nedenlerinin normatif unsurlarında hata hukuki gerçekliğe ilişkin olduğundan bu türden bir hata “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı dolayısıyla ceza hukukunda kural olarak önemsizdir. Bu hata tipi kanuni tanımında “hukuka aykırı”, “haksız” gibi normalde suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili ifadelere yer verilen suçlarda önemlidir. Öğretide bu tip suçlarda, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralının geçerli olmadığı, suçun varlığı bakımından failin haksızlık bilinci ile hareket etmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁹⁰⁰ Bu yüzden bu tip suçlarda da hukuka uygunluk nedenlerinin normatif unsurlarında hataya düşen ve hukuk düzeninde var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin fiilini hukuka uygun hale getirdiğini zanneden failin hatası kastı engeller.

Kast Teorisinin hukuka uygunluk nedenlerinde hataya bakışını özetlemek gerekirse;

1- Kast Teorisi, objektif haksızlık anlayışına dayandığından, somut olayda objektif unsurları itibarıyla bir hukuka uygunluk nedeni varsa ve fail bu durumu bilmediği için fiilinin hukuka uygun olduğunu zannediyorsa (hukuka uygunluk nedenlerinde tersine hata) fiil, hukuka uygundur.

⁸⁹⁹ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 159;

⁹⁰⁰ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 20; Ryu, Silving, “Error Juris”, 439; Husak, Hirsch, “Mistake of Law”, 158; Smith “Error and mistake”, 3; Hall, Seligman, “Mistake of Law and Mens Rea”, 321.

2- Fail somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu zannediyorsa (hukuka uygunluk nedenlerinde düz hata) ikili bir ayırım yapmak gerekir:

a) Fail var olan bir hukuka uygunluk nedeninin normatif unsurlarında hataya düşmüşse ya da hiç var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu zannediyorsa, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı dolayısıyla hatası önemli değildir. Tipikliğinde “hukuka aykırı”, “haksız”, “izinsiz” gibi normalde suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olan unsurlara yer verilen suçlarda bu türden hatanın sonucu kastın yokluğudur.

b) Fail hukuk düzeninde var olan bir hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurlarında hataya düşmüşse ve bu yüzden fiilinin hukuka uygun olduğunu zannediyorsa, hatası kastı engeller.

c. Yöneltilen Eleştiriler

Kast Teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata meselesinde kendi içerisinde teorik olarak oldukça tutarlıdır. Kast Teorisinin başarısı bu tür bir hatanın kastı engellemesi ve hatanın kaçınılabılır olması ihtimalinde failin taksirli suçtan sorumlu olabilmesi sonucuna, haksızlık bilincini kastın kapsamına dâhil ettiği için ilave bir argüman üretmeden doğrudan ve basitçe ulaşmasıdır.

Failin hukuku bilmediği için fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmediği her hatanın kastı engellemesi, taksirli suç sayısındaki azlık da nazara alındığında, ceza hukukunun kendisinden beklenen fonksiyonları yerine getirmesine engel olur. Bağlılık kuralı gereği şeriklerin iştirak hükümleri çerçevesinde sorumlu olabilmesi için kasıtlı bir haksızlığın varlığı gerekir. Haksızlık hatasının her durumda kastı engellemesi, bağlılık kuralı dolayısıyla iştirak hükümlerinin de uygulanmasına engel olur.⁹⁰¹ Ayrıca ceza hukukunun hukuka saygılı olan bireylerle, hukuka duyarsız olan bireyler arasında ayırım yapması gerekir; Kast Teorisine göre yalnızca kasten işlenebilen suçlarda kaçınılabılır hatada dahi fiilin suç teşkil etmemesi, hukuku bilme konusunda duyarsız olan kişilerin hak etmedikleri bir imtiyazdan yararlanmalarına neden olur.⁹⁰²

⁹⁰¹ Heinrich, *Genel Kısım 2*, 179.

⁹⁰² Heinrich, *Genel Kısım 2*, 180.

Bahse konu sakıncalar, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı ile aşılmak istenmiştir. Ancak, bu kuralın en büyük sorunu, gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen hatadan kaçınamamış kimseler bakımından objektif sorumluluğa yol açması dolayısıyla kusur ilkesi ile çelişmesidir.

5237 sayılı TCK’nın esas aldığı suç teorisi, haksızlığın sübjektif unsurlarının olduğunu ileri süren Şahsi Haksızlık Teorisidir. Kast Teorisi ise objektif haksızlık anlayışını temel alan Klasik Suç Teorisi taraftarlarınca savunulmuştur. Şahsi Haksızlık Teorisi taraftarlarının Klasik Suç Teorisine yönelttiği bütün eleştiriler, Kast Teorisi için de geçerlidir. Şahsi Haksızlık Teorisi taraftarlarının Klasik Suç Teorisine yönelttiği eleştirilere birinci bölümde, “Yapısal İlişki” başlığı altında detaylı olarak yer verdiğimiz için burada tekrar bu konu üzerinde durmayacağız.

6. Katı Kusur Teorisi

a. Genel Olarak

Katı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığın sübjektif unsuru olan kastı engellemez; bu tür bir hatanın varlığı halinde fiil tipik ve hukuka aykırıdır.⁹⁰³ Fiil tipiktir; çünkü fail suç tipinin maddi unsurlarını bilerek gerçekleştirmiştir. Fiil hukuka aykırıdır; çünkü somut olayda tipik fiili hukuka uygun hale getirecek bir hukuka uygunluk nedeninin unsurları gerçekleşmemiştir. Fiil, tipik ve hukuka aykırı olduğu için haksızdır; yani hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata fiilin haksızlık niteliğini etkilemez. Fail fiilinin tipe uygun olduğunu bilmekle birlikte hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya düştüğü için davranışının hukukla çatıştığını bilmiyorsa failde eksik olan tip bilgisi değil, haksızlık bilincidir. Bu yönüyle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata (TCK m. 30/3), haksızlık hatası (TCK m. 30/4) ile özdeştir; zira iki durumda da fail tipteki maddi unsurları gerçekleştirdiğini bilmektedir; fakat gerçekleştirdiği bu davranışın haksız olduğunu bilmemektedir. Örneğin, meşru savunmanın koşullarının olduğu zannıyla bir kimseyi öldüren fail, kasten öldürme

⁹⁰³ Tunç, *Kastı Engellenen Hata*, 253; Erman, “Yanılgı”, 303; Abanoz, “Hata”, 97-98; Karaaslan, “Hukuka Uygunluk”, 1687; Cornelius, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin”, 2112.

suçunun (TCK m. 81) bütün unsurlarının gerçekleştiğini bilmekte ve fiili iradi olarak gerçekleştirmektedir; bu yüzden fiil tipiktir. Örnekte, gerçekte meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin unsurları gerçekleşmemiştir; başka bir ifadeyle somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni yoktur. Tipik fiili somut olayda hukuka uygun hale getiren bir neden yoksa fiil haksızdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin fiilin tipik olmasını engellememesinin en önemli göstergesi, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının gerçekleştiği durumda dahi fiilin tipik olmasıdır. Örneğin, meşru savunma neticesinde gerçekleşen ölüm neticesinde, fiil, kasten öldürme suçu bakımından tipiktir. Bu örnekte fiilin tipik olmasına rağmen failin cezalandırılmamasının nedeni somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni olduğu için fiilin hukuka aykırı olmamasıdır. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleştiğinde dahi fiil tipikse, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin unsurları gerçekleşmemişse fiil evleviyetle tipiktir.

Fail, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya düştüğü için fiilin haksızlık teşkil etmediğine inanıyorsa failde haksızlık bilinci yoktur. Haksızlık bilinci kusurun bir bileşeni olduğu için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusuru etkiler.⁹⁰⁴ Hata kaçınılabilsen fail hataya düşmekte kusurludur; kusur varlığını devam ettirdiği için fail kaçınılabilsen hatada kusuru oranında sorumlu olur.⁹⁰⁵ Kusurun ölçüsü kaçınılabilsenlikle paraleldir; hatadan kaçınma ne kadar kolaysa fail o kadar kusurludur.⁹⁰⁶ Hata kaçınılmazsa fail hataya düşmekte kusurlu değildir. İkinci bölümde “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Kaçınılmaz Hata” başlığı altında detaylı olarak üzerinde durduğumuz üzere, hatada, haksızlık teşkil eden fiile ilişkin kusur, hataya düşmekteki kusurdan türemektedir.⁹⁰⁷ Fail hataya düşmekte kusurlu değilse, haksızlık teşkil eden fiil dolayısıyla da kusurlu değildir; bu

⁹⁰⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 437; Abanoz, “Hata”, 98; Karaaslan, “Hukuka Uygunluk”, 1687; Cornelius, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin”, 2113.

⁹⁰⁵ Hatanın kaçınılabilsen olduğu durumlarda da fail aktüel olarak davranışının haksızlık teşkil ettiğini bilmez; zira failde göre davranışı hukuka uygundur. Hatalı bir değerlendirme için bkz. Abanoz, “Hata”, 100. Abanoz’a göre hata kaçınılabilsen failde haksızlık bilinci vardır: “Failin hatasının kaçınılabilsen olduğu durumlarda, yani fail gerekli dikkat ve özeni gösterseydi hataya düşmeyecek idiyse haksızlık bilinci vardır”.

⁹⁰⁶ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 110.

⁹⁰⁷ FitzPatrick, “Unwitting Wrongdoing”, 29; Zimmerman, “Moral Responsibility”, 411; Rosen, “Culpability and Ignorance”, 64; Guerrero, “Don’t Know, Don’t Kill”, 59.

yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılmazsa fail cezalandırılmaz.

Türk hukukunda, kanun koyucunun hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında Katı Kusur Teorisini esas aldığı, birçok yazar tarafından ileri sürülmektedir.⁹⁰⁸ Söz konusu yazarlar, Katı Kusur Teorisini teorik olarak yerinde buldukları için değil, pozitivist bir bakış açısıyla meseleyi değerlendirdikleri için bu sonuca ulaşmaktadır. Söz konusu yazarlara göre, TCK m. 30/3'ün lafzı, kanun koyucunun Katı Kusur Teorisini esas aldığını göstermektedir. Türk hukukunda Katı Kusur Teorisini yalnızca “olan” bakımından değil, “olması gereken” bakımından da yerinde bulan yazarlar da vardır.⁹⁰⁹

b. Teorik Esası

Katı Kusur Teorisi iki temel önermeye dayanmaktadır:

(1) *Kast, haksızlığın; hukuka aykırılık bilinci ise kusurun bir bileşenidir.*

(2) *Kastın kapsamı, haksızlık tipinin maddi unsurları ile sınırlıdır; haksızlığa ilişkin olan diğer tüm olgusal ve normatif gerçeklikler, haksızlık bilincinin kapsamındadır.*

Kastın kapsamında yer alan unsurlarda (suç tipinin maddi unsurlarında) hata kastı engeller ve kast, münhasıran haksızlığın bir bileşeni olduğundan kastı engelleyen hata haksızlığı etkiler. Haksızlık bilincinin kapsamında yer alan unsurlarda (suç tipinin maddi unsurları dışında kalan haksızlıkla ilişkili diğer tüm unsurlarda) veya bir bütün olarak fiilin haksızlık niteliğinde düşülen hata nedeniyle fail fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmiyorsa hata kusuru etkiler.

Katı Kusur Teorisinin esas aldığı, “*kast, haksızlığın; hukuka aykırılık bilinci ise kusurun bir bileşenidir*” önermesi, Katı Kusur Teorisini, Kast Teorisinden ayırmaktadır. Katı Kusur Teorisine göre de Kast Teorisine göre de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusuru etkiler. İki teori arasındaki farklılık, Kast Teorisinin

⁹⁰⁸ TCK m. 30/3'te kanun koyucunun Katı Kusur Teorisini esas aldığı hakkında bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 437; Abanoz, “Hata”, 206; Karaaslan, “Hukuka Uygunluk”, 1698-1699; Şenol, “Hata”, 64; Keçelioğlu, “Pratik Sonuçları”, 315; Sarıgül, “Hukuka Uygunluk”, 343.

⁹⁰⁹ Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 325-326; Tulay, *Konuda Hata*, 175.

haksızlık bilincini kastın içerisine, kastı ise kusurun içerisine dâhil etmesidir. Katı Kusur Teorisi, haksızlık bilincini kasttan ayırarak kastı münhasıran haksızlık içerisinde, haksızlık bilincini ise münhasıran kusur içerisinde konumlandıran Şahsi Haksızlık Teorisini esas almaktadır.⁹¹⁰ Kast Teorisi, “*hukuka bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı ile işlevsel olabilen bir teori olduğu için, Kast Teorisine göre normatif gerçeklikte hatanın bir görünüş şekli olan izin hatasının (kaçınılmaz olsa dahi), herhangi bir hukuki sonucu yoktur.⁹¹¹ Katı Kusur Teorisinin Kast Teorisine kıyasen güçlü olan yönü, izin hatasının failin cezai sorumluluğunu etkiliyor olması diğer bir ifadeyle Katı Kusur Teorisinin kusur ilkesi ile daha uyumlu olmasıdır. Katı Kusur Teorisi haksızlık bilincini kasttan ayırdığı ve kusur içerisinde konumlandığı için hukuku bilmemenin kastı engellemesi durumunda ortaya çıkan cezalandırma boşlukları ile karşılaşmamaktadır.

Katı Kusur Teorisinin esas aldığı, “*kast, haksızlığın; hukuka aykırılık bilinci ise kusurun bir bileşenidir*” önermesi, Sınırlı Kusur Teorisi ve Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi tarafından da kabul edilmektedir. Zira bu önerme, Şahsi Haksızlık Teorisini savunan yazarlarca ileri sürülmektedir. Katı Kusur Teorisi, Sınırlı Kusur Teorisi ve Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi, Şahsi Haksızlık Teorisini kabul eden yazarlar tarafından savunulmaktadır. Şahsi Haksızlık Teorisinin en karakteristik özelliği failin sübjektif gerçekliğinin de haksızlığın bir bileşeni olarak kabul edilmesidir.

Üç teorinin de ortak yönü, sadece kastı haksızlık içerisinde konumlandırmaları değil, aynı zamanda haksızlığın yapısı içerisinde tipiklik ile hukuka uygunluk nedenlerini birbirlerinden ayırmalarıdır. Haksızlık, iki parçalıdır; tipiklikten ve hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu unsurlarından oluşur. Haksızlığın yapısına ilişkin bu düalist anlayış söz konusu teorileri (ve dolayısıyla Katı Kusur Teorisini), monist bir haksızlık anlayışı ileri süren Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinden ayırmaktadır.

Tipiklik, haksızlığın özünü oluşturduğu ve kast üç teoriye göre de tipikliğin sübjektif unsuru olduğu için tipikliğin maddi unsurlarında düşülen hata, üç teoriye göre de kastı engeller. Tipiklik ve hukuka aykırılığın (hukuka uygunluk nedenlerinin

⁹¹⁰ Şahsi Haksızlık Teorisi hakkında detaylı bilgi için birinci bölümde “Yapısal İlişki” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

⁹¹¹ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 159; Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26.

yokluğunun) haksızlığın bağımsız unsurları olarak kabul edilmesi, kastın kapsamı bakımından bir belirsizlik yaratır. Kastın kapsamı, üç teoriyi birbirlerinden ayıran iki nedenden birisidir. Bir diğer neden ise, kastın yapısıdır. Sınırlı Kusur Teorisine göre kast, münhasıran haksızlığın bir bileşenidir ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları haksızlığın sübjektif unsuru olan kastın kapsamındadır.⁹¹² Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisine göre kast, biri haksızlık, diğeri kusur içerisinde yer alan iki parçadan oluşmaktadır ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları, kusur kastının kapsamındadır.⁹¹³ Katı Kusur Teorisine göre ise haksızlığın sübjektif unsuru olan kast, münhasıran haksızlığın bir bileşenidir ve hukuka uygunluk nedenleri kastın kapsamında değildir. Katı Kusur Teorisine göre, *kastın kapsamı, haksızlık tipinin maddi unsurları ile sınırlıdır; hataya düşüldüğünde fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmeyi engelleyen diğer tüm olgusal ve hukuki gerçekliğe ilişkin unsurlar haksızlık bilincinin kapsamındadır.*

Hatanın kastı engellemesi için failin kastın kapsamındaki unsurlardan birinde hataya düşmüş olması gerekir.⁹¹⁴ Katı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenleri, kural olarak, kastın kapsamında yer almadığı için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, kastı engellemez. Hukuka uygunluk nedenleri kastın varlığını etkilemediği için hukuka uygunluk nedenlerinde düşülen hatanın kaçınılabilir olup olmaması, haksızlığın varlığı bakımından önemli değildir. Hata kaçınılmaz olsa dahi, fiilin haksızlık niteliğini etkilemez. Katı Kusur Teorisi, tipikliğin objektif unsurlarında hata dışında kalan ve failin fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmemesini sonuçlayan bütün hata türlerini haksızlık hatası olarak kabul ettiği için Katı Kusur Teorisi açısından hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile izin hatası arasında, hukuki sonuçları itibarıyla, bir farklılık yoktur; zira iki durumda da fail

⁹¹² Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593; Özgenç, *Genel Hükümler*, 527; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 301; Hakeri, *Genel Hükümler*, 460; Akbulut, *Genel Hükümler*, 535-536; Ersan, *Meşru Savunma*, 59-60; Birtek, *Genel Hükümler*, 336; Ekici Şahin, *Rıza*, 227; Göktürk, “Yanılmanın Hukuki Niteliği”, 22 vd.; Değirmenci, “Yanılma”, 176-177; Dülger, Özkan ve Bakdur, “Hata”, 229; Sarıgül, “Hukuka Uygunluk”, 346; Karakurt, “Hata”, 130-131.

⁹¹³ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 438; Erman, “Yanılmanın”, 377-378; Abanoz, “Hata”, 238.

⁹¹⁴ Zafer, *Genel Hükümler*, 362; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 325-326; Fletcher, *Rethinking*, 691.

fiilinin tipik olduğunu bilmekte ve fakat haksız olduğunu bilmemektedir; iki durumda da hata haksızlığı değil, kusuru etkiler.⁹¹⁵

c. Yöneltilen Eleştiriler

Katı kusur teorisine yöneltilen en yaygın ve önemli eleştiri, Katı Kusur Teorisinin hukuki sonuçları itibarıyla adil olmamasıdır. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin unsurlarının gerçekleştiğine inanan ve bu bakımdan hukuku ihlal iradesi ile hareket etmeyen failin suçu kasten işlediğini ileri sürmek ve faili kasıtlı suçtan sorumlu tutmak bazı yazara göre adil değildir.⁹¹⁶

Alman Ceza Kanununun 49. maddesinin birinci fıkrasında, hatanın kaçınılabılır olduğu durumlarda indirim öngören bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre;

*(1) Bu hüküm uyarınca bir indirme yapılması kanunen öngörülmüş veya hukuken kabul edilmişse, indirme hakkında aşağıdaki kurallar uygulanır: 1. müebbet hapis cezasının yerini, üç seneden aşağı olmayan hapis cezası alır. 2. süreli hapis cezasında, kanunda yazılı olan üst sınırın en fazla dörtte üçüne hükmedilebilir. Adli para cezasında aynı hüküm, gün birimlerinin en yüksek sayısı için geçerlidir. 3. Bir hapis cezasının yükseltilmiş olan alt sınırı, aşağıdaki şekilde indirilir: on veya beş senelik alt sınırı iki seneye, üç veya iki senelik alt sınırı altı aya, bir senelik alt sınırı üç aya, diğer hallerde, kanunî alt sınıra kadar indirilir.*⁹¹⁷

Alman Ceza Kanunundaki bu düzenlemenin varlığına rağmen Alman öğretisinde Katı Kusur Teorisinin adil olmayan sonuçlar doğurduğu ileri sürülmektedir.⁹¹⁸ 5237 sayılı TCK'nın ceza sorumluluğunu etkileyen nedenlerde hatayı düzenleyen 30. maddesinin üçüncü fıkrasında bu tür bir hatada hata kaçınılmazsa failin hatasından yararlanacağı belirtilmiştir. Düzenlemenin lafzından hatanın kaçınılabılır olmadığı durumlarda failin hatasından yararlanmayacağı yani kaçınılabılır hatanın cezai

⁹¹⁵ Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 323; Karaaslan, “Hukuka Uygunluk”, 1686; Heinrich, *Genel Kısım 2*, 181.

⁹¹⁶ Karaaslan, “Hukuka Uygunluk”, 1691; Abanoz, “Hata”, 101; Erman, “Yanılmanın”, 309.

⁹¹⁷ Yenisey, Plagemann, *Alman Ceza Kanunu*, 41-42.

⁹¹⁸ Heinrich, *Genel Kısım 2*, 182; Hilgendorf, Valerius, *Alman Ceza Hukuku*, 191.

sorumluluğu etkilemeyeceği anlamı çıkmaktadır. Ancak, kusur ilkesi gereği, kaçınılabılır hatada cezanın indirileceği konusunda öğretilde neredeyse ittifak vardır.⁹¹⁹ TCK m. 30'un gerekçesinde de bu hususa vurgu yapılmıştır.⁹²⁰ Katı Kusur Teorisine yöneltilen Katı Kusur Teorisinin sonuçlarının adil olmadığı eleştirisi, Alman hukukuna nazaran Türk hukuku bakımından çok daha güçlü bir eleştiridir. Çünkü 5237 sayılı TCK'da, Alman Ceza Kanunun aksine hatanın kaçınılabılır olması durumunda cezada indirim öngören bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Katı Kusur Teorisine yöneltilen bir diğer eleştiri, Katı Kusur Teorisinin olgusal gerçeklik ile hukuki gerçeklik arasındaki ontolojik farklılığı dikkate almamasıdır.⁹²¹ Zira Katı Kusur Teorisine göre hem hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hem de izin hatasında hata kusuru etkiler. Bu yüzden hukuki sonuçları itibarıyla failin olgusal gerçeklikte hataya düşmesi ile hukuki gerçeklikte hataya düşmesi arasında bir farklılık yoktur.

Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında fail fiilinin tipik olduğunu bilmektedir. Katı Kusur Teorisi taraftarlarına göre fiilin tipik olduğunu bilen failin fiilin tipik olduğunu bilmeyen faile nazaran daha dikkatli ve özenli olması gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada tatmin edici bir çözüme ulaşılabilmesi için fiilinin tipik olduğunu bilen faile bilmeyen fail arasındaki farklılığın dikkate alınması gerekir. Bu farkın dikkate alınabilmesi için de hatanın kaçınılabılır

⁹¹⁹ Zafer, *Genel Hükümler*, 416; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 268. Öztürk/Erdem ise kanundaki düzenleme gereği hatanın kaçınılabılır olmasının cezai sorumluluk üzerinde bir etkisi olmadığını ileri sürmektedir. Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 481.

⁹²⁰ 5237 sayılı Kanunun 30. Maddesinin gerekçesine göre; “*Hükümet Tasarısının 23 üncü maddesinin 3 üncü fıkrası veya bendinde düzenlenen “hukuka uygunluk nedenlerinde hata” ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki “hukuka uygunluk nedenleri” yerine, “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” ibaresi konulmuştur. Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak, bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır*”.

⁹²¹ Erman, “Yanılgı”, 313. Sınırlı Kusur Teorisini savunan yazarlar, olgusal gerçeklik hukuki gerçeklik ayrımından hareketle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı engellediğini ileri sürmektedir. Bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593; Özgenç, *Genel Hükümler*, 527.

olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Katı Kusur Teorisi taraftarlarına göre, Katı Kusur Teorisi bunu mümkün kılmaktadır.⁹²²

Katı Kusur Teorisi taraftarlarının suç tipinin uyarı fonksiyonundan hareketle ileri sürdükleri bu argüman da öğretide eleştirilmektedir. Katı Kusur Teorisini eleştiren yazarlara göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fail fiilinin hukuka uygun olduğunu zannediyorsa tipin uyarı işlevi failin fiilinin hukuka uygun olduğu inancı ile tamamen ortadan kalkar.⁹²³

D. Değerlendirme ve Kanaat

1. Genel Olarak

Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası kaçınılmazsa cezasızlık sonucunu doğurur. Bu konuda teoriler arasında konsensus vardır. Teoriler arasındaki farklılık, cezasızlık sonucuna cezalandırılabilir fiilin üç basamaklı yapısının farklı basamaklarında ulaşıyor olmalarıdır.

Tipiklik ve hukuka aykırılık, haksızlığın unsurları olduğu için ilk iki basamakta bir eksiklik varsa fiil haksız değildir. Kastı münhasıran haksızlığın gerçekleştiriliş biçimi olarak kabul eden ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı engellediğini kabul eden yazarlarla, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada ilgili hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiğini kabul eden yazarların ortak noktası, hatanın kaçınılmaz olduğu durumlarda fiilin haksız olmadığını kabul etmeleridir.⁹²⁴

⁹²² Erman, “Yanılmanın”, 306; Heinrich, *Genel Hükümler* 2, 181; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 322; Hillenkamp, Cornelius, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin”, 2113.

⁹²³ Erman, “Yanılmanın”, 318; Abanoz, “Hata”, 107.

⁹²⁴ Hatanın kastı engellediğini ileri süren görüşe göre, kaçınılabilir hatada fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse, fiil haksız değildir. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593; Özgenç, *Genel Hükümler*, 527; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 301; Hakeri, *Genel Hükümler*, 460; Akbulut, *Genel Hükümler*, 535-536;

Kaçınılmaz hatada hataya düşülen hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiğini kabul eden yazarlar arasında ise kaçınılabilir hata konusunda fikir ayrılığı vardır. Bir görüşe göre, hata kaçınılabilirse kasıtlı haksızlığın varlığını etkilemez; kusuru etkiler. Zafer, *Genel Hükümler*, 417; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 268. Diğer bir görüşe göre, hata kaçınılabilirse ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli haksızlıktan sorumlu olur; fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse fiil haksızlık teşkil etmez. Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Gerçekler, *Yorumlu ve Uygulamalı*, 457.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kusuru etkilediğini ileri süren görüşe göre ise, hata kaçınılmaz olsa dahi haksızlığın varlığını etkilemez. Zira tipikliğin objektif unsurları gerçekleşmiştir ve fail bu durumu bilmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hataya düşülen hukuka uygunluk nedeninin objektif unsuru gerçekte gerçekleşmemiştir. Sonuç olarak, hukuka uygunluk nedenleride maddi unsur hatası, fiilin tipik ve hukuka aykırı olmasını engellememektedir.

Kanaatimizce, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasının hukuki sonucu konusunda en tutarlı teori, Katı Kusur Teorisidir. Ceza hukukunda, hata ya haksızlığı ya da kusuru etkiler. Katı Kusur Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusuru etkilediği için, Katı Kusur Teorisinin karşıtı olan teoriler, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasının haksızlığı etkilediğini ileri süren teorilerdir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın haksızlığı etkilediğini ileri süren ve Türk hukukunda karşılığı olan teoriler ise, Sınırlı Kusur Teorisi ve Saf Sübjektif Teoridir. Katı Kusur Teorisinin teorik açıdan tutarlılığının ortaya konulabilmesi için Sınırlı Kusur Teorisi ve Saf Sübjektif Teorinin zaafiyetinin ortaya konulabilmesi gerekir. Bu yüzden Katı Kusur Teorisini makul kılan gerekçeler üzerinde dururken Katı Kusur Teorisini, Sınırlı Kusur Teorisi ve Saf Sübjektif Teori ile karşılaştıracğız. Fakat öncesinde, metodik olarak, Katı Kusur Teorisini hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasının kusuru etkilediğini ileri süren diğer teorilerden ayırmak gerekir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasının kusuru etkilediğini ileri süren ve Türk hukukunda karşılığı olan diğer teoriler, Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi ve Kast Teorisidir. Katı Kusur Teorisi ile aynı sonuca ulaştıkları için Katı Kusur Teorisini makul kılan gerekçelerin birçoğı bu iki teori için de geçerlidir; bu yüzden Katı Kusur Teorisini makul kılan gerekçelerin üzerinde dururken Katı Kusur Teorisini bu iki teoriyle kıyaslamayacağız. Ancak bu iki teoriye göre de hukuka nedenlerinde maddi unsur hatası kusuru etkilediği için Katı Kusur Teorisinin, Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi ve Kast Teorisinden ayrıldığı noktaları ortaya koymamız gerekir.

(1) Katı Kusur Teorisi ile Kast Teorisi arasındaki temel farklılık, kastın konumu ve kapsamı ile ilgilidir.⁹²⁵ Kast Teorisi, kastı münhasıran kusur içerisinde; Katı Kusur Teorisi ise münhasıran haksızlık içerisinde konumlandırmaktadır. Ayrıca Kast Teorisine göre kast, haksızlık bilincini de kapsar. Katı Kusur Teorisine göre ise haksızlık bilinci kastın kapsamına dâhil değildir.

Biz; (1) teorik, (2) pragmatik ve (3) kanuni gerekçelerle, kastın konumu ve kapsamı konularında Kast Teorisine katılmıyoruz.

Kastın konumuna ilişkin olarak Katı Kusur Teorisi ile Kast Teorisi arasındaki ayrım, Klasik Suç Teorisi ile Şahsi Haksızlık Teorisi arasındaki ayrıma dayanmaktadır. Biz, Şahsi Haksızlık Teorisini kabul ediyoruz. Ayrıca bize göre kusur, normatif bir kavramdır; bu yüzden Kast Teorisinin esas aldığı Psikolojik Kusur Teorisini de kabul etmiyoruz. Bu konuda ayrıntılı açıklamalara ve görüşümüze, birinci bölümde “Yapısal İlişki”, “Genel Olarak Kusur Kavramı” ve “İzin Hatası” başlıkları altında yer verdiğimiz için, tekrara düşmemek adına, burada bu mesele üzerinde tekrar durmayacağız.

Kastın kapsamına ilişkin olarak Kast Teorisine katılmamamızın nedeni ise, pragmatik nedenlerdir. Kast Teorisi, haksızlık bilincini kastın kapsamına dâhil etmektedir. Haksızlık bilinci kastın kapsamına dâhil edildiğinde hukuku bilmediği için fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmeyen her failin kastının olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Hukuk kurallarının çokluğu ve taksirli suç sayısındaki azlık dikkate alındığında haksızlık bilincini kastın kapsamına dâhil etmek ceza hukukunun düzeni sağlama fonksiyonu ile bağdaşmaz. Bu sakıncayı “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı ile aşmak ise kanunu bilmeme konusunda failin kaçınılmaz bir hataya düşmesi durumunda dahi sorumlu olmasını gerektirir. Bu ihtimalde de ceza hukukunun en temel ilkelerinden biri olan kusur ilkesi ile çelişilmiş olur.

Kast Teorisini kabul etmemizin bir diğer nedeni, Kast Teorisinin, 5237 sayılı TCK’da bir karşılığının olmamasıdır. 5237 sayılı TCK, açıkça, haksızlık bilincini kasttan ayırmıştır. 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesinin birinci fıkrasında kastı

⁹²⁵ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 226; Erem, *Ceza Kanunu Şerhi*, 327; Toroslu, Toroslu, *Genel Kısım*, 269-270; Bengü, *Hata*, 75.

engelleyen hata, dördüncü fıkrasında ise haksızlık hatası düzenlenmiştir. 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesine göre, failin kastı ya da taksiri yoksa fail hakkında “beraat” hükmü verilir; yine aynı düzenlemeye göre kusurun bulunmaması halinde fail hakkında “ceza verilmesine yer olmadığı” hükmü verilir. Haksızlık hatasını düzenleyen TCK m. 30/4'e göre, “işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz”. Düzenlemede yer verilen “cezalandırılmaz” ifadesi, 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesinde yer verilen, “ceza verilmesine yer olmadığı” hükmüne karşılık gelmektedir. Ayrıca kastı engelleyen hatayı düzenleyen TCK m. 30/1'de hatanın kaçınılmaz olup olmamasından söz edilmemektedir. Haksızlık hatasını düzenleyen TCK m. 30/4'te ise hatanın cezasızlık sonucu doğurabilmesi için “kaçınılmaz” olması gerektiği belirtilmektedir. Kaçınılmazlık kavramı da kusur kavramında olduğu gibi normatif değerlendirmeyi gerektir. Haksızlık bilinci kastın kapsamında olsaydı, hatanın kaçınılmaz olması gerekmezdi; haksızlık hatasını düzenleyen hükümde hatanın kaçınılmaz olması koşulunun aranması kanun koyucunun haksızlık bilincini kastın kapsamına dâhil etmediğini, kusur içerisinde konumlandığını göstermektedir.⁹²⁶

Katı Kusur Teorisinin, Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi ile olan benzerliği Kast Teorisi ile olan benzerliğinden çok daha fazladır. Zira hem Katı Kusur Teorisine göre hem de Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında hata kaçınılmaz olsun ya da olmasın fiil tipik ve hukuka aykırıdır; daha açık bir ifade ile hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığın varlığını etkilemez; bunun nedeni iki teorinin haksızlığın bileşeni olan kastın kapsamı ve konumu konusunda örtüşmesidir. İki teoriye göre de haksızlığın bileşeni olan kastın konumu tipikliklidir ve kastın kapsamı suç tipinin maddi unsurları ile sınırlıdır.

Katı Kusur Teorisi ile Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur birbirlerinden kastın yapısı konusunda ayrılmaktadır. Katı Kusur Teorisine göre kast, monist bir yapıdadır.

⁹²⁶ Öztürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 29-30; Özgenç, *Genel Hükümler*, 535; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 161; Akbulut, *Genel Hükümler*, 545-546; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 599-600.

Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisine göre ise kast, düalist bir yapıdadır; kast haksızlık kastı (tipiklik kastı) ve kusur kastı olmak üzere ikiye ayrılır.⁹²⁷ Katı Kusur Teorisi suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar dışında kalan, haksızlıkla ilgili bütün olgusal ve hukuksal gerçekliklere ilişkin bilgiyi haksızlık bilinci içerisine dâhil etmektedir. Hukuka aykırılık haksızlığın bir unsuru olduğundan ve hukuka aykırılığın içeriğini hukuka uygunluk nedenleri oluşturduğundan suç tipi dışında kalan ve haksızlıkla ilgili olan diğer olgusal gerçekliklerden kasıt, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarıdır. Katı Kusur Teorisine göre suç tipinin maddi unsurları dışında kalan ve hataya düşüldüğünde haksızlık bilincinin yokluğunu sonuçlayan hata, ister olgusal gerçekliğe ister normatif gerçekliğe ilişkin olsun, kusuru etkiler. Bu yüzden Katı Kusur Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılabilir hatada fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemiş olsa dahi fail cezalandırılabilir. Hata kaçınılmazsa, fiil yine haksız olmakla birlikte fail kusurlu olmadığı için cezalandırılmaz.

Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarını kusur kastının kapsamına dâhil etmektedir. Kusur kastı, kusurun bir bileşenidir; kusur kastı bu yönüyle haksızlık bilincine benzemektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinde kaçınılabilir hata dahi kusur kastını engellememektedir; kusur kastı bu yönüyle ise haksızlığın sübjektif unsuru olan kasta benzemektedir.

Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi, kasta ve taksire çifte fonksiyon yükleyen görüşe dayanmaktadır; bu görüşün taşıyıcı kavramı ise, “*zihniyet değersizliği*” kavramıdır.⁹²⁸ Kasta ve taksire çifte fonksiyon yükleyen yazarlara göre, failin haksızlık bilinci ile hareket etmediği durumlarda geleneksel görüşün kusurluluğu failin özgür iradesi ile temellendirmesi yetersizdir.⁹²⁹ Failin kusurlu olmasının nedeni, hukuksal değerlere olan düşman ya da duyarsız zihniyettir. Kasıtlı suçlarda failde hukuka

⁹²⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 438; Erman, “Yanılma”, 377-378.

⁹²⁸ Meraklı, *Kusur*, 184; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 343.

⁹²⁹ Wieland, “Introduction: The Epistemic Condition”, 14; FitzPatrick, “Moral Responsibility”, 590; Rik Peels, “Tracing Culpable Ignorance”, *Logos and Episteme*, 4 (2011): 576; Sher, *Who Knew?*, 26-27.

düşman bir zihniyet varken, taksirli suçlarda fail hukuksal değerlere yeterince duyarlı değildir.⁹³⁰

Bize göre de, bilinçsiz taksirde ve haksızlık hatasında geleneksel görüş kusuru temellendirememektedir; çünkü fail haksızlığı bilmiyorsa haksızlığı özgür iradesi ile seçmiş olmaz; bu yüzden kasta ve taksire çifte fonksiyon yükleyen görüşün haksızlık hatasında ve taksirli suçlarda kusuru “*zihniyetin değersizliği*” kavramı ile temellendirmesine katılıyoruz. Taksire çifte fonksiyon yükleyen görüşün taksirin yapısına ilişkin görüşüne de katılıyoruz, zira taksirin çifte fonksiyonu olduğunu kabul etme, özellikle kusur yeteneği olmayanlarca gerçekleştirilen davranışların haksızlık niteliğini izah edebilmek bakımından da oldukça işlevseldir. Örneğin akıl hastası bir çocuk olan (A), gerçeğine çok benzer olan bir oyuncak bebeği üst geçitten aşağıya atar ve zincirleme trafik kazasına neden olur; çok sayıda kişi hayatını kaybeder. Oyuncak bebeği aşağıya atmak şeklindeki davranışın bir haksızlığa yol açıp açmadığında belirleyici olan, “öngörülebilir olma” kavramıdır. Neticenin objektif olarak öngörülebilir olması ile fail tarafından öngörülebilir olması farklı durumlardır. Bizatihi fail tarafından öngörülebilir olma, taksirli haksızlığın sübjektif unsuru olarak kabul edilecek olursa ve örnekteki çocuğun neticeyi öngörmesi hastalığı ve yaşı dolayısıyla mümkün değilse, örnekteki davranış haksız değildir. Ölçüt, neticenin failin bizatihi kendisi tarafından değil, makul bir kimse tarafından öngörülebilir olması ve ona uygun davranılabilmesi ise, örnekte taksirli haksızlık oluşmuştur. Neticenin bizatihi fail tarafından öngörülemez olması kusuru etkiler. Objektif olarak neticenin öngörülebilir olması, taksirli suçun haksızlık unsuruna dâhildir; neticenin sübjektif olarak öngörülebilir olması ise taksirli suçun kusur unsuruna dâhildir.

Kasıtlı suçlarda ise kasta ve taksire çifte fonksiyon yükleyen görüşe katılmıyoruz. Fail haksızlık bilinci ile hareket ediyorsa, geleneksel görüşün kusura ilişkin temellendirmesi yerindedir ve yeterlidir; bu tür durumlarda kusuru temellendirmek için “*zihniyetin değersizliği*” kavramına ihtiyaç yoktur. “*Haksızlık bilinci*” kavramı “*zihniyetin değersizliği*” kavramı ile aynı fonksiyonu görmektedir. Failin fiilinin hukuka aykırı olmasını bilmesine rağmen fiili gerçekleştirme motivasyonu

⁹³⁰ Meraklı, *Kusur*, 183.

(saiki) da kusurla ilgilidir; bu durumu da kusur kastı şeklinde bir kavramla ifade etmeye ihtiyaç yoktur. Kasta çifte fonksiyon yükleyen görüşe göre kasıtlı haksızlıklarda failin taksirli haksızlıklara göre daha çok kınanması/cezalandırılması, kastın hem haksızlık hem de kusur içerisinde yer aldığını gösterir.⁹³¹ Bu argüman da kanaatimizce yeterince kuvvetli değildir. Kasıtlı haksızlıklarda failin taksirli haksızlıklara nazaran daha çok kınanmasının/cezalandırılmasının nedeni, kasıtlı haksızlığın niceliğinin taksirli haksızlıktan daha yoğun olmasıdır.⁹³² Haksızlık, niceliksel bir kavramdır; suçlaştırmayla korunmak hukuki değerın önemi, suçun işleniş biçimi ve failin sübjektif durumu haksızlığın niceliğini etkilemektedir. Haksızlık ne kadar yoğunsa, fail de o nispette kusurludur. Kusurun niceliğı, haksızlığın niceliğı ile orantılıdır.

Haksızlık, kusur değeriendirmesinin konusudur. Kast, haksızlığın bir bileşeni olarak kusur değeriendirmesinin konusunu teşkil etmektedir. Kasıtlı haksızlıklar taksirli haksızlıklardan nicelik olarak daha yoğun oldukları için daha çok kınanmayı/cezalandırmayı hak ederler. Kasıtlı haksızlıklarda ayrıca failin hukuk düzenine karşı olan zihni durumunu ifade ettiğı gerekçesi ile ikinci bir kast kavramına (kusur kastı) gerek yoktur; kast, ontolojik bir kavramdır; kastı normatif gerekçelerle parçalamak kanaatimizce yapay bir girişimdir. Kusur kastı kavramının suç teorisindeki tek pratik yansıması, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatadır; bunun dışında haksızlık alanında kast varsa kusur alanında da var olmaktadır.⁹³³

Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisinin isabetli bulmadığımız bir diğer özelliğı, kaçınılabılır hatada cezalandırma boşluklarına yol açma potansiyelinin olmasıdır. Hata kaçınılabılırsa Katı Kusur Teorisine göre fail kusurunun ağırlığına göre sorumlu olur. Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisine göre ise hata kaçınılabılırsa ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse, fail kasıtlı suçtan taksirli suç için öngörülen cezaya göre sorumlu olur. Hata kaçınılabılırsa ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse fail cezalandırılmaz. Kaçınılabılır hata da fiilin

⁹³¹ Hans Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (Berlin: Duncker und Humblot Verlag, 1996), § 39, IV 4, aktaran: Meraklı, *Kusur*, 188.

⁹³² Aynı yönde Meraklı, *Kusur*, 214-215.

⁹³³ Heinrich, *Genel Kısım 2*, 559.

taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi cezalandırma boşlukları yaratmaktadır.⁹³⁴

2. "Olan" ve "Olması Gereken" Bakımından Katı Kusur Teorisinin Üstünlüğü

a. Katı Kusur Teorisinin Kanundaki Düzenlemelerle Uyumlu Olması

1) TCK m. 21'in Değerlendirilmesi

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı engelleyip engellemediği ve hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olup olmadığı meselelerinde belirleyici olan kastın kapsamıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları kastın kapsamında ise hata kastı engeller; değilse kastı engellemez. Dolayısıyla *“hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hukuki sonucu nedir”* sorusunun yanıtı *“kastın kapsamı nedir”* sorusunun yanıtı ile koşuttur.

“Kastın kapsamı nedir” sorusuna, 5237 sayılı TCK açık bir şekilde yanıt vermektedir. TCK m. 21'e göre, *“kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir”*. Düzenlemeye göre, kastın kapsamı suçun kanuni tanımında yer alan unsurlarla sınırlıdır. Kastın kapsamı suç tipinde yer alan unsurlarla sınırlı olduğu için *-konut dokunulmazlığını ihlal suçunda rızanın suç tipinde yer almasında olduğu gibi-* hukuka uygunluk nedenlerine suç tipinde yer verilmedikçe, hukuka uygunluk nedenleri kastın kapsamında yer almazlar. Hukuka uygunluk nedenleri kastın kapsamında yer almadığı için hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası kastı engellemez.⁹³⁵ Katı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hata kaçınılmaz olsa dahi fiil kasıtlı bir haksızlık teşkil eder. Bu yüzden Katı Kusur Teorisi, TCK m.21 ile uyumludur.

2) TCK m. 22'nin Değerlendirilmesi

Öğretide bir görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası kaçınılabilir ise ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli

⁹³⁴ Detaylı bilgi için “Katı Kusur Teorisinin Cezalandırma Boşlukları Yaratmaması” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

⁹³⁵ Zafer, *Genel Hükümler*, 362; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 325-326; Fletcher, *Rethinking*, 691.

haksızlıktan sorumlu olur.⁹³⁶ TCK m. 22’ye göre; “*taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir*”. TCK m. 22’ye göre, taksirli sorumluluğa vücut veren öngörmemenin konusu suçun kanuni tanımındaki unsurlardır. Hukuka uygunluk nedenleri, kural olarak, suçun kanuni tanımında yer almadığından, TCK m. 22’nin kapsamı dışında kalmaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fail suçun kanuni tanımındaki unsurları bilmekte ve fiili iradi olarak gerçekleştirmektedir. Zaten aksi durumda *-fail suç tipindeki unsurları bilmiyorsa-* hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatadan değil, suç tipinin unsurlarında hatadan (TCK m. 30/1) söz edilir. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası kaçınılabilsen ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse failin taksirli haksızlıktan sorumlu olacağını ileri süren görüş, TCK m. 22 ile açıkça çelişmektedir. Katı Kusur Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılabilsen olsun ya da olmasın haksızlığı etkilemez. Bu yüzden Katı Kusur Teorisi, TCK m. 22 ile uyumludur.

3) TCK m. 30’un Değerlendirilmesi

5237 sayılı TCK’nın “hata” kurumunu düzenleyen 30 maddesinde hatanın türleri belirlenirken hatanın hukuki sonucu değil, konusu esas alınmıştır. TCK m. 30/1’de suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarda hata, TCK m. 30/2’de suçun nitelikli unsurlarında hata; TCK m. 30/3’te ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenlerin koşullarında hata ve son olarak TCK m. 30/4’te fiilin haksızlık niteliğinde hata düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK’nın “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler*” başlıklı bölümünde, hukuka uygunluk nedenleri ve kusuru etkileyen nedenler bir arada düzenlenmiştir. Bu bölümde düzenlenen kurumlardan hangilerinin hukuka uygunluk

⁹³⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593; Özgenç, *Genel Hükümler*, 527; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 301; Hakeri, *Genel Hükümler*, 460; Akbulut, *Genel Hükümler*, 535-536; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Gerçekler, *Yorumlu ve Uygulamalı*, 457; Ersan, *Meşru Savunma*, 59-60; Göktürk, “Yanılmanın Hukuki Niteliği”, 22 vd; Değirmenci, “Yanılma”, 176-177; Dülger, Özkan ve Bakdur, “Hata”, 229; Sarıgül, “Hukuka Uygunluk”, 346; Karakurt, “Hata”, 130-131

nedenleri hangilerinin kusuru etkileyen nedenler olduğu açıkça ifade edilmemiştir. Bu yüzden TCK m. 30/3'te yer verilen “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” ifadesi, hem hukuka uygunluk nedenlerini hem de kusuru etkileyen nedenleri kapsamaktadır. Öğretideki yazarların ekseriyeti bu görüştedir.⁹³⁷ Yargıtay da bu görüştedir.⁹³⁸ Bununla birlikte öğretide bazı yazarlar düzenlemenin yalnızca kusuru etkileyen nedenleri kapsadığını ileri sürmektedir.⁹³⁹ Keza öğretide hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın TCK m. 30/3'te düzenlendiğini kabul etmekle birlikte bu tür bir hata halinde TCK m. 30/1'in uygulanması gerektiğini ileri süren yazarlar da vardır.⁹⁴⁰ Bir hukuki meselede o meseleyi düzenleyen bir normun varlığını kabul edip o mesele hakkında başka bir normun uygulanacağını ileri sürmek hukuk mantığına aykırıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata TCK m. 30/3'te düzenlenmişse bu tür bir hata halinde TCK m. 30/3'ün uygulanması gerekir; uygulanmıyorsa hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata TCK m. 30/3'te düzenlenmemiş demektir. Dolayısıyla açıkça ifade etmeseler de söz konusu yazarların da TCK m. 30/3'ü kusuru etkileyen nedenlerle sınırladığını kabul etmek gerekir.

TCK m. 30/3'ün yalnızca kusuru etkileyen nedenleri kapsadığını ileri süren Koca/Üzülmez'e göre, düzenlemede yer verilen “kaçınılmazlık” kavramı cezalandırılabilir fiilin kusur unsuru ile ilgilidir; hukuka uygunluk nedenleri ise cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsuru ile ilgilidir; haksızlığın maddi unsurlarında hata

⁹³⁷ Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 326; Mahmutoglu, *Karadeniz, Ceza Hukuku Şerhi*, 730; Zafer, *Genel Hükümler*, 414; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 260; Hakeri, *Genel Hükümler*, 476; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 592; Özgenç, *Genel Hükümler*, 530; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 437; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 291; Meraklı, *Kusur*, 418; Keçelioğlu, “Pratik Sonuçları”, 314; Sarıgül, “Hata”, 326; Abanoz, “Hata”, 195; Erman, “Yanılgının”, 387-388; Akbulut, *Genel Hükümler*, 480.

⁹³⁸ Yargıtay da bu görüştedir: “Üçüncü fıkra, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait şartların gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin, bu hatasından yararlanacağı hüküm altına alınmış olup, fıkra hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata halleri düzenlenmiştir” Yargıtay 13. Ceza Dairesi, 11.04.2019, E. 2018/13059, K. 2019/6299, Lexpera, E.T. 11.05.2022. “5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinin üçüncü fıkrasında “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” hükmü yer almaktadır. Fıkra hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata halleri düzenlenmiştir”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24.12.2013, E. 2013/664, K. 2013/622, Lexpera, E.T. 11.05.2022.

⁹³⁹ Koca, Üzülmez, *Genel Hükümler*, 301; Hafızogulları, Özen, *Genel Hükümler*, 299.

⁹⁴⁰ Akbulut, *Genel Hükümler*, 480; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593.

TCK m. 30/1’de düzenlenmektedir; bu yüzden haksızlığın tipiklik ve hukuka aykırılık unsurları ile ilgili olan maddi unsurlarda hata hakkında uygulanacak hüküm TCK m. 30/1’dir.⁹⁴¹ Koca/Üzülmez, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı engellediğini ileri süren Sınırlı Kusur Teorisini kabul etmektedir. Bu yüzden yazarlar görüşlerine kanuni dayanak sağlamak için TCK m. 30/3’ün kapsamını kusuru etkileyen nedenlerle sınırlamaktadır.

Kanaatimizce hem TCK m. 30/3’ün hem de TCK m. 30/1’in lafzı, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın TCK m. 30/3’te düzenlendiğini açıkça göstermektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere TCK m. 30/3’te yer verilen “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler*” ifadesi, 5237 sayılı TCK’da kullanılan terminoloji dikkate alındığında hukuka uygunluk nedenlerini ve kusuru etkileyen nedenleri kapsamaktadır. TCK m. 30/1’in lafzında ise “*suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar*” ifadesi yer almaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerine, -*hırsızlık veya konut dokunulmazlığını ihlal suçlarında rızanın suç tipinde yer almasında olduğu gibi*- suç tipinde yer verilmemişse hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin unsuru değildir. Hukuka uygunluk nedenleri TCK m. 30/1’in kapsamında yer almadığından hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada TCK m. 30/1’deki hüküm doğrudan uygulanamaz. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada TCK m. 30/1 kıyasen uygulanabilir. Ancak bunun için de kanunda boşluk bulunması gerekir. Kanun koyucu hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı TCK m. 30/3’te düzenlediği için kanunda boşluk yoktur; bu yüzden TCK m. 30/1, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada kıyasen dahi uygulanamaz.⁹⁴²

TCK m. 30/3’ün lafzında yer verilen “*kaçınılmaz hata*” kavramının anlamı konusunda da tartışma vardır. Hâkim görüş, bu ifadenin kusurla ilgili olduğunu kabul etmektedir.⁹⁴³ Göktürk ise düzenlemede yer verilen kaçınılmazlık kavramına farklı bir açıdan yaklaşmaktadır. Göktürk’e göre, “*sadece failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanıp yararlanmayacağının tespiti noktasında kaçınılmazlık ve kaçınılabilirliğin*

⁹⁴¹ Koca, Üzülmez, *Genel Hükümler*, 302.

⁹⁴² Aynı yönde: Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 339.

⁹⁴³ Koca, Üzülmez, *Genel Hükümler*, 302; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 325; Abanoz, “Hata”, 208; Şenol, “Hata”, 64.

belirlenmesi yoluna gidilecektir".⁹⁴⁴ Göktürk'e göre, hata kaçınılabilirse fail hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz. TCK m. 30/3'te yalnızca "*kaçınılmaz hata*"nın düzenlenmesi, hatanın kaçınılabilir olduğu durumlarda kanunda bir boşluk olduğunu göstermektedir; bu boşluk, TCK m. 30/1 ile doldurulabilir.⁹⁴⁵ Kaçınılmaz hatada ise kanunda boşluk yoktur. Göktürk'e göre, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında, hata kaçınılmazsa kastı engeller. Göktürk'ün görüşü, kastın niteliği ile çelişmektedir. Kastı engelleyen hata bakımından tek koşul, hatanın kastın kapsamındaki bir konuya ilişkin olmasıdır. Kaçınılmazlık kastı engelleyen hatanın bir koşulu değildir. Kastın üzerinde tartışma olmayan unsuru "bilme"dir; hata ise bilmemedir. Kaçınılabilir olsun ya da olmasın hata (bilmeme) varsa, bilme yoktur; bilme yoksa, kast da yoktur. Bu yüzden kastı engelleyen hatayı düzenleyen TCK m. 30/1'de "*kaçınılmaz hata*" kavramına yer verilmemiştir. Kast da hata da "bilme" kavramı bağlamında ontolojik kavramlardır. "*Kaçınılmaz hata*" kavramı ise değerlendirme gerektiren başka bir ifadeyle normatif nitelikte olan bir kavramdır. Ontolojik bir kavram olarak hataya, normatif bir kavram olan "*kaçınılmaz*" sıfatının eklenmesi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı değil, kusuru etkilediğini göstermektedir.

Buraya kadar TCK m. 30/3'ün lafzında yer verilen, "*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler*" ifadesi ile "*kaçınılmaz hata*" ifadesine ilişkin tartışmalar üzerinde durduk. TCK m. 30/3'ün lafzında yer verilen ve öğretide asıl tartışmalı olan ifade ise "*hatasından yararlanır*" ifadesidir. "*Hatasından yararlanır*" ifadesi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fail lehine olan tüm durumları kapsayacak niteliktedir; bu yüzden "*hatasından yararlanır*" ifadesi, bu türden bir hatanın kastı engellediğini ileri süren görüşle de, kaçınılmaz hatanın varlığı halinde fiilin hukuka uygun olacağını ileri süren görüşle de, hatanın kusuru etkileyeceğini ileri süren görüşle de uyumludur.

5237 sayılı TCK'da, "*hatasından yararlanır*" ifadesine suçun nitelikli hallerinde hatayı düzenleyen TCK m. 30/2'de de yer verilmiştir. Nitelikli haller, haksızlığın daha

⁹⁴⁴ Göktürk, "Yanılığının Hukuki Niteliği", 26, dipnot: 57.

⁹⁴⁵ Göktürk, "Yanılığının Hukuki Niteliği", 27.

çok ya da daha az cezayı gerektiren tipleridir. Cezayı ağırlaştırıcı nedenlerde haksızlığın niceliği artmakta, cezayı hafifleten nedenlerde ise haksızlığın niceliği azalmaktadır; bu yüzden nitelikli hallerde hata esasen haksızlık tipindeki hatanın bir görünüşüdür. Nitelikli hallerde hata, suç tipindeki hatanın bir görünüşü olduğundan nitelikli hallerde hata kanunda düzenlenmemiş olsaydı dahi nitelikli hallerde hatada suç tipinde hatayı düzenleyen TCK m. 30/1 hükmü uygulanırdı. Bu ihtimalde, yani nitelikli hallerde hatanın kanunda düzenlenmemiş olması dolayısıyla TCK m. 30/1'in uygulanması ihtimalinde, ağırlaştırıcı nedenlerde hata bakımından bir değişiklik olmazdı. Cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerde hatada TCK m. 30/1'in uygulanması ile TCK m. 30/2'nin uygulanması arasında bir fark yoktur; iki durumda da fail suçun temel şekliyle sorumlu olmaktadır.⁹⁴⁶ Örneğin, kasten öldürme suçunda (TCK m. 81), mağdurun failin annesi ya da eşi olması, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haldir. Fail, annesi zannıyla eşini öldürürse, suçun temel halinden sorumlu olur; çünkü fail, eşini öldürdüğünü bilmemektedir; bu yüzden fail kasten eşi öldürmeyi düzenleyen nitelikli halden kastı olmadığı için sorumlu değildir. Fail, annesini öldürmek istemiştir; ancak gerçekte annesini öldürmemiştir; objektif olarak gerçekleşmeyen bir unsur dolayısıyla da fail sorumlu tutulamaz. Örnekte, fail bir insanı öldürmektedir ve bunu bilmektedir; bu da suçun temel haline karşılık gelir.

Nitelikli hallerde hatanın kanunda düzenlenmemiş olması ihtimali, cezayı hafifletici nedenlerde hata bakımından önemlidir. Cezayı hafifleten nedenlerde hatada, TCK m. 30/1'in uygulanması ile TCK m. 30/2'nin uygulanması arasında fark vardır. Örneğin fail, imitasyon elmas olduğu zannıyla gerçekten elmas olan bir taşı çalar. Hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı cezayı azaltan nedenlerden biridir. Fail malın değerinin azlığını bilmediği için örnekte cezayı hafifleten neden bakımından bakımından failin kastı yoktur. Fiilin tipik olabilmesi için hem objektif hem de sübjektif unsurun (kast) gerçekleşmesi gerekir. Sübjektif unsur eksik olduğu için failin fiili hırsızlık suçunun cezayı hafifleten nitelikli hali bakımından tipik değildir. Fail, başkasına ait bir malı zilyedinin rızası olmaksızın almaktadır; bu da suçun temel haline

⁹⁴⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 524-526; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 432; Koca, *Genel Hükümler*, 262.

karşılık gelmektedir. Yani TCK m. 30/2 hükmü olmasaydı, fail hakkında TCK m. 30/1 hükmü uygulanacak ve fail suçun temel halinden sorumlu olacaktı; bu ihtimalde daha hafif haksızlığa yönelen irade hâkim tarafından kusuru azaltan bir neden olarak göz önüne alınabilirdi. Öğretide birçok yazar, TCK m. 30/2’de “*hatasından yararlanır*” ifadesini, ilgili hafifletici nedenin gerçekleşmiş sayılacağı şeklinde yorumlamaktadır.⁹⁴⁷

TCK m. 30/3’te yer verilen “*hatasından yararlanır*” ifadesi, TCK m. 30/2’de yer verilen “*hatasından yararlanır*” ifadesiyle aynı anlama gelecek şekilde yorumlanırsa, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada kaçınılmaz hataya düşen fail, ilgili hukuka uygunluk nedeninden yararlanacak ve fiil hukuka uygun olacaktır (Saf Sübjektif Teori). Ancak TCK m. 30/3’te yer verilen “*kaçınılmaz hata*” ifadesine, TCK m. 30/2’de yer verilmemiştir; bu yüzden TCK m. 30/3’te yer verilen “*hatasından yararlanır*” ifadesini, “*kaçınılmaz hata*” ifadesinden ayrı düşünmemek gerekir.

Ayrıca kaçınılmaz hata halinde fiilin hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi, hukuka uygunluk nedenlerinin yapısı ile de çelişir. Türk öğretisinde hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının olup olmadığı meselesi tartışmalı olmakla birlikte hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının olduğu konusunda öğretide tartışma yoktur. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada, hataya düşülen objektif unsur gerçekte gerçekleşmemiştir; yani hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurunda eksiklik vardır; unsuru eksik olduğu için hukuka uygunluk nedeni yoktur. TCK m. 30/3’e göre, kaçınılmaz bir hata halinde fiilin hukuka uygun olduğu kabul edilirse, TCK m. 30/3’ün bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni kategorisini düzenlediğini kabul etmek gerekir. Bu yüzden TCK m. 30/3’te yer verilen, “*hatasından yararlanır*” ifadesini kaçınılmaz hata halinde ilgili hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiği şeklinde yorumlayan görüş kanaatimizce yerinde değildir.

Kast, haksızlığın bir bileşeni olduğu için kast engelleyen hata, haksızlığı etkileyen hatadır ve TCK m. 30/1’de düzenlenmiştir. TCK m. 30/4’te ise haksızlık hatası düzenlenmiştir. TCK m. 30/4’e göre, haksızlık hatası kusuru etkiler. Hukuka

⁹⁴⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 433; Koca, *Genel Hükümler*, 263-264; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 464; Akbulut, *Genel Hükümler*, 380; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 590-591.

uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı mı yoksa kusuru mu etkilediği sorusunun yanıtını bulmak için TCK m. 30/3'teki düzenlemenin lafzını, kastı engelleyen hatayı düzenleyen TCK m. 30/1 ve kusuru etkileyen bir hata türü olarak haksızlık hatasını düzenleyen TCK m. 30/4'le karşılaştırmak gerekir

Suçun maddi unsurlarında hatayı düzenleyen TCK m. 30/1'e göre, *“fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz”*.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı düzenleyen TCK m. 30/3'e göre, *“ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait unsurların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”*.

Haksızlık hatasını düzenleyen TCK m. 30/4'e göre ise, *“işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz”*.

Düzenlemeler lafızları itibarıyla ile karşılaştırıldığında TCK m. 30/3, “kaçınılmaz” ifadesi bağlamında m. 30/4 ile benzeşmekte, m. 30/1 ile ayrılmaktadır.

Sonuç olarak, TCK m. 30/3'te kaçınılmazlık kavramına yer verilmesi ve hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasının kusuru etkileyen nedenlerde hata ile birlikte düzenlenmesi, kanun koyucunun Katı Kusur Teorisini esas aldığıı göstermektedir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında, *“olması gereken”* bakımından farklı görüşleri savunan birçok yazar da *“olan”* bakımından kanun koyucunun Katı Kusur Teorisini kabul ettiğini belirtmektedir.⁹⁴⁸

4) TCK m. 27'nin Değerlendirilmesi

TCK m. 27/1'e göre; *“ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur”*.

⁹⁴⁸ Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 481; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 437; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 328; Abanoz, “Hata”, 206; Veli Özer Özbek, “Türk Ceza Kanununda Hata (m.30)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 3/7 (2008): 90; Karaaslan, “Hukuka Uygunluk”, 1698; Şenol, “Hata”, 64; Keçelioğlu, “Pratik Sonuçları”, 315; Sarıgül, “Hata (TCK m. 30/3)”, 343.

TCK m. 27’de fail sınırı bilerek aşmamaktadır. Fail sınırı bilerek aşmıyorsa, sınır aşımında bilmeme yani hata vardır. TCK m. 27’nin hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın özel bir görünüş şekli olması⁹⁴⁹ ve düzenlemede kastla taksir kavramlarına yer verilmiş olması dolayısıyla TCK m. 27’nin lafzı, Sınırlı Kusur Teorisini destekliyor gibi görünmektedir.⁹⁵⁰ Nitekim Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, kaçınılabılır olsun ya da olmasın kastı engeller; hatanın kaçınılabılır olması durumunda fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olur.

Ancak, bize göre, TCK m. 27’deki düzenleme de, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kusuru etkilediğini göstermektedir. Kanun koyucu TCK m. 27/1’deki “kast” kelimesini tipikliğin sübjektif unsuru olan kast manasında (teknik anlamda kast) değil, kastın günlük dildeki “bilerek, farkında olarak” şeklindeki anlamıyla kullanmıştır. TCK m. 27/1’de “*taksirli suç için kanunda yazılı cezanın*” ifadesinin kullanılma nedeni ise sınırdaki hatanın kaçınılabılır olması durumunda fiilin taksirli bir haksızlığa vücut verdiğini belirtmek değil, failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, cezalandırılacaksa cezanın ölçüsünün ne olacağı konularını açıklığa kavuşturmadır. Nitekim, TCK m. 21; TCK m. 30 ve TCK m. 27/2, kanun koyucunun TCK m. 27/1’deki kast ve taksir ifadelerini teknik anlamdaki kast ve taksir anlamında kullanmadığını açıkça ortaya koymaktadır.

Günlük dildeki “kast” kavramı ile haksızlığın sübjektif unsuru olan teknik manadaki “kast”ın ortak noktası, ikisinin de “bilme” ye karşılık gelmesidir; iki kavramın ayırım noktası ise, hukukun haksızlığın sübjektif unsuru olan kastı belli hususların bilinmesi ile sınırlamasıdır. Her bilme, ceza hukukunda kast değildir. Örneğin, kusuru etkileyen zorunluluk halinde fail bir tehlikenin var olduğunu bilir. Yani zorunluluk halinde de bilme vardır; ancak bu bilme haksızlığın sübjektif unsuru olan teknik manadaki kastın manasında değildir. Kanun koyucu hangi konulara ilişkin bilmeyi kast olarak nitelemişse, o konuların bilinmesi halinde haksızlığın sübjektif

⁹⁴⁹ Aynı yönde bkz. Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 309.

⁹⁵⁰ Nitekim Erman’a göre, “[*Katı Kusur Teorisinin*] yasakoyucunun hukuka uygunluk nedenlerinde sınır aşımı bakımından taksir çözümünü benimsemiş olması karşısında bir geçerliliği bulunmamaktadır”. Erman, “Yanılmanın”, 387.

unsuru olan kasttan söz edilir; dolayısıyla TCK m. 27’de yer verilen “kast” kelimesinin teknik anlamda mı yoksa günlük dildeki anlamıyla mı kullanıldığı sorusunun yanıtı, “hukuka uygunluk nedenleri kastın kapsamında mıdır” sorusunun yanıtına bağlıdır.

“Kastın kapsamı nedir” sorusuna yanıt verilirken ise iki şekilde hareket edilebilir:

1- Kanun koyucunun çizdiği sınır esas alınabilir.

2- Kanun koyucunun iradesinden bağımsız olarak teorik bir yaklaşımla kastın kapsamı ortaya konulabilir.

İlk yaklaşım “olan”ı ikinci yaklaşım “olması gerekeni” esas almaktadır.

TCK m. 21’e göre, “kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir”. TCK m. 30/1’e göre, “fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse kasten hareket etmiş olmaz” İki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde; 5237 sayılı TCK’ya göre kastın kapsamı, suç tipinde yer alan maddi unsurlarla sınırlıdır. Dolayısıyla, 5237 sayılı TCK’ya göre haksızlığın sübjektif unsuru olan teknik manadaki kastın anlamı, “suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmek ve istemektir”.

Kanun koyucu, TCK m. 21 ve m. 30/1’de yer verdiği düzenlemeler ile kastın kapsamına ilişkin tercihini suç tipinin maddi unsurları ile sınırlamıştır. Hukuka uygunluk nedenleri kastın kapsamında yer almadığına göre, hukuka uygunluk nedenlerinin orantılılık (sınır) unsuru da kastın kapsamında yer almaz; kastın kapsamında yer almayan bir unsurda düşülen hata kastı engellemez.⁹⁵¹ Dolayısıyla TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesi, haksızlığın sübjektif unsuru olan teknik manadaki kast anlamında değil; kastın günlük dildeki “bilerek, farkında olarak” anlamıyla kullanılmıştır.

TCK m. 27/1’deki düzenlemede yer verilen “kast” kelimesinin haksızlığın sübjektif unsuru olan kast olarak kabul edilmesi, TCK m. 27/1’i olgusal gerçeklikte hataya indirgemekte ve bu durum adil olmayan sonuçlara yol açmaktadır. Kanaatimizce

⁹⁵¹ Zafer, *Genel Hükümler*, 362; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 325-326; Fletcher, *Rethinking*, 691.

TCK m. 27/1, yalnızca TCK m. 30/3'ün değil, TCK m. 30/4'ün de özel halidir. Kanun koyucunun TCK m. 27/1'de özel bir düzenlemeye yer vermesinin nedeni, sınır aşımında potansiyel olarak ceza sorumluluğunu kaldıran bir nedenin var olması ve failin bu nedenin sınırını aşmasıdır. Sınır aşımı, maddi unsurlarda hata ya da normatif unsurlarda hata şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin, fail, yasal gözaltı süresinin sınırını takvimde hataya düştüğü için aşmışsa, hatası algılama sürecindeki bir aksaklıktan kaynaklandığından maddi dünyaya ilişkindir. Fail, süreyi gözaltı süresini düzenleyen normdaki değişikliği bilmediği için aşmışsa, failin hatası hukuki gerçekliğe ilişkindir. Normatif gerçeklikte hataya düştüğü için fiilin haksızlık teşkil etmediğine inanan failin hatası, TCK m. 30/4'e göre kusuru etkiler. TCK m. 27/1'de yer verilen “kast” kelimesi suçun subjektif unsuru olan kast olarak anlaşıldığında TCK m. 27/1'i maddi gerçekliğe ilişkin hata ile sınırlı olarak anlamak gerekir. Ancak, TCK m. 27/1'in kanunda özel olarak düzenlenmesinin nedeni, daha öncede ifade ettiğimiz üzere sınırın aşılmasında potansiyel bir hukuka uygunluk nedeninin var olmasıdır. TCK m. 27/1'de normatif gerçeklikte hata ile maddi gerçeklikte hata arasında bir ayrım yapılmamıştır. TCK m. 27/1'i maddi unsurlarda hata ile sınırlayan görüş, normun lafzı ve amacıyla bağdaşmadığı gibi adil de değildir. Zira iki durumda da failler aynı psikolojik durum içerisindeyler ve iki durumda da aslında gözaltı koşulları oluşmuş; fakat failler süreyi aşmıştır. Hatta hataya düşmekteki kusurları karşılaştırıldığında, takvim hesabında hataya düşen failin hatası, gözaltı süresine ilişkin kanun değişikliğinden haberdar olmayan failin hatasından daha kusurludur; çünkü takvim hesabında hata, kanuni değişikliği bilmemekten kaynaklanan hatadan daha kaçınılabildir. TCK m. 27/1, maddi unsurlarda hata ile sınırlandığında iki fail arasında adil olmayan bir sonuç ortaya çıkmaktadır. TCK m. 27/1 bu şekilde anlaşıldığında takvim hesabında hataya düşen failin hatası kaçınılabilir olsa dahi kastı engellemektedir; kanuni değişiklikten haberdar olmayan failin hatası ise kaçınılmaz olsa dahi kastı engellememektedir. TCK m. 27/1'de yer verilen “kast” kelimesi, kastın günlük dildeki “bilerek, farkında olarak” anlamları ile anlaşıldığında TCK m. 27/1, kusuru etkileyen bir neden olarak nitelenebilmekte ve bahse konu sakınca ile karşılaşmamaktadır.

TCK m. 27/2'deki düzenleme de TCK m. 27/1'de yer verilen “kast” kelimesinin haksızlığın subjektif unsuru olan teknik anlamdaki kasta karşılık gelmediğini açıkça göstermektedir. TCK m. 27/2'ye göre, “*meşru savunmada sınırın aşılması mazur*

görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez".⁹⁵² TCK m. 27/2 ile TCK m. 27/1 arasındaki ilişki, genel norm-özel norm ilişkisidir. TCK m. 27/2'deki düzenleme, TCK m. 27/1'deki düzenlemeden daha özel niteliktedir. TCK m. 27/1'deki düzenleme, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenleri kapsamakta iken; TCK m. 27/2 ise sadece meşru savunmaya özgülenen ve ek unsur (mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan varlığı) içeren bir düzenlemedir. Madde gerekçesinde de bu duruma açıkça vurgu yapılmıştır. Gerekçede, TCK m. 27/1 ve TCK m. 27/2 arasında ayırım yapmaksızın bir bütün olarak TCK m. 27'den söz edilerek düzenlemenin kast olmaksızın sınırın aşılmasını düzenlediği belirtilmektedir: "*Madde ile ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin hepsini kapsamına alacak surette sınırın kast olmaksızın aşılması hali düzenlenmiştir*". Gerekçenin son iki paragrafında TCK m. 27/2'den söz edilmekte, TCK m. 27/2'nin TCK m. 27/1'in özel hali olduğu açıkça belirtilmektedir: "*Maddenin ikinci fıkrasında meşru savunma hakkında özel bir sınırın aşılması hali düzenlenmiştir*".

Meşru savunmada, savunma ile saldırı arasındaki ölçüsüzlük objektif nitelikteki unsurlardan (konu, araç, aracın kullanımı) kaynaklanıyorsa, fail hakkında TCK m. 27/1 hükmü uygulanır; ancak sınır aşımı söz konusu objektif unsurların yanı sıra faildeki heyecan, korku veya telaştan kaynaklanmışsa, fail hakkında TCK m. 27/2 uygulanır.⁹⁵³ Özel normun önceliği kuralı gereği, TCK m. 27/2'deki koşullar gerçekleşmişse hâkim TCK m. 27/1 uygulayamaz. Meşru savunmada sınır aşılmışsa önce TCK m. 27/2'ye bakılacak; sınır aşımı korku, heyecan veya panikten kaynaklanmamışsa TCK m. 27/1 uygulanacaktır.⁹⁵⁴ Sınır aşımının faildeki heyecan, korku veya telaştan kaynaklanması durumunda özel norm olan TCK m. 27/2'nin esas alınması zorunluluğu, hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında hatada TCK m. 27/1'e göre failin kastından söz edilemeyeceğini ileri süren görüş açısından çelişkili bir durum yaratmaktadır. Failin kastının olmadığı kabul edilirse, taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemiş

⁹⁵² Bu hükmün zorunluluk hali bakımından da uygulanması gerektiğini ileri süren görüş için bkz. Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 382 vd.

⁹⁵³ Meraklı, *Kusur*, 396-397; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 414; Ermeýdan, "Sınırın Aşılması", *Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, 3 (2014): 162; Ünal, "Meşru Savunmada Sınırın Aşılması", 675-676.

⁹⁵⁴ Bozbayındır, "Meşru Savunma", 117; Ünal, "Sınırın Aşılması", 682.

fiillerde, TCK m. 27/1'deki unsurların oluşması halinde fail hakkında CMK m. 223/2-c gereği beraat kararı verilmesi gerekir. TCK m. 27/2'deki düzenlemenin niteliğini CMK m. 223/3-c'de kanun koyucu açık bir şekilde ortaya koymuştur. Bu düzenlemeye göre *“meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılması (...) hallerinde kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir”*. Beraat hükmü, ceza verilmesine yer olmadığı hükmünden daha lehedir. Şüphesiz seçim imkânı olsa fail, beraat hükmünü tercih eder. TCK m. 27/2'deki düzenleme, TCK m. 27/1'deki düzenlemeden daha leheyse, bu sonuç çelişkilidir. TCK m. 27/2'deki düzenlemenin TCK m. 27/1'deki düzenlemeden daha lehe olduğunun en bariz kanıtı, sınır aşımında hatanın kaçınılabılır olması halidir. TCK m. 27/1'e göre hata kaçınılabılırsa ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse, taksirli suç için öngörülen ceza miktarında TCK m. 27/1'de belirtilen oranlarda indirim yapılır. TCK m. 27/2'ye göre ise hatanın kaçınılabılır olduğu durumlarda bile fail hakkında bir cezaya hükmedilemez.

TCK m. 27/1'deki düzenlemenin kusuru etkilediği kabul edildiğinde söz konusu çelişki giderilmiş olur. Çünkü bu görüş kabul edilirse, yalnızca kasten işlenebilen suçlarda TCK m. 27/1'deki düzenlemenin unsurları gerçekleştiğinde fail hakkında beraat hükmü değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Sonuç olarak (1) TCK m. 27/2, TCK m. 27/1'in özel haliyse; (2) TCK m. 27/2, TCK m. 27/1'e göre daha leheyse ve (3) TCK m. 27/2 kusuru etkileyen bir nedense; TCK m. 27/1, evleviyetle, kusuru etkileyen bir nedendir.

Daha önce de belirtildiği üzere TCK m. 27/1 ile hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı düzenleyen TCK m. 30/3 arasında özel norm-genel norm ilişkisi vardır. Öğretide, olması gereken açısından katılmasalar da birçok yazar hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda kanun koyucunun Katı Kusur Teorisini kabul ettiğini belirtmektedir.⁹⁵⁵ TCK m. 27/1, TCK m. 30/3'ün, TCK m. 27/2 ise TCK m. 27/1'in özel halidir. TCK m. 30/3'te hata, kusuru etkileyen bir

⁹⁵⁵ Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 481; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 437; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 328; Abanoz, “Hata”, 206; Özbek, “Hata (m.30)”, 90; Karaaslan, “Hukuka Uygunluk”, 1698; Şenol, “Hata”, 64; Keçelioğlu, “Pratik Sonuçları”, 315; Sarigül, “Hata (TCK m. 30/3)”, 343.

neden olarak düzenlenmiştir. TCK m. 27/2'nin de kusuru etkileyen bir neden olduğu konusunda tartışma yoktur. TCK. m. 30/3 ve TCK m. 27/2, kusuru etkileyen nedenlerse, kanundaki düzenlemeler arasında bir uyum olabilmesi için TCK m. 30/3'e göre özel, TCK m. 27/2'ye göre genel olan TCK m. 27/1'in de kusuru etkileyen bir neden olması gerekir.

Hukuk, normların rastgele bir araya geldiği kaotik bir sistem değildir. Hukuk normları arasında bir ahenk olmalıdır. Özellikle de suç genel teorisinin esaslarını ortaya koyan hükümlerin bir zincirin halkaları gibi birbirlerine bağlı olması gerekir. TCK m. 21, TCK m. 30/1, TCK m. 30/3, TCK m. 30/4, TCK m. 27/1 ve TCK m. 27/2, birbirleriyle doğrudan ilişkili hükümlerdir. Bu hükümler arasında uyum, TCK m. 27/1'de yer verilen "kast" kelimesi, haksızlığın sübjektif unsuru olan "kast" olarak nitelendirildiğinde bozulmaktadır. TCK m. 27/1'de yer verilen "kast" kelimesinin kastın günlük dildeki "bilerek, farkında olarak" anlamına karşılık geldiği kabul edildiğinde ise bahse konu düzenlemeler arasında uyum sağlanmaktadır.

Kastın teorik bir kavram olduğu, kastın anlamı ve kapsamı konularında kanun koyucunun tercihinin belirleyici olmadığı ileri sürülebilir. "Olması gereken"i esas alan bu yaklaşımla mesele çözümlenmeye çalışıldığında ise, TCK m. 27/1'in hukuki niteliğinde iki teorik mesele belirleyici olmaktadır:

(1) Hukuka uygunluk nedenlerinin suç tipinin negatif unsurları olup olmadığı meselesi,

(2) (Hukuka uygunluk nedenleri tipikliğin negatif unsurları olmadığı kabul edildiğinde) Hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur meselesi.

Hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin negatif unsurları olarak kabul edilirse, hukuka uygunluk nedenleri kastın kapsamına dâhil olmaktadır (Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi). Dolayısıyla bu görüş kabul edildiğinde TCK m. 27/1'de yer verilen "kast" kelimesinin teknik manadaki kastla aynı anlama geldiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak, bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla, Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisini Türk hukukunda savunan yazar yoktur. Bu yüzden, Türk hukukunda TCK m. 27/1'de yer verilen "kast" kelimesinin haksızlığın sübjektif unsuru olan teknik manadaki kasta karşılık gelip gelmediğinde önem arz eden teorik tartışma, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının olup olmadığı tartışmasıdır.

Hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur meselesinde, bir alt başlıkta detaylı olarak üzerinde duracağımız üzere Objektif Teori, Saf Sübjektif Teori ve Çifte Gereklilik Teorisi olmak üzere üç teori vardır. TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesinin suçun sübjektif unsuru olan kastla örtüşebilmesi için;

(1) hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun bulunması ve

(2) bu unsurun da kast olması gerekir.

Aksi halde, hukuka uygunluk nedenleri ve dolayısıyla da hukuka uygunluk nedenlerinin sınırı, kastın kapsamında yer almayacağından TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesi haksızlığın sübjektif unsuru olan kast kavramı ile örtüşmeyecektir. Objektif Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru yoktur. Biz, Objektif Teoriyi kabul ettiğimiz için bize göre teorik olarak da TCK m. 27/1’de yer verilen “kast” kelimesi suçun sübjektif unsuru olan “kast” kavramına karşılık gelmemektedir.

Ulaştığımız sonuç, TCK m. 27/1’in kapsamını, kusuru etkileyen cebir ve zorunluluk hali gibi durumları da kapsayacak şekilde genişletmektedir. Örneğin, kendisine saldıran sahipli köpeği havaya ateş ederek korkutabilecekken köpeğe ateş eden fail hakkında da; birine tokat atması için cebre maruz kalan ve normal bir tokat atmak yerine sert bir tokatla mağdurun kulak zarını patlatan fail hakkında da TCK m. 27’deki düzenleme uygulanabilir. Bu yönüyle görüşümüz kusuru etkileyen zorunluluk halinde sınır aşımına ilişkin hükümleri uygulayan Yargıtay kararlarını da hem teorik hem de kanuni açıdan temellendirmektedir.⁹⁵⁶

b. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Objektif Nitelikte Olması

Suç teorisinin temel tartışma konularından birisi de hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorunudur. Bir görüşe göre, hukuka uygunluk nedenleri

⁹⁵⁶ “Şu halde, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 27. maddesinin 1. fıkrasının uygulanabilmesi için; öncelikle ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden söz konusu olmalıdır. Failin, sınırları ‘kast olmaksızın’ aşması da ikinci koşuldur. Dolayısıyla 765 sayılı Yasanın 50. maddesinden farklı olarak sınırın kasten aşılması halinde bu fıkra uygulanamayacaktır. Yine 765 sayılı Yasadaki durumdan farklı olarak, 5237 sayılı Yasada hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiş olsa da, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerden olan ‘zorunluluk hali’ için de bu fikanın yani 27/1. maddesinin uygulanma olanağı bulunmaktadır”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 08.05.2012, E. 2011/1-436, K. 2012/190, Lexpera, E.T. 06. 07. 2022.

objektif niteliktedir; failin sübjektif durumunun hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında ya da yokluğunda herhangi bir fonksiyonu yoktur (Objektif Teori).⁹⁵⁷ Karşı görüşe göre, hukuka uygunluk nedenleri salt sübjektif niteliktedir; fail fiilinin hukuka uygun olduğuna inanıyorsa ve bu inanışı makulse fiil hukuka uygundur (Saf Sübjektif Teori).⁹⁵⁸ İki görüşün sentezi olan ve Çifte Gereklilik Teorisi olarak adlandırılan bir başka görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin hem objektif hem de sübjektif unsurları vardır; fiilin hukuka uygun olabilmesi için iki unsurun da gerçekleşmesi gerekir.⁹⁵⁹

Bu tartışmada kabul edilecek görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda kabul edilecek görüşü doğrudan etkilemektedir.

Objektif Teori kabul edilirse, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusuru etkiler. Objektif Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru yoktur. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada, hataya düşülen hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurlarında eksiklik vardır. Objektif Teoriye göre hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurunda bir eksiklik varsa somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni yok demektir.⁹⁶⁰ Öte yandan hukuka uygunluk nedenlerinde hataya ilişkin değerlendirmede ön koşul, fiilin bir suç tipi bakımından

⁹⁵⁷ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 21; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 84; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 223; Taner, *Umumi Kısım*, 395; Toroslu, *Genel Kısım*, 160; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Zafer, *Genel Hükümler*, 362; Kangal, *Zorunluluk Durumu*, 203; Ekici Şahin, Rıza, 175; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 289; Dursun, Bozbayındır, “Manevi Unsurları Meselesi”, 86-87; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 427; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 288; Uğraş, “Hukuka Uygunluk”, 411; Robinson, “Objective Versus Subjective”, 344; Moore, *Placing Blame*, 65-66; Schopp, *Just Conviction*, 35; Hurd, “Justification and Excuse”, 1565-7.

⁹⁵⁸ Fried, *Right and Wrong*, 48; Ripstein, *Equality*, 139; Baron, “Justifications and Excuses”, 398; Duff, “Rethinking Justifications”, 840; Husak, “Criminal Liability of Accessories”, 508; Stewart, “Self-Defence”, 333; Segev, “Justification, Rationality”, 44; Dressler, “New Thoughts”, 93; Russell Christopher, “Objectivity”, 545-546; Greenawalt, “Perplexing”, 1907-1909.

⁹⁵⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 595; Akbulut, *Genel Hükümler*, 421; Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 271; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 282; Özgenç, *Genel Hükümler*, 310; Hakeri, *Genel Hükümler*, 342; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 260; Meraklı, Kusur, 418; Ersan, *Meşru Savunma*, 50; Ozansü, *Kasttan Doğan*, 118; Göktürk, “Objektif Nitelikte midir?”, 16; Karakurt, “Hata”, 128-129; Smith, Hogan, *Criminal Law*, 37; Gardner, “Justifications and Reasons”, 105; Fletcher “Domination”, 561; Dillof, “Unravelling”, 1596.

⁹⁶⁰ Türk hukukunda Objektif Teoriyi savunmakla birlikte hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda, Objektif Teorinin tam zıttı olan Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazarlar için bkz. Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2*, 26; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 85-86; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294; Zafer, *Genel Hükümler*, 417.

tipik olmasıdır; zira tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk şeklinde üç basamaktan oluşan suç teorisinin mantığına göre fiil tipik değilse, fiili hukuka uygun hale getiren bir nedenin olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılamaz. Sonuç olarak, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, fiilin tipik ve hukuka aykırı olmasını engellemez.

Saf Sübjektif Teori kabul edilirse, objektif unsurları gerçekleşsin ya da gerçekleşmesin hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı failin zihnindeki makul inancı indirgendigi için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada, fiil hukuka uygundur.⁹⁶¹

Çifte Gereklilik Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenleri objektif ve sübjektif unsurlardan oluşur; bu unsurların birindeki eksiklik, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin olmadığı anlamına gelir. Objektif unsurlarda eksiklik varsa, failin bu unsurların gerçekleştiğine yönelik inancı ne kadar makul olursa olsun; fiil, hukuka aykırıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata bakımından önemli olan husus, Çifte Gereklilik Teorisinin hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunu (bilmeyi) nerede konumlandığıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru haksızlığın sübjektif unsuru olan kastla ilişkilendirilirse hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığın sübjektif unsuru olan kastı engeller. Örneğin, *Koca/Üzülmez*, hukuka uygunluk nedenlerinin haksızlığın sübjektif unsuru olan kastın kapsamında olduğunu ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın haksızlığın sübjektif unsuru olan kastı engellediğini ileri sürmektedir.⁹⁶² Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru kusurla ilişkilendirilirse, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusuru etkiler. Örneğin, *Özbek/Doğan/Bacaksız*'a göre hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru vardır⁹⁶³;

⁹⁶¹ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2*, 26; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 85-86; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294; Zafer, *Genel Hükümler*, 417; Fried, *Right and Wrong*, 48; Ripstein, *Equality*, 139; Baron, "Justifications and Excuses", 398; Duff, "Rethinking Justifications", 840; Husak, "Criminal Liability of Accessories", 508; Stewart, "Self-Defence", 333; Segev, "Justification, Rationality", 44; Dressler, "New Thoughts", 93; Christopher, "Objectivity", 545-546; Greenawalt, "Perplexing", 1907-1909.

⁹⁶² Koca, Üzülmez, *Genel Hükümler*, 301.

⁹⁶³ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 282.

yazarlara göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusurun bir bileşeni olan kusur kastını engeller.⁹⁶⁴

Türk öğretisinde hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorunu uzun bir süre tartışma konusu olmamıştır. Bunun nedeni, 765 sayılı TCK döneminde hâkim teori olan Klasik Suç Teorisine göre haksızlığın objektif nitelikte olmasıdır. Haksızlık objektif nitelikte olduğu için haksızlığın hukuka aykırılık unsurunun içeriğini oluşturan hukuka uygunluk nedenlerinin de objektif nitelikte olduğu kabul edilmiştir. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte Türk hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının bulunup bulunmadığı meselesi tartışmalı hale gelmiştir. Bunun nedeni, 5237 sayılı TCK'nın haksızlığın sübjektif unsurlarının olduğunu ileri süren Şahsi Haksızlık Teorisini esas almasıdır. Şahsi Haksızlık Teorisi, failin sübjektif durumunu cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsuru içerisinde konumlandığı için; Şahsi Haksızlık Teorisini kabul eden bazı yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinin de sübjektif unsurunun olduğunu kabul etmektedir.

Klasik Suç Teorisi ile Şahsi Haksızlık Teorisi arasındaki farklılık, temelde Konsekualist (sonuççu) Ahlak Teorisi ile Deontolojik (sonuççu olmayan) Ahlak Teorisi arasındaki farklılığa dayanmaktadır. Klasik Suç Teorisinin esas aldığı Konsekualist Ahlak Teorisine göre, bir fiilin haksız olup olmamasının temel belirleyeni, fiilin yol açtığı sonuçtur; fiilin yol açtığı netice, faydalı ise ya da fiil bir zarara da yol açmakla birlikte ortaya çıkan neticenin faydası zararından daha fazla ise, fiil haksız değildir.⁹⁶⁵ Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleştiği ve fakat bu durumun fail tarafından bilinmediği olaylarda, fiil objektif olarak yararlı olduğu için Klasik Suç Teorisine göre fiil haksız değildir. Deontolojik Ahlak Teorisine göre, fiilin haksız olup olmamasının tek belirleyeni sonucu değildir; süjenin sübjektif durumu fiilin haksızlık niteliğini karakterize eden diğer bir bileşendir.⁹⁶⁶ Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleştiğini fail bilmiyorsa ve fiilin hukukla çeliştiğini zannediyorsa, fiil haksızdır.

⁹⁶⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 438.

⁹⁶⁵ Driver, *Consequentialism*, 2.

⁹⁶⁶ Rasmussen, *Deontology*, 15.

Bu teorik arka plana dayanan yapısal gerekçeler de vardır. Örneğin, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olduğunu kabul eden bir görüş, haksızlık tipinin yapısından hareketle hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre haksızlık tipi, sübjektif ve objektif unsurlardan oluşur; hukuka uygunluk nedenleri tipik fiilin haksızlığını nötralize ederler; tipik fiilin objektif unsurlarının haksızlığının nötralize olabilmesi için hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleşmesi gerekir; tipik fiilin sübjektif unsurlarının haksızlığının nötralize olabilmesi için hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olması gerekir (denkleştirme/telafi tezi).⁹⁶⁷

Kanaatimizce, hukuka uygunluk nedenleri objektif niteliktedir. Objektif Teoriyi kabul etmemizin yapısal gerekçesi, *tipikliğin objektif unsurlarındaki eksiklik ile hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarındaki tamlığın eş değer olmasıdır*. Türk hukukunda elverişsiz teşebbüs kurumuna yer verilmediği için nasıl ki tipikliğin maddi unsurlarından birindeki eksiklik (örn. uyuşturucu naklettiğini zannedenin gerçekte karbonat nakletmesi), fail bu durumu bilmesede fiilin haksızlık teşkil etmesine engel oluyorsa; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarındaki tamlık da (örn. alkolik kocasının kafasına sopayla vurduğunu zanneden kadının gerçekte evine hırsızlık için giren failin kafasına vurması), fail bu durumu bilmesede bile aynı şekilde haksızlığın oluşmasına engel olur.⁹⁶⁸

Fiil tipik değilse, hukuka aykırılık hakkında; tipik fiil hukuka aykırı değilse, kusur hakkında bir değerlendirme yapılamaz. Aynı metodik inceleme, -Türk hukukunda elverişsiz teşebbüs cezalandırılmadığı için- tipiklik ve hukuka aykırılık unsurları bakımından da yapılmalıdır. Tipiklik, objektif ve sübjektif unsurlardan oluşur. Tipiklik değerlendirmesinde önce objektif unsurların oluşup oluşmadığı değerlendirilmelidir; objektif unsurlar oluşmuşsa tipikliğin sübjektif unsurları hakkında değerlendirme

⁹⁶⁷ Göktürk, “Objektif Nitelikte Midir?”, 18; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 193-194; Fletcher, *Basic Concept*, 105-106; Dillof, “Unraveling”, 1569 vd.

⁹⁶⁸ Türk hukukunda Objektif Teoriyi savunan yazarların dayandığı güçlü argümanlardan biri de Türk hukukunda elverişsiz teşebbüs kurumuna yer verilmemiş olmasıdır. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 312; Dursun, Bozbayındır, “Manevi Unsurları Meselesi”, 71 vd.; Uğraş, “Hukuka Uygunluk”, 409.

yapılır. Suç tipinin objektif unsurlarında bir eksiklik varsa -Türk hukukunda elverişsiz teşebbüs kurumuna yer verilmediği için- sübjektif unsur hakkında değerlendirme yapılamaz. Örneğin, arazi sahibine ateş ettiği zannıyla korkuluğa ateş eden failin davranışı objektif olarak haksız değildir. Örnekte, failin hukuku ihlale yönelen iradesine Türk hukukunda bir önem atfedilmemiştir. Elverişsiz teşebbüsü cezalandırmayan Türk hukukuna göre, tipikliğin objektif unsurlarında eksiklik varsa, fiil tipik olmadığı için cezalandırılabilirlik sahasının dışında yer alır. Bu yüzden Türk hukukuna göre suç tipinin objektif unsurları gerçekleşmemişse, sübjektif unsurlar hakkında değerlendirme yapılamaz.

Suç tipinin objektif unsurları gerçekleşmişse, sübjektif unsurlar hakkında değerlendirme yapılır; sübjektif unsurlar da gerçekleşmişse fiil tipik demektir. Ancak fiilin tipik olması, haksızlığın varlığı bakımından yeterli değildir. Tipik fiilin haksızlık teşkil edebilmesi için hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırılık unsuru bakımından da ilk değerlendirme objektif unsurlar bakımından yapılmalıdır. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmişse, fiil objektif olarak hukuka aykırı değildir. Fiil objektif olarak hukuka aykırı değilse -Türk hukukunda elverişsiz teşebbüs cezalandırılmadığı için- failin sübjektif durumu hakkında değerlendirme yapılamaz. Aksini kabul, haksızlığın varlığı bakımından eş değer olan tipiklik ve hukuka aykırılık arasında ayırım yapmak anlamına gelir; objektif olarak tipik olmayan fiil haksız değilse, objektif olarak hukuka uygun olan fiil de haksız değildir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğunu kabul etmek, Şahsi Haksızlık Teorisini kabul etmeye engel teşkil etmez; zira haksızlığın sübjektif unsurları, haksızlığın bizatihi kendisi olan tipik fiille sınırlandığında, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğu pek tabi kabul edilebilir. Haksızlık, bütün; tipiklik ve hukuka aykırılık ise parçalardır. Parçalardan birindeki unsur, zorunlu olarak bütünün de unsurudur. Kastın suç tipinin unsuru olması, kastın haksızlığın da bir unsuru olduğunu gösterir. Parçalardan birindeki unsurun diğer bir parçada da olması ise zorunlu değildir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorunu esasen ceza hukukunun işlevi ile ilişkilidir. Ceza hukuku, kişilerin hak ve özgürlüklerine en derin ve yoğun müdahaleleri yapan hukuk dalıdır; bu yüzden ceza hukukuna son çare olarak

başvurulmalıdır (*ultima ratio*). *Ultima ratio* ilkesinin en önemli yansımasılardan biri ceza hukukunun niyetleri değil, fiilleri cezalandırmasıdır.⁹⁶⁹ Niyetler, ceza hukukunu değil, ahlaki ilgilendirir; muhatapların ceza normlarını, ahlaki bir ödev olarak gördükleri için mi; sosyal kınanmadan ya da cezadan korktukları için mi; mağdur direnir diye korktukları için mi veyahut yeteneklerine güvenmedikleri için mi ihlal etmedikleri önem arz etmez; önemli olan ceza normunun ihlal edilmemesidir.⁹⁷⁰ Ceza normuyla korunmak istenen değer, objektif olarak ihlal edilmediğinde fiil tipik değildir. Mevzu bahis hukuka uygunluk nedenleri olduğunda aynı esastan ayrılmayı gerektiren bir neden yoktur. Hukuka uygunluk nedeniyle korunmak istenen değer objektif olarak korunmuşsa fiil hukuka uygundur.

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde ortaya çıkan netice, kanun koyucunun objektif olarak gerçekleşmesini istediği ya da en azından gerçekleşmesine izin verdiği neticedir. Objektif olarak hukuk düzeninin korunmasına hizmet eden fiilin haksız görülmesi, “*hukuka aykırı olan asıl fiilin hak etmediği bir korumadan yarar[lanmasına]*” neden olur.⁹⁷¹ Örneğin, (A), kalabalıkta gözüne kestirdiği (B)’nin sırt çantasını çalar. (A), boş bir arazide çantanın içini açtığında zaman ayarlı bir bomba olduğunu görür. (A), çantayı bırakır ve kaçır. Bomba patlar, mal ve can kaybı yaşanmaz. Örnekte, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmiştir. Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının olduğunu kabul eden görüşe göre, (A)’nın fiili suç teşkil eder. Bu görüşe göre, (A)’nın işlediği suçun mağduru (B)’dir. (A)’nın fiili, (B)’nin mülkiyet hakkını ihlal etmiştir; ve bu ihlal haksızdır.

Objektif görüşü savunan bazı yazarlara göre, somut olayda objektif unsurları itibarıyla var olan hukuka uygunluk nedeninden haberdar olmayan ve fiilinin suç teşkil ettiğini zanneden fail, hukuk düzeni bakımından tehlike arz eden karakterini ortaya koymuştur. Bu durum, *elverişsiz teşebbüs* (impossible attempt) bağlamında

⁹⁶⁹ Ekici Şahin, *Rıza*, 363; Dursun, Bozbayındır, “Manevi Unsurları Meselesi”, 87; Robinson, “A Theory of Justification”, 266; Baron, “Justifications and Excuses”, 400-401.

⁹⁷⁰ Baron, “Justifications and Excuses”, 400-401.

⁹⁷¹ Dursun, Bozbayındır, “Manevi Unsurları Meselesi”, 86.

değerlendirilebilir.⁹⁷² Çünkü elverişsiz teşebbüste sorumluluğunun esası, faildeki hukuka karşı gelme iradesinin değersizliğidir.

Kanaatimizce, 5237 sayılı TCK'da elverişsiz teşebbüs kurumuna yer verilmiş olsaydı dahi, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif koşulları gerçekleşmişse ve bu durum fail tarafından bilinmiyorsa, fail, sorumlu olmazdı. Çünkü somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurlarının gerçekleştiğinin fail tarafından bilinmediği durumla, *elverişsiz teşebbüs* arasında olgusal zıtlık vardır.⁹⁷³ İlk durumda fiil yasaklanan neticeyi gerçekleştirmeye elverişlidir; elverişli olduğu için de netice gerçekleşmiştir. *Elverişsiz teşebbüste* ise fiil, ceza normunu ihlale objektif olarak elverişli değildir. Ayrıca fiilin hem hukuka uygun olduğu hem de *elverişsiz teşebbüs* haksızlığı oluşturduğu ileri sürülemez; bu iki önerme birbiri ile bağdaşmaz.⁹⁷⁴

Sonuç olarak, bize göre, hukuka uygunluk nedenleri objektif niteliktedir. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmişse, fail bu durumu bilmese de fiil hukuka uygundur. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmemişse ve fakat fail ilgili unsurların gerçekleştiğini zannediyorsa (hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata), failin inancı ne kadar makul olursa olsun fiil hukuka uygun olmaz. Hukuka uygunluk nedenleri objektif nitelikte olduğu için sübjektif unsurlardan izoledir. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni objektif olarak vardır ya da yoktur. Hukuka uygunluk nedenleri sübjektif unsurlardan izole olduğu için kastın kapsamında değildir. Kastın kapsamında olmadıkları için de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engellemez. Fail somut olayda unsurları gerçekleşmemiş bir hukuka uygunluk nedeninin unsurlarının gerçekleştiğini ve bu yüzden fiilinin hukuka uygun olduğunu zannediyorsa failde haksızlık bilinci yoktur. Haksızlık bilinci, kusurun bir bileşenidir. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, kusuru etkiler. Ancak, Türk öğretisinde Objektif Teoriyi kabul etmekle birlikte hukuka uygunluk nedenlerinin maddi

⁹⁷² Robinson, "A Theory of Justification", 290-291; Williams, "Offences and Defences", 252; Andrew Ashworth, "Belief, Intent and Criminal Liability" in *Oxford Essays in Jurisprudence*, eds. Eekelaar and Bell (Oxford: Clarendon Press, 1987), 29.

⁹⁷³ Kazaker, *Elverişsiz Teşebbüs*, 268.

⁹⁷⁴ Smith, Hogan, *Criminal Law*, 38-39; Hyman Gross, *A Theory of Criminal Justice* (New York: Oxford University Press 1979), 199-200; Smith, *Justification and Excuse*, 43.

unsurlarında kaçınılmaz hatanın haksızlığı etkilediğini ileri süren yazarlar vardır.⁹⁷⁵ Söz konusu yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada Saf Sübjektif Teoriyi kabul etmektedirler.

Saf Sübjektif Teori, Objektif Teorinin zıttıdır. Çünkü Objektif Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenleri failin zihninden bağımsız, salt dış dünyaya ait objektif bir gerçekliktir. Saf Sübjektif Teori ise hukuka uygunluk nedenlerini salt failin zihnindeki gerçekliğe indirgemektedir. Kanaatimizce, birbirinin zıttı olan bu iki teoriyi birden savunmanın iki sorunlu yönü vardır:

(1) Söz konusu yazarlara göre haksızlık objektif niteliktedir.⁹⁷⁶ Hukuka uygunluk nedenleri hukuka aykırılık unsuru bağlamında haksızlığın bir unsurudur. Hata, failin sübjektif durumu ile ilgilidir. Bu görüşe göre, failin sübjektif gerçekliği ile ilgili tüm hususlar kusurla ilgilidir. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada, hata kaçınılmazsa failin haksız olmadığını ileri süren yazarlar, haksızlık ve kusura ilişkin görüşlerinden ayrılmakta ve failin sübjektif gerçekliği ile ilgili olmasına rağmen hatayı haksızlıkla ilişkilendirmektedirler.

(2) Klasik Suç Teorisine göre kast, kusurun bir unsurudur/türüdür. Suç tipinin maddi unsurlarında hata kastı engellemektedir. Kast, kusurun bir unsuru olduğu için suç tipinin maddi unsurlarında hata sonuç itibarıyla kusuru etkilemektedir. Suç tipinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada fiil haksız olmakta ve fakat fail kusuru olmadığı için cezalandırılmamaktadır. Söz konusu yazarlara göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada ise fiil haksız değildir. Suçun tipiklik unsuru haksızlığın özüdür. Haksızlığı engelleyen bir hata türünden söz edilecekse, bu evleviyetle suç tipinde hata olmalıdır. Söz konusu yazarlara göre, suç tipinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada dahi fiil haksızdır. Suç tipinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada dahi fiil haksızken; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada fiilin haksız olmadığının ileri sürülmesi, kanaatimizce, teorik açıdan sorunludur.

⁹⁷⁵ Söz konusu yazarlar için bkz. *Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: II*, 26; Alacakaptan, Suçun Unsurları, 85-86; Demirbaş, Genel Hükümler, 293-294; Zafer, Genel Hükümler, 417.

⁹⁷⁶ *Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2*, 21; Alacakaptan, Suçun Unsurları, 84; Demirbaş, Genel Hükümler, 289; Zafer, Genel Hükümler, 362.

c. Katı Kusur Teorisinin Bağdaşmazlık Tezi ile Uyumlu Olması

Hukuka uygunluk nedenleri, fiille; kusuru etkileyen nedenler ise faille ilgilidir. Hukuka uygunluk nedenleri fiili yalnız fail bakımından değil, herkes bakımından meşrulaştırır; hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde ilgisine yardım eden üçüncü kişilerin fiilleri de hukuka uygundur.⁹⁷⁷ Ancak, hukuka uygunluk nedenini düzenleyen normun tipinde, görevin ifasında olduğu gibi, hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilecek kişiler bakımından belli özellikler aranmışsa bu özellikleri taşımayan kimselerin fiili hukuka uygun olmaz. Örneğin, kolluk konutta arama yaptığında üçüncü kişiler de kolluğa katılıp arama yapamazlar.

Kusuru etkileyen nedenler, fiilin haksızlık niteliğini etkilemezler; bu yüzden kusuru etkileyen nedenler yalnızca ilgisi bakımından sonuç doğururlar; üçüncü kişilerin fiillerini hukuka uygun hale getirmezler. Örneğin, 11 yaşındaki bir çocuğun işlediği bir suçta çocuğa yardım eden yetişkinin fiili, hukuka aykırıdır.

Kusuru etkileyen nedenler, fiilin haksız olmasını engellemediği için fail kusursuz da olsa failin fiiline direnilebilir.⁹⁷⁸ Örneğin, cebir altında suç işleyen kişiye karşı koyan kişinin fiili unsurları oluşmuşsa meşru savunma teşkil eder. Hukuka uygun olan bir fiile direnme ise, kural olarak, meşru değildir. Boks karşılaşmalarında olduğu gibi kanun koyucunun çatışmayı özel olarak düzenleyip iki tarafın fiilini de meşru gördüğü istisnai durumlar dışında, iki fiil çatışıyorsa ve fiillerden biri hukuka uygunsa diğeri hukuka uygun olamaz; bu kural öğretide “bağdaşmazlık tezi” (*incompability thesis*) olarak adlandırılmaktadır.⁹⁷⁹

Buraya kadar yapılan açıklamalar unsurları gerçekleşmiş olan hukuka uygunluk nedenleri için geçerlidir. Fail hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya düşmüşse, hataya düşülen hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekte gerçekleşmediği için failin fiiline direnmenin mümkün olup olmadığı meselesi teoriler arasında tartışmalıdır.

⁹⁷⁷ Dressler, “New Thoughts”, 62; Greenawalt, “Perplexing”, 1900; Morawetz, “Reconstructing”, 299.

⁹⁷⁸ Smith, *Justification and Excuse*, 19; Greenawalt, “Perplexing”, 1900; Morawetz, “Reconstructing”, 286; Byrd, “Wrongdoing and Attribution”, 1332.

⁹⁷⁹ Schopp, *Just Convictions*, 40; Fletcher, “Prison Conditions”, 1357; Berman, “Justification and Excuse”, 42; Christopher, “Mistake of Fact”, 299-300.

Örneğin, (A), kaçınılmaz bir hataya düşerek (B)'nin kendisini öldürmeye çalıştığını zanneder ve öldürme kastıyla (B)'ye ateş eder. (A)'nın silahından çıkan kurşunlar (B)'ye isabet etmez. (B) de kendisini korumak için (A)'ya karşılık verir ve (A), hayatını kaybeder.

Örneği teorilere göre değerlendirecek olursak;

Saf Sübjektif Teoriye göre, (A)'nın fiili hukuka uygundur. Çünkü Saf Sübjektif Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada fiil hukuka uygundur.⁹⁸⁰

Meşru savunmanın unsurlarından biri de haksız bir saldırının varlığıdır. (A)'nın fiili, Saf Sübjektif Teorinin ileri sürdüğü üzere hukuka uygunsa; (A)'nın fiili haksız bir saldırı olarak nitelendirilemez. Çünkü hukuka uygun olan fiil haksız değildir. Haksız bir saldırı yoksa unsur eksikliği dolayısıyla (B)'nin meşru savunma hükümlerinden yararlanamaması gerekir.

Bu itiraza karşılık; (A)'nın fiilinin hukuka uygun olduğuna yönelik makul inancı, fiili hukuka uygun hale getiriyorsa, (B)'nin inancının da fiili hukuka uygun hale getirdiği ileri sürülebilir. Saf Sübjektif Teori, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığını salt failin zihnine indirgediği için bu itiraz kendi içerisinde tutarlıdır. Ancak bu ihtimalde de hem (A)'nın hem de (B)'nin fiili hukuka uygun olacaktır. Sonuç olarak Saf Sübjektif Teori, “*hukuka uygunluk nedenine karşı hukuka uygunluk nedeni olmaz*” kuralı ile çelişmektedir.

Aynı örnek Sınırlı Kusur Teorisine göre çözümlendiğinde de tatmin edici bir sonuca ulaşılamamaktadır.

Sınırlı Kusur Teorisine göre, (A)'nın fiili suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmez. Çünkü Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller. Hata kaçınılabilirse ve fiilin taksirli hali kanunda suç

⁹⁸⁰ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26-27; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 86; Özen, *Meşru Müdafaa*, 148 vd.; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294; Zafer, *Genel Hükümler*, 417; Tunç, “Kastı Engelleyen Hata”, 268; Ripstein, *Equality*, 139; Baron, “Justifications and Excuses”, 398; Duff, “Rethinking Justifications”, 840; Husak, “Criminal Liability of Accessories”, 508; Stewart, “Reasonableness in Self-Defence”, 333; Segev, “Justification, Rationality”, 44.

olarak düzenlenmişse, fail taksirli suçtan sorumlu olur. Örnekte, hata kaçınılmaz olduğu için Sınırlı Kusur Teorisine göre suç niteliğinde bir haksızlık yoktur.⁹⁸¹ (A)'nın fiilinin suç niteliğinde bir haksızlık olmaması, meşru savunmada aranan “*haksız bir saldırı*” unsurunun gerçekleşmediği anlamına gelmez; çünkü meşru savunmada haksız bir saldırıdan kast edilen, hukuki bir haksızlığın varlığıdır. Fiil, herhangi bir hukuk normu ile çelişiyorsa ve fiili somut olayda hukuka uygun hale getiren bir neden yoksa, hukuki bir haksızlıktan söz edilir. Davranışın çeliştiği norm kamu hukukuna özgü bir norm olabileceği gibi özel hukuka özgü bir norm da olabilir. (A)'nın fiili Sınırlı Kusur Teorisine göre ceza hukuku bakımından bir haksızlık teşkil etmese de diğer hukuk dalları bakımından haksızlık teşkil ediyorsa, (B), meşru savunma hükümlerinden yararlanır. Örnekte, (A)'nın ve (B)'nin kamu görevlisi, tacir, işçi, işveren gibi özel statüleri yoktur. Bu yüzden (A)'nın fiilinin hukuka aykırılığı bakımından değerlendirilme yapılması gereken hukuk dalları, medeni hukuk ve borçlar hukukudur.

4721 Sayılı Medeni Kanunda (TMK) ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nda (TBK); nişanın bozulması, evlenmenin butlanı ve boşanma, evlilik dışı babalık gibi özel olarak düzenlenmiş konularda tazminat sorumluluğuna esas teşkil eden düzenleme TMK'nın 25. maddesidir. Özel bir düzenlemenin yokluğu halinde tazminat istemlerinin dayandığı genel nitelikli düzenleme ise TBK'nın haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen 49. maddesidir.⁹⁸² Dolayısıyla (A)'nın fiilinin hukuka aykırı olup olmadığını değerlendirirken önce, TMK ve TBK'da özel bir düzenlemenin olup olmadığına bakılmalı, böyle bir düzenleme yoksa genel nitelikli düzenlemeler çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Bedensel bütünlüğü ihlal eden fiillerden doğan tazminat sorumluluğuna ilişkin özel düzenleme TBK m. 54'te yer almaktadır.⁹⁸³ Ancak, fiilin bu

⁹⁸¹ Hata kaçınılabilir olsaydı dahi, Sınırlı Kusur Teorisine göre, (A)'nın fiili yine de haksızlık teşkil etmezdi. Çünkü örnekte fiil teşebbüs aşamasında kalmıştır. Öldürme fiilinin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmiş olsa da TCK m. 35'e göre taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir. Sonuç olarak, hata kaçınılabilir olsun ya da olmasın Sınırlı Kusur Teorisine göre, (A)'nın fiili suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmez.

⁹⁸² Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015), 231-232; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (İstanbul: Beta, 2014), 404.

⁹⁸³ TBK m. 49'da “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*” dendikten sonra, özel durumlar başlığı altında TBK m. 54'te bedensel zarar olarak kabul edilecek durumlar örnekleme yoluyla belirtilmiştir: “*Bedensel zararlar özellikle şunlardır: 1. Tedavi*

düzenleme kapsamına girebilmesi için bedensel bütünlüğü ihlal etmesi ve maddi bir zarara yol açması gerekir. Örnekte, (A)'nın silahından çıkan kurşunlardan biri, (B)'ye isabet etmiş ve (B) yaralanmış olsaydı, ortada bir zarar olduğu için TBK m. 54 dolayısıyla (A)'nın fiili hukuka aykırı kabul edilebilirdi. Bu ihtimalde (A)'nın fiili hukuka aykırı olduğu için (B)'nin fiili meşru savunma teşkil edebilirdi. Ancak örnekte (A)'nın silahından çıkan kurşunlar (B)'ye isabet etmemiştir. (B)'nin vücut bütünlüğü ihlal edilmediği gibi maddi bir zarar da ortaya çıkmamıştır.⁹⁸⁴ Bu yüzden (A)'nın fiili TBK m. 54'teki özel düzenlemenin dışında kalmaktadır.

Özel düzenlemeler dışında kalan diğer hukuka aykırılıklarda sorumluluğu gerektiren genel nitelikli düzenleme, TBK m. 49'dur.⁹⁸⁵ TBK m. 49'a göre, haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için fiil hukuka aykırı olmalı, bir zarar olmalı, zararlar fiil arasında uygun illiyet bağı olmalı ve fiili gerçekleştiren kişi kusurlu olmalıdır. Daha öncede ifade ettiğimiz gibi TBK ve TMK'da özel olarak düzenlenmiş konularda maddi tazminat istemlerine esas teşkil eden düzenleme, TMK m. 24'tür. TBK m. 49'da tazminat sorumluluğunu gerektiren hukuka aykırılıklar özel olarak TBK ve TMK'da düzenlenmeyen hukuka aykırılıklardır. Örnekte, (A)'nın fiili TBK ve TMK'da yer alan normların tipine uymadığı için (A)'nın fiilin hukuka aykırılığına esas teşkil edebilecek tek düzenleme suça teşebbüsü bir haksızlık olarak düzenleyen TCK m. 35'tir. Sınırlı Kusur Teorinin sorunlu yönü bu noktada ortaya çıkmaktadır. Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hata fiilin suç niteliğindeki bir haksızlık teşkil etmesine mani olur. Bu yüzden Sınırlı Kusur Teorisine göre, (A)'nın fiili ceza hukuku bakımından hukuka aykırı değildir.

Öte yandan, (B)'de meydana gelen korku halinin manevi bir zarara yol açtığı ve bu bağlamda hukuka aykırılık niteliğine sahip olduğu ileri sürülebilir. TBK m. 56'ya

giderleri, 2. Kazanç kaybı, 3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, 4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar”.

⁹⁸⁴ Öldürmeye teşebbüs edilmesi durumunda bir zararın bulunmadığı hakkında bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 466; Kadir Berk Kapancı, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/1 (2016): 515.

⁹⁸⁵ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 232; Akipek, Akıntürk ve Karaman, *Türk Medeni Hukuku*, 404.

göre, bedensel bütünlüğün ihlali halinde, zarar görene manevi tazminat ödenmesine hükmedilebilir. Örnekte, fiil teşebbüs aşamasında kaldığından (B)'nin bedensel bütünlüğü ihlal edilmemiştir. Manevi tazminat istemlerine esas teşkil eden genel nitelikli düzenleme ise TBK m. 49/2'dir. İlgili düzenleye göre, “zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür”. Özel hukukta, haksızlık bilinci de kastın bir bileşenidir.⁹⁸⁶ Örnekte, (A), fiilinin meşru savunma teşkil ettiğini zannettiğinden (A)'da haksızlık bilinci yoktur; (A)'da haksızlık bilinci olmadığından TBK m. 49/2'de aranan, “kasten zarar verme” koşulu gerçekleşmemiştir.

Sonuç olarak, A'nın fiili, Sınırlı Kusur Teorisine göre, suç niteliğinde bir haksızlık değildir. Keza, ortada bir zarar olmadığından fiil özel hukuk bakımından da haksızlık teşkil etmez. Fiil hukuki bir haksızlık teşkil etmediğinden, haksız bir saldırı şeklinde değerlendirilemez. Fiil, haksız bir saldırı değilse, meşru savunmanın “haksız bir saldırı”nın varlığı koşulu gerçekleşmiş olmaz; bu yüzden (B) kendisini savunamaz; savunursa fiili suç teşkil eder. (A)'nın hatası kaçınılabilir bir hata olsaydı dahi taksirli suçlarda suça teşebbüs mümkün olmadığından bu sonuç değişmezdi.

Örnek, Katı Kusur Teorisi esas alınarak değerlendirildiğinde (A)'nın fiili haksızlık niteliğini haiz olduğundan, (B) meşru savunma hükümlerinden yararlanabilir. Sonuç olarak, Katı Kusur Teorisi, *bağdaşmazlık tezi* ile uyumludur.

d. Katı Kusur Teorisinin Tipik Olmadığı için Haksız Olmayan Fille, Tipik Olmakla Birlikte Hukuka Uygun Olduğu için Haksız Olmayan Fiil Arasındaki Değer Farkını Yansıtması

Kanun koyucu, hukuki değerleri korumak için onları ihlal sonucunu doğurabilecek fiilleri tipleştirerek suçlaştırır (criminalization).⁹⁸⁷ Bu yüzden bir fiil tipe uygunsa, ceza normuyla korunmak istenen hukuki değer ihlal edilmiş demektir. Ancak, korunmak istenen hukuki değer ihlal edilmiş olması, başka bir deyişle fiilin tipik olması, fiilin suç niteliğinde bir haksızlık teşkil ettiği anlamına gelmez. Somut olayda

⁹⁸⁶ Osman Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:V/1-2 (Ankara: Seçkin, 2019), 75.

⁹⁸⁷ Ünver, *Hukuksal Değer*, 150-151.

bir hukuka uygunluk nedeni varsa fiil yine tipiktir ve fiil tipik olduğu için korunmak istenen hukuki değer ihlal edilmiştir; ancak ihlal haksız değildir.⁹⁸⁸

Fiilin tipik olmaması ile tipik fiilin hukuka uygun olmasının hukuki sonucu aynıdır; iki durumda da suç niteliğinde bir haksızlıktan söz edilemez. Farklılık, tipik olmadığı için suç teşkil etmeyen fiil ile tipik olmakla birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni olduğu için suç teşkil etmeyen fiil arasındaki değer farkıdır; fiil tipik değilse suçlaştırmayla korunmak istenen hukuki değer ihlal edilmemiştir. Fiil tipik olmakla birlikte hukuka uygunsu suçlaştırmayla korunmak istenen hukuki değer ihlal edilmiştir; ancak ihlal haksız değildir.

Bu değer farkını en basit ve çarpıcı bir şekilde, Welzel'in “*bir insanı öldürmekle bir sineği öldürmek aynı şey değildir*”⁹⁸⁹ şeklindeki vechezi ifade etmektedir. Bir sineği öldürmek, suç niteliğinde bir haksızlık değildir. Meşru savunma halinde bir insanı öldürmek de suç niteliğinde bir haksızlık değildir. Ancak bir insanı öldürmekle bir sineği öldürmek aynı şey değildir; farklılık, insan yaşamının hukukun korumak istediği bir değer olmasıdır. Dolayısıyla tipik olmadığı için haksız olmayan fiil ile tipik olmakla birlikte hukuka uygun olduğu için haksız olmayan fiil arasındaki değer farkı; *ilkinde bir hukuki değer ihlal edilmemiş olması, ikincisinde ise ihlal edilmiş olmasıdır*.⁹⁹⁰

Tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüş, bu değer farkını yansıttığı için hukuka uygunluk nedenlerini suç tipinin negatif nitelikli unsuru olarak niteleyen Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinden daha üstündür. Türk öğretisinde tipikliği hukuka aykırılığın karinesi olarak kabul eden bazı yazarlar⁹⁹¹, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi ile aynı görüşü savunmakta; tipik olmadığı için haksız olmayan fiille, tipik olmakla birlikte somut olaydaki hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla haksız olmayan fiil arasındaki değer farkını gözardı etmektedirler.

⁹⁸⁸ “Haksız ihlal” ve “haksız olmayan ihlal” kavramları için birinci bölüm “Genelleyici Görüş” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

⁹⁸⁹ Welzel, “Die Regelung von Vorsatz”, 211.

⁹⁹⁰ Thomson, *The Realm of Rights*, 84; Fletcher, *Rethinking*, 561.

⁹⁹¹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 593; Özgenç, *Genel Hükümler*, 527; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 301; Hakeri, *Genel Hükümler*, 460; Akbulut, *Genel Hükümler*, 535-536.

Tipikliğin hukuka aykırılığın karinesinin olmasının doğrudan sonucu, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa, fiilin tipik olması ve fakat hukuka aykırı olmamasıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın tipikliğin sübjektif unsuru olan kastı engellemesinin doğrudan sonucu ise; sübjektif unsurundaki eksiklik dolayısıyla fiilin tipik olmamasıdır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Sınırlı Kusur Teorisini Türk hukukunda kabul eden yazarların ekseriyeti kastın yapısına ilişkin olarak “haksızlık kastı”, “kusur kastı” gibi bir ayrıma çalışmalarında yer vermemektedirler. Bu yüzden söz konusu yazarlar her ne kadar hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fiilin tipik olmadığından açıkça söz etmeseler de, açıklamalarından bu tür bir hatada fiilin tipik olmadığı sonucuna ulaştıkları anlaşılmaktadır. Zira, kast suç tipinin unsuru ise ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engelliyorsa; bu tür bir hatanın varlığı halinde fiil tipik değildir; çünkü bir şeyin unsuru yoksa kendisi de yoktur.

Faile bir seçim imkânı verilip fiilinin tipik olmamasını mı yoksa tipik ama haksız olmamasını mı tercih edeceği sorulsa; her rasyonel fail, fiilinin tipik olmamasını tercih eder.⁹⁹² Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa, bu olaydaki failin durumu, hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı somut olaydaki failin durumundan daha lehe olmalıdır. Çünkü, hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen izin normları da ceza normlarında olduğu gibi hukuki değerleri korumak için vaz edilirler. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa, izin normuna konu hukuki değer korunmuş olmaktadır. Örneğin, meşru savunma halinde insan öldürmede, savunma durumunda olan kişi, kendi hayat hakkını savunmaktadır. Meşru savunmanın unsurlarının gerçekleşmediği; fakat fail tarafından gerçekleştiğinin zannedildiği bir olayda ise fail aslında kendi hayat hakkını savunmamakta, başka bir kimsenin hayatına son vermektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın tipikliğin sübjektif unsuru olan kastı engellediğini ileri süren görüş kabul edildiğinde, fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse, çok basit hatalarda dahi fiil

⁹⁹² Ancak bu önermenin tipik olmayan fiilin başka hukuk dalları bakımından bir sorumluluğa yol açmadığı durumlarda doğruluk değeri vardır. Ceza hukukunda tipik olmayan fiil, özel hukukta tazminat sorumluluğu gerektiriyorsa, her rasyonel fail fiilin “*tipik olmamasını*” değil, “*tipik fakat hukuka uygun*” olmasını tercih eder. Çünkü hukuka uygunluk nedenlerinin fiili bütün bir hukuk düzeni bakımından meşrulaştırma fonksiyonu vardır.

tipik olmamaktadır; yani –*tam tersi olması gerekirken*- hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşmemesi, gerçekleşmesinden daha çok tercihe şayan olmaktadır.

Türk öğretisinde Sınırlı Kusur Teorisini kabul etmekle birlikte *tipiklik kastı* – *haksızlık kastı* şeklindeki kavramsal bir ayırmadan hareket eden bazı yazarlar ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın tipiklik kastını değil, haksızlığın bileşeni olan kastı (haksızlık kastı) engellediğini ileri sürmektedir.⁹⁹³ Bu görüş, tipik olmadığı için haksız olmayan davranışla tipik olmakla birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu için haksız olmayan davranış arasındaki değer farkını dikkate almaktadır. Çünkü bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata da fiil tipiktir. Ancak bize göre bu görüş de teorik açıdan sorunludur. *Tipiklik kastı*na ilaveten *haksızlık kastı* kavramının cezalandırılabilir fiilin yapısına dâhil edilmesi, haksızlığın yapısına ilişkin temel kabullerle bazı noktalarda uyuşmamaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası sorununu, *tipiklik kastı* ve *haksızlık kastı* ayrımı temelinde çözümlemeye çalışan bu görüşü, Türk hukukunda en detaylı şekilde ortaya koyan yazar, *Göktürk*'tür. *Göktürk*'e göre, hukuka uygunluk nedenlerinin hem objektif hem de sübjektif unsurları vardır.⁹⁹⁴ *Göktürk*'ün hukuka uygunluk nedenlerinin yapısına ilişkin bu kabülünden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fiilin tipik ve hukuka aykırı olduğu yani haksız olduğu sonucu çıkmaktadır. Zira hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada, failin hataya düştüğü hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekte gerçekleşmemiştir. Hukuka uygunluk nedenleri, objektif ve sübjektif unsurlardan oluşuyorsa ve bu iki unsurdan birinin yokluğu durumunda fiil hukuka uygun olmuyorsa, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada -objektif unsuru eksikliği olduğu için- fiil hukuka uygun değildir; başka bir deyişle hukuka aykırıdır. *Göktürk*'e göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata da, hata, tipikliğin sübjektif unsuru olan kastı engellememektedir; yani fiil tipiktir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata fiilin tipik olmasını engellemiyorsa, son tahlilde

⁹⁹³ Göktürk, “Hatanın Hukuki Niteliği”, 22 vd.; Zeynel T. Kangal, *Kişisel Verilerin*, 83.

⁹⁹⁴ Göktürk, “Yanılığın Hukuki Niteliği”, 18.

fiil hem tipik hem de hukuka aykırıdır. Fiil tipik ve hukuka aykırı ise haksızdır. Nitekim Göktürk (2014) de;

*Bu itibarla, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarının gerçekleşmediği hallerde, failin suçun yasal tanımında yer alan maddi unsurların somut olayda gerçekleştiğini bilmesi, kasten hareket ettiğinin kabul edilmesi için yeterlidir. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının gerçekleşmediği bir durumda, haksızlığın ortaya çıkmasına engel olma işlevleri de etkisiz kalır ve tipiklikle birlikte haksızlık da kendiliğinden ortaya çıkar (s.19) demektedir.*⁹⁹⁵

Yani Göktürk'e göre, fiil tipikse ve somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif koşulu yoksa fiil haksızdır. Göktürk'ün haksızlığın yapısına ilişkin bu görüşü, Göktürk'ün hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası sorununu *tipiklik kastı* ve *haksızlık kastı* ayrımı temelinde çözümlemeye çalışan görüşü ile çelişmektedir. Zira hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada, fiil kasıtlı bir haksızlığa vücut vermiyorsa, tipiklik ve hukuka aykırılık fiilin haksız olması bakımından yeterli değildir. Göktürk, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada, haksızlığın tipiklik ve hukuka aykırılık şeklindeki olağan yapısına, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleşmediğini bilme şeklinde yeni bir bileşen eklemektedir.

Haksızlık, ceza hukukunun çekirdek kavramıdır; bir benzetme yapmak gerekirse haksızlık ve kusur, ceza hukukunun iskeletidir; diğer tüm kurumlar bu iskelet üzerindeki dokulardır. Ceza hukukunun kilit kavramı olan haksızlığın yapısının hukuka uygunluk nedenlerinde hatada belli hukuki sonuçlara ulaşmak için değiştirilmesi - hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata durumlarıyla sınırlı da olsa- teorik açıdan sorunludur. Hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğuna ilişkin zihinsel durumun varlığı bu görüşe göre haksızlığın vücut bulması için varlığı zorunlu bir unsurdur; yani haksızlığın negatif unsuru olan hukuka uygunluk nedenlerinden haksızlığın varlığı için bulunması zorunlu olan pozitif bir unsur türetilmektedir.

⁹⁹⁵ Göktürk, “Yanılığın Hukuki Niteliği”, 19.

Sınırlı Kusur Teorisinin kastın yapısını *haksızlık kastı* ve *tipiklik kastı* şeklinde formüle eden bu versiyonunun teorik olarak başka sorunlu yönleri de vardır. Sınırlı Kusur Teorisinin bu versiyonuna göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fiil kasıtlı suç bakımından tipiktir; ancak hata kaçınılabilirse ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli haksızlıktan sorumlu olmaktadır. Yani bu görüş, “*tipi kasıtlı kendisi taksirli*” olan ceza hukukuna yabancı yeni bir haksızlık türü ortaya koymaktadır.

Ayrıca, *haksızlık kastı*ndan ne anlaşılması gerektiği de yeterince açık değildir. Haksızlık kastı ile kast edilen, haksızlık bilinci ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, -haksızlık bilinci TCK m. 30/4’ten de anlaşılacağı üzere kusurun bir bileşeni olduğu için- kusuru etkiler. Abanoz’a göre, haksızlık kastı, “*suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilinmesinin yanında fiilin hukuka uygun olmadığına da bilinmesi*” şeklinde anlaşılmalıdır (Abanoz, 2021, 140). Haksızlık kastı bu şekilde anlaşılırsa, haksızlık kastı ile haksızlık bilinci aynı anlama gelmektedir. Bir fiil ya hukuka uygundur ya da değildir. “*Fiilin hukuka uygun olmadığını bilme*” ifadesi, fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmeye karşılık gelmektedir. Fiilin hukuka aykırı olduğunu bilme ise haksızlık bilincidir. Haksızlık bilinci kasta dâhil edilirse artık Sınırlı Kusur Teorisinden değil, Kast Teorisinden söz etmek gerekir. Haksızlık kastı, haksızlığa ilişkin olgusal dünyaya ait gerçekliği bilmeye karşılık gelecek şekilde anlaşılırsa, haksızlık kastı ile haksızlık bilinci birbirinden ayrılır; haksızlık kastı ancak bu şekilde anlaşıldığında haksızlık kastının kusur dışında bir işlevi olabilir; zira olguyu bilmekle olgunun hukuk düzeni ile çatışıp çatışmadığını bilme farklı bilişsel durumlardır; bu yüzden haksızlık kastına ilişkin olarak Göktürk’ün yaptığı tanım, Sınırlı Kusur Teorisini Kast Teorisinden ayırmak bakımından daha doğrudur. Göktürk’e göre haksızlık kastı; “*hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşulları da dâhil olmak üzere somut vakıanın failin zihnindeki izdüşümüdür*” (Göktürk, 2014, 17). Somut vakıa olayın bütünü olarak anlaşılırsa kusuru etkileyen nedenler de somut olayda var olduğundan kusuru etkileyen nedenlerin olgusal yönü de kasta dâhil olmaktadır; bu yüzden Göktürk’ün somut vakıadan kastettiğini haksızlığa vücut veren olgular şeklinde anlamak gerekir. Haksızlık kastı bu şekilde anlaşılınca haksızlık bilincinden ayrılmaktadır; haksızlık bilinci fiilin normatif niteliği olan hukuka aykırılığı bilmektir; haksızlık kastı ise haksızlığın vücut

bulması için gerçekleşmesi gereken maddi unsurların gerçekleştiğinin ve gerçekleşmemesi gereken maddi unsurların gerçekleşmediğinin bilincinde olmaktır.

Meseleye salt pozitif hukuk düzenlemeleri açısından yaklaşıldığında da kastın *tipiklik kastı* ve *haksızlık kastı* şeklinde ikiye ayrılmasının mümkün olmadığını düşünüyoruz. Alman Ceza Kanununda kastın tanımı yapılmamış, mesele öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır; bu yüzden Alman öğretisinin kastın tanımına ve kapsamına ilişkin olarak ortaya koyduğu görüşler Alman Ceza Kanunu ile çelişki arz etmemektedir. 5237 sayılı TCK da ise hem kastın tanımı yapılmış (TCK m. 21) hem de kastın kapsamını çizilmiştir (TCK m. 30/1). TCK m. 21 ve TCK m. 30/1, bir arada yorumlandığında, 5237 sayılı TCK'ya göre haksızlığın sübjektif bileşeni olan kast, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilme ve istemedir. İlgili düzenlemelerden kanun koyucunun suçun sübjektif unsuru olan kastı, haksızlık kastı ve tipiklik kastı şeklinde bir ayırma tabi tutmadığı ve hukuka uygunluk nedenlerini kastın kapsamına dâhil etmediği anlaşılmaktadır. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerini *haksızlık kastı* kavramı altında haksızlığın sübjektif bileşeni olan kastın kapsamına dâhil etme, 5237 sayılı TCK ile çelişmektedir.

Sınırlı Kusur Teorisini kabul eden ve *haksızlık kastı* - *tipiklik kastı* ayırımından hareketle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın haksızlığın sübjektif unsuru olduğunu olan kastı engellediğini ileri süren yazarlara göre, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında, TCK m. 30/1 doğrudan değil, kıyasen uygulanır. TCK m. 30/1, doğrudan uygulanmadığı için tipikliğin sübjektif unsuru olan kast hatadan etkilenmez; yani tipik fiilin ifade ettiği değersizlik varlığını devam ettirir. Ancak, bir kanun hükmünün o kanun hükmünde düzenlenmeyen bir meseleye uygulanabilmesi için kanunda boşluk olması gerekir.⁹⁹⁶ Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata meselesi, TCK m. 30/3'te düzenlenmiştir. Bu yüzden TCK m. 30/3'te düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata meselesinde

⁹⁹⁶ Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 339.

TCK m. 30/1'in kıyasen uygulanacağını ileri süren görüş, kıyas bağlamında, hukuk metodolojisi açısından sorunludur.⁹⁹⁷

Sonuç olarak, Sınırlı Kusur Teorisinin kastın yapısını *haksızlık kastı* ve *tipiklik kastı* şeklinde formüle eden versiyonunun, Sınırlı Kusur Teorisinin bütüncül kast anlayışına sahip olan versiyonuna nazaran güçlü yönü, tipik olmadığı için haksız olmayan fiille tipik olmakla birlikte haksız olmayan fiil arasındaki değer farkını yansıtmamasıdır. Sınırlı Kusur Teorisinin kastın yapısını *haksızlık kastı* ve *tipiklik kastı* şeklinde formüle eden versiyonunun zayıf yönleri ise; (1) haksızlığın iki parçalı yapısıyla uyuşmaması, (2) kaçınılabilir hatada, tipi kasıtlı kendisi taksirli olan ceza hukukuna yabancı bir haksızlık türü yaratması ve (3) pozitif hukuk düzenlemeleri ile çelişmesidir.

Tipik olmadığı için haksız olmayan fiille, tipik olmakla birlikte hukuka uygun olduğu için haksız olmayan fiil arasındaki değer farkına ilişkin sorun, Saf Sübjektif Teori için de geçerlidir. Saf Sübjektif Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hata kaçınılmazsa fiil hukuka uygundur.⁹⁹⁸ Bu görüş, koşulları gerçekleşen meşru savunma neticesinde saldırganı öldüren kişi ile meşru savunmanın koşullarının gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen ve masum bir kimseyi öldüren kişi arasında bir fark görmemektedir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kusuru etkilediğini ileri süren Katı Kusur Teorisi kabul edildiğinde bu çelişki ile karşılaşılmamaktadır. Katı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında, hata kaçınılmazsa fail cezalandırılmaz; failin cezalandırılmamasının nedeni fiilin haksız olmaması değil, somut olaydaki koşullar dolayısıyla failin kusurlu olmamasıdır.

e. Katı Kusur Teorisinin Davranış Normlarının Mantığı ile Uyumlu Olması

⁹⁹⁷ Aynı yönde Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 339.

⁹⁹⁸ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Cilt 2*, 26-27; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 86; Özen, *Meşru Müdafaa*, 148 vd.; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294; Zafer, *Genel Hükümler*, 417; Tunç, “Kastı Engelleyen Hata”, 268; Ripstein, *Equality*, 139; Baron, “Justifications and Excuses”, 398; Duff, “Rethinking Justifications”, 840; Husak, “Criminal Liability of Accessories”, 508; Stewart, “Reasonableness in Self-Defence”, 333; Segev, “Justification, Rationality”, 44.

Davranış normları, neyin haksız olduğu ya da olmadığı konusunda muhataplarını bilgilendirir ve haksız olandan kaçınması konusunda muhataplarını uyarır.⁹⁹⁹

Davranış normlarının biri, yükümlülük normları; diğeri, izin normları olmak üzere iki kategorisi vardır.¹⁰⁰⁰ İzin normları, hukuka uygunluk nedenlerini tasvir eder. Ceza normları, yükümlülük normlarının alt kategorilerinden biridir. Ceza normları ile muhataplarına “yap” ya da “yapma” şeklinde yükümlülükler getirilir. Hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen normların davranış normları kategorisi içerisinde yer almasının nedeni, muhataplarına yükümlülük getirmeleri değildir. Zira izin normlarının özelliği muhataplarına yükümlülük getirmeleri değil, var olan bir yükümlülüğü ihlal edebilme konusunda muhataplarına izin vermeleridir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere davranış normları haksız olanla haksız olmayanı ortaya koyar. Hukuka uygunluk nedenlerinin davranış normları kategorisinde yer almasının nedeni, hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen izin normlarının haksız olmayan davranışları tasvir etmesidir.¹⁰⁰¹ İzin normları normalde (*prima facie*) haksız olan fiillerin normatif statüsünü değiştirir; somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa normalde haksız olan fiil haksız değildir.

Fiilin haksız olup olmaması davranış normlarıyla; haksızlık dolayısıyla failin cezalandırılıp cezalandırılmaması ise isnada ilişkin normlarla ilgilidir. Fiil dolayısıyla failin sorumlu olup olmayacağını, olaksa sorumluluğun ne şekilde belirleneceğini isnada ilişkin normlar (*decision rules*) düzenler.¹⁰⁰² Isnada ilişkin normların davranış normlarından farkı, davranış normlarının muhatabının davranışı gerçekleştiren kişi

⁹⁹⁹ Peter Alldridge, “Rules for Courts and Rules for Citizens”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 10/4 (1990): 487; Paul H. Robinson, “Rules of Conduct and Principles of Adjudication”, *The University of Chicago Law Review*, 57/3 (1990): 731; Carlos E. Alchourrón, “Conflicts of Norms and the Revision of Normative Systems”, *Law and Philosophy*, 10/4 (1991), 413.

¹⁰⁰⁰ Kazimierz Opalek, “Norm and Conduct, the Problem of the ‘Fulfillment’ of the Norm”, *Logique et Analyse*, 14/53-54 (1971): 111; Zhisheng Huang, Michael Masuch, “The Logic of Permission and Obligation”, *Logique et Analyse*, 38/119 (1995): 55-74.

¹⁰⁰¹ Meir Dan-Cohen, “Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law”, *Harvard Law Review*, 97/3 (1984): 638; Mousourakis, “Justification and Excuse”, 36.

¹⁰⁰² Cohen, “Decision Rules”, 629; Mousourakis, “Justification and Excuse”, 36; Horowitz, “Justification and Excuse”, 33.

olmasıdır; isnada ilişkin normların muhatabı ise davranışın sahibi olan kişiler değil, davranış hakkında değer hükmü verecek olan kimselerdir.^{1003,1004}

5271 sayılı CMK'nın “*duruşmanın sona ermesi ve hüküm*” başlıklı 223. maddesinde hüküm türleri olarak yer verilen, *beraat* ve *ceza verilmesine yer olmadığı* hükümleri, davranış normları ve isnada ilişkin normlar arasındaki ayrımı net bir şekilde yansıtmaktadır. İki hükme göre de fail hakkında bir cezaya hükmedilmemektedir. Bu bakımdan bu iki hüküm türü arasında bir farklılık yoktur. *Beraat* ve *ceza verilmesine yer olmadığı* hükümleri arasında moral bakımdan farklılık vardır. *Beraat* hükmünde, topluma ve faile, davranışın suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmediği; *ceza verilmesine yer olmadığı* hükmünde ise, fiilin suç niteliğinde bir haksızlık teşkil ettiği ancak failin kendisinden veya içinde bulunduğu durumdan kaynaklanan sebeplerden dolayı cezalandırılmadığı mesajı verilir.

Sınırlı Kusur Teorisi ve Saf Sübjektif Teori, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı düzenleyen TCK m. 30/3'ü davranış normu kategorisine dâhil etmektedir. Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası kaçınılmazsa ya da kaçınılabilir olmakla birlikte fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse, fail hakkında CMK m. 223/2-c gereği beraat hükmü verilir. Saf Sübjektif Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası kaçınılmazsa, fail hakkında CMK m. 223/2-d gereği beraat hükmü verilir. Bu iki görüş,

¹⁰⁰³ Cohen, “Decision Rules”, 629; Mousourakis, “Justification and Excuse”, 36; Horowitz, “Justification and Excuse”, 33; Robinson, “Rules of Conduct”, 731.

¹⁰⁰⁴ Davranış normları ve isnada ilişkin normlar arasındaki ayrım, belirlilik ilkesi bakımından da önemlidir. Davranış normlarının davranışlara rehber olabilmesi için kural olarak açık ve muhatapları tarafından anlaşılabilir olması gerekir. Ceza normlarında bu kural diğer hukuk dallarında olmadığı kadar daha önemlidir. Belirlilik ilkesi gereği, kanun koyucunun suç tiplerini şüpheden uzak, keyfiliğe yol açmayacak ve muhatabı tarafından açıkça anlaşılacak şekilde düzenlemesi gerekir. Bu yüzden kanun koyucu suç tiplerini düzenlerken deskriptif unsurlardan yararlanmalı, normatif unsurlara ancak dilin sınırlılığından kaynaklanan zorunlu durumlarda başvurmalıdır. Hukuka uygunluk nedenleri, ceza normlarına eklenen ve eklenmediği her suç tipi bakımından fiili hukuka uygun hale getiren nedenlerdir. Bu yüzden izin normları ceza normlarından farklı olarak normatif niteliği ağır basan unsurlardan oluşur. Bununla birlikte davranış normlarının bir kategorisi olmaları dolayısıyla izin normlarının da ilgili hukuka uygunluk nedeninin doğasının müsaade ettiği ölçüde belirlilik ilkesine uygun bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Aksi durumda ilgilisi, tereddütü nedeniyle hukuka uygunluk nedeninin kendisine sağladığı ayrıcalıktan yararlanmayabilir ve kanun koyucunun izin normuyla korumak istediği hukuki menfaat korunmamış olabilir. Isnada ilişkin normların muhatabı davranış gerçekleştiren kişiler değil, davranış hakkında karar verecek olan mercilerdir. Bu yüzden isnada ilişkin normlarda yer alan ifadelerin muğlaklığı belirlilik ilkesi bakımından davranış normlarında olduğu kadar önem arz etmez. George P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 1998), 88.

topluma ve faile, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada davranışın suç niteliğinde bir haksızlık olmadığı mesajını vermektedir.

Neyin haksız olup olmadığını davranış normları belirler. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata da gerçekte bir hukuka uygunluk nedeni yoktur ve bu yüzden ortaya çıkan netice, hukukun istediği ya da gerçekleşmesine izin verdiği bir netice değildir. Bu yüzden Sınırlı Kusur Teorisi ve Saf Sübjektif Teori davranış normlarının mantığı ile çelişmektedir.

Bu çelişki, Sınırlı Kusur Teorisi bakımından kısmi iken Saf Sübjektif Teori bakımından mutlaktır. Çünkü Sınırlı Kusur Teorisinin hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında fiilin hukuki niteliğine ilişkin belirlemesi, yalnızca suç niteliğindeki bir haksızlığın var olup olmadığı ile sınırlıdır. Fiilin suç teşkil etmemesi, fiilin başka hukuk dallarına aykırı olmadığı anlamına gelmez. Örneğin, fail kaçınılmaz bir hataya düşerek olmayan bir saldırının var olduğu zannıyla bir kimseye zarar vermişse Sınırlı Kusur Teorisine göre, hata, kastı engellediği ve kast da haksızlığın bir unsuru olduğu için suç niteliğinde bir haksızlık oluşmaz. Ancak bu durum, özel hukuk bakımından fiilin hukuka aykırı olmasına ve meydana gelen zarar dolayısıyla failden tazminat istenmesine engel olmaz. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata dolayısıyla suç niteliğinde bir haksızlıktan söz edilememesi, fiilin başka bir hukuk dalı ile olan çatışmasını (hukuka aykırılık) ortadan kaldırmaz. Fiil suç teşkil etmese de fiilin hukuki bir haksızlık olma niteliği değişmediği için hukuk, topluma ve faile, bu davranıştan kaçınılması gerektiği mesajını vermeye devam etmektedir.

Saf Sübjektif Teorinin davranış normlarının mantığı ile kesin olarak çelişmesinin nedeni ise, hukuka uygunluk nedenlerinin niteliğidir. Hukuka uygunluk nedenleri, hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesi gereği yalnızca ceza hukuku bakımından değil, bütün bir hukuk düzeni bakımından etki doğurur. Aynı davranış, hem yasak ya da emir şeklindeki bir yükümlülüğe hem de izine konu edilemez; aksi halde hukuk, davranışları yönlendirme fonksiyonunu yerine getiremez. Muhatabın kafasındaki, “*bu şekilde davranırsam davranışım hukuka aykırı olur mu*” sorusuna hukukun vereceği yanıt, hem “*evet*” hem de “*hayır*” olamaz. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenleri davranışı bütün hukuk dalları bakımından meşrulaştırır. Bir davranış hukuka uygunsa, bu davranış dolayısıyla ilgisinin ne cezai, ne hukuki, ne de idari sorumluluğundan söz edilemez.

Saf Sübjektif Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada, hataya düşülen hukuka uygunluk nedeni gerçekleşmiş kabul edildiğinden davranış tüm hukuk düzeni bakımından meşrulaşır. Saf Sübjektif Teori kabul edildiğinde, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada topluma ve faile, davranışın bütün hukuk düzeni bakımından meşru olduğu şeklinde yanlış bir mesaj verilmiş olur.

Katı Kusur Teorisi, TCK m. 30/3'ü isnada ilişkin norm kategorisine dâhil etmektedir. Zira, Katı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası, kusuru etkileyen bir nedendir. Kusuru etkileyen nedenler davranış normlarında değil, isnada ilişkin normlarda düzenlenirler.¹⁰⁰⁵ Isnada ilişkin normlar fiil hakkında değil, fail hakkında belirleme yaptıklarından fiilin haksızlık niteliğini etkilemezler.

Hukuka uygunluk nedenlerinin unsurları gerçekte gerçekleşmemişse, failin fiilden kaçınması gerekir. Bu davranış, hukukun meşru gördüğü bir davranış değil; - *saldırıda bulunduğu zannedilen masum bir kimsenin öldürülmesinde olduğu gibi*- bilakis hukukun istemediği bir davranıştır. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında topluma ve faile verilmesi gereken mesaj, fiilin haksız olduğudur. Katı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında hata kaçınılmaz olsa dahi, fiil haksızdır. Bu yüzden Katı Kusur Teorisi davranış normlarının mantığı ile uyumludur.

f. Katı Kusur Teorisinin İzin Normları ile Ceza Normları Arasındaki İlişkinin Mantığı ile Uyumlu Olması

Suç tipine uyan ve dolayısıyla ceza normunun korumak istediği hukuki değer/değerleri ihlal eden fiillerin her durumda yasak olması, bazen daha büyük değer ihlallerine yol açabilir. Örneğin, başkasının vücudunda acıya neden olan fiillerin icrası her durumda yasak olsaydı, her tıbbi müdahale suç teşkil ederdi. Bu yüzden kanun

¹⁰⁰⁵ Cohen, “Decision Rules”, 629; Mousourakis, “Justification and Excuse”, 36; Horowitz, “Justification and Excuse”, 33.

koyucu yasak ya da emirin bizatihi kendisi hukuki değer ihlallerine neden oluyorsa, yasağa izinle istisna getirir.

Tüm davranış normlarının varlık nedeni, toplumsal düzen için varlığı gerekli hukuki değerleri korumaktır; davranış normlarının bir kategorisi olan izin normları da ceza normlarında olduğu gibi hukuki değerleri korumak için vaz edilir.

Hukuka uygunluk nedenleri ceza normlarına istisna getirdiğinden, izin normu bakımından tipik olan fiil, zorunlu olarak, ceza normu bakımından da tipiktir.¹⁰⁰⁶ Örneğin, yakalama emrinin icrasında fiil zorunlu olarak hürriyetten yoksun bırakma suçu bakımından da tipiktir. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa, fiil ceza normuyla korunmak istenen hukuki değeri ihlal ederken somut olaydaki hukuka uygunluk nedeni ile korunmak istenen hukuki değeri de korur.¹⁰⁰⁷

Buraya kadar yaptığımız açıklamaları önermelerle ifade edecek olursak;

1- Hukuka uygunluk nedenlerinin varlık nedeni de, ceza normlarında olduğu gibi, toplumsal düzenin tesisi ve devamlılığı için gerekli olan hukuki değerleri korumaktır.

2- Hukuka uygunluk nedenleri ceza normlarına istisna getirdiklerinden fiil hukuka uygunluk nedeni bakımından tipikse zorunlu olarak ceza normu bakımından da tipiktir.

3- Ceza normu bakımından tipik olan fiil, ceza normuyla korunmak istenen hukuki değeri ihlal ederken, aynı fiil hukuka uygunluk nedeni bakımından da tipik olduğu için hukuka uygunluk nedeni ile korunmak istenen hukuki değeri de korur.

4- Fiil ceza normunun tipine uyuyorsa haksızdır; ancak somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa haksız değildir.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁶ Boella, Torre, "Permissions and Obligations", 110.

¹⁰⁰⁷ Hukuka uygunluk nedenlerini menfaatler arasındaki çatışma şeklinde ele alan bazı yazarlar için bkz. Göktürk, "Suçun Yasal Tanımında", 422; Brudner, *Punishment and Freedom*, 193; Robinson, "A Theory of Justification", 273.

¹⁰⁰⁷ Alan Brudner, *Punishment and Freedom*, 193; Robinson, "A Theory of Justification", 273; Göktürk, "Yasal Tanımında", 422.

¹⁰⁰⁸ Hukuka uygunluk nedenlerini menfaatler arasındaki çatışma şeklinde ele yazarlara göre hukuka uygunluk nedenlerinde fiilin hukuka uygun olmasının nedeni korunan hukuki değer ihlal edilenden

Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında suç tipinin objektif unsurları gerçekleşmekte ve fail bu durumu bilmektedir. Bu yüzden fiil tipiktir. Fiil tipik olduğu için suç tipiyle korunmak istenen hukuki değer ihlal edilmektedir. Öte yandan fiil hukuka uygunluk nedeni bakımından (izin normu) tipik değildir; çünkü hataya düşülen hukuka uygunluk nedeninin unsurları gerçekte gerçekleşmemiştir. Sonuç olarak, fiil ceza normu bakımından tipik olduğu için ortada bir hukuki değer ihlali vardır; fiil hukuka uygunluk nedeni bakımından tipik olmadığından korunan bir hukuki değer yoktur. Ceza normunun tipine uyan fiilin neden olduğu hukuki değer ihlali - *ortada korunan bir hukuki değer olmadığından*- başka bir hukuki değerle denkleşmemektedir (denkleştirme tezi/telafi tezi).¹⁰⁰⁹ Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılmazsa ya da kaçınılabılır olmakla birlikte fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse fiilin haksız olmayacağını ileri süren görüşler, denkleşmemiş bu değer ihlali göz ardı etmektedir.

Sınırlı Kusur Teorisini savunan bazı yazarlar, tipik fiilin haksızlığının nötralize olabilmesi için tipik fiilin neden olduğu değersizliğin hukuka uygunluk nedenleri ile denkleşmesi gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁰¹⁰ Bu görüşe göre suç tipi subjektif ve objektif unsurlardan oluştuğu için tipik fiilin haksızlığının hukuka uygunluk nedeninin subjektif ve objektif unsurları ile denkleşmesi gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hataya düşülen hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekte gerçekleşmemektedir. Failin fiilinin hukuka uygun olduğunu zannetmesi

üstün olmasıdır. Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında”, 423; Brudner, *Punishment and Freedom*, 193; Robinson, “A Theory of Justification”, 273. Hukuka uygunluk nedenlerini menfaatler arasındaki çatışma temelinde ele almakla birlikte menfaatler arasında eşitlik olan durumlarda da (örneğin zorunluluk hali) fiilin hukuka uygun olduğunu ileri süren yazarlar vardır. Bkz. Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 211. Menfaatler arasında eşitlik olması kanaatimizce kusuru etkileyen bir neden olabilir. Yazarlar menfaatler arası eşitlik durumunda hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettikleri zorunluluk hali, kanaatimizce, kusuru etkileyen zorunluluk halidir.

¹⁰⁰⁹ Denkleştirme/telafi tezi, hukuka uygunluk nedenlerinde subjektif unsur sorununda hukuka uygunluk nedenlerinin subjektif unsurlarının olduğunu ileri süren yazarlar tarafından ileri sürülen argümanlardan birisidir. Denkleştirme tezine göre, suç tipi objektif ve subjektif unsurlardan oluşur. Hukuka uygunluk nedenleri tipik fiilin haksızlığını denkleştirirler. Suç tipinin objektif unsurlarının haksızlığı hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurları ile denkleşir. Geriye tipik fiilin subjektif unsurunun haksızlığı kalır. Tipik fiilin subjektif unsurunun haksızlığının denkleşmesi için hukuka uygunluk nedenlerinin subjektif unsurunun bulunması gerekir. Denkleştirme tezi için bkz. Göktürk, “Objektif Nitelikte midir?”, 17 vd.; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 211 vd.; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 260.

¹⁰¹⁰ Göktürk, “Objektif Nitelikte midir?”, 17 vd.

dolayısıyla tipik fiilin sübjektif unsurunun değersizliğinin denkleştiği ileri sürülebilirse de, somut olayda hataya düşülen hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurundaki eksiklik dolayısıyla tipik fiilin objektif unsurlarının değersizliği denkleşmemektedir. Sonuç olarak, tipikliğin ifade ettiği haksızlık hukuka uygunluk nedeni ile nötralize olmadığı için fiilin haksızlık niteliği devam etmektedir.

Saf Sübjektif Teoriye göre, failin hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının gerçekleştiğine yönelik makul inanış fiili hukuka uygun hale getirmektedir. Bu yüzden Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazarlar, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiğine yönelik makul inanışın tipik fiilin haksızlığı ile denkleştiğini ileri sürebilirler. Ancak olası bu itiraz da yerinde değildir. Suçun yapısına ilişkin metodik inceleme üç basamaklıdır; fiil tipik değilse, hukuka aykırılık; fiil hukuka aykırı değilse, kusur hakkında değerlendirme yapılamaz. Suçun yapısına ilişkin metodik inceleme suç tipi için de geçerlidir. Tipik fiilin sübjektif unsurları ve objektif unsurları vardır. Türk hukukunda işlenemez suça teşebbüs cezalandırılmamaktadır. Bu yüzden suç tipinin objektif unsurlarında eksiklik varsa suç tipinin sübjektif unsuru hakkında değerlendirme yapılamaz. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa, suç tipinin objektif unsurlarının haksızlığı hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları ile denkleşir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hataya düşülen hukuka uygunluk nedeninin objektif unsuru eksik olduğu için tipikliğin objektif unsurlarında denkleşme olmamaktadır. Dolayısıyla fiilin haksızlık niteliği failin makul inanışıyla denkleşmemektedir. Failin fiilinin hukuka uygun olmasına inanmasının yalnızca tipikliğin sübjektif unsuru bakımından bir denkleşmeye yol açtığı ileri sürülebilir; bu durum kusuru etkileyen haksızlık hatasıyla eş değerdir, zira kusuru etkileyen bir hata türü olarak haksızlık hatasında da fail tipik fiilinin meşru olduğuna inanır.

Sonuç olarak, denkleştirme tezi de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata da hatanın kusuru etkilediğini ileri süren Katı Kusur Teorisini doğrulamaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada, ceza normuyla ihlal edilen hukuki değer, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni

bulunmadığından izin normuyla korunmak istenen hukuki değerle çatışmamaktadır.¹⁰¹¹ Bu türden bir hatanın varlığı halinde fiilin haksız olmadığını ileri süren görüşler, hukuka uygunluk nedenlerinin dayandığı temel ilke (menfaatler çatışması) ile çelişmektedir.

g. Katı Kusur Teorisinin Uygulamada Daha İşlevsel Olması

Hukuka uygunluk nedenlerinin unsurları da tipiklikte olduğu gibi olgusal (deskriptif) ve normatif nitelikte olabilir. Olgusal unsurlar, dış dünyada “doğal” olarak algılanabilir unsurlar iken normatif unsurlar, normatif bir değerlendirme neticesinde tespit edilebilecek unsurlardır.¹⁰¹² Olgusal gerçeklikler, hukuk normlarına konu olduklarında normatif bir anlam kazanır. Örneğin, haksız bir saldırının varlığı, meşru savunmanın (TCK m. 25/1) unsurlarından birisidir. Saldırı, dış dünyada bir davranış olarak belirlediğinden duyu organları ile algılanabilir bir fenomendir ve bu yüzden deskriptiftir. Örneğin, cansız mankeni kendisine saldıran bir insan zanneden akıl hastası, meşru savunmanın saldırı unsurunun olgusal karakterinde hataya düşmüştür. Fiilin haksız bir saldırı niteliğinde olup olmadığı ise normatif bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Örneğin, suçüstü halinde herkes tarafından yakalama yapılabilir. Suçüstü halinde olan failin üçüncü kişi kendisini yakalamak istediğinde üçüncü kişinin fiilini bir saldırı olarak niteleyip kendi fiilini meşru savunma olarak nitelemesi halinde bu tür bir hata söz konusudur.

Hukuka uygunluk nedenlerinin olgusal/maddi unsurlarında hatada TCK m. 30/3 uygulanır. Fail, olgusal gerçekliği bilmekle birlikte normatif gerçekliği bilmediği için davranışının hukuka uygun olduğunu zannediyorsa izin hatasından söz edilir ve fail hakkında TCK m. 30/4’teki düzenleme uygulanır.

İzin hatası, kusuru etkileyen bir nedendir. Bu konuda öğretide uzlaşısı vardır. Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası ise tartışmalıdır. Sınırlı Kusur Teorisine ve Saf Sübjektif Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin olgusal/maddi

¹⁰¹¹ Thomas Morawetz, “Reconstructing The Criminal Defenses: The Significance Of Justification”, *Journal of Criminal Law And Criminology*, 77/2 (1986): 288; Robinson, *Criminal Law Defenses*, 114-115.

¹⁰¹² Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 197-198; Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 110; Özgenç, *Genel Hükümler*, 237; Kevin Jon Heller, “Mistake of Legal Element, the Common Law, and Article 32 of the Rome Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, 6 (2008): 422.

unsurlarında hata haksızlığı etkiler. Bu iki teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinde izin hatası kusuru, maddi unsur hatası ise haksızlığı etkilediği için hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşüldüğünde haksızlığı etkileyen unsurlar ile hataya düşüldüğünde kusuru etkileyen unsurları birbirlerinden ayırmak zorunludur. Bu ayırım olgusal gerçeklik ile normatif gerçeklik arasındaki ayrımla doğrudan ilişkilidir. Olgusal gerçeklik ile normatif gerçeklik arasında ayırım yapmak ve hatanın hangisine ilişkin olduğunu tespit etmek ise her zaman kolay değildir. Bu konudaki tartışmalar ve ileri sürülen ölçütler hakkında detaylı bilgiye ikinci bölümde “Maddi Unsurlar Normatif Unsurlar Ayrımı” başlığı altında yer verdiğimiz için burada tekrar bu konu üzerinde durmayacağız.

Katı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata (olgusal gerçeklikte hata) ile hukuka uygunluk nedenlerinin normatif unsurlarında hata (hukuki gerçeklikte hata) arasında hukuki sonuçları itibarıyla bir farklılık yoktur; iki tür hatada da kusuru etkiler. Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası sorununa pragmatik açıdan yaklaşıldığında, olgusal gerçeklikte hata ile normatif gerçeklikte hata arasındaki ayırımın çoğu zaman güç olması nedeniyle böyle bir ayrıma gerek duymayan Katı Kusur Teorisi uygulamada daha işlevseldir.

h. Katı Kusur Teorisinin Zararın Tazmini İmkânı Sağlaması

Ceza normunu ihlal ettiği için cezai uyumsuzluğa konu olan fiiller, hukuki ya da idari uyumsuzluğa da konu olabilir. Örneğin, kasten öldürme fiili ceza hukukuna göre müebbet hapis cezasını gerektiren bir suç (TCK m. 81); özel hukuka göre tazminat sorumluluğunu gerektiren haksız bir fiildir (TBK m. 53).

Her iki normun faile uyarısı “yapma” olduğu için davranışın normatif statüsü değişmemektedir; öldürme fiili hukuka aykırıdır.

Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin olması durumunda ise, davranışın yasağa ya da emre konu olan normatif statüsü değişir ve fiil yükümlülük sahasından özgürlük sahasına taşınır. Hukuka uygunluk nedenleri fiili yalnızca belli bir hukuk dalı bakımından değil, bütün hukuk dalları bakımından meşrulaştırır.

Türk hukukunda birçok yazar tarafından savunulan ve Yargıtay’ın da bazı kararlarında esas aldığı Saf Sübjektif Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada fiil hukuka uygundur. Fiil hukuka uygunsaydı, bu

fiil yalnızca ceza hukuku bakımından değil, hukukun diğer tüm hukuk dalları bakımından da hukuka uygun olmaktadır; yani bu fiil dolayısıyla -bir zarar ortaya çıksa da- özel hukuka ya da idare hukukuna özgü yaptırımlar uygulanamaz. Örneğin, 2011 yılında Uludere’de bölücü terör örgütü üyesi oldukları zannıyla 34 kaçakçının öldürülmesi olayında, Saf Sübjektif Teoriye göre hata kaçınılmazsa fiil hukuka uygun olduğu için ölenlerin yakınlarına tazminat ödenmez. Zira tazminat sorumluluğunun koşullarından birisi, fiilin hukuka aykırı olmasıdır.

Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazarların, TBK m. 74 dolayısıyla, fiilin hukuka aykırılık niteliğine ilişkin olarak ceza hâkiminin yaptığı belirlemenin hukuk hâkimini bağlamayacağı şeklindeki olası itirazı da yerinde değildir. TBK m. 74’e göre;

Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.

TBK m. 74, hukuk hâkiminin ceza hâkimi karşısındaki konumunu belirler ve ona ceza hâkiminin kararı ile bağlı olmaksızın serbestçe karar verebilme imkânı yaratır. Bu kural doktrinde, “bağımsızlık prensibi” olarak adlandırılmaktadır.¹⁰¹³

Aynı hukuk düzeni içerisinde aynı davranışın farklı mahkemelerce farklı şekilde değerlendirilmesi, hukuk düzeninin birliği ve bütünlüğü ilkesi ile bağdaşmaz. Bu yüzden mahkeme kararları arasında bir bağlantının olması gerekir. Elbette ceza hukukunun ve diğer hukuk dallarının kendine özgü özellikleri vardır; bu yüzden mahkeme kararlarının birbirlerinden ayrıldığı noktalar da zorunlu olarak vardır ve olmalıdır. TBK m. 74’te yer verilen düzenleme bu bağlamda yorumlanmalıdır. Ceza

¹⁰¹³ Derya Belgin Güneş, *Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 33; Ahmet M. Kılıçoğlu, “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29/3-4 (1973): 187; Türker Erhan, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Haksız Fiiller Konusunda Hukuk Hâkiminin Kararlarına Etkisi”, *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, 16/1 (1980): 313; Kadir Berk Kapanıcı, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/1 (2016), 515.

hukukunun ve özel hukukun esas aldığı kavramlar birbirleri ile örtüşüyorlarsa, ceza hâkiminin kararı hukuk hâkimini bağlar.¹⁰¹⁴ Örneğin, suç kavramı ile haksız fiil kavramı; öldürme, yaralama gibi neticeli suçlarda ekseriyetle örtüşür; bu tip suçlarda ceza hâkimi fiilin suç teşkil ettiğini belirlemişse, hukuk hâkimi bu kararla bağlıdır; fakat kanunilik ilkesi dolayısıyla suç ve haksız fiil kavramları bazı durumlarda da örtüşmezler. Örneğin, taksirle mala zarar vermede bir zarar vardır ve taksir özel hukuka göre bir kusurluluk şeklidir. Bu fiil özel hukuka göre haksız fiildir. Ceza hukukunda ise bu fiil suç niteliğinde bir haksızlığa vücut vermez; çünkü mala zarar verme suçu taksirle işlenemez. Ceza hâkimi cezai uyumsuzluğa konu olduğunda bu fiil hakkında beraat hükmü verecektir; ceza hâkiminin bu fiil hakkında verdiği beraat hükmü, hukuk hâkimini bağlamaz.

CMK m. 222/2-d'ye göre, ceza mahkemesince beraat hükmü verilen bir diğer hal, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin olmasıdır. Daha öncede ifade ettiğimiz üzere hukukun bir dalı bakımından hukuka uygun olan fiil, hukukun diğer dalları bakımından da hukuka uygundur. Bir davranış ya hukuka uygundur ya da değildir. Aynı davranış bir mahkeme tarafından hukuka uygun olarak nitelenirken başka bir mahkeme tarafından hukuka aykırı olarak nitelenmez; aksi durum hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesi ile bağdaşmaz. Bu yüzden ceza mahkemesinin davranışın hukuka aykırılık niteliğine ilişkin olarak yaptığı belirleme, hukuk mahkemesi hâkimini bağlar. Yargıtay da bu görüştedir:

*Ceza mahkemesince verilen, beraat kararı, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve yükletilme yeterliği, illiyet gibi esasların hukuk hâkimini bağlamayacağı konusunda duraksama bulunmamaktadır. Ancak, hemen belirtilmelidir ki, gerek öğretide ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, ceza hâkiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle 'fiilin hukuka aykırılığı' konusuyla hukuk hâkiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir.*¹⁰¹⁵

Katı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılmaz olsa bile, fiil hukuka aykırı olmaya devam etmektedir. Katı Kusur

¹⁰¹⁴ Güneş, *Ceza Mahkemesi Kararlarının*, 299.

¹⁰¹⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 9.4.2014, E.2013/4-1008, K.2014/490, Lexpera, E.T. 23.08.2022

Teorisi, tazminat sorumluluğunda aranan “*fiilin hukuka aykırı olması*” koşulunu ortadan kaldırmadığı için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılmaz olsa dahi zarar görenler lehine -örneğin Uludere olayında ölenlerin yakınlarına-tazminata hükmedilebilir.

i. Katı Kusur Teorisinin Cezalandırma Boşlukları Yaratmaması

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kusuru etkilediğini ileri süren görüş dışındaki görüşler, cezalandırma boşlukları yaratmaktadır.¹⁰¹⁶

Örneğin, İngiltere’de yaşanmış bir olayda, bir kişi bir bara gider ve alkol almış dört arkadaşına; eşinin cinsel ilişkiye girmek istediğini, tecavüze uğrama fantazisi olduğunu, rızası olmasına rağmen fantazisini gerçekmiş gibi yaşamak istediği için direniyormuş gibi yapacağını söyler. Bu dört kişi, kocaya inanır ve kadın direnmesine rağmen kadını zorla cinsel ilişkiye girerler. Mahkeme, bu olayda cinsel saldırı suçunda manevi unsurun eksikliğinden bahisle suçun oluşmadığına hükmetmiştir.¹⁰¹⁷ Mahkeme kararı toplumda büyük infiale neden olmuş, gösteriler yapılmış, bu mahkeme kararı ile ilgili onlarca akademik çalışma yapılmıştır.¹⁰¹⁸

Türk hukukunda azınlık görüşe göre, cinsel saldırı suçunda rıza, tipiklik unsurudur.¹⁰¹⁹ Azınlık görüşe göre cinsel saldırı suçunda rıza suç tipinin bir unsuru

¹⁰¹⁶ Sınırlı Kusur Teorisi taraftarlarına göre bu olayda kast yoktur; cinsel saldırı suçu taksirle işlenmediği için fail cezalandırılmaz. Saf Sübjektif Teoriyi kabul eden yazarlar arasında ayırım yapmak gerekir. Bir görüşe göre, kaçınılabılır hata kastı engeller ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olur, fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse fail cezalandırılmaz. Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Gerçekler, *Yorumlu ve Uygulamalı*, 457. Diğer bir görüşe göre, hata kaçınılabılırsa fiil kasıtlı bir haksızlık teşkil eder, hata kusur değerlendirmesinde dikkate alınır. Zafer, *Genel Hükümler*, 417; Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, 268.

¹⁰¹⁷ Director of Public Prosecutions (DPP) v Morgan, 1976, Appeal Cases (AC) 182.

¹⁰¹⁸ Robin Anthony Duff, “Recklessness and Rape”, *The Liverpool Law Review*, 3/2 (1981): 49-64; Douglas N. Husak and George C. Thomas, “Date Rape, Social Convention, and Reasonable Mistakes”, *Law and Philosophy*, 11/1-2 (92): 95-126; Helen Power, “Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 23/3 (2003): 379-404; Toni Pickard, “Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime”, *The University of Toronto Law Journal*, 30/1 (1980): 75-98; Kit Kinports, “Rape and Force: The Forgotten Mens Rea”, *Buffalo Criminal Law Review*, 4/2 (2001): 755-799; James Faulkner, “Mens Rea in Rape: Morgan and the Inadequacy of Subjectivism, or Why No Should Not Mean Yes in the Eyes of the Law”, *Melbourne University Law Review*, 18/1 (1991): 60-82; David Telling, “Rape-Consent and Belief”, *The Journal of Criminal Law*, 47/2 (1983): 129-139; Carole Pateman, “Women and consent”, *Political Theory*, 8/2 (1980): 149-168.

¹⁰¹⁹ Azınlık görüş için bkz. Ekici Şahin, *Rıza*, 87; Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 120; Akbulut, “Rızanın Niteliği”, 265.

olduğu için rızanın yokluğuna ilişkin hata kaçınılabilir olsa dahi cinsel saldırı suçu taksirle işlenmediğinden fiil suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmez. Türk hukukunda hâkim görüşe göre, cinsel saldırı suçunda rıza, bir hukuka uygunluk nedenidir.¹⁰²⁰

Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller. Kastı engelleme sonucu bakımından hatanın kaçınılabilir olup olmaması önemli değildir. Hatanın kaçınılabilirliği taksirli suçlar açısından önemlidir. Fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse, failin fiili suç niteliğinde bir haksızlık olarak kabul edilemez. Cinsel saldırı suçu münhasıran kasten işlenebilen bir suç olduğu için Türk öğretisinde Sınırlı Kusur Teorisini savunan yazarlara göre, bu örnekte ilgililerin fiilleri suç teşkil etmez; cinsel saldırı suçu oluşmamıştır. Aynı sonuç, Saf Sübjektif Teoriyi kabul eden ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılabilir hatanın kastı engellediğini ileri süren yazarlar için de geçerlidir.¹⁰²¹

Katı Kusur Teorisine göre, örnekte, cinsel saldırı suçunun tipiklik unsuru oluşmuştur. Zira failler fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiştir. Kadının gerçekte fiile rızası olmadığı için fiil hukuka uygun değildir. Fiil, tipik ve hukuka aykırı olduğu için haksızdır. Kusur, fail hakkındaki cezalandırılabilirlik yargısı olduğu için failerin hatası, kasten işledikleri bu suç bakımından cezalandırılıp cezalandırılmayacakları meselesinde önem arz eder. Hata, kaçınılmazsa cezalandırmayı engeller. Örnekte, failerin kendilerinden ve içinde bulundukları durumdan kaynaklanan bir nedenle haksızlığı gerçekleştirmekten kaçınamamaları söz konusu değildir; bu yüzden kusurludurlar ve cezayı hak etmişlerdir. Ancak, rızanın yokluğunu bile bile cinsel saldırı suçunu işleme ile rızanın var olduğu zannıyla cinsel saldırı suçunu işleme arasında cezalandırılabilirlik (kınanabilirlik) bakımından fark vardır. İkinci durumda ceza, birinci durumdaki cezadan daha az olmalıdır. *Göktürk*'e göre, haksızlık hatasına düşen failin

¹⁰²⁰ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2021), 339; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2021), 442; Handan Yokuş Sevik, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet, 2019), 120; Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar* (Ankara: Us-a Yayıncılık, 2016), 160; Serhat Sinan Kocaoğlu, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m.102-105) (Ankara: Yetkin, 2016), 159; Nur Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 99 (2012): 276.

¹⁰²¹ Demirbaş, *Genel Hükümler*, 293-294; Hafizoğulları, Özen, *Genel Hükümler*, 212; Gerçekler, *Yorumlu ve Uygulamalı*, 457.

kusuru çok ağırsa cezasında indirim yapılmayabilir.¹⁰²² Kanaatimizce, bilmeme ne kadar kusurlu olursa olsun bilmeden daha kusurlu değildir. Haksızlık hatasına düşen faille, haksızlık bilincine sahip olan failin cezaları - *diğer tüm koşullar eşit olmak üzere (ceteris paribus)*- eşit olmamalıdır. Bu yüzden örnekte faillerin alacağı ceza, rızanın yok olduğunu bilerek suçu işlemiş olsalardı alacakları cezadan daha az olmalı, failler kusurları oranında sorumlu olmalıdır.

Aynı örnekte, evde kocanın annesi de yaşıyor olsa, gürültü üzerine odaya çıksa ve gerçek durumu bilmesine rağmen kadını sevmediği için failleri bilgilendirmeyip daha da kışkırtsa, annenin şerik sıfatıyla sorumlu olup olmayacağı meselesi de teorilere göre değişkenlik gösterir.

Fail olmayan ancak suçun işlenmesine illi katkısı olan diğer kimselerin cezalandırılması bağlılık kuralı ile mümkün olmaktadır. Bağlılık kuralı, TCK m. 40'da düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre, “*suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır*”. Örnekte, annenin gerçekleşen fiil dolayısıyla şerik sıfatıyla sorumlu olabilmesi için suça iştirakte bağlılık kuralı gereği, asıl fiilin kasıtlı ve hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı engellediğini ileri süren görüşler kabul edilirse, faillerin rızanın varlığı konusunda düştükleri hata kastı engelleyeceğinden, bağlılık kuralı gereği, anne şerik sıfatıyla sorumlu olmaz.¹⁰²³

Suç katılanlar arasındaki bağlantı noktası fiildir. Fiille ilgili olmayan hususlar sadece ilgisini ilgilendirir. Kusur, fiille değil, faille ilgili olduğu için fail kusursuz olsa dahi fiil kasıtlıysa ve somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni yoksa suça katılanların sorumluluğu devam eder. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kusuru etkilediğini ileri süren Katı Kusur Teorisine göre, fail hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurunda hataya düşerse, hatası kaçınılmaz olsa dahi, fiil kasıtlı bir

¹⁰²² Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının*, 110.

¹⁰²³ Anne bu durumda TCK m. 98'de yer alan yardım ve bildirim yükümlülüğünü ihlal suçundan sorumlu tutulabilir.

haksızlık niteliğinde olduğu için bağıllık kuralı gereği suça katılan diğer kişilerin sorumluluğuna gidilebilir. Bu yüzden örnek hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kusuru etkilediğini kabul eden Katı Kusur Teorisine göre çözümlenirse, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılmaz olsa dahi, kastı ve fiilin hukuka aykırılığını etkilemediği için anne şerik sıfatıyla cinsel saldırı suçundan sorumlu olur.

Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Örneğin, (A) ile (B) hasımdır. (A)'nın arkadaşı (C), bu durumu bilmektedir. (A) ve (C) sokakta yürürken (B) ile karşılaşırlar. (B)'nin arka cebinde olan titreşim modundaki telefonu çalar. (A), (B)'nin silahını çekip kendisine ateş edeceğini düşünerek (C)'den silahını ister. (C) ise (A)'nın kendisini savunmak için değil, (B)'yi öldürmek için silahını istediğini zanneder ve (A)'ya silahını verir. (A), (B)'yi öldürür. Örnekte, (A), kendisine bir saldırı olduğunu zannetmektedir. (C) ise (A)'ya bir saldırı olmadığını bilmektedir; yani (C), kötü niyetlidir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı engellediğini ileri süren görüş kabul edilecek olursa bu örnekte (C)'nin cezalandırılması mümkün değildir.

Yukarıdaki örneklerde ortaya çıkan cezalandırma boşlukları, koşulları oluşmadığı için, *dolaylı faillik* kurumu ile kapatılamaz. Ancak bazı durumlarda *dolaylı faillik* hükümlerine başvurulabilir. TCK m. 37/2'ye göre; “*suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur*”. Hataya düşürmek suretiyle kişiye suç işletilmesi halinde, aradaki kişinin hatası nedeniyle kastın olmadığı durumlarda, arkadaki kişinin sorumluluğuna dolaylı faillik hükümleri ile gidilmektedir.¹⁰²⁴ Örneğin, (A), (B)'ye oyuncak bir silah verir ve ortak arkadaşları kuyumcu (C)'ye şaka yapmasını söyler. (A), daha sonra (C)'nin dükkânına gider ve birazdan (B)'nin silahla dükkâna geleceğini, (B)'nin amacının dükkânı soymak ve (C)'yi öldürmek olduğunu söyler. (C), (B) silahla dükkâna girdiği anda (B)'ye ateş eder

¹⁰²⁴ İzzet Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik* (İstanbul: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği, 1996), 202; Meral Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/107-108 (2013): 69-70; R. Murat Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (Ankara: Seçkin 2019), 304; Mustafa Çiçek, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Bir İştirak Şekli Olarak ‘Dolaylı Faillik’”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014), 86.

ve (B) ölür. Örnekte, (C)'nin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya düşmesinin kastı kaldırdığı ya da hataya düştüğü hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiği kabul edilmesi cezalandırma boşluğu yaratmaz. Çünkü (A), dolaylı fail olarak sorumlu olur.

Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasına düşen faile yardım eden ve gerçek durumu bilen kişinin failin iradesini doğrudan yönetmediği durumlarda ise dolaylı fail olarak sorumlu olup olamayacağı meselesi tartışmalıdır. *Önok*'a göre, fiili gerçekleştiren kişinin iradesinin oluşumuna hiçbir katkısı olmayan ve ona sadece yardım eden kişi, dolaylı fail olmaz.¹⁰²⁵ Zira yardım eden, fiili gerçekleştiren kişiyi ne yapmayacağı bir şeyi yapmaya ne de yapacağı bir şeyi yapmamaya sevk etmektedir.¹⁰²⁶ Aksi görüşte olan *Üzülmez*'e göre ise bu tür durumlarda da dolaylı faillik hükümleri uygulanabilir.¹⁰²⁷ Örneğin, (A) ve kız arkadaşı (B), sosyal bir deney yapmak isterler. Deneyin amacı elinde oyuncak silahla (B)'yi kovalayacak olan (A)'ya insanların göstereceği tepkiyi ölçmektir. Durumu gerçek zanneden (C), heyecanla (D)'den silahını ister. (D), hiçbir şey söylemeden silahını verir. (C), (A)'ya ateş eder ve (A), hayatını kaybeder. (D), gerçek durumu bilmektedir; ancak sırf (C)'nin başı derde girsin diye, (C)'ye gerçeği söylememiştir. Örnekte, failin bizzatı kendisinin düştüğü hatada gerçek durumu bilerek faile yardım eden kişilerin dolaylı fail olamayacağını kabul eden görüş esas alınır, (D)'nin sorumluluğuna yalnızca hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kusuru etkilediğini ileri süren görüşle gidilebilir. Zira (D)'nin dolaylı fail olmadığı kabul edilirse, (D)'nin sorumluluğuna iştirak hükümlerine başvurularak gidilebilir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatada fiilin hukuka uygun olduğunu ileri süren görüşle bu tür bir hatanın kastı engellediğini ileri süren görüşe göre, (D)'yi şerik sıfatıyla sorumlu tutmak mümkün

¹⁰²⁵ Yazar, korkuluk zannıyla arazi sahibine ateş eden kişiye, hatasını bilmesine rağmen hiç bir şey söylemeden silahını uzatan kişinin dolaylı fail olmadığını ileri sürmektedir. *Önok, Müsterek Suç Girişimi*, 306-307.

¹⁰²⁶ *Önok, Müsterek Suç Girişimi*, 307.

¹⁰²⁷ Yazar, korkuluk zannıyla arazi sahibine ateş eden kişiye, hatasını bilmesine rağmen hiç bir şey söylemeden silahını uzatan kişinin dolaylı fail olduğunu ileri sürmektedir. İlhan *Üzülmez*, "Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/2 (2006): 87-88. Aynı yönde bkz. Özgün Özyüksel, *Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik* (Ankara: Seçkin, 2021), 66.

değildir. Zira bağlılık kuralına göre, şeriklikten söz edilebilmesi için kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin gerçekleştirilmiş olması gerekir (TCK m. 40/1).

TCK m. 40/2'e göre, “*özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur*”. Düzenlemeye göre, özgü suçlarda özgü faillik sıfatını taşımayan arkadaki kişinin özgü fail sıfatı taşıyan kişiyi suçun işlenmesinde kullanması durumunda fail olması mümkün değildir. Bu ihtimalde arkadaki kişi iştirak hükümleri gereği en fazla azmettiren olarak sorumlu olabilir. Arkadaki kişinin azmettiren olarak sorumlu olabilmesi için ise TCK m. 40/1'e göre, kasıtlı ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir fiilin varlığı gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada Sınırlı Kusur Teorisi ve Saf Sübjektif Teori kabul edildiğinde, TCK m. 40/1'deki koşullar oluşmadığından, özgü faillik sıfatı taşımayan arkadaki kişi ne dolaylı fail olarak ne de şerik olarak sorumlu olmaktadır.¹⁰²⁸ Sınırlı Kusur Teorisini savunan Akbulut'a göre, bu konuda kanunda açık bir boşluk vardır; boşluğun kanuni bir düzenleme ile doldurulması gerekir.¹⁰²⁹

Katı Kusur Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığı etkilemediği için örneklerdeki cezalandırma boşlukları ile karşılaşılmaz.

3. Katı Kusur Teorisine Yöneltilen Eleştirilerin Yanıtlanması

a. Katı Kusur Teorisinin *Adil Olmayan Sonuçlara Yol Açtığı* Eleştirisinin Yanıtı

Öğretiye göre, Katı Kusur Teorisi adil değildir.¹⁰³⁰ Alman Ceza Kanununun 49. maddesinde hatanın kaçınılabılır olması durumunda cezada indirim öngören bir düzenleme yer almasına rağmen, Alman öğretisinde Katı Kusur Teorisinin adil olmadığı ileri sürülmektedir. Türk Ceza Kanununda Alman Ceza Kanunun aksine hatanın kaçınılabılır olması ihtimaline ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla Katı

¹⁰²⁸ Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, 220; Muhammet Demirel, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı* (İstanbul: On İki Levha, 2017), 466-468; Beril Taşkın Kapusuzoğlu, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı* (İstanbul: On İki Levha, 2017), 163-164; Berrin Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14/1 (2010): 197-198.

¹⁰²⁹ Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, 198.

¹⁰³⁰ Karaaslan, “Hukuka Uygunluk”, 1691; Abanoz, “Hata”, 101; Erman, “Yanılmanın”, 309.

Kusur Teorisinin ceza adaleti ile bağdaşmadığı eleştirisi, Türk hukuku bakımından çok daha ciddi bir eleştiridir.

Ancak, Katı Kusur Teorisinin adil olmadığına yönelik eleştiri, kanaatimizce, Katı Kusur Teorisinin teorik olarak zaafiyetini göstermemektedir. Zira bu eleştiri, Katı Kusur Teorisinin temel öncüllerine yöneltilmiş teorik bir eleştiri değildir. Bu eleştiri, Katı Kusur Teorisinin mevcut pozitif düzenlemeler karşısında doğuracağı sonuçlarla ilgilidir. Dolayısıyla sorun Katı Kusur Teorisinde değil, kanuni düzenlemelerdedir. Kanun koyucu, cezada indirim öngören bir düzenleme ile adil olana yönelik beklentileri karşılayarak bu eksikliği giderebilir.

Katı Kusur Teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılmaz olsa dahi haksızlığın sübjektif unsuru olan kastı engellemez. Bu yüzden kasıtlı haksızlık varlığını devam ettirir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya düşen ve fiilin hukuka uygun olduğunu zanneden fail, hukuka sadıktır. Öğretiye göre, adil olmayan sadece cezanın miktarı değildir; “hukuka sadık” olan faile kasıtlı bir haksızlığın isnat edilmesi de adil değildir.¹⁰³¹ Kanatimizce bu eleştiri de yerinde değildir. Öğretide hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada, Katı Kusur Teorisine bu eleştiriye yönelten yazarlar, izin hatasında (hatta yasak hatasında da) failin kasıtlı bir haksızlık gerçekleştirdiğini ileri sürmektedir.¹⁰³² Oysa, izin hatasında fail, hukuk düzeninde yer almayan bir hukuka uygunluk nedeninin tipik fiili hukuka uygun hale getirdiğini; yasak hatasında ise davranışının hukukla çelişmediğini zannetmektedir. İzin hatasında da yasak hatasında da fail davranışının hukuka aykırı olmadığına inanmaktadır; yani bu iki hata türünde de fail hukuka sadıktır. “Hukuka sadık” kavramından hareketle, izin hatası ve yasak hatasında failin kasıtlı bir haksızlıktan sorumlu tutulmasının adalete aykırı olduğunu ileri sürmeyip hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada failin kasıtlı bir haksızlıktan sorumlu tutulmasının adalete aykırı olduğunu ileri sürmek kendi içerisinde çelişkilidir.

¹⁰³¹ Abanoz, “Hata”, 101; Erman, “Yanılmamın”, 309; Heinrich, *Genel Kısım 2*, 182.

¹⁰³² Abanoz, “Hata”, 40; Erman, “Yanılmamın”, 278.

b. Katı Kusur Teorisinin *Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sübjektif Unsur Sorunu Bakımından Problemlili Olduğu* Eleştirisinin Yanıtı

Öğretide Katı Kusur Teorisinin hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru sorununda teorik olarak tatmin edici olmadığı ileri sürülmektedir.¹⁰³³ Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru olduğu kabul edilirse, bu eleştiri yerinde kabul edilebilir. Çünkü hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olduğunu ileri süren yazarların dayandığı denkleştirme tezine göre, tipik fiilin sübjektif unsurunun haksızlığı, hukuka uygunluk nedeninin sübjektif unsuru ile denkleşmektedir.¹⁰³⁴ Denkleştirmenin haksızlık içerisinde halledilmesi gerektiği ileri sürülürse; hukuka uygunluk nedeninin sübjektif unsurunun haksızlığı etkileyen bir bileşen olması gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata bu sübjektif bileşeni etkileyeceği ve bu sübjektif bileşen haksızlığın bir bileşeni olduğu için, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın en nihayetinde kusuru değil, haksızlığı etkilemesi gerekir.

Bir yandan denkleştirme tezinden hareketle hukuka uygunluk nedenlerinin haksızlıkla ilgili olan bir sübjektif unsurunun olduğunu, öte yandan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kusuru etkilediğini ileri sürmek kendi içerisinde çelişkilidir. Çünkü ilkinde hukuka uygunluk nedeninin sübjektif unsurunun varlığına haksızlık içerisinde değer atfedilmekteyken ikincisinde hukuka uygunluk nedeninin sübjektif unsurunun yokluğuna kusur içerisinde değer atfedilmektedir. Ancak bu eleştiri, yukarıda belirttiğimiz üzere, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olduğunu kabul etmekle birlikte hukuka uygunluk nedenlerinin maddi

¹⁰³³ Abanoz, “Hata”, 104-105. Abanoz, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile hukuka uygunluk nedenlerinde tersine hatanın birleştiği bir ihtimalden hareketle Katı Kusur Teorisinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada ulaştığı sonuç ile hukuka uygunluk nedenlerinde tersine hatada ulaştığı sonucu karşılaştırmaktadır. Yazar bu olasılığa ilişkin somut bir örnek vermemektedir. Kanaatimizce, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile hukuka uygunluk nedenlerinde tersine hatanın birleştiği bir ihtimal olamaz. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada, hataya düşülen hukuka uygunluk nedeninin unsurlarında eksiklik vardır; hukuka uygunluk nedenlerinde tersine hatada ise somut olayda varlığından haberdar olunmayan bir hukuka uygunluk nedeninin unsurlarında tamlik vardır. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin unsurları hem tam hem de eksik olamayacağına göre böyle bir ihmalin söz konusu olamayacağını düşünüyoruz.

¹⁰³⁴ Göktürk, “Objektif Nitelikte Midir?”, 18; Erdin, Sübjektif Unsur Sorunu, 193-194; Fletcher, Basic Concept, 105-106; Dillof, “Unraveling”, 1569 vd.

unsurlarında hatada Katı Kusur Teorisini kabul eden yazarlar açısından yanıtlanması gereken ciddi bir eleştiridir.

“Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Objektif Nitelikte Olması” başlığı altında detaylı olarak izah ettiğimiz üzere, biz, hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorununda Objektif Teoriye kabul ediyoruz. Objektif Teoriye göre hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru yoktur. Dolayısıyla Katı Kusur Teorisine yöneltilen bu eleştiri, bizim açımızdan yanıtlanması gereken bir eleştiri değildir. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmişse, fail bu durumu bilsin ya da bilmesin fiili hukuka uygundur. Somut olayda objektif unsurları itibarıyla bir hukuka uygunluk nedeni yoksa failin fiilinin hukuka uygun olduğuna yönelik inancı ne kadar makul olursa olsun fiil hukuka aykırıdır. Fiil, tipik ve hukuka aykırı olduğu için haksızdır. Failin fiilinin hukuka uygun olduğu yönündeki inancı, failde haksızlık bilincinin olmadığını gösterir. Haksızlık bilinci kusurun bir bileşeni olduğu için failin hatası kusurunu etkiler. Anlaşılacağı üzere, Objektif Teori ile Katı Kusur Teorisi tam bir uyum içerisindedir.

c. Katı Kusur Teorisinin Olgusal Gerçeklik ile Normatif Gerçeklik Arasındaki Ontolojik Farklılığı Dikkate Almadığı Eleştirisinin Yanıtı

Bu eleştiriye yanıtlamadan önce şunu belirtelim; olgusal gerçeklikte hata ile hukuki gerçeklikte hata arasında ayırım yapmak, “Maddi Unsurlar ile Normatif Unsurlar Arasındaki Ayrımın İleri Sürülen Ölçütler” başlığı altında detaylı olarak izah ettiğimiz üzere, her zaman kolay değildir. Katı Kusur Teorisi böyle bir ayırma ihtiyacı duymadığı için meseleye pragmatik açıdan yaklaşıldığında, Katı Kusur Teorisi uygulama açısından daha işlevseldir.¹⁰³⁵

Meseleye teorik olarak yaklaşıldığında da kanaatimizce bu eleştiri yerinde değildir. Cezalandırılabilir fiilin olgusal unsurlarında her hata kastı engellememektedir. Örneğin, kusuru etkileyen zorunluluk halinde fail olgusal gerçeklikte yanlışlığında hatası kastı engellemez. Hukuka uygunluk nedenlerinin haksızlığın hukuka aykırılık

¹⁰³⁵ Detaylı açıklama için ikinci bölümde “Maddi Unsurlar ve Normatif Unsurlar Arasındaki Ayrımın İleri Sürülen Ölçütler” ve üçüncü bölümde “Katı Kusur Teorisinin Uygulamada Daha İşlevseldir” başlıkları altındaki açıklamalara bakınız.

unsuru ile ilişkili olması dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarının haksızlığa dâhil olduğu ve haksızlığa dâhil olan unsurlar arasında tıpkı haksızlık tipinde olduğu gibi olgusal gerçeklik ve normatif gerçeklik ayrımının yapılması gerektiği ileri sürüldüğünde de kanaatimizce sonuç değişmemektedir. Hatanın kastı engelleyebilmesi için failin kastın kapsamında yer alan bir konuda hataya düşmüş olması gerekir.¹⁰³⁶ Dolayısıyla mesele olgusal gerçeklik-normatif gerçeklik ayrımından ziyade, kastın kapsamı ile ilgilidir.

Kast, sübjektif bir gerçeklik olduğu için ontolojik mahiyettedir; süje dışındaki kişilerin değer yargısına bağlı olmaksızın doğal olarak vardır. Kastın kapsamı ise ontolojik nitelikte değildir; normatif niteliktedir. Örneğin, haksızlık bilinci kastın kapsamına dâhil edildiğinde, olgusal gerçeklik-normatif gerçeklik ayrımı önemini yitirmektedir. Haksızlık bilincinin kastın kapsamına dâhil edilmesi ise normatif bir tercihtir. Örneğin, kanun koyucunun bazı suç tiplerinde, “hukuka aykırı”, “haksız”, “izinsiz” gibi kavramlara yer vermesi tamamen normatif bir tercihtir. Katı Kusur Teorisinin olgusal gerçeklik ile normatif gerçeklik arasındaki ayrımı dikkate almadığını ileri süren yazarlar da tipinde “hukuka aykırı”, “haksız”, “izinsiz” gibi kavramlara yer verilen suçlarda haksızlık bilincini kastın kapsamına dâhil etmektedir.¹⁰³⁷ Demek ki ön sorun, kastın kapsamına ilişkin normatif tercihtir. Bu tercihte salt olgusal unsurların kastın kapsamında olduğunun kabul edilmesi koşuluyla olgusal gerçeklik ile normatif gerçeklik arasındaki ayrım önemli hale gelmektedir.

Alman Ceza Kanununun aksine 5237 sayılı TCK’da kast tanımlanmıştır. 5237 sayılı TCK’nın 21. maddesine göre kast, “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir”. Dolayısıyla Türk kanun koyucusu kastın kapsamı ile ilgili normatif bir tercihte bulunmuştur ve kastın kapsamını suçun tipiklik unsuru ile sınırlamıştır. Hukuka uygunluk nedenleri, tipikliğinde hukuka uygunluk nedenlerine yer verilen istisnai suçlar hariç olmak üzere, suçun kanuni tanımında yer almazlar. Kastın kapsamında olmayan bir hususta hata kastı engellemeyeceğinden ve Türk hukukunda kastın kapsamı suç tipinin maddi unsurları ile sınırlandığından hukuka uygunluk

¹⁰³⁶ Zafer, *Genel Hükümler*, 362; Erdin, *Sübjektif Unsur Sorunu*, 325-326; Fletcher, *Rethinking*, 691.

¹⁰³⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 311.

nedenlerinin maddi unsurları kastın kapsamında yer almazlar. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinde hatada, olgusal gerçeklik-normatif gerçeklik ayrımının kastın varlığı ya da yokluğu üzerinde herhangi bir etkisi yoktur.

Kastın kapsamına ilişkin sorunun kanun koyucunun tercihi ile çözümlenemeyeceği, kastın suç teorisinin taşıyıcı kavramlarından birisi olması dolayısıyla kastın kapsamının teorik olarak belirlenmesi gerektiği ileri sürüldüğünde ise, karşımıza hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorunu çıkmaktadır. Kastın kapsamı teorik olarak belirlendiğinde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarının kastın kapsamına dâhil edilebilmesi için: (1) hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olduğunun kabul edilmesi ve (2) hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun kast olduğunun kabul edilmesi gerekir. İkinci önerme birinci önermeye bağlıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olmadığı kabul edildiğinde, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun kast olmadığı sonucuna ulaşılır. Biz, yukarıda, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Objektif Nitelikte Olması” başlığı altında detaylı olarak izah ettiğimiz üzere, hem teorik hem de kanuni nedenler dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun olmadığını ileri süren Objektif Teoriyi kabul ediyoruz.

SONUÇ

Hukuka uygunluk nedenlerinde bilmeme ve hatanın temelinde iki türü vardır:

1- Fail, somut olayda objektif olarak var olan hukuka uygunluk nedeninin farkında olmayabilir.

2- Fail, somut olayda var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin koşullarının gerçekleştiğini zannedebilir.

İlk durumda sorun, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun bulunup bulunmadığı ile ilgilidir. İkinci durumda ise sorun, failin somut olayda var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin unsurlarının gerçekleştiğini zannetmesinin hukuki sonucunun ne olacağı ile ilgilidir. Hukuka uygunluk nedenlerinde bilmeme ve hatanın ikinci türü iki şekilde ortaya çıkabilir:

(1) Fail, olgusal gerçeklikte hataya düştüğü için somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin unsurlarının gerçekleştiğini zannedebilir. Bu ihtimalde *hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatadan* söz edilir.

(2) Fail, olgusal gerçekliği bilmekle birlikte normatif gerçeklikte hataya düştüğü için hukuk düzeninde var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin fiilini hukuka uygun hale getirdiğini zannedebilir. Bu ihtimalde, *izin hatasından* söz edilir.

Biz, bu çalışmada hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası üzerinde durduk. Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası, TCK m. 30/3'te düzenlenmiştir. TCK m. 30/3'e göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılmazsa fail hatasından yararlanır. Düzenlemenin anlaşılabilmesi için üç hususun açıklığa kavuşturulması gerekir: 1- Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatadan kast edilen nedir? 2- Kaçınılmaz hatadan neyi anlamak gerekir? 3- Kanun koyucu, "hatasından yararlanır" demekle neyi ifade etmek istemiştir?

Hukuka uygunluk nedenlerin maddi unsurlarında hatadan kast edilen; failin bir hukuka uygunluk nedenine ilişkin olarak normatif gerçeklikte değil, olgusal gerçeklikte hataya düşmesidir. Hukuk normları dış dünyadaki olgusal gerçeklikleri konu edinirler. Olgu norma konu olunca normatif bir içerik kazanır. Bu yüzden olgusal gerçeklikler ile normatif gerçeklikler arasında ayırım yapmak, her somut olayda kolay değildir. Maddi unsurlar-normatif unsurlar ayrımı, özellikle, hukuka uygunluk

nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın haksızlığın sübjektif unsuru olan kastı engellediğini ileri süren yazarlar açısından önemlidir. Zira bu yazarlara göre hukuka uygunluk nedenlerinin hataya düşüldüğünde kastı engelleyen unsurları ile kusuru etkileyen unsurları arasında ayırım yapılması zorunludur. Ayrıca öğretilerde normatif unsurları da kendi içerisinde ikiye ayıran yazarlar vardır. Söz konusu yazarlara göre suç tipinin ve hukuka uygunluk nedenlerinin normatif unsurlarının sosyal anlamında hata, kastı engellerken; normatif unsurların sosyal anlamını aşan hukuki anlamında hata, kusuru etkiler (*uzman olmayan kimselerin paralel muhakemesi ölçütü*).

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kusuru etkilediğini ileri süren görüşün kabul edilmesi halinde ise bu tartışma önemsiz olmaktadır. Zira bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata tıpkı izin hatasında olduğu gibi kusuru etkiler. Dolayısıyla bu görüş açısından hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları ile normatif unsurları arasındaki ayırım, yalnızca hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın türünü tespit etmek bakımından önemlidir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasını, normatif unsur hatasından ayırmak için kanaatimizce, *uzman olmayan kimselerin paralel muhakemesi ölçütüne* başvurmaya gerek yoktur. *Uzman olmayan kimselerin paralel muhakemesi ölçütü*, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralının olduğu sistemlerde kuralın katılığını yumuşatan ve kuralı, -kısmen de olsa- kusur ilkesi ile uyumlu hale getiren bir ölçüttür. Kanaatimizce, 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenleme neticesinde, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı, Türk ceza hukukunda terk edilmiştir. Ayrıca TCK m. 30/1’de kastı engelleyen hata bakımından açıkça, “*maddi unsurlar*” vurgusu yapılmıştır. Normatif unsurlarda hatada, sosyal anlam bilgisinin olmadığı durumlarda hata kastı engelleseydi, kanun koyucu TCK m. 30/1’de “*maddi unsurlar*” ifadesini kullanmaz; TCK m. 21’de olduğu gibi “*suçun kanuni tanımındaki unsurlar*” ifadesini tercih ederdi. Ayrıca *uzman olmayan kimselerin paralel muhakemesi ölçütü*, kastı engelleyen hata-kusuru etkileyen hata ayırımına kendisi de yeterince açık olmayan ilave bir ölçüt (normatif unsurun sosyal anlamı) ekleyerek konuyu daha da karmaşık bir hale getirmekte cezalandırma boşluklarına neden olmaktadır. Bize göre maddi unsurlarda hata-normatif unsurlarda hata ayırımında (ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarını normatif unsurlardan ayırmada), klasik ölçüt esas alınmalıdır: 1- *Soyut olarak hukukun yasakladığı, emrettiği ya da izin verdiği hakkında*

(normun varlığı ile ilgili oy çokluğu, yetkili makam tarafından çıkarılma resmi gazetede yayımlanma gibi olgusal süreçlerde dâhil olmak üzere) hata, normatif gerçeklikte hatadır. 2- Normun soyut tasvirinin dış dünyadaki somut temsilinin duyu organları ile (doğrudan ya da teknolojinin yardımı ile) algılanabilir ampirik karakterinde hata, olgusal gerçeklik hakkındadır.

TCK m. 30/3'e göre, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında önemli olan bir diğer mesele, "kaçınılmaz hata" kavramıdır. *Failin yerinde makul bir kimse olsaydı dahi hataya düşerdi* denebilen durumlarda hata kaçınılmazdır. Failin kıyaslanacağı makul kimseden neyi anlamak gerektiği hususu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, *makul kişi standartı* belirlenirken faille aynı statüdeki özenli ve dikkatli hayali bir kimse esas alınmalıdır (objektif ölçüt). Diğer bir görüşe göre ise, *makul kişi standartı* belirlenirken salt failin kendi kapasitesi nazara alınır (sübjektif ölçüt). Kanaatimizce, objektif ölçüt, cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsuru hakkındaki değerlendirmelerde; sübjektif ölçüt ise cezalandırılabilir fiilin kusur unsuru hakkındaki değerlendirmelerde esas alınmalıdır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata da bazı teorilere göre hata, haksızlığı; bazı teorilere göre ise kusuru etkilediği için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada objektif ölçütün mü, sübjektif ölçütün mü ya da ikisinin de mi esas alınacağı hususu teorilere göre değişkenlik gösterir. Örneğin, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın haksızlığın sübjektif unsuru olan kastı engellediğini ileri süren yazarlara göre, hatanın kaçınılmaz olup olmadığı yalnızca fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse önemlidir. Fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse hatanın kaçınılabilir olup olmadığı meselesi önemli değildir; zira hata kaçınılabilir olsun ya da olmasın kastı engeller. Bu yüzden fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse objektif ya da sübjektif ölçüte başvurmanın bir anlamı yoktur. Fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse hatanın kaçınılabilir olup olmadığını tespit etmek gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı engellediğini ileri süren ve taksire çifte fonksiyon yazarlara göre, bu tür bir hatanın taksirli bir haksızlığa vücut verip vermediği belirlenirken objektif ölçüt uygulanmalıdır. Hatanın objektif olarak kaçınılabilir olduğu tespit edildiğinde, taksirli fiilin haksızlık teşkil ettiği de belirlenmiş olur. Ancak taksirli haksızlığın varlığı, failin cezalandırılabilmesi için yeterli değildir. Failin taksirli

haksızlık dolayısıyla cezalandırılabilmesi için kusurlu olması da gerekir. Failin hataya düşmekte kusurlu olup olmadığı belirlenirken ise sübjektif ölçüt uygulanmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı engellediğini ileri süren ve taksire çifte fonksiyon yüklemeyen yazarlara göre ise, bu tür bir hatanın taksirli bir haksızlığa vücut verip vermediği belirlenirken hem objektif hem de sübjektif ölçüt uygulanmalıdır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada bize göre hata kusuru etkilediği için yalnızca sübjektif ölçüt; yani içinde bulunduğu koşullar itibarıyla failin bizatihi kendi kapasitesi esas alınmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığı etkilemediği için hatanın kaçınılabilir olup olmadığı değerlendirilirken objektif ölçüt nazara alınmaz. Hata failin kendisi bakımından kaçınılabilir değilse, kaçınılmazdır. Bu noktada bizim açımızdan yanıtlanması gereken soru şudur; hata, failin bizatihi kendi kapasitesi esas alındığında ne zaman kaçınılabilirdir?

Hatanın failin kendi kapasitesi esas alındığında ne zaman kaçınılabilir (kusurlu) olduğu konusunda iki temel teori vardır. Kusuru, salt, failin yapması ya da yapmaması gerektiğini bildiği bir davranışı özgür iradesi ile tercih etmesiyle temellendiren İz Sürme Teorisi, kaçınılabilir (kusurlu) hatada failin “akrasya” (farklı şekilde davranması gerektiğini bilmesine rağmen o şekilde davranmama) ile hareket ettiği bir anın izini sürer. Bilmeme ile sonuçlanan nedensellik serisi içerisinde *akrasyanın* olduğu bir an yoksa, hata kaçınılmazdır. Net bir kriter ortaya koymakla birlikte, İz Sürme Teorisi hukuk ve ahlak pratiği ile çelişmektedir; zira bilinçsiz taksirde, örneğin yeni doğum yapan annenin yorgunluktan uyuyakalması ve çocuğunun boğularak ölmesine neden olmasında olduğu gibi, çoğu durumda failin aksi şekilde davranması gerektiğini bilmesine rağmen bilinçli olarak o şekilde davrandığı bir an yoktur. Bu yüzden, biz, hatanın kusurlu olabilmesi için failin *akrasya* ile hareket etme koşulunu aramayan İsnadiyet Teorisini kabul ediyoruz.

Kusur isnadının neticesi olan kınama (ahlakta) ve cezalandırma (hukukta) şeklindeki “tepkiyel tutumlar” (*reactive attitudes*), bireylerin birbirlerine yönelttiği iyi niyetle hareket etme ya da en azından kötü niyetli olmaktan kaçınma veya ahlaki/hukuki değerlere duyarsız olmama beklentisinin bir yansımasıdır. Herkes,

haksızlıktan kaçınma yükümlülüğü altındadır. İnsan davranışlarının arkasında şüphe etme, muhakeme etme, karar verme gibi birçok zihinsel süreç vardır. Ayrıca bunların yanında hatırlama, dikkat kesilme gibi bilinçli olmayan psikolojik gerçeklikler de vardır. Bilinçli olsun ya da olmasın bütün bu psikolojik gerçeklikler, faile özgü zihinsel becerileridir; fail bu becerilerini kullanmadaki başarısızlığı dolayısıyla hatırlayabileceğini hatırlamamış, dikkatini verebileceğine dikkatini vermemiş ya da fark edebileceğini fark edememiş olabilir; bilmemenin kusurlu olmasının (hatanın kaçınılabilir olmasının) nedeni, failin bu bilişsel becerileri kullanmadaki başarısızlığıdır. Zira failden beklenen, bilişsel kapasitesini haksızlıktan kaçınma yükümlülüğünü yerine getirecek şekilde kullanmasıdır. Fail, gerçeği bilebilecek bilişsel kapasiteye sahip olmasına rağmen dikkatli ve özenli olmadığı için gerçeği bilmiyorsa hukuksal değerlere yeterince duyarlı değildir. Kınanmayı/cezalandırılmayı hak eden failin hukuksal değerlere olan bu duyarsızlığıdır.

Kaçınılabilir hatanın üç unsuru vardır: (1) Failin davranışının hukuka aykırı olduğunu idrak edebilme yeteneği olmalıdır. Failde davranışlarının anlam ve sonuçlarını bilebilme ya da davranışlarını yönlendirebilme yeteneği yoksa; sorun, hata hükümlerine göre değil, kusur ehliyetine ilişkin hükümlere göre çözülür. (2) Somut olayda, faile davranışının hukuka aykırı olduğunu gösterir (örneğin, silahın oyuncak olduğunu gösterir bir logo, renk, biçim vs.) bir vesile olmalıdır. (3) Failin gerçekliği idrak edebilmesi, içinde bulunduğu koşullar itibarıyla failden makul olarak beklenebilmelidir. Bu unsur, kaçınılabilir hatanın her durumda tespitini mümkün kılan somut kriterlerin olmadığını göstermektedir. Failin bilişsel durumu, somut olayın koşullarına ve ilgili hukuka uygunluk nedeninin niteliğine duyarlıdır. Her somut olayın koşulları ve hukuka uygunluk nedeninin niteliği kendine özgü olduğundan, kaçınılabilir hataya ilişkin değerlendirme de somut olaydan somut olaya değişkenlik gösterir. Örneğin, rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğu suçlarda, fail ilgilinin fiile rıza gösterip göstermediğinden emin değilse failden beklenen, bu hususu açıklığa kavuşturacak çabayı göstermesidir. Öte yandan, bir saldırı altında olduğu şüphesi altında olan failden şüphesini yenmesi için çaba göstermesi beklenmeyebilir; çünkü bu tür durumlarda insanlar genellikle ani karar vermek zorundadırlar. Aynı hukuka uygunluk nedeni bakımından da hatanın kaçınılabilirliği somut olayın koşullarına duyarlıdır. Örneğin, terör bölgesinde gündüz vakti karakola yaklaşan çobanı düşman zannederek öldüren

askerin hatası ile aynı hataya gece vakti düşen askerin hatası arasında, hatanın kaçınılabilirliği açısından, fark vardır.

TCK m. 30/3'te düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında esas önem arz eden mesele, düzenlemede yer verilen “hatasından yararlanır” ifadesinin anlamıdır. Bu konuda öğretide çok sayıda teori ileri sürülmüştür. Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında teorik bir zenginliğin olmasının temel nedeni, bu hata türünün hem suç tipinin maddi unsurlarında hataya (haksızlığı etkileyen hata) hem de haksızlık hatasına (kusuru etkileyen hata) benzeyen yönlerinin olmasıdır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın suç tipinin maddi unsurlarında hataya benzeyen yönü, hukuka uygunluk nedenlerinin haksızlığın hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olması ve hatanın konusunun dış dünyadaki maddi gerçeklik olmasıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fail, normatif gerçekliği değil, olgusal gerçekliği bilmediği için fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmez. Meseleye bu şekilde yaklaşıldığında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarına ilişkin hatanın tıpkı suç tipinin maddi unsurlarında hatada olduğu gibi haksızlığı etkilediğini kabul etmek gerekir; zira iki hata türünde de hata dış dünyadaki maddi gerçekliğe ilişkindir ve iki hata türünde de hatanın konusu cezalandırılabilir fiilin haksızlık unsuru ile ilgilidir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın haksızlık hatasına benzeyen yönü ise, bu tür bir hata dolayısıyla fiilin hukuka uygun olduğuna inanan failde haksızlık bilincinin olmamasıdır. Haksızlık hatasında fail suç tipinin maddi unsurlarının gerçekleştiğini bilir; ancak fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmez. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya düşerek fiilin hukuka uygun olduğunu zanneden fail de suç tipinin maddi unsurlarının gerçekleştiğini bilir; ancak gerçekte fiilini hukuka uygun hale getiren bir nedenin olmadığını bilmez. Örneğin, meşru savunma halinde olduğunu zannederek bir insanı öldüren kişi, kasten öldürme suçunun tipindeki objektif unsurları bilir. Bu kişinin kasten öldürme suçunun maddi unsurlarını bilerek fiili gerçekleştirmesi, fiilin tipik olduğunu gösterir. Gerçekte bir saldırının olmaması ise, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığını gösterir. Fiil, tipikse ve somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni yoksa haksızdır. Meseleye bu şekilde yaklaşıldığında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında

hatanın haksızlığı etkilemediği; failde haksızlık bilinci yoksa bu tür bir hatanın kusuru etkilediğini kabul etmek gerekir.

Sonuç itibarıyla iki çıkarım da makul görünmektedir. Yazarlar, farklı gerekçelerden hareketle bu iki sonuca ulaştıkları için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda teorik bir zenginlik vardır. Yazarların farklı gerekçelere dayanmalarının nedeni, suç genel teorisine ilişkin iki temel mesele konusunda farklı görüşlere sahip olmalarıdır. Bu iki mesele: (1) hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorunu ve (2) kast kavramıdır.

Hata, failin sübjektif gerçekliği ile ilgili olduğu için hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur meselesi ile hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata meselesi birbirleri ile doğrudan ilişkilidir.

Bu konuda, Objektif Teori, Saf Sübjektif Teori ve Çifte Gereklilik Teorisi olmak üzere üç farklı teori vardır. Kısaca ifade etmek gerekirse;

1- Objektif Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenleri objektif niteliktedir; somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmişse fail bu durumu bilsin ya da bilmesin fiil hukuka uygundur; objektif unsurlarda eksiklik varsa failin inancı ne kadar makul olursa olsun fiil hukuka uygun olmaz.

2- Saf Sübjektif Teoriye göre, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif koşulları gerçekleşmemiş olsa dahi fail ilgili koşulların gerçekleştiğine inanıyorsa ve inancı makulse fiil hukuka uygundur. Saf Sübjektif Teori, hukuka uygunluk nedenlerini salt failin makul inancına indirgemektedir.

3- Çifte Gereklilik Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin hem objektif hem de sübjektif unsurları vardır; fiilin hukuka uygun olabilmesi için hem objektif hem de sübjektif unsurların gerçekleşmesi gerekir.

Saf Sübjektif Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz bir hataya düşen ve ilgili unsurların gerçekleştiğini zanneden failin fiili hukuka uygundur.

Objektif Teori ve Çifte Gereklilik Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında eksiklik varsa; unsur eksikliği dolayısıyla fiil hukuka uygun olmaz. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hataya düşülen hukuka

uygunluk nedeninin maddi unsurları gerçekte gerçekleşmemektedir; dolayısıyla Objektif Teoriye göre de Çifte Gereklilik Teorisine göre de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılmaz olsa dahi Saf Sübjektif Teorinin ileri sürdüğü gibi ilgili hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiği kabul edilmez.

Teoriler arasındaki en keskin farklılık, Objektif Teori ile Saf Sübjektif Teori arasındadır. Saf Sübjektif Teori, hukuka uygunluk nedenlerinde salt failin makul inanışını, Objektif Teori ise salt dış dünyadaki maddi gerçekliği esas almaktadır. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur meselesinde Objektif Teori kabul edilirse, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata meselesinde Saf Sübjektif Teorinin kabul edilmemesi gerekir; zira iki teorinin birbiri ile bağdaşması mümkün değildir. Türk öğretisinde bazı yazalar, hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur meselesinde, Objektif Teoriyi; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata meselesinde ise Objektif Teorinin tam tersi olan Saf Sübjektif Teoriyi kabul etmektedir. Söz konusu yazarların ekseriyeti Klasik Suç Teorisini savunmaktadır. Klasik Suç Teorisine göre, haksızlık objektif nitelikte olduğu için haksızlığın hukuka aykırılık unsurunun içeriğini oluşturan hukuka uygunluk nedenleri de objektif niteliktedir. Hata, sübjektif bir fenomen olduğu için sübjektif unsurlardan izole olan haksızlığı etkileyemez. Bu yüzden Klasik Suç Teorisinin esas aldığı objektif haksızlık anlayışında hatanın her durumda kusuru etkilemesi gerekir. Ancak, Klasik Suç Teorisini kabul eden Türk öğretisindeki bazı yazarlara göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılmazsa hataya düşülen hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiğini yani fiilin haksız olmadığını kabul etmek gerekir. Haksızlık ve dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri objektif nitelikte ise sübjektif bir fenomen olan hatanın fiili hukuka uygun hale getirerek haksızlığı etkilediğini ileri sürmek kanaatimizce çelişkilidir.

Çifte Gereklilik Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin hem objektif hem de sübjektif unsuru vardır. Çifte Gereklilik Teorisinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata meselesine yansımaları, Çifte Gereklilik Teorisini kabul eden yazarların hukuka uygunluk nedeninin sübjektif unsurundan neyi anladığına bağlıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru, haksızlığın sübjektif bileşeni olan kastla ilişkilendirilirse, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller. Kasta çifte fonksiyon yükleyen yazarların yaptığı gibi hukuka uygunluk

nedeninin sübjektif unsuru “zihniyet değersizliği” kavramı bağlamında kusur kastı ile ilişkilendirilirse, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusuru etkiler.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata meselesinde ileri sürülen görüşler arasındaki çeşitliliğin bir diğer nedeni, kastın yapısı, kapsamı ve konumuna ilişkin tartışmalardır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları kasta dâhil edilirse hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller. Bir görüş, haksızlığın yalnızca tipiklik unsurundan oluştuğunu, hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğunun suç tipinin negatif unsuru olduğunu ileri sürmektedir; bu görüşe göre, tipiklik unsurlarına ilişkin bilgi kastın kapsamında olduğuna göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller (Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi).

Başka bir görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarına ilişkin bilgisizliğin kastı engellemesinin nedeni, kastın haksızlık bilincini de içermesidir (Kast Teorisi). Bu görüşe göre, failin kastından söz edilebilmesi için failin fiilinin hukukla çıktığını de bilmesi gerekir. Fail, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya düştüğü için fiilinin hukuka uygun olduğunu zannediyorsa, failde haksızlık bilinci ve dolayısıyla kast yoktur.

Diğer bir görüşe göre ise, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı engellemesinin nedeni, ne hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğunun suç tipinin negatif unsuru olması ne de haksızlık bilincinin kastın kapsamında olmasıdır. Bu görüşe göre, tipiklik ve hukuka aykırılık haksızlığın iki ayrı unsurudur. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurları haksızlığın hukuka aykırılık unsuru bağlamında kastın kapsamına dâhil olmaktadır; haksızlıkla ilgili olan maddi unsurlara ilişkin hata, ister haksızlığın tipiklik unsuru ile ilgili olsun ister haksızlığın hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olsun haksızlığın sübjektif unsuru olan kastı engeller (Sınırlı Kusur Teorisi).

Yukarıdaki üç görüşe göre de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın kastı engellediğini kabul etmek, bu tür bir hatanın en nihayetinde haksızlığı mı yoksa kusuru mu etkilediği sorusuna yine tam olarak yanıt vermez. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, kastı engelleyen bir

hata türü olarak kabul edilirse, bu türden bir hatanın haksızlığı mı yoksa kusuru mu etkilediği sorusunun yanıtı, kastın nerede konumlandırıldığına bağlıdır.

Kastın konumu meselesi, Türk ceza hukuku öğretisindeki iki temel ekolü birbirinden ayıran meselelerin başında gelmektedir. Klasik Suç Teorisini kabul eden yazarlara göre haksızlık objektif niteliktedir. Haksızlık sübjektif unsurlardan izole olduğu için kast ve taksir kusurun bileşenleridir. Şahsi Haksızlık Öğretisini kabul eden yazarlara göre ise kast ve taksir haksızlığın gerçekleştiriliş biçimleridir; yani haksızlığın sübjektif bileşenleri vardır. Şahsi Haksızlık Öğretisini kabul eden yazarlar arasında kast ve taksirin haksızlığın gerçekleştiriliş biçimleri olduğu konusunda fikir birliği olmakla birlikte, kast ve taksirin kusurun da bir bileşeni olup olmadığı konusunda fikir ayrılığı vardır. Şahsi Haksızlık Öğretisini kabul eden yazarlardan bazılarına göre, kast ve taksir münhasıran haksızlığın; bazılarına göre kast ve taksir hem haksızlığın hem de kusurun; bazılarına göre ise kast haksızlığın, taksir ise hem haksızlığın hem de kusurun bir bileşenidir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada, hatanın kastı engellediğini ileri süren görüş bakımından; kast, münhasıran haksızlık içerisinde konumlandırılırsa, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığı (Sınırlı Kusur Teorisi); kast, münhasıran kusur içerisinde konumlandırılırsa, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusuru etkiler (Kast Teorisi). Kastı hem haksızlık hem de kusur içerisinde konumlandıran görüşe göre ise, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın haksızlığı mı yoksa kusuru mu etkilediği sorusunun yanıtı, bu görüşü savunan yazarların hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı kusurda fonksiyonu olan kast içerisinde mi yoksa haksızlıkta fonksiyonu olan kast içerisinde mi değerlendirdiğine bağlıdır. Türk hukukunda kasta çifte fonksiyon yükleyen yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın kusur kastını engellediğini, dolayısıyla bu türden bir hatanın kusuru etkilediğini ileri sürmektedir (Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi).

Biz, üçüncü bölümde “Katı Kusur Teorisini Makul Kılan Gerekçeler” başlığı altında yer verdiğimiz dokuz gerekçeyle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kusuru etkilediğini düşünüyoruz. Bu tür bir hatada haksızlığın tipiklik ve hukuka aykırılık unsurları gerçekleşmektedir. Haksızlığın tipiklik unsuru

objektif ve sübjektif unsurlarda oluşur. Kast, münhasıran haksızlığın tipiklik unsurunun bir unsurudur ve kusurda bir fonksiyonu yoktur. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fiil tipiktir; çünkü tipikliğin objektif unsurları gerçekleşmekte ve fail bunu bilmektedir. Fiil hukuka aykırıdır; çünkü fail, var sansa da gerçekte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni yoktur. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fiil, tipik ve hukuka aykırı olduğu için haksızdır. Bu yüzden, bu çalışmanın temel araştırma sorusu olan “hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığı mı yoksa kusuru mu etkiler” sorusunu kanaatimizce şu şekilde yanıtlamak gerekir: *hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fail fiilinin haksızlık teşkil etmediğine inanıyorsa ya da fail fiilinin haksızlık teşkil ettiğini biliyor ancak hatası failin iradesini haksızlığı gerçekleştirmeye zorluyorsa hata kusuru etkiler.*

Bu birleşik önerme iki alt önermeden oluşmaktadır:

1- Hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurunda hataya düşen fail, fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmiyorsa hata kusuru etkiler. Örneğin, (A), (B)’nin elindeki oyuncak silahı gerçek silah zannederek kendisini savunmak için (B)’yi yaralar. Örnekte, (A), fiilini (B)’yi yaralamak için gerçekleştirmiştir ve (B) yaralanmıştır. Dolayısıyla kasten adam yaralama suçunun tipikliğinin objektif ve sübjektif unsurları gerçekleşmiştir. Somut olayda bir saldırı olmadığı için meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin unsurları gerçekleşmemiştir; yani somut olayda tipik fiili hukuka uygun hale getiren bir neden yoktur. Fiil tipik olduğu ve somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı için kasten yaralama suçunun haksızlığı oluşmuştur. Ancak (A), fiilinin haksız olmadığına inanmaktadır. Fiil, gerçekte haksızsa ve fail bunu bilmiyorsa failde haksızlık bilinci yoktur. TCK m. 30/4’e göre, haksızlık bilinci kusurun bir bileşenidir. Fail, kişisel özellikleri ve içinde bulunduğu koşullar dolayısıyla bu hatadan kaçınıyorsa kusurlu olmadığı için cezalandırılmaz. Hata, kaçınılabilsen kaçınılabilmenin derecesi kusurun da derecesidir; hatadan kaçınma kolaylaştıkça kusurun yoğunluğu artar.

2- Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurunda hataya düşen failde haksızlık bilinci varsa; fakat hatası failin iradesini haksızlığı gerçekleştirmeye zorluyorsa hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata yine kusuru etkiler.

Örneğin, kusur ehliyeti olmayan (B)'nin elindeki oyuncak silahı gerçek zannederek kendisini korumak için (B)'yi yaralayan (A), fiilinin suç teşkil ettiğine inanmaktadır. Örnekte (A), maddi dünyaya ait gerçekliği (silahın oyuncak olması) bilmediği için meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurunda hataya düşmüştür. Bu hataya başka bir hata daha eşlik etmektedir; (A), (B)'nin kusur ehliyeti olmadığı için (B)'ye karşı gerçekleştirdiği fiilin suç olduğuna inanmaktadır. (A)'nın fiilinin hukuki niteliğine ilişkin inanışı –bizim kabul ettiğimiz Katı Kusur Teorisine göre- doğrudur. Zira (A)'nın fiili yaralama suçu bakımından tipiktir ve gerçekte bir saldırı olmadığı için somut olayda (A)'nın fiilini hukuka uygun hale getiren bir neden yoktur. Tipik fiili somut olayda hukuka uygun hale getiren bir neden olmadığı için fiil haksızdır. (A) farklı bir gerekçeyle (kusur yeteneği olmayanlara karşı meşru savunmada bulunulamayacağı) de olsa fiilinin haksız olduğunu bilmektedir. (A)'nın hatasının kusuru etkilemesinin nedeni (A)'nın iradesinin savunma motivasyonu dolayısıyla haksız olduğunu bildiği fiili gerçekleştirmeye zorlanmış olmasıdır. (A)'nın içerisinde bulunduğu durum kusuru etkiyeen zorunluluk hali ve cebirle özdeştir. Zira kusuru etkileyen cebir ve zorunluluk halinde de fail bir haksızlığı gerçekleştirdiğini bilmekte ancak koruma/korunma güdüsü faili haksızlığı gerçekleştirmeye zorlamaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın hukuki niteliğe ilişkin olarak ulaştığımız; *“hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada, fail fiilinin haksızlık teşkil etmediğine inanıyorsa ya da fail fiilinin haksızlık teşkil ettiğini biliyor ancak hatası failin iradesini haksızlığı gerçekleştirmeye zorluyorsa hata kusuru etkiler”* şeklindeki temel önerme, her durumda geçerli değildir. Hukuka uygunluk nedenlerine bazı suç tiplerinde suç tipinin bir unsuru olarak yer verilmektedir. Örneğin, konut dokunulmazlığını ihlal ve hırsızlık suçlarında rızanın yokluğu suç tipinin bir unsurudur. Keza bazı suçlarda, “hukuka aykırı”, “haksız”, “izinsiz” gibi ifadelerle suç tipinde yer verilmektedir. Bu ifadelerin suç tipinin bir unsurunu niteliği durumlarda da ilgili unsur bağlamında hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin unsuruna dönüşmektedir. Bu tip suçlarda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller (TCK m. 30/1). Ancak bu tip suçlar sınırlı sayıdadır. Hukuka aykırılık, suçun bağımsız bir unsurudur ve dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri suçun tipiklik unsurları değildir. Bu yüzden kural, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın haksızlığı değil, kusuru etkilemesidir (Katı Kusur Teorisi).

Kanaatimizce, 5237 sayılı TCK, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada, açıkça, Katı Kusur Teorisini esas almıştır. Kanun koyucunun hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı kusuru etkileyen nedenlerde hata ile aynı fıkrada düzenlemesi ve düzenlemede kusurla ilgili bir kavram olan “kaçınılmazlık” kavramına yer vermesi, kanun koyucunun Katı Kusur Teorisini esas aldığını açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Hatanın kastı engelleyebilmesi için kastın kapsamındaki konulardan birine ilişkin olması gerekir. 5237 sayılı TCK’nın 21. maddesinin birinci fıkrasına göre kast, suçun kanuni tanımındaki unsurları bilmek ve istemektir. Kanun koyucu kastı suçun kanuni tanımındaki unsurlarla sınırladığı için hukuka uygunluk nedenleri kastın kapsamında değildir. Bu bağlamda, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı düzenleyen TCK m. 30/3 ile kastı tanımlayan TCK m. 21/1 tam bir uyum içerisindedir. Kanunun sorunlu yanı, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılabılır hata konusunda bir belirlemenin yapılmamış olmasıdır. Alman hukukunda Katı Kusur Teorisine yöneltilen temel eleştiri, Katı Kusur Teorisinin adaletsiz sonuçlara yol açmasıdır. Alman Ceza Kanunun 49. maddesinde kaçınılabılır hata halinde failin cezasında indirim öngören bir düzenleme yer almaktadır. 5237 sayılı TCK’da kaçınılabılır hataya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, Katı Kusur Teorisine yöneltilen bu eleştiriye Türk hukukunda daha da önemli hale getirmektedir. Her ne kadar gerekçede de vurgulandığı üzere hatanın kaçınılabılır olmasının TCK m. 61’e göre dikkate alınacağı söylenebilirse de, kanaatimizce, kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmelidir. Kanaatimizce, bu düzenleme, TCK m. 30’e yeni bir fıkra eklemek suretiyle yapılmalı ve düzenlemenin kapsamı, TCK m. 30/3 ve TCK m. 30/4’te yer verilen hata türleri ile sınırlanmalıdır. Yapılacak düzenleme, cezada indirim öngören bir düzenleme olacağı için belirli sınırlar çerçevesinde yapılacak her düzenleme bu ihtiyacı karşılayacaktır. Bu yüzden kanun koyucuya belirli bir düzenleme önerisinde bulunmayacağız. Zira, örneğin, aşağıda belirttiğimiz üzere, biz ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektiren suçlarda yapılacak indirimin iki yıldan fazla olması gerektiğini düşünüyoruz. Kanun koyucu ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektiren suçlarda hâkime cezayı 2 yıl 2 aya kadar indirme yetkisi veren bir düzenleme de yapsa, 2 yıl 6 aya kadar indirme yetkisi veren bir düzenleme de yapsa yapılan düzenlemeler yerinde olabilecektir. Sonuç olarak, sorun niteliğe değil, niceliğe ilişkin olduğu için doğrudan belirli bir düzenleme önerisinde

bulunmak yerine, yapılacak düzenlemede esas alınması gereken ölçütleri ortaya koymanın daha yerinde olacağını düşünüyoruz. Bu yüzden;

1- Yapılacak düzenlemenin ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılmasını düzenleyen TCK m. 27 ile uyumlu olması gerekir. Sınırdaki hatada potansiyel olarak cezayı kaldıran bir neden var olduğu için kanun koyucu sınırdaki hatayı özel olarak TCK m. 27’de düzenlemiştir. Zira TCK m. 30/3’ün kapsamına giren durumlarda potansiyel olarak dahi cezayı kaldıran bir neden yoktur. Bu yüzden TCK m. 30/3’e göre cezalandırılması gereken failin cezası, TCK m. 27’ye göre cezalandırılması gereken failin cezasından daha az olmamalıdır. Sınırın aşılmasında, TCK m. 27’ye göre; “*fail taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur*”. Yapılacak düzenlemede bu hüküm ölçü olmalıdır. Örneğin, taksirle öldürme suçunun cezası TCK m. 85/1’e göre, “*iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası*” olarak belirlenmiştir. Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde hata, müebbet hapis cezasını gerektiren bir suça ilişkinse hâkim cezayı en fazla iki yıla kadar indirebilme konusunda yetkilendirilmelidir. Çünkü sınırın aşılmasında, TCK m. 27/1’deki düzenleme dolayısıyla hâkim insan öldürme suçunun cezasını iki yılın altına indirebilmektedir. Ayrıca tipte hata durumunda hata kaçınılabilirse fail taksirli suçtan sorumlu olduğuna ve taksirle öldürmenin cezası da iki yıldan az olmadığına göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarda kaçınılabilir hatada faile verilecek ceza iki yıldan aşağı olmamalıdır.

2- Müebbet hapis cezasında hâkim cezayı, en çok iki yıla kadar indirme konusunda yetkilendirilecekse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda (örneğin düşmana ait olduğu zannıyla sivil bir uçağın bombalanması) cezanın indirileceği azami sınırının bundan fazla olması (30 ay, 3 yıl vs. gibi) gerekir.

3- Korunması gerekli en temel değer insan yaşamıdır. Müebbet hapis cezası gerektiren suçlarda hâkim cezayı iki yıla kadar indirebilecekse, süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda hâkimin cezayı indirilebileceği azami sınırın iki yıldan az olması gerekir.

KAYNAKÇA

- Abanoz, Buket. "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata". Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.
- Akarsu, Bedia. *Felsefe Terimleri Sözlüğü*. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1975.
- Akbulut, Berrin. "Bağlılık Kuralı". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 14/1 (2010): 167-214.
- Akbulut, Berrin. "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği". *Ceza Hukuku Dergisi*. 14/40 (2019): 265-288.
- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet, 2017.
- Akdağ, Hale. *Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler*. Ankara: Adalet, 2020.
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman. *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku*. İstanbul: Beta, 2014.
- Akkaş, Ahmet Hulusi, Eren Akpınar. "Kullanma Zimmeti". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 25/2 (2021): 465-493.
- Aktaş, Sururi. "Hukuksal Geçerlilik Sorunu". *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*. 11 (2005): 63-79.
- Alabay, Ali Rifat. "Neticesi ev[velden] Görülen Hata". *Adalet Ceridesi*. 9/2 (1938): 185-199.
- Alacakaptan, Uğur. *Suçun Unsurları*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1970.
- Alam, Anis. "Critique of Positivism in the Natural Sciences". *Social Scientist*. 6/9 (1978): 67-78.
- Alchourrón, Carlos E. "Conflicts of Norms and the Revision of Normative Systems". *Law and Philosophy*. 10/4 (1991): 413-425.
- Alexander, Dolly F. "Twenty Years of Morgan: A Criticism of the Subjectivist View of Mens Rea and Rape in Great Britain". *Pace International Law Review*. 7/7 (1995): 207-246.
- Alexander, Larry, Kimberly Kessler Ferzan. *Reflections on Crime and Culpability: Problems and Puzzles*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Alexander, Lary. "Inculpatory and Exculpatory Mistakes and the Fact/Law Distinction: An Essay in Memory of Myke Balyes". *Law and Philosophy*. 12/1 (1993): 33-70.
- Alldrige, Peter. "Rules for Courts and Rules for Citizens". *Oxford Journal of Legal Studies*. 10/4 (1990): 487-504.
- Allen, Ronald J., Michael S. Pardo. "The Myth of the Law-Fact Distinction". *Northwestern University Law Review*. 97/4 (2003): 1769-1807.
- Alston, William P. *Beyond "Justification": Dimensions of Epistemic Evaluation*. Ithaca: Cornell University Press, 2005.
- Alston, William P. *Epistemic Justification: Essays In The Theory of Knowledge*. Ithaca: Cornell University Press, 1989.
- Alvarez, Maria, Clayton Littlejohn. "When Ignorance is No Excuse". in *Responsibility: The Epistemic Condition*, eds. Philip Robichaud and Jan Willem Wieland, Oxford: Oxford University Press, 2017: 64-82.

- Anscombe, Gertrude E. M. "War and Murder" in *Nuclear Weapons: A Catholic Response*, eds. W. Stein, London: Burns and Oates, 1981: 51-61.
- Antalya, Osman Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1-2*. Ankara: Seçkin, 2019.
- Arenella, Peter. "Character, Choice and Moral Agency: The Relevance of Character to Our Moral Culpability Judgments". *Social Philosophy and Policy*. 7/2 (1990): 59-83.
- Arpaly, Noam. *Unprincipled Virtue: An Inquiry into Moral Agency*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Arslan, Mehmet. "Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 24/3 (2020): 361-384.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet, 2018.
- Arzt, Gunther. "Ignorance or Mistake of Law". *The American Journal of Comparative Law*. 24/4 (1976): 646-679.
- Ashworth, Andrew John. "Belief, Intent and Criminal Liability" in *Oxford Essays in Jurisprudence*, eds. Eekelaar and Bell, Oxford: Clarendon Press, 1987.
- Ashworth, Andrew John. "Ignorance of the Criminal Law and Duties to Avoid it". *The Modern Law Review*. 74/1 (2011): 1-26.
- Ashworth, Andrew John. "The Doctrine of Provocation". *The Cambridge Law Journal*. 35/2 (1976): 292-320.
- Ashworth, Andrew John. *Principles of Criminal Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Bacaksız, Pınar. "Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması". *Ceza Hukuku Dergisi*. 8/21 (2013): 119-138.
- Badar, M. Elewa. "Mens Rea – Mistake Of Law & Mistake Of Fact In German Criminal Law: Asurvey For International Criminal Tribunals". *International Criminal Law Review*. 5 (2005): 203-246.
- Baron, Marcia. "Justifications and Excuses". *Ohio State Journal of Criminal Law*. 2/2 (2005): 387-406.
- Bayles, Michael D. "Character, Purpose, and Criminal Responsibility". *Law and Philosophy*. 1/1 (1982): 5-20.
- Bayles, Michael D. *Principles of Law: a Normative Analysis*. Boston: Reidel Publishing, 1987.
- Bekar, Elif. *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*. Ankara: Seçkin, 2013.
- Beld, Van Den. "Killing and the Principle of Double Effect". *Scottish Journal of Theology*. 41/1 (1988): 93-116.
- Bengü, Cemil Halit. *Ceza Hukukunda Hata*. Ankara, Sakarya Kitabevi, 1948.
- Bennett, Jonathan. "Morality and Consequences". *The Tanner Lectures On Human Values*. 2 (1981): 45-116.
- Berman, Mitchell N. "Justification and Excuse, Law and Morality". *Duke Law Journal*. 53/1 (2003): 1-77.
- Birtek, Fatih. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet, 2018.

- Birtek, Fatih. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet, 2018.
- Boella, Guido, Leendert Van Der Torre. "Permissions and Obligations in Hierarchical Normative Systems". in *Proceedings of the 9th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, eds. John Zeleznikow, Edinburgh: Association for Computing Machinery, 2003.
- Bohlander, Michael. *Principles of German Criminal Law*. Portland: Hart Publishing, 2009.
- Botterell, Andrew. "In Defence of Infringement". *Law and Philosophy*. 27/3 (2008): 269-292.
- Bovens, Luc, Stephan Hartmann. "Why There Cannot Be a Single Probabilistic Measure of Coherence". *Erkenntnis*. 63/3 (2005): 361-374.
- Boyle, Joseph. "Toward Understanding the Principle of Double Effect". *Ethics*. 90/4, (1980): 527-538.
- Bozbayındır, Ali Emrah. "Meşru Savunmada Sınırın Aşılması". *Ceza Hukuku Dergisi*. 7/18 (2012): 113-135.
- Bozbayındır, Ali Emrah. *Olası Kast Kavramı ve Sınırları*. Ankara: Adalet, 2018.
- Brudner, Alan. "Agency and Welfare in the Penal Law". in *Action and Value in Criminal Law*, eds. Stephan Shute, John Gardner and Jeremy Horder, Oxford: Clarendon Press, 2003: 21-53.
- Brudner, Alan. *Punishment and Freedom: A Liberal Theory of Penal Justice*. New York: Oxford University Press, 2009.
- Buell, Samuel W., Lisa Kern Griffin. "On The Mental State Of Consciousness Of Wrongdoing". *Law and Contemporary Problems*. 75/2 (2012): 133-166.
- Bulygin, Eugenio. *Essays in Legal Philosophy*. eds. Carlos Bernal et al., New York: Oxford University Press, 2015.
- Byrd, B. Sharon. "Putative Self-Defense and Rules of Imputation in Defense of the Battered Woman". *Annual Review of Law and Ethics*. 2 (1994): 283-306.
- Byrd, B. Sharon. "Wrongdoing and Attribution: Implications Beyond the Justification-Excuse Distinction". *Wayne Law Review*. 33/4 (1987): 1289-1343.
- Campbell, Kenneth. "Offence and Defence". in *Criminal Law And Justice: Essays From The W.G. Hart Workshop*, eds. I. H. Dennis, London: Sweet and Maxwell, 1987: 73-86.
- Cane, Peter. "The General/Special Distinction in Criminal Law, Tort Law And Legal Theory". *Law and Philosophy*. 26/5 (2007): 465-500.
- Canpolat, Can. *Kusur İlkesi Işığında Mazaret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir*. Ankara: Adalet, 2016.
- Centel, Nur, Hamide Zafer, Özlem Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta, 2020.
- Centel, Nur. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 99 (2012): 269-290.
- Cernusca, Matthias. "A Comparative Approach to Normative Elements in the Definition of International Crimes". Unpublished Phd Thesis, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau, 2018.

- Cevizci, Ahmet. *Felsefe Sözlüğü*. İstanbul: Paradigma Yayınları, 2005.
- Chalmers, James, Fiona Leverick. *Criminal Defences and Pleas in Bar of Trial*. Edinburgh: Green, 2006.
- Chapman, Bruce. “A Theory of Criminal Law Excuses”. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 1/1 (1988): 75-86.
- Christopher, Russell L. “Mistake of Fact in the Objective Theory of Justification: Do Two Rights Make Two Wrongs Make Two Rights”. *Journal of Criminal Law and Criminology*. 85/2: (1994): 295-332.
- Christopher, Russell. “Objectivity: A Reply to Judith Jarvis Thomson”. *Buffalo Criminal Law Review*. 1/2 (1998): 537-574.
- Clark, J. L. “A Mixed Question of Law and Fact”. *The Yale Law Journal*. 18/6 (1909): 404-416.
- Clarke, Randolph. “Ignorance, Revision and Commonsense”. in *Responsibility: The Epistemic Condition*, eds. Philip Robichaud and Jan Willem Wieland, Oxford: Oxford University Press, 2017: 233-252.
- Coleman, Jules L. “Truth and Objectivity in Law”. *Legal Theory*. 1/1 (1995): 33-67.
- Colvin, Eric. “Exculpatory Defences in Criminal Law”. *Oxford Journal of Legal Studies*. 10/3 (1990): 381-407.
- Cook, J. Thomas. “Deciding to Believe Without Self-Deception”. *The Journal of Philosophy*. 84/8 (1987): 441-446.
- Çataklı, Hasan. “Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar”. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 23/3-4 (2019): 277-306.
- Çiçek, Mustafa. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Bir İştirak Şekli Olarak ‘Dolaylı Faillik’”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- D’Almeida, Luis Duarte. “‘O Call Me Not to Justify the Wrong’: Criminal Answerability and The Offence/Defence Distinction”. *Criminal Law and Philosophy*, 6/2 (2012): 227-245.
- D’Almeida, Luis Duarte. *Allowing For Exemption: A Theory of Defences and Feasibility in Law*. New York: Oxford University Press, 2015.
- Dan-Cohen, Meir. “Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law”. *Harvard Law Review*. 97/3 (1984): 625-677.
- Dan-Cohen, Meir. “Responsibility and the Boundaries of the Self”. *Harvard Law Review*. 105/5 (1992): 959-1003.
- Dan-Cohen, Meir. “The Actus Reus and Offences of Situation”. *Israel Law Review*. 7/2 (1972): 186-194.
- Davis, Nancy. “Rights, Permission, and Compensation”. *Philosophy and Public Affairs*. 14/4 (1985): 374-384.
- Değirmenci, Olgun. “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 110 (2014): 129-188.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Demirel, Hakkı. “Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 12/3-4 (1952): 100-110.

- Demirel, Muhammet. *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Dennis, Lan. "The Critical Condition of Criminal Law". *Current Legal Problems*. 50/1 (1997): 213-249.
- Derreiuç, M. G. "Kanunu Bilmemek Özür Sayılmaz Kaidesi Hakkında Bazı Düşünceler", Çeviren: Jale Güral, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/4 (1945): 197-233.
- Dillof, Anthony M. "Unravelling Unknowing Justification". *Notre Dame Law Review*. 77/5 (2002): 1547-1600.
- Doğan, Koray. *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*. Ankara: Adalet, 2011.
- Doğan, Zehra Başer. "Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet". Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2020.
- Donagan, Alan. *The Theory of Morality*. Chicago: The University of Chicago Press, 1977.
- Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım (2. Cilt)*. İstanbul: Beta, 1999.
- Dressler, Joshua. "Justifications and Excuses: A Brief Review of the Concepts and the Literature". *Wayne Law Review*. 33/4 (1987): 1155-1167.
- Dressler, Joshua. "New Thoughts about the Concept of Justification in the Criminal Law: A Critique of Fletcher's Thinking and Rethinking". *UCLA Law Review*. 32/1 (1984): 61-99.
- Dressler, Joshua. "Provocation; Partial Justification or Partial Excuse". *Modern Law Review*. 51/4 (1988): 467-480.
- Dressler, Joshua. "Reflections on Excusing Wrongdoers: Moral Theory, New Excuses and the Model Penal Code". *Rutgers Law Journal*. 19/3 (1988): 671-716.
- Dressler, Joshua. *Understanding Criminal Law*. New York: LexisNexis, 2009.
- Driver, Julia. *Consequentialism*. London: Routledge, 2012.
- Dubber, Markus D., Tatjana Hörnle. *Criminal Law: A Comparative Approach*. New York: Oxford University Press, 2014.
- Duff, Robin Antony. "Choice, Character, and Criminal Liability". *Law and Philosophy*. 12/4 (1993): 345-383.
- Duff, Robin Antony. "Intentions and Legal and Philosophical". *Oxford Journal of Legal Studies*. 9/1 (1989): 76-94.
- Duff, Robin Antony. "Recklessness and Rape". *The Liverpool Law Review*. 3/2 (1981): 49-64.
- Duff, Robin Antony. "Rethinking Justifications". *Tulsa Law Review*. 39/4 (2004): 829-850.
- Duff, Robin Antony. *Answering For Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007.
- Duff, Robin Antony. *Intention, Agency And Criminal Liability*. Oxford: Blackwell, 1990.
- Dursun, Selman, Ali Emrah Bozbayındır. "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 73/1 (2015): 63-90.

- Dülger, Murat Volkan, Onur Özkan ve Merve Bakdur. “Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 12/5 (2021): 227-264.
- Dworkin, Ronald. “Law as Interpretation”. *Critical Inquiry*. 9/1 (1982): 179-200.
- Dworkin, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge MA: Harvard University Press, 2008.
- Dworkin, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge MA: Harvard University Press, 1986.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge MA: Harvard University Press, 1977.
- Ehrenberg, Kenneth M. *The Functions of Law*. New York: Oxford University Press, 2016.
- Ekici Şahin, Meral “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 8/107-108 (2013): 61-88.
- Ekici Şahin, Meral. *Ceza Hukukunda Rıza*. İstanbul: On İki Levha, 2012.
- Elkind, Jerome B. “Impossibility in Criminal Attempts: A Theorist's Headache”. *Virginia Law Review*. 54/1 (1968): 20-36.
- Emmons, Donald C. “Act vs Rule-Utilitarianism”. *Mind*. 82/ 326 (1973): 226-233.
- Erdem, Mustafa Ruhan. “Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr Durmuş Tezcan’a Armağan)*. 21 (2019): 43-68.
- Erdin, Selim. *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sübjektif Unsur Sorunu*. Ankara: Adalet, 2021.
- Erem, Faruk. “Türk Ceza Kanunu Hükümlerine Göre Hukuki ve Fiili Hata”. *Adalet Dergisi*. 38/1 (1947): 9-20.
- Erem, Faruk. *Türk Ceza Kanunu Şerhi (1. Cilt)*. Ankara: Seçkin, 1993.
- Erhan, Türker. “Ceza Mahkemesi Kararlarının Haksız Fiiller Konusunda Hukuk hâkiminin Kararlarına Etkisi”. *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*. 16/1 (1980): 310-321.
- Erman, Ragıp Barış. “Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”. Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Erman, Sahir. “Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 12/ 2-3 (1946): 509-536.
- Ermeýdan, İdris. “Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”. *Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*. 3 (2014): 131-170.
- Eroğlu, Fulya. “Sapma Kavramı ve Türk Ceza Hukukunda Sapma Halinde Uygulanacak Hükümler”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan)*. 9/2 (2012): 633-658.
- Ersan, Aykut. *Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması*. İstanbul: On İki Levha, 2013.
- Ersoy, Yüksel. “Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 22/4 (1967): 249-259.
- Faulkner, James. “Mens Rea in Rape: Morgan and the Inadequacy of Subjectivism, or Why No Should Not Mean Yes in the Eyes of the Law”. *Melbourne University Law Review*. 18/1 (1991): 60–82.

- Feldman, Heidi L. "Objectivity in Legal Judgement". *Michigan Law Review*. 92/5 (1994): 1187-1255.
- Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Fischer, John Martin, Mark Ravizza. *Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Fisher, John Martin, Mark Ravizza. *Perspectives on Moral Responsibility*. New York: Cornell University Press, 1993.
- Fitelson, Branden. "A Probabilistic Theory of Coherence". *Analysis*. 63/3 (2003): 194-199.
- Fitzgerald, Patrick John. *Criminal Law and Punishment*. Oxford: Clarendon Press, 1962.
- FitzPatrick, William J. "Moral Responsibility and Normative Ignorance: Answering a New Skeptical Challenge". *Ethics*. 118/4 (2008): 589-613.
- FitzPatrick, William J. "Unwitting Wrongdoing, Reasonable Expectations, and Blameworthiness". in *Responsibility: The Epistemic Condition*, eds. Philip Robichaud and Jan Willem Wieland, Oxford: Oxford University Press, 2017: 29-42.
- Fletcher, George P. "Domination in the Theory of Justification and Excuse". *University of Pittsburgh Law Review*. 57/3 (1996): 347-360.
- Fletcher, George P. "The Nature of Justification". in *Action And Values in Criminal Law*, eds. Stephen Shute et. al., Oxford: Clarendon Press, 2003: 175-186.
- Fletcher, George P. "The Psychotic Aggressor: A Generation Later". *Israel Law Review*. 27/1 (1993): 227-246.
- Fletcher, George P. "The Right and the Reasonable". *Harvard Law Review*. 98/5 (1985): 949-982.
- Fletcher, George P. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1998.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000.
- Fletcher, George P. "Should Intolerable Prison Conditions Generate a Justification or an Excuse for Escape?". *UCLA Law Review*. 26/6 (1979): 1355-1369.
- Flowerree, Amy K. "Agency of Belief and Intention". *Synthese*. 194/8 (2017): 2763-2784.
- Foot, Philippa. "The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect". in *Virtues and Vices and other Essays*, Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1978.
- Frankena, William Klaas. "McCormick and the Traditional Distinction". in *Doing Evil to Achieve Good: Moral Choice in Conflict Situations*, eds. R. McCormick and P. Ramsey, Chicago: Loyola University Press, 1978.
- Frankfurt, Harry G. "Alternate Possibilities and Moral Responsibility". *The Journal of Philosophy*. 66/23 (1969):
- Fried, Charles. *Right and Wrong*. Cambridge MA: Harvard University Press, 1978.
- Friedman, Richard D. "Standards of Persuasion and the Distinction Between Fact and Law". *Northwestern University Law Review*. 86/4 (1992): 916-942.

- Fruchtman, Earl. "Recklessness and the Limits of Mens Rea: Beyond Orthodox Subjectivism". *Criminal Law Quarterly*. 29 (1986-1987): 315-421.
- Galloway, Donald. "Necessity as a Justification: A Critique of Perka". *Dalhousie Law Journal*, 10/1 (1986): 158-172.
- Gardner, John. "Justifications and Reasons". in *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, eds. John Gardner, New York: Oxford University Press, 2007: 91-120.
- Gardner, John. "The Gist of Excuses". *Buffalo Criminal Law Review*. 1/2 (1998): 575-598.
- Gardner, John. "The Many Faces of The Reasonable Person". *Law Quarterly Review*. 131/1 (2015): 563-584.
- Gardner, John. *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Gardner, Simon. "Instrumentalism and Necessity". *Oxford Journal of Legal Studies*. 6/3 (1986): 431-438.
- Garvey, Stephen P. "When Should a Mistake of Fact Excuse?". *Texas Tech Law Review*. 42/2 (2009): 359-382.
- Goldman, Alvin. "What Can Psychology Do for Epistemology? Revisiting Epistemology and Cognition". *Philosophical Topics*. 45/1 (2017): 17-32.
- Goldstein, E. Bruce, James R. Brockmole. *Sensation and Perception*. Boston: Cengage Learning, 2015.
- Göktürk, Neslihan. "Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?". *Ceza Hukuku Dergisi*. 10/27 (2015): 7-28.
- Göktürk, Neslihan. "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği". *Ceza Hukuku Dergisi*. 9/26 (2014): 7-30.
- Göktürk, Neslihan. "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 7/1 (2016): 407-450.
- Göktürk, Neslihan. *Fikri İçtima (Suçların İçtiması)*. Ankara: Adalet, 2013.
- Göktürk, Neslihan. *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*. Ankara: Seçkin, 2016.
- Gözübüyük, Pulat. "Modern Ceza Hukukunda Hata Meselesi". *Adliye Ceridesi*. 33/1 (1942): 44-50.
- Greenawalt, Kent. "Distinguishing Justifications from Excuses Law and Contemporary Problems". *Law and Contemporary Problems*. 49/3 (1986): 89-108.
- Greenawalt, Kent. "The Perplexing Borders of Justification and Excuse". *Columbia Law Review*. 84/8 (1987): 1897-1927.
- Grisez, Germain. "Against Consequentialism". *American Journal of Jurisprudence*. 23/1 (1978): 21-72.
- Grisez, Germain. "Toward a Consistent Natural-Law Ethics of Killing". *The American Journal of Jurisprudence*. 15/1 (1970): 64-96.
- Guerrero, Alexander A. "Don't Know, Don't Kill: Moral Ignorance, Culpability, and Caution". *Philosophical Studies*. 136/1 (2007): 59-97.

- Gur-Arye, Miriam. "Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse?". *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 5/2 (1992): 215-235.
- Güleç, Sesim Soyer. "Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 10/1 (2008): 59-91.
- Gülşen, Recep. *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*. Ankara: Seçkin, 2007.
- Gültekin Diken, Nil Melek. "Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk". Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Güneş, Derya Belgin. *Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Güngör, Devrim. *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*. Ankara: Yetkin, 2007.
- Haack, Susan. "Truth, Truths, 'Truth,' and 'Truths' in the Law". *Harvard Journal of Law and Public Policy*. 26/1 (2003): 16-21.
- Hacıoğlu, Burhan Caner. "Türk Ceza Adalet Sistemi İçinde Suç Mağdurunun Korunması Sorununun Çözümü Üzerine Bir Deneme". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 4/1-2 (1994): 191-201.
- Hafizoğulları, Zeki, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 13. Bası, Us-A yayıncılık, 2021.
- Hafizoğulları, Zeki, Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*. Ankara: Us-a Yayıncılık, 2016.
- Hafizoğulları, Zeki. "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit /L'inesigibilita)". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 57/3 (2008): 337-369.
- Hafizoğulları, Zeki. *Ceza Normu*. Ankara: Us-A Yayıncılık, 1996.
- Haidet, Kyle David. "A Reductive Theory of Jusitification and Excuse". Unpublished PHD Thesis, Rutgers University, 2009.
- Haji, Ishtiaque. "An Epistemic Dimension of Blameworthiness". *Philosophy and Phenomenological Research*. 57/3 (1997): 523-544.
- Hakeri, Hakan. "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 20/69 (2007): 55-96.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet, 2020.
- Hall, Jerome. "Comment on Justification and Excuse". *American Journal of Comparative Law*. 24/4 (1976): 638-645.
- Hall, Jerome. "Ignorance and Mistake in Criminal Law". *Indiana Law Journal*. 33/1 (1957): 1-46.
- Hall, Livingston, Selig J. Seligman. "Mistake of Law and Mens Rea". *The University of Chicago Law Review*. 8/4 (1941): 641-683.
- Harman, Elizabeth. "Does Moral Ignorance Exculpate?". *Ratio*. 24/4 (2011): 443-463.
- Hart, Herbert L. A. "The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment". *Proceedings of the Aristotelian Society*. 60/1 (1959-1960): 1-26.
- Hart, Herbert L. A. *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

- Hart, Herbert L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- Hartford, Anna. "Moral and Factual Ignorance: a Quality of Will Parity". *Ethical Theory and Moral Practice*. 22/5 (2019): 1087-1102.
- Heinrich, Bernd. *Ceza Hukuku Genel Kısım II*, ed. Yener Ünver, çev. Yener Ünver vd., Ankara: Adalet, 2015.
- Heinrich, Bernd. "Der Irrtum über Normative Tatbestandsmerkmale" in *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, eds. Manfred Heinrich et al., Berlin: De Gruyter, 2011.
- Heller, Kevin Jon. "Mistake of Legal Element, the Common Law, and Article 32 of the Rome Statute". *Journal of International Criminal Justice*. 6/3 (2008): 419-445.
- Hermida, Julian. "Convergence Of Civil Law And Common Law In The Criminal Theory Realm". *University of Miami International and Comparative Law Review*. 13/1 (2005): 163-232.
- Hilgendorf, Eric, Brian Valerius, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, Çeviren: Salih Oktar, Ankara: Yetkin, 2021.
- Hillenkamp, Thomas, Kai Cornelius. "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarının Hatalı Varsayılması Kastı Ortadan Kaldırır Mı?". Çeviren: Buket Abanoz, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78 (4) 2020: 2111-2129.
- Himma, Kenneth Eimar. *Morality and Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Himma, Kenneth Einar. "Judicial Discretion and the Concept of Law". *Oxford Journal of Legal Studies*. 19/1 (1999): 71-82.
- Hohfeld, Wesley Newcomb. "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning". *The Yale Law Journal*. 23/1 (1913): 16-59.
- Holmes, Oliver Wendell. *The Common Law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2010.
- Horder, Jeremy. "Criminal Culpability: The Possibility of a General Theory". *Law and Philosophy*. 12/2 (1993): 193-215.
- Horder, Jeremy. *Excusing Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Horowitz, Donald L. "Justification and Excuse in the Program of the Criminal Law". *Law and Contemporary Problems*. 49/3 (1986): 109-126.
- Houlgate, Laurence D. "Ignorantia Juris: A Plea for Justice". *Ethics*. 78/1 (1967): 32-42.
- Hörnle, Tatjana. "Shooting Down a Hijacked Plane—The German Discussion and Beyond". *Criminal Law and Philosophy*. 3/2 (2008): 11-131.
- Hörnle, Tatjana. "Social Expectations in the Criminal Law: The 'Reasonable Person' in a Comparative Perspective". *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*. 11/1 (2008): 1-32.
- Huang, Zhisheng Michael Masuch. "The Logic of Permission and Obligation". *Logique et Analyse*. 38/119 (1995): 55-74.
- Hughes, Michael. "Epistemic Inconsistency And Categorical Coherence: A Study Of Probabilistic Measures of Coherence". *Synthese*. 194/8 (2017): 3155-3185.
- Huigens, Kyron. "Fletcher's Rethinking: A Memoir". *Tulsa Law Review*. 39/4 (2004): 803-817.
- Hume, David. *A Treatise of Human Nature*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

- Hunter, David. "The Metaphysics Of Responsible Believing". *Manuscript*. 41/4 (2018): 255-285.
- Hurd, Heidi M. "Justification and Excuse, Wrongdoing and Culpability". *Notre Dame Law Review*. 74/5 (1999): 1551-1574.
- Hurley, Susan L. "Responsibility, Reason, and Irrelevant Alternatives". *Philosophy and Public Affairs*. 28/3 (1998): 205-241.
- Husak, Douglas N. "Conflicts of Justifications". *Law and Philosophy*. 18/1 (1999): 41-68.
- Husak, Douglas N. "Justifications and the Criminal Liability of Accessories". *The Journal of Criminal Law and Criminology*. 80/2 (1989): 491-520.
- Husak, Douglas N. "Mistake of Law and Culpability", *Criminal Law and Philosophy*, 4/2 (2010): 135-159.
- Husak, Douglas N. "On the De Minimis 'defence' to Criminal Liability". in *Philosophical foundations of criminal law*, eds. R. A. Duff and S. P. Green, Oxford: Oxford University Press, 2011: 328-351.
- Husak, Douglas N. "On the Supposed Priority of Justification to Excuse", *Law and Philosophy*, 24/6 (2005): 557-594.
- Husak, Douglas N. *Ignorance of Law: A Philosophical Inquiry*. New York: Oxford University Press, 2016.
- Husak, Douglas N. *Philosophy of The Criminal Law*. New Jersey: Rowman and Littlefield, 1987.
- Husak, Douglas N., Andrew von Hirsch. "Culpability and Mistake of Law". in *Action and Value in Criminal Law*, eds. Stephan Shute, John Gardner and Jeremy Horder, Oxford: Clarendon Press, 2003: 157-174.
- Husak, Douglas N., George C. Thomas. "Date Rape, Social Convention, and Reasonable Mistakes". *Law and Philosophy*. 11/1-2 (92): 95-126.
- Husak, Douglas N., George C. Thomas. "Rapes without Rapists: Consent and Reasonable Mistake". *Philosophical Issues*. 11/ 1 (2001): 86-117.
- Inwagen, Peter van. "Ability and Responsibility". *The Philosophical Review*. 87/2 (1978): 201-224.
- İçel, Kayıhan, Füsun Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu, Yener Ünver. *Suç Teorisi 2*, İstanbul: Beta, 2000.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*. İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967.
- James, Fleming, John J. Dickinson, "Accident Proneness and Accident Law". *Harvard Law Review*. 63/5 (1950): 769-795.
- James, Fleming. "Qualities of the Reasonable Man in Negligence Cases". *Missouri Law Review*. 16/1 (1951): 1-26.
- Jescheck, Hans-Heinrich. "The Doctrine of Mens Rea in German Criminal Law — Its Historical Background and Present State". *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*. 8/1 (1975): 112-120.
- Jones, Matthew. "Overcoming the Myth of Free Will in Criminal Law: The True Impact of the Genetic Revolution". *Duke Law Journal*. 52/5 (2003): 1031-1053.

- Kadish, Sanford H. "Respect for Life and Regard for Rights in Criminal law". *California Law Review*. 64/4 (1976): 871-901.
- Kadish, Sanford H., Stephen J. Schulhofer. *Criminal Law and Its Process*. Boston: Little, Brown and Company, 1989.
- Kahan, Dan M. "Ignorance of the Law is an Excuse But Only for the Virtuous". *Michigan Law Review*. 96/1 (1997): 127-154.
- Kangal, Zeynel Temel. *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*. Ankara: Seçkin, 2010.
- Kangal, Zeynel Temel. *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Kanununda Korunması*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Kapancı, Kadir Berk. "Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 7/1 (2016): 511-552.
- Kapusuzoğlu, Beril Taşkın. *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Karaaslan, Reşit. "Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Sapma". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 18/2 (2019): 215-315.
- Karaaslan, Reşit. "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Unsurlarında Hata". *Legal Hukuk Dergisi*. 15/172 (2017): 1665-1721.
- Karakurt, Ahu. "Türk Ceza Kanunu'nda Hata". *Ceza Hukuku Dergisi*. 4/10 (2009): 109-155.
- Kartal, Melik. *Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık*. İstanbul: On İki Levha 2019.
- Katoğlu, Tuğrul. *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*. Ankara: Seçkin, 2003.
- Kazaker, Gözde. "Elverişsiz Teşebbüs ve Mefruz Suç Ayrımı". *Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*. 9/1 (2020): 129-141.
- Kazaker, Gözde. *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*. Ankara: Adalet, 2019.
- Keçelioğlu, Elvan. "Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 22/87 (2010): 299- 321.
- Keçelioğlu, Elvan. *Taksirli Suçun Dogmatığı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Keedy, Edwin Roulette. "Ignorance and Mistake in the Criminal Law". *Harvard Law Review*. 22/2 (1908): 75-96.
- Kelsen, Hans. *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Translated by Peter Heath, Dordrecht: Reidel, 1973.
- Kelsen, Hans. *The Pure Theory of Law*, Translated by Max Knight, New Jersey: The Law Book Exchange, 2008.
- Keyman, Selahattin. "Hukuki Pozitivizm". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 35/17 (1978): 17-56.
- Keyman, Selahattin. "Tipiklik ve Ceza Hukuku". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 37/1 (1980): 59-105.
- Khalid Ghanayim, Khalid. "The Role of Reasonable and Unreasonable Mistake in Justified Defences – A Comparative and Analytical Study". Oxford U Comparative L Forum 3, (Erişim Tarihi 05.10.2020), <https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-role-of-reasonable-and-unreasonable-mistake-in-justified-defences-a-comparative-and-analytical-study/#fn117sym>.

- Kılıç, Kerim. “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu”. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 25/1 (2021): 1-45.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 29/3-4 (1973): 185-224.
- King, Matt. “Tracing the Epistemic Condition”. in *Responsibility: The Epistemic Condition*, eds. Philip Robichaud and Jan Willem Wieland, Oxford: Oxford University Press, 2017: 266-281.
- Kinports, Kit. “Rape and Force: The Forgotten Mens Rea”. *Buffalo Criminal Law Review*. 4/2 (2001): 755-799.
- Koca, Mahmut, İlhan Üzülmaz. “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. M.27)”. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 11/1-2 (2007): 39-53.
- Koca, Mahmut, İlhan Üzülmaz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Koca, Mahmut. “Türk Ceza Hukukunda Hata”. içinde 3. *Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi*, ed. Bahri Öztürk, Ankara: Seçkin, 2009: 63-90.
- Koca, Mahmut. “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”. *Ceza Hukuku Dergisi*. 1/1 (2006): 111-143.
- Kocaoğlu, Serhat Sinan. *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m.102-105)*. Ankara: Yetkin, 2016.
- Koç, Ziya. “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışmasının Hukuki Niteliği ve Görünüş şekilleri”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 25/4 (2021): 573-612.
- Köküsarı, İsmail. *Anayasal Hakların Çatışması*. Ankara: Adalet, 2020.
- Kremnitzer, Mordechai. “Proportionality and the Psychotic Aggressor: Another View”. *Israel Law Review*. 18/2 (1983): 178-214.
- Kunter, Nurullah. *Suçun Kanuni Unsurları (Köksal bayraktar vd.)*. İstanbul: Der Yayınları, 2022.
- Kupper, George. “Amaç ve Hata”, Çeviren: İhsan Yılmaz Bayraktarlı, Ahmet Hulusi Akkaş, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/2 (2018): 263-287.
- Küpelioğlu, Burak. *Ceza Hukuku Bağlamında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi*. Adalet, Ankara, 2021.
- Lagier, Daniel Gonzalez. *The Paradoxes of Action*. Dordrecht: Springer, 2004.
- Lawson, Gary. “Proving the Law”. *Northwestern University Law Review*. 86/4 (1992): 859-904.
- Lee, Cynthia. *Murder And The Reasonable Man Passion And Fear in The Criminal Courtroom*. New York: New York University Press, 2003.
- Lenckner, Theodor. “The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification”. *Brigham Young University Law Review*. 1/3 (1986): 645-668.
- Leverick, Fiona. *Killing in Self Defence*. New York: Oxford University Press, 2006.
- Levy, Neil. “Culpable Ignorance and Moral Responsibility: A Reply to FitzPatrick”. *Ethics*. 119/4 (2009): 729-741.
- Levy, Neil. *Hard Luck: How Luck Undermines Free Will and Moral Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

- Levy, Sanford S. "The Principle of Double Effect". *The Journal of Value Inquiry*. 20/1 (1986): 29-40.
- Lewis, David. "A Problem about Permission". in *Essays in Honour of Jaakko Hintikka*, eds. Esa Saarinen et al., Dordrecht: Reidel, 1981: 163-175.
- Liberto, Hallie. "The Moral Specification of Rights: A Restricted Account". *Law and Philosophy*. 33/2 (2014): 175-206.
- Loewy, Arnold H. *Criminal Law in a Nutshell*. St. Paul: West Academic Publishing, 1975.
- Lynch, Michael P. "Coherence Theories". in *The Nature of Truth Classic and Contemporary Perspectives*, eds. Michael P. Lynch, Cambridge MA: The MIT Press, 2001: 97-103.
- Lynch, Michael P. "Realism and the Correspondence Theory". in *The Nature of Truth Classic and Contemporary Perspectives*, eds. Michael P. Lynch, Cambridge MA: The MIT Press, 2001: 7-17.
- MacIntyre, Alasdair Chalmers. "Hume on 'Is' and 'Ought'". *The Philosophical Review*. 68/4 (1959): 451-468.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, Serra Karadeniz. *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*. İstanbul: Beta, 2021.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, Yener Ünver. "Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı Hakkında". *İstanbul Barosu Dergisi*. 2 (1998): 371-394.
- Majors, Brad. "Cognitivist Expressivism and Nature of Belief". *Ethic Theory Moral Practice*. 11 (2008): 279-293.
- Mañalich, Juan Pablo. "The Closure of Systems of Penal Sanction Norms as Systems of Constitutive Rules". *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 44 (2021): 57-83.
- Mangan, Joseph T. "An Historical Analysis of the Principle of Double Effect". *Theological Studies*. 10/1 (1949): 41-61.
- Martinovic, Igor. "Intention and Awareness of Wrongdoing Exploring the Intersections between Experimental Philosophy and German Criminal Law". *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 12 (2017): 564-572.
- Masek, Lawrence. "Intentions, Motives and The Doctrine Of Double Effect". *The Philosophical Quarterly*. 60/240 (2010): 567-585.
- Mason, Elinor. "Moral ignorance and blameworthiness". *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*. 172/11 (2015): 3037-3057.
- McAuley, Finbarr, Paul J. McCutcheon. *Criminal Liability*. Dublin: Round Hall, 2000.
- McAuley, Finbarr. "Anticipating the Past: The Defence of Provocation in Irish Law". *The Modern Law Review*. 50/2 (1987): 133-157.
- McAuley, Finbarr. "The Theory of Justification and Excuse: Some Italian Lessons". *The American Journal of Comparative Law*. 35/2 (1987): 359-380.
- McMahan, Jeff. "Self-defense and the Problem of the Innocent attacker". *Ethics*. 104/2 (1994): 252-290.
- Meese, Edwin, Paul J. Larkin. "Reconsidering the Mistake of Law Defense". *Journal of Criminal Law and Criminology*. 102/3 (2012): 725-784.

- Meier, Sonja, Reinhard Zimmermann. "Judicial Development of the Law, Error Iuris, and the Law of Unjustified Enrichment, a View from Germany". *Law Quarterly Review*. 115/2 (1999): 556-565.
- Menashe, Doron, Shai Oztari. "Bringing Reason to a Messy Doctrine: The Distinction Between Mistake of Law and Mistake of Fact". *Oxford University Commonwealth Law Journal*. 15/1 (2015): 41-69.
- Meraklı, Serkan. *Ceza Hukukunda Kusur*. Ankara: Seçkin, 2017.
- Milhizer, Eugene R. "Justification and Excuse: What They Were, What They are, and What They Ought to Be". *St. John's Law Review*. 78/725 (2004): 725-895.
- Miller, Daniel J. "Reasonable Foreseeability and Blameless Ignorance". *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic*. 174/6 (2017): 1561-1581.
- Minow, Martha, Todd Rakoff. "Is the 'Reasonable Person' a Reasonable Standard in a Multicultural World?". in *Everyday Practices and Trouble Cases*, eds. Austin Sarat et al, Evanston: Northwestern University Press, 1997: 40-67.
- Montague, Phillip. "Specification and Moral Rights". *Law and Philosophy*. 34/3 (2015): 241-256.
- Moore, Michael S. "Causation and Excuses". *California Law Review*. 73/4 (1985): 1091-1149.
- Moore, Michael S. *Act and Crime: The Theory of Action and Its Implications for Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- Moore, Michael S. *Placing Blame: A General Theory of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- Moore, Michal S. "Choice, Character, and Excuse". *Social Philosophy and Policy*. 7/2 (1990): 29-58.
- Moran, Mayo. *Rethinking the Reasonable Person: An Egalitarian Reconstruction of the Objective Standard*. New York: Oxford University Press, 2003.
- Morawetz, Thomas. "Reconstructing The Criminal Defenses: The Significance of Justification". *Journal Of Criminal Law and Criminology*. 77/2 (1986): 277-307.
- Morse, Stephen J. "Culpability and Control". *University of Pennsylvania Law Review*. 142/5 (1994): 1587-1660.
- Morvan, Pierre Le, Rik Peels. "The Nature of Ignorance: Two Views". in *The Epistemic Dimensions of Ignorance*, eds. Rik Peels, Martin Blaauw, Cambridge: Cambridge University Press, 2016: 12-33.
- Mousourakis, George. "Justification and Excuse". *Criminal Law and Legal Philosophy*. 7/35 (1998): 35-64.
- Mullins, Robert. "Moral Conflict and the Logic of Rights". *Philosophical Studies*. 177/3 (2020): 633-651.
- Naucke, Wolfgang. "An Insider 's Perspective on the Significance of the German Criminal Theory 's General System for Analyzing Criminal Acts; Foreign Law". *Brigham Young University Law Review*. 3 (1984): 305-321.
- Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta, 2018.
- Norrie, Alan. *Punishment, Responsibility and Justice*. New York: Oxford University Press, 2000.

- Nunn, Alexander. "Law, Fact, and Procedural Justice". *Emory Law Journal*. 70/6 (2021): 1273-1323.
- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.
- Oğuzman, Kemal, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Cilt). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Olsson, E. J., C. Proietti, 2016, "Explicating ignorance and doubt: A possible worlds approach". in *The Epistemic Dimensions of Ignorance*, eds. Rik Peels, Martin Blaauw, Cambridge: Cambridge University Press, 2016: 81-96.
- Opalek, Kazimierz, Jan Woleński. "Normative Systems, Permission and Deontic Logic". *Ratio Juris*. 4/3 (1991): 334-348.
- Opalek, Kazimierz. "Norm and Conduct, the Problem of the 'Fulfillment' of the Norm". *Logique et Analyse*. 14/53-54 (1971): 111-119.
- Ozansü, Mehmet Cemil. *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*. Ankara: Seçkin, 2007.
- Öktem, Niyazi. "Hukuksal Pozitivizm Akımı". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 43/1-4 (1977): 271-299.
- Ölmez, Gökhan. "Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları". Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Öner, Hamdi. "Türk Ceza Kanununda Hata ve Taksirli Suçlar". *Adalet Dergisi*. 36/8 (1945): 755-775.
- Önok, R. Murat, Işık Önay. "Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği". *İstanbul Hukuk Mecmuası*. 77/2 (2019): 847-895.
- Önok, R. Murat. *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri*. Ankara: Seçkin 2019.
- Öntan, Yaprak. *Ceza Hukukunda Davranış ve Netice*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan. "Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 9/2 (2007): 195-222.
- Özek, Çetin. "Ceza Normunun Varlığında Hata". *Bilgi Toplumunda Hukuk - Ünal Tekinalp'e Armağan* 3. Cilt, ed. Hüseyin Ülgen, Arslan Kaya ve Gül Okutan Nilsson, İstanbul: Beta, 2003: 817-830.
- Özen, Mustafa. *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet, 2019.
- Özgenç, İzzet. "Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 5/1-2 (Prof. Dr. M. Şakir Berk'iye Armağan) (1996): 443-454.
- Özgenç, İzzet. *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*. İstanbul: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği, 1996.

- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Özkan, Salih. *Ceza Hukukunda Önemsizlik*. İstanbul: On iki levha, 2018.
- Öztürk, Bahri, Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Öztürk, Nurten. *Şirket Faaliyeti Sırasında İşlenen Taksirli Suçlarda Şirket Yöneticilerinin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Özyüksel, Özgün. *Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Pardo, Michael S., Ronald J. Allen. "The Myth of the Law-Fact Distinction". *Northwestern University Law Review*. 97/4 (2017): 1769- 1807.
- Patel, Mukesh J. "Concept Formation: a Complex Adaptative Approach". *An International Journal for Theory History and Foundations of Science*. 9/20 (1994): 89-108.
- Pateman, Carole. "Women and consent". *Political Theory*. 8/2 (1980): 149-168.
- Patient, I. H. E. "Mistake of Law - A Mistake?". *Journal of Criminal Law*. 51/3 (1987): 326-337.
- Patterson, Dennis. *Law and Truth*. New York: Oxford University Press, 1996.
- Peels, Rik. "Response to Critics: The Influence Account of Responsible Belief Defended". *International Journal of Philosophical Studies*. 26/4 (2018): 633-643.
- Peels, Rik. "Tracing Culpable Ignorance". *Logos and Episteme*. 2/4 (2011): 575-582.
- Peels, Rik. "What Kind Of Ignorance Excuses? Two Neglected Issues". *The Philosophical Quarterly*. 64/256 (2004): 478-496.
- Perkins, Rollin M. "Ignorance and Mistake in Criminal Law". *University of Pennsylvania Law Review*. 88/1 (1939): 35-70.
- Pesonen, J. P. "Concepts and object-oriented knowledge representation". Unpublished Master Thesis, University of Helsinki, Department of Cognitive Science, 2002.
- Peter F. Strawson, *Freedom and Resentment and Other Essays*. New York: Routledge, 2008.
- Petrzaycki, Leon. *Law And Morality*. Translated by Hugg W. Babb, Cambridge MA: Harvard Univeristy Press, 1955.
- Pickard, Toni. "Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime". *The University of Toronto Law Journal*. 30/1 (1980): 75-98.
- Posner, Richard A. *The Problems Of Jurisprudence*. Cambridge, MA: Harward University Press, 1990.
- Power, Helen. "Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape". *Oxford Journal of Legal Studies*. 23/3 (2003): 379-404.
- Pruss, Alexander R. "The Accomplishment of Plans: a New Version of the Principle of Double Effect". *Philosophical Studies*. 165/1 (2012): 49-69.
- Putnam, Hilary. "Two Philosophical Perspectives". in *The Nature of Truth Classic and Contemporary Perspectives*, ed. Michael P. Lynch, Cambridge MA: The MIT Press, 2001: 251-259.
- Qiong, Ou. "A Brief Introduction to Perception". *Studies in Literature and Language*. 15/4 (2017): 18-28.

- Quinn, Warren S. "Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Double Effect". *Philosophy and Public Affairs*. 18/4 (1989): 334-351.
- Ramadan, Hisham M. "Reconstructing Reasonableness in Criminal Law: Moderate Jury Instructions Proposal". *Journal of Legislation*. 29/2 (2013): 233-252.
- Rasmussen, Kasper Lippert. *Deontology, Responsibility and Equality*. Copenhagen: Museum Tusculanum Press, 2005.
- Raz, Joseph. "Responsibility and the Negligence Standard". *Oxford Journal of Legal Studies*. 30/1 (2010): 1-18.
- Raz, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essay in the Morality of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, 1994.
- Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Rettler, Lindsay. "Faith, Belief, And Control". *American Philosophical Quarterly*. 55/ 1 (2018): 95-109.
- Ripstein, Arthur. *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Robinson, Paul H. "A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability". in *Justification and Excuse in the Criminal Law*, eds. Michael Louis Corrado, Hamden: Garland Publishing, 1993.
- Robinson, Paul H. "Competing Theories of Justification: Deeds Versus Reasons". in *Harm and Culpability*, eds. Andrew Simester and A. Tony Smith, Oxford: Oxford University Press, 1996: 45-70.
- Robinson, Paul H. "Objective Versus Subjective Justification: A Case Study in Function and Form in Constructing a System of Criminal Law Theory". in *Criminal Law Conversations*, eds. Paul H. Robinson, Stephen P. Garvey, Kimberly K, Ferzan, New York: Oxford University Press, 2009: 343-353.
- Robinson, Paul H. "Rules of Conduct and Principles of Adjudication". *The University of Chicago Law Review*. 57/3 (1990): 729-771.
- Robinson, Paul H. *Criminal Law Defenses Vol. 1*. St. Paul: West Publishing, 1984.
- Robinson, Paul H. *Criminal Law Defenses Vol. 2*. St. Paul: West Publishing, 1984.
- Robinson, Paul H. *Fundamentals of Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1988.
- Robinson, Paul H., John M. Darley. "Testing Competing Theories of Justification". *North Carolina Law Review*. 76/4 (1998): 1095-1143.
- Robinson, Paul H., Peter D. Greene and Natasha R. Goldstein. "Making Criminal Codes Functional: A Code of Conduct and A Code of Adjudication". *The Journal of Criminal Law and Criminology*. 86/2 (1996): 304-365.
- Robinson, Paul R. "Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis". *Colombia Law Review*. 82/2 (1982): 199-291.
- Rosen, Gideon. "Culpability and Ignorance". *Proceedings of the Aristotelian Society*. 103/1 (2003): 61-84.
- Rosen, Gideon. "Skepticism about Moral Responsibility". *Philosophical Perspectives*. 18/1 (2004): 295-313.
- Rosen, Gideon. "Skepticism about Moral Responsibility". *Philosophical Perspectives*. 18/1 (2004): 295-313.
- Ross, Alf. *Directives and Norms*. London: Routledge and Kegan Paul, 1968.

- Russell, Bertrand. *Theory of Knowledge*. London: Allen and Unwin, 1984.
- Ryu, Paul K, Silving, Helen. "Error Juris: A Comparative Study". *The University of Chicago Law Review*. 24/3 (1957): 421-471.
- Sangero, Boaz. *Self-Defence in Criminal Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2006.
- Sarıgül, Ali Tanju. "Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi". *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 14/2 (2019): 664-692.
- Sarıgül, Ali Tanju. "Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m. 30/3)". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 24/3 (2020): 325-359.
- Saydam, Mehmet, Nurten Öztürk. "Türk Ceza Kanunu Bakımından Taksir". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 6/23 (2015): 135-157.
- Scanlon, Thomas M. *What We Owe to Each Other*. Cambridge MA: Harvard University Press, 1998.
- Scarre, Geoffrey. *Utilitarianism*. New York and London: Routledge, 1996.
- Schnauder, Ludwig. *Free Will and Determinism in Joseph Conrad's Major Novels*. Amsterdam-Newyork: Radopi, 2009.
- Schopp, Robert F. *Justification Defenses and Just Convictions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Searle, John R. *The Rediscovery of Mind*. Cambridge MA: The MIT Press, 1992.
- Segev, Re'em. "Fairness, Responsibility and Self-defense". *Santa Clara Law Review*. 45/2 (2004): 383-460.
- Segev, Re'em. "Justification, Rationality and Mistake: Mistake of Law is No Excuse? It Might Be a Justificaton!". *Law and Philosophy*. 25/1 (2006): 31-79.
- Selçuk, Sami. "Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Görevlerin/Yükümlülüklerin Çatışması ve Yargıtay Kararları". *Terazi Hukuk Dergisi*. 5/45 (2010): 87-104.
- Sevük, Handan Yokuş. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet, 2019.
- Sezgin, Servet. "Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata". *Adalet Dergisi*. 42/5 (1951): 725-738.
- Shabo, Seth. "More Trouble with Tracing". *Erkenntnis*. 80/5 (2015): 987-1011.
- Shafer-Landau, Russ. "Specifying Absolute Rights". *Arizona Law Review*. 37/4 (1995): 209-225.
- Shapiro, Scott J. "On Hart's Way Out". *Legal Theory*. 4/4 (1998): 469-507.
- Sheehan, Duncan. "What is a Mistake?". *Legal Studies*. 20/4 (2000): 538-565.
- Sher, George. *Who Knew?: Responsibility Without Awareness*. New York: Oxford University Press, 2009.
- Shope, Robert K. "Conditions and Analyses of Knowing". in *The Oxford Handbook of Epistemology*, eds. Paul K. Moser, Oxford: Oxford University Press, 2002: 25-70.
- Shute, Stephan. "Knowledge and Belief in the Criminal Law". in *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part*, eds. Stephen Shute and Andrew Simester, New York: Oxford University Press, 2002: 171-206.
- Simester, A. P., G. R. Sullivan, J. R. Spencer, J. R. Virgo, *Criminal law, Theory and Doctrine*, London: Bloomsbury, 2013.

- Simester, Andrew. "On Justifications and Excuses". in *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, eds. Lucia Zedner and Julian V. Roberts, Oxford: Oxford University Press, 2012: 95-112.
- Simon, Kenneth W. "Mistake of Fact or Mistake of Criminal Law? Explaining and Defending the Distinction". *Criminal Law and Philosophy*. 3/3 (2009): 213-239.
- Simons, Kenneth W. "Culpability and Retributive Theory: The Problem of Criminal Negligence". *Maryland Journal of Contemporary Legal Issues*. 5/2 (1994): 365-398.
- Simons, Kenneth W. "Dimensions of Negligence in Criminal and Tort Law". *Theoretical Inquiries Law*. 3/2 (2002): 1565-1609.
- Simons, Kenneth W. "Mistake and Impossibility, Law and Fact, and Culpability: A Speculative Essay". *The Journal of Criminal Law and Criminology*. 81/3 (1991): 447-517.
- Smith, A. T. H. "Error and mistake of law in Anglo-American Criminal Law". *Anglo Amerikan Law Review*. 14 (1985): 3-32.
- Smith, Angela M. "Responsibility For Attitudes: Activity And Passivity in Mental Life". *Ethics*. 115/2 (2005): 236-271.
- Smith, Holly M. "Non-Tracing Cases of Culpable Ignorance". *Criminal Law and Philosophy*. 5 (2011): 115-146.
- Smith, Holly. "The Subjective Moral Duty to Inform Oneself before Acting". *Ethics*. 125/1 (2014): 11-38.
- Smith, John C., Brian Hogan. *Criminal Law*. London: Lexis Publishing, 1988.
- Smith, John Cyril. *Justification and Excuse in the Criminal Law*. London: Stevens and Sons, 1989.
- Smith, Tony. "Error and Mistake of Law in Anglo-American Criminal Law". *Anglo-American Law Review*. 14/1 (1985): 3-32.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin, 1998.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Sözüer, Adem. "Hukuki Hata". *Yargıtay Dergisi*. 21/4 (1995): 466-490.
- Sözüer, Adem. "Türk Ceza Kanununda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar". *Hukuki Perspektifler Dergisi*. 6 (2006): 227-237.
- Stalnaker, Robert. "On Logics of Knowledge and Belief". *Philosophical Studies*. 128 (2006): 169-199.
- Stewart, Hamish. "The Role of Reasonableness in Self-Defence". *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 16/2 (2003): 317-336.
- Stolpe, Audun. "A Theory of Permission Based on the Notion of Derogation". *Journal of Applied Logic*. 8/1 (2010): 97-113.
- Şahin, Mehmet. "Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 76 (2008): 321-354.
- Şenol, Cem. "5237 sayılı TCK'ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata". *Terazi Hukuk Dergisi*. 14/149 (2019): 60-69.
- Tadros, Victor "Wrongful Intentions Without Closeness". *Philosophy and Public Affairs*. 43/1 (2015): 52-74.

- Tadros, Victor. *Criminal Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Talbert, Matthew. "Akrasia, Awareness, and Blameworthiness", in *Responsibility: The Epistemic Condition*, eds. Philip Robichaud and Jan Willem Wieland, Oxford: Oxford University Press, 2017: 47-64.
- Talbert, Matthew. "Unwitting Wrongdoers and the Role of Moral Disagreement in Blame". in *Oxford Studies in Agency and Responsibility Vol. I*, eds. David Shoemaker, Oxford: Oxford University Press, 2013: 225-245.
- Taner, Fahri Gökçen. *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*. Ankara: Seçkin, 2017.
- Taner, Tahir. *Ceza Hukuku Umumi Kısım*. İstanbul: Ahmet Sait Matbaası, 1949.
- Taşkın, Ozan Ercan. "Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku". *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 15/1 (2016): 59-91.
- Telling, David. "Rape-Consent and Belief". *The Journal of Criminal Law*. 47/2 (1983): 129-139.
- Tepe, Harun. *Platon'dan Habermas'a Felsefede Doğruluk ya da Hakikat*. Ankara: BilgeSu Yayıncılık, 2016.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Thomson, Judith Jarvis. "Some Ruminations on Rights". *Arizona Law Review*. 19/1 (1977): 45-60.
- Thomson, Judith Jarvis. "The Trolley Problem". *The Yale Law Journal*. 94/6 (1985): 1395-1415.
- Thomson, Judith Jarvis. *The Realm of Rights*. Massachusetts: Harvard University Press, 1990.
- Tillers, Peter. "The Value of Evidence in Law". *Northern Ireland Legal Quarterly*. 39/2 (1988): 167-176.
- Tokdemir, Sercan. *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Toroslu, Nevzat, Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1968.
- Travers, Michael L. "Mistake of Law in Mala Prohibita Crimes". *The University of Chicago Law Review*. 62/3 (1995): 1301-1331.
- Tulay, Muhammed Emre. *Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata*. Ankara: Adalet, 2021.
- Tunç, Kübra. *Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata*. Ankara: Adalet, 2020.
- Uğraş, Dilek Özge. "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Suçun Yapısı İçerisindeki Yeri ve Muhtevası". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. 9/18 (2021): 369-411.
- Ünal, Ertuğrul. "Heyecan, Korku veya Telaş Sebebiyle Meşru Savunmada Sınırın Aşılmasının Türk ve Alman Hukukundaki Uygulaması". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 12/2 (2021): 671-684.
- Ünver, Yener. *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*. Ankara: Seçkin, 2003.

- Üzülmez, İlhan. "Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)". *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1/2 (2006): 79-95.
- Valverde, Mariana. "Pain, Memory, and the Creation of the Liberal Legal Subject: Nietzsche on the Criminal Law", in *Nietzsche and Legal Theory*, eds. Peter Goodrich and Mariana Valverde, New York: Routledge, 2005: 67-89.
- Vanderheiden, Steve. "The Obligation to Know: Information and the Burdens of Citizenship". *Ethical Theory and Moral Practice*. 19 (2) 2016: 297-311.
- Vardy, Peter. *What is Truth?*. Sydney: UNSW Press, 1999.
- Velleman, J. David. *The Possibility of Practical Reason*. New York: Oxford University Press. 2000.
- Vila, Ivó Coca. "Conflicting Duties in Criminal Law". *New Criminal Law Review*. 22/1 (2019): 34-72.
- Vormbaum, Thomas. *A Modern History of German Criminal Law*, Translated by Margaret Hiley, Berlin: Springer, 2014.
- Wacks, Raymond. *Understanding legal Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 2012.
- Wasserman, David. "Justifying Self-defense". *Philosophy and Public Affairs*. 16/4 (1987): 356-378.
- Wedgwood, Ralph. "Conceptual Role Semantics for Moral Terms". *The Philosophical Review*. 110/1 (2001): 1-30.
- Weinberger, Ota. "The Expressive Conception of Norms: An Impasse for the Logic of Norms". *Law and Philosophy*. 4/2 (1985): 165-198.
- Weinberger, Ota. *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Dordrecht: Springer, 1991.
- Weingartner, Paul. "Conditions of Rationality for the Concepts Belief, Knowledge, and Assumption". *Dialectica*. 36/2-3 (1982): 243-263.
- Wellman, Christopher Heath. "On Conflicts Between Rights". *Law and Philosophy*. 14/3-4 (1995): 271-295.
- Welzel, Hans. "Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 67/2 (1955): 196-228.
- Welzel, Hans. "Kausalität und Handlung". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 51 (1931): 703-720.
- West, Mark Douglas. "Doxastic Involuntarism, Attentional Voluntarism and Social Epistemology". *Social Epistemology Review and Reply Collective*. 3/5 (2014): 37-51.
- Westen, Peter. "Impossible Attempts: A Speculative Thesis". *Ohio State Journal of Criminal Law*. 5/2 (2008): 523-565.
- Westen, Peter. "Individualizing the Reasonable Person in Criminal Law". *Criminal Law and Philosophy*. 2/2 (2008): 137-162.
- Westphal, Jonathan. *Philosophical Propositions: An Introduction to Philosophy*. London: Routledge, 1998.

- Weyland, Ines. "Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norm Conflicts". in *Essays on Kelsen*, eds. Richard Tur and William Twining, Oxford: Clarendon Press, 1986: 247-269.
- Wieland, Jan Willem, Philip Robichaud. "Blame Transfer". in *Responsibility: The Epistemic Condition*, eds. Philip Robichaud and Jan Willem Wieland, Oxford: Oxford University Press, 2017: 281-299.
- Wieland, Jan Willem. "Introduction: The Epistemic Condition". in *Responsibility: The Epistemic Condition*, eds. Philip Robichaud and Jan Willem Wieland, Oxford: Oxford University Press, 2017: 1-29.
- Williams, Bernard. "Deciding to Believe". in *Problems of the Self*, New York: Cambridge University Press, 1973: 136-151.
- Williams, Glanville. "Oblique Intention". *The Cambridge Law Journal*. 46/3 (1987): 417-438.
- Williams, Glanville. "The Theory of Excuses". *Criminal Law Review*. (1982): 732-742.
- Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*. London: Stevens and Sons, 1961.
- Wright, Georg Henrik Von. *Norm and Action: A Logical Inquiry*. London: Routledge and Kegan Paul, 1963.
- Yaffe, Gideon. "Excusing Mistake of Law". *Philosophers Imprint*. 9/2 (2009): 295-313.
- Yaffe, Gideon. "Is Akrasia Necessary for Culpability? On Douglas Husak's Ignorance of Law". *Criminal Law and Philosophy*. 12/2 (2017): 341-349.
- Yaşar, Ercan. *Maddi ve Şekli Suç Hukuku Boyutları ile Klasik Ceza Muhakemesine Alternatif Usuller*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Yenisey, Ferudun, Gottfried Plagemann. *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*. İstanbul: Beta, 2015.
- Yıldız, Mehmet Emre. *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri*. Ankara: Adalet, 2020.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta, 2019.
- Zimmerman, Michael J. "Moral Responsibility and Ignorance". *Ethics*. 107/3 (1997): 410-426.
- Zimmerman, Michael J. *Living with Uncertainty: The Moral Significance of Ignorance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Zimmermann, Till. "Justification or Excuse? The Collision of Positive Duties in German Criminal Law". *The Journal of Criminal Law*. 78/3 (2014): 263-276.

ÖZ GEÇMİŞ

Ad Soyad: Hasan İBA	
Eğitim Bilgileri	
Lisans	
Üniversite	Atatürk Üniversitesi
Fakülte	Erzincan Hukuk Fakültesi
Bölümü	Hukuk
Yüksek Lisans	
Üniversite	University of Durham (England)
Bölüm	Kriminoloji ve Kolluk (Suç Adaleti)
Doktora	
Üniversite	
Enstitü Adı	
Anabilim Dalı	
Bölüm	
Makale ve Bildiriler	
1. Ercan Yaşar ve Hasan İba, “Teşebbüs Derecesine Ulaşmamış İcrai Davranışlarda Gönüllü Vazgeçme”, <i>Ceza Hukuku Dergisi</i>, 16/45 (2021): 101-123. 2. Hasan İba, “’Hukukun Bir Dalı Bakımından Hukuka Aykırı Olan Fiil Hukukun Diğer Dalları Bakımından da Hukuka Aykırıdır’ Önermesinin Doğruluk Değeri”, <i>Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>, 5/2 (2022): 762-787. 3. Hasan İba, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılmasının (TCK m. 27/1) Hukuki Niteliği”, <i>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>, 26 (2022): 619-671.	