

**T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

DOKTORA TEZİ

**HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN MADDİ
KOŞULLARINDA HATA**

**Buket ABANOZ ÖZTÜRK
2502150562**

**TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Adem SÖZÜER**

İstanbul, 2021

ÖZ

HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN MADDİ KOŞULLARINDA HATA BUKET ABANOZ ÖZTÜRK

Bu çalışmada, ceza hukukunun en tartışmalı konularından biri olan *hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata* ele alınmaktadır. Bu hata türünde fail, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif koşulları somut olayda gerçekleşmemesine rağmen gerçekleştiği inancıyla hareket etmektedir. Failin hareketine izin veren bir normun koşullarının gerçekleştiğini düşünerek yanıldığı bu hataya, hukukun ne sonuç bağlayacağı ya da bir sonuç bağlayıp bağlamayacağı sorusu bu tez çalışmasının konusunu oluşturmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *hata* kenar başlıklı 30'uncu maddesinin 3. fıkrasında, araştırma konumuz olan hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin, bu hatasından *yararlanacağı* belirtilmektedir. Fakat düzenlemede, kaçınılmaz hatanın ne anlama geldiği ve kişinin bundan ne şekilde yararlanacağı belirtilmemiştir. Maddede yer verilen ifadenin tersinden hareketle, kaçınılabılır hatanın hukuki sonucu da açık değildir. Bu kapsamda, Kanun'un kastın tanımını düzenleyen 21. maddesi, haksızlık bilincinin konumuna işaret eden 30. maddesinin 4. fıkrası ve Kanun'un 27. maddesinde yer alan ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması durumunda taksirli sorumluluğun devam ettiği hükmü de dikkate alınarak ceza kanununun bütünselliğine uygun bir inceleme yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hukuka Uygunluk Nedenleri, Suç Teorileri, Hata Teorileri, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata, Kast, Kusur, Haksızlık Bilinci.

ABSTRACT

THE MISTAKE OF OBJECTIVE ELEMENTS OF JUSTIFICATION REASONS

BUKET ABANOZ ÖZTÜRK

This study deals with one of the most controversial issues of the general provisions chapter of criminal law- the mistake in the objective conditions of the justification reasons. In this type of mistake, the offender acts with the belief that the justification reasons are realized even though the objective conditions are not realized in the concrete case. The question of what the law will conclude to this mistake or whether it will connect a result is the subject of this doctoral dissertation. In the third paragraph of article 30 of the Turkish Criminal Code numbered 5237 with the title of mistake, it is stated that the person who makes into an inevitable mistake in the objective conditions of the justification reasons, which is our subject of research, will benefit from this error. However, with this specific regulation it is not clear what the inevitable mistake means and how the person will benefit from it. The legal consequence of the inevitable mistake is not clear, on the contrary to the statement in this regulation. In this study, the article 21 of the Turkish Criminal Code regulating the definition of intention, the 4th paragraph of the 30th article showing the place of injustice awareness in the criminal systematic, as well as the provision of the criminal law in case of exceeding the limit for the reasons that remove the criminal responsibility in the article 27 of this Code an examination is carried out in accordance with its integrity.

Key Words: Justification Reasons, Criminal Theories, Mistake, the objective conditions of the justification reasons, Intention, Responsibility, Awareness of injustice.

ÖNSÖZ

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatanın hukuki niteliği gibi bir soruya cevap aramak, suç teorisinin en temel problemlerine dönmeyi gerektirmiştir. Nitekim bir problemin tarihsel gelişimi ve içinde bulunduğu kavramlar takip edilmeden derinlemesine bir şekilde anlaşılması ve çözüm getirilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu kapsamda, haksızlık ve kusur ilişkisi, kastın kapsamı, haksızlık bilincinin konumu, hukuka uygunluk nedenlerinin neler olduğunun yanı sıra hata kavramının gelişimi, hata türleri ve hukuki sonuçları da bu sorulara dahildir. Belirtilen bu konulara, araştırma konumuz olan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata ile temas ettiği ölçüde değinilmiştir. Ayrıca araştırma konumuz olan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatanın suç teorileri, suçun unsurları, özellikle suçun manevi unsuru, kusurluluk, teşebbüs, iştirak başta olmak üzere birçok konuyla doğrudan veya dolaylı bağlantısı bulunmaktadır. Bu nedenle araştırma konusu hakkında varılacak sonuçlar suç teorisinin birçok konusunda karşılık bulmaktadır. Dolayısıyla hata konusu, suçun genel yapısı ile birlikte tutarlı bir değerlendirme yapılmasını ve ceza hukukuna bütüncül bir bakışı gerektirmektedir.

Bununla beraber, tarihsel bir perspektiften yola çıkarak daha önce hangi çözüm yollarının bulunduğunu bilmek önemlidir. Bu nedenle çalışmada, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatanın ceza hukukundaki gelişim süreci incelenmiş, Türk hukukunda ve bilhassa Alman ceza hukukunda ileri sürülen teorilerin söz konusu hatayı nasıl değerlendirdikleri ortaya koyulmuştur. Araştırmada Alman ceza hukuku öğretisinden faydalanılmasının nedeni, haksızlık ve kusur kavramlarının gelişimi ile birlikte *die erlaubnistatbestandsirrtum* olarak ifade edilen hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusunda Alman doktrininde derin tartışmaların yürütülmüş olmasıdır. Alman Ceza Kanunu'nda Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak özel bir düzenleme olmaması bu alandaki tartışmaları zenginleştirmiş ve bu çerçevede farklı teorilerin ortaya konulmasını sağlamıştır. Belirtilen bu nedenlerle, Alman literatürü konusundaki bu sınırlamanın, araştırmanın bir zenginliği olarak da yorumlanabileceği düşünülmektedir.

Bununla birlikte, Türk doktrinde, ilgili kanuni düzenlemedeki belirsizlikleri Alman hukukundaki tartışmalar ışığında çözüme eğilimi bulunmaktadır. Oysa Alman Ceza Kanunu'nda söz konusu hataya ilişkin bir düzenleme bulunmazken, Türk Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusunda özel bir düzenleme (TCK m. 30/f. 3) bulunmaktadır. Bu nedenle söz konusu hata, kanun koyucunun kabul ettiği teoriden bağımsız değerlendirilemez. Dolayısıyla teorik olarak kabul ettiğimiz görüş *olması gereken hukuk* şeklinde açıklanırken; Türk Ceza Kanunu'ndaki hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata düzenlemesinin anlamı ve ilişkili olduğu hükümler sistematik olarak incelenerek pozitif hukuk bakımından tespitlerde bulunulmuştur.

Bu çalışmayla literatüre yaptığımız katkı, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatanın ne tipiklik hatası ne de yasak hatası olmadığını vurgulamaktır. Bu hata, kendine özgü bir hatadır. Bu nedenle söz konusu hatanın çözümü, ne suçun maddi unsurlarında düşülen hata kurallarını doğrudan veya kıyasen uygulayarak failin tipiklik kastını otomatik olarak ortadan kaldırmaktan ne de yasak hatası kurallarını uygulayarak kusurunun ortadan kalktığını söylemekten geçer. Bilakis, en uygun çözümün; hukuka uygunluk nedenlerinin suçun yapısında icra ettiği fonksiyonu dikkate alan ve suç teorisi ile uyumlu bir öneriden geçtiğini düşünüyoruz.

Bu çalışmanın tamamlanmasında katkısı olan pek çok insan, kitap, sohbet ve hayat olayı var. Her birine müteşekkirim. Öncelikle on iki yıl boyunca mensubu olduğum İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde akademik gelişimim ile bireysel olarak ilgilenen doktora tez danışmanım Prof. Dr. Adem SÖZÜER'e ve tez jürimde yer alan, tezimi okuyan ve görüşlerini ileterek daha iyi bir çalışmanın ortaya çıkmasına katkı sunan kıymetli hocalarım Prof. Dr. Mahmut KOCA, Doç. Dr. Koray DOĞAN, Doç. Dr. Mehmet MADEN'e ve Dr. Öğr. Üyesi Serdar TALAS'a çok teşekkür ederim. Tezimi okuyarak çok değerli önerilerde bulunan Ar. Gör. Emre Oğuz MERİÇ, Ar. Gör. Ömer Özmen BAŞTÜRK, Ar. Gör. Muhammet Bilal AKYÜZ ve Ar. Gör. Saliha Merve KAYA'ya çok teşekkür ederim. Ayrıca tez çalışmam için Almanca literatüre ulaşmamda bana yardımcı olan ve Münih Ludwig Maximillians Üniversitesi'nde doktora çalışmalarını yürüten Halil Kaan CANAN'a da çok teşekkür ederim. Bana Almanca'yı öğreten, çevirilerim sırasında desteğini

esirgemeyen ve yol gösteren değerli hocam Hilturd KAYACAN'a da teşekkür ederim.

Bununla birlikte, bu tezin kayda değer bir kısmı, 2019 yılının sonunda ortaya çıkan ve 2020 yılında dünyayı etkisi altına alan Korona virüsünün neden olduğu pandemi döneminde mahsur kaldığım Almanya'da yazıldı. Bu süreçte, 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Bursu ile Almanya'nın Freiburg şehrinde yer alan Max Planck Yabancı ve Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsü'ne (Alm. *Max Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht*- MPICC) araştırmacı olarak gidebilmeme ve çalışmam için gerekli kaynaklara erişebilmeme imkân sağlayan TÜBİTAK'a da çok teşekkür ederim. Bu imkân olmasaydı, yazma yeteneğimi şimdiki kadar geliştiremez, daha önce adını bile duymadığım ufuk açıcı üniversite derslerine katılamaz ve dünyaya bugünkü gibi bakamazdım.

Son olarak, olumsuz koşullar altında bile çalışma gayreti ve üretkenliği ile bana örnek olan, doğa bilimlerine olan merakımı artıran ve ilme bir bütün olarak bakmamı sağlayan, eşim Doç. Dr. Sadullah ÖZTÜRK'e varlığı için teşekkür ederim. Ve dostlarıma, üsluplarıyla örnek ve canıgönülden bir dost oldukları için ne kadar teşekkür etsem az.

Buket ABANOZ ÖZTÜRK
İSTANBUL, 2021

KISALTMALAR LİSTESİ

Ab.	: Abschnitt.
AHBVÜ-HFD.	: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
AK.	: Alternativkommentare (Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare)).
Al.AY.	: Alman Anayasası (Grundgesetz).
Al.CK.	: Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch).
Alm.	: Almanca.
AT.	: Allgemeiner Teil.
Aufl.	: Auflage.
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
AÜHFY.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
Av.CK.	: Avusturya Ceza Kanunu.
BeckRS.	: Beck-Rechtsprechung.
BGH.	: Bundesgerichtshof.
Bkz.	: Bakınız.
C.	: Cilt.
CD.	: Ceza Dairesi.
CGK.	: Ceza Genel Kurulu.
CHD.	: Ceza Hukuku Dergisi.
CHKD.	: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi.

CMK.	: Ceza Muhakemesi Kanunu.
DJT.	: Deutscher Juristentag (Festschrift zum Hundertjhrigen Bestehen des Deutschen Juristentages).
dn.	: Dipnot.
DRiZ.	: Deutsche Richterzeitung.
DStrZ.	: Deutsche Strafrechts-Zeitung.
E.	: Eski.
Ed.	: Editor\Editr.
FG.	: Festgabe.
FS.	: Festschrift.
GA.	: Goltdammer’s Archive fr Strafrecht.
GS.	: Der Gerichtssaal/Gedchnisschrift.
GHFD.	: Gazi niversitesi Hukuk Fakltesi Dergisi.
Haz.	: Hazırlayan.
HK.	: Hukuk Kuramı.
HPD.	: Hukuki Perspektifler Dergisi.
HRRS.	: Onlinezeitschrift fr Hchstichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht.
HUN.	: Hukuka Uygunluk Nedenleri
İng.	: İngilizce.
JA.	: Juristische Arbeitsbltter.
JBl.	: Juristische Bltter.
JR.	: Juristische Rundschau.

Jura.	: Juristische Ausbildung.
JuS.	: Juristische Schulung.
JZ.	: JuristenZeitung.
İÜHFD.	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.
K.	: Karar No.
Kap.	: Kapitel.
KG.	: Kammergericht.
kn.	: Kenar numarası.
Krş.	: Karşılaştırınız.
Lat.	: Latince.
L/K.	: Lackner/Kühl (Strafgesetzbuch Kommentar).
LHD.	: Legal Hukuk Dergisi.
LK.	: Leipziger Kommentar (Strafgesetzbuch).
m.	: Madde.
MDR.	: Monatsschrift für Deutsches Recht.
MüKo.	: Münchener Kommentar.
NJW.	: Neue Juristische Wochenschrift.
NK.	: Nomos Kommentar (Strafgesetzbuch).
No.	: Numara.
ÖJZ.	: Österreichische Juristen-Zeitung.
ÖZStr.	: Österreichische Zeitschrift für Strafrecht.

RG.	: Reichsgericht.
RGRspr.	: Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGSt.	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
s.	: Sayfa.
S/S.	: Schönke/Schröder (Strafgesetzbuch Kommentar).
SchwZStr.	: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.
SK.	: Systematischer Kommentar (zum Strafgesetzbuch).
SSRJ.	: Social Sciences Research Journal.
StGB.	: Strafgesetzbuch.
t.y.	: Tarih yok.
T.	: Tarih.
TBBĐ.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi.
TBBY.	: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
TCK.	: Türk Ceza Kanunu.
THĐ.	: Terazı Hukuk Dergisi.
vd.	: Ve devamı.
vor.	: Vorbemerkungen.
yy.	: Yüzyıl.
Y.	: Yıl/Yargıtay.
YCGK.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu.
YĐ.	: Yargıtay Dergisi.
ZIS.	: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik.
ZStW.	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

TABLÖLAR LİSTESİ

Tablo 1: Ceza Hukukunda Hatanın Tasnifi.....	15
Tablo 2: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rızada Hata	80
Tablo 3: Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hatada Teorilerin Çözüm Yolları ve Hukuki Sonuçlar	170

ŞEKİLLER LİSTESİ

Şekil 1: Maus-wiesel Olayının Çözümü (Baskın Görüş)	32
Şekil 2: Maus-wiesel Olayının Çözümü (Azınlık Görüşü)	33
Şekil 3: Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata Halleri	38
Şekil 4: Hukuka Uygunluğun Yapısı.....	44
Şekil 5: Kasten İşlenen Suçlarda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hatanın Kontrolü	179

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ	iv
KISALTMALAR LİSTESİ	vii
TABLolar LİSTESİ	xi
ŞEKİLLER LİSTESİ	xii
GİRİŞ	1
1. Araştırmanın Önemi	1
2. Araştırma Soruları	3
3. Araştırmanın Sınırları	5
4. Çalışmanın Planı	8

BİRİNCİ BÖLÜM

HATA KAVRAMI, CEZA HUKUKUNDA HATANIN TASNİFİ VE TEMELLENDİRİLMESİ İLE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN MADDİ KOŞULLARINDA HATA VE ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR10

I. CEZA HUKUKUNDA HATA KAVRAMI VE HATANIN TASNİFİ.....	10
A. HATA KAVRAMI	10
B. HATANIN TASNİF EDİLMESİ	13
1. Olgusal Gerçeklik Hakkında Hata	16
a) Tipiklik Alanında.....	16
b) Hukuka Aykırılık Alanında	17
c) Kusur Alanında.....	21
d) Unsurlar Dışında Kalan Öğeler	22
2. Normatif Gerçeklik Hakkında Hata.....	24
a) Doğrudan Yasak Hatası.....	25
b) Dolaylı Yasak Hatası.....	27
c) Kusuru Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenlerde Norm Hatası	28
d) Unsurlar Dışında Kalan Öğelerin Varlığında veya Sınırında Hata	29
3. Çifte Hata.....	30
a) Tipiklik Hatası ile Yasak Hatasının Tipiklik Alanında Birleşimi ..	31
b) Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata ile İzinin Kapsamında Hatanın Hukuka Aykırılık Alanında Birleşimi.....	35
II. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN MADDİ KOŞULLARINDA HATA VE ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR	37
A. KAVRAMSAL ÇERÇEVE.....	39
1. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata	39
2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hatanın Kapsamına Girmeyen Durumlar.....	40
a) Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Tersine Hata	

b) Hukuka Uygunluk Nedeninin Varlığında Hata	48
c) Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması.....	50
d) Ceza Sorumluluğunu Etkileyen Diğer Nedenlerin Koşullarında Hata 54	
e) İnanç Faili.....	55
B. ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR.....	56
1. Suçun Kanuni Tanımında Geçen Hukuka Aykırılık İfadesi.....	57
2. Meşru Savunma	64
a) Saldırının Varlığına İlişkin Hata	64
b) Saldırının Haksız Olmasında Hata	68
c) Savunmanın Zorunluluğuna İlişkin Hata.....	69
d) Savunma Hareketinin Üçüncü Kişileri Etkilemesi.....	71
i. Savunma Hareketleri Sırasında Sapma	71
ii. Saldırganın Kimliğinde Hata veya Şahısta Hata	73
e) Savunmada Sınırın Aşılması	74
3. İlgilinin Rızası	76

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN MADDİ KOŞULLARINDA HATANIN TEMELLENDİRİLMESİ.....	81
I. SUÇ TEORİLERİNİN HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN MADDİ KOŞULLARINDA HATAYA ETKİSİ.....	81
1. Klasik Suç Öğretisi.....	82
2. Neo-Klasik Suç Öğretisi.....	85
3. Finalist Suç Öğretisi	87
4. Şahsi Haksızlık Öğretisi	92
5. Değerlendirme	94
II. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN MADDİ KOŞULLARINDA HATANIN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	96
A. HAKSIZLIK HATASI KAPSAMINDA DEĞERLENDİREN TEORİLER.....	97
1. KATI KUSUR TEORİSİ.....	97
a) Teorik Temeli	98
b) Hukuki Sonuçları.....	100
c) Teoriye Yönelik Eleştiriler	101
i. Adil Olmayan Sonuçlara Neden Olma	102
ii. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Tersine Hatada Çelişkili Sonuçlar	104
iii. Hukuka Uygunluk Nedeninin Koşullarını Kontrol Etme Yükümlülüğü.....	106
(a) Kontrol Yükümlülüğü.....	106
(b) Şüphe Durumu	109
iv. Hukuka Sübjektif Uygunluk İtirazı	114
(a) Şekli Argüman: Tipiklik Hatası ile Eşdeğerlilik.....	115
(b) Maddi Argüman: Hareketin Haksızlığının Azalması	116
d) Değerlendirme	117

B. TİPİKLİK HATASI KAPSAMINDA DEĞERLENDİREN TEORİLER	119
1. Değiştirilmiş Kast Teorisi.....	119
a) Teorik Temeli	121
b) Hukuki Sonuçları.....	123
c) Teoriye Yönelik Eleştiriler	123
i. Taksir Tipleştirmesi.....	123
ii. Kusur Kavramıyla Uygunluk	125
d) Değerlendirme	126
2. Tipikliğin Olumsuz Unsurları Teorisi	127
a) Teorik Temeli	128
i. Haksızlığın Yapısı	128
ii. Kastın Kapsamı	130
b) Hukuki Sonuçları.....	131
c) Teoriye Yönelik Eleştiriler	131
i. Normun Uyarı Fonksiyonunun İşlevsizleştirilmesi.....	132
ii. Haksızlığın Yapısı ve Hareket Kavramına Yaklaşımı.....	133
iii. Kast Teorisinin Ortaya Koyduğu Sübjektif Sorumluluk Yaklaşımı ile Karşılaştırılması	134
iv. Pozitif Düzenlemelerle Çelişmesi Üzerine Yapılan Eleştiriler	134
d) Değerlendirme	135
3. Sınırlı Kusur Teorisi	136
a) Teorik Temeli	137
i. Haksızlığın Yapısı ve İçeriği	137
ii. Kastın Kapsamı	139
iii. Hukuka Sadık Fail Kriteri	142
b) Hukuki Sonuçları.....	144
c) Teoriye Yönelik Eleştiriler	145
i. Cezalandırma Boşlukları	145
ii. Hukuka Aykırılık Tipi Oluşturması.....	146
d) Değerlendirme	147
C. KENDİNE ÖZGÜ BİR HATA TÜRÜ OLARAK DEĞERLENDİREN TEORİLER.....	149
1. Hukuki Sonuçları Yönlendirilmiş Kusur Teorisi	149
a) Teorik Temeli	149
b) Hukuki Sonuçları.....	153
c) Teoriye Yönelik Eleştiriler	154
i. Teorinin Gerekliliği	155
ii. İştirak Kurallarıyla Uyum.....	156
d) Değerlendirme	157
2. Bağımlı Kusur Teorisi	158
a) Teorik Temeli	158
b) Hukuki Sonuçları.....	159
c) Teoriye Yönelik Eleştiriler	160
i. Teorinin Çelişkili Çözümü	160
ii. Sanığın Savunma Hakkı Bağlamında.....	161
(a) Davasız Yargılama Olmaz İlkesi	161

(b) Suçlamanın Niteliğini Öğrenme ve Hukuki Dinlenilme Hakkı	162
iii. Kanunilik İlkesi Bağlamında	163
d) Değerlendirme	164
3. Hukuki Sonuçları Bağımsız Kusur Teorisi.....	165
a) Teorik Temeli	165
b) Hukuki Sonuçları.....	166
c) Değerlendirme	167
4. İzin Verilen Risk Görüşü.....	168
D. DEĞERLENDİRME VE KANAAT	169
1. Teorilerin Değerlendirilmesi	169
2. Görüşümüz	174
3. Hatanın Suçun Yapısı İçinde Kontrolü.....	177

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN	
MADDİ KOŞULLARINDA HATANIN DEĞERLENDİRİLMESİ	180
I. HATANIN KANUNİ SİSTEMATİK ÇERÇEVESİ.....	180
A. TARİHİ ARKA PLAN.....	180
B. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU	184
1. Suçun Maddi Unsurlarında Hata (TCK m. 30/1)	184
2. Suçun Nitelikli Unsurlarında Hata (TCK m. 30/f. 2)	187
3. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerin Koşullarında Kaçınılmaz Hata (TCK m. 30/f. 3)	190
4. İşlediği Fiilin Haksızlık Oluşturduğu Hususunda Kaçınılmaz Hata (TCK m. 30/f. 4).....	193
II. KANUNDAKİ İFADENİN KAPSAMINA YÖNELİK GÖRÜŞLER	194
A. Hem Hukuka Uygunluk Nedenleri Hem de Kusurluluğu Etkileyen Nedenler Bakımından Ele Alan Görüşler.....	195
B. Sadece Kusurluluğu Etkileyen Nedenler Bakımından Ele Alan Görüşler	195
C. Sadece Hukuka Uygunluk Nedenleri Bakımından Ele Alan Görüşler.	196
D. Değerlendirme	197
III. KANUNİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ	202
A. Kanun Koyucunun İradesi.....	202
1. Yararlanır İfadesinin Anlamı.....	202
2. Kaçınılmazlık Değerlendirmesi.....	207
3. Kaçınılabılır Hatanın Hukuki Sonucu	215
B. Kanuni Düzenleme Karşısında Teorilerin Değerlendirilmesi	218
C. Doktrinadaki Görüşler ve Çözüm Yolları	222
D. Değerlendirme ve Kanaat	226
SONUÇ	232
KAYNAKÇA	243
ÖZGEÇMİŞ	259

GİRİŞ

1. Araştırmanın Önemi

Bu çalışmada, ceza hukukunun en tartışmalı konularından biri olan *hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata* ele alınmaktadır. Bu hata türünde fail, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif koşulları somut olayda gerçekleşmemesine rağmen gerçekleştiğini düşünerek hareket etmektedir. Dolayısıyla failin zihnindeki gerçeklik ile objektif gerçeklik örtüşmemektedir. Failin dış dünyadaki olay ve olgular hakkında düştüğü hata; hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenin, bir başka ifadeyle failin hareketine izin veren normun maddi koşullarına ilişkindir. Hukukun bu hataya ne sonuç bağlayacağı ya da bir sonuç bağlayıp bağlamayacağı sorusu, bu tez çalışmasının konusunu oluşturmaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatanın, suç teorileri, suçun unsurları, özellikle suçun manevi unsuru, kusurluluk, teşebbüs, iştirak başta olmak üzere birçok konuyla doğrudan veya dolaylı bağlantısı bulunmaktadır. Nitekim kastla ilişkisi bakımından hata, *kastın diğer yüzü*; bir başka ifadeyle *tersine kast öğretisi* olarak da nitelendirilmiştir¹. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata gibi bir soruya cevap aramak, suç teorisini en temel problemlerine dönmeyi gerektirmiştir. Ayrıca araştırma konusu hakkında varılacak sonuçlar suç teorisinin birçok konusunda da karşılık bulacaktır.

Bununla beraber, 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hata konusunda kapsamlı bir düzenleme yapıldığı ve bu düzenlemede hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya da yer verildiği belirtilmelidir. Fakat bu konuda bir düzenlemenin varlığına rağmen hükümdeki bazı belirsiz ifadeler, bu konudaki tartışmaların sürmesine neden olmaktadır. Nitekim hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hata, Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 3. fıkrasında "*Ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin koşullarının gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*" hükmüyle düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemede açık

¹Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 11. Auflage, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003, s. 496, kn. 1.

olmayan ve yoruma ihtiyaç duyulan bazı noktalar bulunmaktadır. Özellikle, “yararlanır” ifadesinin anlamı, “kaçınılmazlık” değerlendirmesinin nasıl yapılacağı ve “kaçınılabılır hataya ne sonuç bağlanacağı” doktrinde tartışılmaktadır.

Yargıtay’ın da söz konusu hükümdeki “yararlanır” ifadesini farklı şekillerde yorumladığı görülmektedir. Yargıtay bir kararında söz konusu hatayı kusurla ilişkilendirirken²; bir başka kararında kaçınılmaz hatanın kastı ortadan kaldırdığına hükmetmiştir³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında kaçınılmaz hatada failin kastının ortadan kalktığından bahisle beraatine karar verirken⁴; bir başka kararında söz konusu hatada fiil her ne kadar kasten işlenmiş olsa da hukuka aykırılık ortadan kalktığı için fiilin suç teşkil etmediği yönünde karar verdiği görülmektedir⁵. Dolayısıyla Yargıtay kararlarından söz konusu hatayla ilgili istikrarlı bir sonuç çıkarmak mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte, Yargıtay’ın yararlanır ifadesini failin kaçınılmaz hatasında kastının ortadan kalktığı şeklinde yorumladığı kararları⁶ bulunmasına rağmen kaçınılabılır hatada taksirli suçtan sorumluluğuna hükmettiği herhangi bir kararına rastlanmamıştır. Buna karşın, kaçınılabılır hatada Yargıtay istikrarlı bir şekilde failin TCK m. 30/f.3’de düzenlenen hata halinden yararlanamayacağına ve bu hususun temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağı yönünde kararlar verdiği de belirtilmelidir⁷.

Belirtilen bu nedenlerle, failin tasavvur ettiği durum ile dış dünyada gerçekleşen durum arasındaki farklılığın hukuki niteliğini ve suçun hangi unsurunu etkilediğini tespit etmek, bu kapsamda failin ceza sorumluluğunu isabetli bir şekilde değerlendirmek için tüm suç teorisine hâkim olunması gerekir. Bu kapsamda, aşağıda yer alan kurgusal olay akabinde araştırma soruları, araştırmanın sınırları,

² Yargıtay 14. CD., E. 7351/1926, T. 10.04.2017.

³ Yargıtay 13. CD., E. 2018/13059, K. 2019/6299, T. 11.4.2019.

⁴ YCGK, E. 2014/15-229, K.2017/449, T. 31.10.2017.

⁵ YCGK, E. 2011/5-230, K. 2011/273, T. 20.12.2011.

⁶ Çalışmanın üçüncü bölümünde yer alan “1. Yararlanır İfadesinin Anlamı” başlığı altında söz konusu kararlar hakkında detaylı bilgi yer almaktadır.

⁷ YCGK, E. 2013/747, K. 2014/129, T. 11.3.2014; 2014/88, K. 2014/334, T. 17.06.2015; YCGK, E. 2011/5-230, K. 2011/273, T. 20.12.2011.

çalışmanın ana hipotezi ve buna bağlı olarak her bir bölümün genel kapsamı ortaya konulmuştur.

2. Araştırma Soruları

Örnek (1): (A) ve (E) bitişik bahçeleri olan komşulardır. (E)'nin bahçesinde, dalları (A)'nın bahçesine sarkan, rüzgârlı havalarda yapraklarının düşmesi ile rahatsızlık veren uzun bir ağaç bulunmaktadır. (A), birkaç kere (E)'den ağacı kesmesini istediye de (E) ağacın kesilmesine razı değildir. (E)'nin tatilde olduğu bir gün, (A), tartışma konusu ağacı keser. Bunun için gerekli motorlu testereyi, ağacın kesileceğini bilen arkadaşı (B)'den temin etmiştir. Bununla birlikte, (A), (E)'nin rızası dahilinde hareket ettiğini sanmaktadır. Çünkü (E) tatile çıkmadan önce, (A)'nın posta kutusuna “*Önerinizi kabul ediyorum; lütfen yokluğumda her şeyi yapın!*” notunu içeren imzalı bir mektup bırakılmıştır. Fakat bu notun ağacın kesilmesiyle hiçbir ilgisi yoktur. Çünkü postacı, adressiz bu zarfı bir yanlış anlaşılardan dolayı (A)'nın posta kutusuna atmıştır. (B)'nin ise bu nottan haberi yoktur ve (E)'nin rızası dışında ağacın kesilmesi için arkadaşı (A)'ya yardım ettiğini düşünmektedir. (E) tatilden döndüğünde, bahçesindeki ağacın yerinde olmadığını görür ve gözlerine inanamaz⁸. (A) mala zarar verme suçundan, (B) ise bu suçta yardım etmeden dolayı sorumlu olacak mıdır?

Somut olayda (A), bir hukuka uygunluk nedeni olan rızanın varlığında hataya düşmektedir. Söz konusu hataya nasıl bir hukuki sonuç bağlanacaktır? Tipiklik hatası ile eş kabul edilerek failin kastının ortadan kalktığı mı kabul edilmelidir? Haksızlık bilincinin yokluğu nedeniyle yasak hatası hükümleri mi uygulanmalıdır? Yoksa tipiklik kastının varlığı kabul edilmesine rağmen fail kasten işlenen suçtan sorumlu tutulmayıp, bu durum şerikleri cezalandırmak için yeterli mi kabul edilmelidir? Ya da failin tipiklik kastının değil; kusur kastının ortadan kalktığı kabul edilerek kötü niyetli şerikleri cezalandırmak için yapısal imkân açık mı tutulmalıdır? Bunların ötesinde, söz konusu hata türünün kendine özgü yapısı dikkate alınarak hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen kaçınılmaz hatanın kendisi mi

⁸ Örnek için bkz. Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 49. Auflage, C.F. Müller, 2019, s. 245, kn. 723.

bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir? Bu sorulara verilen cevaplar, literatürde bağımsız birer teori çerçevesinde karşımıza çıkmaktadır.

Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında düşülen hata konusunda Alman ceza hukuku doktrinde sekiz farklı teori geliştirilmiştir. Söz konusu hata türünün Alman ceza hukukunda düzenlenmemiş olması, doktrinde yapılan tartışmaları zenginleştirmekle birlikte bu durum hata teorisini basitleştirmekten ziyade daha da karmaşık duruma getirmiştir⁹. Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 3. fıkrasında, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusunun özel olarak düzenlendiği, fakat söz konusu düzenlemede bazı belirsiz ifadelerin olduğu ve bu nedenle gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında söz konusu hükmün birbirinden oldukça farklı şekillerde yorumlandığı belirtilmiştir. Türk doktrinde, kanundaki bu belirsizlikleri Alman hukukundaki tartışmalar ışığında çözme eğilimi bulunmaktadır. Oysa Alman Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hataya ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Alman Ceza Kanunu'nun 16. paragrafında *tipiklik hatası*, 17. paragrafında ise *yasak hatası* düzenlenmiştir. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda, failin lehine olan tipiklik hatası kurallarının kıyasen uygulanması kabul görmektedir. Fakat Türk hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusunda özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu nedenle söz konusu hatanın, kanun koyucunun kabul ettiği teoriden bağımsız değerlendirilemeyeceğini düşünmekteyiz. Dolayısıyla, çalışmada teorik olarak kabul ettiğimiz görüş, *olması gereken hukuk* şeklinde açıklanırken; Türk Ceza Kanunu'ndaki hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata düzenlemesinin anlamı, kanunun gerekçesi, bölüm başlığı, madde başlığı ve ilişkili olduğu diğer hükümler sistematik olarak incelenerek *pozitif hukuk* bakımından tespitlerde bulunulacaktır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata, bazı yan sorunlara ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bir kişi, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hem maddi gerçeklik hatasına hem de norm hatasına aynı

⁹ Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 4. Aufl., C.H. Beck, München, 2006, s. 623, kn. 53.

anda düşebilir. Fail, hatalı tasavvuru nedeniyle bir taraftan hukuka uygunluk nedeninde sınırı aşarken; diğer taraftan hukuka uygunluk nedeninin diğer koşullarında hataya da düşebilir¹⁰. Hatalı tasavvurların birleştiği bu gibi durumlarda çözüm bulabilmek her zaman kolay değildir. Nitekim Alman doktrinde meşru savunmada sınırın aşılması ve varsayılan meşru savunmada sınırın aşılmasında normatif sorumluluk kapsamında failin aklanmaması gerektiği görüşü sorgulanmaktadır. Varsayılan meşru savunmada sınırın aşılması durumunda, fail aslında mevcut olmayan bir saldırıya karşı savunma yaptığını düşünmektedir ve bu savunmada sınırı da aşmaktadır. Bu nedenle "savunma hareketi" mevcut bir saldırı olsaydı bile izin verilen savunma sınırlarını aşmış olacaktır. Böyle bir durumda sübjektif görüşü temsilen *Köhler*, failin düşüncesinin onu haklı çıkarmak için psikolojik motivasyon sağladığını ifade etmektedir.¹¹ Dolayısıyla tartışma, 1944 yılında *Horst Schröder*'ün varsayılan meşru savunmada sınır aşımı ile ilgili görüşüne kadar geriye dönmektedir. *Schröder*'e göre; saldırıya uğrayan kişinin meşru savunmada hataen veya korku, heyecan veya telaş nedeniyle sınırı aştığı iki halde de zihni durumu yani psikolojik etkilenmesi aynıdır.¹² Hâl böyleyken, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasına ilişkin Türk hukukundaki düzenleme (TCK m. 27) karşısında, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarındaki hata ile sınırın aşımının kesiştiği olaylarda bu iki düzenlemenin (TCK m. 30/f. 3 ve TCK m. 27) değerlendirilmesi gerekecektir. Çalışmada söz konusu bu yan sorunlar, araştırma konumuz olan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata için önem arz ettiği ölçüde incelenecektir.

3. Araştırmanın Sınırları

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata gibi bir soruya cevap aramak, suç teorisinin en temel problemlerine dönmeyi gerektirir. Haksızlık ve kusur ilişkisi, kastın kapsamı, haksızlık bilincinin konumu, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru olup olmadığının yanı sıra hata kavramının gelişimi,

¹⁰ Detaylı bilgi için çalışmanın 1. Bölüm, I, B, 3. "Çifte Hata" başlığı altındaki açıklamalara bakılabilir.

¹¹ Helmut Köhler, **BGB Allgemeiner Teil**, Juristische Kurz-Lehrbücher, 42. Aufl., C. H. Beck, 2018, s. 424.

¹² Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 24.

hata türleri ve hukuki sonuçları da bu sorulara dahildir. Tüm bu konulara araştırma konumuz olan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata ile temas ettiği ölçüde değinilecektir.

Çalışmanın başlığı, araştırmada dogmatik ceza hukukunun odak noktası olduğunu göstermekle birlikte, konunun kapsam ve sınırlarını ortaya koyması adına tercih edilmiştir. Bu kapsamda çalışmanın başlığı, hata kenar başlıklı Türk Ceza Kanunu’nun 30. maddesinde düzenlenen suçun maddi unsurlarında hata (f. 1), nitelikli unsurlarda hata (f.2), kusurluluğu etkileyen nedenlerin koşullarında hata (f. 3) ve haksızlık hatası (f. 4) hallerinin araştırma kapsamı dışında tutulduğunu göstermektedir. Başlıkta yer alan “maddi koşullarında hata” ifadesi ise hukuka uygunluk nedenlerinde düşülen norm hatasının araştırmaya dahil edilmediğine işaret etmektedir. Ayrıca başlıkta yer alan “koşullarında” ifadesi ise hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında veya kapsamında düşülen hatanın araştırma konusunun merkezinde olmadığını göstermektedir. Bu konulara sadece yan sorunlar olarak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata ile birlikte temas edilecektir.

Son olarak, TCK m. 30 f. 3’de geçen “koşulların gerçekleştiği hususunda” ifadesi söz konusu maddede olumlu hatanın (düz hata) düzenlendiğini göstermektedir. Nitekim fail somut olayda, hareketine izin veren bir normun koşullarının gerçekleştiğini bilmediği için suç işlediğini düşünerek tersine hataya da düşebilir. Her iki hata türü de ceza hukukunun en tartışmalı konularından olmakla beraber, çalışmada olumlu hata hali, yani hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata (objektif unsurun eksikliği) değerlendirilmektedir. Bu nedenle tersine hata (sübjektif unsurun eksikliği) haline çalışma konumuzla sınırlı olarak temas edilecek, çalışmanın odak noktası hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının gerçekleştiği hususundaki hata olacaktır.

Özetle, suç teorisinin en temel sorularına dönmeyi gerektiren bu çalışmada aşağıdaki sınırlandırmaların yapılması gerekmiştir:

1. *Suçun maddi unsurlarında hata, nitelikli unsurlarında hata, haksızlık hatası ve kusurluluğu etkileyen nedenlerin koşullarında hata inceleme dışında tutulmuştur.* Araştırma konusu olan hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarına düşülen hatanın

diğer hata türlerinden farkı açıklanırken ve kanuni sistematik incelenirken diğer hata türlerine değinilmekle yetinilmiştir.

2. *Çalışmada, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata incelenerek norm hatası kapsam dışında tutulmuştur.* Kişi, hukuka uygunluk nedeninin varlığında, yani aslında hukuken kabul edilmeyen bir nedenin var olduğunu düşünerek hareketine izin verildiğini veya hukuken kabul edilmekle birlikte söz konusu nedenin kapsamında da hataya düşebilir. Tüm bu durumlar dış dünyadaki gerçeklikle ilgili değil hukuki normlarla ilgili hatalardır ve çalışma konusu için önem arz ettiği ölçüde değinilmiştir.

3. *Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında tersine hata halleri araştırma kapsamının dışında tutulmuştur.* Nitekim TCK m. 30 f. 3’de geçen “koşulların gerçekleştiği hususunda” ifadesi söz konusu maddede olumlu hatanın düzenlendiğini göstermektedir. Bu nedenle tersine hata haline araştırma konusu ile temas ettiği ölçüde değinilmiştir.

4. *Hukuka uygunluk nedenleri, Türk Ceza Kanunu’nda düzenlendiği şekliyle kabul edilmiştir.* Dolayısıyla zorunluluk hali veya ilginin rızası gibi hukuki niteliği tartışmalara neden olan durumlar, hata konusu bakımından önem arz ettiği ölçüde değerlendirilmiştir. Örneğin, suçun kanuni tanımında özel olarak hukuka aykırılığa veya rızanın yokluğuna yer verildiği suç tiplerinde söz konusu nedenin koşullarında düşülen hatanın anlamı ortaya koyulmuştur.

5. *Haksızlık ve kusur ilişkisi, kastın kapsamı, haksızlık bilincinin konumu, hukuka uygunluk nedenlerinin neler olduğunun yanı sıra hata kavramının gelişimi, hata türleri ve hukuki sonuçlarına araştırma konusuyla sınırlı olarak temas edilmiştir.*

6. *Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata kapsamında daha önce ileri sürülen teorilerin ve çözüm yollarının tespitinde ekseriyetle Alman ceza hukuku doktrininden faydalanılmıştır.* Tarihsel perspektif sunulurken de İtalyan Ceza Hukuku, İsveç Ceza Hukuku ve Avusturya Ceza Hukuku’ndaki duruma da işaret edilmiştir. Araştırmada Alman ceza hukuku öğretisinden faydalanılmasının bir nedeni de haksızlık ve kusur kavramlarının gelişimi ile birlikte hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusunda Alman doktrininde derin tartışmaların yer almasıdır. Alman Ceza Kanunu’nda Türk Ceza Kanunu’ndan farklı

olarak özel bir düzenleme olmaması bu alandaki tartışmaları zenginleştirmiş ve bu çerçevede farklı teorilerin ortaya koyulmasını sağlamıştır. Bu nedenle Alman literatürü konusundaki bu sınırlamanın, araştırmanın bir zenginliği olarak da yorumlanabileceği düşünülmektedir.

4. Çalışmanın Planı

Bu tez çalışması üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde; hata kavramı, ceza hukukunda hatanın tasnifi ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata kavramı ele alınmıştır. Bu bağlamda araştırma konumuz olan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata türünün diğer hata türlerinden farkları örnekler ile desteklenmektedir. Ayrıca hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata kapsamına girmeyen fakat birbiriyle karıştırılabilen hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hata, sınırında hata ve tersine hata halleri ile farkları izah edilmektedir. İlgili hata türü ortaya koyulduktan sonra özellik arz eden bazı durumlar incelenmiştir. Bu kapsamda suçun kanuni tanımında özel olarak hukuka aykırılık ifadesine yer verildiği durumlar, meşru savunma ve ilgilinin rızası değerlendirilmiştir.

İkinci bölümde, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın teorik temellendirmesi yapılmaktadır. Bu kapsamda, hata konusu diğer birçok konudan daha fazla suçun genel yapısı ile birlikte değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Nitekim hatanın kast ve kusur ile olan ilişkisi, ceza hukukunda önemli keşiflere yol açmış ve geleneksel suç sistematığının değişmesine neden olmuştur. Suç sistematığında ortaya çıkan değişiklikler, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata konusunu da kayda değer bir şekilde etkilemiştir. Bu kapsamda, öncelikle klasik, neo-klasik, finalist ve şahsi haksızlık öğretilerinin suç sistematığında ortaya çıkardığı değişime bağlı olarak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın gelişimi gösterilmektedir. Ardından hata öğretisinin kilit noktası olarak tarif edilen hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatayı, haksızlık hatası kapsamında gören (1) Katı Kusur Teorisi; tipiklik hatası sonuçlarına bağlayan (2) Değiştirilmiş Kast Teorisi, (3) Tipikliğin Olumsuz Unsurları Teorisi, (4) Sınırlı Kusur Teorisi ile bağımsız bir hata türü olarak gören (5) Hukuki Sonucu Yönlendirilmiş Kusur

Teorisi, (6) Bağımlı Kusur Teorisi, (7) Hukuki Sonucu Bağımsız Kusur Teorisi ile birlikte kaçınılmaz hatanın kendisini bir hukuka uygunluk nedeni olarak gören (8) İzin Verilen Risk Görüşü incelenmektedir. Her bir teorinin çözüm yolu ilgili başlık altında değerlendirilmekle birlikte, tüm teoriler konusundaki eleştirilerimiz ve değerlendirmemiz “Teorilerin Değerlendirilmesi” ve “Görüşümüz” başlıkları altında sunulmaktadır.

Üçüncü bölümde ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatanın Türk Ceza Hukuku’nda nasıl düzenlendiği incelenmektedir. Bu kapsamda, hatanın yasal çerçevesi tarihi arka planla birlikte değerlendirilmiştir. 765 sayılı eski TCK’nın sadece şahısta hata ve hedefte sapma halini düzenleyen 52. maddesi ve yasak hatasını mazeret kabul etmeyen 44. maddesi karşısında; 5237 sayılı TCK’nın suçun maddi unsurlarında hatayı (f. 1), suça etki eden nedenlerde hatayı (f. 2), hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen nedenlerde hata halini (f. 3) ve haksızlık hatasını (f. 4) düzenleyen 30. maddesi yeni ve kapsamlı bir düzenlemedir. Nitekim hata konusu 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Türk hukukunda büyük bir öneme kavuşmuştur. Söz konusu düzenlemede, araştırma konumuz olan hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin, bu hatasından *yararlanacağı* belirtilmektedir. Bu ifadenin anlamı, kanun koyucunun iradesi, doktrindeki görüşler ve çözüm önerileri aktarılmıştır. Bu kapsamda, Alman ceza hukuku öğretisinde ortaya koyulan ve Türk ceza hukukunda da taraftar bulan teorilerin bir çözüm olup olamayacağı değerlendirilmiştir.

Son olarak, Türk Ceza Kanunu’nun hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hata konusunu düzenleyen 30. maddesinin 3. fıkrasının anlamı tespit edilerek ilgili maddede bir iyileştirme ihtiyacının olup olmadığı ortaya koyulmaktadır. Bu kapsamda, Kanun’un kastın tanımını düzenleyen 21. maddesi, haksızlık bilincinin konumuna işaret eden 30. maddesinin 4. fıkrasının yanı sıra 27. maddesinde yer alan ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması durumunda taksirli sorumluluğun devam ettiği hükmü de dikkate alınarak ceza kanunun bütünselliğine uygun bir çözüm sunulmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HATA KAVRAMI, CEZA HUKUKUNDA HATANIN TASNİFİ VE TEMELLENDİRİLMESİ İLE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN MADDİ KOŞULLARINDA HATA VE ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

I. CEZA HUKUKUNDA HATA KAVRAMI VE HATANIN TASNİFİ

A. HATA KAVRAMI

Hata¹, “*hakikata uygun olmayan ve fakat hata eden kimsece katî surette, yani tereddütsüz hakikat olarak kabul edilen bir fiil*” olarak tanımlanmaktadır². Bu bağlamda hata, kişinin zihnindeki gerçeklik ile objektif gerçekliğin birbirine uymaması anlamına gelmektedir. Ceza hukukunda hata, failin dış dünyadaki maddi olgulara veya normatif dünyaya ilişkin *bilgisizliği* yahut var olan bilgileri *hatalı değerlendirmesi* olarak tanımlanabilir³. Bu bilgi eksikliği veya var olan bilginin hatalı değerlendirildiği durumlarda; failin tasavvuru ile gerçek olay (*Sahverhalt*) veya hukuk kuralları (*Rechtsnorm*) örtüşmemektedir⁴. Bu durumda hata; eksik veya yanlış bilginin ya da mevcut bilginin hatalı değerlendirilmesinin yol açtığı kanıyı

¹Doktrinde bazı yazarlar hata kavramı yerine “yanılgı” veya “yanılma” kavramını kullanmaktadır. Alman hukukunda “*irrtum*”, İtalyan Hukukunda “*errore*”, Fransız hukukunda “*erruer*”, Amerikan ve İngiliz hukukunda ise “*mistake, error*” şeklinde karşımıza çıkan bu kavramı Türkçe’de karşılamak için “hata” ve “yanılma” kavramları kullanılmaktadır. Bkz. **Türk Hukuk Lügati**, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991, s. 120. Bununla birlikte, Kıyığı’nın Almanca sözlüğünde *irrtum* kavramının “hata, yanılma” anlamına geldiği belirtilerek her iki kelimenin bir arada kullanıldığı da belirtilmelidir. Bkz. Nazım Kıyığı, **Almanca Sözlük**, Beck C.H., 2010, s. 429. Çalışmamızda terim birliğini sağlamak adına, Türk kanun koyucunun ilgili madde başlığındaki tercihi sadık kalınarak *hata* kavramı kullanılmıştır.

² **Türk Hukuk Lügati**, s. 120.

³ Alman hukukunda *unkenntnis* ve *irrigie annahme* kavramlarının kullanıldığı ve hatanın türlerinin de bu iki forma göre değerlendirildiğini görülmektedir. Bkz. Walter Grop, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer, Heidelberg, 2015, s. 563, kn. 15; 592, 594, 601, vd. Anglo Sakson hukukunda da *mistake of fact* ve *mistake of law* ayrımı bulunmaktadır. *Mistake of fact*, failin olgusal gerçekler hakkında yanılmasını ifade ederken; *mistake of law* halinde fail fiilinin suç teşkil etmediği konusunda hataya düşmektedir. Bkz. Rollin M. Perkin, “Ignorance and Mistake in Criminal Law, **University of Pennsylvania Law Review**, 1939, s. 35; Joel Samaha, **Criminal Law**, Minesota 2013, s. 148.

⁴ Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2020, s. 596; Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 300; Veli Özer Özbek ve diğer yazarlar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 420; Fatih Selami Mahmutoğlu, Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul, Beta Basım, 2017, s. 672.

ifade eder⁵. Bununla birlikte, hatanın “*kasta maktun olmıyarak insandan sadır olan yanlışlık*” şeklinde tanımlandığı da görülmektedir⁶. Dolayısıyla *tasavvur ile gerçekliğin bilinçli olmayan uyumsuzluğunun*, hatayı ortaya çıkardığı söylenmelidir⁷. Burada failin, mutlaka aktif bir düşünme eylemine girmesi aranmayıp o sırada zihninde oluşan resim ile olgulara veya normlara ilişkin gerçekliğin örtüşmemesi yeterli kabul edilmektedir⁸. Failin zihnindeki resmin somut gerçeklikle örtüşmemesi, onun bilgisizliğinden veya durumu hatalı değerlendirmesinden kaynaklanabilmektedir. Örneğin, akrabalar arasında yaşanan cinsel ilişkiyi bulunduğu ülkede suç zanneden kişinin yanlışlığı bilgisizliğinden kaynaklanırken; duyduğu trafik kazası sesini bomba zanneden kişinin yanlışlığı ise değerlendirme eksikliğinden kaynaklanmaktadır.

Hata öğretisinin temelinde üç sorunun yer aldığı söylenebilir. Birincisi, “Kişi ne hakkında hataya düşebilir?”; ikincisi “Kişi hangi şekilde hataya düşebilir?” ve sonuncusu “Kişinin düştüğü her hata hukuken önemli midir?”. İlk soru, kişinin her şey hakkında hataya düşebileceği, ceza hukuku bakımından ise cezalandırılabilirliğe neden olan tüm unsurlar hakkında yanılabilceği şeklinde cevaplandırılabilir. Bu bağlamda, **hatanın konusu** her şey olabilmesine rağmen ceza hukuku açısından bu alan, cezalandırılabilir hareketin unsurlarıyla sınırlandırılmaktadır⁹.

İkinci soru ise hatanın iki görünümü olduğu şeklinde yanıtlanabilir. Birincisi, cezalandırılabilirliğin herhangi bir aşamasında objektif unsurlar somut olayda gerçekleşmemesine rağmen, failin gerçekleştiği inancıyla hareket ederek düştüğü *olumlu hata* veya *düz hatadır*. İkincisi ise failin dış dünyada gerçekleşen objektif bir durumdan habersiz hareket ederek *tersine hataya* düşmesidir. Dolayısıyla hatanın biri olumlu (gerçekte olmayan bir durumu tasavvur etmesi), biri olumsuz (gerçekte olan bir durumu farkında olmaması) olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Bununla

⁵ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 9. Bası, İstanbul, Beta Basım, Cilt: II, 1986, s. 339; Devrim Güngör, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Ankara, Yetkin Basımevi, 2007, s. 23.

⁶ **Türk Hukuk Lügati**, s. 120.

⁷ Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Verlag Krach, Mainz, 1949, s. 77; Ragıp Barış Erman, **Yanılgının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 4.

⁸ Erol Cihan, **Ceza Hukukunda Fiili Hata**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 1971, s. 4; Erman, **Yanılgının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 4

⁹ Gropp, AT, § 13, s. 562, kn. 13.

beraber failin, dış dünyadaki olgular hakkında olumlu veya tersine hataya düşebileceği gibi ceza hukuku normlarına ilişkin de olumlu (düz) veya tersine hataya düşebileceği belirtilmelidir¹⁰.

Son soruya verilecek yanıt ise ilk soruya verilen kapsamlı yanıt sınırlamaktadır. Ceza hukuku açısından hatanın konusu olabilecek alan, cezalandırılabilir hareketin unsurları ile sınırlıdır. Bu alan dışında, yani suç tipi, hukuka aykırılık ve kusur dışında düşülen hatalar önemsiz görülmektedir¹¹. Suçun kanuni tanımında yer almasına rağmen kastın kapsamında olmayan şahsi cezasızlık nedenleri veya cezayı ortadan kaldıran veya azaltan şahsi nedenler önemsiz hata olarak kabul edilmektedir¹².

Bununla birlikte, **hatanın önemli** olup olmadığı konusu, Türk hukukunda 765 sayılı TCK döneminde, doktrinde *esaslı hata* veya *esaslı olmayan hata* kapsamında ele alınmıştır. Fakat hata konusunu düzenleyen 5237 sayılı TCK m. 30'da “esashlık” veya “önemlilik” bakımından herhangi bir şartın aranmadığı görülmektedir. Bununla beraber, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin koşullarında (TCK m. 30/f. 3) ve işlenen fiilin haksızlık teşkil etmesi konusunda (TCK m. 30/f. 4) düşülen hatada ise *kaçınılmazlık* kriterinin aranması hatanın önemi konusunu ortaya çıkarmaktadır¹³. Kanun koyucunun kaçınılmazlık kriterini suçun maddi unsurlarında düşülen hatada aramaması hatanın önemli olup olmadığı bakımından bir değerlendirme yapılmasını beraberinde getirmektedir¹⁴.

Söz konusu hata türleri arasında yapılan çeşitli tasnifler de bu sınırlamaların neticelerinde ortaya çıkmaktadır. Aşağıda söz konusu üç sorudan hareketle hata türleri tasnif edilecek, ardından diğer sınıflandırmalara da işaret edilerek araştırma

¹⁰ Gropp, AT, § 13, s. 562, kn. 13.

¹¹ Gropp, AT, § 13, s. 562, kn. 13.

¹² Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 261; Hans Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, § 30, s. 315, 316.

¹³ Kübra Tunç, **Kastı Engelleyen Hata**, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2020, s. 31.

¹⁴ Doktrinde, TCK m. 30/1 kapsamında suçun maddi unsurlarında düşülen hatanın fail hataya düşmemiş olsaydı fiili suç teşkil etmeyecekti denilerek, hatanın esaslı olması gerektiği belirtilmektedir (Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 316, kn. 1042; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 426; Zafer, **Genel Hükümler**, s. 308). Yargıtay da suçun maddi unsurlarında düşülen hatanın hayatın olağan akışı içerisinde uygun olup olmadığını veya dış olgulara göre bu hataya düşmenin mümkün olup olmadığını değerlendirmektedir (YCGK, E. 2014/14-47, K. 2015/178, T. 2.6.2015; Y 14. CD., E. 2011/11939, K. 2013/7304, T. 7.6.2013).

konumuz olan hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında düşülen hata kavramı örneklerle açıklanacaktır.

B. HATANIN TASNİF EDİLMESİ

Hata, suçun unsurlarına göre veya suçun unsurlarından bağımsız olarak hatanın niteliğine, konusuna veya hukuki sonucuna göre farklı şekillerde tasnif edilebilir. Birinci durumda, suçun unsurları referans alınarak; suçun maddi unsurlarında, hukuka aykırılık unsurunda, kusura ilişkin hata ve unsurlar dışında kalan öğelerde hata şeklinde sınıflandırılabilir. İkinci durumda ise hatanın niteliği referans alınarak; gerçeğe ilişkin maddi koşullarda hata ve hukuki değerlendirme hatası şeklinde incelenebilir. Son durumda ise hatanın hukuki sonucu dikkate alınarak; kastı engelleyen hata ve kusuru etkileyen hata şeklinde değerlendirilebilir¹⁵.

Çalışmada olgusal gerçeklik hatası ve normatif gerçeklik hatası ayrımı takip edilecek, ardından hatanın suçun yapısında ortaya çıktığı konuma ve hatanın olumlu veya tersine hata olması durumuna göre kapsayıcı ve suçun yapısı ile uyumlu bir sınıflandırma yapılacaktır. Suç sistematığına göre hatanın incelenmesi, dikey bir inceleme sağlarken; olgusal gerçeklik ve normatif gerçeklik hakkında hata incelemesi de yatay bir inceleme sağlamaktadır¹⁶. Bu incelemeye dahil edilen olumlu hata-tersine hata incelemesi de ortaya çıkabilecek tüm hata ihtimallerini kapsamayı hedeflemektedir. Nitekim kişi, genel olarak iki hususta hataya düşebilir. Birincisi, dış dünyadaki **olay ve olgular** hakkında düştüğü hatadır. İkincisi ise **norm**, yani **hukuk**

¹⁵ Kastı engelleyen hata, Türk doktrinde genellikle kastı ortadan kaldıran hata olarak ifade edilmektedir. Bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 640; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 255; Reşit Karaaslan, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata”, **Legal Hukuk Dergisi**, 2017, s. 1669; Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **TBB**, 110, 2014, s. 173. s. 130. Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarından bilinmemesi olarak tanımlanan ve TCK m. 30/f. 1’de düzenlenen bu hata, doktrinde kastı kaldıran hata olarak adlandırılmaktadır. Fakat kastın bilme unsurunun olayda gerçekleşmediği durumlarda, tek başına istemenin kastı oluşturmadığı, bu nedenle failin ilgili suça ilişkin kastına en baştan engel olduğu ifade edilmektedir. Kastı kaldıran hata ifadesi, öncelikle oluşan bir kast ardından failin hatası sonucu ortadan kalkıyor şeklinde bir anlama sebebiyet verebilir. Bu nedenle kastın oluşumunu engelleyen bu hatanın etimolojik açıdan kastı engelleyen hata şeklinde ifade edilmesi daha doğru olabilir. Bkz. Tunç, **Kastı Engelleyen Hata**, s. 23.

¹⁶ *Kuhlen* fiili hata-hukuki hata ayrımının yatay bir inceleme olduğunu ifade eder. Bkz. Lothar Kuhlen, **Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum**, Frankfurt am Main, Bern, New York: Verlag Peter Lang, 1987, s. 122.

kuralları hakkında düştüğü hatadır¹⁷. Bununla beraber, failin hem olgusal gerçeklik hem de hukuk kuralları hakkında birlikte hataya düştüğü üçüncü bir durumun daha bulunabileceği savunulmaktadır. Bu durum, Alman doktrininde “*doppelirrtum*” yani *çifte hata* olarak adlandırılmaktadır¹⁸.

Bununla beraber, kişi gerek olgusal gerçeklik gerekse normatif gerçeklik hakkında iki farklı şekilde hataya düşebilir. Birincisi, dış dünyada gerçekleşen bir olayın failin bilgisizliği veya hatalı değerlendirmesi sonucu zihnindeki gerçeklikte bulunmaması şeklinde ortaya çıkan **olumlu (düz) hatadır**. Bu durumda, ceza hukukunda hata hükümleri uygulama alanı bulur. İkincisinde ise failin gerçekte bulunmayan bir olayı var zannederek ceza sorumluluğuna ilişkin gerçekte olmayan bir sonucuna vardığı **tersine hata** halidir. Bu durumda ise teşebbüs veya mefruz suça ilişkin hükümlere yönelik değerlendirme yapılır.

Kişinin, olgusal gerçeklik veya normatif gerçeklik hakkında düştüğü olumlu ya da tersine hata, cezalandırılabilirliğin her aşamasında ortaya çıkabilir. Aşağıda yer alan Tablo 1 ile ortaya çıkabilecek hata türlerinin tamamını kapsayıcı bir tasnif yapılarak ceza hukukunda hata konusuna genel bir bakış açısı sunulmaya çalışılmıştır¹⁹.

¹⁷ Bu tasnif, fiili hata-hukuki hata tasnifi ile büyük ölçüde örtüşmekle birlikte olumlu hata-tersine hata halleri ve çifte hata başlığı ile daha geniş bir bakış açısı sunmaktadır. Bununla birlikte, Çınar’ın hatayı olguya ilişkin hatalar ve norma ilişkin hatalar şeklinde tasnifi de dikkate değerdir. Yazara göre olguya ilişkin hatalar; fiili olguda hata (Tatsachenirrtum), fiili olgunun anlamında hata (Bedeutungsirrtum) ve fiili olgunun değerlendirilmesinde hata (Bewertungsirrtum) şeklinde üçe ayrılmaktadır. Norma ilişkin hatalar ise haksızlık hatası, hareketin cezalandırılabilirliğine ilişkin hata ve hukuki yorum hatası olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bkz. İsmail Çınar, **Der Subsumtionsirrtum und seine Seltung in der strafrechtlichen Irrtumslehre**, Berlin, Logos Verlag, 2019.

¹⁸ Çifte hata hakkında ayrıntılı bilgi için çalışmanın I. Bölüm A. 3. Çifte Hata başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

¹⁹ Bu tablo, Wessels, Beulke ve Satzger’in “Strafrecht Allgemeiner Teil” kitabının 49. Basısının 246. sayfasında yer alan tablo geliştirilerek hazırlanmıştır (Bkz. Wessels, Beulke, Satzger, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 49. Auflage, C.F. Müller, 2019, s. 246). Fakat ilgili tabloda “Cezayı Ortadan Kaldıran Şahsi Nedenler” ve “Şahsi Cezasızlık Nedenleri/Ceza Muhakemesi Koşulları” şeklinde yer alan iki ayrı başlık birleştirilerek “Unsurlar Dışında Kalan Ögeler” şeklinde sunulmuştur. Ayrıca her hata türü ilgili olduğu örneklerle eşleştirilerek okuyucuya tüm hata türlerini kapsayıcı bir tablonun sunulması hedeflenmiştir.

Tablo 1: Ceza Hukukunda Hatanın Tasnifi

Hatanın Konusu	Olgusal Gerçeklik		Normatif Gerçeklik	
	Olumlu (Düz) Hata	Tersine Hata	Olumlu (Düz) Hata	Tersine Hata
Tipiklik	Suçun Maddi Unsurlarında Hata (Örnek 2-a)	Suçun Maddi Unsurlarında Tersine Hata (Örnek 2-b)	Doğrudan Yasak Hatası (Örnek 7 ve 8)	Tersine Doğrudan Yasak Hatası (Örnek 9)
Hukuka Aykırılık	Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata (Örnek 1, 3-a,)	Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Tersine Hata (Örnek 3-b, 17)	Dolaylı Yasak Hatası / İzin Hatası (Örnek 10 ve 11)	Tersine Dolaylı Yasak Hatası (Örnek 12)
Kusurluluk	Kusurluluğu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenlerin Maddi Koşullarında Hata (Örnek 4-a)	Kusurluluğu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenlerin Koşullarında Tersine Hata (Örnek 4-b)	Kusurluluğu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenlerde Norm Hatası (Örnek 13-a)	Kusurluluğu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenlerde Tersine Hata (Örnek 13-b)
Unsurlar Dışında Kalan Öğeler	Unsurlar Dışında Kalan Öğelerin Maddi Koşullarında Hata (Örnek 5-a ve Örnek 6-a)	Unsurlar Dışında Kalan Öğelerde Tersine Hata (Örnek 6-b)	Unsurlar Dışında Kalan Öğelerin Varlığında veya Sınırında Hata (Örnek 6-c)	Unsurlar Dışında Kalan Öğelerin Varlığında veya Sınırında Tersine Hata (Örnek 6-d)

1. Olgusal Gerçeklik Hakkında Hata

Dış dünyada meydana gelen bir olay veya olgular hakkında hataya düşen kişi, maddi olgulara ilişkin bir hususu doğru bilmeyebilir veya gerçekte olduğundan farklı şekilde algılayabilir¹. Bu nedenle bu hata türü, olgusal gerçeklik hatası veya olgusal hata olarak adlandırılabilir. Ceza hukukunda failin olay veya olgular hakkında yanılmasına, failin hataya düştüğü hususun suçun unsurlarındaki konumuna göre farklı sonuçlar bağlanmaktadır.

a) Tipiklik Alanında

Fail, hareketini gerçekleştirirken bir suçun kanuni unsurlarına ait olgusal gerçekliği bilmiyorsa veya yanlış değerlendiriyorsa; bu hata, *suçun maddi unsurlarında hata, tipiklik hatası* veya *fili hata* gibi farklı şekillerde adlandırmaktadır.

Örnek (2-a): Bir avcı çalılıkta hareket eden bir şeyin geyik olduğunu düşünerek ateş eder. Daha sonra avcının aslında evsiz bir insanı öldürdüğü anlaşılır. Bu durumda; avcı, insan öldürme suçunun konusu olan *yaşayan insan*ın varlığında hataya düşmüştür². Bu takdirde, failin kasten öldürme suçu bakımından kastının ortadan kalktığı ve fakat taksirli sorumluluğunun devam ettiği kabul edilmektedir.

Fail, hareketini gerçekleştirirken düştüğü olay ve olgular hakkındaki hatası nedeniyle bir suçun kanuni unsurlarını gerçekleştirdiğini düşünüyorsa; bu durumda suçun maddi unsurlarında **tersine hataya** düşer. Failin düştüğü bu hataya doktrinde “tersine tipiklik hatası” veya “tersine unsur hatası” da denilmektedir³.

Örnek (2-b): Yukarıdaki örnekte (2-a) avcının, ormanda avlanırken hasmı (B)’yi gördüğünü ve etrafta kimsenin olmamasından da istifade ederek onu öldürmeye karar verdiğini düşünelim. Avcı, çalılığın arkasında hareket eden şeyin avına konsantre olan (B) olduğunu düşünerek ateş eder. Oysa sadece bir geyik avlamıştır. Bu durumda, kasten öldürme suçu bakımından “yaşayan insan” unsurunda tersine hataya düşmüş olur.

¹ Mahmutoglu, Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, s. 675.

² Artuk, Gökçen, **Genel Hükümler**, s. 563; Wessels, Beulke, Satzger, **AT**, s. 246, kn. 726.

³ Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 457; Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 102.

Doktrinde bir görüşe göre; tersine unsur hatası durumunda suçta teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır. Her iki durumda da -suça teşebbüs durumunda da tersine unsur hatasında da- objektif davranış ile sübjektif düşüncenin örtüşmemesi nedeniyle bu kısmen doğrudur. Bir tarafta failin kastını ortadan kaldıran tipiklik hatası ile cezalandırılabilir teşebbüs arasında; diğer tarafta ise kastı etkilemeyen yasak hatası ile mefruz suç arasında belirli bir paralellik söz konusudur⁴. Fakat tipiklik hatasında, failin sübjektif düşüncesi suç davranışının gerisinde kalırken; teşebbüste failin düşüncesi gerçekleştirdiği hareketten daha ileri gitmektedir⁵. Failin bu hareketiyle herhangi bir hukuksal değeri ihlal etmediği düşünülduğünde, zihninden geçirdikleri nedeniyle cezalandırılmaması gerekir. Dolayısıyla, örnek olay (2-b)’de elverişsiz bir teşebbüs söz konusudur. Eğer fail, savaş halinde askerlerin öldürülmesinde olduğu gibi avlanma sırasında da bir insanın öldürülmesine izin verildiğine inansaydı; bu durumda yasak hatası ortaya çıkardı. Failin sahipsiz bir hayvanı vurmanın da yasak olduğuna inanması halinde ise cezalandırılmayan mefruz suç söz konusu olacaktır⁶.

b) Hukuka Aykırılık Alanında

Failin dış dünyadaki olay ve olgular hakkında düştüğü hata; hukuka aykırılığı ortadan kaldıran veya bir başka ifadeyle failin hareketine izin veren bir normun koşullarına ilişkin olabilir. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında fail iki şekilde hataya düşebilir. Birinci ihtimalde, fail hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurları somut olayda gerçekleşmemesine rağmen, gerçekleştiği inancıyla hareket edebilir. Türk ceza hukukunda bu hata, *hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata* şeklinde ifade edilmektedir. Alman hukukunda söz konusu hata, “*erlaubnistatbestandsirrtum*” (izin tipinde hata) veya “*erlaubnissachverhaltsirrtum*”

⁴ Baumann, Weber, Mitsch, AT, 2003, s. 508, kn. 36.

⁵ Baumann, Weber, Mitsch, AT, 2003, s. 508, kn. 35.

⁶ Baumann ve Weber bu örneği bir palto ve hırsızlık suçu üzerinden kurgulamaktadır. “Bir müşteri, restorandan ayrılırken lüks bir palto çalmak ister. Fakat yanlışlıkla vestiyerde asılı olan kendi paltosunu alır. Bu durumda, hırsızlık suçu bakımından “başkasına ait” olma kanuni unsurunda tersine maddi gerçeklik hatasına düşmektedir. Eğer fail kendi paltosunu almak isterken yanlışlıkla ona çok benzeyen başka bir paltoyu almış olsaydı; bu durumda sadece tipiklik hatasına düşmüş olurdu. ...Dolayısıyla, örnek olayda elverişsiz bir teşebbüs söz konusudur. Eğer fail yanlışlıkla başkasının paltosunu alınmasına izin verildiğine inansaydı, yasak hatası ortaya çıkardı. Fakat failin kendi eşyalarını almanın yasak olduğuna inanması halinde ise cezalandırılmayan mefruz suç ortaya çıkardı.” Bkz. Baumann, Weber, Mitsch, AT, 2003, s. 508, kn. 36.

(izin normunda maddi gerçeklik hatası) gibi farklı şekillerde ifade edildiği belirtilmelidir.

Örnek (3-a): Bir yabancınn aceleyle kendisine doğru yaklaştığını ve elini cebine attığını gören (M), cebinden bıçak çıkaracağını düşünerek onu yere serer. Oysa yere serdiği yabancı, yol tarifi almak amacıyla cebindeki haritaya uzanan bir turistir. Bu durumda (M), meşru savunmanın koşullarından biri olan *saldırının varlığında* hataya düşmüştür⁷.

Örnek olayda, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin koşullarından biri olan saldırının varlığı hususunda bir yanlışlık söz konusudur. Bu duruma hukukun nasıl bir sonuç bağlayacağı ceza hukukunun önemli tartışma konularından birisidir. Alman ceza hukukunda bu hata türüne ilişkin kanuni düzenleme olmaması söz konusu tartışmaları zenginleştirirken; Türk Ceza Kanunu'nda bu konuda bir düzenlemenin varlığına rağmen hükmün belirsizliği ve mahkeme kararlarındaki⁸ farklı sonuçlar bu konudaki tartışmanın sürmesine neden olmaktadır⁹. Aslında kanuni düzenleme yapmanın zorluğu da bu hata türünün iki taraflı doğasından kaynaklanmaktadır. Bu hata türünde fail, bir taraftan dış dünyadaki maddi gerçeklik hakkında hataya düşmekte (tipiklik hatasına benzemesi) diğer taraftan maddi gerçeklik hatasının sonucu olarak olayın hukuka aykırılığında (haksızlık hatasına benzemesi) hataya düşmektedir. Bu nedenle doktrinde bu hatanın; failin tipiklik kastını¹⁰, kusurunu¹¹ veya kusur kastını¹² etkilediğine yönelik farklı görüşler

⁷ Roxin, AT, § 14, s. 622, kn. 52; Heinrich, AT, § 31, s. 472, kn. 67.

⁸ Yargıtay da bazı kararlarında (Yargıtay 14. CD., E7351/1926, T. 10.04.2017; 14. CD., E. 2013/14-349, K. 2014/96, T. 4.12.2007) söz konusu hatayı kusurla ilişkilendirse de diğer bazı kararlarında (Yargıtay 13. CD., E. 2018/13059, K. 2019/6299, T. 11.4.2019; YCGK, E. 2014/15-259, K. 2017/449, İtirazname: 2011/224343) kaçınılmaz hatanın kastı ortadan kaldırdığına hükmetmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da kaçınılmaz hatada failin kastının ortadan kalktığından bahisle failin beraatine karar verdiği kararı bulunmaktadır (YCGK E. 2014/15-229, K.2017/449, T. 31.10.2017). Dolayısıyla Yargıtay kararlarından bu hatanın kastla mı yoksa kusurla mı ilişki olduğu konusunda istikrarlı bir sonuç çıkarmak mümkün gözükmemektedir. Yargıtay kararlarına ilişkin detaylı bilgi çalışmanın üçüncü bölümünde yer almaktadır.

⁹ Türk Ceza Hukukundaki düzenlemenin değerlendirmesi için çalışmanın 3. Bölümüne bakınız.

¹⁰ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 24; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, 2020, s. 650 vd.; Dülger ve diğer yazarlar, **Genel Hükümler**, s. 230, 231; Hakeri, **Genel Hükümler**, 2016, s. 462; Özgenç, **Genel Hükümler**, 2016, s. 449; Karaaslan, **Legal Hukuk Dergisi**, s. 1699; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, 2018, s. 300-301.

¹¹ Demirbaş, **Genel Hükümler**, 2018, s. 435; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 428.

bulunmaktadır. Bununla birlikte, kastı engelleyen veya kusur etkileyen hata ayrımının hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen bu hata için uygun bir çözüm olmadığı, kendine özgü bu hata türüne hukuka uygunluk nedenlerinin veya izin normunun yapısına uygun bir çözüm getirilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Bu konuda ileri sürülen görüşler, çalışmanın ikinci bölümünde incelenmektedir.

Bununla birlikte, fail bir hukuka uygunluk sebebinin maddi koşullarında **tersine hataya** da düşebilir. Bu ikinci ihtimalde, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşulları somut olayda gerçekleşmesine rağmen, fail hareketine izin veren bir normun objektif koşullarının gerçekleştiğini bilmediği için suç işlediğini düşünmektedir. Ceza hukukunda bu hata, hukuka uygunluk nedenlerinde subjektif unsurun yokluğu¹³ veya hukuka uygunluk nedenlerinde tersine hata olarak da adlandırılmaktadır.

Örnek (3-b): Yukarıdaki örnekte (S) kendisine doğru yaklaşan ve elini cebine atan bir yabancıнын kendisine adres sormak isteyen bir turist olduğunu düşünür. Korkutarak ondan para koparabileceğini düşünen (S), cebindeki kelebeği çıkararak yabancıнын boğazına dayar. Oysa turist sandığı yabancı, onu öldürmek üzere tutulmuş bir kiralık katildir. (S) farkında olmasa da kendisine yönelik bir saldırıyı defetmiştir. Olayda (S), meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin maddi koşullarında tersine hataya düşmektedir.

Bu durumda failin ceza sorumluluğunun nasıl etkileneceği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür¹⁴. Nitekim subjektif unsurların gerekliliği özellikle 20.

¹² Neslihan Göktürk, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S: 26, 2014, s. 7-30, s. 12-13; Serkan Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017s. 421, 422.

¹³ Selman Dursun, Ali Emrah Bozbayındır, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHFM**, 1/2015, s. 63 vd.; Karaaslan, **Legal Hukuk Dergisi**, s. 1700; Cem Şenol, “5237 sayılı TCK’ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata”, **THD**, 149/2019, s. 65; Gözde Kazaker, **Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, s. 258 vd; Selim Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsuru Sorunu**, İÜ SBE, Doktora Tezi, 2020.

¹⁴ Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelik arz ettiğini savunanlar failin objektif olarak hukuka uygunluk çerçevesinde hareket etmesini yeterli görmekte ve söz konusu hukuka uygunluk nedenini bilse de bilmese de yararlanacağını ifade etmektedir. Aksi görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin subjektif nitelik arz ettiğini bu nedenle failin söz konusu hukuka uygunluk nedeninden

yüzyıldan itibaren finalist suç öğretisinin de etkisiyle incelenmeye başlanmıştır. Önce münferit hukuka uygunluk nedenleri bakımından sonra ise hukuka uygunluk nedenlerinin geneline ilişkin bir sorun olarak hukuka uygunluk öğretisinin bir parçası haline gelmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde, klasik suç, öğretisi ve objektif haksızlık anlayışı egemen olmuştur ve failin fiilinin hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilmesi için hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının varlığı yeterli kabul edilmiştir¹⁵. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kabul edilmesinden sonra, hukuka uygunluk nedenlerinin subjektif unsurlarının gerekliliği kabul edilmeye başlanmıştır¹⁶. Fakat doktrinde subjektif unsurların varlığını kabul etmeyen kayda değer bir çoğunluk da bulunmaktadır¹⁷. Hukuka

yararlanabilmesi için söz konusu nedenlerin failin bilgisi dahilinde olmasını aramaktadır. Eğer subjektif unsur eksikse; her ne kadar neticenin olumsuz değeri ortadan kalksa da hareketin olumsuz değeri baki kalmaktadır. Bu durumda subjektif görüş taraftarları teşebbüsten dolayı failin cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Roxin, **AT**, 2006. Alman Hukuku'nda hukuka uygunluk nedenlerinin sadece objektif unsurlardan oluştuğu görüşü artık terk edilmektedir. Bkz. Roxin, **AT/L**, § 14, kn. 96. Hukuka uygunluk koşullarında tersine hata hakkında ayrıntılı bilgi için çalışmanın "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Tersine Hata" başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

¹⁵ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, kn. 696; Önder, **Genel Hükümler**, s. 152-153; Turhan Tufan Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri**, Cilt 1, 1. Baskı, Şafak, Manisa, 1982, s. 260; Kayıhan İçel, Füsun Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu, Yener Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2004, s. 111; Cihan, **Ceza Hukukunda Fiili Hata**, s. 130 vd.; Nurullah Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, 1. Baskı, İsmail Akün Matbaası, İstanbul, 1949, kn. 99; M. Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Basım, İsmail Akün Matbaası, İstanbul, 1953, kn. 286; Nevzat Toroslu, **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, 1. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s. 157; Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 98; Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 1997, s. 551; Tuğrul Katoğlu, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2003, s. 88 vd., 105 vd.; Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 1995, s. 141-142.

¹⁶ M. Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Adalet, Ankara, 2020, s. 650 vd.; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 19. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, kn. 144 vd.; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 279; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 267 vd.; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Adalet, Ankara, 2017, s. 317; Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 421 vd.; Ahu Karakurt, "Türk Ceza Kanunu'nda Hata", **CHD**, 10 (2009), s. 128 vd.; Mehmet Cemil Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2007, s. 112 vd.; Aykut Ersan, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 50 vd.; Kazaker, **Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs**, s. 258 vd.; Göktürk, **CHD**, Sayı: 27, 2015, s. 8.

¹⁷ Güngör, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, s. 63; Ozansü, "Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı", s. 390 vd.; Zeynel T. Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010, s. 203 vd.; Uğur Uruşak, **Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 223 vd.; Meral Ekici-Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 175-176; Nevzat

uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru konusundaki görüşümüz çalışmanın ikinci bölümünde yer alan 2. II. D. 2. “Görüşümüz” başlığı altında açıklandığından tekrara düşmemek adına burada ilgili görüşlere işaret etmekle yetinilmiştir.

c) Kusur Alanında

Failin dış dünyadaki olay ve olgular hakkında düştüğü hata; failin algılama ve irade yeteneğini etkileyen, yani kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin koşullarına ilişkin olabilir.

Örnek (4-a): (A), köy kahvehanesinde oturduğu sırada kız kardeşi (K)’nın bir erkekle dolaştığı yönünde dedikodulara şahit olur. Sinirle eve dönen (A), kız kardeşi tarafından okuldan arkadaşı (B)’nin kendisine tecavüz ettiği konusunda kandırılır. (A) bu haberin öfkesiyle hızla (B)’nin evine giderek onu öldürür. Oysa (K), (B)’ye uzun süredir platonik olarak aşiktir ve (B) ile bu şekilde evlenebileceğini düşündüğü için yalan söylemiştir. Olayda (A), haksız tahrikin koşullarından biri olan haksız bir fiilin varlığı konusunda yanılmıştır¹⁸. Türk ceza hukukunda bu hata, *kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin maddi koşullarında hata* olarak adlandırılmaktadır. Alman hukukunda ise söz konusu hata “*entschuldigungssachverhaltsirrtum*” (*mazeret nedenlerinde hata*) olarak adlandırılmaktadır. Bu durumda failin hatası kaçınılmazsa, kusuru ortadan kalkacaktır. Eğer failin hatası kaçınılabilirse ne kastı ne de kusuru ortadan kalkmayacak ve fail kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır.

Bununla beraber, kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin her birinde hataya düşmek mümkün değildir. Örneğin, doğası gereği yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik, akıl hastalığı, geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma gibi nedenlerin koşullarında hataya düşülemez. Örneğin, bir kişinin kendi

Toroslu, Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 21. Baskı, Savaş, Ankara, 2015, s. 150; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 271 vd.; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 1. Bası, Beta, İstanbul, 2017, s. 299; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin, Ankara, 2018, s. 334, 363; Zeki Hafızogulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 212; Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Beta, İstanbul, 2018, s. 322; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, TCK m. 1-175, 7. Bası, Beta, İstanbul, 2019, s. 358 vd.; Karaaslan, **LHD**, 2017, s. 1714 vd.; Melik Kartal, **Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 123; Tunç, **Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata**, s. 288.

¹⁸ Örnek için bkz. YCGK, T. 20.09.2011, 1-52/180.

yaşını, resmi kimliğinde belirtildiğinden daha küçük veya daha büyük zannetmesi onun algılama ve irade yeteneği üzerinde bir etki doğurmayacaktır ve yahut failin sağır veya dilsiz olduğunu zannetmesi, kendisini akıl hastası sanması da düşünülemez. Böyle bir durumda hata hükümleri değil; duruma göre TCK m. 32 gereği akıl hastalığı değerlendirmesi yapılabilir.

Fail, kusurluluğu etkileyen nedenlerin koşullarında **tersine hataya** da düşemez. Çünkü kusurluluğu etkileyen nedenler failin algılama veya iradesini yönlendirme yeteneğini etkileyen hallerdir. Dolayısıyla subjektif unsurun eksikliği kusurluluğu etkileyen nedeninin fail üzerindeki etkisini ve dolayısıyla nedenin kendisini ortadan kaldırır. Bir başka ifadeyle, kusurluluğu etkileyen nedeninin koşulunda tersine hataya düştüğünü iddia eden kişi bu halden faydalanamayacaktır.

Örnek (4-b): (A) arkadaşı (S) ile köy kahvehanesinde otururken, uzun süredir kavgalı olduğu (B)'den kurtulmak için bir plan yapar. Öğle yemeği için her gün gittiği lokantayı bilmektedir ve yemeğine zehir koyması için (S)'yi gönderir. Bu sırada (B) de (A)'ya zarar vermek için kız kardeşi (K)'ya tecavüz eder. Bu durumdan haberi olmayan (A), (B)'yi zehirleyerek öldürmüştür. Olayda (A), haksız tahrike neden olacak haksız bir fiil söz konusu olsa da bundan habersizdir. Bu durumda haksız fiilin verdiği elem, acı ve öfke koşulu ancak fiilden haberdar olması halinde oluşabileceğinden failin bundan faydalanması mümkün gözükmemektedir. Benzer şekilde, failin kendisine bir suç işlemesi yönünde gönderilen tehdit mektuplarından hiç haberdar olmaması durumunda iradesi etkilenmediği için bu yönde bir hataya düştüğü de söylenemeyecektir.

Sonuç olarak, kusurluluğu etkileyen nedenlerden bir kısmı failin iradesini yönlendirme yeteneğini etkileyen hallerdir. Dolayısıyla subjektif unsurun eksikliği kusurluluğu etkileyen nedeninin kendisini ortadan kaldırmaktadır ve bu nedenlerde tersine hataya düşülemez. Fakat algılama yeteneğini etkileyen nedenlerde fail tersine hataya düşülebilir. Örneğin, failin akıl hastalığının türü ve çeşidi hakkında yanılması bu nedenden faydalanmasına engel olmayacağı belirtilmelidir.

d) Unsurlar Dışında Kalan Öğeler

Failin olay veya olgular hakkında düştüğü hata; tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurun ötesinde suçun unsurları dışında kalan öğelerde de ortaya çıkabilir. Bu

kapsamda cezayı ortadan kaldıran şahsi nedenlerde, şahsi cezasızlık nedenlerinde, objektif cezalandırılabilme koşullarında da fail yanılabilir. Bu öğelerin aslında eylemin haksızlık içeriğine etkisi bulunmaz ve kanun koyucu tarafından suç politikası gereği cezalandırılabilmenin sınırlandırılması için kullanılan unsurlardır¹⁹.

Örnek (5-a): (A) ve eşi (B), komşuları (N)'ye yemeğe giderler. Yemek sırasında eşi (B) ve komşusu (N)'nin gizlice konuştuklarını ve birbirlerine bir şeyler alıp verdiğini gören (A) şüphelenir. Lavaboya gitme bahanesiyle içeri geçen (A), etrafı kol açan ederken içi para dolu bir zarf görür ve bu paranın yılbaşında piyangodan kazandıkları para olduğunu düşünür²⁰. Paranın aynı zamanda kendisine de ait olduğunu ve karısının ona sormadan bir miktarını komşusuna verdiği düşünen (A) gizlice parayı alır. Gerçekte ise söz konusu paranın piyango bileti ile ilgisi yoktur ve komşuları (N)'ye aittir. (A) ceza muhakemesin bir koşulu olan şikâyetin olayda gerçekleşmeyeceği bir durum olduğu konusunda yanılmıştır²¹. Bu durumda (M), **şahsi cezasızlık nedenlerinin maddi koşullarında hataya** düşmektedir. Şahsi cezasızlık nedenleri, suçun haksızlık içeriği ve failin kastı üzerinde etkili değildir. Failin bu konudaki hatasını, ceza hukuku korumamaktadır ve fail söz konusu şahsi cezasızlık nedeninden faydalanamayacaktır.

Cezayı ortadan kaldıran şahsi sebeplerin koşullarında da fail maddi gerçeklik hatasına düşebilir. Örnek (6-a): (V) kendi aralarında yaptıkları sade bir törenle evlendiği (F)'nin bir banka soygunundan sonra yurt dışına kaçmasına yardımcı olur. (V), suçluyu kayırma suçunun akraba lehine işlendiğinde cezadan muaf olması hükmünden faydalanabileceğini düşünmektedir²². Fakat (V) ve (F) arasında geçerli bir nikah işlemi bulunmamaktadır. (F) bir arkadaşıyla anlaşarak nikah memuru kılığına girmesini istemiş ve (V)'yi kandırmıştır. Bu olayda, (V) **cezayı ortadan kaldıran şahsi nedenlerin maddi koşullarında hataya** düşmüştür. Cezayı ortadan

¹⁹ Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 272; Önder, **Genel Hükümler**, C II-III, s. 316, 317.

²⁰ TCK m. 167 (Şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep): “(1) Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların; a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, Zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.

²¹ Örnek için bkz. Wessels, Beulke, Satzger, **AT**, s. 248, kn. 729.

²² TCK m. 283 (Suçluyu Kayırma): “(3) Bu suçun üstsoy, altsoy, eş, kardeş veya diğer suç ortağı tarafından işlenmesi hâlinde, cezaya hükmolunmaz.”

kaldıran şahsi nedenlerin varlığının failin kastı üzerinde bir etkisi olmadığı gibi bu ögelerde düşülen hatanın da bir etkisi olmayacaktır²³. Fail bu husustaki hatasından faydalanamayacaktır. Bununla birlikte fail, cezayı ortadan kaldıran şahsi nedenlerde veya şahsi cezasızlık nedenlerinde **tersine hataya** düşebilir. Örnek (6-b) adaletin sağlanmasına engel olurken bu kişinin akrabası olduğunu bilmiyorsa; bu durumda **cezayı ortadan kaldıran şahsi nedenin varlığında tersine hataya** düşer. Bu durumda ise (V), suçluyu kayırma suçunda şahsi cezasızlık nedeni olarak akraba ilişkisinin varlığı hükmünün sağladığı cezasızlıktan bu durumu bilme de faydalanabilir²⁴.

Objektif cezalandırma koşullarında da fail dış dünyadaki olay veya olgular hakkında hataya düşebilir. Örneğin; görevini kötüye kullanan fail, bunun sonucunda başkasının zarara uğrayacağı konusunda hataya düşse bile, zarar meydana gelmişse TCK m. 257 gereği görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılacaktır²⁵. Tersine bir durumda, yani fail zararın meydana geldiğini düşünmesine rağmen zarar gerçekleşmemişse; bu durumda objektif cezalandırma koşulu gerçekleşmediği için cezalandırılması söz konusu olmayacaktır.

2. Normatif Gerçeklik Hakkında Hata

Hukuk kuralları hakkında yanılan kişi, normatif dünyaya ait bir gerçekliği yanlış veya eksik bilmekte ya da olduğundan farklı bir şekilde değerlendirmektedir²⁶. Failin norm hakkında düştüğü hatanın suçun unsurlarındaki yeri ve önemine göre farklı sonuçlar bağlanmaktadır. Fail cezalandırılabilirliğin her aşamasında norm hakkında hataya düşebilir. Aşağıda söz konusu aşamaları takiben doğrudan yasak hatası, dolaylı yasak hatası, kusuru ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin normatif koşullarında hata ve unsurlar dışında kalan hallerin koşullarında norm hatası açıklanacaktır.

²³ Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 272; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 229.

²⁴ Gropp, **AT**, s. 606, p. 253; Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 375; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 421; Artuk, Gökçen, **Genel Hükümler**, s. 568.

²⁵ Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 455.

²⁶ Mahmutoglu, Karadeniz, **Genel Hükümler Şerhi**, s. 675.

a) Doğrudan Yasak Hatası

Fail, işlediği fiili cezalandıran bir kuralın varlığı konusunda bilgi sahibi olmadığı veya bu kuralı yanlış değerlendirdiği için hareketine izin verildiğini düşündüğü takdirde *doğrudan yasak hatası* veya *haksızlık hatası* ortaya çıkar²⁷. Dolayısıyla doğrudan yasak hatası karşımıza iki farklı şekilde çıkmaktadır:

İlki, fail hareketini yasaklayan normun varlığını hiç bilmiyor olabilir. Örnek (7): 1990'lı yıllarda Münih'te intihar etmek isteyen insanlara ihtiyaç duydukları ilaçları sağlamak suç değildir ve cezalandırılmaz²⁸. Uzun yıllar yurtdışında yaşayan ve ülkeye dönen (A) bu süre zarfından yürürlüğe giren intihara yardım etme suçunun varlığından habersiz olarak birine ilaç sağlarsa yasak hatasına düşmüş olur.

İkincisi, fail mevcut bir yasak normunun kapsamını yanlış yorumlayarak hareketinin yasak olmadığını düşünüyor olabilir. Örnek (8-a): Vandal (V) bir ev duvarına sahibinin rızası olmaksızın çeşitli yazılar yazar. Fakat duvarın, mala zarar verme suçu için uygun bir eşya olmadığını düşünmektedir²⁹. Bu durumda (V), olaya ilişkin maddi gerçekliğin tamamını bilmektedir. Fakat eşya kavramını yanlış yorumlayıp mala zarar verme suçu kapsamında korunmadığını düşünerek *yasak hatasına* düşmektedir. Bu örnekte fail tipiklik alanında doğrudan yasak hatasına düşmüştür. Failin suçun kanuni tanımında yer alan bir unsurun ceza hukukundaki niteliği konusunda düştüğü bu hata, hukuki yorum hatası veya hukuki değerlendirme hatası olarak ifade edilmektedir³⁰. Fail böylece tipikliğin normatif unsurları hakkında hataya düşmüştür³¹. Burada failin kastının varlığı için “eşya” kavramını bir hukukçu gibi yorumlaması aranmaz. Malın başkasına ait olduğu ve ona bir şekilde zarar verdiğinin genel bilgisine sahip olması yeterlidir³². *Kindhäuser*, yorum hatasının tipiklikteki unsurlara ilişkin diğer hata halinden ayırt edilebilmesi için bir yardımcı

²⁷ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 340; Gropp, **AT**, s. 565, kn. 27.

²⁸ Örnek için bkz. Wessels, Beulke, Satzger, **AT**, 2019, s. 249, kn. 731.

²⁹ Örnek için bkz. Wessels, Beulke, Satzger, **AT**, 2019, s. 257, kn. 726.

³⁰ *Subsumtionsirrtum* kavramı Türk doktrinde hukuki yorum hatası veya niteleme hatası olarak ifade edilmektedir. (Bkz. Erman, s. 39). Benzer şekilde hukuki değerlendirme hatası şeklinde ifade eden yazarlar da mevcuttur (Yerdelen, “Ceza Hukukunda Yorumlama Hatası (Der Subsumtionirrtum)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 25, 2014, s. 69-101). Bununla birlikte kavram, Türkçe’de “altlama hatası” olarak da karşılanmaktadır. Bkz. Kıyğı, **Almanca-Türkçe Sözlük**, s. 372.

³¹ Kindhäuser, **AT**, § 27, kn. 19, 20.

³² Baumann, Weber, Mitsch, **AT**, 2003, s. 499, kn. 5.

soru kullanılabileceğini söyler. Ona göre, failin hatasını düzeltmek için yapması gerekenin ne olduğu sorusu sorulmalıdır. Bu hatayı düzeltmek için failin hukuk terminolojisini bilmesi gerekiyorsa, bu bir yorum hatasıdır³³.

Örnek (8-b): (A) arabasını satmış ve satış devrini de gerçekleştirmiştir. Fakat karşı taraf satış bedelini bir hafta içinde ödemeyince yedek anahtarla gidip arabayı geri alır. Henüz bedeli ödenmediği için de hâlâ arabanın sahibi olduğunu düşünmektedir. (A) bu örnekte bütün maddi gerçekliği bilmekte ama normatif unsorda, yani “başkasına ait” olma hususunda hataya düşmektedir³⁴. Bu örnekte *tipikliğin normatif unsurları* hakkında hata vardır.

Bununla birlikte, istisnai durumlarda tipikliğin normatif unsurları hakkında hata tipiklik hatası olarak kabul edilmektedir. Eğer kişi olayın özelliklerini doğru anlamış (eşyanın ne zaman kendi mülkiyetinde olduğu ve ne zaman çıktığını biliyor) ama bu durumda toplumun genel kanaatine, değerlendirmesine uygun olarak hatalı bir hukuki değerlendirme yaptıysa bu durumun istisnai olarak suçun maddi unsurlarında hata olarak değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir³⁵. Bu görüş, dogmatik olarak failin tipikliğin tüm maddi unsurlarının yanı sıra terimlerin hukuki anlamlarını da genel olarak bilmesini aramaktadır. Ayrıca bu görüşe göre, kastın konusu tipikliğin normatif unsurlarını da kapsamalıdır³⁶. Tipiklik kastının kabulü için failin en azından, unsurların sosyal ve hukuki içeriğini bilmesi gerekir³⁷. Fail, suçun tipikliğine dair bilgiye tam olarak vakıf olduğu halde hukuki olarak karmaşık ve tartışmalı bir düzenlemeyi yanlış biliyorsa, davranışının sosyal anlamının bilincinde olmadığı ve suçun maddi unsurlarında hataya düştüğü kabul edilmektedir³⁸.

Son olarak, kişi yasak normu hakkında *tersine hataya* da düşebilir. Bu durumda fail, davranışını yasaklayan bir ceza hukuku kuralı olmamasına rağmen fiilinin yasaklanmış olduğuna inanabilir. Örnek (9): Reşit olan yeğeniyle cinsel ilişkiye giren (A), suç işlediklerini düşünmektedir. Oysa enstest ilişki yaşadığı ülkede

³³ Kindhäuser, AT, § 27, kn. 19, 20.

³⁴ Heinrich, AT, 2. Kitap, s. 146, kn.1084.

³⁵ Kühl, AT, §13, Knr. 11; Krey, Esser, AT, Knr. 423; Rengier, AT, § 15, kn. 8; Heinrich, AT, s. 146, kn. 1085.

³⁶ Baumann, Weber, Mitsch, AT, 2003, s. 498, kn. 4.

³⁷ Wessels, Beulke, Satzger, AT, 2019, s. 252, kn. 739.

³⁸ Roxin, AT I, § 12, kn. 104.

suç olarak düzenlenmemektedir. Bu durumda cezalandırılmayan *meftuz suç* ortaya çıkar.

b) Dolaylı Yasak Hatası

Fail, hareketine izin veren bir hukuk normu olduğuna inanmasına rağmen aslında böyle bir norm mevcut değilse **dolaylı yasak hatası** ortaya çıkar. Doğrudan yasak hatasında fail, hareketini yasaklayan ve hukukun kabul ettiğı bir normun varlığı veya kapsamı hakkında hataya düşerken; dolaylı yasak hatasında fail, hareketine izin veren bir normun varlığı veya kapsamı hakkında hataya düşmektedir³⁹. Dolaylı yasak hatası iki farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır:

Birincisi, fail hukuken kabul edilmeyen bir nedeni hukuka uygunluk nedeni zannettiğı için hareketine izin verildiğini düşünerek izin hatasına ve böylece dolaylı bir yasak hatasına düşebilir.

Örnek (10): Kişinin aralarındaki evlilik akdinin kendisine bazı durumlarda eşini dövme hakkı verdiğıine inanması durumunda; fail, hukuken kabul edilmeyen bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda hataya düşmektedir⁴⁰. Dolaylı yasak hatası durumunda da doğrudan yasak hatasının kuralları geçerlidir ve sadece failin hatasının kaçınılmaz olduğu bir durumda kusuru ortadan kalkacaktır.

İkincisi, fail hukuken kabul edilen bir izin normunun kapsamını gerçekte olduğundan geniş zannederek **hukuka uygunluk nedeninin kapsamında veya sınırında hataya** düşebilir.

Örnek (11): Fail (A), bir futbol maçında kendisine saldıran taraftarla aralarında yaşanan gerginlik sona erdikten sonra bile meşru savunma kapsamında saldırgana vurmaya devam edebileceğini düşünmektedir⁴¹. Bu durumda meşru savunmanın kapsamı konusunda yanılmaktadır. Bununla birlikte, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata ile hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında hata konusu karışabilmektedir. Bu iki hata türü arasındaki farkı ayırmak bazı olaylarda zor olabilir. Bu husus, çeşitli örnekler üzerinden çalışmanın “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Maddi Koşullarında Hata Kapsamına

³⁹ Wessels, Beulke, Satzger, AT, 2019, s. 258, kn. 761.

⁴⁰ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 340

⁴¹ Alman Federal Mahkemesi’nin kararına yansıyan olay: BGHSt 45, 378; BGH NStZ 03, 596.

Girmeyen Durumlar” başlığı altında açıklanmıştır. Tekrara düşmemek adına, burada ilgili başlığa işaret etmekle yetinilecektir⁴².

Bununla beraber, kişi hareketine **izin veren norm** hakkında *tersine hataya* da düşebilir. Bu durumda fail, davranışına izin veren bir ceza hukuku kuralı olmasına rağmen böyle bir kuralın varlığını bilmiyor ve bu nedenle suç işlediğini zannediyor olabilir. Örnek (12): Bir pazar yerinde hırsızlık yapan (H), çevre esnafı tarafından yakalanır. Kaçmaya çalışan hırsıza engel olmak isteyen esnaf (E), bu sırada (H)’nin vücudunda sıyrıklara ve morluklara neden olur. Esnaf (E), yakalama yetkisini sadece kolluk kuvvetlerinin kullanabileceğini ve bu nedenle (E)’nin gitmesine engel olarak suç işlediğini düşünmektedir. Oysa yaşadığı ülkenin Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 90. maddesi, kişiye suç işlerken rastlanması durumunda herkese geçici olarak yakalama yetkisi vermektedir⁴³. Bu durumda cezalandırılmayan *mefruz suç* ortaya çıkar⁴⁴.

c) Kusuru Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenlerde Norm Hatası

Failin norm hakkında düştüğü hata, kimi zaman algılama veya irade yeteneğini etkileyen, yani kusuru ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin koşullarına ilişkin olabilir.

Örnek (13-a): Kız kardeşi tarafından tecavüze uğradığı konusunda kandırılan (A)’nın, öfkeyle kendisine fiili işleyen kişi olarak gösterilen (B)’yi öldürdüğü örnek olayı hatırlayalım⁴⁵: Eğer (A) gerçekten kardeşine yönelik cinsel saldırı suçunu işleyen fail (B)’ye, aslında herhangi bir öfke, elem veya acı hissetmese de haksız tahrik kapsamında zarar verebileceğini düşünürse; **kusuru ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerde norm hatası** ortaya çıkar. Failin, kusuru etkileyen nedenlerde

⁴² Bkz. 1. Bölüm, II, A, 2, c. “Hukuka Uygunluk Nedeninin Sınırının Aşılması”.

⁴³ CMK m. 90: (1) Aşağıda belirtilen hâllerde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir:

a) Kişiye suçu işlerken rastlanması.

b) Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması.

⁴⁴ Hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsurun eksikliği; olayda bir hukuka uygunluk nedeninin tüm koşullarının gerçekleştiğini farkında olmamak şeklinde ortaya çıkabileceği gibi izin normunun varlığından haberdar olmamak şeklinde de karşımıza çıkabilir. Sübjektif unsurun eksikliği hakkındaki tartışma için çalışmanın 1. Bölüm, II, A, 2, a. “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Tersine Hata” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

⁴⁵ Örnek 3, ayrıca bkz. YCGK, 20.09.2011, 1-52/180.

olumlu norm hatasına düştüğü bu gibi durumlarda yasak hatasının kuralları uygulama alanı bulabilir.

Bununla birlikte, fail algılama veya irade yeteneğini etkileyen nedenlerde **tersine norm hatasına** da düşebilir. Örnek (13-b): Yukarıdaki örnekte, (A)'nın kız kardeşine karşı cinsel saldırı suçunu gerçekleştiren fail (B)'yi öfkeyle öldürdüğünü düşünelim. (A) hukuk sisteminde haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet duygusuyla suç işleyen kişinin irade yeteneğinin etkilendiğinden bahisle cezasında indirim öngören bir düzenleme olduğunu bilmiyor olsa da “haksız tahrik” hükümlerinden yararlanacaktır⁴⁶.

d) Unsurlar Dışında Kalan Öğelerin Norm Hatası

Fail, unsurlar dışında kalan cezayı ortadan kaldıran şahsi nedenler veya şahsi cezasızlık nedenleri ve objektif cezalandırılabilme koşullarında da norm hatasına düşebilir.

Örnek (6-c): (V)'nin kısa süre önce kendi aralarında yaptıkları küçük bir törenle evlendiği (F)'nin bir banka soygunundan sonra yurt dışına kaçmasına yardımcı olduğu örneği hatırlayalım⁴⁷. Eğer (V) en yakın arkadaşı (B)'nin bir banka soygunundan sonra yurtdışına çıkmasına yardım etmiş ve en yakın arkadaşının da akraba kapsamına girdiği düşüncesiyle suçluyu kayırma suçundan muaf tutulacağına inanmış inansaydı; **cezayı ortadan kaldıran nedenlerin kapsamı konusunda bir norm hatası** ortaya çıkardı⁴⁸. (V)'nin bu hatası hukuken önemsizdir ve “suçluyu kayırma” suçu bakımından cezayı ortadan kaldıran bir neden olarak “akraba lehine işlenmesi” hükmünden yararlanamayacaktır.

Bununla birlikte fail, cezayı ortadan kaldıran şahsi nedenlerde veya şahsi cezasızlık nedenlerinde tersine hataya da düşebilir. Örnek (5-d) adaletin sağlanmasına engel olurken suçluyu kayırma suçunun akraba lehine işlendiğinde cezasızlık oluşturduğunu bilmiyorsa; bu durumda **cezayı ortadan kaldıran şahsi**

⁴⁶ TCK m. 29: (1) Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir.

⁴⁷ Örnek 6-a.

⁴⁸ Örnek için bkz. Wessels, Beulke, Satzger, AT, 2019, s. 248, kn. 729.

nedenin varlığında tersine hataya düşer. Bu takdirde (V), suçluyu kayırma suçunda şahsi cezasızlık nedeni olarak akraba ilişkisinin varlığına dayanan ve yararına olan hükmü bilmemesine rağmen somut olayda gerçekleşmişse bu hükümden yararlanacaktır.

3. Çifte Hata

Kişinin aynı olayda hem olgusal gerçeklik hem de normatif gerçeklik hakkında hataya düştüğü üçüncü bir durumun daha bulunduğu ifade edilmektedir. Çifte hata kavramına Türk ceza hukuku genel hükümler kitaplarında genellikle yer verilmediği ve doktrinde de çok sık tartışılmadığı görülmektedir. Fakat Alman doktrininde hakkında güncel tartışmalar yürütülen⁴⁹ ve “*Doppelirrtum*” olarak adlandırılan *çifte hata*⁵⁰ kavramı; tipiklik hatası ile yasak hatasının tipiklik alanında birleşimi (örnek 14) ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata ile hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında veya kapsamında hatanın hukuka aykırılık alanında birleşimi (örnek 15) şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

⁴⁹ Çifte hata kavramına aslında ihtiyaç olmadığı, meselenin ya suçun maddi unsurlarında hata ya da yasak hatası kapsamında çözüleceğine yönelik çalışma için bkz. Walter Gropp, “Abschied vom Doppelirrtum”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, S: 9, 2016, s. 601-608.

Gropp makalesinde, failin “tipiklik seviyesinde çifte hata” olarak adlandırılan bileşimde aslında herhangi bir hataya düşmediği ve çifte hata terimi için başka bir gerekçe de olmadığını örnekler üzerinden ele alarak göstermeye ve çifte hata ya da çoklu hata gibi bir kavrama aslında ihtiyaç olmadığını kanıtlamaya çalışıyor. Çalışmanın sonunda, yazar bu kavramın sadece tipiklik düzeyindeki hatalar alanında (örneğin Mause-Weisel olayı), kanundan kaynaklanan cezalandırma boşluğunu doldurmak için işe yarayabileceğini, onun dışında hukuka aykırılık basamağındaki hatalar alanında çifte hata öğretisine başvurmanın gerekli olmadığını ve hata teorisinin “çifte hata” kavramına ihtiyacı olmadığını “güle güle çifte hata” (Abschied vom Doppelirrtum) şeklinde ifade ediyor.

Gropp’un bu makalesine cevap niteliğinde Wolf da bir makale yayımlamıştır: Christoph Wolf, Doppelirrtümer im Strafrecht, *ZIS*, 9, 2019, s. 418-434. Yazar, hata teorisinin dogmatik labirentinde daha fazla netliğe ve sadeleşmeye ihtiyaç olduğunu kabul etmekle birlikte, bunun çifte hata kavramının literatürden silinerek elde edilemeyeceğini söylüyor. Nitekim Haft, Mitsch ve Kühl de çifte hata durumlarında meselenin çözümünün karmaşık ve zor olduğunu belirterek Gropp’un aksine bu kavramdan vazgeçmiyorlar. bkz. Haft, *JuS*, 1980, 588; Mitsch, *Strafrecht, Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte*, 3. Aufl. 2015, s. 878; Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 15, kn. 100. 18, Yazarlar genellikle çifte hata kategorisini, bir “çifte hata doktrini” kurmak veya korumak niyetiyle değil, daha ziyade tipiklik düzeyindeki çifte hata ile ilgili olarak henüz tatmin edici başka bir çözüm olmadığı için bu kavramı kullanmaya devam ediyorlar.

⁵⁰ Çifte hata isimlendirmesi yanlış anlaşılmalara neden olabileceği yönünde eleştirilmektedir. Bkz. Wessels, Beulke, *AT*, s. 261, kn. 768. Ayrıca çifte hatanın kelime seçiminin yanıltıcı olabileceği yönünde bkz. Frister, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., 2015, § 24, s. 36; Krey, Esser, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2012, s. 746.

a) Tipiklik Hatası ile Yasak Hatasının Tipiklik Alanında Birleşimi

Örnek (14): Literatürde “Fare-gelincik” (maus-wiesel) olarak bilinen olayda⁵¹; ormanda avlanan bir kişi avlanması yasak⁵² olan bir gelinciği, fare zannederek vurur. Fakat fail, farenin de avlanması yasak olan hayvanlar arasında olduğunu düşünmektedir. Aslında fare, avlanması yasak olan hayvanlar arasında değildir (hata 1) ve zaten failin vurduğu hayvan da fare değil; avlanması yasak olan gelinciktir (hata 2). Failin haksızlık hatasına, tipiklik hatasıyla birlikte düştüğü bu gibi durumlarda *çifte hatanın* ortaya çıktığı düşünülmektedir.

Bu durumda failin ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği doktrinde tartışmalıdır. Örnek olayın yazarı *Baumann*, ilk başta meseleyi “yasak hatası” başlığı altında “haksızlık bilincinin bölünebilirliği” bağlamında çözmüştür. Nitekim kitabının üçüncü basısında, “tipiklik hatası ve yasak hatası kombinasyonunun” failin davranışının haksızlık teşkil ettiğini bilmemesi nedeniyle bir yasak hatası olduğunu yazmaktadır⁵³. Fakat yazar, kitabının beşinci basısında bu görüşünü değiştirerek “tipiklik hatası ile yasak hatası kombinasyonundan” bahsetmez ve olayda “tersine hata” ve “tipiklik hatası” bileşimi olduğunu söyler⁵⁴. Failin farenin avlanmasını yasak zannetmesini *mefruz suç*; vurduğu hayvanın gelincik olduğunu bilmemesini ve fare zannetmesini ise kastı ortadan kaldıran tipiklik hatası olarak değerlendirmektedir⁵⁵.

⁵¹ Maus-wiesel örneği için bkz. *Baumann*, **AT**, 3. Bası, 1964, s. 383; *Gropp*, **Doppelirrtum**, s. 601; *Wolf*, **Doppelirrtümer im Strafrecht**, s. 418.

⁵² Türk ceza hukukunda 6831 sayılı Orman Kanunu’na göre idari para cezasını gerektiren kaçak avlanma; Alman Ceza Kanunu’nun 292. Maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre: “Her kim başkasına ait avlanma hakkını veya avlanma iznini ihlal ederek, 1. Yabani hayvanları avlamak üzere izler, yakalar, telef eder, kendisine veya üçüncü bir kişiye mal edinirse veya 2. Av hukukuna tabi bir eşyayı, kendisine veya üçüncü bir kişiye mal edindirir, buna zarar verir veya ihmal ederse, üç yıla kadar hapis cezası veya idari para cezası ile cezalandırılır.”

⁵³ *Baumann*, **Strafrecht**, **AT**, 3. Auf. 1964, s. 383.

⁵⁴ *Baumann*, **Strafrecht**, **AT**, 5. Aufl., 1968, s. 419.

⁵⁵ *Baumann*’ın başlangıçta bir yasak hatası olduğunu düşünmesinin nedeni, kusur teorisinden önceki bir zamanda bu açıklamaları yapmasına dayanıyor olabilir. Nitekim *Baumann*’ın da o zaman savunduğu kast teorisine göre, haksızlık bilinci kastın ayrılmaz bir parçasıdır ve kastın ana sorusu failin (hangi nedenle olursa olsun) eylemlerinin hukuka aykırılığı konusunda hataya düşüp düşmediğidir. Bu bağlamda, *Baumann*’ın kastı “hukuka aykırı bir suç işlemediğini bilmek ve istemek” olarak anlamaktadır. Bu yaklaşım, aynı zamanda kast teorisinin bir temsilcisi olan *Bindokat* tarafından *Maus-wiesel* davasına yapısal olarak benzeyen bir çifte hata bileşeni olduğu, haksızlık bilincinin farkında olmak için sadece “normun doğru bilgisi değil, aynı zamanda belirli bir vakadaki geçerliliğinin doğru bilgisinin” olduğu yönünde desteklenmiştir. Bkz *Bindokat*, **NJW**, 1963, s. 745.

Doktrinde baskın görüş de Maus-wiesel olayında, haksızlık hatası ve tipiklik hatası arasında bir rekabet söz konusu olduğunu ve tipiklik hatasının varlığı durumunda kastı ortadan kalkan fail için diğer unsurlara (kusur basamağına) inmeye gerek olmadığını ifade eder⁵⁶. Bu çözüme göre; olayda tipiklik hatası uygulama alanı bulduğu takdirde, failin kastı ortadan kalkacağından suçun taksirli hali düzenlenmiyorsa failin cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

Failin gerçekleştirdiği netice bakımından kastı ortadan kalkarken; gerçekleştirmeyi istediği netice (farenin öldürülmesi) bakımından bir sorumluluğu doğacak mıdır? Bu durumda baskın görüş, cezalandırılmayan mefruz suçun ortaya çıktığı yönündedir⁵⁷. Çünkü fare, avlanması yasak olan hayvanlar arasında sayılmamasına rağmen fail yanılarak avlanmasının yasak olduğunu zannetmiştir. Diğer görüş ise failin suça teşebbüs nedeniyle cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır. Fakat bizim de katıldığımız görüşe göre; faili teşebbüsten cezalandırmak, kişinin zihninden geçirdikleri nedeniyle bir başka ifadeyle “düşünce haksızlığından” dolayı cezalandırılması anlamına gelebilir⁵⁸. Bu nedenle failin ikinci düştüğü hatada, cezalandırılmayan eylem söz konusudur. Aşağıda yer alan Şekil 1’de, failin düştüğü iki hata ve söz konusu hatalara bağlanan hukuki sonuç gösterilmektedir:

Şekil 1: Maus-wiesel Olayının Çözümü (Baskın Görüş)



Bir diğer yaklaşım ise failin kaçak avlanma suçu bakımından sorumluluğu doğmamakla birlikte hırsızlık suçu bakımından cezalandırılmasının mümkün olabileceği yönündedir⁵⁹. Aşağıda yer alan Şekil 2’de bu yaklaşımın çözüm yolu gösterilmektedir. Doktrinde, Alman Ceza Kanunu’nun 292. maddesinde yer alan

⁵⁶ Baumann, Strafrecht, AT, 5. Aufl., 1968, s. 419; Gropp, AT, § 13, kn. 30.

⁵⁷ Gropp, AT, § 13, kn. 30.

⁵⁸ Gropp, AT, § 13, kn. 30.

⁵⁹ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 6. Aufl. 1958, s. 295; Kindhauser, Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 10. Aufl. 2019, § 11, kn. 42; Gropp, Doppelirrtum, s. 601, 606.

“vahşi” özelliğini hatalı olarak varsayan fail için kaçak avlanmaya teşebbüsten dolayı ceza verilememesinin kanundan kaynaklanan bir boşluk olduğu kabul edilmektedir. Nitekim önceki baskın görüş; kaçak avlanmaya teşebbüsün kanunda olmaması nedeniyle failin hırsızlık suçundan dolayı cezalandırılması gerektiği yönündedir. ACK m. 242/ f. 1’de düzenlenen hırsızlık suçunun subjektif tipikliğini kabul etmek isteyen *eşdeğerlilik teorisi* kaçak avlanma amacının hırsızlık amacının gerekliliklerini yerine getirdiğini iddia eder. Fakat Ceza Kanunu’nun 242. (hırsızlık), 246. (güveni kötüye kullanma) ve 292. (kaçak avlanma) maddelerinin benzerliğine rağmen, iki yarımdan ve dolayısıyla var olmayan suçtan bir suç çıkarılması mümkün değildir. Bu sonuç, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırılık teşkil eder⁶⁰. Kaçak avlanma kastının hırsızlık kastıyla aynı olduğunu söylemek (mal edinmek) istenilen sonuca göre düşünmek olacaktır.

Şekil 2: Maus-wiesel Olayının Çözümü (Azınlık Görüşü)



Özetle, olayda tartışılan dogmatik soru “*normatif alandaki yanlış pozitif özgülemenin ampirik alandaki yanlış negatif özgülemeyi ortadan kaldırıp kaldırmayacağı*” şeklinde formüle edilebilir⁶¹. Dolayısıyla şu soruyu sormak mecburi hale gelir: Failin kastı neyi kapsamalıdır? Bir başka ifadeyle, kastın konusu nedir?

Örnek olay bakımından kastın konusu üç farklı şekilde formüle edilebilir:

- 1) Suç tipine uyan maddi olayın unsurları (failin Federal Avcılık Yasası listesine dahil edildiğini bilmesi aranmaz);
- 2) Avlanabilir hayvan ya da başıboş hayvan listesi (failin Federal Avcılık Yasası listesine dahil olan hayvanların bilmesi aranır)

⁶⁰ Gropp, **Doppelirrtum**, s. 606.

⁶¹ Schünemann, Laufhütte, Rissing-van Saan, Tidemann (Hrsg.), **Strafgesetzbuch**, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 292, kn. 67.

3) Bu iki unsurun birleşimi (suç tipine uyan maddi olay ve hayvanın türü ve özelliği)⁶².

Baskın görüş, örnek olayda kastın kapsamı konusunda üçüncü formülü tercih etmektedir. Bir taraftan vahşi hayvanla ilgili hukuki hatanın, failin kastını ortadan kaldırmayacağını kabul etmektedir (kastın konusu yalnızca maddi gerçeklerden ibaret değildir). Diğer taraftan, fare gelinciği olayında failin kastının ortadan kalkması gerektiğini ifade etmektedir. Eğer maddi olay, kastın konusu olarak kabul edilmezse, bu konudaki bir yanlış anlama kastı ortadan kaldıramaz. Yani eğer maus-wiesel olayında kastın konusu, "avlanması yasak bir hayvan" olarak kabul edilir ve fail bunu "bilerek" avlarsa, o zaman mefruz suç oluşmaz. Çünkü failin avlanması yasak bir hayvanı vurmaya yönelik kastı her halükârda vardır. Bu görüşe göre, fare gelinciği olayında, objektif tipikliği yerine getiren fail, hem "avlanması yasak bir hayvan" olduğunu hem de "av haklarının ihlalini" varsayar ve bu nedenle Alman Ceza Kanunu'nun 292. maddesinin birinci fıkrasına göre cezası objektif olarak haklı görülür.

Karşı görüş ise maus-wiesel olayında failin ne tipikliğin bilgisizliği nedeniyle hataya ne de yasak hatasına düşmediğini iddia etmektedir⁶³. *Gropp*'a göre, mesele tipikliğin normatif unsurları hakkında hata kuralları çerçevesinde çözülebilir. Bilgisizliğin konusu, tipikliğin normatif unsuru olan "avlanması yasak olan hayvan" veya "vahşi hayvan" ise bu durumda failin kasten hareket ettiği kabul edilmelidir. Çünkü gerçekleşen suçta da failin düşüncesinde de avlanması yasak olan bir hayvan söz konusudur. Bu hayvanın "gelincik", "sansar" veya "fare" olmasına bakılmamalıdır.

Fakat yazarın kurguladığı modelde, fail vurduğu hayvanın avlanması yasak bir hayvan olan gelincik olduğunu bilmemektedir. Avlanma ve mal edinme hakkı, ayrılmaz bir şekilde avlanması yasak olan hayvan listesine bağlıdır. Dolayısıyla hayvanın türü burada önemlidir. Her ne kadar fail, vurduğu farenin de avlanması yasak bir hayvan olduğunu düşünse de hukuken yasak değildir. Dolayısıyla burada cezalandırılmayan mefruz bir suç söz konusudur. Dış dünyada gerçekleşmemiş ve

⁶² Wolf, *Doppelirrtümer im Strafrecht*, s. 432.

⁶³ Gropp, *Doppelirrtum*, s. 605.

failin zihninde kalmış olan kaçak avlanma suçundan dolayı fail cezalandırılmamalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, cezalandırma için olay haksızlığı ile kişisel haksızlığın örtüşmesi gerekir. Bir başka ifadeyle hem iradenin hem de gerçekleşen durumun örtüşmesi gerekir. Faildeki kişisel haksızlık eksikliği, düştüğü hukuki hatayla yani hareketinin yasak olduğu düşüncesi ile telafi edilemez.

b) Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata ile İznin Kapsamında Hatanın Hukuka Aykırılık Alanında Birleşimi

Çifte hatanın bir diğer görünümü; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata ile hukuka uygunluk nedeninin kapsamında hatanın hukuka aykırılık alanında birleşimidir. Örnek (15): Bahçesinden elma çalan çocukları gören ev sahibi, malın değerinin azlığına rağmen meşru savunma hukuka uygunluk nedeni kapsamında olduğunu düşünerek (hata 1: savunmanın orantılılığı) çocuklara ateş etmiştir. Oysa çocukların elmaları aldığı ağaç, ev sahibinin bahçe duvarının arkasında kalan terkedilmiş bir ağaçtır. Fakat fail çocukları dalda gördüğü için kendi bahçesindeki ağaçlar ve terkedilmiş ağacı karıştırmıştır (hata 2: meşru savunmanın saldırı koşulu)⁶⁴. Fail hem hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya (hata 2) hem de hukuka uygunluk nedeninin sınırında hataya (hata 1) düşmüştür.

Bu olayda failin düştüğü hatayı nitelendirme konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Baskın görüş; failin hem hukuka uygunluk nedeninin koşullarında hem de iznin kapsamında hataya düştüğü yönündedir⁶⁵. Çünkü failin bahçesinden gerçekte elma çalınmamıştır ve eğer öyle olsaydı bile her ne kadar malvarlığına yönelik bir saldırıya karşı meşru savunma yapılabilirse de birkaç elma çalınması

⁶⁴ Gropp, bu örneği gerçekten kendi bahçesinden elma çalan çocuklara ateş eden kişi üzerinden kurgulamaktadır (bkz. Gropp, **Doppelirrtum**, s. 607). Fakat yazarın kurgusu çifte hata için doğru bir örnek olmayabilir. Çünkü çifte hatada failin hem hukuka uygunluk nedeninin koşullarında hataya hem de izin hatasına düşmesi gerekir. Bu nedenle örnek Wolf'un da belirttiği şekilde yeniden kurgulanmıştır. Wolf, **Doppelirrtümer im Strafrecht**, s. 423.

⁶⁵ Sternberg, Lieben, Schuster buna benzer bir örnek için bir izin hatasının kümülatif karşılaşmasından bahsediyor. Bkz. Sternberg, Lieben, Schuster, Schönke und Schröder, **Strafgesetzbuch, Kommentar**, 29. Aufl. 2014, § 17, kn. 11. Kühl ise "hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata ile izin hatası tesadüfünden" bahseder ancak daha sonra sonuçta sadece bir izin hatası (hukuk varlığında hata) olduğunu kabul eder. Bkz. Kühl, **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 8. Aufl. 2017, § 13, kn 80. Benzer şekilde Heinrich de hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata ve izin hatasının "bir araya gelmesinden" bahseder. Bkz. Heinrich, **AT**, kn. 1148.

nedeniyle insan öldürmeye izin verilemez. Bir başka ifadeyle, meşru savunmada sınırın aşılması durumunda hukuka uygunluk nedenlerinin diğer koşullarının oluşup oluşmadığı ayrıca kontrol edilmelidir. Aksi halde söz konusu hataya düşen kişi, gerçekten hukuka uygunluk nedeni kapsamında hareket eden kişiden daha avantajlı konuma getirilmiş olur⁶⁶. Bu olayda fail; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşer ama bu koşullar (saldırının varlığı) mevcut olsaydı bile hareketinin meşru olmayacağını fark etmez. Bu durumda Alman hukukundaki baskın görüşün çözümüne göre; normatif gerçeklik hatasına dayanan izin hatası öne geçecek ve yasak hatası kurallarına göre failin hatası kaçınılmaz ise kusuru ortadan kalkacaktır.

Karşı görüş ise böyle bir olayda failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşmediği, sadece tek bir hataya düştüğü onun da dolaylı bir haksızlık hatası olduğu yönündedir⁶⁷. Dolayısıyla ortada çifte bir hata bulunmamaktadır. Fail hukuka uygunluk nedeninin koşullarının gerçekleştiğini zannederek hareketinin hukuka uygun olduğuna inanıyorsa, bu sadece dolaylı bir yasak hatasıdır. Çünkü failin tasavvur ettiği durum (kendi bahçesinden elma çalınması) gerçekleşseydi dahi hareketi (ateş etmek) hukuka uygun olmayacaktır. Bu nedenle çifte hataya gitmeye gerek olmadığı ifade edilmektedir.

Doktrinde ifade edilen hukuka uygunluk düzeyinde çifte hata olduğu görüşü, hukuki anlamda iki hatanın çarpışmasından söz etmektedir. Bazı yazarlar bu adlandırmayı gereksiz bulmakta ve karışıklığa neden olduğunu düşünmektedir⁶⁸. Fakat ikamesi olmadan, kavramın kullanımını ortadan kaldırmanın doğru olmayacağı; failin çifte hatası göz önüne alındığında, hukuka uygunluk düzeyinde çifte hatadan bahsetmenin ve onu hukuki olarak bir izin hatası ya da dolaylı bir yasak hatası olarak sınıflandırması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁹. Alman ceza hukuku bakımından geçerli olan bu sonuçlar, Türk ceza hukuku bakımından farklılık gösterebilir. Nitekim fail hem hukuka uygunluk nedeninin varlığında hataya hem de

⁶⁶ Kühl, AT, § 13, s. 473, kn. 69.

⁶⁷ Gropp, **Doppelirrtum**, s. 607; Wessels, Beulke, Satzger, AT, s. 261, kn. 768. Wolf da bu görüşü destekleyerek failin hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hatanın oluşmadığı ve iki hatanın rekabetinin söz konusu olmadığını belirtmektedir. bkz. Wolf, **Doppelirrtümer im Strafrecht**, s. 422.

⁶⁸ Gropp, **Doppelirrtum**, 2016.

⁶⁹ Wolf, **Doppelirrtümer im Strafrecht**, 2019, s. 422-423.

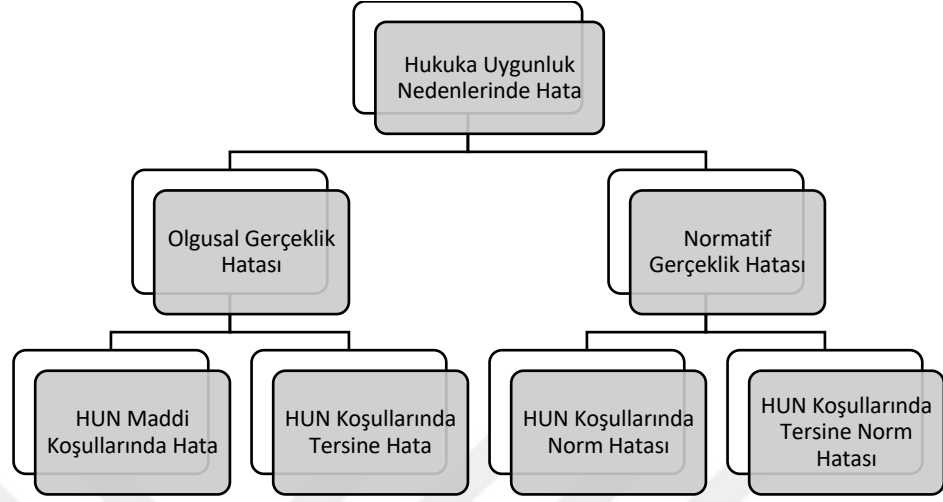
bundan bağımsız olarak maddi koşullarından birinde hataya düşüyorsa; ortaya varsayılan hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hata durumu çıkacaktır. Bu takdirde, hukuken kabul edilen bir hukuka uygunluk nedeni somut olayda mevcut olmadığı için yasak hatası hükümleri uygulama alanı bulur. Fakat eğer hem hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata hem de bundan bağımsız olarak sınır aşımı varsa; bu durumda sınır aşımını özel olarak düzenleyen TCK m. 27/1 uygulama alanı bulması doğru olmayacaktır. Çünkü söz konusu düzenleme, hukuka uygunluk nedeninin diğer tüm koşulları somut olayda sağlanmasına rağmen sadece failin sınırı kasten aşmadığı durumlarda uygulanabilir. Bu konudaki tartışma, aşağıda II. A. 2. c. “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması” ve II. B. 2. d. “Sınırın Aşılması” başlıkları altında değerlendirilmiş, tekrara düşmemek adına burada ilgili başlıklara işaret etmekle yetinilmiştir.

II. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN MADDİ KOŞULLARINDA HATA VE ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata bir başka ifadeyle failin hareketine izin veren bir normun koşullarında düşülen hata, çalışmanın başında yaptığımız tasnife⁷⁰ uygun olarak *olgusal gerçeklik* hakkında veya *normatif gerçeklik* hakkında ortaya çıkabilir. Aşağıda, *Şekil 3: Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hatanın Tasnifi* adlı şekil ile hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hata türleri gösterilmektedir.

⁷⁰ Bkz. Tablo 1. Ceza Hukukunda Hatanın Tasnifi.

Şekil 3: Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata Halleri



Şekil 3’de görüleceği üzere, failin hareketine izin veren normun koşullarını oluşturan olay veya olgular hakkında düştüğü hata bünyesinde birbirinin zıttı iki hata halini barındırmaktadır. İlki, failin bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları somut olayda gerçekleşmemesine rağmen, gerçekleştiği inancıyla hareket ettiği **maddi koşullarında hata**; ikincisi ise failin dış dünyada gerçekleşen hukuka uygunluk nedeninin objektif koşullarından habersiz olduğu ve suç işlediğini düşündüğü **tersine hata** halidir. Failin dış dünyadaki olgular hakkında düştüğü her iki hata türü de ceza hukukunun en tartışmalı⁷¹ konularından olmakla beraber, tersine hata haline çalışma konumuzla sınırlı olarak temas edilerek hukuka uygunluk nedenlerinin *maddi koşullarında düşülen hata* ve hukuki sonuçları değerlendirilecektir.

Bununla birlikte, hukuka aykırılık alanında **norm hakkında** düşülen hatanın da olumlu veya tersine hata şeklinde karşımıza çıkabileceği belirtilmelidir. Bu durumda fail *hukuka uygunluk nedeninin varlığında hataya* düşebileceği gibi *hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında da norm hatasına* düşebilir. Hukuka aykırılık alanındaki bu hata türlerinde fail maddi vakıa yani dış dünyadaki olay hakkında yanılmamaktadır. Bilakis failin yanılışı davranışına izin veren norm hakkındadır.

⁷¹ Thomas Hillenkamp, Kai Cornelius, **32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil**, 15. Auflage, Verlag Franz Vahlen GmbH, München, 2017, s. 81 vd.

Aşağıda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata kapsamına girmeyen fakat bu hata türü ile karıştırılabilen yakın kavramlar gösterilerek; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata durumları ortaya konulacaktır.

A. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

1. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda, fail bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları somut olayda gerçekleşmemesine rağmen, gerçekleştiği inancıyla hareket etmektedir⁷². Bu durumda fail, gerçekte suç tipine uyan ve herhangi bir hukuka uygunluk nedenine de dayanmayan bir hareketi gerçekleştirirken, failin zihninde söz konusu harekete izin veren bir norma uygun davrandığı, dolayısıyla suç işlemediği düşüncesi yer almaktadır. Alman hukukunda söz konusu hata, “*erlaubnistatbestandsirrtum*” (izin tipinde hata) veya “*erlaubnissachverhaltsirrtum*” (izinde maddi gerçeklik hatası) gibi farklı şekillerde ifade edilmektedir⁷³. Çalışmamızda terim birliğini sağlamak adına, Türk doktrininde genel olarak tercih edilen kavrama sadık kalınarak “hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata” kavramı kullanılmıştır.

Örnek (1)’i hatırlayalım: (A) ve (E) bitişik bahçeleri olan komşulardır. (E)’nin bahçesinde, dalları (A)’nın bahçesine sarkan, rüzgârlı havalarda yapraklarının düşmesi ile rahatsızlık veren uzun bir ağaç bulunmaktadır. (A), birkaç kere (E)’den ağacı kesmesini istediye de (E) ağacın kesilmesine razı değildir. (E)’nin tatilde olduğu bir gün (A), tartışma konusu ağacı keser. Bunun için gereken motorlu testereyi, arkadaşı (B)’den temin etmiştir. Bununla birlikte, (A), (E)’nin rızası dahilinde hareket ettiğini sanmaktadır. Çünkü (E) tatile çıkmadan önce, (A)’nın posta kutusuna “*Önerinizi kabul ediyorum; lütfen yokluğumda her şeyi yapın!*” notunu

⁷² Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, kn. 697; Gropp, **AT**, s. 594, p. 191.

⁷³ Alman literatüründe bu hata türü “*Erlaubnisatbestandsirrtum*; *Erlaubnistatumsirrtum* veya *Erlaubnissachverhaltsirrtum*” şeklinde ifade edilmektedir. Motamot bir çeviriyle *izin tipinde hata* veya *izin tipikliğinde hata* şeklinde ifade edilebilir. Alman doktrininde söz konusu hata türünü karşılayan en doğru nitelendirmenin “*Erlaubnissachverhaltsirrtum*” olduğu yönünde bir görüş de bulunmaktadır. Çünkü fail tarafından hukuka uygunluk koşullarına ilişkin bir olgu veya olay (*sachverhalt*) tasavvur edilmektedir. Bkz. Dennis Bock, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 1. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2018, s. 370.

içeren imzalı bir mektup bırakılmıştır. Fakat bu notun ağacın kesilmesiyle hiçbir ilgisi yoktur. Çünkü postacı, adressiz bu zarfı bir yanlış anlaşılardan dolayı (A)'nın posta kutusuna atmıştır. (B)'nin ise bu nottan haberi yoktur ve (E)'nin rızası dışında ağacın kesilmesi için arkadaşı (A)'ya yardım ettiğini düşünmektedir. (E) tatilden döndüğünde, bahçesindeki ağacın yerinde olmadığını görür ve gözlerine inanamaz⁷⁴. Örnek olayda (A), ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarından biri olan rızanın varlığında hataya düşmüştür.

2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hatanın Kapsamına Girmeyen Durumlar

a) Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Tersine Hata

Fail, bir hukuka uygunluk nedeninin tüm koşulları somut olayda gerçekleşmesine rağmen bu durumun farkında olmadan hareket ediyor ve suç işlediğini düşünüyor olabilir. Böyle bir durumda hukuka uygunluk nedeninin koşullarında **tersine hata** ortaya çıkar⁷⁵. Ceza hukukunda bu hata, hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsurun yokluğu⁷⁶ veya hukuka uygunluk nedenlerinde tersine hata⁷⁷ olarak adlandırılmaktadır.

Örnek (16): Her gece eve sarhoş bir şekilde gelen eşinden şiddet gören (A), kocasını öldürmeye karar verir. Bir gece kocasının eve gelme saatinde elinde sopayla beklerken kapıyı zorlayan hırsız kocası zannederek sopayla kafasına vurur. (A), aslında hırsızın saldırısını defetmiştir, fakat bu durumun farkında değildir. (A), meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında tersine hataya düşmüş olur⁷⁸.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatada, fail söz konusu hukuka uygunluk nedeninin koşullarının olayda gerçekleştiğini ve hareketinin

⁷⁴ Örnek için bkz. Wessels, Beulke, Satzger, AT, s. 245, kn. 723.

⁷⁵ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C II, s. 696; Gropp, AT, s. 593, kn. 181.

⁷⁶ Dursun, Bozbayındır, **İÜHFM**, s. 63 vd.; Karaaslan **LHD**, s. 1700; Şenol, **THD**, s. 65; Kazaker, **Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs**, s. 258 vd; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 3.

⁷⁷ Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 388; Dursun, Bozbayındır, **İÜHFM**, s. 64; Karaaslan, **LHD**, s. 1666; Şenol, **THD**, s. 65; Ali Tanju Sarıgül, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m. 30/3)”, **AHBVÜ-HFD**, 3/2020, s. 347.

⁷⁸ Roxin. AT, s. 639, kn. 94.

hukuka uygun olduğunu düşünürken; tersine hata durumunda fail hukuka uygunluk nedeninin objektif koşullarının olayda gerçekleştiğini bilmemekte ve hareketinin hukuka aykırı olduğuna inanmaktadır. Dolayısıyla örnek olayda (A), meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin koşulları objektif olarak gerçekleşmesine rağmen bu durumu bilmediği ve suç işlediğini zannettiği için tersine hataya düşmektedir.

Tersine hata durumuyla ilgili olarak, hukuka uygunluk nedenlerinin yapısına, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsuru olup olmadığına, varsa bu unsurun içeriğine ve sübjektif unsurun yokluğuna bağlanan hukuki sonuca ilişkin tartışmalar yapılmaktadır. Objektif haksızlık öğretisine göre, hukuka uygunluk değerlendirmesi fiilin normu ihlal edip etmediği ile sınırlı bir değerlendirme olup failin bunun bilincinde olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır⁷⁹. Bu görüşe göre, tipik neticenin gerçekleşmesi durumunda objektif haksızlık ortaya çıkmış olur ve failin iç dünyası ile ilgili sübjektif hususlar dış dünyada algılanamadığı için haksızlıkla ilişkilendirilmemektedir⁸⁰. Bu durumda, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif koşullarının olayda gerçekleşmesi, failin bundan yararlanması için yeterli olup bu koşulların gerçekleştiğinin bilinip bilinmediğinin bir önemi bulunmamaktadır. 765 sayılı TCK döneminde baskın olan ve Alman doktrininde de bir dönem kabul edilen bu görüş, yerini hukuka uygunluk nedenlerinin sadece objektif unsurlardan oluşmadığı düşüncesine bırakmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte doktrinde, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının gerekliliği kabul edilmeye başlanmıştır⁸¹. Fakat doktrinde sübjektif unsurların varlığını kabul etmeyen kayda değer bir çoğunluk da bulunmaktadır⁸².

⁷⁹ Türk hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinin sadece objektif nitelik taşıdığı görüşü için bkz. Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, kn. 99; Taner, **Ceza Hukuku**, kn. 286; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, kn. 696; Erem, Danışman, Artuk, **Genel Hükümler**, s. 551; İçel ve diğer yazalar, **Suç Teorisi**, s. 111; Katoğlu, **Hukuka Aykırılık**, s. 88; Cihan, **Ceza Hukukunda Fiili Hata**, s. 130 vd.; Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 368; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 271-274, 437; Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 299; Özen, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, 1995, s. 141-142.

⁸⁰ Göktürk, **CHD**, 2015, s. 113.

⁸¹ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 650 vd.; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, kn. 144 vd.; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, **Genel Hükümler**, s. 279; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 267 vd.; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 317; Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 421 vd.; Karakurt, "Türk Ceza Kanunu'nda Hata", s. 128 vd.; Ersan,

Alman doktrininde baskın olan mevcut görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin hem objektif hem de sübjektif unsurlardan oluştuğu yönündedir⁸³. Bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının sadece görünüşte gerçekleşmesi yeterli değildir. Failin içsel tasavvuru, dış dünyadaki davranışı ile örtüşmelidir. Örneğin meşru savunmada, koşullar objektif olarak gerçekleşmiş olsa dahi fail kendisini savunma amacı ile değil de başka bir amaçla hareket ediyor ise meşru savunmadan yararlanamaz. Hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanabilmesi için, failin dış dünyadaki davranışı ile içsel amacının örtüşmesi gerekir. Bu nedenle failin, somut olayda hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının gerçekleştiğini bilmesi ve bu yönde bir irade taşıması aranmaktadır⁸⁴.

Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurları olduğunu kabul eden görüşe göre; hukuka aykırılığın yapısı tipikliğin yapısına benzemektedir. Tipiklik

Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, s. 50 vd.; Kazaker, **Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs**, s. 258 vd.; Göktürk, **CHD**, 2015, s. 8.

⁸² Güngör, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, s. 63; Ozansü, “Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı”, s. 390 vd.; Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s. 203 vd.; Uruşak, **Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması**, s. 223 vd.; Ekici-Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s. 175-176; Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 150; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 271 vd.; Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 299; Doğan Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 334, 363; Hafızogulları, Özen, **Genel Hükümler**, s. 212; İçel, **Genel Hükümler**, s. 322; Zafer, **Genel Hükümler**, s. 358 vd.; Karaaslan, **LHD** 2017, s. 1714 vd.; Kartal, **Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık**, s. 123; Tunç, **Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata**, s. 288; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 408.

⁸³ Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun da bulunduğu görüşünün sadece kasten işlenen suçlar bakımından geçerli olduğu, bununla birlikte taksirle işlenen suçlarda sübjektif unsurun aranmayacağı ifade edilmektedir. Çünkü taksirli suçlarda failin fili iradi olmakla beraber, failin iradesi bir haksızlığın icrasına yönelik değildir. Taksirle işlenen suçlarda, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarının objektif olarak gerçekleşmiş olması, haksızlığı tamamen bertaraf edici bir etkiyi haizdir. bkz. Baumann, Weber, Mitsch, **AT** §16, kn. 69.

⁸⁴ George Humbert, **Subjektive Elemente der Rechtswidrigkeit**, Dissertation, Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau, 1932, s. 20, 38, 41; Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-NewYork, 1991, 11/18; Baumann, Weber, Mitsch, **AT**, § 16, kn. 64; Jescheck, Weigend, **AT**, § 31, S. 328; Roxin, **AT/I**, § 14 kn, 96; Köhler, **AT**, 1. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 1997, s. 321; Heinrich, **AT**, kn. 323; Gropp, **AT** § 6 kn. 32; Hilgendorf, Eric, Valerius, Brian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, § 5 kn. 53; Frister, Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, 14/7, 14/16; Freund, Georg, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009, § 3 kn. 16; Gallas, **Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag**, s. 172; Krümpelmann, Justus, “Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum”, **GA**, 1968, s. 137 f.; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 438 vd.; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 439 vd.; Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 252 vd.; Özbek ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 283; Degirmenci, **TBBĐ**, s. 173; Ozansü, s. 114, 118.

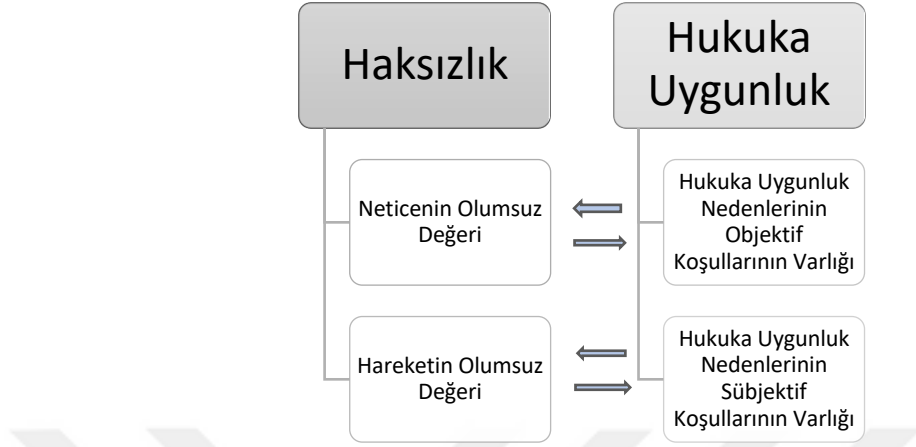
gibi hukuka aykırılık da objektif ve sübjektif unsurlardan oluşmaktadır. Buna göre, tipe uygun fiilin hukuka uygun olarak ortaya çıkabilmesi için somut olayda hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurlarının gerçekleşmiş olması yeterli değildir. Fail hukuka uygunluk nedenini ortaya çıkaran durumu bilmeli ve hukuka uygunluk eğilimine, yani hukuka uygunluk amacına sahip olmalıdır. Örneğin, meşru savunmada fail, mevcut saldırıyı bilmeli ayrıca savunma iradesiyle hareket etmelidir⁸⁵. Bu nedenle hareketin hukuka uygunluğu için sadece objektif unsurlar değil, sübjektif unsurlar da aranmaktadır⁸⁶. Sübjektif unsura duyulan ihtiyacın, kişisel haksızlık teorisinden kaynaklandığı belirtilmektedir. Buna göre, hareketin haksızlık içeriği bir taraftan neticenin olumsuz değeri⁸⁷, diğer taraftan hareketin olumsuz değeri ile belirlenir. Hukuka uygunluk nedeninin objektif koşulunun varlığı neticenin olumsuz değerini telafi eder. Çünkü hukuksal değere yapılan müdahale, söz konusu müdahale hareketine izin veren bir norm ile objektif olarak açıklanan koşullar altında hukuken tasvip edilmiştir. Fakat hareketin olumsuz değeri, henüz ortadan kaldırılmamıştır. Hareketin olumsuz değerinin de ortadan kalkması için hukuka uygunluk nedeninin sübjektif unsuruna, failin hukuka uygun hareket etme iradesine ihtiyaç bulunmaktadır. Aşağıda yer verilen şekilde hukuka uygunluğun yapısında neticenin olumsuz değeri ve hareketin olumsuz değeri kavramlarına yer verilmiştir:

⁸⁵ Welzel, **Strafrecht**, s. 83-84, 86; Hirsch, **LK**, vor § 32, kn. 57; H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 209, 21.

⁸⁶ Gropp, **AT**, s. 592, kn. 181, 182; Wessels, Beulke, Satzger, **AT**, s. 131, kn. 412.

⁸⁷ *Unwert* kavramı Türk ceza hukuku doktrinde genellikle “değersizlik” olarak çevrilmiştir. Oysa Türkçe’de bu kavram, önemsizlik veya dikkate değmemezlik şeklinde doğru bir anlama karşılık gelmemektedir. Nitekim değersiz kelimesinin Almanca karşılığı da “wertlos” dur. *Unwert* kavramı içerisinde haksızlığın ağırlığını, topluma verdiği zararı da barındırmaktadır. Öldürme örneğini ele alırsak; birinin ölümüne kaza ile sebep olmak sadece *unrecht* iken; birini tasarlayarak öldürmek hem *unrecht* hem *unwert*’e sahiptir. Bir başka örnek; ensest bir toplumda ahlaken uygun görülmebilir (*unwert*) ama hukuken de yasak (*unrecht*, haksızlık) olmayabilir. Bu nedenle *unwert* kavramının “olumsuz değer” olarak çevrilmesi doğru olabilir.

Şekil 4: Hukuka Uygunluğun Yapısı



Hukuka aykırılığın, yukarıda yer alan Şekil 4’te gösterilen yapısı kabul edildiği takdirde; sadece suç teorisi bakımından değil, hatanın hukuki sonuçları bakımından da önemli sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Haksızlık alanında tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlarının birlikte var olması, iki unsurun birlikte gerçekleşmesini gerektirmektedir. UNSURLARDAN BİRİNİN EKSİK OLMASI HALİNDE BUNUN İKİ SONUCU ORTAYA ÇIKMAKTADIR. Birincisi, objektif unsurların eksik olması durumunda teşebbüsten söz edilmektedir. İkincisi, sübjektif unsurun eksik olmasında ise tipiklik hatası ortaya çıkmaktadır. Tipiklik nasıl objektif ve sübjektif unsurların uyumunu gerektiriyorsa, tipikliğin karşı göstergesi olan hukuka uygunluk nedenlerinde de objektif ve sübjektif unsurların bir arada olması gereklidir⁸⁸. Eğer sübjektif unsurlardan biri eksikse, Alman doktrininde bir görüş, hareketin neticesi hukuka uygun olmasına rağmen hareketin haksızlığının devam etmesi nedeniyle hukuka uygun davrandığını bilmeyen failin suçun teşebbüs halinden cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır⁸⁹. Elverişsiz teşebbüs⁹⁰ çözümünü savunanların bu görüşü, *haksızlığın ve olumsuz değer*in yapısına uymaması nedeniyle artık terkedilmektedir.

⁸⁸ Maurach, AT, s. 260, 199-200; Diehl, *Unrechtsausschließungsgründe*, s. 97-98; Selim, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu*, s. 166.

⁸⁹ Wessels, Beulke, Satzger, AT, s. 133, kn. 417; Roxin, AT/I, § 14, kn. 104.

⁹⁰ Elverişsiz teşebbüs Alman Ceza Kanunu’nda açıkça düzenlenmekte ve bu durumda faille hiç ceza verilmemesi ya da cezada indirim yapılması konusunda hâkime takdir yetkisi verilmektedir (StGB § 23 Abs. 3). 5237 sayılı TCK’da ise elverişsiz teşebbüs halinde, failin ceza sorumluluğuna gidilebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle bu görüşün benimsenmesi durumunda, Türk hukuku bakımından fiil bir başka suçun oluşumuna sebebiyet vermedikçe failin elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırılması mümkün değildir.

Nitekim teşebbüsün olumsuz değeri; hareketin olumsuz değerinden oluşmamaktadır. Bilakis kişisel olumsuz değerden ve olayın bizatihi kendisinin olumsuz değerinden oluşmaktadır. Bir başka ifadeyle, teşebbüsün olumsuz değeri failin üçüncü kişiler nezdinde tehlike oluşturmamasını şart koşmaktadır⁹¹. Ayrıca teknik anlamda, ortada bir teşebbüs de bulunmamaktadır. Suç tipine uygun bir hareket ve objektif olarak gerçekleşmiş bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaktadır. Fakat olaya teşebbüs kuralları uygulanmaktadır. Bu durumun maddi gerçeklikle çelişki oluşturduğu ifade edilmektedir.

Azınlıkta kalan görüş ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarının objektif olarak gerçekleşmesinin haksızlık içeriğini azaltıcı bir etkiye sahip olmadığını ve failin suçun tam cezası ile cezalandırılması gerektiğini ileri sürmektedir⁹². Bu görüşe göre, tipik netice gerçekleşmiş ve fail somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının gerçekleştiğinin bilincinde değil ise; sadece tipiklik değil, aynı zamanda hukuka aykırılık unsuru da gerçekleşmiştir. Sübjektif unsur eksik kaldığında, fiil tamamlanmış, kasten icra edilen bir haksızlık olma özelliğini korumaktadır. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının yokluğu halinde fail tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılmalıdır.

Hukuka uygunluğun sadece objektif değil sübjektif koşulu da olduğu görüşü, kanun koyucunun hukuka uygunluk nedenlerinde *isteme* unsurunu aramadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Hukuka uygunluk için kişinin koşulların gerçekleştiğini düşünmesi (bilme unsuru) ve buna güvenerek hareket etmesi yeterlidir. Örneğin, meşru savunmada kişi kendini savunmak için değil, aslında intikam ve nefret duygularıyla savunma yapmış olsa da meşru savunmanın varlığı etkilenmemelidir. Aksi durumun, düşüncenin cezalandırılması anlayışını ortaya çıkaracağı belirtilmektedir. Aynı zamanda hukuka uygunluk nedenlerinin bu şekilde sınırlandırılmasının, tipiklik alanındaki kıyas yasağının ihlali olduğu ifade edilmektedir. Kanun koyucunun, hukuka uygunluk nedenini düzenlerken aramadığı bir unsurun

⁹¹ Gropp, AT, s. 593, kn.184, 187, 188.

⁹² Krey, Esser, AT, § 13 kn. 469; Heinrich, AT, kn. 326, 392, 433.

aranması kanunilik ilkesinin ihlali olarak görülmektedir⁹³. Fakat kanaatimizce, hukuka uygunluk nedenleri objektif unsurlar yanında sübjektif unsurlara da sahiptir. Nitekim kanun koyucunun meşru savunma için aradığı “savunma iradesi”, hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali için “kurtarma iradesi”, ilgilinin rızası için “hukuki değerlerden feragat etme iradesi”, herkes tarafından yapılan yakalama için “failin adalete teslim edilmesi niyeti” bu görüşü desteklemektedir. Nefret, intikam veya kıskançlık gibi diğer güdülerin, tehdit edilen hukuksal değeri koruma arzusunu arka plana tamamen itmemek koşuluyla, hukuka uygunluk nedenine engel olmayacağı da belirtilmelidir⁹⁴.

Türk hukukunda da bu konudaki tartışma sürmektedir. Birinci görüş, failin hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilmesi için maddi şartların varlığını yeterli kabul edip sübjektif unsuru aramamaktadır⁹⁵. İkinci görüşe göre, failin hukuka uygunluk nedenlerinden faydalanması için maddi şartların varlığı yanında sübjektif unsurları da bilmesi gerekmektedir⁹⁶. Sübjektif unsuru arayan Alman ceza hukukunda savunulan finalist görüşün teşebbüs çözümü, iradi hareketin varlığını hukuka aykırılık bakımından yeterli bulmaktadır⁹⁷. Her ne kadar bu görüş, elverişsiz teşebbüsü de cezalandırılabilir kabul etse de Türk Ceza Kanunu’nda “*kastedilen bir suçu elverişli hareketle icraya başlayıp sonucun gerçekleşmemesi*” şeklinde tanımlanan teşebbüs hükümleri karşısında elverişsiz teşebbüsün uygulanması mümkün olmamalıdır. Fiilin haksızlık içeriği bakımından teşebbüs aşamasında kalan suçla eşdeğer görülmesi nedeniyle teşebbüs hükümlerinin kıyasen uygulanması

⁹³ Wessels, Beulke, Satzger, **AT**, s. 129, kn. 406.

⁹⁴ Wessels, Beulke, Satzger, **AT**, s. 133, kn. 416; Roxin, **AT**, s. 642, kn. 98.

⁹⁵ Bkz. Güngör, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, s. 63; Ozansü, “Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı”, s. 390 vd.; Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s. 203 vd.; Uruşak, **Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması**, s. 223 vd.; Ekici-Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s. 175-176; Toroslu/ Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 150; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 271 vd.; Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 299; Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 334, 363; Hafizoğulları, Özen, **Genel Hükümler**, s. 212; İçel, **Genel Hükümler**, s. 322; Zafer, **Genel Hükümler**, s. 358 vd.; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1714 vd.; Kartal, **Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık**, s. 123; Tunç, **Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata**, s. 288; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 408.

⁹⁶ Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 420; Değirmeci, **TBB**, s. 173; Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 392; Göktürk, **CHD**, 2014, s. 7-30, s. 19; Göktürk, **CHD**, 2015, s. 15 vd.; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 305; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 262, Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 281.

⁹⁷ Adem Sözüer, **Suç Teşebbüs**, 1. Baskı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994, s. 103.

düşünülebilir⁹⁸. Fakat failin tamamlanmış bir suçtan dolayı teşebbüs hükümleri uyarınca cezalandırılmasının ceza adaleti açısından tutarlılığı da sorgulanmaktadır⁹⁹. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nun 22. maddesi¹⁰⁰ işlenemez suç halinde *hukuka aykırı davranma iradesinin* cezalandırılmasını mümkün kılarken; Türk Ceza Kanunu'nda failin işlenemez suça teşebbüs hükümleri çerçevesinde cezalandırılmasına imkân veren normatif bir dayanak bulunmamaktadır¹⁰¹. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında tersine hata durumunda *cezalandırılmayan eylem çözümü* taraftar bulmaktadır¹⁰².

Bununla birlikte, hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsurun eksikliği; olayda bir hukuka uygunluk nedeninin tüm koşullarının gerçekleştiğinin farkında olmamak şeklinde olgusal gerçeklik hatası olarak ortaya çıkabileceği gibi izin normunun varlığından haberdar olmamak şeklinde norm hatası şeklinde de karşımıza çıkabilir. Örnek olay (12)'yi hatırlayalım: Bir pazar yerinde hırsızlık yapan (H), çevre esnafı tarafından yakalanır. Kaçmaya çalışan hırsıza engel olmak isteyen esnaf (E), bu sırada (H)'nin kolunda sıyrıklara ve morluklara neden olur. Esnaf (E), yakalama yetkisini sadece kolluk kuvvetlerinin kullanabileceğini ve bu nedenle suç işlediğini düşünmektedir. Oysa yaşadığı ülkenin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90. maddesi kişiye suç işlerken rastlanması durumunda herkese geçici olarak yakalama yetkisi vermektedir¹⁰³. Bu durumda cezalandırılmayan *meşru suç* ortaya çıkacaktır¹⁰⁴.

⁹⁸ Göktürk, **CHD**, 2014, s. 22.

⁹⁹ Değirmenci, **TBB**, s. 173.

¹⁰⁰ § 22 Begriffsbestimmung: "Eine Straftat versucht, wer nach Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt." Alman Ceza Kanunun m. 22: "Her kim, fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre, suç tipinin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icraya başlarsa, suç işlemeye teşebbüs etmiş sayılır." Çeviri için bkz. Yenisey, Plagemann, s. 20.

¹⁰¹ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 651; Şenol, **THD**, s. 66; Sarıgül, **AHBVÜ-HFD**, s. 350.

¹⁰² Sarıgül, **AHBVÜ-HFD**, s. 351.

¹⁰³ CMK m. 90: (1) Aşağıda belirtilen hâllerde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir:

a) Kişiye suçu işlerken rastlanması.

b) Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması.

¹⁰⁴ Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, kn. 99; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C II, kn. 696; İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **Suç Teorisi**, s. 111; İçel, **Genel Hükümler**, s. 322; Hafızogulları, Özen, **Genel Hükümler**, s. 319; Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 334; Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 141; Ozansü, **Hata**, s. 390.

b) Hukuka Uygunluk Nedeninin Varlığında Hata

Hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata veya izin normunda hata olarak da adlandırılan bu hata türünde; fail, aslında hukuken kabul edilmeyen bir sebebin varlığına dayanarak hareketine izin verildiğini düşünmektedir. Bu durumda, hukuken kabul edilmiş bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata da söz konusu olmayacaktır¹⁰⁵.

Örneğin, bir doktorun hastasının rızası olmadan tıbbi müdahaleye yetkisi olduğunu düşünmesi veya bir yurt sorumlusunun yurdunda kalan kızları bekaret kontrolüne gönderebilme yetkisi olduğuna inanması durumunda, hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata söz konusu olacaktır¹⁰⁶. Bu örneklerde failer, dış dünyadaki maddi olgulara ilişkin tüm hususları doğru bilmektedir. Fakat fail, düştüğü norm hatası nedeniyle işlediği fiile hukuk düzeni tarafından izin verildiğini düşünmektedir¹⁰⁷. Hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata durumunda, failin maddi vakaya ilişkin bir yanlış tasavvuru söz konusu değildir. Bilakis fail maddi vakıayı doğru tasavvur etmekte, fakat hareketine izin veren bir normun varlığı konusunda yanılmaktadır. Failin hatası norma dayalı olup, aslında mevcut olmayan bir hukuka uygunluk nedenini var zannederek *dolaylı bir haksızlık hatasına* düşmektedir. Bu nedenle hatanın kaçınılmazlığı çerçevesinde haksızlık hatası kuralları uygulama alanı bulacaktır.

Bununla birlikte, Alman mahkemelerine de konu alan Kedi Kral (*Katzen König*) davasında¹⁰⁸; örnek (17): Fail, iki arkadaşı tarafından uzun zamandır

¹⁰⁵ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C II, 1986, s. 22; Gropp, AT, s. 601, kn. 225 vd; Heinrich, 2. Kitap, s. 194, kn. 1142.

¹⁰⁶ Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 281.

¹⁰⁷ Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 237.

¹⁰⁸ Kedi Kral Olayı, BGHSt 35, 347- 4 StR 352/88 tarih 15.9.1988. Sanık (H), (P) ve (R), gerçeklikle örtüşmeyen, mistizm ile nevrozlu bir ilişki örgüsünde yaşamaktadır. (H) ve (P), kolayca etkilenen (R)'yi uzun zamandır kötülüğü temsil eden ve dünyayı tehdit eden Kedi Kral'ın varlığına ikna eder. (R), (H) ve (P)'nin kedi krala karşı verdiği mücadelede kabul edilmiş ve seçilmiş kişi olduğuna inanır. Sanık (H), eski eşi (N)'den aldığı haber sonrası kin ve kıskançlıkla (N)'nin eşi Annemarie'yı (R)'yi kullanarak öldürmeye karar verir. (P) ile bu konuda anlaşır ve (R)'ye kedi kralın bir insanın kurban edilmesini (N'nin eşi) istediğini söylerler. Eğer kısa süre içinde (N)'nin eşi kurban edilmezse insanlık veya milyonlarca insan kedi kral tarafından öldürülecektir. (R) gerçekten bir insanın kurban edilmesinin istediğine inanır ve vicdan azabı duyar. Ancak milyonlarca insanın tehlikeye atılmasını ve bir kadının kurban edilerek diğerlerinin kurtarılmasını evla görür. Sonunda (N)'nin eşinin öldürmek için boynundan, yüzünden ve kafasından bıçaklar. Ağır yaralanan kadın ölümden zor kurtulur.

kötülüğü temsil eden ve dünyayı tehdit eden Kedi Kral'ın varlığına inandırılmıştır. Kedi Kral'a karşı verilen mücadelede seçilmiş kişi olduğuna inanan fail, dünyayı kurtarmak için bir insanın kurban edilmesi görevini kabul ederek bir kişiyi bıçakla ağır bir şekilde yaralamıştır. Fail, hukuk sisteminin milyonlarca kişinin hayatını kurtarmak için bir kişinin öldürülmesine izin verdiğini düşünmektedir¹⁰⁹. Kedi kral olayında fail, hareketine izin veren bir norm olduğunu düşünmektedir fakat maddi vaka konusunda da kandırılmaktadır. Failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düştüğünün kabul edilebilmesi için, normun değerlendirme ölçütlerinde herhangi bir sapma göstermeden kendi hareketinin bu koşullar altında gerçekleştirdiğini düşünmesi gerekir¹¹⁰. Bu nedenle, belirtilen bu örneklerde maddi vaka tümüyle doğru olsaydı bile, failler hareketine izin veren bir normun var olduğunu zannederek hataya düşmektedir.

Bununla beraber, failin hukuka uygunluk nedenlerinden birinin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında şüpheyne düştüğü ve fakat söz konusu nedenin varlığını da muhtemel addettiği durumlarda hukuka uygunluk nedeninin varlığında bir hata olup olmadığı tartışılmaktadır¹¹¹. Örneğin, evine doğru yürüyen bir kişi, arkasında koşmakta olan birisinin hırsız olup olmadığı noktasında şüpheyne düşer ve henüz herhangi bir saldırı gerçekleşmeden arkasındaki kişiyi defetmeye çalışırsa ne olacaktır? Bu durumda saldırının varlığında düşülen hatanın kaçınılmazlığı değerlendirilmelidir. Fakat fail, henüz bir saldırı gerçekleşmese de savunma yapabileceğini düşünürse; bu takdirde yanılgısı, maddi vakiyaya değil norma ilişkin olacak ve yasak hatası gündeme gelecektir. Söz konusu hatanın kaçınılmaz olup olmadığı ayrıca değerlendirilmesi gereken bir mesele iken; şüphenin sebep olduğu fiilin hatadan kaynaklanması ayrı bir meseledir¹¹².

¹⁰⁹ Bu olayla ilgili bkz. Gropp, AT, s. 598, kn. 214.

¹¹⁰ Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 285.

¹¹¹ Roxin, AT, § 14, kn. 91, § 12, kn. 105; Karaaslan, LHD, s. 1679.

¹¹² Şüphe ve hata ile ilgili değerlendirme için 2. Bölüm, II, A, 1, b, "Hukuka Uygunluk Nedeninin Koşullarını Kontrol Etme Yükümlülüğü", ii. "Şüphe Durumu" başlığında yer verilen açıklamalara bakınız.

c) Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması

Hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında düşülen hata ile karıştırılan diğer bir durum; *hukuka uygunluk nedeninde sınırının aşılması* veya bir başka ifadeyle *izin normunun sınırında hata* olarak da adlandırılan failin hukuk düzeni tarafından kabul edilen bir hukuka uygunluk nedeninin kapsamını olduğundan geniş kabul ederek hareket ettiği durumlardır.

Sınırın aşılması, failin düştüğü norm hatasından kaynaklanabileceği gibi olgusal gerçeklik hatasından da kaynaklanabilir¹¹³. Fail, bir hukuka uygunluk nedeninin sınırını, hukukun izin verdiği ölçüden daha geniş zannediyorsa; bu takdirde failin sınırı aşması, düştüğü norm hatasından kaynaklanmaktadır. Sınırın aşılmasının failin düştüğü norm hatasından kaynaklandığı durumlarda, somut olayda hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hata ortaya çıkmaz. Çünkü hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda, söz konusu nedenin objektif koşulları somut olayda gerçekleşmemiştir. Oysa sınırın aşılması durumunda, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunmakla birlikte failin hareketi hukuka uygunluk nedeninin sınırları dışına çıkmıştır. Eğer fail sınırın dışına kasten çıkıyorsa bu durumda zaten hukuka uygun davranma iradesi yoktur ve iznin sınırında hataya düştüğü söylenemeyecektir.

Örnek (18): Bahçesinden elma çalan çocukları gören ev sahibi, malın değerinin azlığına rağmen malını korumak için çocuklara ateş edebileceğine inanır. Bu durumda; fail, meşru savunmanın maddi koşullarında hataya düşmez. Çünkü maddi olaya ilişkin tüm hususları doğru bilmektedir. Her ne kadar mal varlığına yönelik saldırılara karşı meşru savunma yapılabilirse de elma çalındığı için insan öldürülmesine izin verilemez. Fail savunmanın sınırı konusundaki norm bilgisizliği nedeniyle hukuka uygunluk nedeninin sınırını aşmaktadır¹¹⁴. Bu durumda fail, somut olaya veya olgulara ilişkin hususlarda herhangi bir hataya düşmemektedir. Bilakis, fail izin normunun kapsamı hakkında yanıldığı için sınırı kasten aşmaktadır. Failin zihnindeki durum gerçek olsaydı dahi davranışı hukuka uygun olmayacaktır.

¹¹³ Hatalı tasavvurların birleşmesi durumu hakkında ayrıntılı bilgi için çalışmanın 1. Bölüm, I, B, 3, b numaralı “Çifte Hata” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

¹¹⁴ Örnek için bkz. Gropp, AT, 2015, s. 599, s. 217; Gropp, “Doppelirrtum”, ZIS, 2016, s. 601, 607.

Bununla birlikte, hukuk kuralları bir davranışa ne zaman izin verildiğini ve ne zaman yasaklandığını belirlemektedir. Dolayısıyla failin iznin sınırında düştüğü hata; hukuka uygunluk nedeninin kapsamı konusunda değişen veya tartışmalı bir içtihat varsa hukuken önem arz edebilir. Örneğin: Eyalet sistemiyle yönetilen bir ülkede, belirli bir bölgenin mahkemeleri, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin "zorunluluk" koşulunu komşu bölgeninkinden farklı yorumlamaktadır. Yüksek mahkemenin yorumu da tartışmalıdır. Bu tutarsızlığın sonucu olarak; bir hırsızın, X bölgesinde az bir ganimetle kaçarken alıkonulmasına izin verilirken; Y bölgesinde önemli yaralanmalar (örneğin bacağından vurulmuş) yasak olup, kaçmasına izin verilmektedir. Yorumları ve mahkeme kararlarını okuduktan sonra bu çelişkili durumu bilen ve yargı bölgesi Z'de yaşayan biri, diğer şartlar yerine getirilirse ateş edip edemeyeceğinden emin değildir. Bu tür olaylarda, eğer hukuki durum objektif olarak belirsizse, hukuken boşluk olduğu gerekçesiyle itiraz edilmiştir. Aynı hukuki soruya bölgesel olarak farklı cevaplar verilmesi ihtimali sorunlu görünmektedir. Burada çözüm; yasak hatası ile ilgili genel kuralların uygulanabilirliğini ve yasak hatasının önlenbilmesi için gerekli şartları daraltmaktan geçebilir¹¹⁵.

Bununla birlikte, sınırın aşılması sadece norm hatasından değil failin hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında düştüğü hatadan da kaynaklanabilir¹¹⁶. Örneğin, hukuka aykırı bir saldırı ile karşılaşan failin saldırının boyutunu olduğundan daha ağır algılayıp, mevcut saldırı için ağır bir savunma aracı veya gücü kullanarak sınırı aşması durumunda; sınırın aşılması saldırıya ilişkin koşullarda düşülen hatadan kaynaklanmaktadır¹¹⁷. Bu durumda, sınırın aşılmasının taksirle mi yoksa heyecan, korku veya telaş nedeniyle mi aşıldığına göre hukuki sonuca gidilebilir. Fakat hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata ile sınırın aşılması durumu aynı olayda ortaya çıkarsa; bu takdirde çözüm bu kadar kolay olmayacaktır.

Örnek (19): Şarap koleksiyoncusu (W), koleksiyonunun en iyi parçası olan Romanee Conti'yi bulamayınca çalınmış olduğu endişesine kapılır. Bu sırada evinin sokağa bakan bir penceresinin açık olduğunu ve yoldan geçen (P)'nin elinde bir şişe

¹¹⁵ Heuchemer, *Erlaubnistatbestandirrtum*, 2005, s. 142.

¹¹⁶ Cihan, *Ceza Hukukunda Fiili Hata*, s. 156.

¹¹⁷ Erman, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, s. 287.

ile kaldırımında yürüdüğünü görür. (W), hemen av tüfeğini kaparak sokağa koşar ve yoldan geçen adamı durdurmak için seslenir. Olaydan habersiz sokakta yürüyen (P) ise bir soyguna uğradığını düşünür ve korkarak park edilmiş bir arabanın altına gizlenir. (W) arabanın tekerleklerinde parıldayan bir şey görür ve hırsız (P)'nin silahını ateşlediğini düşünerek (P)'yi vurur. Oysa (W), önceki hafta Romanee Conti'nin yerini değiştirmiştir. Penceresini ise karısı kapatmayı unutmuştur¹¹⁸. Örnek olayda, meşru savunmanın maddi koşullarından biri olan saldırının varlığı mevcut değildir. Fail, saldırının varlığında hata ile savunmanın orantılılığında (sınırında) hataya birlikte düşmektedir. Bu durumda olayda sadece hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hatanın mı uygulama alanı bulacağı yoksa sınırın aşılması kurallarının da mı uygulanabileceği tartışılmaktadır. Eğer fail için sınırın aşılması hükmü uygulanırsa failin hareketi hukuka uygunluk için diğer koşulları (saldırının varlığı) sağlamadığı halde avantajlı konuma getirilmiş olacaktır. Ayrıca ortada bir saldırı olmadığı halde savunma hareketinin orantılılığı tartışılmaya başlanmış olacaktır.

Kanaatimizce, sınırın aşılması tartışmasına geçmeden önce söz konusu hukuka uygunluk nedeninin diğer koşulları somut olayda mevcut olmalıdır. Dolayısıyla ortada bir saldırı yokken sınırın aşılması hükümlerine gidilmesi doğru olmayacaktır. Meşru savunma için gerekli olan saldırının varlığı tespit edildikten sonra savunmanın orantılılığı tartışılabilir. Dolayısıyla bu örnek bakımından hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata hükümleri gündeme gelecektir. Bu gibi durumlarda, Alman doktrininde de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata hükmünün uygulanması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir¹¹⁹. Eğer somut olayda gerçekten bir saldırı mevcut olsaydı; o zaman failin savunma hareketinin orantılılığı tartışılabilirdi.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata ile sınırın aşılmasının mahkeme kararlarında da karıştırıldığı görülmektedir. Örneğin; Yargıtay kararına da konu olan bir olayda¹²⁰, Kahramanmaraş'ta yakalanan PKK'lı iki teröristin sorgusunda üç PKK'lının Doğanşehir, Hekimhan ve Pötürge ilçelerinde

¹¹⁸ Örnek için bkz. Heuchemer, *Erlaubnistatbestandsirrtum*, 2005, s. 178.

¹¹⁹ Erman, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, s. 287.

¹²⁰ Olay için bkz. Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 450, dipnot 786.

eylemler yapacağı bilgisini açıklar ve kolluk kuvvetleri bu bilgi kapsamında teyakkuza geçer. Gece saat 03:30 sularında nöbet tutan er, uzak tepeden yaklaşan bir ışık görür. Karakol durumdan haberdar edilir ve ışık istikametinde ateş edilir (bazı beyanlara göre dur ihtarı sonrası bazı beyanlara göre PKK'lıların geldiği düşüncesiyle ihtar yapılmadan). Sabah olduğunda yapılan kontrolde bu kişilerin terörist değil, bayram namazı için karakol yakınındaki camiye gelen iki yaşlı oldukları anlaşılır.

Bu olayda yerel mahkeme, sanık jandarmaları kasten öldürme suçundan (765 sayılı TCK m. 450/f. 5) mahkum edip birden fazla jandarma erinin ateş etmesi nedeniyle hangi silahtan çıkan kurşunun isabet ettiği tespit edilemediğinden (TCK m. 463) ve hukuka uygunluk nedeninde sınırın taksirle aşıldığı gerekçeleriyle indirim (TCK m. 50) uygulamış; Yargıtay 1. Ceza Dairesi ise hareketin kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni kapsamında hukuka uygun olduğu ve sınırın aşılmadığını kabul ederek yerel mahkemenin hükmünü bozmuştur. Bu olayda hukuka uygunluk nedeninin sınırının aşılmasının söz konusu olmadığı belirtilmelidir¹²¹. Çünkü sınırın aşılması durumunda olayda bir hukuka uygunluk nedeni mevcut olur. Oysa bu olayda ortada bir saldırı yoktur. Dolayısıyla meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin varlığından söz edilemez. Sanıklar meşru savunmanın maddi koşullarında hataya düşmüşlerdir¹²².

Sınırın taksirle aşılması durumunda bir hatanın olup olmadığı tartışılması gereken bir diğer meseledir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda da iznin sınırının taksirle aşılmasında da fail hukuka uygun davrandığını zannetmektedir. Alman Hukuku'nda izin normunda hata olarak kabul edilen sınır aşımı, *yasak hatası* hükümleri uygulanarak çözülürken; Türk Hukuku'nda sınırın aşılmasını özel olarak düzenleyen TCK m. 27 uygulama alanı bulmaktadır. Söz konusu düzenlemede, failin kast olmaksızın hukuka uygunluk nedenlerinin sınırını aşması durumunda taksirli sorumluluk halinin devam ettiği belirtilmektedir.

¹²¹ Özgenç, **Genel Hükümler**, 2016, s. 450, dipnot 786.

¹²² Özgenç, 765 sayılı TCK döneminde kanunda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya ilişkin bir düzenleme olmadığından sorunun hukuka uygunluk sebebinde sınırın aşılmasına ilişkin 50. madde ile bağlantılı olarak çözülmeye çalışıldığını belirtmektedir. Bu nedenle yerel mahkemenin taksirden hüküm kurmasının kısmen doğru bir karar olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Özgenç, **Genel Hükümler**, 2016, s. 450, dipnot 786.

Bununla beraber, TCK m. 27/f. 2’de meşru savunmada sınırın “mazur görülebilecek korku, heyecan ya da telaş” nedeniyle aşılması bir cezasızlık hali olarak düzenlenmiştir. Benzer şekilde ACK’nın 33. maddesinin de meşru savunmada sınırın “mazur görülebilecek korku, heyecan ya da telaş” nedeniyle aşılması halinin bir *cezasızlık hali* olarak düzenlendiği görülmektedir¹²³. TCK m.27/f. 2’de meşru savunmada sınırın korku, heyecan veya telaş nedeniyle aşılması durumunun, failin kusuru kapsamında ele alınması gerekmektedir. Failin sınırı aşması hatadan değil; korku, heyecan ya da telaşın iradesi üzerindeki etkisi nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle TCK’nın 27/f. 2. hükmünün özel bir zorunluluk hali olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²⁴. Söz konusu düzenleme, hukuki niteliği itibarıyla failin kastını değil, kusurunu ortadan kaldıran nedenlerden biridir. Bu durumda da ortada hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata bulunmamaktadır.

d) Ceza Sorumluluğunu Etkileyen Diğer Nedenlerin Koşullarında Hata

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata kapsamına girmeyen fakat failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler arasında sayılan diğer haller; kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerdir. Hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen nedenlerin ceza kanununda tek bir başlık altında bir arada düzenlenmesi nedeniyle söz konusu nedenlerin koşullarında düşülen hatadan farkını göstermek için bu başlığın açılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Nitekim Türk Ceza Kanunu’nun birinci kitap ikinci kısım ikinci bölümünde *ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler* başlığı altında; kanunun hükmü ve amirin emri (m. 24), meşru savunma ve zorunluluk hali (m. 25), hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (m. 26), sınırın aşılması (m. 27), cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit (m. 28), haksız tahrik (m. 29), hata (m. 30), yaş küçüklüğü (m. 31), akıl hastalığı (m. 32), sağır ve dilsizlik (m. 33) ve geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde

¹²³ Alman Ceza Kanunu’nun “meşru savunma sınırının aşılması” başlıklı 33.maddesi; “Fail meşru savunmanın sınırlarını şaşkınlık, korku veya panik nedeniyle aşarsa, cezalandırılmaz.” hükmünü içermektedir.

¹²⁴ Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 306; Koca, s. 99.

etkisinde olma (m. 34) hallerine yer verilmiştir. İlgili bölümde hem hukuka uygunluk nedenleri hem de kusurluluğu etkileyen nedenler birlikte düzenlenmiştir¹²⁵.

Kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler, failin algılama veya irade yeteneğini etkileyen hallerdir. Bu durumda fail, fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmesine rağmen haksızlığı tercih etmesine neden olan şartların somut olayda gerçekleştiğini düşünerek hareket etmektedir. Kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi koşullarında düşülen hata, failin kusurunu etkilemektedir. Bu hususta çalışmada yer verilen 4-a, 4-b ve 13 numaralı örnek olaylara bakılabilir. Bununla birlikte, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde fiil, hukuk düzeni tarafından onaylanırken; kusurluluğu etkileyen bir nedeninin varlığı halinde ise fiil onaylanmamakta; bilakis fail içinde bulunduğu durum nedeniyle mazur görülmektedir. Hukuki nitelikleri birbirinden farklı olan söz konusu nedenlerin koşullarında hataya düşen fail için hukuki sonuçlar da farklılık arz edecektir. Dolayısıyla ceza sorumluluğunu etkileyen diğer nedenler olan kusurluluğu etkileyen nedenlerin koşullarında hataya düşülmesi durumunda, ortada hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen bir hata söz konusu olmayacaktır.

e) İnanç Faili

Fail, fiilinin herhangi bir hukuka uygunluk nedeninden faydalanamayacağını bilmesine rağmen kendi vicdanını hukuk düzeninin daha üstünde görmesi nedeniyle fiili işlemesi durumunda *inanç faili* (*Gewissenstäter*) olarak isimlendirilmektedir¹²⁶. Örneğin, dünya genelindeki aşırı nüfus artışını dünyadaki tüm problemlerin sorumlusu olarak gören fail, nüfus artışını engellemek için hamile kadınlara zarar verir¹²⁷. Böyle bir durumda failin herhangi bir hata hükmünden faydalanamayacağı belirtilmelidir. Tümüyle boş inançlara dayanan tasavvurlara, ceza hukuku bir değer

¹²⁵ Benzer bir yöntemin İngiliz hukukunda da tercih edildiği görülmektedir. Genel mazeret nedenleri (general-legal defences) başlığı altında fiilin hukuka aykırılığının yanı sıra ceza sorumluluğuna, ceza miktarına ve suça etki eden nedenlerin tamamı istiflenmiştir. Bkz. John Smith, **Criminal Law**, 9th Edition, London-Edinburgh-Dublin, Butterworths, 1999, s. 189 vd. Bu yöntemin eleştirisi için bkz. Tuğrul Katoğlu, “Türk Ceza Kanunu ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinin sistematigi”, **Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich**, Cilt 3, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, Yayına Hazırlayanlar: Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Prof. Dr. Yener Ünver, İstanbul, 2010, s. 147- 155, s. 149.

¹²⁶ Roxin, **AT**, § 22 kn. 100 vd; Karaaslan, **LHD**, s. 1676.

¹²⁷ Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 278 vd.

atfetmeyecek ve failin ceza sorumluluğu üzerinde bu tasavvurunun bir etkisi olmayacaktır.

Alman Federal Mahkemesi de vicdani kanıların haksızlık bilinci üzerindeki etkisini reddetmektedir. Kişinin, yaşadığı toplumdaki kurallara uyması gerektiğini belirten Mahkeme, birçok kararında vicdani kanaatleri nedeniyle askerlik hizmetini yapmayı reddeden faillerin cezalandırılması gerektiğine ve bu durumun vicdan özgürlüğüne aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir¹²⁸.

Kanaatimizce, her ne kadar kendini kanun üstü gören failin tasavvurunda hukuk düzeninin tanımadığı ve fakat ona göre haklı bir neden var olsa da failin bu tasavvuruna hukuk düzeni bir değer atfetmemelidir. Aksini kabul, hukuk kurallarını değiştirmek için hukuka aykırı yolların önünün açılmasına neden olacaktır. Kendini hukukun üstünde gören failin işlediği fiil nedeniyle hata hükümleri değil; somut olayın özelliğine göre TCK m. 32 gereği akıl hastalığı değerlendirmesi yapılabilir.

B. ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata, hata dogmatığının en tartışmalı bölümüdür¹²⁹. Bu tartışmanın önemli bir kısmı, hukuka uygunluk nedenlerinin, bir başka ifadeyle izin normunun doğasından kaynaklanmaktadır. Nitekim izin normu, bir başkasının bir hukuki değerine müdahale eden ve söz konusu neden olmasaydı suç teşkil edecek olan bir hareketin yapılmasına cevaz vermektedir. Hukuka uygunluk nedeni, bir kişiye başkasına ait bir hukuki menfaate müdahale etme yetkisini vermektedir¹³⁰. Hukuki menfaat sahibi ise bu müdahaleye katlanmakla yükümlü kılınmaktadır¹³¹. Bir fiilin hukuka uygun sayılmasının nedeni, genel olarak ya hukuki menfaatin yokluğundan ya hukuki

¹²⁸ BVerfG 12, s. 45; BVerfG 19, s. 129. Bu kararlara göre, dini inançları nedeniyle zorunlu askerlik görevini yerine getirmeyi reddeden Yehova Şahitleri'nin cezalandırılmaları din ve vicdan özgürlüğünü ihlal etmemektedir. Kararlar için bkz. Göktürk, **Haksızlık Yanılgısı**, s. 34, dipnot 135.

¹²⁹ Gropp, **AT**, s. 594.

¹³⁰ Menfaatler dengesi kuramı hakkında bkz. Katoğlu, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, s. 58, 59.

¹³¹ Wessels, Beulke, Satzger, **AT**, §8, kn. 271; Hilgendorf, Valerius, **AT**, § 5 kn. 4; Ünver, s. 971. Katlanma yükümlülüğünün en önemli sonucu, hukuki menfaati ihlal edilen kişinin koşullarına uygun olması koşuluyla söz konusu müdahalenin haklı olmasına binaen buna karşı koyma, yani savunma hakkının bulunmamasıdır.

menfaatin üstünlüğünden ya da hukuki menfaatin eşitliğinden kaynaklanmaktadır¹³². Dolayısıyla çatışan iki menfaat arasında, birinin diğeri pahasına kurtartılması mümkünse hukuk düzeni yüksek olarak değerlendirilen menfaati diğesine tercih etmektedir¹³³. Hukuka uygunluk nedeni, aslında yasak normuna aykırı olmasına rağmen daha yüksek bir menfaat uğruna, suçun konusu üzerinde bir zarar veya tehlike oluşturan harekete izin verildiği anlamına gelir. Değişen ihtiyaçlara binaen insanların yakalanması, evlerine girilmesi veya onlara fiziksel olarak müdahale edilmesine izin verilmesinin nedenleri zaman içerisinde değişkenlik gösterebilmektedir¹³⁴.

Bununla birlikte, uygunluk nedenlerinin sadece ceza kanununda düzenlenenlerle sınırlı olmaması, hukukun tüm alanlarından kaynaklanan hukuka uygunluk nedenleri ve hukuk düzeninin birliği ilkesi hakkındaki sorgulamalar bu tartışmayı genişletmektedir. Sadece borçlar kanunu veya icra hukuku kapsamında birlikte açıklama yapılmak istense dahi aslında ceza hukukuna ait olmayan ama ceza hukukuna etkileri olan bu açıklamalardan ayrı bir çalışma çıkacaktır.

Belirtilen bu nedenlerle, bu başlık altında Türk ceza hukukunda kabul edilen kanunun emrini icra (m.24/1), meşru savunma (m.25/1), hakkın kullanılması (m.26/1) ve ilgilinin rızası (m.26/2) hukuka uygunluk nedenleri bakımından tartışmalı olan noktalar değerlendirilecektir. Bununla birlikte kanun koyucunun bazı suç tiplerinde “hukuka aykırı olarak”, “rızası olmadan” gibi ifadelerle hukuka aykırılık unsurunu açıkça zikrettiği görülmektedir. Aşağıda suçun kanuni tanımından geçen hukuka aykırılık ifadesinin anlamı ve bu suçlarda hukuka uygunluk nedeninin koşullarında düşülen hatanın durumu ayrıca değerlendirilecektir.

1. Suçun Kanuni Tanımında Geçen Hukuka Aykırılık İfadesi

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun ikinci kitap özel hükümler bölümünde yer alan bazı suç tanımlarında “hukuka aykırı olarak”, “haksız olarak” gibi ifadelerle

¹³² Hafızoğulları, **Genel Hükümler**, s. 231.

¹³³ Keçelioğlu, **TBB Dergisi**, s. 302.

¹³⁴ Roxin, **AT**, 2006, s. 615, kn. 38.

hukuka aykırılık unsurunun açıkça zikredildiği görülmektedir¹³⁵. Yine bazı suç tiplerinde “rızası olmadan” veya “rızasına aykırı olarak” gibi ifadeler yer verilerek, TCK’da bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen ilgilinin rızasının yokluğuna işaret edilmektedir¹³⁶. Suç tiplerinin bazılarında ise “izinsiz”, “yetkisiz”, “karar olmaksızın” gibi ifadeler¹³⁷ kullanılarak fiilin yetkili merciler tarafından verilen bir izin veya karar bulunmaksızın icra edilmiş olması aranmaktadır¹³⁸. Suçun kanuni tanımında yer alan bu gibi ifadelerin hukuki niteliği konusunda çeşitli yaklaşımlar bulunmaktadır. Birincisi, hukuka aykırılığın tipikliğin olumsuz bir unsuru¹³⁹ olarak tipikliğe dahil olduğunu ve bu suçların ancak doğrudan kastla işlenebileceği yönündedir¹⁴⁰. İkincisi ise bu ifadelerin suçun hukuka aykırılık unsuruna gereksiz atıf niteliğinde hukuka özel aykırılık olduğu ve hukuka aykırılık kapsamında ele alınması gerektiğini savunmaktadır¹⁴¹. Bu görüş, Welzel’in sonradan “özel hukuka aykırılık unsuru” olarak adlandırılan “hukuki yükümlülük unsuru” (*Rechtspflichtmerkmal*) teorisine dayanmaktadır¹⁴². Suçun kanuni tanımında yer alan bu ifadeler ne anlam yükleneceği özellikle hata bakımından yapılacak olan değerlendirmede önem arz etmektedir.

Kanun koyucunun bu yaklaşımı tercih etmesinin çeşitleri nedenleri olabilir. Birinci yaklaşıma göre, bazı suçlarda hukuka uygunluk nedenlerini belirlemek zordur ve bu gibi hallerde hukuka aykırılığın bilinip bilinmediğinin özellikle araştırılmasına dikkat çekilmek istenmiş olabilir. Bu suçlarda, hukuka aykırılık unsuru kastın kapsamındadır ve failin hukuka aykırılığı bildiği hâkimin huzurunda ispat edilmeli,

¹³⁵ TCK m. 91/2, 92/5, 109/1, 118/2, 120/2, 124/1-2, 132/2, 135, 136/1, 223/1, 223/3, 235/2, 239/1, 243/1, 260/1, 267/1, 272/1, 277/1.

¹³⁶ TCK m.91/1, 99/1, 101/1, 116/1, 132/3, 133/1, 133/2, 141/1, 163/2, 245/1, 290/2.

¹³⁷ TCK m. 174/1, 181/2, 184/1, 188/1, 193/1, 287/1, 320/1.

¹³⁸ Neslihan Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, s. 424-425.

¹³⁹ Hukuka aykırılığı tipikliğin olumsuz bir unsuru olarak kabul eden teori hakkında ayrıntılı bilgi için çalışmanın ikinci bölümünde yer alan II, B, 2. “Tipikliğin Olumsuz Unsurları Teorisi” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

¹⁴⁰ Artuk, Gökçen, **Genel Hükümler**, s. 372, 373; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 302.

¹⁴¹ Centel Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 2016, s. 296; Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 435; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 261; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. II, kn. 692-694; İçel ve diğer yazarlar, **Suç Teorisi**, s. 110-111.

¹⁴² *Roxin*’in fiilin genelini değerlendirici unsur teorisi de *Welzel*’in sonradan “özel hukuka aykırılık unsuru” olarak adlandırılan “hukuki yükümlülük unsuru” (*Rechtspflichtmerkmal*) teorisinin değiştirilmiş hali olarak nitelendirilmektedir. Bkz. *Roxin*, **AT**, I, § 10E II, s. 303, 3-4, kn. 50; *Tunç*, **Kastı Engelleyen Hata**, s. 98, 99.

failin hukuka aykırılık bilinciyle hareket edip etmediği de ayrıca araştırılmalıdır¹⁴³. Örneğin, hırsızlık suçunda zilyedin rızası olmaksızın taşınır malın bulunduğu yerden alınması gerekir. Failin zilyedin rızası olduğunu zannederek taşınır malı alması durumunda kastı ortadan kalkmaktadır¹⁴⁴. Bu görüş, hukuka aykırılık unsurunu suçun olumsuz bir unsuru haline getirerek tipiklik ve haksızlık arasındaki farkı göz ardı ettiği ve tipikliğin uyarıcı fonksiyonunu etkisizleştirdiği yönünde eleştirilmektedir¹⁴⁵. İkinci yaklaşıma göre ise kanun koyucu bazı suçlarda tarihi bazı nedenlerden dolayı hukuka uygunluk nedenlerine değer tanınması amacıyla, örneğin rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığını göstererek, özel hukuka aykırılık hali düzenlemiş olabilir. Bir diğer görüş, bu tip hukuka aykırılık hallerinin özel bir nedeni olmadığını, söz konusu ifadelerin kanun koyucunun aceleciliğinin sonucu ortaya çıktığı yönündedir¹⁴⁶.

Kanun koyucunun suç tanımlarında yer verdiği hukuka aykırılık ifadelerinin failin kastının kapsamında olup olmadığı hata konusunda varılacak sonuçlar bakımından önem arz etmektedir. Bu konuda iki görüş bulunmaktadır. İlki, suç tanımında bir maddi unsur nitelemeyen hukuka aykırılık unsuru, genel nitelikteki hukuka aykırılık unsurunun tekrardan ibarettir ve hâkimi hukuka aykırılık unsuruna dikkat etmesi konusunda uyarıcı mahiyettedir¹⁴⁷. Bu görüşe göre, failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için bu nedenin varlığını bilmesi gerekmez. Dolayısıyla failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması için söz konusu nedenin objektif olarak gerçekleşmesi yeterli olup failin bu unsurların gerçekleştiğinin bilgisi dahilinde olması aranmayacaktır¹⁴⁸.

¹⁴³ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. II, s. 20, kn. 694; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 486, 487; Zafer, **Genel Hükümler**, 2015, s. 297; Özbek ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 262.

¹⁴⁴ Tunç, **Kastı Engelleyen Hata**, s. 103.

¹⁴⁵ Eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için çalışmanın ikinci bölümünde yer alan II. B. 2. “Tipikliğin Olumsuz Unsurları”, c. “Teoriye Yönelik Eleştiriler” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

¹⁴⁶ Hamide Zafer, **Genel Hükümler**, 2015, s. 297.

¹⁴⁷ Wessels, Beulke, Satzger, **AT** § 5 kn. 135; Heinrich, **AT**, kn. 322; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 255.

¹⁴⁸ Dönmezer, Erman, **Genel Hükümler**, C. II, kn. 694, 699; İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **Suç Teorisi**, s. 110-114; Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 405-406, 440-441; Alacakaptan, **Suçun Kanuni Unsurları**, s. 99-100; Zafer, **Genel Hükümler**, s. 260.

İkinci yaklaşıma göre, kanuni tanımda hukuka aykırılık unsuruna yer verilen hallerde; hukuka aykırılık kanun koyucu tarafından suçun maddi unsuru kapsamına doğrudan dahil edilmiştir. Eğer suçun kanuni tanımında geçen hukuka aykırılık ifadesi, suçun maddi unsuru mahiyetinde kabul edilirse o halde bu hususta düşülen hata suçun maddi unsurlarında düşülen hata gibi kastı ortadan kaldıracaktır¹⁴⁹. Örneğin, TCK m. 244/f. 4 düzenlenen “*sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme*” suçunda “*haksız bir çıkar sağlama*” ifadesine suç tanımında yer verilmiştir. Bu durumda failin kastı, çıkarın haksız olduğunu bilmesini de kapsamalıdır. Failin sağladığı çıkarın haksızlığı konusunda düştüğü hata, kastını ortadan kaldıracaktır¹⁵⁰. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurları bilmektir. Nitekim TCK m. 30/f. 1’e göre de suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarda düştüğü hata, failin kastını ortadan kaldırır¹⁵¹. Suçun kanuni tanımında yer alan hukuka aykırılık ifadesinin kast ile ilişkilendirilmesi, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının gerçekleşmemesini tipikliğe olumsuz bir unsur olarak yerleştirmektedir¹⁵².

Bununla birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre, suçun kanuni tanımında yer verilip verilmemesine göre genel veya özel hukuka aykırılık şeklinde bir ayrıma gidilmesi doğru değildir. Hukuka aykırılık tek ve bütün bir kavramdır¹⁵³. Suçun kanuni tanımındaki unsurlar, deskriptif veya normatif nitelik taşıyıp haksızlığı tanımlayarak sınırlarını belirler. Nitekim kanun koyucu, unsurlarını tespit etmek suretiyle haksızlığın sınırlarını belirlemekle görevlidir¹⁵⁴. Fiilin haksızlık olarak ortaya çıkmasını sağlayan somut olaya ilişkin koşullar tipikliğinin maddi unsurları iken; bu maddi gerçekliğe ilişkin normatif koşullar hukuka aykırılık unsuru

¹⁴⁹ Rolf Dietrich Herzberg, “Tatbestands- oder Verbotsirrtum?”, *GA*, 1993, s. 459; Herzberg, *JZ*, 1993, s. 1017, 1024.

¹⁵⁰ Zafer, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2015, s. 260.

¹⁵¹ Bu bağlamda şekli hukuka aykırılık yeterli olmayıp maddi hukuka aykırılık aranır. Fakat TCK m. 30/4 düzenlemesi ile hukuka aykırılık tüm suçlarda maddi hukuka aykırılık olarak anlaşılabacağından hukuka özel aykırılık şeklinde düzenlemeler işlevini yitirmektedir. Bu durum ceza muhakemesinde ispat bakımından da sonuç doğurmaktadır. Çünkü mahkûmiyet kararı için failin hukuka aykırılığı bildiğinin de ispatlanması gerekecektir. Bkz. Centel Zafer, Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 2016, s. 297.

¹⁵² Tipikliğinin olumsuz unsurları teorisi ile ilgili ayrıntılı bilgi çalışmanın ikinci bölümünde yer alan “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hatanın Değerlendirilmesi” başlığı altında yer alan B. 2. Numaralı “Tipikliğinin Olumsuz Unsurları Teorisi” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

¹⁵³ Göktürk, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 427.

¹⁵⁴ Baumann, Weber, Mitsch, *AT*, § 8, kn. 4.

bağlamında değerlendirilmelidir¹⁵⁵. Eğer suçun kanuni tanımında hukuka aykırılık tipikliğe dahil unsurlardan birini nitelerse, bu durumda söz konusu hata, suçun maddi unsurlarında hata olarak değerlendirilebilir. Çünkü bu ihtimalde, failin tipiklik kastından söz edebilmek için haksızlığa esas teşkil eden tipikliğe dahil bu unsurun hukuka aykırılık özelliğini bilmesi gerekecektir¹⁵⁶. Örneğin; TCK m. 91/f. 5'te “*hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi*” ifadesine yer verilmiştir. Maddede geçen hukuka aykırılık, suçun konusunun bir özelliğidir ve tipikliğe dahildir. Failin kastının varlığı için, organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunu bilmesi gerekmektedir. Nitekim bu tür suçlar, ancak doğrudan kastla işlenebilirler¹⁵⁷. Buradaki hukuka aykırılık ifadesi, organ deskriptif bir özellik olsa bile, artık hukuken bunun yasal olmayan yollarla elde edilmiş olduğunun bilinmesini gerektirmektedir¹⁵⁸.

Bunun yanı sıra, suçun kanuni tanımında, haksızlığın tümünü değerlendirci unsurlar (*gesamttatbewertende Merkmale*) da bulunabilir¹⁵⁹. “Hukuka aykırılık” ifadesi, haksızlığın tümünü değerlendirci bir unsur ise, hukuka aykırılık unsuru ile ilişkili olduğu kabul edilmelidir. Bu ifadenin amacı, hâkimin dikkatini olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunabileceğine çekmekten ibarettir¹⁶⁰. Örneğin haberleşmenin engellenmesi (TCK m. 124/1), haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK m. 132/2), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi veya kayda alınması (TCK m. 133/3), kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m. 135), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (TCK m. 136), bilişim sistemine girme (TCK m. 243/1) suçlarının kanuni tanımında geçen “hukuka aykırı olarak” ifadesi haksızlığın tümünü değerlendirdiği için hukuka aykırılık unsuru ile ilişkili olup, söz konusu unsurlara ilişkin bilgi kast kapsamında değerlendirilmez¹⁶¹. Bu durumda,

¹⁵⁵ Jescheck, Weigend, AT, s. 296; Heinrich, AT, kn. 316; Wessels, Beulke, Satzger, AT § 5 kn. 135; Göktürk, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 427.

¹⁵⁶ Zafer, **Genel Hükümler**, s. 239; Göktürk, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 427.

¹⁵⁷ Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 254.

¹⁵⁸ Göktürk, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 427.

¹⁵⁹ Roxin, AT I, § 10E, s. 303, 304, kn. 50; Göktürk, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 426.

¹⁶⁰ Wessels, Beulke, Satzger, AT § 5 kn. 135; Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 255; Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, s. 427.

¹⁶¹ Göktürk, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 428-429.

failin kastının etkilendiğini söylemek her şeyden önce klasik ceza hukuku sisteminde geçerli olan kast teorisine dönüş anlamına gelir¹⁶². Söz konusu durumda hata, haksızlık bilincini kusurun unsuru olarak kabul eden TCK m. 30/f. 4 hükmü kapsamında çözülmelidir. Dolayısıyla suçun genelini değerlendiren unsurlarda hataya düşülmesi durumunda haksızlık hatası ortaya çıkmaktadır.

Bununla birlikte, Yargıtay’ın bazı kararlarında “hukuka aykırılık” ifadesine madde metninde yer verilip verilmediğine bakılmaksızın sanığın hukuka aykırılık bilinciyle hareket etmediğini kabul ettiği ve bu tespite uygun olmayarak beraat kararı verdiği görülmektedir¹⁶³. Örneğin, evlendiği tarihte eşinin bakire olmadığını ileri sürerek boşanma davası açan sanığın hastaneden ısrarlı talebi üzerine eşinin jinekolojik muayene sonucuna ilişkin belge temin ettiği görülmektedir. Yargıtay 12. Ceza Dairesi bu olayda, mağdurunun özel yaşam alanına ilişkin olan ve özel hayatının gizliliğini ihlal edecek nitelikte bilgilerin sanık tarafından eşinin bilgisine sunularak ifşa edilemeyeceğini ve boşanma davasındaki iddialarını delillendirme amacı taşıyan bu eylemlerinde sanığın hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davrandığının da kabul edilemeyeceğini belirterek CMK m. 223/2-a maddesi gereğince beraat kararı veren yerel mahkeme kararını onamaktadır¹⁶⁴. Kanaatimizce,

¹⁶² Kast teorisi, klasik ceza hukuku sisteminin temelini oluşturan nedensel hareket teorisine ve psikolojik kusur kavramına dayanmaktadır. Psikolojik kusur kavramı, failin fiil ile olan içsel sürecini tipik haksızlığın kapsamından çıkararak suçun sübjektif unsuru olarak kast ve taksir şeklinde görünimleri olan kusurun kapsamında kabul etmektedir. İşte bu psikolojik kusur kavramının bir ürünü olan kast teorisi, haksızlık bilincini kastın kapsamında ele alarak failin kastından söz edebilmek için haksızlık bilinci ile hareket etmesini aramaktadır. Detaylı bilgi için çalışmanın ikinci bölümünde yer alan “Değiştirilmiş Kast Teorisi” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

¹⁶³ Bkz.: Yargıtay 12. CD, 21.11.2018, E. 2018/4860, K. 2018/11059; 24.01.2018, E. 2016/10581, K. 2018/809.

¹⁶⁴ Yargıtay 12. CD, 21.11.2018, E. 2018/4860, K. 2018/11059: “Özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan sanıkların beraatlerine ilişkin hükümler, sanık ... müdafii ve katılan vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü: Sanık ... müdafinin sanığın beraatine dair hükmün gerekçesine yönelik temyiz isteminde bulunmadığı, temyiz isteminin vekalet ücretine ilişkin olduğu tespit edilerek yapılan incelemede: Sanık ... ile 05.07.2012 tarihinde evlendiği resmi nikahlı eşi olan mağdur ...'nun, 27.07.2012 tarihinde bir özel hastaneye gittikleri ve mağdurun kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olan diğer sanık Op. Dr...tarafından yapılan muayenesi sonunda kızlık zarının yırtık olduğu tespit edilip, ağırlı cinsel ilişki tanısı konularak, tedavi için önerilerde bulunulduğu, ilerleyen süreçte mağdur ...'nun sanık ... aleyhine evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuksal nedenine dayalı 12.11.2013 tarihli boşanma davası açmasını müteakip, eşinin evlendiği tarihte bakire olmadığını iddia eden sanık ...'ın, bu iddiasını delillendirmek ve boşanma davasına sunmak üzere diğer sanık ...'dan belge istediği, sanık ...'nın, talebi reddetmesine rağmen ısrarı üzerine; “İlgili makama -, 27.07.2012 tarihinde hastanemize başvurmuş, yapılan jinekolojik muayenesinde (eşinin) (... ...) kızlık zarının yırtık olduğu tespit edilmiştir. Hastanemize geldiklerinde 15 günlük evlilermiş.” biçiminde belge düzenleyip, 11.04.2014 tarihli bu belgeyi diğer sanık ...'a verdiği, sanık

kastın kapsamında olan hukuka aykırılık ile haksızlık yanılığı kapsamında olan haksızlık bilincine sahip olma farklı şeylerdir. Bu kapsamda sanık hakkında verilecek karar da farklılık arz etmektedir. Nitekim TCK'nın 136. maddesinde *“Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* hükmü ile “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu” düzenlenmektedir. Eğer hükümdeki hukuka aykırılık ifadesi, suçun maddi unsurları içerisinde kabul edilmeyecek ise bu durumda bu durumda hukuka uygun davrandığını düşünen kimse açısından verilecek karar, beraat olmayacak failin kusurunu ortadan kaldıran haksızlık hatasıyla bağlantılı olarak CMK m. 223/3-d kapsamında ceza verilmesine yer olmadığı kararı olacaktır. Nitekim kanaatimize göre, hükümde yer alan “hukuka aykırı olarak” ifadesi haksızlığın tümünü değerlendirdiği için hukuka aykırılık unsuru ile ilişkili olup, söz konusu unsurlara ilişkin bilgi kast kapsamında değerlendirilmez. Bu nedenle, sanık hakkında beraat kararı verilmesi doğru olmayıp haksızlık hatası kapsamında değerlendirme yapılması uygun olacaktır. Dolayısıyla mahkemenin “hukuka aykırılık” ifadesine madde metninde yer verilip verilmediğine bakmaksızın sanığın hukuka aykırılık bilinciyle hareket etmediğini kabul ederek, bu tespite aykırı bir şekilde beraat kararını onaması isabetli olmamıştır.

Sonuç olarak, suçun kanuni tanımında geçen hukuka aykırılık ifadesi değerlendirilirken, bu ifadenin tüm hukuk düzeni karşısında bir değerlendirmeyi gerekli kılıp kılmadığına bakılmalıdır¹⁶⁵. Eğer tüm hukuk düzeni karşısında fiilin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi gerekiyor ise bu ifade hukuka aykırılık ile

...'ın da 11.04.2014 tarihli belgeyi 29.04.2014 tarihinde vekili aracılığıyla boşanma davasına sunduğu iddiasına konu olayda; Sanık ... tarafından düzenlenen ve kızlık zarındaki yırtılmanın eski ya da yeni tarihli olduğuna dair bir açıklama da içermeyen söz konusu belgedeki bilgilerin, mağdurun eşi tarafından bilindiği dikkate alındığında, mağdurun, eşi tarafından bilinmesini istemediği özel yaşam alanına ilişkin ve özel hayatının gizliliğini ihlal edecek nitelikteki bilgilerinin, sanık ... tarafından, içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan eşinin bilgisine sunularak ifşa edildiği kabul edilemeyeceği gibi, iddiaya konu belgede yazılı olan bilgileri, gerektiğinde temin edebilecek olan mahkeme dışında, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmemen sanık ...'ın, boşanma davasındaki iddialarını delillendirme amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davrandığı da kabul edilemeyeceğinden, yerel mahkemece, sanıklara yüklenen fiillerin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması nedeniyle sanıklar hakkında özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan dolayı CMK'nın 223/2-a maddesi gereğince beraat kararı verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.”

¹⁶⁵ Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 235, kn. 392; Zafer, **Genel Hükümler**, s. 364; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 166.

ilgilidir. Bir başka ifadeyle, suçun kanuni tanımında yer alan ve haksızlığın tümünü değerlendiren “hukuka aykırılık” ifadesinin tipiklikle değil, hukuka aykırılıkla ilgisi bulunmaktadır. Bu durumda hukuka aykırılık unsurunun zikredilmesi gereksiz bir tekrar değildir; haksızlık bilinci bağlamında kusur alanında fonksiyon icra etmektedir ve hata söz konusu olduğunda yasak hatası kuralları uygulama alanı bulacaktır¹⁶⁶. Buna karşılık, suç tipindeki belirli unsurlar bakımından kısmi bir değerlendirme yapılıyor ise failin tipiklik kastından söz edebilmek için haksızlığa esas teşkil eden tipikliğe dahil bu unsurun hukuka aykırılık özelliğini bilinmesi gerekecektir. Bu nedenle, söz konusu unsurun hukuka aykırılığında hataya düşülmesi durumunda suçun maddi unsurlarında hata kuralları uygulama alanı bulacaktır¹⁶⁷.

2. Meşru Savunma

Meşru savunmanın¹⁶⁸ koşullarında düşülen hata, uygulamada en sık karşılaşılan hata türlerinden biridir. Bilhassa meşru savunmada saldırının varlığında hata ile savunmada sınırın aşılması konusu yargı kararlarında sıklıkla birbirine karıştırılmaktadır¹⁶⁹. Ayrıca savunma hareketinin saldırgan dışındaki üçüncü kişileri etkilemesi, saldırının haksız olması, savunmanın zorunlu ve gerekli olması hususu da değinilmesi gereken diğer hususlardır. Aşağıda meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında düşülen hatada tartışmalı olan hususlar değerlendirilecektir.

a) Saldırının Varlığına İlişkin Hata

Meşru savunmada saldırının varlığı konusunda hataya düşülmesi en sık karşılaşılan durumlardan biridir. Örnek (3-a)’yı hatırlayalım: Bir yabancının aceleyle kendisine doğru yaklaştığını ve elini cebine attığını gören (M), cebinden bıçak çıkaracağını düşünerek onu yere serer. Oysa yere serdiği yabancı, yol tarifi

¹⁶⁶ Jescheck, Weigend, AT, s. 296; Göktürk, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 432.

¹⁶⁷ Puppe, NK-StGB § 16 kn. 16.; Göktürk, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 428.

¹⁶⁸ TCK’nın *meşru savunma ve zorunluluk hali* kenar başlıklı 25. maddesinin birinci fıkrasında, “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir “saldırımı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” düzenlemesi ile meşru savunma halinin koşulları gösterilmektedir.

¹⁶⁹ Bu hususta yargı kararlarında dahi iki konunun karıştırıldığı görülmektedir. Bkz. “Hukuka Uygunluk Nedeninin Sınırının Aşılması” başlığı altında yer verilen açıklamalar.

almak amacıyla cebindeki haritaya uzanan bir turisttir. Fail, kendisine yönelik bir saldırının var olduğunu düşünerek savunma hareketi yapmaktadır. Fakat aslında dış dünyada gerçekleşen bir saldırı bulunmamaktadır. Bu durumda (M), meşru savunmanın koşullarından biri olan *saldırının varlığında* hataya düşmüştür¹⁷⁰.

Saldırının varlığında hata, sıklıkla sınırın aşılması durumları ile karıştırılmaktadır. Örneğin, Yargıtay kararına¹⁷¹ konu olan güncel bir davada; sanık (A), dairesinin önüne gelen (B) ve (C) ile tartışmaya başlamış, tartışmanın büyümesi üzerine (B) ve (C) binanın bahçe korkuluklarının yanına gelmiştir. Daha sonra (B) araca dönerek ses tabancasını almış ve (C) ile birlikte bahçe korkuluklarından atlayıp sanığın bulunduğu pencerenin önüne gelmiştir. Sanığın pencereyi kapatmaya çalışması üzerine, (B) ses tabancası ile pencereye doğru hamleler yapmış ve (C) de (B)'nin elinde bulunan ses tabancasını alıp pencereye yönelmiştir. Bu esnada sanık (A), daire içerisinden ateş etmiş ve (B) yaralanarak pencerenin önüne düşmüştür. (C) ise elinde ses tabancası olduğu halde yaralı halde koşarak uzaklaşmaya başlamıştır. Sanık (A) yerden kalkmaya çalışan maktul (B)'ye tekrar ateş ettikten sonra kaçmakta olan maktul (C)'nin arkasından ateş etmeye devam etmiş ve (C)'nin bir süre sonra vücuduna isabet eden ateşli silah yaraları nedeniyle, binanın karşı çaprazında bulunan sokak üzerindeki bir aracın yanına düşmüştür. Sanık bir süre sonra pencereden atlayıp yol üzerinde hareketsiz bir biçimde yatan (C)'nin yanına gelerek iki el daha ateş etmiştir.

Bu olayda ilk derecesi mahkemesi, sanık (A)'nın haksız tahrik altında maktuller (B) ve (C)'ye yönelik kasten öldürme suçunu işlediklerine karar vermiştir. Söz konusu mahkûmiyet hükmünün istinaf talebi ise esastan reddedilmiştir. Bu kararın temyiz edilmesi üzerine ise dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesi; sanığın kendisine yöneltilen tabancanın niteliğini bilemeyeceğini göz önüne alarak maktullerden kendisine yönelmiş, gerçekleşen ve tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anki hal ve şartlara göre, saldırıyla orantılı bir şekilde defetme zorunluluğunda bulunmasına rağmen, savunmanın sınırını mazur görülebilecek bir

¹⁷⁰ Calus Roxin, **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, Band 1, Verlag C. H. Beck München, 2006, § 14, s. 622, Rn. 52; Heinrich, **AT**, § 31, s. 472, kn. 67.

¹⁷¹ Yargıtay 1. CD.'nin 8.6.2020 tarihli ve E. 2018/1702, K. 2020/1183 sayılı kararı.

heyecan, korku ve telaşla aştığına kanaat getirerek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

Olayda ilk aşamada, (B) ve (C) tarafından (A)'ya yönelik bir saldırı olduğuna şüphe yoktur. (A) evinin önüne gelerek kendisiyle tartışan ve bilahare arabadan aldıkları silahla evin açık penceresinden içeriye doğru ateş etmeye çalışan mağdurların bu saldırısını defetmek amacıyla, silahla ateş ederek kendisini savunmaya yönelik bir harekette bulunmuştur. Olayın buraya kadarki kısmında, (A) kendisine yönelik saldırıyı, (B) ve (C)'yi yaralamak suretiyle savuşturmuştur. Fakat bundan sonraki süreçte, mevcut veya tekrarlanma ihtimali olan bir saldırı olmamasına rağmen (A), yerde yaralı yatan (B)'yi ve yaralı bir şekilde koşarken arkasından ateş ettiği ve yere düşen (C)'yi de yanına gidip ateş ederek öldürmüştür. Yargıtay'ın (A) hakkında, (B)'nin öldürülmesi bakımından kusurluluğu kaldıran sebeplerden birisi olan meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması (TCK m. 27/f. 2) müessesesini uygulaması isabetli değildir. Zira bu müessesenin uygulanabilmesi için meşru savunmanın diğer tüm şartlarının gerçekleşmesi, sadece savunmanın sınırında ölçünün aşılması ve bu sınır aşımının failin içinde bulunduğu heyecan, korku veya telaştan kaynaklanması gerekir. Halbuki olayda, meşru savunmanın sınırının ölçü yönünden aşılmasının bulunup bulunmadığını tespit edilmeden önce, bir saldırının bulunup bulunmadığının tartışılması gerekir. Zira olayda (B) ve (C)'nin elindeki tabancanın ses tabancası olduğu, ancak (A)'nın bu tabancanın niteliğinde yanılarak ateş ettiği anlaşılmaktadır. Kanaatimizce bu yanılma, Yargıtay tarafından gözden kaçırılmıştır.

(C) bakımından ise haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının yerinde olduğunu düşünüyoruz. Çünkü (A), gerçek sandığı silahla kendisine doğru ateş eden (C)'nin saldırısını onu yaralamak suretiyle savuşturmuş, ancak kaçan (C)'nin arkasından ateş etmeye devam ettiği gibi, yaralı bir şekilde yerde yatan ve hareket edemeyen (C)'ye iki el daha ateş ederek öldürmüştür. Bu durumda, artık savunmada sınırın taksirle aşılmasından (TCK m. 27/f. 1) söz edilemez. Zira somut olayda, fail savunmanın sınırını kasten aşmaktadır. Ancak ceza tayinini belirleyecek olan hakimdir. Hâkim veya mahkeme, Anayasa m. 141. ve CMK m. 34.'e göre her türlü

kararında gerekçe göstermek zorundadır. TCK m. 61 kapsamında, şartları mevcutsa, haksız tahrik hükmünün alt sınırından uzaklaşarak ceza verilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır.

Özetle, meşru savunmada saldırının varlığında hata ve savunmada sınırın aşılması aynı olayda gerçekleşebilir. Özellikle saldırının varlığının failin düştüğü olgusal gerçeklik hatasından kaynaklandığı ve buna bağlı olarak failin savunmada sınırı aştığı durumlarda, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın mı uygulama alanı bulacağı yoksa sınırın aşılması kurallarının da mı uygulanacağı tartışılmaktadır¹⁷². Doktrinde hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında hata ile hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın aynı kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁷³. Bununla birlikte, Alman ceza hukukunda izin normunda hata olarak kabul edilen sınır aşımı, *yasak hatası* hükümleri uygulanarak çözülürken¹⁷⁴; Türk Hukuku'nda sınırın aşılmasını özel olarak düzenleyen TCK m. 27 uygulama alanı bulmaktadır. Söz konusu düzenlemede, failin kast olmaksızın hukuka uygunluk nedenlerinin sınırını aşması durumunda taksirli sorumluluk halinin devam ettiği kabul edilmekte, ayrıca suçun taksirli şekli üzerinden ceza indiriminin uygulanacağı da belirtilmektedir. Bu kapsamda, Alman Ceza Kanunu'nda izin hatası olarak kabul edilen ve yasak hatası hükümleri ile çözülen sınır aşımı, Türk Ceza Kanunu'nda hata kurumunun ötesinde ceza sorumluluğunu daraltan bir içeriğe sahiptir. Belirtilen bu nedenlerle, Alman doktrininde, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında (sınırlı kusur teorisine göre kastı ortadan kaldıran) hataya düşen ve bundan ayrı olarak sınırı aşan fail için yasak hatası hükümlerinin uygulanması makul görülmektedir. Fakat Türk hukuku bakımından, sınırın aşılmasını düzenleyen TCK m. 27'nin uygulama alanı bulabilmesi için hukuka uygunluk nedeninin diğer tüm koşullarının somut olayda gerçekleşmesi gerekir. Aksi halde, ortada bir saldırı dahi olmadığı halde savunma yapmak üzere hareket eden ve onda da sınırı aşan kişi, gerçek bir saldırıya uğradığını

¹⁷² Bu konuda, çalışmanın birinci bölümünde yer alan “Çifte Hata”, 2. “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata ile İzin Sınırında Hatanın Hukuka Aykırılık Alanında Birleşimi” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

¹⁷³ Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 287, 288.

¹⁷⁴ Kühl, **AT**, § 13, s. 473, kn. 69.

düşünerek orantılı bir savunma hareketinde bulunan kişiden daha avantajlı konuma getirilmiş olur¹⁷⁵. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen ve bundan bağımsız olarak söz konusu varsaydığı söz konusu hukuka uygunluk nedeninde de sınırı aşan kişi için, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata hükümleri uygulama alanı bulmalıdır.

b) Saldırının Haksız Olmasında Hata

Meşru savunmada saldırının haksız olmasına ilişkin hatanın, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata mı yoksa hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata olarak mı değerlendirileceği sorusu kolaylıkla cevaplanamamaktadır. Aşağıda iki örnek üzerinden failin düştüğü hatanın nasıl nitelendirilmesi gerektiği tartışılacaktır.

Örnek (20): Bir pazar yerinde suçüstü yakalanan hırsız, yakalama yetkisini sadece kolluk kuvvetlerinin kullanabileceğini düşünür. Bu nedenle kendisine müdahale eden çevredeki insanların hareketlerini hukuka aykırı olarak değerlendirir ve kendisini tutmaya çalışanları iterek savunma yapar¹⁷⁶.

Örnek (21): Karşıdan karşıya geçerken dalgın bir şekilde yürüyen kişi, kendisine doğru bir aracın gelmekte olduğunu görmez. O sırada kendisine doğru koşarak onu kurtarmaya çalışan bir kişinin hareketlerini saldırı olarak yorumlayıp bu kişiye karşı savunma hareketi yapar¹⁷⁷.

Yukarıdaki örneklerde failin saldırının haksızlığı noktasında düştüğü söz konusu hatanın, olgusal gerçeklik hatası mı yoksa norm hatası mı olduğu sorusu cevaplandırılmalıdır.

Örnek (20)'de hukuka uygun müdahaleyi haksız bir saldırı olarak kabul eden hırsızın hatası, eylemin geneline dair bir hukuki bilgiye ilişkindir. Bu durumda failin, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düştüğü söylenemez. Fail maddi vakaya ilişkin tüm hususları doğru bilmekle beraber norm hakkındaki hatalı bilgisi nedeniyle yanılmaktadır. Dolayısıyla örnek (20)'de hukuka uygunluk

¹⁷⁵ Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 611, 612.

¹⁷⁶ Benzer örnek için bakınız Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 282; Karaaslan, **LHD**, s. 1678.

¹⁷⁷ Örnek için bakınız Karaaslan, **LHD**, s. 1678.

nedenlerinin maddi koşullarında hata değil; yasak hatası kuralları uygulama alanı bularak failin kusurluluğu etkilenecektir. Burada failin, fiilin bütününe değerlendiren hususlarda hataya düşmesi hukuk normuna ilişkin bir hata olarak kabul edilmektedir.

Örnek (21)'de ise üçüncü kişi lehine meşru savunma hareketini haksız bir saldırı olarak yorumlayan failin hatası, maddi olay hakkındaki bilgisizliğinden kaynaklanmaktadır. Failin hatası, sadece dış dünyadaki vakaya ilişkin bilgisizliğinden kaynaklanıyorsa bu takdirde failin olay veya olgular hakkında yanlışlığı kabul edilmelidir. Bu durumda failin düştüğü hata, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatadır.

c) Savunmanın Zorunluluğuna İlişkin Hata

Meşru savunmada, söz konusu hukuka uygunluk nedenine bağlı hareketin zorunluluğunun ortaya çıktığı koşulların hatalı değerlendirilmesi de söz konusu olabilir. Saldırının derhal bitirilmesini mümkün kılan hareketin, zorunlu olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla alternatif savunma hareketleri arasından en az zarara neden olan hareketin seçilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Örnek (22): Güvenlik görevlisi olarak çalışan ve profesyonel bir nişancı olan (A), elinde tabanca ile kendisine doğru gelmekte olan (B)'nin saldırısını defetmek amacıyla kalbine ateş eder¹⁷⁸. Eğer (A), fiiline hukuk düzeni tarafından izin verildiğini düşünüyorsa, bu takdirde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata değil; yasak hatası gündeme gelebilir. Çünkü (A), (B)'nin eline ateş ederek de saldırısını savuşturabilecek durumdadır. Kalbe hedef alınan öldürücü atış, saldırının defedilebilmesi için zorunlu değildir. Fakat (A), vücudunda bulaşıcı ve tedavisi mümkün olmayan bir zehir taşıdığı konusunda yanılıyor ve saldırıyı defetmenin tek yolunun (B)'yi öldürmek olduğuna inanıyorsa; bu durumda savunmanın *zorunluluğunda* hataya düşmektedir. Örnek olayın ikinci kurgusunda fail, savunmanın zorunlu olduğunu gösteren dış dünyadaki olgular hakkında yanlış olur. Bu takdirde, failin yanlışlığı hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata olarak değerlendirilebilir.

¹⁷⁸ Örnek için bkz. Gropp, AT, s. 609, kn. 268.

Örnek (23): (H), şarap koleksiyoncusu (Ş)'nin evine girer. Henüz bir şişe aldığı sırada fark edilir ve evin bodrum katından kaçmaya çalışır. Ev sahibi (Ş), 1961 tarihli Romanee Conti şarabının eksikliğini fark eder ve kaçmakta olan (H)'yi uyarı ateşine rağmen durmaması üzerine av tüfeğiyle vurur. Hırsız (H) hayatını kaybeder. (H)'nin sırt çantasından bir zamanlar şaka amacıyla alınan bir Euro değerindeki bir şişe "Liebfrauenmilch" çıkar. Eğer (Ş)'nin düşündüğü gibi, 1961 tarihli Romanee Conti olsaydı, 10.000 Euro değerinde bir şarap çalınmış olacaktı. Fakat (Ş) ertesi gün şarabın yerini değiştirdiğini hatırlayarak evinde koyduğu yerde değerli şarabını bulur¹⁷⁹.

Örnek (23)'te, (Ş) maddi vakaya ilişkin koşulları hatalı değerlendirmiş ve savunma hareketinin gerekliliğinde hataya düşmüştür. Burada hareketin zorunluluğunun hukuki değerlendirmesinden kaynaklanan bir hata değil; bilakis olayın gerçekliğinin hatalı değerlendirmesinden kaynaklanan bir yanılma söz konusudur. Doktrinde baskın görüş, hayati tehdit eden araçlarla az değerli bir malın savunulmasını meşru savunma hakkı kapsamında haklı görmemektedir¹⁸⁰.

Alman Federal Mahkemesi içtihadına göre; saldırıya uğrayan kişi tehlikenin derhal ve nihai olarak ortadan kaldırılması için ulaşılabileceği savunma araçları arasında seçim yapılabilir¹⁸¹. Söz konusu karara göre, mal varlığına karşı suçlarda ateşli silah kullanımı en baştan yasaklanmamaktadır. Fakat ateşli silah kullanımı, son savunma aracı olarak görülmektedir. Kural olarak, saldırıya uğrayan kişinin önce silah kullanacağına dair uyarıda bulunması ve bu yeterli gelmezse, ölümcül atıştan önce silahı daha az tehlikeli olacak şekilde kullanmayı denemesi gerekir¹⁸². Örnek olayda (Ş)'nin söz konusu koşullara dikkat ettiği görülmektedir. Eğer (Ş)'nin düşündüğü gibi 1961 tarihli bir Romanee Conti çalınıyor olsaydı, söz konusu içtihadı göre hareketinin hukuka uygun olacağı söylenebilecektir. Fakat ucuz bir şarabın çalınıyor olması nedeniyle savunmanın sınırında hataya düştüğü belirtilmelidir.

¹⁷⁹ Örnek için bkz. Heuchemer, *Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 147.

¹⁸⁰ Heuchemer, *Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 148.

¹⁸¹ BGHSt 26, 256, 258 = BGHR StGB § 32 II Erforderlichkeit 1, 13 Verteidigung 1; BGH NSTz 1996, 29. Karar için bkz. Heuchemer, *Erlaubnistatbestandsirrtum*, 2005, s. 148.

¹⁸² BGHSt 26, 256, 258 = BGHR StGB § 32 II Erforderlichkeit 1, 13 Verteidigung 1; BGH NSTz 1996, 29. Karar için bkz. Heuchemer, *Erlaubnistatbestandsirrtum*, 2005, s. 148.

d) Savunma Hareketinin Üçüncü Kişileri Etkilemesi

Meşru savunma kapsamında yapılan hareketin saldırganla birlikte veya saldırgan dışında üçüncü kişileri de etkilemesi durumunda, failin hatasının hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılması gereken bir diğer meseledir. Bu kapsamda, savunma hareketleri sırasında meydana gelen sapma ve saldırganın kimliğinde hata halleri değerlendirilecektir.

i. Savunma Hareketleri Sırasında Sapma

Örnek (24): Bay (A) teknesinde güneşlenmekten hasmı (H), (A)'yı öldürmek için iskeleden ateş etmesine rağmen isabet ettiremez. Duyduğu silah sesi ile yerinden fırlayan (A), kendisine doğru elinde silahla (H)'nin koşturmakta olduğunu görür ve can havliyle silahına sarılarak iki el ateş eder. Kurşunlardan biri (H)'ye, diğeri ise limanda oturup tekne alma hayalleri kuran (S)'ye isabet eder. Bay (H) ve bay (S)'de ağır yaralı olarak kurtulurlar.

Doktrinde ifade edilen bir görüşe göre, hukuka uygunluk nedeninin varlığı fiilin bütününe hukuka uygun hale getirir. Dolayısıyla hukuka uygunluk çerçevesinde hareket ediliyor olmasına rağmen sapma sonucunda bir başkasını da etkileyen veya şahısta hata sonucu bir başkası üzerinde gerçekleştirilen hareket bakımından failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması gerekir¹⁸³. Meşru savunma kapsamında işlenen fiilin sapma sonucu bir başkası üzerinde etkiye bulunması bu sonucu değiştirmemektedir¹⁸⁴. Fail eğer hataya düşmeseydi fiili hukuka uygun olacaktır. Dolayısıyla bay (A)'nın sadece meşru savunma yaptığı (H) bakımından değil; savunma hareketinden etkilenen (S) bakımından da ceza sorumluluğu doğmayacaktır.

Diğer görüşe göre; savunma hareketleri sırasında meydana gelen ve *sapma* olarak adlandırılan bu gibi durumlarda hukuka uygunluk nedeninin koşullarında hata

¹⁸³ Centel, Zafer, Çakmut, **Genel Hükümler**, 6. Baskı, s. 311; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. II, 12. baskı, kn. 700; Demirbaş, **Genel Hükümler**, 6. Baskı, s. 275; Hakeri, **Genel Hükümler**, 12. Baskı, s. 273; İçel ve diğer yazalar, **Suç Teorisi**, s. 277.

¹⁸⁴ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. II, kn. 700; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 476; İçel, **Genel Hükümler**, s. 316.

söz konusu değildir. Sapma halinde ortada bir hata bulunmamaktadır. Çünkü fail, (H)'yi (S) ile karıştırmaz. Bu durum, nedensellik bağında sapma olarak kabul edilmelidir¹⁸⁵. Dolayısıyla bay (A), hasmı (H) bakımından meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilirken; meşru savunmadan etkilenen bay (S) bakımından manevi unsur değerlendirmesi yapılarak kasten veya taksirli yaralama suçundan sorumlu tutulacaktır. Fakat şartları oluşursa, (S) bakımından zorunluluk hali uygulama alanı bulabilir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise hukuka uygunluk nedenlerinden ancak hakkın korunması amacıyla hakkı ihlal eden kişiye karşı gerçekleştirildiği takdirde yararlanılabilir¹⁸⁶. Meşru savunmada savunma hareketinin mutlaka saldırgana karşı gerçekleştirilmesi gerekir. Nitekim bu, meşru savunmanın koşullarından birisidir. Bu durumda örnek olayda saldırıyı defetmek isteyen kişi, asıl saldırgana karşı kasten öldürmeye teşebbüs suçundan sorumlu tutulamaz. Fakat savunma hareketinden etkilenen üçüncü kişi bakımından ceza sorumluluğu devam etmektedir¹⁸⁷. Dolayısıyla bay (A), hasmı (H)'nin yaralanması bakımından meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilecekken; (S) bakımından kasten veya taksirle yaralama suçundan sorumlu olacaktır. Eğer somut olayda, (A)'nın (S)'yi limanda gördüğü, kurşunlardan birinin ona gelme ihtimalini öngördüğü fakat buna rağmen ateş ettiği söylenebilirse; olası kastla yaralama suçundan sorumluluğu gündeme gelebilir. Fakat (A)'nın atış yeteneğine güvenerek veya (A) ile (S) arasında mesafenin çok uzak olduğunu düşünerek kurşunların (S)'ye gelmeyeceğine güvendiği söylenebilirse; taksirli yaralama suçundan sorumluluğu söz konusu olabilir.

¹⁸⁵ Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 479; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 292; Karaaslan, **LHD**, s. 1682; Baumann, Weber, Mitsch, **AT**, 2003, s. 502, kn. 13.

¹⁸⁶ Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, 2018, s. 304.

¹⁸⁷ Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 479; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 292; Karaaslan, **LHD**, s. 1683.

ii. Saldırganın Kimliğinde Hata veya Şahısta Hata

Savunma hareketinin üçüncü kişileri etkilemesi sadece sapma sonucu değil, saldırganın kimliğinin karıştırılması sonucunda da meydana gelebilir¹⁸⁸.

Yukarıda yer alan örnek (24)'ü farklı bir şekilde kurgulayalım: Teknesinde güneşlenen bay (A), iskeleden kendisine ateş eden (H)'yi görür. Korkuyla silahına davranan (A), kendini korumak için ateş etmeye başlar. Bu sırada kulağında kulaklıkla tekne alma hayalleri kuran bay (S), suda taş kaydırmaca oynamaktadır. (S)'nin taşı uzaklara atmak için kolunu kaldırdığı esnada (A), onu kendisine ateş eden (H) zanneder. Bay (A), bay (S)'yi kendisine ateş eden kişi sanarak vurur.

Doktrinde ifade edilen bir görüşe göre, hukuka uygunluk nedeninin varlığının fiilin bütününe hukuka uygun hale getirdiği belirtilmiştir. Dolayısıyla bu görüşe göre, hukuka uygunluk çerçevesinde hareket ediliyor olmasına rağmen, şahısta hata sonucu bir başkası üzerinden gerçekleştirilen hareket bakımından failin hukuka uygunluk nedeninin yararlanması gerekir¹⁸⁹.

Diğer bir görüşe göre ise meşru savunma ancak saldırgana karşı yapılabilir. Meşru savunmanın üçüncü kişileri etkilemesi durumunda failin hatasından faydalanması söz konusu değildir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda ortada hukuka uygunluk nedeninin koşullarında hata da bulunmamaktadır. Zira şahısta hataya düşen kişi, hukuka uygunluk nedeninin varlığını bilmekte yalnızca hatası dolayısıyla savunma hareketini üçüncü kişiye karşı yapmaktadır.¹⁹⁰

Kanaatimizce, meşru savunma kapsamında gerçekleştirilen fiilin saldırı ile ilgisi olmayan üçüncü kişileri etkilemesi durumunda, failin üçüncü kişiler için de hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilmesi ve meşru savunmanın şartlarının kontrol edilmemesi makul bir yaklaşım değildir. Nitekim savunma hareketinin saldırganın kimliğinde yanılarak başka bir kimseye karşı icra edilmesi durumunda ortada hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hata ortaya çıkacaktır. Çünkü,

¹⁸⁸ Şahısta hatanın en bilinen örneklerinden biri olarak Prusya Yüksek Mahkemesi tarafından verilen Rose-Rosah kararı gösterilmektedir. İşçi Rose, marangoz olan Schliebe'yi vurmak için karanlıkta beklemektedir. Ancak, Schlieb'ten evvel, öğrenci Harnisch geçer ve Rose Schliebe'nin olduğuna inanarak vurur. Bkz. Frister, *AT*, 2019, s. 161, kn. 161-162.

¹⁸⁹ İçel ve diğer yazarlar, *Suç Teorisi*, 3, s. 277; Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, kn. 700; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 275; Centel, Zafer, Çakmut, *Genel Hükümler*, 6. Baskı, s. 311; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 273.

¹⁹⁰ Karaaslan, *LHD*, s. 1683; Fischer, *Strafgesetzbuch*, § 32, kn. 24 vd.

meşru savunmanın koşullarından birisi de *savunma niteliğindeki hareketin saldırıda bulunan kişiye yönelik olarak gerçekleştirilmesidir*. Örnek olayda fail, bu koşulda hataya düşmektedir. Dolayısıyla failin saldırının kimliğinde düştüğü hata nedeniyle savunma hareketlerinin üçüncü kişileri etkilemesi durumunda; fail doğrudan hukuka uygunluk nedeninden faydalandırılmamalı ve sorun, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata kurallarına göre çözümlenmelidir.

e) Savunmada Sınırın Aşılması

Meşru savunmada sınırın aşılması olarak kabul edilen durumların, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği veya hangi hallerde bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği üzerinde durulması gereken bir diğer önemli sorudur.

Sınırın aşılması; failin düştüğü bir hata sonucu olabileceği gibi kasten de aşılmış olabilir. Hukuka uygunluk nedenleri, işlenen fiili, iznin sınırları içerisinde kullanılmak koşuluyla hukuka uygun hale getirmektedir. Hukukun izin verdiği sınır aşıldığı takdirde, failin bu sınırı kasten mi taksirle mi aştığı ve sorumlu tutulup tutulmayacağına değerlendirilmesi gerekir. TCK m. 27’de “sınırın aşılması” başlığı altında “(1) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan 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.” hükmüne yer verilmektedir.

Sınırın kast olmaksızın aşılması, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın bir görünüm şekli olarak kabul edilmektedir¹⁹¹. Fail, meşru savunma hakkı bakımından yaptığı savunmanın kendisine yönelik saldırıyı defedecek ölçüde olduğunu sanmaktadır. Failin buradaki bilgisizliği savunmasının saldırıyı defedecek ölçüde olup olmadığına ilişkindir. Eğer fail, dikkatli ve özenli davransaydı savunmasının saldırıyı defedecek ölçünün ötesinde olduğunu

¹⁹¹ Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 602; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 297 vd.; Karaaslan, **LHD**, s. 1680.

öngörebilirdi denilebiliyorsa, failin sınırı taksirle aştığı kabul edilir¹⁹². Bu takdirde, söz konusu hukuka uygunluk nedeninin diğer koşulları somut olayda gerçekleşmişse sınır aşımı hükümleri uygulama alanı bulabilir. Nitekim hukuka uygunluk nedeninde sınırın kast olmaksızın aşılması TCK m. 27/f. 1'de özel olarak düzenlendiği için TCK sistematigi bakımından hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hata düzenlemesine (TCK m. 30/f. 3) gidilmesi mümkün gözükmemektedir¹⁹³. Fakat savunmada sınırın aşılmasının yanında, fail diğer koşullarda da hataya düşüyorsa hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata hükümlerinin uygulama alanı bulması gerektiği ifade edilmiştir.

Örnek (19)'u hatırlayalım: Şarap koleksiyoncusu (W), koleksiyonunun en iyi parçası olan Romanee Conti'yi bulamayınca çalınmış olduğu endişesine kapılır. Bu sırada evinin sokağa bakan bir penceresinin açık olduğunu ve yoldan geçen (P)'nin elinde bir şişe ile kaldırımda yürüdüğünü görür. (W), hemen av tüfeğini kaparak sokağa koşar ve yoldan geçen adamı durdurmak için seslenir. (P), dehşete kapılarak bir soyguna uğradığını düşünür ve kendini park edilmiş bir arabanın altına atar. (W) diskte parıldayan bir şey görür ve (P)'nin silahını ateşlediğini düşünerek (P)'yi vurur. Aslında (W), Romanee Conti'yi yanlış yere koymuştur. Penceresini ise karısı kapatmayı unutmuştur¹⁹⁴.

Örnek olayda fail, meşru savunmanın maddi koşullarından biri olan saldırının varlığında hataya düşerek savunmanın sınırını aşmaktadır. Bu durumda, eğer sınırın aşılması hükümleri (TCK m. 27/f. 1) uygulanırsa; failin suçun taksirli halinden sorumlu tutulacağı ve ceza indirimi uygulanacağı belirtilmelidir. Fakat hukuka uygunluk nedeninin koşullarında hata kapsamında görülürse, en iyi ihtimalle fiilin taksirli halinde sorumlu tutulacağı ve ceza indiriminin uygulanmayacağına dikkat çekilmektedir. Bu durumda ortada bir saldırı olmamasına rağmen savunma yapılmakta ve varsayılan savunma hareketinde de sınır aşılmaktadır. Dolayısıyla bu failin, meşru savunmanın tüm şartlarını sağlamakla birlikte savunmada sınırı aşan faille aynı konuma getirilmesi adil olmayacaktır. Bu örneklerde, sınırın aşılması hükümleri yerine hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata hükümleri

¹⁹² Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, 2018, s. 310.

¹⁹³ Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 287.

¹⁹⁴ Örnek için bkz. Heuchemer, **Erlaubnistatbestandsirrtum**, 2005, s. 178.

uygulanmalıdır. Dolayısıyla Türk doktrininde sınırın kast olmaksızın aşıldığı bu gibi durumlarda, TCK m. 27/f.1 değerlendirilerek “failin yanılmamış olması durumunda ve davranışının hukuka uygunluk sınırı içinde kalması halinde hakkında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata hükümlerinin uygulanması, failin hataya düşmemiş olması durumunda dahi sınırın aşılmış olacağı hallerde ise hatanın kaçınılmaz olması koşuluyla, sınır aşımına ilişkin indirimin veya cezasızlık halinin uygulanacağı” savunulmaktadır¹⁹⁵. Bu durumda, sınırın kast olmaksızın aşıldığı olaylarda ya hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hata ya da hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata gündeme gelmektedir.

Bununla birlikte, eğer fail kanunun kendisine bu yetkiyi verdiğine inanarak sınırı aşmışsa; bu takdirde yasak hatası gündeme gelebilir. Nitekim bu ihtimalde; fail, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşmez. Çünkü maddi olaya ilişkin tüm hususları doğru bilmektedir. Fail savunmanın sınırı konusundaki norm bilgisizliği nedeniyle hukuka uygunluk nedeninin sınırını aşmaktadır. Bu durumda fail, somut olaya veya olgulara ilişkin hususlarda herhangi bir hataya düşmemektedir. Bilakis, fail izin normunun kapsamı hakkında yanıldığı için sınırı kasten aşmaktadır. Failin zihnindeki durum gerçek olsaydı dahi davranışı hukuka uygun olmayacaktır. İzin sınırın bu şekilde norm hatasına düşen fail için, yasak hatası hükümleri uygulanabilir.

3. İlgilinin Rızası

Rızanın hukuki niteliği ve suçun kanuni tanımında geçen ilgilinin rızasının yokluğuna bağlanacak hukuki sonuç konusunda önemli tartışmalar yürütülmektedir¹⁹⁶. İlgilinin rızasının suçun yapısındaki yeri konusunda benimsenen görüşe göre rızanın yokluğuna farklı anlamlar yüklenmektedir. Türk hukukunda

¹⁹⁵ Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 288; Değirmenci, **TBBĐ**, s. 181, Karaaslan, **LHD**, s. 1681.

¹⁹⁶ Alman Ceza Kanunu’nda ilgilinin rızası düzenlenmemiştir. Bu nedenle rızanın hukuki niteliği, koşulları ve hukuki sonuçları bakımından önemli tartışmalar yürütülmüştür. 2005 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun birinci kitap ikinci kısmında “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığını taşıyan ikinci bölümde m. 26/f. 2’de ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlendiği görülmektedir. Bununla birlikte, bazı suç tiplerinde rızanın yokluğuna yer verilmesi ilgilinin rızasının sadece hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmediğini göstermektedir. Bu nedenle söz konusu tartışmalar somut olayda ilginin rızasına dair koşulların gerçekleştiğini düşünerek hareket eden failin ceza sorumluluğunun tespitinde önem arz etmektedir.

ilgilinin rızası, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği için bu hususta düşülen hata, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata kuralları kapsamında ele alınmasına rağmen, bu tartışmalar suçun kanuni tanımında geçen ilgilinin rızası konusunda hataya düşen, yani somut olayda ilginin rızasına dair koşulların gerçekleştiğini düşünerek hareket eden failin ceza sorumluluğunun tespiti bakımından önem arz etmektedir.

Bu kapsamda, esas itibariyle monist ve düalist olmak üzere iki görüş bulunmaktadır. Monist teori, rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olmadığını tüm suçlar bakımından tipiklik unsuru üzerinde etkili olduğunu ileri sürer¹⁹⁷. *Roxin*'e göre rızanın tipikliği bertaraf edici etkisi, kaynağını anayasa ile güvence altına alınan hareket serbestisinden almaktadır. Kişi, kendisine ait menfaatler üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkına sahiptir. Hukuki menfaat ile bu menfaat üzerindeki tasarruf yetkisi ayrılmaz bir bütün olduğu için kişinin kendisine ait bir hukuki menfaat üzerinde tasarrufta bulunması norm ile korunan hukuki menfaati ihlal edemeyeceğinden tipiklik de oluşmayacaktır¹⁹⁸. Örneğin, estetik bir cerrahi işlem kişinin vücut bütünlüğüne bir saldırı olarak nitelendirilemez ve kasten yaralama suçunu oluşturmaz. Bu görüşe göre, suçun konusu ve bu konu üzerindeki tasarruf yetkisi norm ile korunan hukuki menfaatten bağımsız değildir. Hukuki menfaat ancak hak sahibinin rızasının bulunmaması durumunda ihlal edilebilir. Nitekim rızanın varlığı durumunda hukuk düzeni açısından ceza normuyla korunan hukuki menfaati korumak için artık bir gereklilik kalmamaktadır¹⁹⁹. *Roxin* bu görüşünü, rızanın varlığı durumunda rıza gösteren kişi ile hareketi gerçekleştiren kişinin menfaatleri arasında bir çatışma bulunmaması ile gerekçelendirmektedir. Rızanın varlığı durumunda ortada korunması gereken bir hukuki menfaat bulunmamaktadır. Bu nedenle menfaat tartımı kapsamında daha yüksek değerdeki menfaatin korunması

¹⁹⁷ Roxin, AT, 1, § 13 kn. 1; Göktürk, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 436.

¹⁹⁸ Roxin, AT, 1, § 13, kn. 22; Göktürk, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 437.

¹⁹⁹ Muhammed Demirel, "Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Yıl: 2020, Cilt: 78, Sayı: 3, s. 1469-1523, s. 1472.

ile izah edilen hukuka uygunluk nedeni görüşünün desteklenemeyeceğini ifade eder²⁰⁰.

Düalist teori ise rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak rıza ve tipikliği engelleyen rıza olarak iki farklı şekilde olabileceğini savunur²⁰¹. Hukuka uygunluk nedeni olan rızada; kişi açıkladığı rızasıyla normun koruduğu menfaati feda ederek çatışan menfaatin tatmini lehine karar verebilir. Rıza ile ilginin yaptığı bu menfaat tartımı, hukuk düzeninin bunu tanımasına dayanır. Bu durumda rıza, hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedenidir. Bununla birlikte, rızanın yokluğunun suçun kanuni tanımında bir unsur olarak yer verildiği durumlarda, ilgilinin rızası tipikliği ortadan kaldırır. Suçun kanuni tanımında rızanın yokluğuna yer verilen bu suçlarda; haksızlık, korunan hukuki değerin ait olduğu kişinin iradesine ayrılmaz bir şekilde bağlanmıştır²⁰². Bu nedenle rızanın varlığı, tipikliğin gerçekleşmesini engeller. Bu görüşe göre, suçun kanuni tanımında ilgilinin rızasına yer verilen veya yer verilmemesine rağmen suç tanımından kişinin rızasına aykırı olarak gerçekleştirilmesi gerektiğinin anlaşıldığı suç tiplerinde, rıza tipikliğin olumsuz bir unsuru haline gelir. Bu durumda rızanın yokluğu, tipikliğin objektif bir unsuru olarak kabul edilmektedir²⁰³. Örneğin, kasten yaralama veya mala zarar verme suçunda rıza, bir hukuka uygunluk nedeni iken; hırsızlık suçunda veya cinsel suçlarda tipikliği ortadan kaldırmaktadır²⁰⁴. Çünkü kişinin rızasından bağımsız olarak kasten yaralama suçunda insan vücuduna acı verilmiş, aynı şekilde mala zarar

²⁰⁰ Roxin, AT, 1, § 13, kn. 22; Göktürk, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 437.

²⁰¹ Gropp, AT, § 6, kn. 57.; Wessels, Beulke, Satzger, AT, § 9, kn. 370; Meral Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 102; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 366; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 289.

²⁰² Demirel, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, s. 1476.

²⁰³ Baumann, Weber, Mitsch, AT, § 17 kn. 93; Wessels, Beulke, Satzger, AT, § 9, kn. 366; Heinrich, AT, kn. 441; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 289.

²⁰⁴ Doktrinde hırsızlık suçunun kanuni tanımında yer verilen rızanın, tipikliğe engel olan rıza mı yoksa hukuka uygunluk nedeni mi olduğu konusunda da tartışmalar bulunmaktadır. Hukuka uygunluk nedeni olduğunu savunan yazarlar, madde gerekçesinde yer alan “Rızanın geçerli olması için bulunması gereken koşulların varlığı halinde zilyedin rızası bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edecek ve suç oluşmayacaktır.” şeklindeki ifadeleri göstermektedir. Fakat kanaatimizce hırsızlık suçunun kanuni tarifinde yer verilen rızanın yokluğu tipikliğe engel olan rızadır. Burada gerekçe, madde metni ile uyumsuz yazılmıştır. Aynı yönde bkz. Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 366; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 291; Ekici, Şahin, s. 90; Özbek ve diğerleri, **Özel Hükümler**, s. 331; Artuk, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, Ankara, Adalet, 2018, s. 466; Demirel, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, s. 1478.

verme suçunda taşınır eşyaya zarar verilmiştir²⁰⁵. Bu durumda rızanın varlığı, kanuni tipikliği engellememektedir.

İlgilinin rızasını tipikliğin bir unsuru olarak kabul eden yaklaşıma göre, somut olayda rızanın var olduğu kanısıyla hareket eden failin tipiklik hatası kapsamında kastından söz edilemeyecektir. Buna karşılık, hukuka uygunluk nedeni olan rızada failin bu nedenin koşulları hakkındaki hatası, tipiklik hatası olarak değerlendirilemez ve hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hata kuralları uygulama bulur. Kanaatimizce, suç tipi ile korunan hukuki yarar, hukuki menfaat sahibinin tasarruf iradesinden bağımsız olarak korunmaktadır. Örneğin, kişi rızasını açıklasa bile yaşam hakkının korunmasındaki hukuki menfaat varlığını sürdürdüğü için bu menfaat üzerinde tasarrufta bulunamaz²⁰⁶. Ceza normu, hukuki menfaati olan kişi ile toplumsal değer arasındaki ilişkiyi korumaktadır. Kişinin tasarruf hakkına sahip olduğu hallerde, bu korumadan vazgeçmesi, ilgili hukuki menfaatin korunmaya değer olmadığı anlamına gelmez. Dolayısıyla ilgilinin rızası, suç tipi ile korunan hukuki menfaati bertaraf edemez. Ceza normu ile korunan hukuki yarar ve bu yarar üzerinde tasarruf yetkisi farklı şeylerdir. Kanuni suç tipine uygun icra edilen hareket, korunan hukuki menfaati ihlal etmektedir²⁰⁷. Fakat rızanın varlığı halinde, kanuni suç tipi bakımından tipik olan harekete hukuk düzeni tarafından izin verildiği anlamına gelir. Rızanın suçun kanuni tanımında yer verildiği durumlarda, kişinin ilgili hukuki menfaat hakkında karar verme hakkı da koruma altına alınmaktadır. Söz konusu suç tiplerinde kişinin rıza göstermesi, normun sağladığı korumanda vazgeçmesi anlamına gelir ve tipikliğin ortaya çıkmasını engeller. Bu durumda, failin hareketinin ceza normunun koruduğu hukuki menfaati ihlal ettiği söylenemeyecektir²⁰⁸. Aşağıda yer alan Tablo 2’de tipikliğe engel olan rıza ve hukuka uygunluk nedeni olan rızanın koşullarında düşülen hatanın hukuki sonuçları gösterilmektedir:

²⁰⁵ Demirel, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, s. 1493.

²⁰⁶ Otto, **AT**, § 8, kn. 127; Göktürk, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 443.

²⁰⁷ Gropp, **AT**, § 6, kn. 57.

²⁰⁸ Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s. 87; Göktürk, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 443.

Tablo 2: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rızada Hata

Hata	Tipikliğe Engel Olan Rıza	Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza
Olumlu Hata	Fail rızanın maddi koşullarında hataya düşerse, yani somut olayda hareketine rıza verildiğini zannederse, suçun maddi unsurlarında hataya düşmüş olur. Bu durumda failin kastı ortadan kalkar fakat taksirli sorumluluğu saklıdır.	Fail hukuka uygunluk nedeni olan rızanın koşullarında maddi gerçeklik hatasına düşerse, yani somut olayda rızanın koşullarının gerçekleştiğini zannederse, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata kuralları uygulama alanı bulur. Bu durumda failin kastının, kusurunun veya kusur kastının etkilendiğini ileri süren çeşitli teoriler ileri sürülmüştür.
Tersine Hata	Fail tipikliğe engel olan rızanın koşullarında tersine hataya düşerse, yani hareketine ilgilinin rıza verdiğini bilmiyorsa, elverişsiz teşebbüs ortaya çıkacaktır. Türk hukukunda elverişsiz teşebbüs cezalandırılmaz.	Fail hukuka uygunluk nedeni olan rızanın koşullarında tersine hataya düşerse, yani hareketine ilgilinin rıza verdiğini bilmiyorsa, sübjektif görüşe göre teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır. Objektif görüşe göre ise hukuka uygunluk nedeninin dış dünyada gerçekleşmesi yeterli olup failin bunu bilip bilmediği dikkate alınmadığından fail cezalandırılmaz.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN MADDİ KOŞULLARINDA HATANIN TEMELLENDİRİLMESİ

I. SUÇ TEORİLERİNİN HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN MADDİ KOŞULLARINDA HATAYA ETKİSİ

Hata öğretisi, ceza hukukunda önemli tartışmaların olduğu bir konudur. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata ise bir taraftan haksızlık, diğer taraftan kusur ile kurduğu bağlantı sebebiyle hata dogmatığının merkezi ve suç teorisinin en tartışmalı konularındandır. Bu nedenle, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata, hata öğretisinin kilit noktası olarak görülmektedir. Failin dış dünyada hataya düştüğü maddi gerçeklik, hareketine izin veren bir normun, yani bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarına ilişkin ise hukukun bu hataya ne sonuç bağlayacağı ya da bir sonuç bağlayıp bağlamayacağı sorusu, hata öğretisinin tüm suç sistemiği bakımından tutarlılığını kontrol etme imkânı sağlamaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata konusunda bu zamana kadar ortaya koyulan teoriler, hangi sorumluluk modelinin kapsayıcı ve ceza hukuk dogmatığı için tutarlı olduğuna karar vermeksizin; kast veya kusur teorisinden birini ya da bu teorilerin çeşitli versiyonlarını benimseyerek tipiklik kastı, haksızlık kastı veya kusur kastının isnat edilebilirliği sorununu değerlendirmişlerdir¹. Nitekim hatanın, kast ve kusur ile olan ilişkisi, ceza hukukunda önemli keşiflere yol açmış ve geleneksel suç sistemiğinin değişmesine neden olmuştur². Suç sistemiğinde ortaya çıkan değişiklikler, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata konusunu etkilemiştir. Nitekim hata konusu diğer birçok konudan daha fazla suçun genel yapısı ile birlikte değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Bu nedenle aşağıda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusunda ortaya koyulan teorilere geçmeden önce klasik, neo-klasik, finalist ve şahsi haksızlık öğretilerinin suç sistemiğinde ortaya çıkardığı değişiklikler ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya bakış açıları ortaya koyulacaktır.

¹ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 22.

² Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 19.

1. Klasik Suç Öğretisi

19. yüzyıl Kara Avrupası ceza hukuku sistemlerine hâkim olan ve v. *Liszt*, *Belting* ve *Radbruch* tarafından geliştirilen *klasik suç öğretisinin* temelinde fail esas alınarak fiil, haksızlık ve kusur olmak üzere üç aşamalı bir değerlendirme öngörülmektedir³. Uzun yıllar ceza hukuku dogmatikğini şekillendirmiş olan, suçun bu üç basamaklı yapısının özünde haksızlık ve kusur ayrımı yer almaktadır. Nitekim 1867 yılında *Rudolf von Jhering* tarafından ortaya koyulan, medeni hukuk haksızlığının kusurdan bağımsız ve objektif nitelikte olduğu anlayışı; *Franz von Liszt* ve *Belting* tarafından suçun yapısı için benimsenmiştir⁴. Böylece suçun günümüzde hâlâ geçerliliğini koruyan haksızlık ve kusur ayrımı ortaya çıkmıştır. Haksızlık, fiilin faile objektif isnadiyetini oluştururken; kusur, fiilin faile sübjektif isnadiyetidir⁵. Klasik suç öğretisinde suçun objektif nitelikteki tüm unsurları haksızlık alanına, sübjektif nitelikteki tüm unsurları ise kusur alanına dahil edilerek haksızlık, olgu haksızlığı olarak kabul edilmiştir⁶. Haksızlığın oluşumunda kast ve taksirin ise bir etkisi bulunmamaktadır. Fail, kasten veya taksirle hareket etmese dahi haksızlık gerçekleşmiştir⁷.

Klasik suç öğretisinde kabul edilen isnadiyet anlayışı, *Feuerbach* tarafından temelleri atılan ve psikolojik sorumluluk olarak da adlandırılan *sübjektif sorumluluk yaklaşımına* dayanmaktadır. Bu yaklaşımda, Aydınlanma döneminde hâkim olan insan anlayışından hareketle fail; rasyonel, hedonist ve özgür iradesiyle hareket eden bir süje olarak kabul edilir⁸. Buna göre; insan yaratılışı gereği hep kendi menfaatinin

³ Baumann, Weber, *AT*, s. 258; Dölger, *Genel Hükümler*, s. 211, kn. 8.6.

⁴ Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., C.H. Beck, München, 2006, § 7, kn. 12; Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, s. 48; Erdin, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu*, s. 11.

⁵ Jescheck, Weigend, *AT*, s. 16; Serdar Talas, *Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Sebebinde Serbest Hareket (actio libera in causa) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, İÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s. 8-10.

⁶ Jescheck, Weigend, *AT*, s. 200; Wessels, Beulke, *AT*, s. 813; Talas, *Kusur*, s. 8-10.

⁷ Heinrich, *AT*, s. 40, kn. 96; Erdin, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu*, s. 26.

⁸ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 33. Kendinden sonra gelen pozitivistler tarafından Klasik Okul olarak da adlandırılan bu yaklaşım; Beccaria, Bentham, Voltaire, Montesquieu ve Kant gibi düşünürlerin ileri sürdükleri düşüncelere dayanmaktadır. Klasik Okul hakkında ayrıntılı Türkçe okuma için ayrıca bkz. Dönmezer, *Cezai Mesuliyetin Esası*, İstanbul, 1949; Taner, *Ceza Hukuku*, s. 303 vd.; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukukunda Okullar*, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul,

pesinde koşan bir canlıdır ve hazzıdır. Arzu ve isteklerine göre hareket eden insan, maksimum haz alacağı eylemleri yaparken; bedel ödeyeceği maliyetli işlerden kaçınmaktadır. Bu yaklaşıma göre, cezalandırmanın nedeni, hukuka aykırı arzular ve ceza tehdidiyle insanın arzuları sınırlandırılmalıdır⁹. Arzu etme veya isteme yeteneği; failin hukuka aykırı olduğunun farkında olmasına rağmen amacının peşinde koşması olarak anlaşılmaktadır¹⁰.

19. yüzyılda ceza hukuku dogmatikini şekillendiren bu yaklaşımda, failin cezai sorumluluğu için dış dünyada tipik neticenin gerçekleşmesi yeterli olmayıp failin ortaya çıkan haksızlık nedeniyle kusurlu hareket etmesi gerekir. Fail, iyi ve kötü arasında ayırım yapabilme, özgür iradesiyle seçebilme yeteneği ve imkânı olmasına rağmen kötüyü seçmişse; bu seçiminin sonuçlarına katlanmalıdır. Fakat kişinin irade özgürlüğü yoksa, sorumlu olması da beklenemez. Sorumluluk, eskilerin *manevi mesuliyet*¹¹ dedikleri, “kusurlu irade” veya “sübjektif isnadiyet” üzerine temellendirilmektedir¹².

Sübjektif sorumluluk modeli, klasik suç öğretisinin temelini oluşturur ve psikolojik kusur kavramı (*der psychologische Schuldbegriff*) da bu yaklaşıma dayanmaktadır¹³. Bu yaklaşımda, dış dünyada gerçekleşen nedensellik süreci yani tipik haksızlık, iradenin içeriğinden bağımsız kabul edilmektedir¹⁴. Suç tipi tamamen

1998; Somay Tümerkan, **Klasik, Pozivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XLVIII-XLIX, Yıl: 1982-1983, S. 1-4; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 141 vd; Özbek ve diğer yazarlar, **Genel Hükümler**, s. 101 vd.

⁹ Günther Jakobs, **Kritik des Vorsatzbegriffs**, Mohr Siebeck, 2020, s. 10.

¹⁰ Jakobs, **Kritik des Vorsatzbegriffs**, s. 11.

¹¹ Taner, **Ceza Hukuku**, s. 302.

¹² Feuerbach, taksirli suçlarda cezalandırmanın asıl nedenini sorgulayarak kusurun suç sistematikinde yanlış yerleştirildiğini ileri sürmektedir. Eğer cezalandırmanın nedeni hukuki değerin bilinçli olarak ihlal edilmesi ise taksirli suçlarda bu durum söz konusu değildir. Feuerbach’ın kast ve kusur doktrini; sadece hukuka aykırılığın amaçlandığı durumlarda değil aynı zamanda izin verilen davranışla da ilişkilendirildiğinde; Feuerbach’ın sadece failin amacına odaklandığı, yani insanın bir bölümüne (içine) odaklanarak dışarıdan gelen etkileri ihmal ettiği görülmektedir. Bkz. Jakobs, **Kritik des Vorsatzbegriffs**, s. 13.

¹³ Klasik ceza hukuku olarak isimlendirilen ve 19. Yüzyıl’da Kara Avrupası hukuk sistemlerine hâkim olan bu anlayış, v. Liszt, Beling ve Radbruch sistemine dayanmaktadır. Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1969, s. 40; Gropp, **AT**, 3. Auflage, 2005, kn. 58; Jescheck, Weigend, **AT**, 1996, § 22, s. 202; Roxin, **AT I**, § 7, s. 201, kn. 15; Jescheck, Weigend, **AT**, § 22, s. 204.

¹⁴ Jescheck, Weigend, **AT**, § 22, s. 202; Heinrich, **AT**, § 7, kn. 96; Gropp, **AT**, § 3, kn. 60.

objektif özellik taşımaktadır ve bir değer yargısı içermemektedir. Failin fiili ile olan içsel süreci ise kusurla ilişkilendirilmektedir. Kast ve taksir suçun sübjektif bir unsuru olan kusurun türleri olarak kabul edilmekte; haksızlık bilinci de kastın bir unsuru olarak görülmektedir¹⁵. Dolayısıyla dış dünya ile ilgili her şey haksızlık; failin iç dünyasına ilişkin hususlar ise kusur kapsamında ele alınır¹⁶. Bu anlayışın temelinde de hareketi dış dünyada gerçekleşen nedensellik süreci şeklinde kabul eden *nedensel hareket teorisi* yer alır¹⁷.

Bununla beraber söz konusu yaklaşımda, kusur kavramı bilme prensibine (*Kenntnisprinzip*) dayanmaktadır. Failin kastından söz edebilmek için sadece suçun kanuni tanımında yer alan objektif unsurların bilinmesi yeterli olmayıp, hareketin hukuka aykırılık teşkil ettiği de bilinmelidir. Bu yaklaşımda; **kast, fiil kastı ve haksızlık bilincinden oluşmaktadır**. Kastı bir kusur türü olarak kabul eden ve haksızlık bilinci ile ilişkilendiren *kast teorisi*, 20. yüzyılın başlarına kadar Kara Avrupası'na tabi ülkelerde ceza hukukuna hâkim olmuştur¹⁸. Bu yaklaşımda; haksızlık hatası ve tipiklik hatası ayrımı reddedilerek hatanın her durumda kastı ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir¹⁹. Fiili hata dışında herhangi bir hatanın kendine yer bulamadığı bu dönemde; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda failin haksızlık bilincinin olmadığı kabul edilmiştir. Bu

¹⁵ Jescheck, Weigend, AT, § 22, s. 202; Roxin, AT I, § 7, s. 201, kn. 15.

¹⁶ Nedensel hareket teorisi, haksızlığı salt objektif unsurlardan ibaret kabul ettiği için suça teşebbüsü açıklamada yetersiz kalmaktadır. Teşebbüsten sorumluluk ancak haksızlığın sübjektif unsuru ile açıklanabilir. Nitekim suça teşebbüs, sadece dış dünyadaki nedensel bir süreç değil iradenin içeriği ile ilgilidir. Bu durumda teşebbüste kabul edilen haksızlığın sübjektif unsuru, tamamlanmış suçta yokmuş gibi kabul edilemez. Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, s. 41, 60; Jescheck, Weigend, AT, s. 202, 203.

Nedensel hareket teorisi, bilinçsiz taksiri de açıklamada yetersiz kalmaktadır. Hareketin iradeden tamamen soyutlanması, taksirle işlenen suçlarda netice nedensellikle ortaya çıktığı için fail ile olan bağı kurulamamaktadır. Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, s. 139.

¹⁷ Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, s. 51.

¹⁸ Nitekim bazı kanunlarda yanılmanın fail lehine hesaba katılacağı açıkça belirtilmiştir. Örneğin 1931 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 59. Maddesinin son fıkrasında: "*Fail cezayı bertaraf eden sebeplerin varlığını hata ile kabul ettiği 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.*" Ayrıca 1989 tarihli Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı (TCKÖT) m. 24/2'deki şu ifade de dikkate değerdir: "*Olayların hatalı değerlendirilmesinin etkisi altında hareket eden kimse hakkında, yanılmanın lehine sonuç verecek nitelikte olması halinde, buna göre hüküm verilir.*" Bkz. Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 1994, s. 317.

¹⁹ Heinrich, 2. Kitap, s. 178, kn. 1129.

nedenle, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin kastının ortadan kalktığı sonucuna varılmıştır.

2. Neo-Klasik Suç Öğretisi

Klasik suç öğretisinde hâkim olan haksızlığın objektif, kusurun da sübjektif unsurlardan oluştuğu şeklindeki katı ayırım, haksızlığın her zaman objektif unsurlardan, kusurun ise yalnızca sübjektif unsurlardan oluşmadığının anlaşılması sonucu terkedilmiştir²⁰. Bu durum, suçun yeniden yapılandırılmasını sağlamıştır. Suçun yapısında başlayan söz konusu değişim, neo-klasik suç öğretisi olarak adlandırılmaktadır²¹.

Klasik suç öğretisinden, 20. yüzyılın başından itibaren deney ve gözlem metodunun yanında sosyal bilimlerde anlamaya ve değerlendirmeye yönelik anlayışın yerleşmesi ile uzaklaşmıştır. Hukuki pozitivizm eleştirilmiş ve hukuk alanında amaç unsuru ön plana çıkmış, bunun bir sonucu olarak öncelikle ceza hukukunda hareket kavramı değişerek failin amacına değer atfedilmeye başlanmıştır²². Neo-klasik öğreti, ceza hukukunun amaçlarına bağlı kalarak suç kavramını açıklamaya çalışmaktadır ve neden-sonuç ilişkisine dayalı doğal olaylar örgüsünün değil, bu olayların olumsuz değerini dikkate almaktadır²³. Nitekim klasik suç öğretisinde kabul edilen *nedensel hareket teorisi* ihmalî suçları açıklamada yetersiz kalmıştır. Bu nedenle hareket (*handlung*), insan iradesinin dış dünyada etkili olması anlamını taşıyan davranış (*verhalten*) olarak yumuşatılmıştır. Bu anlayışın sonucu olarak da nedensel hareket teorisi yerini *sosyal hareket teorisine* bırakmıştır²⁴. Neo-klasik öğretilde fiil, dış dünyada etki meydana getiren iradî insan davranışı olarak, ihmalî ise failin kendisinden beklenen iradî davranışın yapılmaması olarak tanımlanmıştır²⁵. Fakat tıpkı klasik öğretilde olduğu gibi netice ve nedensellik bağı, fiilin unsurları olarak kabul edilmeye devam etmiştir.

²⁰ Roxin, AT, I, § 7, kn. 16; Talas, **Nedeninde Serbest Hareket**, s. 14; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 31.

²¹ Roxin, AT, I, § 7, kn. 21; Jescheck, Weigend, AT, s. 204.

²² Roxin, AT, I, § 7, kn. 21; Jescheck, Weigend, AT, s. 205; Dülger, **Genel Hükümler**, s. 215, kn. 8.21; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 33.

²³ Dülger, **Genel Hükümler**, s. 215, kn. 8.21, 8. 22.

²⁴ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 164.

²⁵ Baumann, Weber, AT, s. 205.

Neo-klasik suç öğretisi, klasik suç öğretisinin suç teorisini tamamen reddetmemiş fakat fiil, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur kavramlarında esaslı değişiklikler getirmiştir. Klasik suç öğretisinin objektif haksızlık anlayışı, neo-klasik öğretide bazı suç tipleri²⁶ bakımından haksızlığın sübjektif unsurlarının da var olduğunun kabul edilmesiyle terk edilmeye başlanmıştır²⁷. Neo-klasik suç öğretisinde haksızlığın objektif ve kusurun sübjektif olduğu ayrımı varlığını sürdürmesine rağmen bunun her durumda geçerli olmadığı görülmüştür. Nitekim her şeyin ya sadece objektif ya da sadece sübjektif olarak belirlenmesi mümkün olmamıştır. Failin hareketine bağladığı anlama veya manevi durumuna göre; hareket, bazen haklı bazen haksız olarak ortaya çıkabilmektedir. Özellikle amaç unsuru içeren suçlarda haksızlığın sübjektif unsuruna ihtiyaç duyulmuştur. Örneğin, hırsızlık suçunda mal edinme amacı şeklindeki sübjektif unsur dikkate alınmaksızın eşyanın sırf bir yerden bir yere taşınması hırsızlık suçunun haksızlık içeriğini karşılamamaktadır. Bu durum haksızlığın sübjektif unsurlarının da dikkate alınmasını gerektirmiştir²⁸. Ayrıca klasik suç öğretisinde, haksızlığın salt objektif yapıda kabul edilmesi nedeniyle teşebbüs aşamasında kalmış suçların açıklanması mümkün olmamıştır. Bu nedenle neo-klasik suç öğretisinde teşebbüs aşamasında kalmış suçlar bakımından kast, tipikliğe dahil edilmiş; diğer durumlarda klasik öğretiye sadık kalınarak kusur alanında konumlandırılmıştır²⁹.

Neo-klasik öğretide kast ve taksirin yanında isnadiyet yeteneği ve diğer unsurların kusurun bağımsız unsurları olduğu kabul edilmiştir³⁰. Bir başka ifadeyle, kusurun varlığından söz edilebilmesi için failin isnat yeteneğinin bulunması, fiil ile fail arasındaki psişik bağ (kast ve taksir) ve kusuru kaldıran özel bir halin bulunmaması gerekir³¹. Dolayısıyla klasik öğretide, kusurun çeşitleri olarak görülen

²⁶ Örneğin; amaç unsuru içeren suçlar, temayül suçları, beyan suçları ve teşebbüs aşamasında kalmış suçlar için haksızlığın sübjektif unsurunun var olduğunu kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 39-43.

²⁷ Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 169; 173.

²⁸ Welzel, **Strafrecht**, s. 60; Roxin, **AT/I**, § 7, kn. 16.

²⁹ Baumann, Weber, **AT**, s. 283; Welzel, **Strafrecht**, s. 60, 61; Heinrich, **AT**, § 7, kn. 283; Gropp, **AT**, § 2, kn. 89, 91; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 43.

³⁰ Frank, **Schuldbegriff**, s. 10; Tunç, **Kastı Engelleyen Hata**, s. 45; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 52.

³¹ Mezger, **Lehrbuch**, s. 270; Baumann, Weber, **AT**, s. 373; Gropp, **AT**, § 6, kn. 15.

kast ve taksir, neo-klasik öğretilerde kusurun görünüm şekilleri olarak kabul edilmiştir³². Neo-klasik öğretinin kusur içerisinde kabul ettiği bu psikolojik ve normatif unsurlar nedeniyle normatif-psikolojik kusur anlayışını benimsediği belirtilmektedir³³. İsnat yeteneğinin kusur alanına dahil edilmesiyle çocuk ve akıl hastası kişilerin işledikleri haksızlıklar nedeniyle kusur isnadının mümkün olmadığı kabul edilmiştir.

Neo-klasik öğretilerde haksızlık bilincinin konumu noktasında da tartışmalar yürütülmüştür. Yazarların bir kısmı, hukuka aykırılık bilincini kastın kapsamında kabul ederken; diğer bir kısmı hukuka aykırılık bilincini kast için yeterli kabul etmiş ve somut olayda haksızlık bilincinin olmamasının hukuki hata olduğunu, bunun da önemsiz bir hata olduğunu belirtmişlerdir³⁴. Sonuç olarak, neo-klasik suç öğretilerinde hukuka aykırılık bilinci kusur içerisinde bağımsız bir unsur olarak kendine yer bulamamıştır. Fakat hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatanın haksızlık bilincini etkilediği kabul edilmeye devam etmiştir. Bu anlayışın sonucu olarak, neo-klasik suç öğretilerinde de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin haksızlık bilincini de barındıran kastının ortadan kalktığı anlayışı devam etmiştir.

3. Finalist Suç Öğretisi

Klasik suç öğretisi döneminde kabul edilen psikolojik kusur kavramı ve kast teorisi, 20. yüzyılda final hareket teorisi ve normatif kusur kavramının etkisiyle önemli değişimlere uğramıştır³⁵. İlk olarak 1930'lu yıllarda, Alman ceza hukukçuları *Helmuth von Weber* ve *Alexander zu Dohna Graf* tarafından ortaya atılan teori³⁶; özellikle 1948 yılında *Welzel* tarafından yayımlanan bir makalede³⁷ failin iradesinin, kusurun kapsamından çıkarılıp tipikliğin sübjektif unsuru olarak konumlandırılması

³² Mezger, *Lehrbuch*, s. 301; Baumann, Weber, AT, s. 373; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Genel Hükümler*, s. 264; Erdin, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu*, s. 52.

³³ Gropp, AT, § 6, kn. 15; Dölger, *Genel Hükümler*, s. 216; kn. 8.24; Erdin, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu*, s. 52.

³⁴ Tunç, *Kastı Engelleyen Hata*, s. 45.

³⁵ Jescheck, Weigend, AT, § 22, s. 210; Roxin, AT I, 6 7, s. 202, kn. 18.

³⁶ Alexander zu Dohna Graf, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. Auflage, 1935; Dölger, *Genel Hükümler*, s. 217; kn. 8.27.

³⁷ Hans Welzel, "Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns", *SJZ*, 1948, s. 369.

ve kusurun *failin iradesinin oluşum sürecinin kınanması* olarak tanımlanmasıyla yıllar boyunca sürece ceza hukuku tartışmasını başlatmıştır. Böylece kast ve taksir, kusurdan tamamen kopartılarak tipikliğin sübjektif unsuru olarak, haksızlık bilinci ise kastın değil, kusurun bir unsuru olarak kabul edilmiştir.

Welzel'e göre insanın tüm hayatı, belirli amaçları olan eylemler üzerine kuruludur. Hareketinin sonuçlarını belirli ölçüde öngören insan, amacı için gerekli araçları seçer³⁸. Bu nedenle ceza hukuku normlarının, yani emir ve yasakların muhatabı insandır. İnsanın belirli bir amaca matuf, iradi yönlendirmesi altındaki icrai veya ihmali davranışları ceza hukukunun konusudur³⁹. Bu nedenle salt bir doğa olayının sonucu gerçekleşen veya refleks hareketleri sonucu ortaya çıkan durumlar iradi olmadığı için ceza hukuku bakımından değerlendirme dışı tutulmuştur. Fakat harekete fiil vasfını kazandıran içerikten yoksun bir irade değildir. Bilakis amaca matuf olarak yönlendirilen bir iradedir. İradenin yönlendirilmesi iki aşamada gerçekleşir. Önce zihinde, amacın belirlenmesi ve illiyet sürecinin bilgisi ile eyleme dökülene kadar geçen süreç gerçekleşir. Sonra ise zihinde belirlenen hedef, dış dünyaya hareket ile aktarılır. Herhangi bir nedenle başarıya ulaşamazsa teşebbüs aşamasından söz edilir⁴⁰. Dış dünyadaki hareket ve gailik bir bütün olarak ceza hukukunda fiili oluşturmaktadır. Bu yaklaşıma göre, kast da tipikliğin gerçekleştirilmesine yönelmiş iradedir.

Final hareket teorisi, gayeyi kasta eşit tuttuğu ve taksirli suçları açıklayamadığı yönünde eleştirilmektedir⁴¹. Fakat kast, günlük dilde kullanımının aksine bir suç tipinde yer alan maddi unsurların gerçekleşeceğinin bilinmesi ve istenmesi, yani tipiklik kastı olarak okunduğunda bu eleştirinin yerinde olmadığı söylenebilir. Böylece tipe uygun amaç anlamında kast da haksızlığın gerçekleştiriliş

³⁸ Welzel, AT, s. 30; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 136.

³⁹ Welzel, AT, s. 31; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 137.

⁴⁰ Welzel, AT, s. 34, 35; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 139.

⁴¹ Heinrich, AT, § 7, kn. 103; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 309; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 168;

şekli olarak tipikliğin bir unsuru haline gelir⁴². Bu değişim, insan hareketinin doğası ve final (gai-amaççı) yapısından kaynaklanmaktadır⁴³.

Final hareket teorisi ile birlikte, kastın, hukuka aykırılık bilincini de içinde barındıran *dolus molus* yapısı terkedilerek; fail ile fiil arasındaki psişik bağı ifade eden tabii anlamda kast anlayışı kabul edilmiştir⁴⁴. Böylece klasik ve neo-klasik suç öğretisinde kastın bir unsuru olarak görülen haksızlık bilinci zorunlu olarak kasttan ayrılmıştır. Finalist teoriye göre, hukuka aykırılık fiilin bir koşulu değildir. Hukuka aykırılık, tipikliğin bir değerlendirmesidir. Haksızlık bilinci ise kusurun, yani kınanabilirliğin bir unsurudur⁴⁵. Kişi, hareketinin bir haksızlık teşkil edebileceği bilincine sahipse, yani davranışının hukuka aykırı olduğunu idrak edebiliyor ve hukuka uygun davranma imkânı olmasına rağmen hukuka aykırı davranışı seçiyorsa kınanabilir⁴⁶. Bu kapsamda, normatif kusur kavramının gelişimi ile birlikte kusurun haksızlık bilincine dayalı olarak failin hareketinden dolayı kınanıp kınanmayacağı değerlendirmesi olduğu anlayışı kabul edilmiştir⁴⁷. Çünkü fail, hukuka aykırılık bilinciyle fiili gerçekleştirmeye karar verir ve bu kararı iradesinin kınanıp kınanmamasında önem arz etmektedir⁴⁸. Böylece kusur, isnat yeteneği ve haksızlık bilinci ile temellendirilmiştir.

Suç öğretisindeki bu esaslı değişim, hata öğretisinde de önemli değişiklikleri beraberinde getirmiştir. Haksızlık bilincini failin kınanıp kınanmayacağı değerlendirmesi olan kusurla ilişkilendiren, kast ve taksiri ise kusurun içeriğinden tamamen çıkararak suçun manevi unsuru olarak değerlendiren bu öğreti, hukuki hatanın (haksızlık hatası) ceza hukuku bakımından önemli bir hata olarak kabul edilmesinde etkili olmuştur. Kast olmaksızın suç oluşamayacağından suçun unsurlarında hata ile hukuka aykırılık bilincini kabul etmeyen hukuki hata birbirinden ayrılmıştır. Böylece hukuki hata-fiili hata ayrımı yerini kastı kaldıran ve

⁴² Welzel, **Strafrecht**, s. 53;

⁴³ Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 6; Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, s. 152; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 145.

⁴⁴ Welzel, **ZStW**, 58, 1939, s. 505; Dölger, **Genel Hükümler**, s. 218; kn. 8.31.

⁴⁵ Welzel, **SJZ**, s. 371; Welzel, **Strafrecht**, s. 77; Gropp, **AT**, § 2, kn. 95; Roxin, **AT**, § 7, kn. 18; Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, s. 157, 158; Dölger, **Genel Hükümler**, s. 218; kn. 8.32; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sübjektif Unsur Sorunu**, s. 147.

⁴⁶ Welzel, **Strafrecht**, s. 152.

⁴⁷ Welzel, **Um die Finale Unrechtslehre**, s. 22.

⁴⁸ Jescheck, Weigend, **AT**, § 22 V, s. 212.

kusuru kaldıran hata ayırımına bırakmıştır⁴⁹. Nitekim Alman Federal Mahkemesi'nin 18.3.1952 tarihli BGH v. 18.3.1952, GSSt 2/51, BGHSt, 2, s. 194-212 sayılı kararı ile Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin benimsediği kast teorisinin terk edildiği görülmektedir. Bu karar, ceza hukuku için önemli bir dönüm noktası olarak gösterilmektedir. Karara konu olayda fail, ileri bir inceleme yapılmaksızın dışarıdan anlaşılamayacak derecede zekâ geriliği bulunan 14 yaşındaki bir çocukla cinsel ilişkiye girmektedir. Fail, mağdurun rızası olduğu için haksızlığın ortadan kalktığını düşünmektedir. Mahkeme, somut olayda failin bu inancını yasak hatası olarak değerlendirmiş ve failin söz konusu hatasından faydalanabilmesi için yaşı ve eğitim seviyesi dikkate alınarak hatasının kaçınılmaz olması gerektiğine hükmetmiştir.

Sonuç olarak, finalist suç öğretisinin suç sistematğinde getirdiği bu önemli değişiklikler, sonradan **katı kusur teorisi**⁵⁰ olarak adlandırılan ve suçun maddi unsurları dışında failin düştüğü her hatayı yasak hatası olarak kabul eden teoriyi ortaya çıkarmıştır. Bu yaklaşımda, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatanın haksızlık bilinci üzerindeki etkisi nedeniyle failin kusurunun ortadan kalktığı kabul edilmiştir.

Bununla birlikte, finalist suç öğretisinde, haksızlığın objektif ve sübjektif unsurlardan oluşması haksızlık modelinin yeniden belirlenmesini ve hareket ile neticenin haksızlığı kavramlarının keşfedilmesini sağlamıştır. Suç olarak nitelendirilen haksızlık, hareketin ve neticenin olumsuz değerinden, diğer bir ifadeyle, hareketin haksızlığı ve neticenin haksızlığından meydana gelmektedir⁵¹. Nitekim *Puppe* hukuka uygunluğu şöyle tarif etmektedir⁵²: “*Tipiklik, hareketin olumsuz değerinden ve neticenin olumsuz değerinden; hukuka uygunluk ise hareketin değerinden ve neticenin değerinden oluşur. Fail hataya düşerek hareketine izin verildiğini zannederse, hareketin değerini gerçekleştirir. Bu hareketin değeri, tipikliğin gerçekleşmesinde hareketin olumsuz değerini ortadan kaldırır, böylece sadece neticenin olumsuz değeri kalır.*”

⁴⁹ Jescheck, Weigend, **AT**, § 22 V, s. 212; Dölger, **Genel Hükümler**, s. 218; kn. 8.32

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için çalışmanın ikinci bölümünde yer alan “Katı Kusur Teorisi” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

⁵¹ Welzel, **Strafrecht**, s. 62; Ebert, Köhl, **Jura**, 1981, s. 229; ayrıca bkz. E. J. Lampe, **Unrecht**, s. 42; Gropp, **AT**, § 2, kn. 100; Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 128-129.

⁵² Puppe, Stree, Wessels-FS, s. 183.

Bu yaklaşımda “kast” da hareket ve neticenin olumsuz değerinden (hukuki bir değer ihlaline ya da kurtarılmasına yönelik) oluşmaktadır. Haksızlığın matematiksel dengelenmesi modeli olarak ifade edilen bu yaklaşım, norm teorisinden türetilmektedir ve hukuka uygunluk öğretisinin amacı için tersine çevrilmiştir. Hukukçuların dogmatik bir problemin çözümünü hesaplanabilir hale getirme çabasının bir ürünü olarak nitelendirilen finalist haksızlık kavramı, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatada haksızlığı dengelemek için tersine çevirme modelini kullanmıştır. Bu model, faile isnat edilebilecek kalan haksızlık miktarı için **sınırlı kusur teorisini**⁵³ ortaya çıkarmıştır. Bu durumda, fail gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ettiği için hataya düşüyorsa, taksirli suç isnat edilebilir⁵⁴. Nitekim hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin kastının varlığını koruduğunu fakat haksızlık bilincinin ortadan kalktığını kabul ederek haksızlık hatası sonuçlarını uygulayan katı kusur teorisi, Alman Federal Mahkemesi’nin 6.6.1952 tarihli BGH 1 StR 119/52, BGHSt 3, 105 numaralı kararı ile yasak hatasının kapsamından hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata alanının çıkartılmasıyla sınırlandırılmıştır⁵⁵. Bu tarihten itibaren de tipiklik hatası kurallarını kıyasen uygulayan **sınırlı kusur teorisi** taraftar bulmuştur.

Sonuç olarak, finalist suç öğretisinin beraberinde getirdiği hareket ve suç anlayışı, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda katı kusur teorisi ve sınırlı kusur teorisi gibi iki önemli teoriyi ortaya çıkarmıştır. **Bu hususta önemli bir nokta, kusur alanından haksızlık alanına taşınan kastın, kusur alanında fonksiyonunu tamamen yitirip yitirmediğidir.** Finalist suç öğretisine göre, kastın kusur alanında bir fonksiyonu bulunmamaktadır⁵⁶. Kast, haksızlık alanında fonksiyon icra etmektedir ve failin haksızlık teşkil ettiği bilgisi kusurun bağımsız bir unsurudur. Bu nedenle, finalist suç öğretisi ile birlikte hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin önce kusurunun etkilendiği kabul edilmiş, sonra bu anlayıştan uzaklaşarak söz konusu hata tipiklik

⁵³ Sınırlı kusur teorisi, çalışmanın ikinci bölümünde II, B, 3. numaralı “Sınırlı Kusur Teorisi” başlığı altında detaylı olarak incelenmektedir.

⁵⁴ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 225.

⁵⁵ Gropp, **AT**, s. 597, kn. 206.

⁵⁶ Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, s. 77; Welzel, **ZStW**, s. 533; Tunç, **Kastı Engelleyen Hata**, s. 45; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 147.

hatası kurallarının kıyasen uygulanması ile failin haksızlık alanındaki kastını etkilediği kabul edilmiştir.

4. Şahsi Haksızlık Öğretisi

Finalist suç öğretisinin, basit taksiri ve ihmali suçları açıklamasında yaşadığı zorluk, bu öğretinin yerini zamanla şahsi haksızlık öğretisine bırakmasına neden olmuştur⁵⁷. Günümüzde Alman ceza hukuku literatüründe de öne çıkan şahsi haksızlık öğretisi, neo-klasik öğretiye ek olarak kastı da haksızlık tipine dahil ederek finalist öğretinin suç sistematiğine ilişkin ulaştığı sonuçlara ulaşmaktadır. Bu nedenle öğretisi, neo-klasik ve finalist sentezci suç öğretisi olarak da anılmaktadır⁵⁸.

Şahsi haksızlık öğretisi, finalist suç öğretisinde ortaya koyulan haksızlık modelini büyük ölçüde benimseyerek klasik ve neo-klasik suç öğretilerinde ortaya koyulan haksızlığın, neticenin haksızlığı ile sınırlı kabulünü reddetmektedir. Şahsi haksızlık öğretisinde; haksızlık, failden soyutlanmış salt bir neticeye neden olma ile sınırlı görülmemektedir⁵⁹. Bilakis hukuka aykırılık, ancak belirli bir failin dış dünyada gerçekleştirdiği objektif tipikliği hangi tasavvurla işlediği ile ilgilidir. Haksızlık, faili de esas alan şahsi haksızlıktır⁶⁰. Haksızlık alanında bu şekilde şahsi bir bileşene yer verilmesi, bir kamu görevlisi ile sıradan bir kişinin işledikleri aynı fiil dolayısıyla farklı şekillerde cezalandırılmasının izahına imkân vermektedir⁶¹.

Şahsi haksızlık öğretisinin final hareket teorisinden ayrıldığı önemli bir nokta; kusur alanından haksızlık alanına taşınan kastın kusur alanında fonksiyonunu tamamen yitirip yitirmediğidir. Finalist suç öğretisi, kastın gai hareketin tabii bir sonucu olarak sadece haksızlık alanında fonksiyon icra ettiğini kabul etmektedir. Fakat şahsi haksızlık öğretisine taraftar olan yazarların ekseriyeti,

⁵⁷ Roxin, AT I, § 8, kn. 19.

⁵⁸ Roxin, AT I, § 7, kn. 23; Özgenç, Genel Hükümler, s. 171; Meraklı, Ceza Hukukunda Kusur, s. 180, 181; Erdin, Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu, s. 170.

⁵⁹ Welzel, Strafrecht, s. 62; Erdin, Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu, s. 149

⁶⁰ Welzel, Strafrecht, s. 62; Gropp, AT, § 2, kn. 95; Erdin, Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu, s. 149.

⁶¹ Erdin, Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu, s. 182; Tülay Kitapçıoğlu Yüksel, Özgü Suç, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

kastın konumunun sadece hareket ile temellendirilemeyeceğini, kastın ceza normunun yapısından da kaynaklanan bir çifte fonksiyonu olduğunu kabul etmektedir⁶². Kastın, sadece haksızlık alanında değil, kusur alanında da fonksiyon icra ettiğini savunan bu görüş, iradenin içeriğinin kastı şekillendirdiğini belirtmektedir⁶³.

Kusur alanında kastın fonksiyonu olduğunun kabulü, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata bakımından önemli sonuçlar doğurmuştur. Nitekim bu kapsamda ortaya çıkan **“hukuki sonuçları yönlendirilmiş sınırlı kusur teorisi”**⁶⁴, kasta hem tipikliğin sübjektif unsuru olarak hem de kusur kapsamında **çifte fonksiyon** yüklemektedir⁶⁵. Davranış biçimi olarak haksızlık alanındaki kasttan ayrı, kusur alanında da kusur şekli olarak kastın varlığı kabul edilmektedir. Failin tipikliğe ait unsurları bilmesi ve istemesi, failin tipiklik alanındaki kastı iken; kendi iç dünyasındaki düşünüş şekli de (hukuka düşman/hukuka riayet etmeme biçimindeki olumsuz değer zihniyetin taşıyıcısı- *Träger des Gesinnungsunwerts*) kusurluluk kastı olarak tarif edilmektedir⁶⁶. Tipiklik alanında doğal olarak anlaşılan kast, sadece tipikliğin objektif unsurlarını kapsarken; bu unsurların gerçekleşmesinin

⁶² Wessels, Beulke, Satzger, AT, § 5, kn. 200; Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, s. 182.

⁶³ Şahsi haksızlık öğretisinin, iradenin içeriğine verdiği önem teşebbüs aşamasında kalan kast ve taksirli suçlar arasında farkın temellendirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Yazarlar bu durumu şu örnekle açıklamaktadır: “(A) atış talimi yaptığı sırada, silahından çıkan mermilerden biri oradan geçmekte olan ve fakat kendisi tarafından fark edilmeyen B’yi çok az bir farkla ıskalar. Bu durumda (A), (B)’nin yaşamını tehlikeye atmıştır. Ancak merminin ıskalaması sebebiyle insan öldürme yasağını (TCK m. 81) da ihlal etmemiştir. Netice meydana gelmediğinde taksirli suçtan cezalandırma söz konusu olamayacağı gibi, failinin B’nin yaşamı bakımından tehlike arz etmesi de tek başına insan öldürme suçu açısından bir önemi haiz değildir. A’nın öldürme kastıyla ateş etmesi ancak aynı şekilde isabet ettirememesi ihtimalinde ise kasten öldürmeye teşebbüs dolayısıyla cezalandırılması gerekecektir. Her iki ihtimalde de zahiren aynı olan davranışın cezalandırılabilirliğinde ortaya çıkan bu fark, failin suç tipini gerçekleştirmeye yönelik iradesinin teşebbüs aşamasında kalmış suçların haksızlığını temellendirmek için vazgeçilemez olduğunu göstermektedir.” Roxin, AT, I, § 10, kn. 64; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 174.

⁶⁴ “Hukuki sonuçları yönlendirilmiş sınırlı kusur teorisi” çalışmanın ikinci bölümünde yer alan II, C, 1. başlığı altında ayrıntılı olarak değerlendirilmektedir.

⁶⁵ Jescheck, Weigend, AT, s. 243; Satzger, AT, s. 695; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, 13. Baskı, s. 388; Öztürk, Erdem, **Genel Hükümler**, 18. Baskı, s. 297; Erman, **Yanılma**, s. 351.

⁶⁶ Jescheck, Weigend, AT, § 41, s. 464; Wessels, Beulke, Satzger, AT, § 14, s. 247, kn. 704; Heinrich, AT, § 31, s. 486, kn. 1134; Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 45, 45, dn. 89; Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 170; Dülger, **Genel Hükümler**, s. 637.

ortaya çıkardığı olumsuz değeri kapsamaz⁶⁷. Bu durumda, kusur isnadı sadece failin başka türlü hareket etme imkânı olmasına rağmen hukuka aykırı olanı tercih etmesi nedeniyle fiilinden dolayı kınanması olarak değil; aynı zamanda failin hukuken tasvip edilmeyen zihniyetinin dikkate alınması nedeniyle fiilinden dolayı kınanması olarak anlaşılmaktadır⁶⁸.

Alman Federal Mahkemesi 2012 yılında verdiği Hells-Angels (Cehennem Melekleri) kararında, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin “kusur kastının” (*die Vorsatzschuld*) ortadan kalktığını kabul ettiği görülmektedir⁶⁹. Bu karar sonrası, mahkemenin hukuki sonuçları yönlendirmeli kusur teorisini benimsediği de ifade edilmiştir⁷⁰.

Sonuç olarak kast, bir taraftan hareketi tipik hale getirirken; diğer taraftan kusuru da tipik hale getirir. Kasıtlı veya taksirli haksızlık söz konusu olabileceği gibi kasıtlı veya taksirli kusur da söz konusu olabilmektedir. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin, tipiklik kastının değil, kusur alanındaki kastının ortadan kalktığı anlayışı kabul edilmiştir.

5. Değerlendirme

Nedensalcilerin ve finalistlerin dogmatik mücadeleleri, ceza hukuku teorisini değiştirse de hata teorisinin çekirdek alanındaki bazı kilit sorunların çözümü mümkün olmamıştır. Hata öğretisi konusunda ortaya koyulan teoriler hangi sorumluluk modelinin kapsayıcı ve ceza hukuku dogmatığı için tutarlı olduğuna karar vermeksizin; kast veya kusur teorisinden herhangi birini ya da bu teorilerin çeşitli versiyonlarını benimseyerek kast, kusur veya kusur kastının isnat edilebilirliği sorununu değerlendirmiştir⁷¹.

⁶⁷ Jescheck, Weigend, AT, § 41, s. 430; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 322.

⁶⁸ Wessels, Beulke ve Satzger, AT, § 5, kn. 201; Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, s. 184, 185.

⁶⁹ Hells- Angels-Case, BGH NStZ, 2012, 272. Dava hakkında detaylı bilgi, çalışmanın ikinci bölümünde yer alan “Hukuki Sonuçları Yönlendirilmiş Kusur Teorisi” başlığı altında yer almaktadır.

⁷⁰ Wessels, Beulke, AT, kn. 479.

⁷¹ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 22.

Bu kapsamda; tarihsel süreç içerisinde öncelikle *kast teorisi* terkedilmiş, ardından yerine gelen *kusur teorisi* de yasak hatasının kapsamından hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata alanının çıkartılmasıyla sınırlandırılmıştır⁷². Böylece hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın çözümünde *sınırlı kusur teorisi* baskın görüş olarak öne çıkmıştır⁷³. Bu kapsamda, ortaya koyulan birçok teorinin aslında sınırlı kusur teorisinin sonuçlarının uygulanması amacına hizmet ettiği görülmektedir. Nitekim hata öğretisi konusundaki tartışmaların, ceza hukuku genel hükümler bölümünün sorunlarına odaklandığı ve hata öğretisinin hareketin isnat edilebilirliği ve failin ceza sorumluluğu anlayışından uzaklaşarak suç sistematğinde unsur tartışmasına sıkıştırıldığı söylenmelidir. Dolayısıyla 1950 ve 1960'lı yıllarda hata öğretisinin dogmatik kavranışı üzerine yapılan derin tartışmaların sürdürülmediği ve hata dogmatığının o haliyle donup kaldığı görülmektedir⁷⁴.

Kanaatimizce, tarihsel süreçte kast ve kusur teorileri arasındaki mücadele yasak hatasının hukuk sistemleri tarafından kabul edilmesi gibi önemli bir değişikliği beraberinde getirirken; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusunda, haksızlık bilincinin konumu üzerinden meselenin çözülmeye çalışılması ile yetinilmiştir. Nitekim hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata konusunda bu zamana kadar ortaya koyulan teoriler, kast veya kusur teorisinden herhangi birini ya da bu teorilerin çeşitli versiyonlarını benimseyerek haksızlık bilincinin konumuna göre failin kastını veya kusurunu değerlendirmişlerdir⁷⁵. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın hukuki niteliği sorununu, “haksızlık bilincinin konumu üzerinden çözen” bu anlayışın, kastın hem haksızlık hem de kusur alanında *çifte fonksiyonu* olduğu görüşünün etkisiyle terkedildiği ve söz konusu hatayı *sui generis* bir hata türü olarak kabul eden *hukuki sonuçları yönlendirilmiş kusur teorisinin* de taraftar bulduğu da belirtilmelidir.⁷⁶

⁷² Alman Federal Mahkemesi'nin 6. 6.1952 tarihli BGH 1 StR 119/52, BGHSt 3, 105 numaralı kararı.

⁷³ Gropp, Strafrecht, AT, s. 597, kn. 206.

⁷⁴ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 19.

⁷⁵ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 22.

⁷⁶ Wessels, Beulke, Satzger, AT, § 5, s. 60, kn. 200.

II. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN MADDİ KOŞULLARINDA HATANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Örnek (1)'i hatırlayalım: A) ve (E) bitişik bahçeleri olan komşulardır. (E)'nin bahçesinde, dalları (A)'nın bahçesine sarkan, rüzgârlı havalarda yapraklarının düşmesi ile rahatsızlık veren uzun bir ağaç bulunmaktadır. (A), birkaç kere (E)'den ağacı kesmesini istediye de (E) ağacın kesilmesine razı değildir. (E)'nin tatilde olduğu bir gün (A), tartışma konusu ağacı keser. Bunun için gerekli motorlu testereyi, ağacın kesileceğini bilen arkadaşı (B)'den temin etmiştir. Bununla birlikte, (A), (E)'nin rızası dahilinde hareket ettiğini sanmaktadır. Çünkü (E) tatile çıkmadan önce, (A)'nın posta kutusuna “*Önerinizi kabul ediyorum; lütfen yokluğumda her şeyi yapın!*” notunu içeren imzalı bir mektup bırakılmıştır. Fakat bu notun ağacın kesilmesiyle hiçbir ilgisi yoktur. Çünkü postacı, adressiz bu zarfı bir yanlış anlaşılardan dolayı (A)'nın posta kutusuna atmıştır. (B)'nin ise bu nottan haberi yoktur ve (E)'nin rızası dışında ağacın kesilmesi için arkadaşı (A)'ya yardım ettiğini düşünmektedir. (E) tatilden döndüğünde, bahçesindeki ağacın yerinde olmadığını görür ve gözlerine inanamaz⁷⁷. (A) mala zarar verme suçundan, (B) ise bu suça yardım etmekten dolayı sorumlu olacak mıdır?

Hukukun bu olaya nasıl bir sonuç bağlayacağı konusunda ileri sürülen görüşler, tipiklik hatası ve yasak hatasının aksine geniş bir yelpazeye sahiptir⁷⁸. Söz konusu hata, tipiklik hatasına eş değer mi kabul edilecektir yoksa tipiklik kastının varlığı kabul edilmesine rağmen fail kasten işlenen suçtan sorumlu tutulmayıp bu durum şerikleri cezalandırmak için yeterli mi olacaktır? Ya da nihayetinde kast kabul edilmeli, ama kötü niyetli şerikleri cezalandırmak için yapısal imkân açık mı tutulmalı, yani failin tipiklik kastının değil; kusur kastının (hukuksal değeri ihlal

⁷⁷ Örnek için bkz. Wessels, Beulke, Satzger, AT, s. 245, kn. 723.

⁷⁸ Alman ceza hukukunda bu hatanın kanuni olarak düzenlenmemesi, sorunun çözümünün doktrine ve içtihatlarla bırakılması çok farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Sekiz farklı yaklaşım geliştirilmiştir ve bu durum hata teorisini basitleştirmekten ziyade daha karmaşık hale getirmiştir. Roxin, AT, s. 623, kn. 53. Türk hukukunda söz konusu hata türüne özgü bir düzenlemenin varlığına rağmen düzenlemenin açık uçluluğu doktrindeki tartışmaları sürmesine neden olmaktadır. Bilhassa hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasına ilişkin hukuki düzenleme (TCK m. 27) karşısında, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarındaki hata ile sınırın aşımının maddi koşullardaki olaylarda iki düzenleme (TCK 30/3 ve TCK 27) çelişkili sonuçlara neden olabilmektedir.

iradesi) mı ortadan kalktığı kabul edilmelidir? Bu soruların hepsi literatürde bağımsız birer teori olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu kapsamda, söz konusu hata türünü haksızlık hatası kapsamında gören (1) Katı Kusur Teorisi; tipiklik hatasına eşitleyen (2) Değiştirilmiş Kast Teorisi, (3) Tipikliğin Olumsuz Unsurları Teorisi, (4) Sınırlı Kusur Teorisi ve bağımsız bir hata türü olarak gören (5) Hukuki Sonuçları Yönlendirilmiş Kusur Teorisi, (6) Bağımlı Kusur Teorisi, (7) Hukuki Sonucu Bağımsız Kusur Teorisi ve (8) İzin Verilen Risk Görüşü incelenecektir. Son olarak ileri sürülen tüm bu görüşler değerlendirilerek kanaatimiz ortaya koyulacaktır.

A. HAKSIZLIK HATASI KAPSAMINDA DEĞERLENDİREN TEORİLER

1. KATI KUSUR TEORİSİ

Katı kusur teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatayı, yasak hatası kapsamında değerlendirmektedir⁷⁹. Teori, tipiklik hatasını “suçun maddi unsurları hakkında hata”; haksızlık hatasını ise “suçun maddi unsurlarının bilgisiyle hareket eden failin, hareketinin hukuka aykırılığı hakkında düştüğü hata” olarak tanımlamaktadır⁸⁰. Dolayısıyla failin kastı, sadece suçun kanuni unsurlarında düşülen hatada ortadan kalkarken; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatada hukuka aykırılık bilinci ortadan kalkmaktadır⁸¹.

Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin koşulları ne suçun kanuni unsurlarına dahildir ne de suçun kanuni unsurları gibi ele alınmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarını hatalı olarak varsayan kişi, hareketine izin veren bir norm kapsamında davrandığını düşünerek haksızlık hatasına düşmektedir⁸². Buna göre, hukuken geçerli bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında düşülen

⁷⁹ Welzel, **SJZ** 1948, Rn. 368; Welzel, **ZStW** 76 (1964) 619; Heinrich, **AT**, § 31, kn. 1131.

⁸⁰ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 200; Kühl, **AT**, § 13, s. 476, kn. 75; Wessels, Beulke, Satzger, **AT**, § 14, s. 245, kn. 697.

⁸¹ Thomas Hillenkamp, Kai Cornelius, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarının Hatalı Varsayılması Kastı Ortadan Kaldırır mı?”, (Çev. Buket Abanoz Öztürk), **İstanbul Hukuk Mecmuası**, Sayı: 78, N. 4, s. 2111-2129, s. 2112; Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, s. 169; Welzel, Hans, Anmerkung: BGH, Großer Senat f. Strafsachen, Beschluß v. 18.3.1952-GSSt 2/51 (LG Hamburg), **JZ** 1952, s. 343.

⁸² Hillenkamp, Cornelius, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarının Hatalı Varsayılması Kastı Ortadan Kaldırır mı?”, (Çev. Buket Abanoz Öztürk), s. 2113.

hata; genel kurallara göre kanunda başka özel bir düzenleme olmadığı takdirde, kastı etkilemeyen haksızlık hatası olarak ele alınmalıdır⁸³. Failin hatası kaçınılmaz ise **haksızlık bilincinin** etkilenmesi nedeniyle kusuru ortadan kalkacak ve cezalandırılmayacaktır. Fakat hata kaçınılabilsen; fail kasten işlenen suçtan sorumlu tutulacaktır. Yalnızca hatası nedeniyle failin cezasında indirimle gidilebilir⁸⁴.

Teoriye “katı kusur” denilmesinin nedeni, suç tipinin unsurlarıyla ilgili olmadığı süreci bütün hataları (katı) kusur problemi olarak görmesine dayanmaktadır⁸⁵. Aşağıda katı kusur teorisinin teorik temeli, hukuki sonuçları, teoriye yönelik eleştiriler ve değerlendirmemize yer verilecektir.

a) Teorik Temeli

Katı kusur teorisinin temeli, *Welzel* tarafından geliştirilen final hareket teorisine dayanmaktadır⁸⁶. Teori, günümüzde genel kabul gören haksızlık ve kusur unsurlarından oluşan suç teorisini kabul eder. Bu yaklaşımda kast; kusur alanından tamamen çıkarılarak haksızlığın sübjektif unsuru olarak tipiklik alanına dahil edilmiştir⁸⁷. Teoriye göre, kast; sadece haksızlığın objektif unsurlarının bilinmesi ile sınırlı olup tipiklik kastı olarak anlaşılmalıdır⁸⁸. Dolayısıyla suçun unsurlarına ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması failin kastını ortadan kaldırmaktadır⁸⁹. Hukuka uygunluk nedenleri ise haksızlığı tipikleştiren bir

⁸³ Gössel, **FS-Triterer**, 1996, s. 93.

⁸⁴ Roxin, **AT I**, § 14, s. 625, kn. 61; Wessels, Beulke, Satzger, **AT**, § 14, s. 245, kn. 697; Heinrich, **AT**, § 31, kn. 1131.

⁸⁵ Roxin, **AT I**, § 14, s. 625, kn. 61.

⁸⁶ Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, s. 169; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 169.

⁸⁷ Karaaslan, **Legal Hukuk Dergisi**, 2017, s. 1687; Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, s. 169. Welzel’e göre hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın kastı ortadan kaldırdığı şeklinde yanlış bir sonucuna varılması, hukuka uygunluk nedenlerinin suçun olumsuz unsuru olduğu ve varlığının suçu ortadan kaldırdığı biçimindeki hatalı düşünceye dayanmaktadır. Hukuka uygunluk nedenleri tipikliği değil, tam aksine sadece hukuka aykırılığı bertaraf ettiği için; hukuka uygunluk nedenlerinde yanlış suç kastını değil, sadece hukuka aykırılık bilincini ortadan kaldırır.

⁸⁸ Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, s. 64, 65; Welzel, Anmerkung: BGH, Großer Senat f. Strafsachen, Beschluß v. 18.3.1952-GSSt 2/51 (LG Hamburg), JZ 1952, s. 343; Karaaslan, **Legal Hukuk Dergisi**, s. 1686.

⁸⁹ Welzel, **Strafrecht**, s. 76, 77; Mahmutoglu, Karadeniz, **Kanun Şerhi**, s. 676; Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 303; Göktürk, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılmanın Hukuki Niteliği”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 26, Aralık 2014, s. 10; Sözüer, 1995, s. 63.

fonksiyona sahip değildir ve söz konusu nedenlerin koşulları hakkındaki bilgi de kastın kapsamına girmemektedir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen fail, kasten hareket etmeyen failin aksine ceza hukukuyla korunan hukuki değeri bilerek ve isteyerek ihlal etmektedir. Bu bağlamda, fail tipiklik kastıyla hareket etmektedir. Bu hatalı varsayımının maddi koşullarını kontrol etme konusunda da suç tipinin varlığından doğan özel bir uyarı almaktadır (tipiklik kastının uyarıcı fonksiyonu). Nitekim sosyal düzene ciddi şekilde uygun düşmeyen davranışı, olayın koşullarını kontrol etmeyi gerektirir⁹⁰.

Fakat fail, gerçekte tipe uygun bir hareket yaptığını bilmesine rağmen hareketine hukuk düzenince cevaz verildiğini düşünmektedir. Failin zihninde izin normu ile yasak normu arasında bir çatışma söz konusudur⁹¹. Bu çatışma nedeniyle fail, yasak normunu idrak edemez. Bir başka ifadeyle, fail hareketinin haksızlık teşkil ettiğini ve bir başkasının hukuki menfaatini ihlal ettiğinin bilincinde değildir.

Hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşen failin tipiklik kastı varlığını korurken; sadece *haksızlık bilinci* ortadan kalkmaktadır⁹². Teori taraftarlarına göre, haksızlık bilinci ise kastın değil; kusurun bağımsız bir unsurudur⁹³. Hukuka uygunluk nedenleri, bir davranışın tipikliğini değil; hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır. Fail, davranışının tipikliğinin bilicinde olduğuna göre, kendisi bakımından eksik olan husus, haksızlık gerçekleştirdiğine yönelik bilincidir⁹⁴. Teori, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının somut olayda gerçekleştiği inancıyla hareket eden failin düştüğü hatayı, bir değerlendirme hatası

⁹⁰ Hillenkamp, Cornelius, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarının Hatalı Varsayılması Kastı Ortadan Kaldırır mı?”, (Çev. Buket Abanoz Öztürk), **İstanbul Hukuk Mecmuası**, s. 2113.

⁹¹ Maurach, Zipf, **AT/I** § 37 I kn.17; Gössel, Karl Heinz, “Überlegungen zum Verhältnis von Norm, Tatbestand und dem Irrtum über das Vorliegen eines rechtfertigenden Sachverhalts”, **FS-Trüterer**, 1996, s. 98.

⁹² Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, s. 169; Hillenkamp, Cornelius, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, s. 2113.

⁹³ Heuchemer, **JuS**, 2012, s. 799; Hirsch, **ZsTW**, 94, 1982, s. 257; Armin Kaufmann, **JZ**, 1955, s. 40; LK-Schroeder, 11. Bası, § 16, knr. 52; Maurach, Gössel, Zipf, **AT** 2, § 44, knr. 61; Welzel, § 22 III, s. 1 vd.; Welzel, **JZ**, 1955, s. 144.

⁹⁴ Heinrich, 2. Kitap, s. 181, knr. 1131; Heuchemer, Der **Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 200; Welzel, **Strafrecht**, s. 166.

olarak kabul etmektedir⁹⁵. Bu nedenle failin hatası, haksızlık bilinci ve kusuru üzerinde etkilidir. Fail söz konusu hareketi gerçekleştirmeye hakkı olduğunu düşündüğü için bu hatası, haksızlık hatası kapsamında değerlendirilmelidir.

Katı kusur teorisi, haksızlık bilincinin eksikliğinin ancak kusur bağlamında önem taşıyabileceği kuralına herhangi bir istisna getirmez ve hareketin hukuka aykırılığıyla ilgili her hatayı yasak hatası olarak kabul eder⁹⁶. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata, failin kastını ortadan kaldırmayan dolaylı bir haksızlık hatasıdır. Her iki hata türünde de fail tipe uygun haksızlığı gerçekleştirdiğini idrak edememektedir⁹⁷.

b) Hukuki Sonuçları

Katı kusur teorisi, diğer teorilerin aksine hem cezalandırma boşluklarından hem de aşırı sert yaptırımlardan kaçınılabilen tek teori olduğunu iddia eder⁹⁸. Teoriye göre, failin hatası kaçınılmaz ise haksızlık bilincinin ortadan kalkması nedeniyle kusuru ortadan kalkacaktır. Eğer failin hatası kaçınılabilirse; fail kasten işlenen suçtan sorumlu olacaktır. Failin hatasının kaçınılabilir olduğu durumlarda, yani fail gerekli dikkat ve özeni gösterseydi hataya düşmeyecek idiyse haksızlık bilinci vardır. Fakat kaçınılabilirliğin yoğunluğuna göre failin kusuru azalmıştır. Bu nedenle hâkimin cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi çerçevesinde, failin cezasında indirim yapma imkânı bulunmaktadır⁹⁹. Böylece suçun taksirli halinin suç olarak düzenlenmediği durumlarda failin cezalandırılmamasının önüne geçilmiş olur. Ayrıca kasten işlenen ana suçun varlığı nedeniyle, diğer birçok teorinin aksine, katı kusur teorisi kötü niyetli şeriklerin cezalandırılmasına imkân vermektedir.

Örnek (1)'de¹⁰⁰ (A), (E)'nin bahçesindeki ağacı sökerek mala zarar verme suçunu kasten gerçekleştirmektedir. (E)'nin rızasının olduğuna yönelik hatası, (A)'yı

⁹⁵ Welzel, **Strafrecht**, s. 169; Roxin, **AT**, I, § 14, kn. 61; Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 303; Şenol, **THD**, s. 63.

⁹⁶ Wessels, Beulke, Satzger, **AT**, s. 254, kn. 748.

⁹⁷ Mahmutoglu, Karadeniz, **Kanun Şerhi**, s. 714; Roxin, “Yasağa İlişkin Yanılma”, (Çev. Osman İsfen), **Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5**, Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 243.

⁹⁸ Hillenkamp, Cornelius, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarının Hatalı Varsayılması Kastı Ortadan Kaldırır mı?”, (Çev. Buket Abanoz Öztürk), **İstanbul Hukuk Mecmuası**, s. 2113.

⁹⁹ Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, s. 164, 169; Jescheck, Weigend, **AT**, s. 212.

¹⁰⁰ Örnek (1)'i hatırlamak için sayfa 2, 39 veya 95'e bakılabilir.

yasak hatasına düşürmektedir. Bu hatanın kaçınılmaz olup olmadığı değerlendirilmelidir. (E), daha önce (A)'ya bahçedeki ağacın kesilmesini istemediğini ve buna karşı olduğu söylemiştir. (A)'nın posta kutusundaki not da açıkça ağaç kesimi ile ilgili değildir. (A)'nın bu notun anlamını ortaya çıkarmak için (E) ile iletişime geçme imkânı da bulunmaktadır. Tüm bu nedenlerden dolayı (A)'nın hatası, kaçınılabılır bir hatadır. Dolayısıyla (A)'nın kusuru ortadan kalkmayacak ve mala zarar verme suçundan sorumlu tutulacaktır. Fakat kaçınılabılirlığın yoğunluğu ve derecesine göre kusurun en yoğun olduğu halden, yani hukuka aykırılığı bildiği ve hukuka aykırı davranışını bilinçli olarak icra ettiği duruma göre daha az ceza verilmesi gerekir. Bu nedenle hâkimin (A)'nın cezasında indirim yapma imkânı bulunmaktadır. (B) ise ağacın kesimine izin verildiğini düşündüren notun varlığından haberdar değildir. Somut olayda kasten işlenen bir suç da mevcut olduğundan mala zarar verme suçuna yardım etmeden dolayı cezalandırılabilir.

c) Teoriye Yönelik Eleştiriler

Katı kusur teorisine karşı getirilen en önemli eleştiri, teorinin hukuka uygunluk nedeninin varlığında hataya düşen fail ile mevcut bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşen faili bir tutarak adil olmayan ağır sonuçlara yol açtığı yönündedir¹⁰¹. Ayrıca kaçınılabılır hata halinde, kusuru azalan faile hiçbir hatanın söz konusu olmadığı olaylara nazaran daha az ceza verilecek olmasına rağmen failin kasıtlı suçtan dolayı sorumlu tutulması adil bulunmamaktadır¹⁰². Bununla birlikte katı kusur teorisi, kast ve taksir arasındaki farkı bulanıklaştırdığı, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında tersine hatada çelişkili sonuçlar verdiği ve faile hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarını kontrol etme görevi yüklediği yönünde de eleştirilmektedir.

¹⁰¹ Heinrich, AT, § 31, s. 483, kn. 1131; Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 387; Karaaslan, **Legal Hukuk Dergisi**, s. 1692; Şenol, THD, s. 64; Ali Tanju Sarıgül, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m. 30/3)”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIV, Y. 2020, S. 3, s. 325-359, s. 344; Tunç, **Kastı Engelleyen Hata**, s. 253; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 344.

¹⁰² Heinrich, AT, § 31, s. 483, kn. 1131; Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 387; Karaaslan, **Legal Hukuk Dergisi**, s. 1692; Şenol, THD, s. 64; Tunç, **Kastı Engelleyen Hata**, s. 253; Sarıgül, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m. 30/3)”, s. 344; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 344.

Teoriye yöneltlen eleştiriler, aşağıda (1) Adil Olmayan Sonuçlara Neden Olma; (2) Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Tersine Hatada Çelişkili Sonuçlar; (3) Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarının Kontrol Etme Yükümlülüğü ve (4) Hukuka Sübjektif Uygunluk İtirazı şeklinde dört başlık altında incelenecektir.

i. Adil Olmayan Sonuçlara Neden Olma

Katı kusur teorisi, adil olmayan ağır sonuçlara neden olmakla eleştirilmektedir. *Jescheck* bu durumu somut bir örnekle şöyle açıklar:

*“Bir asker, gece karanlığında düşman askeri zannederek kendi birliğinden asker arkadaşını vurursa; katı kusur teorisine göre kaçınılabılır hatasında kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Buna karşın, polis memurunun zaten yardıma koştuğunu görmesine rağmen kendisine saldıran bir hırsız vuran kişi de kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır”*¹⁰³.

İki örnekte de kişinin kasten öldürme suçundan sorumlu olması adil gözükmemektedir. Fail, ilk durumda kasten öldürme ile suçlanır ve katı kusur teorisine göre kasten hukuku ihlal eden biri gibi cezalandırılırsa; kast ve taksir arasındaki temel fark da bulanıklaşacaktır¹⁰⁴. Nitekim hukuk tarafından yasaklanan davranışı seçen herkes (bu yasağı bilmese bile) kasten hareket edebilir. Bununla birlikte, hukuken izin verilen bir şeyi hedefleyen fakat dikkat ve özen yükümlülüğünün eksikliği nedeniyle istenmeyen bir netice meydana getiren herkes ise taksirle suçlanır. Dolayısıyla bu farkın gözetilmemesi adil olmayan sonuçlara neden olmaktadır.

Bu eleştiriye karşı, katı kusur teorisyenleri bazı zor davalarda verilen mahkeme kararlarına işaret ederek, eleştirilerin aksine sadece katı kusur teorisinin çözümünün adil olduğunu ifade etmektedir. Örneğin; sağır ve dilsiz olan (T) hırsızlık yaparken yakalanır. Dedektif (D), onu yakalar ve boğazını sıkarak yere yatırır. Bu

¹⁰³ Jescheck, AT, § 41 I b.

¹⁰⁴ Roxin, AT, s. 627, kn. 64-65.

sırada (T) iç cebine ulaşarak sakatlığını gösteren bir belgeyi ona göstermek ister. (T)'nin, el kol hareketlerini, cebinden bir silah alacağı şeklinde yorumlayan (D), (T)'yi vurur¹⁰⁵. Olayda, (D) savunmanın gerekliliği konusunda maddi gerçeklik hatasına düşmektedir. Eğer (T)'nin gerçekten bir silahı olsaydı ve onu kullanmaya yeltenseydi (D)'nin savunma hareketi gerekli olacaktır¹⁰⁶.

Benzer bir şekilde, Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen Türk-Kürt Davası¹⁰⁷ kararında, diğer teorilerde kastın otomatik olarak ortadan kalkması nedeniyle hakkaniyete uygun olmayan sonuçların ortaya çıkacağı ifade edilmektedir. Bu örneklerde, diğer teoriler failin kastını otomatik olarak ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle katı kusur teorisi taraftarları, teorinin adil olmayan sonuçlara neden olduğu yönünde eleştirileri kabul etmeyerek; öncelikle psikolojikleştirici kast kavramına dayanarak failin otomatik olarak kastının ortadan kalkmasının eleştirilmesi gerektiğini ifade eder¹⁰⁸.

Sonuç olarak, katı kusur teorisi benimsediği belirli bir kast ve kusur anlayışının sonuçlarını ortaya koymaktadır. Failin yüksek bir ceza alması nedeniyle daha az cezaya hükmeden bir teorinin benimsenmesi değil; kastın kapsamı ve mahiyeti üzerinde düşünülmesi gerektiği söylenebilir.

¹⁰⁵ BGHSt 45, 378 ff; BGH NStZ 2001, 530 ff. bkz. Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 176.

¹⁰⁶ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 177.

¹⁰⁷ Türk-Kürt davası: Suç olayı, Türkler ve Kürtler arasındaki bir çatışmada meydana gelmiştir. Suç tarihinde (S) (bir Kürt), sanık (A)'dan (bir Türk) arabadan inmesini ister. Bunun üzerine (A) arabasını park eder ve iner. İki gün önce (S)'nin oğluyla yapılan bir tartışma nedeniyle konuşmak istediğini düşünür. (S)'nin arabasının yan koltuğunda oturan (X), araçtan ayrıldıktan sonra yanlarına geldiğinde görünürde bir neden olmamasına rağmen (A)'ya tokat atar. Bunun üzerine (A) da ona geri vurur. Ardından uzun bir balta ile ona doğru koşan (X)'in sonraki saldırısına karşı (A), yasadışı olarak taşıdığı Beretta 7.65 mm tabanca ile uyarı atışı yapar. Hemen ardından (X), kemerine elini götürür ve (A) burada yanıp sönen bir şey görür. (X)'in silahını alacağını düşünür ve silahı çekip çekmeyeceğini görmek için beklemeden, onu karnından vurur. (X) hayatı tehlike arz edecek şekilde yaralanır. O anda, Kürt etnik grubuna ait olan (K), yakındaki bir restoranda (A)'ya doğru koşar. (K) elinde bir bıçak tutmaktadır. (A), öldürülme korkusuyla yaklaşık 2 m mesafeden (K)'ya ateş eder. Fakat göğsüne isabet ettiğinden (K) hemen ölür. (S)'nin saldırısı sırasında bile, restoranın önünde Türkler ve Kürtler arasında "genel bir kavga" gelişir. Bu olayda BGH, (X)'in yaralanması bakımından (A)'ya kasıtlı bir suç isnat edemez. Mahkeme kurulu tarafından uygulanan sınırlı kusur teorisinin bir sonucu olarak (X)'in bir atış yapmasından korkması, (A)'ya tıpkı önceki davada olduğu gibi tipiklik hatasını (ACK § 16 I) kıyasen uygulanarak kast sorumluluğundan kurtulma imtiyazı verir. (Karar hakkında ayrıntılı tartışma için bkz. Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 77-78).

¹⁰⁸ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 205.

ii. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Tersine Hatada Çelişkili Sonuçlar

Katı kusur teorisi, hukuka uygunluk nedeninin koşullarında failin tersine hataya düştüğü durumlarda çelişkili sonuçlara neden olmakla eleştirilmektedir. *Puppe*, hukuka uygunluk nedeninin koşulları kapsamında hareket etmesine rağmen bu koşulları kanunda olan şeklinden daha katı zannettiği için hareketinin haksızlık teşkil ettiğine inanan failin hatası kaçınılmaz olsa bile, katı kusur teorisine göre failin kasıtlı suçtan dolayı cezalandırılması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁹. Çünkü bu durumda failin haksızlık bilinci tamdır. Fail kanunda olduğundan daha katı bir normun varlığını kabul etmektedir ve bu yürürlükteki düzenleme ile çelişmektedir¹¹⁰. *Puppe*'nin bu eleştirisi, eğer gerçekten teori sübjektif isnadiyetin genel kurallarıyla çelişirse, katı kusur teorisini zayıflatabilecek niteliktedir. Bu nedenle aşağıda iki ayrı ihtimalle bu eleştiri daha ayrıntılı ele alınacaktır.

İlk olarak, failin hukuka uygunluğun koşullarının kanuni düzenlemeden daha katı olduğuna inandığı tersine hata durumunda teorinin nasıl sonuç verdiğine bakalım. Örneğin: (A) meşru savunma hakkının sadece vücut bütünlüğüne ve yaşam hakkına ilişkin saldırıların önlemesine izin verdiğini, buna karşın malvarlığına yönelik saldırılara karşı meşru savunmaya izin verilmediğini düşünmektedir. Bu nedenle bir hırsız zorunlu bir savunmanın parçası olarak vurduktan sonra kasten öldürme suçunu işlediğini zanneder. Dolayısıyla fail, yürürlükteki hukukun daha katı bir düzenlemeye sahip olduğunu düşünerek meşru savunmanın koşullarında tersine hataya düşmektedir. Alman hukukunda elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması mümkün ise de Türk hukuku bakımından cezalandırılmayan *meşruz suç* ortaya çıkar¹¹¹.

İkinci olarak, failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düştüğü durum ile hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında tersine hatanın birleşmesi durumunda katı kusur teorisinin çözümüne bakalım. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata, katı kusur teorisinin kurallarına göre bir yasak

¹⁰⁹ Ingeborg Puppe, “vor § 16”, **NK**, Band 1,5. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2017, § 16, kn. 145.

¹¹⁰ Puppe, **NK**, § 16, kn. 145.

¹¹¹ Çalışmanın 1. Bölüm, I, B, 2, b. “Dolaylı Yasak Hatası” ve 1. Bölüm, II, B, 2, a. “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Tersine Hata” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

hatası olarak ele alınmalıdır. Bu durumda failin hatası kaçınılmaz bir hataysa, kast ve kusur kastı isnat edilebilir. Öte yandan, failin hatası kaçınılmazsa o zaman katı kusur teorisi failin kusurunu ortadan kaldırır¹¹². Tersine hatada ise hukuka uygunluk durumunun bir norm hatası olarak daraltılmasından (gerçekte failin hareketi hukuka uygundur) kaynaklanan haksızlık bilinci kusur ile ilişkilendirilemez. Bu tür norm hataları faile isnat edilse bile, kasıtlı suçun önceliği bu anlamda geçerlidir ki failin sübjektif sorumluluğu her hata için ayrı ayrı kontrol edilmelidir. Mevcut hukuka uygunluk durumunu norm hatasına düşerek dar yorumlayan failin kasıtlı bir suçun faili olarak görülmemesi gerekmektedir¹¹³.

Katı kusur teorisine göre, kastın varlığı için sadece tipikliğin objektif unsurlarının gerçekleştiğinin bilinmesi yeterli olup failin hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleştiğini bilmesi aranmamaktadır. Kastı tipiklik kastından ibaret kabul eden bu teori; kastın olumsuz değerini, failin haksızlık teşkil ettiğine yönelik bir olumsuz değer değil, suçun üç basamaklı yapısının bir sonucu olarak tipikliğin gerçekleştirilmesinin olumsuz değeri olarak kabul eder. Böyle bir kast olumsuz değerinin telafisi için hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarına ihtiyaç duyulmaz. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının somut olayda gerçekleşmesi, kast değersizliğinin telafi edilmesi için yeterlidir. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında tersine hataya düşülmesi durumunda; kast varlığını korumakta ve elverişsiz teşebbüsün varlığından veya elverişsiz teşebbüsün haksızlığından söz edilememektedir. Hukuka uygunluk için hem objektif hem sübjektif unsurların bir arada bulunmasını arayan (uyum tezi) görüşünün aksine, sübjektif unsurun yokluğu durumunda haksızlık bilincinin varlığı

¹¹² Puppe, teşebbüs kuralları ve tersine hata örneğini kullanarak katı kusur teorisinin kabul edilemeyeceğini kanıtlamaya çalışır. Bkz. Puppe, NK, § 16, kn. 149 yorumunda eleştirisinde bunu şu şekilde ifade etmektedir: Bir hukuka uygun davranma iradesinin (ters hataya göre) eksikliği cezai sorumluluk için yeterliyse; bu iradenin eksikliğinin olmaması yani hukuka uygunluk iradesinin varlığının eksikliği, cezai sorumluluğu ortadan kaldırır. Sadece hukuka uygunluğun objektif ve sübjektif tarafını karşılıklı olarak değiştirilebilir olarak görürseniz, katı kusur teorisi tersine hata ilkesi ile uyumlu olacaktır. Bununla birlikte, bu görüş kabul edilemez olduğundan, katı kusur teorisi hukuka uygunluğun sübjektif unsurunun gerekliliği ile uyumlu hale getirilemez. Bkz. Puppe Stree, Wessels, FS, 1993, s. 183, 196.

¹¹³ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 207.

nedeniyle tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırma sonucuna bağlanmaktadır¹¹⁴. Bu durumda katı kusur teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinde tersine hata durumunda failin haksızlık bilincinin varlığı nedeniyle cezalandırılması gerektiği sonucuna varmaktadır. Fakat bizimde katıldığımız görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurları olayda gerçekleşmesine rağmen fail bu durumu bilmiyor ve suç işlediğini zannediyorsa somut olayda haksız bir netice ortaya çıkmamıştır. Tek başına failin sübjektif düşüncesinin varlığı, cezalandırma için yeterli değildir. Cezalandırma için olay haksızlığı ile kişisel haksızlığın örtüşmesi gerekir. Bir başka ifadeyle hem irade hem de gerçekleşen durum örtüşmelidir.

iii. Hukuka Uygunluk Nedeninin Koşullarını Kontrol Etme Yükümlülüğü

(a) Kontrol Yükümlülüğü

Katı kusur teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen kişi, kasten hareket etmeyen failin aksine, ceza hukukuyla korunan hukuki değeri bilerek ve isteyerek ihlal etmektedir. Bu hatalı varsayımının maddi gerçekliğini kontrol etme konusunda da suç tipinin varlığından doğan özel bir uyarı almaktadır¹¹⁵.

Teoriye göre, bir hukuka uygunluk nedenine dayandığını düşünerek hareket eden failin davranışı, “riskli bir hareket” teşkil etmektedir. Failin göze aldığı bu risk, gerçekleştirilen hareketin kast ve kusur kastına dayanan hukuki değer ihlaline dayanmaktadır. Hukuka uygunluk nedeni kapsamında hareket ettiğini düşünen kişi, bir suçun en azından tipikliğini gerçekleştirdiğini ve tasavvur ettiği neden olmazsa hareketinin suç teşkil ettiğini bilmektedir. Sosyal düzene ciddi şekilde aykırı olan davranışı, olayın koşullarını kontrol etmeyi gerektirmektedir¹¹⁶. Eğer *hukuka*

¹¹⁴ Herzberg, *JuS*, 1980, s. 480; Erdin, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu*, s. 310, 311.

¹¹⁵ Hillenkamp, Cornelius, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarının Hatalı Varsayılması Kastı Ortadan Kaldırır Mı?”, (Çev. Buket Abanoz Öztürk), *İstanbul Hukuk Mecmuası*, s. 2113.

¹¹⁶ Hillenkamp, Cornelius, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarının Hatalı Varsayılması Kastı Ortadan Kaldırır Mı?”, (Çev. Buket Abanoz Öztürk), *İstanbul Hukuk Mecmuası*, s. 2113.

*uygunluğa ilişkin şartları kontrol etmedeki dikkatsizliği*¹¹⁷ nedeniyle hataya düşerse; davranışının haksızlık içeriği sıradan bir tipiklik hatasından daha ciddidir.

Katı kusur teorisinin normun uyarı işlevine dayandırarak faile yüklediği bu kontrol yükümlülüğü eleştirilmektedir. Eğer tipe uygun hareketi gerçekleştirmenin bir uyarı işlevi oluşturduğu farz edilirse, aynı hareketin bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşulları içerisinde gerçekleştirdiğini sanmanın da bu uyarı işlevini ortadan kaldıracağı ifade edilmektedir¹¹⁸.

Dreher, bu yükümlülüğün mantıklı olmadığını şu soru sorarak ortaya koymaya çalışır: “Neden bir daireye giren icra memuru, yoğun trafikte arabasını kullanan bir sürücüye göre olayın koşullarını daha dikkatli kontrol etmelidir?”¹¹⁹ Dikkatli davranma ve hareketini kontrol etme *uyarısı*, tipikliğin yerine getirilmesine dayanmamaktadır. Bilakis tipiklik kastıyla hareket etmeyenler üzerinde de durumun tehlikeli doğasına dayanan bir uyarı bulunmaktadır. Trafikte riskli sollama manevrası yapan, yanan bir mumla ahıra giren, yüklü ateşli silahlar veya patlayıcılara yakın olan herkes, bir kaza durumunu önlemek için etrafı kontrol etmek için ciddi bir uyarı almaktadır. Fakat bu durumlarda bile failin taksirli hareket ettiği kabul edilebilmektedir.

Roxin de hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarını yeterince kontrol etmediği için failin kasten işlenen bir suçtan sorumlu tutulmasını kabul edilemez olarak nitelendirmektedir¹²⁰. Nitekim hem neticenin *olumsuz değerinin* eksikliği hem de kasıtlı bir hareketin *olumsuz değerinin* eksikliği söz konusudur. Netice objektif olarak kanunun gereklerine uymaktadır ve failin hedefleri de kanunun gereklerine uygundur. Kontrol eksikliği, sadece gerekli özenin gösterilmesinin eksikliği anlamına gelir. Bu durumda, cezalandırılmayan elverişsiz bir teşebbüs söz

¹¹⁷ Alman literatüründe “*Erlaubnisfahrlässigkeit*” terimi kullanılmaktadır. Tipiklik hatasında (Tatbestandsirrtum) failin kastı ortadan kalkarken hataya düşmesinde taksirinin olup olmadığı değerlendirilmesi yapılmaktadır ve bu değerlendirmede de *fahrlässig* (taksir, ihmal) terimi kullanılmaktadır. Hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşen fail için yapılacak değerlendirmede de “*Erlaubnisfahrlässigkeit*” terimi kullanıldığından en uygun karşılığın; hukuka uygunluğa ilişkin şartları kontrol etmedeki dikkatsizlik olduğunu düşünüyorum.

¹¹⁸ Erman, **Yanılma**, s. 317.

¹¹⁹ Eduard Dreher, “Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe”, **Festschrift für Ernst Heintz zum 70. Geburtstag (FS Heintz)**, Ed. Hans Lüttger, Verlag de Gruyter, Berlin, 1972; s. 207 – 228, s. 215.

¹²⁰ Roxin, **AT**, 2006, s. 635, kn. 84.

konusudur. Fail, hukuka uygunluk durumunu hatalı varsaysa bile kastı yoktur; bu takdirde dahi sadece taksirli bir neticeye yol açmış olur.

Puppe ise farklı bir bakış açısıyla, bu yükümlülüğün varsayılan hukuka uygunluk hareketinin “ikinci sınıf bir hukuka uygunluğa” yol açtığını ifade ederek teoriyi eleştirmiştir. Yazara göre, “*Hukuk sistemi tarafından kendisine verilen bir hakkı (örneğin saldırıya karşı savunma) kullanan failin, bu sırada yaptığı her hatada bu hakkı tamamen kaybetmesi oldukça adaletsizdir, böylece bu hak hiç uygulanmamış gibi konumlandırılır.*”¹²¹ Fakat *Puppe*’nin “ikinci sınıf hukuka aykırılık” eleştirisi de yanıltıcı olmakla eleştirilmektedir. Çünkü henüz ortada hukuka uygun bir hareket yoktur. Eğer fail kontrol yükümlülüğünü yerine getirmemişse; “ikinci sınıf bir hukuka uygunluk” değil, hukuka aykırı bir eylem ortaya çıkacaktır¹²².

Alman ceza hukukunda tamamen terk edilmemiş olan görüşe göre; bazı hukuka uygunluk nedenlerinde maddi koşulların, söz konusu hukuka uygunluk nedeninden faydalanmak isteyen kişi tarafından dikkatli bir şekilde incelenmesi gerekmektedir¹²³. Nitekim *hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halini* düzenleyen Alman Ceza Kanunu’nun 34. Maddesindeki koşulların, failin zorunluluk hali kapsamında icra ettiği hareketinin koşullarını kontrol etme yükümlülüğünü doğurduğu anlaşılmaktadır¹²⁴. Mahkeme içtihatları da 34. maddenin kişiye zorunluluk halinin koşullarını kontrol etme yükümlülüğü yüklediğini kabul etmektedir¹²⁵. Bu yükümlülük, failin bir hukuka uygunluk hareketini gerçekleştirmeden evvel söz konusu koşullardan emin olması gerektiğini ifade eder. Aksi halde, fail kasten işlenen bir suçtan dolayı sorumlu tutulabilir.

¹²¹ Puppe, “Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und deren Folgen”, *JZ*, 1989, s. 728 – 733, s. 728, 730.

¹²² Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 211.

¹²³ Roxin, *AT*, 2006, s. 634, kn. 83.

¹²⁴ ACK madde 34- Hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali.: “Her kim, hayat, vücut, özgürlük, şeref, mülkiyet veya diğer bir hukuki menfaate yönelik olan, o anda ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içinde iken, tehlikeyi kendisi veya bir başkası bakımından def etmek için, bir suç işlerse, tarafların çatışan menfaatleri, özellikle ilgili hukuki menfaatler ile onları tehdit eden tehlikenin derecesi, korunan menfaat ile tehlikeye giren menfaatler karşılaştırıldığında, korunan menfaat önemli ölçüde ağır basıyorsa, fail, hukuka aykırı hareket etmiş olmaz. Ancak bu hüküm sadece, işlenen fiilin, tehlikeyi def etmek için ölçülü bir araç olduğu durumlarda uygulanır.”

¹²⁵ BGHSt 3, 7; BGH, *JZ* 1977, 139 vd. aktaran Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 210.

Doktrinde ise genel olarak hukuka uygunluk nedenlerinde failin kontrol yükümlülüğü olduğu görüşüne karşı çıkmaktadır. Fakat *varsayılan rıza* durumunda failin söz konusu koşulları kontrol etme yükümlülüğünün olduğu da kabul edilmektedir¹²⁶. Örneğin, hastanın rızasını almadan ameliyat yapan doktor, eğer önceden istenilseydi hastanın rıza vereceğini varsayıyor, fakat hastanın rızası bulunmuyorsa; bu durumda, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata ortaya çıkabilir. Varsayılan rıza ile ilgili içtihatlarda da failin kontrol yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir.¹²⁷

(b) Şüphe Durumu

Hukuka uygunluk nedeninin koşullarını kontrol etme yükümlülüğü ile ilgili tartışılması gereken bir diğer mesele de failin hukuka uygunluk nedeninin koşullarında **şüphe**ye düştüğü fakat hareketini yine de gerçekleştirdiği durumlardır. Bu takdirde, failin şüphe duyduğu fakat gerçekleşmemesini umduğu sonuç ortaya çıkmaktadır. Örneğin: Güvenlik görevlisi (A), maskeli bir adamın komşu banka şubesinden parayla kaçmaya başladığını görür. Bu sırada, bir suç filmi olan Kanlı Banka Soygunu'nun çekimlerinin pazartesi mi yoksa salı günü mü yapıldığı çok iyi hatırlayamaz. (A) parayı kurtarmak için başka herhangi bir meşru savunma imkânı da olmadığından banka soyguncusuna ateş eder. Fakat banka soyguncusu zannettiği kişinin, gerçekte bir aktör olduğu anlaşılır¹²⁸.

Rudolphi failin, hareketinin hukuka uygunluğundan şüphelendiği bu gibi olaylarda haksızlık bilincine sahip olduğunu ve kasıtlı suçtan sorumlu olması gerektiğini ifade etmektedir¹²⁹. Eğer hukuka uygunluğun koşulları hakkında failin şüpheleri varsa; akla gelen var olma olasılığı, var olmama olasılığını da otomatik olarak çağrıştırmaktadır.

Benzer şekilde, Alman doktrininde ifade edilen ve Federal Mahkeme'nin de kabul ettiği görüşe göre; failin hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında şüpheye düştüğü bu gibi durumlarda; failin hata hükümlerinden faydalanması kabul görmez

¹²⁶ Roxin, AT, 2006, s. 634, kn. 83.

¹²⁷ BGHSt 45, 219 aktaran Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 211 vd.

¹²⁸ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 212.

¹²⁹ Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, S. 118 aktaran Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 213.

ve failin dikkatli bir inceleme yapması gerektiği şu şekilde ifade edilir: “*Haksızlık yapma ihtimali düşüncesine sahip olan ve bu ihtimali iradesine dahil eden herkes, haksızlık bilincine sahiptir.*”¹³⁰. Bu görüşe göre, failin hareketinin hukuka uygunluğundan şüphe duyduğu bu gibi durumlarda **olası haksızlık bilinci** (*das bedingte Unrechtsbewusstsein*) vardır ve haksızlık bilinci hukuka aykırılık bilgisinin kesinliği ile sınırlandırılmaz¹³¹. Failin hareketinin hukuk düzenine uygunluğu konusunda şüphe duyması, yani hareketinin hukuka aykırı olma ihtimalini göz önünde bulundurması, fakat fiilini icra etmesi durumunda hukuki menfaat ihlalini kabullendiği ve şüphesini ortadan kaldırmak için herhangi bir çaba sarf etmediği için kusurlu olduğu kabul edilmektedir¹³².

Federal Mahkeme’nin doktrinde de savunulan bu katı görüşüne karşı olarak *Warda*, failin hukuka uygunluk nedeninin koşullarında şüphe duymasına rağmen olayın herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olmadan gerçekleştirilmiş gibi azaltılmamış bir cezai sorumluluğuna tabi olmasının adil olmayacağını ifade etmektedir. Fakat eğer hareketinin hukuka aykırı olma olasılığını düşünen ve bu olasılığı iradesiyle birleştiren kişinin “haksızlık bilinci” olduğu tespit edilirse; bu durumda kasten işlenen suçtan sorumlu olması gerektiğini de belirtmektedir¹³³.

Bununla birlikte, *olası haksızlık bilinci* ile ifade edilen bu durum olası kast ile benzerlik göstermektedir. Olası kast durumunda, fail suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen hareketini icra

¹³⁰ BGHSt 4, 1, ff aktaran Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s 213.

¹³¹ Baumann, Weber, Mitsch, AT §21, kn. 48; Jescheck, Weigend, AT § 41, s. 455; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 470; Erman, *Yanılma*, s. 220.

¹³² Olası haksızlık bilincini açıklayan çeşitli teoriler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, hukuka uygunluk konusunda en ufak bir şüphenin varlığı durumun bile haksızlık bilincinin varlığını kabul eden **olanak teorisi** (*Möglichkeitstheorie*). İkincisi, failin hukuka aykırılığı kuvvetle muhtemel addetmekle birlikte hukuka uygunluğa kıyasla daha yüksek bir olasılık dahilinde gören failin, fiilinin haksızlığını idrak ettiği ve haksızlık bilincine sahip olduğunu kabul eden **olasılık teorisi** (*Wahrscheinlichkeitstheorie*). Üçüncüsü, failin hareketinin hukuka aykırılığını mümkün addetmekle birlikte kayıtsız kaldığı durumlarda olası haksızlık bilincinin var olduğunu kabul eden **kayıtsızlık teorisi** (*Gleichgültigkeitstheorie*). Son olarak, hareketinin hukuka uygunluğunda şüphe duymasına rağmen bir hukuki menfaati ihlal etme ihtimalini kabullenerek hareket eden ve bunu göze alan kişinin haksızlık bilinci olduğunu söyleyen **iradilik teorisi** (*Willenstheorie*). Bununla birlikte, olası haksızlık bilincini kabul etmeyen ve failin fiilinin haksızlığını kesin olarak bildiği durumlarda haksızlık bilincinin var olduğunu kabul ederek bu kavramı reddeden bir görüş de bulunmaktadır. Teoriler hakkında bilgi için bkz. Alexandros Dimakis, *Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, s. 81 vd.; Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Seçkin Yayıncılık, Aralık 2016, s. 102 vd.

¹³³ Warda, FS Lange, S. 499, 503, nakleden Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 214.

etmeye devam etmekte, tipik neticenin gerçekleşmesini kabullenmekte ve bu neticenin gerçekleşmemesi için de özel bir çaba sarf etmemektedir¹³⁴. Olası haksızlık bilincinde ise fail hareketinin hukuka aykırı olabileceğini öngörmesine rağmen hareketini icra etmeye devam etmekte, bu şüpheyi ortadan kaldırmak için de özel bir çaba sarf etmemektedir ve karşı tarafın hukuki menfaatinin ihlalini kabullenmektedir¹³⁵. İki kavram benzer özellikler göstermesine rağmen kastın unsuru olan “bilme” ile haksızlık bilincindeki bilme birbirinden farklıdır. Kast için suçun maddi unsurlarının bilinmesi aranırken; haksızlık bilincinde failin bir başkasının hukuki menfaatinin ihlal ettiğini bilmesi aranır. Dolayısıyla iki kavram birbirine karıştırılmaktadır. Kişi eğer hareketine izin veren bir normun olup olmadığı konusunda şüphe duyuyorsa; yasak hatası ortaya çıkar ve hatanın kaçınılabilirliği tartışması yapılmalıdır. Fakat kişi, somut olayda hukuka uygunluk nedeninin koşullarının gerçekleştiği konusunda şüphe duyuyorsa; bu takdirde tartışılması gereken, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hatanın kaçınılabilir olup olmadığıdır. **Dolayısıyla şüphe, burada haksızlık bilincinin varlığını belirleyen bir ölçüt değil; hatanın kaçınılmazlığı veya kaçınılabilirliği durumunda dikkat alınması gereken bir durumdur**¹³⁶. Aksinin kabulü, kast ve taksiri kusurun türleri olarak gören psikolojik kusur kavramının kabulü anlamına gelebilir. Çünkü bu yaklaşıma göre, eğer haksızlık bilincinin yokluğu failin taksirine dayanmıyorsa kusursuzdur. Bu durum, “taksir” şeklindeki kusur (hukuki taksir, *Rechtsfarhlässigkeit*) kavramını ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca olası haksızlık bilinci kavramının kabul edilmesi, doğrudan kast-olası kast ile bilinçli taksir-bilinçsiz taksir ayrımını haksızlık bilinci alanına taşır. Bu durumda faile, sadece fiilin icrası bakımından değil haksızlığın idraki bakımından da özen yükümlülüğü yüklenmiş olur¹³⁷.

Çözümü hiç kolay olmayan bir diğer sorun da failin bir hukuka uygunluk durumu olup olmadığından emin olmadığı, ancak beklemenin zararı önlemek için

¹³⁴ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 233; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, 2016, s. 172 vd.

¹³⁵ Baumann, Weber, Mitsch, AT §21, kn. 48; Jescheck, Weigend, AT § 41, s. 455.

¹³⁶ Bu tartışma, çalışmanın 3. Bölüm III, 1, b “Kaçınılmazlık Değerlendirmesi” başlığı altında yapılmaktadır.

¹³⁷ Göktürk, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 107.

çok geç kalma riskini barındırdığı durumlardır. *Warda'nın etkileyici örneği, failin şüphe duyduğu durumlarda bazı affedilebilir hatalar için bu durumun tartışılmasını gerektirmektedir. Örneğin: “(B), fırtına yaklaşırken bir yelkenlinin alabora olduğunu görür ve kazaya uğrayanların deneyimsiz yüzücüler olma ve boğulma ihtimali olduğunu düşünür. Yaralı insanlara yardım etmek için hazırda bekleyen bir motorlu tekneyi alabileceğini düşünür ve tekne kulübesinin kilitli kapısını kırar. Fakat daha sonra alabora olanların mükemmel yüzücüler olduğu ve birkaç yüz metre ötedeki kıyıya kolayca ulaşabilecekleri anlaşılır.”*¹³⁸

Bu örnekte, (B)'nin alabora olan yelkenlideki kişilerin iyi yüzme bilip bilmedikleri konusunda şüphesi vardır. Fakat bu bilgiyi teyit edebilecek kadar zamanı olmadığı gibi durumun ehemmiyeti, bekleyip görmeye de imkân vermemektedir. Bu durumda, **haksızlık şüphesi** hukuka sadakatsizliğin bir ifadesi olmayıp gerçeğin doğrulanması imkânı için yeterli sürenin olmamasından kaynaklanmaktadır¹³⁹. Böyle bir durumda, failin koşulları kontrol etmekle yükümlü olduğunu söylemek ve (B)'yi kasıtlı bir suçtan sorumlu tutulmak adil gözükmemektedir. Nitekim bizim de katıldığımız görüşe göre, failin bir hukuka uygunluk nedeninin varlığına ilişkin koşulları yetersiz kontrolü veya hiç kontrol etmemesi hatanın kaçınılabilirliğini belirlemekle ilgili olabilir.

Roxin ise bu örnekte hukuka uygunluk durumu olarak **zorunluluk halinin** dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir¹⁴⁰. Fail teknedekilerin tek başlarına kurtulabilecek kadar iyi yüzüp yüzemeyeceklerini bilmemektedir. Bu nedenle olayda en azından bir tehlike durumu kesinlikle vardır. Daha sonra alabora olanların dışarıdan yardım almadan güvenliğe kavuşabileceği ortaya çıksa bile, (Alman ceza hukukunda) hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali failin hareketini haklı çıkarır¹⁴¹. Nitekim birisi, gaz patlamasını önlemek için bir pencereyi kırsa, algıladığı

¹³⁸ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 215.

¹³⁹ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 216.

¹⁴⁰ Roxin, *AT*, s. 638, kn. 92.

¹⁴¹ Alman Ceza Kanunu madde 34, zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni arz eden halini düzenlemektedir. Bu nedenle failin hareketini haklı çıkaran bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaktadır. Fakat 5237 sayılı TCK kabulünün ardından zorunluluk hali, kusuru ortadan kaldıran veya azaltan bir neden olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla Türk hukukuna göre failin hareketini haklı çıkarmayacak fakat failin kusuru etkilenecektir.

gaz kokusunun patlama riski oluşturup oluşturmadığından emin olmasa da aynı sonuç geçerli olacaktır¹⁴².

Fakat failin şüpheyne düştüğü meşru savunma durumlarında bile yardımcı olabilecek zorunluluk halinin bu çözümü, yaşam hakkına karşı bir başka yaşam söz konusu olduğunda işe yaramayacaktır. Bir kişi şüpheli koşullar altında ona yaklaşan bir yabancıнын katil mi yoksa zihinsel bir bozukluğu olan zararsız bir kişi mi olduğunu bilmiyorsa ve herhangi bir tereddüt onun hayatına mal olabilirse; kendi hayatından vazgeçmek için ciddi bir risk alması ve bekleyip görmesi düşünülemeyecektir. Tehdit edildiğini hisseden fakat bu konuda emin olmayan kişi, böyle bir durumda savunma hareketinde bulunursa; bu görüşe göre, fail sadece kusuru ortadan kaldıran zorunluluk haline (ACK § 35 I; TCK m. 25) dayanabilir. Daha sonra bu kişinin gerçekten bir katil olduğunun anlaşılması bile sonucu değiştirmez (teorik olarak). Ancak, böyle bir durumda karşı tarafın da meşru savunma iddiasında bulunarak hareket etmesi kabul görmemektedir¹⁴³.

Bununla beraber, hukuka uygunluk nedenine dayanarak hareket ettiğini düşünen kişi, karar verme baskısı altındadır. Olayda dikkatini, soğukkanlılığını, anlama ve karar verme yeteneğini kontrol etmesini zorlaştıran psikolojik nedenler söz konusudur. Bu durumda failin bir çeşit kontrol yükümlülüğü altına sokulmasının makul olmaması nedeniyle de teori eleştirilmektedir¹⁴⁴. Kontrol yükümlülüğünün makul olmayan bir yük oluşturup oluşturmadığını incelemek için, yukarıda alabora olan teknedekileri kurtarmaya çalışan (B) örneği hatırlanabilir. Bunlar, failin bir hukuka uygunluk nedeninin koşullarından şüphe ettiği fakat bu şüpheyi teyit edebilecek kadar zamanı olmadığı gibi durumun ehemmiyeti, bekleyip görmeye de imkân vermeyen durumlardır. Böyle bir durumda, faile kontrol yükümlülüğü yüklemek makul olmayacaktır.

Roxin'e göre bir hukuka uygunluk durumunu varsayanların, her halükârda haksız bir risk oluşturanlardan daha güçlü bir uyarıya maruz kaldığı da söylenemez. Durumu yeterince dikkatli incelemedikleri için haksızlık işleyenler, sadece taksirle

¹⁴² Roxin, AT, s. 638, kn. 92.

¹⁴³ Roxin, AT, s. 639, kn. 93.

¹⁴⁴ Puppe, NK, § 16 kn. 148.

hareket ederler ve kasıtlı bir suçun faili değildirler.¹⁴⁵ Roxin'e göre; **kast, kişinin kontrol edip etmediği şeye göre belirlenmez, ancak tasavvur ettiği şeye göre belirlenir.** Örneğin; bir araca çarpıp acelesi olduğu için kaza bölgesinden ayrılan kişi, zarar verdiği aracın sahibinin davranışını zaten anlayacağını düşünerek fakat buna dair özel bir kanıtı da olmadan pervasızca olay yerinden ayrılıyorsa; bu takdirde varsayılan rıza bile failin kastını ortadan kaldırmaz. Aksine olay yerinden kaçması nedeniyle ayrıca cezalandırılacaktır; kastın ortadan kalkması ancak fail, norma göre varsayılan bir rızanın koşullarını hayal etmişse ortaya çıkabilir.¹⁴⁶

Sonuç olarak, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarını kontrol yükümlülüğü, böyle bir imkânı olan kişi için geçerli olabilir. Buna rağmen kontrol yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, tipiklik hatasında maddi olaya gözlerini kapatan fail ile karşılaştırılabilir durumdadır. Failin ortaya çıkan şüphelere gözlerini kapatması, onu ayrıcalıklı kılmamalıdır. İlk bakışta, hukuka uygunluk hareketinden önce kontrol yükümlülüğü için istisnai bir görev gibi görünen şey, sorumluluk sistemine has bir özellik değil, daha ziyade irade sahibi ve hareket özgürlüğü olduğu kabul edilen kişinin hareketlerinin sonuçlarına kefil olması gereken sistemin ayrılmaz bir parçası olarak da nitelendirilmektedir¹⁴⁷.

iv. Hukuka Sübjektif Uygunluk İtirazı

Katı kusur teorisine getirilen bir diğer eleştiri, söz konusu hatanın yasak hatasından ziyade suçun maddi unsurlarında hataya daha yakın olduğu yönündedir. Hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşen fail, tıpkı tipiklik hatasına düşen kişi gibi dış dünyadaki bir maddi gerçeklik hakkında yanıldığı için hareketinin hukuka uygun hareket ettiğini zannetmektedir. Bu yönüyle sübjektif

¹⁴⁵ Roxin, AT, s. 628, kn. 67. Ayrıca bazı yazarlar da hatayı taksirin bir şekli olarak kabul ettikleri için hatanın kusurluluğa etkisi olmadığını, sadece kastı kaldırıp taksirin varlığını koruduğunu ileri sürmektedir. Fail gereken dikkat ve özeni göstermiş fakat buna rağmen hataya düşmüşse bu durumda ortada taksirin olmayacağı da iddia edilmektedir. Örneğin, bir eczacı manyezi yerine piramidon verse ve hasta çok miktarda piramidon nedeniyle ölse, hatası taksirden yani gerekli dikkat ve özeni göstermemesinden doğmuştur. Bu hatası, taksirini ortadan kaldırmaz. Fakat eczacının haberi olmadan biri gelip şişeleri ve ilaçları değiştirse ve bu nedenle eczacı yanlış ilacı verse bu durumda eczacının taksiri de ortadan kalkmaktadır. (Pannain, s. 555 nakleden Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 318).

¹⁴⁶ Roxin, AT, s. 636, kn. 86.

¹⁴⁷ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 217.

olarak hukuka sadıktır. Bu kapsamda, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatanın hukuk normlarında düşülen hatayla ilgisi olmayıp katı kusur teorisinin hukuk düzeni tarafından harekete izin verilip verilmediği yönündeki görüşü eleştirilmiş ve teorisinin mantık hatasına dayandığı ileri sürülmüştür¹⁴⁸. Bu eleştiri, aşağıda iki başlık altında tipiklik hatası ile eşdeğerlilik bağlamında şekli argüman olarak, hareketin haksızlığının azalması bağlamında maddi argüman olarak değerlendirilecektir.

(a) Şekli Argüman: Tipiklik Hatası ile Eşdeğerlilik

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen fail, tıpkı tipiklik hatasına düşen kişi gibi hareketinin maddi gerçeklik bağlamını yanlış değerlendirerek hareketinin hukuka uygun olduğunu düşünmektedir. Dolayısıyla norm hakkında yanılarak haksızlık hatasına düşen kişinin aksine, dış dünyadaki bir maddi gerçeklik hakkında yanılarak suçun maddi unsurlarında hataya düşen kişiye daha yakındır. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşen kişinin kastın ortadan kalkması gerektiği düşüncesini şekillendiren de budur¹⁴⁹.

Köhler hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşen kişinin durumunu şu şekilde ifade etmektedir: “...kasıtlı ihlale ilişkin normun yukarıda belirtilen yönleri ve normun gerekli açıklaması ile fail “kendi içinde hukuka sadıktır”; örneğin, varsayılan meşru savunma durumu gibi bir maddi gerçekliği hatalı tasavvur etmesi nedeniyle, meşru savunma ilkelerine göre objektif ve sübjektif olarak hareket eder ve herhangi bir normu kontrol yükümlülüğünü ihlal etmez.”¹⁵⁰

Fakat bu durum, sadece hukuka uygunluk nedenlerinin suçun kanuni unsuru olarak düzenlendiği durumlarda bir anlam ifade edebilir. Nitekim *Scröder*, ilginin rızasının suç tipinde bağımsız bir unsur olarak yer verildiği suç tiplerinde rızanın koşullarında düşülen hatanın kastı ortadan kaldırdığını kabul etmektedir. Fakat suç tipinde yer verilmemiş olan ilgilinin rızasının koşullarında düşülen hatanın *katı kusur teorisi*

¹⁴⁸ Erman, **Yanılma**, s. 314.

¹⁴⁹ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 218.

¹⁵⁰ Köhler, **AT**, s. 325; Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 218.

kapsamında failin kastını değil kusurunu ortadan kaldıracılabileceğini ifade etmektedir. Bu iki farklı sonucun hukuk mantığı ile çeliştiğı ifade edilmektedir¹⁵¹.

Sonuç olarak, pozitif düzenlemelerin suçun maddi unsurlarında hata ve hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarındaki hatayı eş değer gördüğü elbette söylenemez. Fakat bizim de katıldığımız görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata durumunda fail tıpkı suçun maddi unsurlarında olduğu gibi dış dünyadaki bir maddi gerçeklik hakkında yanılmaktadır. Bu nedenle norm hakkında hataya düşerek hareketinin haksızlık teşkil ettiğini bilmeyen failden farklı bir konumdadır. Dolayısıyla burada asıl tartışılması gereken, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın hangi hata türüne benzediğı veya daha yakın olduğundan ziyade; söz konusu hatada ortaya çıkan hukuka sübjektif uygunluğun, objektif koşulların eksikliğini bertaraf edip edemeyeceğidir.

(b) Maddi Argüman: Hareketin Haksızlığının Azalması

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen kişi, gerçekten de yürürlükteki hukuk tarafından kabul edilen bir hukuka uygunluk nedenine dayanmaktadır. Fakat dış dünyadaki vakanın koşullarını hatalı tasavvur etmektedir. Eğer failin bu tasavvuru gerçek olsaydı, hareketi de hukuka uygun olacaktır. Bu durumun, failin hareketinin haksızlık içeriğini azalttığı ileri sürülmektedir¹⁵². Nitekim suç tipine uygun hareketi icra eden ve herhangi bir hukuka uygunluk nedenine de dayanmayan failden farklı bir konumdadır. Hareketine izin veren bir norma dayandığını düşündüğü için kanuni tipe uygun hareketi kasten gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla failin hareketinin haksızlık içeriğı azalmasına rağmen *katı kusur teorisi* tarafından kasten işlenen suçtan sorumlu tutulması eleştirilmektedir.

¹⁵¹ Schröder, **MDR**, 1950, s. 649; Erman, **Yanılma**, s. 315.

¹⁵² Bu konuda çalışmanın ikinci bölümünde yer alan II. B. 3 numaralı “Sınırlı Kusur Teorisi” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

d) Değerlendirme

Katı kusur teorisi, dogmatik açıdan genel olarak kendi içinde tutarlı bir teori olarak gözükmektedir. Nitekim teori, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin kastının varlığını koruduğunu fakat haksızlık bilincinin ortadan kalktığını kabul ederek kusuru ortadan kaldıran haksızlık hatası sonuçlarını uygulamaktadır. Gerçekten de hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşen fail, hukuka uygun hareket ettiğini düşünmektedir. Bu açıdan haksızlık hatası ile benzeyen yönleri bulunmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen fail, davranışının tipikliğinin bilicinde olduğundan kendisi bakımından eksik olan husus, haksızlık gerçekleştirdiğine yönelik bilincidir. Bu yönüyle teori, final hareket teorisi ve haksızlık bilincini kusurun bir unsuru olarak kabul eden yaklaşım ile uyumludur. Ayrıca diğer teoriler uyguladığında sadece taksirli suçtan dolayı failin sorumluluğuna gidilebildiğinden şerikler bakımından oluşacak cezalandırma boşlukları da katı kusur teorisinde ortadan kalkmaktadır.

Bununla beraber, sübjektif olarak hukuka sadık olan bir kişinin kasten işlenen bir suçtan dolayı cezalandırılması, hatta fiil teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi taksirli suçların aksine teşebbüsten dolayı cezalandırılması da adil gözükmemektedir¹⁵³. Nitekim teorinin hata türleri arasında ayırım yapmaması ve tipiklik hatası dışında kalan her hatayı yasak hatasına eşitlemesi doktrinde de ciddi şekilde eleştirilmektedir¹⁵⁴.

Katı kusur teorisinin taraftarları, birçok suçun taksirli halinin cezalandırılmıyor oluşundan hareketle, kastı ortadan kalkan fail için diğer teorilerde ortaya çıkan cezalandırma boşluklarını katı kusur teorisinin lehine yorumlamaktadır. Fakat kanun koyucunun suçun taksirli halini cezalandırmadığı durumlarda bile hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşen faili cezalandırmaya

¹⁵³ Erman, **Yanılma**, s. 309; Roxin, **AT**, § 10 kn. 65 vd; Karaaslan, **Legal Hukuk Dergisi**, s. 1692.

¹⁵⁴ Almanca'da teori için "über denselben Leisten" deyimini kullanılmaktadır. Bu deyim, aslında ayakkabıcılık sektöründe sıklıkla kullanılmaktadır. "Hep aynı sonucu veriyor" anlamına gelmektedir. Katı kusur teorisinin hata türleri arasında ayırım yapmaması bu deyimle eleştirilmektedir.

çalışmaya gerek olmayabilir¹⁵⁵. Nitekim *Jakobs* bunu şu şekilde ifade etmektedir: *“Tazminat yükümlülüğü, malvarlığına zarar verilmesine karşı hukuki koruma için yeterliyse, o zaman hukuka uygunluk nedeninin koşullarının hatalı varsayılmasında mala zarar vermeye karşı koruma da yeterli olabilir.”*¹⁵⁶

Sonuç olarak teori, maddi gerçekler hakkında yanıldığı için hareketiyle hukuka aykırı bir durum ortaya çıkaran faile, suç tipindeki unsurları bilmeyerek hataya düşen faile göre daha kötü bir hukuki sonuç bağlamaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşulları hakkında hataya düşülmesini, yasak hatası ile eşitlemektedir¹⁵⁷. Oysa hukuken kabul edilen bir nedene dayandığını düşünen kişi ile hukuken kabul edilmeyen bir varsayıma dayanan kişi eşit durumda değildir. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata durumunda failin tıpkı suçun maddi unsurlarında olduğu gibi dış dünyadaki olay veya olgular hakkında yanılması, norm hakkında hataya düşerek hareketinin haksızlık teşkil ettiğini bilmeyen failden farklı bir konumda olduğunu göstermektedir. Ayrıca teorinin verdiği söz konusu hukuki sonuçlar, tamamen haksızlık bilincinin konumuna dayandırılmaktadır. Teori, hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın kendi özgü şartlarını değerlendirmek yerine, söz konusu hatada failin haksızlık bilinci olmadığını, haksızlık bilincinin de kusurun bir unsuru olduğunu, bu nedenle failin kusurunun ortadan kalktığını kabul etmektedir. Nitekim katı kusur teorisi, Alman Federal Mahkemesi’nin 6.6.1952 tarihli ve BGH 1 StR 119/52, BGHSt 3, 105 numaralı kararı ile yasak hatasının kapsamından hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata alanının çıkartılmasıyla

¹⁵⁵Ceza hukuku, diğer hukuk disiplinlerinden farklı olarak toplumsal düzen bakımından vazgeçilemeyecek derecede önemli olan menfaatlere yönelik ağır ihlalleri suç olarak düzenlemektedir. Dolayısıyla her hukuka aykırı fiil, suç olarak düzenlenemez. (Ultima ratio = Son araç olma ilkesi) Bkz. Roxin, *AT*, I, §2, kn. 97; Ünver, s. 440. Her normun temelinde korunan hukuki değere dayalı bir değer yargısı bulunmaktadır. Bu değer yargısı, davranış normlarına dayalıdır ve insanın icrai veya ihmali nitelikteki bazı davranışlarının ceza hukuk tarafından kabul edilemez olduğu anlamına gelir. Gerçekleştirilen bu davranış biçimleri bir değerlendirmeye tabi tutulmakta olumlu veya olumsuz bir değer yargısında bulunmaktadır. Bkz. Urs Kindhäuser, "Normverstoß und natürliche Handlungseinheit-BGH, *NJW* 1984, 1568, *JuS* 1985/2, s. 101; Özgenç, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2015, s. 158.

¹⁵⁶ *Jakobs*, *AT*, 11/56.

¹⁵⁷ *Gropp*, *AT*, s. 596, kn. 204.

sınırlandırılmıştır¹⁵⁸. Fakat sınırlı kusur teorisinin aksine, katı kusur teorisinin çeşitli versiyonlarının geliştirilmemiş olması da şaşırtıcıdır¹⁵⁹.

B. TİPİKLİK HATASI KAPSAMINDA DEĞERLENDİREN TEORİLER

1. Değiştirilmiş Kast Teorisi

Değiştirilmiş kast teorisinin temellerinin dayandığı *katı kast teorisi* (*die strenge Vorsatztheorie*) haksızlık hatası ve tipiklik hatası ayrımını reddederek hatanın her durumda kastı ortadan kaldırdığını kabul etmektedir¹⁶⁰. Bu nedenle katı kast teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşülmesi konusundaki tartışmaları da lüzumsuz görmektedir¹⁶¹.

Bu teori, dogmatik tarih boyunca psikolojik olarak yorumlanan hata kavramını Roma Hukuku'ndaki *fiil kastı* (*dolus malus*) kavramına dayandırmaktadır¹⁶². Teoriye göre, failin kastından söz edebilmek için hukuka aykırılık bilinciyle hareket etmesi gerekir (Kast = Fiil kastı + Haksızlık Bilinci). Kast teorisi, klasik ceza hukuku sisteminin temelini oluşturan nedensel hareket teorisine ve psikolojik kusur kavramına dayanmaktadır. Psikolojik kusur kavramı, failin fiil ile olan içsel sürecini dış dünyadaki nedensellik sürecinden yani tipik haksızlığın kapsamından çıkartarak suçun subjektif unsuru olarak kast ve taksir şeklinde görünimleri olan kusurun kapsamında kabul etmektedir. İşte bu psikolojik kusur kavramının bir ürünü olan kast teorisi, haksızlık bilincini kastın kapsamında ele alarak failin kastından söz edebilmek için haksızlık bilinci ile hareket etmesini aramaktadır.

Teori taraftarlarının bir kısmı, hata durumunda failin kastını ortadan kaldıran şeyin, onu hataya düşüren iyi niyeti olduğunu ileri sürmektedir. Hareketinin hukuka

¹⁵⁸ Gropp, AT, s. 597, kn. 206.

¹⁵⁹ Her ne kadar kendisi görüşlerini hukuki sonucu bağımsız kusur teorisinin bir çeşidi olarak sunsa da Roxin, Heuchemer'in görüşünü katı kusur teorisinin bir versiyonu olarak nitelendirmektedir. Bkz. Roxin, AT, 2006, s. 624, kn. 60. Nitekim Heuchemer, farklı hata türleri arasındaki psikolojik ayırımdan vazgeçilmesi gerektiğini ve saf hukuki değerlendirmelere dayanan normatif bir sorumluluk sistemi geliştirilmesini desteklemektedir. Yazara göre, kaçınılmaz hata durumunda kusur ortadan kalkarken; kaçınılabılır hatada fail kasten işlenen suçtan sorumludur. Fakat hâkimin takdiri indirim uygulama imkânı bulunmaktadır. Bkz. Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 324.

¹⁶⁰ Heinrich, 2. Kitap, s. 178, kn. 1129; Wessels, Beulke, AT, kn. 468.

¹⁶¹ Erman, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, s. 323; Değirmenci, "Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma", *TBBD*, s. 175.

¹⁶² Kaufmann, *JZ*, 1954, s. 653; Schmidhäuser, AT, Kap. 10, kn. 59.

aykırı olduğunu, yani sübjektif unsurunu bilmeyen failin; bu psikolojik unsurun eksikliği nedeniyle hukuku bilinçli olarak ihlal etmediği kabul edilmektedir¹⁶³. Failin hareketinin haksızlık teşkil ettiği konusundaki bilinci, kastın bir parçası olarak kabul edilmektedir¹⁶⁴. Katı kast teorisi, failin fiilinin hukuka uygunluğu konusunda yanıldığı durumlarda eleştirilmektedir. Eğer fail suçun tüm unsurlarını biliyorsa, düştüğü hatanın kastı kaldırması mantıklı gelmemektedir. Bu eleştiri, Alman Ceza Hukuku'nda önce mahkeme kararları¹⁶⁵, sonra doktrinde baskın görüş tarafından ve en son olarak da kanun koyucu tarafından haksızlık bilincinin kusurun bir unsuru olarak kabul edilmesinin sonucu olarak kast teorisinin tümüyle terkedilmesine neden olmuştur¹⁶⁶. Bunun üzerinde katı kast teorisi, yeniden şekillendirilerek *değiştirilmiş kast teorisi (die modifizierte Vorsatztheorie)* olarak taraftar bulmuştur¹⁶⁷.

Alman Federal Mahkemesi'nin 20. yüzyıla kadar uyguladığı fakat doktrin, mahkeme kararları¹⁶⁸ ve nihayetinde kanun koyucu tarafından terk edilen kast teorisi; *Schmidhäuser, Langer, Otto, Jakobs* ve diğer yazarlar tarafından pozitif hukuka rağmen savunulabilir bir temel oluşturularak “değiştirilmiş kast teorisi” adıyla yeniden canlandırılmıştır¹⁶⁹. Değiştirilmiş kast teorisi, haksızlık hatası ve tipiklik hatası ayrımını kabul ederek; hukuka uygunluk nedeninin koşullarını hatalı varsayan kişinin, fiili işlerken hukuka aykırılık bilinci olmaksızın ve bu nedenle kast olmaksızın hareket ettiğini ileri sürmektedir¹⁷⁰. Aşağıda değiştirilmiş kast teorisinin

¹⁶³ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 149.

¹⁶⁴ Wessels, Beulke, Satzger, *AT*, 2019, s. 253, kn. 743.

¹⁶⁵ Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararda, “haksızlık bilinci” kastın kapsamından çıkartılarak kusurun bir unsuru olarak kabul edilmiştir. BGHSt 2, s. 194.

¹⁶⁶ Gropp, *AT*, s. 596, kn. 201.

¹⁶⁷ Alman kanun koyucu StGB § 17 ile kusur teorisini kabul ederek sadece katı ve sınırlı kusur teorileri arasındaki tartışmayı açık bırakmak istemesine rağmen, kast teorisi önemli azınlık görüş tarafından hala savunulmaktadır ve bu nedenle eskisi gibi doktrin tartışmasına dahil edilmelidir. Bkz. Thomas Hillenkamp, Kai Cornelius, *32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Auflage, Verlag Franz Vahlen GmbH, München, 2017, s. 81.

¹⁶⁸ Alman Federal Mahkemesi'nin 18.3.1952 tarihli BGH v. 18.3.1952, GStt 2/51, BGHSt, 2, s. 194-212 sayılı kararı ile Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin benimsediği kast teorisi eleştirilmiş ve açıkça kusur teorisi benimsenmiştir. Bu karar ceza hukuku için önemli bir dönüm noktası olarak gösterilmektedir. Bkz. Roxin, *AT*, 1, § 21, kn. 7.

¹⁶⁹ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 149; Kaufmann, *JZ* 1954, s. 653; Schmidhäuser, *AT*, Kap. 10, kn. 59.

¹⁷⁰ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 149; Kaufmann, *JZ* 1954, s. 653; Schmidhäuser, *AT*, Kap. 10, kn. 59.

teorik zemini, hukuki sonuçları, teoriye yönelik eleştiriler ve değerlendirmemize yer verilecektir.

a) Teorik Temeli

Schmidhäuser ve *Langer*'in teorisine göre, failin hukuka uygun davrandığını hatalı olarak varsaydığı durumlarda haksızlık bilinci olmaması nedeniyle kastı ortadan kalkmaktadır¹⁷¹. Her iki yazar da (göz ardı edilebilir farklarla) “kastı” haksızlık bilincini kapsayan kusurun bir unsuru olarak görmektedir. Bunun sonucu olarak, sadece suçun maddi unsurlarında hatada değil, aynı zamanda haksızlık hatasında ve hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hatada da failin kastı ortadan kalkmaktadır¹⁷².

Schmidhäuser, kast teorisine teolojik ve özellikle kusur ilkesini vurgulamaya yönelik bir karakter vermektedir. Ona göre, failin kastı ve *haksızlık anlayışı*¹⁷³ arasında kusur ilkesine bağlı ayrılmaz bir bağlantı bulunmaktadır. Kusur ilkesi, cezalandırmanın asgari koşulu olarak failin hareketini gerçekleştirirken yaptığı haksızlığın bilincinde olmasını gerektirir. Eğer fail bilinçli olarak hukuka karşı gelmişse; o zaman kasıtlı suçtan dolayı cezalandırılabilir. Dolayısıyla *Schmidhäuser*, hata kavramını psikolojik ve bilişsel bir süreç olarak kabul etmektedir. Yazar bilme ve hata, bilinç ve bilinç eksikliği gibi kavramları; herhangi bir maddi olay gerçekliğine yönelik değil; daha ziyade hareketin haksızlığına yönelik olarak kullanmaktadır. Yazara göre, failin maddi olay gerçekliğine ilişkin hatası ancak haksızlık bilinci ile ilgili olarak anlamlı olabilmektedir. Bu bağlamda, bu iki açıdan bilişsel unsur olarak failde haksızlık bilincinin varlığı, kasıtlı suçun isnat edilebilmesi için gereklidir¹⁷⁴. Bu bağlamda, *Schmidhäuser* kast teorisinin katı bir psikolojik modelini önermektedir. Baskın görüşün eleştirdiği gibi teori; failin bencilliği veya

¹⁷¹ Schmidhäuser, AT, Kap. 10, kn. 59; Gropp, AT, s. 596, kn. 199.

¹⁷² Uwe Scheffler, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente**, Juristische Ausbildung, 1993, Dezember, s. 617-627, s. 618; Kaufmann, JZ, s. 653; Sözüer, YD, Sayı: 4, Yıl: 1995, s. 474-475.

¹⁷³ Yazar burada “Unrechtseinsicht” kavramını kullanmaktadır. Bununla birlikte, “Unrechtsverständnis” ve “Unrechtsbewusstsein” olmak üzere iki farklı kavram daha bulunmaktadır. *Unrechtseinsicht*; failin kendi yaptığı haksızlığa yönelik anlayışını ifade ederken; *unrechtsverständnis* haksızlığa yönelik algılamayı, *unrechtsbewusstsein* ise haksızlık bilincini karşılamaktadır.

¹⁷⁴ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 150-151.

çıkarcılığı nedeniyle hukuka uygunluk nedeninin koşullarını bilmediği durumda adil sonuçlar vermemektedir¹⁷⁵.

Langer ise bu psikolojik yorumun ötesine geçer ve kast ve kusur tespitine ilişkin baskın görüşün katı sınırlarını eleştirerek işe başlar. Doktrini, tartışma eksikliği ve basmakalıp kanuni formülasyona dayanmakla eleştiren *Langer*, yorum ilkelerine dayanarak Alman Ceza Kanunu’nun da lafzi ve metodik olarak kast teorisini desteklediğini savunur. Eğer yasak hatasını düzenleyen ACK m. 17, bu hatayı haksızlık bilincinin eksikliği olarak tanımlamış olsaydı; o zaman failin kendi bilgi ve becerilerinin yanı sıra maddi olaydaki ipuçlarına dayanarak haksızlık bilincine sahip olduğunu söyleyebilirsek kaçınılmaz bir hata söz konusu olurdu¹⁷⁶. *Langer*’in sunduğu bu modelde; ACK m. 16/f. 1 tipiklik ve haksızlık için geçerli iken; m. 17/f.1 kaçınılmaz hata hariç gereksiz bir düzenleme haline gelmektedir. ACK m. 17/f. 2’nin uygulama alanı ise sorunlu olmaya devam etmektedir.

Jakobs ise sorumluluk modellerinin bir yandan tipiklik bir yandan haksızlık hatası bağlamında dengelenmesi fikrine dayanan kast teorisinin psikolojik bir çeşidinden bahsetmektedir¹⁷⁷. Haksızlık hatasında normatif sorumluluk; tipiklik hatasında psikolojik sorumluluk gibi iki farklı sorumluluk modelinin tek bir kanunda bir araya getirilmesinin hukuk mantığına ters olduğunu belirten *Jakobs*, günümüz baskın görüşüne aykırı olarak “suçun maddi unsurlarını bilmeyen” ifadesini bilmesi gereken kişinin, bilene eşit olduğu şeklinde yorumlamaktadır. Fakat *Jakobs*’un bu görüşü de “bilme” kavramının herhangi bir normatif düzeltici yorumunun da kanunun lafzi sınırını aştığı yönünde eleştirilmektedir¹⁷⁸.

Otto’nun değiştirilmiş kast teorisine göre; hukuka uygunluk nedeninin koşullarını hatalı olarak varsayan kişi, fiili işlerken haksızlık bilinci olmaksızın ve bu nedenle kast olmaksızın hareket etmektedir. Teoriye göre **kast**, *tipiklik kastı* ve

¹⁷⁵ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 151-152.

¹⁷⁶ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 152.

¹⁷⁷ Jakobs, *ZsTW* 114 (2002), S. 585 ff aktaran Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 157-158.

¹⁷⁸ Jakobs, *ZsTW* 114 (2002), S. 585 ff aktaran Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 157-158.

sosyal zarar bilgisini de içeren *maddi haksızlık bilincinden* oluşmaktadır¹⁷⁹. Failin bilerek ve isteyerek norma karşı gelmesi, *şekli haksızlık bilinci* anlamına gelmektedir ve kusurun özünü oluşturmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata da *maddi haksızlık bilincinin* yokluğuyla ilgili olup failin kastını ortadan kaldırmaktadır. Bu durumda tipiklik hatasına ilişkin hüküm söz konusu hata için de kıyasen uygulanabilir. Hareketin yasak olduğu hakkındaki hata ise şekli haksızlık bilincinin bulunmaması sebebiyle haksızlık hatası olarak değerlendirilmektedir¹⁸⁰.

b) Hukuki Sonuçları

Değiştirilmiş kast teorisine göre, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşen failin maddi haksızlık bilincinin yokluğu nedeniyle kastı ortadan kalkmaktadır. Örnek (1)'de¹⁸¹, (A)'nın mala zarar verme suçu bakımından kastı ortadan kalkacaktır. Mala zarar verme suçu taksirle de işlenemediğinden dolayı (A) cezalandırılmaz. (B)'nin de mala zarar verme suçuna yardım etmeden dolayı cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Çünkü (sınırlı) bağlılık kuralı gereği yardım etmeden dolayı şeriklerin cezalandırılması için kasten işlenen bir ana suç olmalıdır. Olayda kasten işlenen bir mala zarar verme suçu bulunmamaktadır. Bu durumda, hem (A) hem de (B) mala zarar verme suçundan dolayı cezalandırılmaz.

c) Teoriye Yönelik Eleştiriler

i. Taksir Tipleştirmesi

Langer'in önerdiği model; kast, taksir ve kusur dogmatikliği açısından tutarlı olmadığı yönünde eleştirilmiştir. Eleştirilerden ilki; yasak hatasına ilişkin düzenlenmenin taksir tipleştirmesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

Alman Ceza Kanunu'ndaki m.17/f. 2'ye göre; “*Fail, fiilinin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınılabılır bir hata ise, ceza 49 uncu maddenin birinci fıkrasına göre indirilebilir.*”

¹⁷⁹ Otto, *Strafrecht AT*, 4. Auflage, 1992, kn. 15, 112; Otto, *Grundkurs*, § 15, kn. 5 vd.

¹⁸⁰ Otto, *Grundkurs*, § 15, kn. 5 vd.

¹⁸¹ Örnek (1)'i hatırlamak için sayfa 2, 39 veya 95'e bakılabilir.

Türk Ceza Kanunu m. 30/f. 4’de ise “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” hükmü yer almaktadır. Kaçınılabılır hatanın hukuki sonucu madde metninde yer almamakla birlikte gerekçede “**Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.**” şeklinde ifade edilerek ACK m. 17/f. 2 ile benzer bir tutum sergilenmiştir.

Alman Ceza Kanunu m.17/f. 2’de ve Türk Ceza Kanunu m.30’un gerekçesinde yer alan “**failin hatası kaçınılabılır**” veya “**hatanın kaçınılabılır olması**” ifadelerinin yapısal olarak taksir değerlendirmesi sayılıp sayılmayacağı tartışılmaktadır.

Kuhlen bu değerlendirmeyi yaparken, ACK m. 17’nin ilk iki fıkrasının birbirini tamamladığını belirterek söz konusu maddeye eklenecek üçüncü bir cümlemin iki farklı versiyonu ile Langer’in modelini test etmektedir¹⁸².

Versiyon (1): “Fail, taksirle hataya düşmektedir.”

Versiyon (2): “Fail, taksirli davranmaktadır.”

İşte bu iki cümle arasındaki fark, göz ardı edilemeyecek kadar önemlidir ve hangisinin ifade edildiği konusunda net olunmalıdır. Eğer versiyon (1) kabul edilirse; Langer’in görüşü mantıklı gözükebilir. Fakat bu durumda da argümanı geçersiz hale gelir. Eğer versiyon (2) temel alınır; bu durumda Langer’in argümanı kısmen geçerlidir ama bu sefer de mantıksızdır.

Çünkü Kuhlen’in testine göre, versiyon (1) temel alınır düzenleme şu şekilde okunur: “Fail, fiilinin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse; o zaman kusurlu hareket etmiş sayılmaz, **eğer taksirli hataya düşmediyse. Fail, taksirli hataya düşerse, o zaman ceza 49 uncu maddenin birinci fıkrasına göre indirilebilir.**”

Versiyon (2) temel alınır, düzenleme şöyle okunabilir: “Fail, fiilinin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse; o zaman kusurlu hareket

¹⁸² Kuhlen, *Irrtum*, s. 278; Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 153-154.

etmiş sayılmaz, eğer taksirli hareket etmediyse. Fail, haksızlık hatasında taksirli hareket ederse, o zaman ceza 49 uncu maddenin birinci fıkrasına göre indirilebilir.”

Kuhlen’e göre bu test, söz konusu düzenlemenin doğru okumasının sadece kast teorisi ile uyumlu olduğunu göstermektedir. Çünkü kusur teorisi okuması olan versiyon (2), bir kişinin haksızlık hatası içinde kasten ama kusursuz hareket etme olasılığını ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca kasten hareket eden bir kişinin, kaçınılabılır bir haksızlık hatasına düşmesi durumunda kusur teorisinin koşulları altında cezasının hafifletilmesi imkânı ortadan kalkmaktadır¹⁸³.

Kuhlen’in bu eleştirisine ek olarak, *Schmidhäuser*, kaçınılabılır hatanın kasta dahil edilememesini teorisinin önemli bir eksikliği olarak göstermektedir. Çünkü bu durumda ceza sorumluluğu; failin bilincindeki içsel bir duruma bağımlı hale gelmektedir. Çok bariz durumda olan tipiklik hatalarında bile faile ayrıcalık tanınmasının adil olmayan sonuçlara neden olabileceği ifade edilmektedir.

ii. Kusur Kavramıyla Uygunluk

Teoriye getirilen bir diğer eleştiri, kusur kavramıyla uyumlu olup olmadığı yönündedir. Yeni ortaya çıkan kast teorisi versiyonlarında bile düzeltilemeyen katı kast teorisinin en zayıf noktası da burasıdır.

Schmidhäuser ve *Langer’e* göre; bir hareketin kast ve kusur ile ilişkilendirilmesi ancak failin hareketini gerçekleştirirken haksızlık teşkil ettiğini bilmesine bağlıdır. Dolayısıyla haksızlıkla ilgili idrak biçiminin, kast ve kusur isnadı için eşzamanlı bir koşul olarak gerekli olması kusur kavramıyla çelişmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre kusur, failin hareketini gerçekleştirirken yaşadığı psikolojik veya zihinsel bir sürece karşılık olarak değil; bilakis cezalandırmanın amacına dayanan ve failin algılama ve irade yeteneği ile ilgili olarak anlaşılmalıdır. Haksızlık bilincinin varlığı ve yokluğuna ilişkin değerlendirme, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata için de aynı olmalıdır.

¹⁸³ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 154.

Birinci bölümde incelenen meşru savunmada “savunmanın zorunluluğunda hata” örnek olaylarında¹⁸⁴; kendi dikkatsizliği ve ilgisizliği nedeniyle maddi olayın gerçekliğinden haberdar olmayan failin bu hatasından yararlanmasına imkân veren kast teorisine yapılan temel eleştiri gösterilmektedir. Normatif bakış açısına göre, failin aceleciliği veya dikkatsizliği nedeniyle kendini aklaması kabul edilemez. Aksi takdirde, kast teorisinin uygulanması yoluyla psikolojikleştirme yapısal hale gelecektir ve hata teorisi için adeta bir çıkmaza neden olacaktır¹⁸⁵.

d) Değerlendirme

Teori, haksızlık bilincini kastın kapsamında kabul etmektedir. Haksızlık bilinci, failin fiilinin haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmasını ifade eder. Haksızlık teşkil eden fiilden dolayı failin kınanabilmesi de buna bağlıdır ve haksızlık bilinci kusurun bir unsurudur. Kast teorisinin, *haksızlığa ilişkin objektif unsurların bilinmesi* ile *failin haksızlık teşkil ettiğinin bilinmesini* birbirine karıştırdığı ifade edilmelidir¹⁸⁶. Nitekim bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre, haksızlık bilinci kastın bir unsuru değil; kasten icra edilen haksızlıktan dolayı fail hakkındaki kınama yargısının ifade eden kusurun bir unsurunu oluşturmaktadır.

Kast teorisinin *Schmidhäuser* ve *Langer* tarafından yeniden şekillendirilen modeli, psikolojik bir sorumluluk modeli sunmaktadır. Langer, failin kasıtlı suçtan sorumlu tutulabilmesi için fiilinin hukuka aykırılığının bilincinde olmasını aramaktadır. Hukuk düzenine düşmanlıktan veya hukuk normlarına yönelik “körlükten” kaynaklanan hatalar hariç, eğer fail hareketini yasak olarak görmüyorsa kastı ortadan kalkmaktadır¹⁸⁷. Bu durum, hukuku ciddi şekilde ihlal eden kişinin kasıtlı suçtan sorumlu tutulması imkanını ortadan kaldırmaktadır. Örneğin, kendi hatası nedeniyle hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşerek hareketinin hukuka aykırılığını gözden kaçırarak kişi, sorumluluktan kaçabilmektedir. *Langer* böylelikle *Jakobs*’un ortaya koyduğu modelin aksine, açık bir psikolojikleştirme modeli önermektedir. Kasıtlı suçtan cezalandırmayı ortadan kaldıran bu yaklaşımda, söz

¹⁸⁴ Söz konusu örnek olaylar için çalışmanın 1. Bölüm, II, B, 2, b. başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

¹⁸⁵ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 156-157.

¹⁸⁶ Göktürk, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 430.

¹⁸⁷ Heinrich, *AT*, 2.Kitap, s. 180, kn. 1130.

konusu psikolojik sürecin eksikliği failin ceza sorumluluğunu etkilememektedir. Bu durum hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda, hukuka karşı gelen ve fakat haksızlık bilinci olmadığı savunması yapan kişiye kabul edilmez bir ayrıcalık sağlayabilir¹⁸⁸. Belirtilen bu nedenlerle, kast teorisi desteklenemez.

2. Tipikliğin Olumsuz Unsurları Teorisi

Adolf Merkel ve *Ruda Frank* tarafından geliştirilen ve sonuçları genel olarak sınırlı kusur teorisine atfedilen, *tipikliğin olumsuz unsurları teorisine (die lehre von negativen Tatbestandsmerkmalen)* göre, suçun tipiklik ve kusur olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Tipiklik, kanuni tipikliğin yanı sıra hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması şeklinde olumlu ve olumsuz olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Tipikliğin olumsuz unsurlar teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarını tipikliğin olumsuz bir unsuru olarak kanuni tipikliğe dahil etmektedir¹⁸⁹. Teoriye göre, olumlu ve olumsuz unsurların birleşimi haksızlığı oluşturmaktadır. Bu teoride, haksızlığın temeli yasak normu ile izin normu arasındaki belirtilen bu sentezden oluşmaktadır¹⁹⁰.

Tipikliğin olumsuz unsurları teorisine göre; hukuka uygunluk nedenleri de tipikliğin olumsuz unsuru olarak kabul edildiği için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata, doğrudan *tipiklik hatası* kapsamında kabul edilerek failin kastını ortadan kaldırmaktadır¹⁹¹. Eğer suçun taksirli hali cezalandırılıyorsa ve failin hataya düşmede taksiri varsa o halde fail, suçun taksirle işlenmesinden sorumlu tutulabilmektedir¹⁹².

¹⁸⁸ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 159.

¹⁸⁹ Adolf Merkel, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1889, s. 82-83; Jescheck, Weigend, **AT**, § 25, III, s. 249; Kindhäuser, **StGB**, vor §§ 32–35 Rn. 37; Roxin, **AT**, § 10, s. 286, kn. 13 vd; Schünemann, **GA**, 1985, 347 ff.

¹⁹⁰ Erman, **Yanılma**, s. 324.

¹⁹¹ Baumann, Weber, Mitsch, **AT**, § 21, kn. 40; Roxin, **Strafrecht AT /1**, 1992, p. 13; Klaus Rinck, **Der zweistufige Deliktsaufbau**, 1. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, s. 74 vd; Ulrich Schroth, **Vorsatz und Irrtum**, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1998, s. 117 vd; Karaaslan, **Legal Hukuk Dergisi**, s. 1687.

¹⁹² Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 438, 439; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.279; Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 597.

a) Teorik Temeli

i. Haksızlığın Yapısı

Tipikliğin olumsuz unsurları teorisi, tipiklik ve kusur unsurlarından oluşan *iki unsurlu suç teorisini* kabul etmektedir. Tipiklik unsuru; olumlu ve olumsuz unsurlardan oluşmaktadır. Teori, suçun yapısına ilişkin baskın öğretinin aksine; tipikliği daha genel anlamda bir “haksızlık tipi” olarak yorumlamaktadır ve hukuka uygunluğun yokluğunu da tipikliğin olumsuz bir unsuru olarak kabul etmektedir¹⁹³.

Suçun kanuni tanımında yer verilen unsurların fonksiyonu, haksızlığın tanımlanması ve sınırlarının çizilmesidir. Hukuka uygunluk nedenleri de aynı fonksiyonu olumsuz yönden icra etmektedir¹⁹⁴. Teoriye göre, haksızlığın temeli yasak normu ile izin normu arasındaki bu sentezden oluşmaktadır ve suçun yapısı açısından genel kısımda mı yoksa özel kısımda mı gösterildiklerinin bir önemi bulunmamaktadır¹⁹⁵. Dolayısıyla suçun yasal tanımında yer verilen maddi unsurlar ile hukuka uygunluk nedenleri arasında, tipikliğin yapısındaki işlevleri bakımından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Tipe uygun olmadığı için cezalandırılmayan bir fiil ile hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde cezalandırılmayan fiil arasında hiçbir fark yoktur. Aralarındaki tek fark, suçun kanuni tanımının haksızlık tipinin içinde yer alan hareketleri belirlemesi; buna karşılık hukuka uygunluk nedenlerinin bunun dışında kalan hareketleri belirlemesidir¹⁹⁶. Hukuki değer ihlalinin bilinci şeklinde *tipiklik kastının uyarı fonksiyonu*, hukuka uygunluk koşullarının hatalı varsayılması yoluyla etkisiz hale gelmektedir¹⁹⁷.

Teori, kanuni suç tipinde özel olarak zikredilen hukuka aykırılık hallerinde de tutarlı bir çözüm sağladığını ifade etmektedir. Çünkü bir maddi vakıanın tipikliği mi yoksa hukuka aykırılığı mı ortadan kaldırdığı hususunda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Fakat kanuni tanımda yer verilen hukuka uygunluk nedeninin

¹⁹³ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 160; Jescheck, Weigend, **AT**, § 25, III, 1, s. 249; Kühl, **AT**, § 26, s. 127; Roxin, **AT**, I, § 10, s. 286, kn. 14.

¹⁹⁴ Roxin, **AT**, I, § 10, s. 286, 287, kn. 14; Heinrich, **AT**, § 7, s. 43, kn. 108.

¹⁹⁵ Erman, **Yanılma**, s. 324.

¹⁹⁶ Erman, **Yanılma**, s. 325.

¹⁹⁷ Thomas Hillenkamp, Kai Cornelius, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarının Hatalı Varsayılması Kastı Ortadan Kaldırır mı?”, (Çev. Buket Abanoz Öztürk), **İstanbul Hukuk Mecmuası**, Sayı: 78, N. 4, s. 2111-2129, s. 2119.

koşullarında düşülen hata ile kanuni tanımında yer verilmeyen hukuka uygunluk nedenlerinde düşülen hatanın farklı değerlendirilmesinin doğru olmayacağı savunulmaktadır¹⁹⁸. Oysa tipikliğin olumsuz unsurları teorisi, hukuka uygunluk nedenlerini en baştan tipikliğe dahil ettiği için suç tipinde yer verilmesi veya yer verilmemesi hatanın sonucunu değiştirmemektedir.

Tipikliğin olumsuz unsurları teorisi, söz konusu hatayı yasak hatası kapsamında kabul eden katı kusur teorisini de eleştirmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatayı yasak hatası olarak kabul eden söz konusu teorinin, tutarlılık gereği tersine hata¹⁹⁹ durumunda mefruz suçu (hukuka uygunluğun sübjektif koşullarının bilmeme) ve böylece önerilen (ve tipikliğin olumsuz unsurları teorisinin zemininden sonuç olarak çıkan) teşebbüsten cezalandırılabilirliğin yerine cezasızlığı kabul etmesi gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinin “objektif” olarak ortaya çıkmasını yeterli görmeyen teori; söz konusu koşulların gerçekleştiği hususunu bilmeyen failin “sübjektif” unsurun eksikliği nedeniyle söz konusu hukuka uygunluk nedeninden faydalanamayacağını belirtmektedir. Ayrıca tipikliğin olumsuz unsurları teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatada tipiklik hatasının kıyasen uygulanmasını öngören sınırlı kusur teorisini de eleştirmektedir. Teoriye göre, suçun faile kıyasen yüklenmesi yasaktır ve kıyas olmaksızın da taksirli suçun yapısı, kasıtlı suçtan tamamen farklı bir tipiklik kavramına dayandırılmış olacaktır. Belirtilen bu nedenlerle, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında

¹⁹⁸ Hillenkamp, Cornelius, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, Sayı: 78, N. 4, s. 2111-2129, s. 2119.

¹⁹⁹ Tersine hata durumunda hukuka uygunluk nedenlerinin manevi unsuru olup olmadığına, manevi unsur aranacaksa bunun içeriğinin ne olması gerektiğine ve manevi unsurun yokluğuna bağlanan sonuca ilişkin tartışmalar bulunmaktadır. Alman doktrininde baskın görüş, eylemin hukuka uygunluğu için sübjektif unsuru aramaktadır. Azınlıkta kalan görüş ise hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarındaki bilgisizliği hukuka uygunluğun bütününe imkânsız hale getirdiğini varsaymaktadır. Bkz. Gropp, **AT**, s. 592, kn. 181, 182. Bu durumda hukuka uygun davrandığını bilmeyen fail için suçun teşebbüs halinden cezalandırılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu görüş, her ne kadar netice hukuka uygun olsa da hareketin haksızlığının devam ettiği fikrine dayanmaktadır. Hareketin ve neticenin haksızlığı ile uyum içerisinde bir çözüm sunduğu için de makul bir görüş olarak kabul görmektedir. Fakat teşebbüs çözümünü savunanların bu görüşü, haksızlık ve olumsuz değer yapıya uymaması nedeniyle artık terkedilmektedir. Nitekim teşebbüsün ahlaki olarak olumsuz değeri; hareketin ahlaki değersizliğinden oluşmamaktadır. Bilakis kişisel değersizlik ve olayın bizatihi kendisinin değersizliğinden oluşmaktadır. Bir başka ifadeyle, teşebbüsün değersizliği failin üçüncü kişiler nezdinde tehlike oluşturmamasını şart koşmaktadır. Gropp, **AT**, s. 593, kn.184, 187, 188. Tersine hata için çalışmanın birinci bölümünde yer alan II. B. 2. Numaralı “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Tersine Hata” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

hata durumunda tipikliğin olumsuz unsurları teorisinin en makul teori olduğu ifade edilmektedir.

ii. Kastın Kapsamı

Teoriye göre hukuka aykırılık, tipiklik kapsamında ele alındığından; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata da tipiklik hatasıdır ve kastı ortadan kaldırmaktadır. Kast teorisinden farklı olarak, kastın ortadan kalkması söz konusu harekete izin verildiği fikrinin otomatik bir sonucu değildir. Bilakis kastın ortadan kalkması; hukuka uygunluk koşullarının pozitif olarak varsayılmasını gerektirir²⁰⁰. Çünkü hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarına dair bilgi kastın kapsamında kabul edilmektedir²⁰¹. Dolayısıyla suçun kanuni tarifine sadece maddi ve manevi unsuru değil, hukuka aykırılık unsuru da dahil edilmektedir²⁰². Bu durumda ceza kanunun özel hükümler kısmında düzenlenen her suç tipi, hukuka uygunluk nedenlerinden birinin koşullarının gerçekleşmemesi şeklinde anlaşılabacaktır. Örneğin, kasten öldürme suçu *“bir insanın kasten öldürülmesi mevcut hukuka aykırı bir saldırı karşısında gerekli savunma durumunun ve savaş halinin bulunmaması halinde cezalandırılır.”* şeklinde okunabilir²⁰³.

Kastın mihenk taşı, sadece suç tipinin varlığının bir cezai tehdit unsuru olmasında değildir; bilakis aynı zamanda hukuka uygunluk kalıbının eksik olmasındadır. Çünkü suçun kanuni unsurlarının varlığı ve hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu bir arada olduğu takdirde, tipik haksızlık ortaya çıkmaktadır²⁰⁴. Teoriye göre; hukuka uygunluğun objektif koşullarının varlığı, sübjektif unsurlar olmadan hukuka uygunluğu gerekçelendiremediği gibi, hukuka uygunluğun objektif koşullarının yokluğu da sübjektif unsurlar varken hukuka uygunluğu ortadan kaldıramaz.

²⁰⁰ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 160.

²⁰¹ Jescheck, **AT**, s. 416; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 454.

²⁰² Heinrich, **AT**, 2. Kitap, s. 188. Yazar, tipiklik ve kusurluluk olmak üzere iki basamaklı suç teorisini kabul etmekte, hukuka aykırılığı da tipikliğin olumsuz bir unsuru olarak kabul etmektedir.

²⁰³ Roxin, **AT**, I, § 10 C, s. 287, kn. 15; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 454.

²⁰⁴ Hillenkamp, Cornelius, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, Sayı: 78, N. 4, s. 2111-2129, s. 2119.

b) Hukuki Sonuçları

Tipikliğin olumsuz unsurları teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata, doğrudan *suçun maddi unsurlarında hata* kapsamında değerlendirilerek failin kastını ortadan kaldırmaktadır. Eğer failin hatası kaçınılabilir bir hata ise ve suçun taksirli hali cezalandırılıyorsa o halde fail suçun taksirle işlenmesinden sorumlu tutulabilir.

Örnek olay (1)'de²⁰⁵ (A)'nın düştüğü hata, kaçınılabilir bir hatadır. Fail daha dikkatli ve özenli davransaydı posta kutusundaki notun ağacın kesilmesiyle ilgili olmadığını öğrenebilirdi. Bu nedenle failin hataya düşmede taksiri bulunmaktadır. Fakat kanun koyucu mala zarar verme suçunun taksirli halini cezalandırmadığı için (A) mala zarar verme suçundan dolayı cezalandırılmaz. Bu çözüme göre, kasten işlenen bir ana suç olmadığı için (B)'nin suça yardım etmeden dolayı cezalandırılması da mümkün değildir.

c) Teoriye Yönelik Eleştiriler

Tipikliğin olumsuz unsurları teorisi, literatürde çok güçlü bir destek bulamamasına rağmen kendi içinde tutarlı ve çelişkiden uzak bir teori olarak görülmektedir. Nitekim teoriye yönelik sert bir içerik eleştirisi de yapılmamıştır²⁰⁶. Yapılan eleştiriler, teorinin hata öğretisine ve ceza sorumluluğu yaklaşımına yönelik değil; genellikle suçun yapısına ilişkin değerlendirmelerine yöneliktir.

Teoriye getirilen en güçlü eleştiri; suçun iki basamaklı yapısını kabul eden teorinin, tipiklik hatasını haksızlığın tüm koşullarına genişlettiği yönündedir. Oysa tipiklik hatasını suçun maddi unsurlarıyla saklı tutmak gerektiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte, hukuka uygunluk nedenlerinin suçun olumsuz unsuru olduğu teorisinin benimsenmesi, normun uyarı fonksiyonun işlevsiz bıraktığı ve genel önleme etkisini ortadan kaldırma tehlikesini ortaya çıkardığı yönünde eleştirilmektedir²⁰⁷. Teoriye yönelik eleştiriler aşağıda üç başlık altında açıklanmıştır.

²⁰⁵ Örnek (1)'i hatırlamak için sayfa 2, 39 veya 95'e bakılabilir.

²⁰⁶ Roxin, AT, § 16, kn. 70.

²⁰⁷ Jescheck, Weigend, AT, § 25, s. 250.

i. Normun Uyarı Fonksiyonunun İşlevsizleştirilmesi

Tipikliğin olumsuz unsurları teorisi, tipik olmadığı için cezalandırılmayan fiil ile somut olayda hukuka uygunluk nedeninin bulunması nedeniyle cezalandırılmayan fiili eşit görerek ikisi arasındaki değer farklılığını göz ardı etmektedir²⁰⁸. *Welzel* bu durumu, tipik olmayan bir sineğin öldürülmesi ile tipik fakat hukuka uygun meşru savunma halinde bir insanın öldürülmesi davranışı aynı olmadığını örnek göstererek ifade etmektedir²⁰⁹. Tipik olmayan bir fiil ceza hukuku bakımından herhangi bir haksızlık ifade etmediği için önem arz etmez ve cezalandırılmaz. Fakat tipik olmakla birlikte hukuka uygunluk nedenine dayanan fiil, hukuken korunan bir menfaati ihlal etmesine rağmen hukukun ilgili ihlale cevaz veriyor olması nedeniyle cezalandırılmaz. Bu nedenle teorinin yasak davranışlar ile izin verilen davranışları eşit tutarak iki davranış arasındaki ilişkiyi çarpıttığı ileri sürülmektedir²¹⁰. İki örnek arasındaki bu farklılık, normun uyarı fonksiyonuna dayanmaktadır ve normun genel caydırıcı etki göstermesini sağlamaktadır. Tipikliğin olumsuz unsurları teorisinin, normun uyarı fonksiyonunu işlevsiz bırakarak ceza normunun genel caydırıcı etkisini ortadan kaldırma tehlikesi barındırdığı yönünde eleştirilmektedir²¹¹.

Bununla birlikte, teorinin bu yaklaşımının hukuka uygunluk nedenine dayanan bir harekete, karşı tarafın katlanma yükümlülüğünü de işlevsiz kıldığı belirtilmektedir. Örneğin, bir saldırıya karşı meşru savunma yapan kişi, hukuka uygunluk nedeninden faydalanacaktır ve saldıran kişi bu haklı savunma sonucu oluşan zararlara katlanmakla yükümlüdür. Tipikliğin olumsuz unsurları teorisi ise söz konusu savunma hareketini, yasak hareketler ve izin verilen hareketler arasında yerleştirmeye çalışarak katlanma yükümlülüğünü bertaraf etmektedir²¹².

²⁰⁸ Jescheck, Weigend, AT § 25, s. 250; Wessels, Beulke, Satzger, AT, §5, kn. 126.

²⁰⁹ Welzel, "Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatives Problem", ZsTW, 67, 1955, s. 196-228, s. 210; Erman, Yanılma, s. 331; Göktürk, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 425; Tunç, Ceza Hukukunda Kastı Engellenen Hata, s. 93.

²¹⁰ Erman, Yanılma, s. 332.

²¹¹ Jescheck, Weigend, AT § 25, s. 250; Heinrich, AT, § 8, s. 44, kn. 110.

²¹² Erman, Yanılma, s. 333.

ii. Haksızlığın Yapısı ve Hareket Kavramına Yaklaşımı

Teoriye göre, dış dünyaya yansıyan bir hareket sadece hukuka uygunluk nedeni olmadığı takdirde hukuki anlamda hareket olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla *Paeffgen*'in doğru bir şekilde işaret ettiği gibi, teoriye göre; fail bir hukuka uygunluk nedeninin koşullarını tasavvur ettiği sürece, hukuka aykırı tipikliğin gerçekleştirilmiş olması, hukuki anlamda "hareket" olarak kabul edilmez. Bu durumda, failin hukuka uygunluk durumuna ilişkin düşüncesinin tamamen ampirik olgusu, bir hareketin varlığı için olumsuz bir koşul haline gelmiş olur. Fakat teorinin; hukuk sistemi tarafından aslında affedilemez hataları, bu “otomatik aklama” sisteminden geçirmeyecek bir *normatif filtre* sunamadığı belirtilmektedir²¹³.

Ceza hukukunda bir “hareket”, failinin bilincinde herhangi bir subjektif varsayımın otomatik ürünü değil; normatif standartlara göre belirlenen somut değerlendirmenin bir sonucu olabilir. Ceza hukuku kapsamındaki sorumluluk teorisi için önemli olan hareket kavramı, emredici ve yasaklayıcı normla olan ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla ceza hukuku anlamında bir “hareketin” varlığından söz edilebilmesi için failin psikolojik eğiliminin ötesinde dış dünyaya yansımaları, ceza kanunlarında belirtilen emredici veya yasaklayıcı norma uyması gerekmektedir.²¹⁴

Bununla birlikte teori, kastın bazı durumlarda “bilmek ve istemek”, bazı durumlarda ise “bilmemek ve istememek” şeklinde kabul edilmesine neden olduğu için kast anlayışının yapısına da aykırı görülmektedir²¹⁵. Bunun bir sonucu da hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen kaçınılabilir hatanın kastı ortadan kaldırmaması fakat taksirden doğan öngörme yükümlülüğü için tüm koşulların aranmasıdır. Bu durumda fail somut olayda herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmediğini öngörebilecek durumda olmadığı sürece taksirin varlığı da kabul edilemeyecektir²¹⁶.

²¹³ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 164.

²¹⁴ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 165.

²¹⁵ Erman, *Yanılma*, s. 335.

²¹⁶ Erman, *Yanılma*, s. 335.

iii. Kast Teorisinin Ortaya Koyduğu Söbjektif Sorumluluk Yaklaşımı ile Karşılaştırılması

Tipikliğin olumsuz unsurları teorisi, sonuçları dikkate alındığında, kast teorisinin tamamen psikolojikleştirici sorumluluk yaklaşımına sadece küçük bir düzeltme sağlayabilmektedir. Kast teorisine göre; failin kasten işlenen bir suçtan dolayı sorumluluktan kurtulabilmesi için hareketine izin verildiğini düşünmesinden başka bir unsur gerekmemektedir. Tipikliğin olumsuz unsurları teorisine göre ise failin hukuken kabul edilen bir hukuka uygunluk nedeninin koşullarının oluştuğunu düşünmesi gerekli ve yeterlidir. Bu nedenle, iki teori arasındaki fark; kast teorisinin, maddi olayın hukuka uygun olduğunu düşünmeyen, fakat yine de hareketlerine izin verileceğini düşünen failin kasıtlı sorumluluktan muaf tutulması durumunda ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda, tipikliğin olumsuz unsurları teorisi en azından gerçeklik temelini arayarak kast teorisine göre nispeten daha adil sonuçlar vermektedir²¹⁷.

iv. Pozitif Düzenlemelerle Çelişmesi Üzerine Yapılan Eleştiriler

İlk olarak, teorinin tipiklik ve hukuka aykırılık arasında kurduğu ilişki; meşru savunma ve zorunluluk halinin kanuni düzenlemeleri ile uyuşmadığı yönünde eleştirilmektedir²¹⁸. Her ne kadar bu eleştiri, Alman Ceza Kanunu temel alınarak yapılmış olsa da büyük ölçüde Türk Ceza Kanunu için de geçerlidir. Çünkü ACK m. 32, meşru savunma hakkı için hukuka aykırı olmayan hareketlerin varlığını aramaktadır. “Meşru savunmaya meşru savunma yapılamaz” kuralı da buna dayanmaktadır. Bu kural, Türk ceza hukuku için de geçerlidir. Aslında teori, dış dünyaya yansıyan bu hareketleri hukuki anlamda hareket olarak kabul etmemektedir. Çünkü tipikliğin olumsuz unsurları teorisine göre, hareket sadece hukuka uygunluk nedeni olmadığında hukuki anlamda hareket olarak kabul edilebilir. Fakat söz konusu kanuni düzenleme örnekleri, tipikliğin olumsuz unsurları teorisinin bu varsayımının, kanunun lafzi yorumu ile uyuşmamaktadır.

²¹⁷ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 163.

²¹⁸ ACK m. 34’de düzenlenen hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinden faydalanılabilmesi için kanun koyucu kişinin hukuka aykırı olmayan hareketini şart koşmaktadır. Bu durum, Türk Ceza Kanunu’nda kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bir neden olarak düzenlenen zorunluluk hali için geçerli değildir.

İkinci olarak, hatanın hukuki düzenlemesi kapsamında yapısal sonuçları değerlendirilmelidir. Teori, maddi bir olayı değerlendirirken; “suçun maddi unsurlarının yokluğu” ile “hukuka uygunluk nedeninin koşullarının yokluğunun” herhangi bir fark yaratmadığını varsaymaktadır²¹⁹. Bu durumu eleştiren *Puppe*, failin maddi gerçekliğe ait bir hususu bilmemesi nedeniyle suçun maddi unsurunda yanılan kişi ile hukuka uygunluk nedeninin varlığında yanılan kişi arasında fark olduğuna dikkat çekmektedir²²⁰. Kast teorisinde ortaya koyulan bu psikolojikleştirilmiş sorumluluk yaklaşımı; herhangi bir nedenden dolayı hukuka uygunluk nedeninin koşullarını göz önünde bulundurmeyen faili kasıtlı suçtan dolayı cezalandırma imkanını ortadan kaldırır. Bu yaklaşım, tipikliğin gerçekleşmesine isnat edilecek kasıtlı bir suçtan sorumluluğu zaten baştan engellemektedir. Bu bağlamda, yukarıda açıklandığı üzere, örneğin meşru savunma bağlamında ortada hukuki anlamda bir “hareket” de mevcut değildir. Bu teorinin, mazur görülebilir bir hata yapan fail ile kabul edilemez bir hata yapan fail arasında ayırım yapma imkânını ortadan kaldırdığı belirtilmektedir²²¹.

d) Değerlendirme

Tipikliğin olumsuz unsurları teorisi, literatürde çok güçlü bir destek bulamamasına rağmen kendi içinde tutarlı ve çelişkiden uzak bir teori olarak görülmektedir. Fakat kast teorisine yönelik birçok eleştirinin tipikliğin olumsuz unsurlar teorisi için de geçerli olduğu söylenebilir. Fail, davranışına izin verildiği yönündeki düşüncesi ile bu düşüncesine neden olan durum onu aklamak için yeterli olmasa bile haksızlık kastından kaçınabilmektedir. Böylece hukuk sistemi tarafından kabul edilebilir olmayan hatalarda dahi fail sorumluktan kurtulabilmektedir.

Bununla beraber, tipikliğin olumsuz unsurları teorisinin hareket kavramına ve suçun yapısına ilişkin yaklaşımı da problemlidir. Nitekim bu nedenle teorinin normun uyarı işlevini etkisiz kaldığı, kast kavramını “bilmek ve istemek” ile “bilmemek ve istememek” şeklinde her suç tipi için tutarlı olmayan bir içeriğe

²¹⁹ Puppe, FS Stree/Wessels, s. 188.

²²⁰ Puppe, FS Stree/Wessels, s. 188.

²²¹ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s.163.

bağladığı ve pozitif hukukla çeliştiği eleştirilerine maruz kaldığı görülmektedir. Belirtilen bu nedenlerle tipikliğin olumsuz unsurları teorisi de desteklenemez.

3. Sınırlı Kusur Teorisi

Sınırlı kusur teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın çözümü ne suçun iki ya da üç unsurlu yapısından ne de hareket kavramından geçmektedir. Bilakis mesele sadece hatanın temel yapısı ve ceza politikasına göre yapılan bir değerlendirme ile çözülebilir²²². Teori, kusur teorisinin içinden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatayı çıkardığı ve kıyas yoluyla tipiklik hatasına soktuğu için *sınırlı* veya *sınırlandırılmış* kusur teorisi (*die eigenschränkte Schuldtheorie*) olarak adlandırılmaktadır²²³.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen kişi, hukuka düşman olmakla suçlanamaz, fakat gerekli dikkat ve özeni göstermemekle suçlanabilir²²⁴. Çünkü bir hukuka uygunluk nedeninin koşullarında hataya düşen fail, sübjektif olarak hukuka sadık bir vatandaşır²²⁵. Fakat objektif olarak ortada koşulları sağlanmış bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır. Failin yanılığı, hukuk normlarına değil; somut olaydaki maddi gerçeklere yöneliktir. Unsur hatasından farkı ise failin haksızlığı doğuran değil, engelleyen veya yerleşmiş ifadeyle ortadan kaldıran koşullarda hataya düşmesidir. Bu nedenle fail, suçun maddi unsurlarında hataya düşen kişiye daha yakinken; düştüğü norm hatası nedeniyle haksızlık hakkında farklı fikirde olan kişiye daha uzaktır²²⁶. Dolayısıyla sınırlı kusur teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatada haksızlık hatasına dayanılmaz ve tipiklik hatası hükümleri kıyasen uygulama alanı bulmalıdır.

Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata tipiklik hatası kuralları kıyas yoluyla uygulanarak failin kastını ortadan kaldırır ve suçun taksirli hali düzenleniyorsa failin hataya düşmede taksiri olması ihtimalinde taksirli suçtan

²²² Hillenkamp, Cornelius, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, s. 2117.

²²³ Gropp, AT, s. 596, kn. 206; Roxin, AT, § 14 kn. 56. Bununla birlikte Roxin, sınırlı kusur teorisi adlandırmasını eleştirmektedir. Bkz. Roxin, AT, 2006, § 14, s. 624, kn. 56; Wessels, Beulke, Satzger, AT, s. 255, kn. 752.

²²⁴ Wessels, Beulke, Satzger, AT, s. 255, kn. 751.

²²⁵ BGH, izin hatasıyla hareket eden kişinin "prensip olarak hukuka sadık" olduğuna işaret ederek bunu ifade eder (BGHSt, 2, 105, 107). Aktaran Wessels, Beulke, Satzger, AT, s. 255, kn. 751.

²²⁶ Hillenkamp, Cornelius, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, s. 2117.

sorumluluğu söz konusu olur²²⁷. Sınırlı kusur teorisi, tipikliğin olumsuz unsurları teorisi ile aynı sonuca varmaktadır. Fakat tipikliğin olumsuz unsurları teorisi, tipiklik hatası kurallarını doğrudan uygularken; sınırlı kusur teorisi aynı kuralı kıyasen uygulamaktadır²²⁸. Bu kıyas, failin lehine bir sonuç ortaya çıkardığı için makul olarak kabul edilmektedir. Tipikliğin olumsuz unsurları teorisinin aksine tipikliğin uyarı fonksiyonu korunduğu için Alman doktrininde sınırlı kusur teorisi baskın görüş olarak öne çıkmaktadır²²⁹.

a) Teorik Temeli

i. Haksızlığın Yapısı ve İçeriği

Teori, *tipiklik* ve *hukuka aykırılığı* suçun bağımsız unsurları olarak kabul etmektedir²³⁰. Haksızlığın varlığından söz edebilmek için tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlarının varlığı tespit edildikten sonra, bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekir. Bu yönüyle teori, hukuka uygunluk nedenlerini tipikliğin bir unsuru olarak kabul eden *suçun negatif unsurları* teorisinden ayrılırken; haksızlık bilincinin yeri noktasında da *kast* teorisinden ayrılmaktadır. Nitekim teori, haksızlık bilincini kusurun bağımsız bir unsuru olarak kabul etmektedir.

Teoriye göre, failin hukuka uygunluk nedeninin koşullarının gerçekleştiği yönündeki düşüncesi; *hareketin olumsuz değerini* tamamen ortadan kaldırmaya da

²²⁷ Wessels, Beulke, Satzger, AT, § 14, s. 246, kn. 700; Heinrich, AT, § 31, s. 484, 485, kn. 1132.

²²⁸ Roxin, AT, § 14, s. 630, kn. 72.

²²⁹ Börker, Rudolf, Ein Vorschlag zu der Rechtsprechung über die irrtümliche Annahme der tatbestandlichen Merkmale eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes, JR (Juristische Rundschau), 1960, s.168-170, s.168; Engisch, Karl: “Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, Kritische Betrachtungen zu den §§ 19 und 40 des Entwurfs 1958”, ZtSW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft), 1958, s. 566-615, s. 585; Kaufmann, Arthur: “Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen”, JZ, 1954, s. 653- 659; Köhler, Michael: Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl., Springer, Berlin Heidelberg, 1997, s. 326; Krey, Esser, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2012, § 20 kn. 712; Kuhlen, Lothar: Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1. Aufl., Peter Lang, Frankfurt am Main Bern New York Paris, 1987, s. 298; Kühl, Kristian: Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Franz Vahlen, München, 2017, § 13 kn. 18, 71; Roxin, AT, § 14, kn. 62, 64; Schaffstein, Freidrich: “Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre”, MDR, 1951, s. 196-200, s. 196; Scheffler, Uwe: “Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, des Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente, Jura, 1993, s. 617- 626, s. 617; Stratenwerth, Günter, Kuhlen, Lothar: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Franz Vahlen, München, 2011, § 9, kn. 158; Weber, Hellmuth: “Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund”, JZ, 1951, s. 260-263, s. 260.

²³⁰ Baumann, Weber, Mitsch, AT, § 21 kn. 31; Cramer, Strenberg, Lieben, in S/S-StGB, § 15 kn. 34, § 16 kn. 18 vd; Gropp, AT, § 13 kn. 206; Karaaslan, Legal Hukuk Dergisi, s. 1689 dipnot 90.

önemli ölçüde azaltmaktadır. Nitekim *haksızlığın matematiksel dengelenmesi modeline*²³¹ göre hareketin olumsuz değeri ve neticenin olumsuz değeri hukuka aykırılık unsurunda tersine çevrilir. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşen fail, izin normunun sübjektif kısmını tamamen karşılamaktadır. Tipikliği kasten gerçekleştiren bu fail, hareketin olumsuz değerini ortadan kaldıran bir hareket değeri kapsamında davranmaktadır. Bu dengeleme modelinde, faile isnat edilebilecek kalan haksızlık miktarı için fail gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ettiği için hataya düşüyorsa taksirli suç isnat edilebilir²³².

Teoriyi savunan yazarlar arasında kastın kapsamı konusunda mutabakata varılamasa da failin hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düştüğü bir olayda tipikliğin unsurlarının kasten gerçekleştirildiği konusunda şüphe bulunmamaktadır. Çünkü hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen fail, suçun maddi unsurlarını bilerek ve isteyerek yani kasten gerçekleştirmektedir.²³³ Fakat fail hukuka aykırı davranmadığına inanmaktadır ve hataya düşmüş olsa dahi herhangi bir hukuka uygunluk nedenine dayanmayan faile göre tipe uygun hareketi aynı seviyede gerçekleştirmemektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşen fail, aslında hukuki bir değeri ihlal etmek istemektedir. Fakat fail, hukuka uygunluk sağlayan maddi vakıanın varlığı nedeniyle hukuki değer ihlaline izin verildiğini sanmaktadır. Bu nedenle, failin *olumsuz değere* sahip neticeye sebep olma isteği, suçun maddi unsurlarında hataya düşen faille aynı derecede azdır. Dolayısıyla kasıtlı bir suç için hareketin olumsuz değeri eksik kalmaktadır²³⁴.

²³¹ İnsan davranışının bilimsel olarak değerlendirilmesi ve suçun unsurlara ayrılması eğiliminin bir yansıması olarak; “kast” da hareket ve neticenin (hukuki bir değerin ihlaline ya da kurtarılmasına yönelik) **değerine** ya da olumsuz **değerine** bölünmektedir. Haksızlığın matematiksel dengelenmesi-denkleştirilmesi modeli, norm teorisinden türetilir ve hukuka uygunluk öğretisinin amacı için tersine çevrilir. Hukukçuların dogmatik bir problemin çözümünü “hesaplanabilir” hale getirme gayretinin bir ürünü olan finalist haksızlık kavramı, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatada haksızlığı dengelemek için tersine çevirme modelini kullanmıştır. Bu dengeleme modelinde, faile isnat edilebilecek kalan haksızlık miktarı için baskın görüş, sınırlı kusur teorisinin sonuçlarını gösterir. Bu durumda, fail gerekli dikkat ve özen yükümlülüğü ihlal ettiği için hataya düşüyorsa taksirli suç isnat edilebilir. Bkz. Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 224.

²³² Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 230, 231.

²³³ Gropp, *AT*, s. 597, kn. 208.

²³⁴ Hillenkamp, Cornalius, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, s. 2118.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen fail, yasak hatasına düşen kişiden farklı olarak her vatandaşın hukuka uygun kabul ettiği şeyi olayda gerçekleştirmiş varsaymaktadır. Bu nedenle olayın koşullarını titiz bir şekilde kontrol ederek davranışını yeniden değerlendirme imkânı, yasak hatasına düşen failden daha fazla ortadan kalkmaktadır. Eğer fail, kasten işlenen bir suçtan dolayı cezalandırılırsa; kast ve taksir arasındaki temel fark bulanıklaşır²³⁵. Hukuk sistemi tarafından yasaklanan davranışı seçen kişi (bu yasağın varlığını bilmeseyse bile) kasten hareket eder. Bununla birlikte, dikkat ve özen yükümlülüğünün eksikliği nedeniyle istenmeyen bir netice meydana getiren kişi, suçun taksirli halinden cezalandırılabilir. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşen failin kasten işlenen suçtan sorumlu tutulması doğru olmayacaktır. Olayda failin düştüğü hata nedeniyle bir hukuka uygunluk nedeninin koşulları objektif olarak gerçekleşmemişse; ortada dış dünyaya yansımış bir haksızlık bulunmaktadır. Yine de failin hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında düştüğü hata, haksızlık bakımından kasten hareket etmesini önlemektedir. Bu hata suçun maddi unsurlarında hata ile eşdeğerdedir ve söz konusu kuralların kıyas yoluyla uygulanması gerekir. Tipiklik hatasından farkı ise fail haksızlığı doğuran değil, haksızlığı engelleyen veya yerleşmiş ifadeyle ortadan kaldıran koşullarda hataya düşmektedir. Bu durumda failin hatası kaçınılabilir ise ve fiilin taksirle işlenen şekli kanunda suç olarak tanımlanmış ise fail taksirle işlenen suçtan sorumlu tutulabilir.

ii. Kastın Kapsamı

Katı kusur teorisinden farklı olarak; sınırlı kusur teorisini savunan yazarlar, kastın kapsamı konusunda mutabakata varmış değillerdir.

Teoriyi destekleyen yazarların bir kısmı, kastın haksızlığın objektif unsurlarının tamamını, yani suçun maddi unsurlarını ve hukuka aykırılığı kapsadığını kabul etmektedir. Nitekim teoriye göre tipe uygunluk ve hukuka aykırılık tipikliğin olumsuz unsurları teorisinin kabul ettiği gibi birbirinin aynı değildir ve bu iki unsurun sistematik açıdan ayrı tutulmaları gerekmesine rağmen “haksızlık” üst başlığı altında bir genel tip altında kabul edilmelerine engel bir durum da

²³⁵ Roxin, AT, s. 626, kn. 64.

bulunmamaktadır²³⁶. Bu anlayışa göre, suçun hukuka aykırılık ve kusurluluk olmak üzere iki değerlendirme aşamasının varlığından söz edilebilir. Tipe uygunluk ve hukuka aykırılık, hareketin ceza hukuku anlamında maddi bir haksızlık oluşturup oluşturmadığı değerlendirmesine ilişkin; kusurluluk failin fiili nedeniyle kınanıp kınanmayacağına ilişkin bir değerlendirmedir. Tipe uygunluk ve hukuka aykırılığın bu şekilde bir “haksızlık” başlığı altında görülmesi bir hareketin kasten işlendiğinin kabulü için her iki unsurun da gerçekleşmiş olmasını gerektirir. Hukuka aykırılığın bu şekilde bir değerlendirme aşamasının bulunması tipikliğin uyarı fonksiyonunu yitirmesine neden olurken; kastın da hukuka uygunluk nedenlerini de kapsaması sonucunu doğurur²³⁷. Bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata da kastı ortadan kaldırmaktadır²³⁸. Bu görüş, kastın suçun kanuni unsurlarının bilinmesinin yanında hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmadığının da bilinmesini kapsayan **haksızlık kastının** varlığını kabul etmektedir. *Roxin*’e göre hukuka uygunluk nedeninin koşullarında hataya düşen failin *tipiklik kastı* varlığını devam ettirmektedir²³⁹. Fakat kast, tipiklik kastından ibaret değildir. Suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilinmesinin yanında somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin koşullarının bulunmadığının da bilinmesi gerekir. Haksızlık kastı (*der Unrechtsvorsatz*) olarak nitelendirilen bu kast, suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilinmesinin yanında fiilin hukuka uygun olmadığının da bilinmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü haksızlık; tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarından oluşmaktadır. Bu durumda haksızlık, suçun kanuni unsurlarının gerçekleşmesinin (tipiklik) yanında bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasını gerekli kılar²⁴⁰. Tipiklik ile hukuka aykırılık birbiriyle nasıl bir ilişki içinde ise tipiklik kastı ile haksızlık kastı da arasında da aynı ilişki mevcuttur²⁴¹. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin

²³⁶ Roxin, AT, § 10, kn. 23; Erman, Yanılma, s. 339.

²³⁷ Erman, Yanılma, s. 340.

²³⁸ Baumann, Weber, Mitsch, AT, 2003, s. 506-507, kn. 29; Roxin, AT, I, & 14, kn. 55; Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 167.

²³⁹ Roxin, AT, I, § 14, kn. 70.

²⁴⁰ Roxin, AT, I, 14 kn. 70; Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 339; Göktürk, **Ceza Hukuku Dergisi**, 2014, s. 7-30, s. 10.

²⁴¹ Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 330.

haksızlık kastı ortadan kalkmaktadır²⁴². Fail, suçun kanuni tanımında yer alan unsurların somut olayda gerçekleştiğini bilmiyor veya bir hukuka uygunluk nedeninin koşullarının gerçekleştiği kanaati ile hareket ediyor ise haksızlık bakımından kastından söz edilemeyecektir. Eğer fail, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı hukuka uygunluk nedeninin koşullarının olayda gerçekleşmediği öngörebilecek idi ise bu takdirde haksızlık bakımından ancak taksirinden söz edilebilir. Fail ancak bu durumu öngörmesinin gerektiği ve fiilin taksirle işlenen şeklinin de kanunda suç olarak tanımlandığı durumlarda taksirle işlenen suçtan sorumlu tutulabilir²⁴³.

Rücker ve *Eisele*'e göre hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşen failin *hareketinin haksızlığı* ortadan kalkmaktadır²⁴⁴. Hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşen fail, aslında hukuki bir değeri ihlal etmek istememektedir. Fakat fail, hukuka uygunluk sebebinin varlığı nedeniyle hukuki değere yönelik müdahalesine izin verildiğini sanmaktadır. Bu nedenle, failin olumsuz değere sahip neticeye sebep olma isteği, suçun unsurlarında hataya düşen faille aynı derecede azdır. Dolayısıyla kasten işlenen bir suçtan sorumlu tutulabilmesi için *hareketin olumsuz değeri* eksik kalmaktadır.

Fakat kastın bu şekilde parçalanması da eleştirilmektedir. *Roxin* bunu sadece "geçici bir çözüm" olarak görmektedir. *Kaufmann* ise bu tür girişimlere şu benzetmeyle karşı çıkmaktadır: "*Kast teorisi, istediğiniz zaman istediğiniz yerde inip binebileceğiniz bir tramvay değildir.*"²⁴⁵

Yazarların bir diğer kısmı ise kastın kapsamına neyin girdiği sorusunu cevaplamaktan imtina ederler. Kastın kapsamı konusundaki tartışmadan bağımsız olarak; teori taraftarları, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya

²⁴² Roxin, AT, I § 14 kn. 70; Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 339; Göktürk, CHD, 2014, s. 7-30, s. 10.

²⁴³ *Herzberg* ile birlikte teori "**haksızlık teorisi**" olarak adlandırılmıştır ve söz konusu hata türünün suçun yapısındaki yeri hukuka aykırılık basamağı olarak kabul edilmiştir. Bkz. *Herzberg*, JA, 1989, s. 294.

²⁴⁴ Hillenkamp, Cornelius, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, s. 2118.

²⁴⁵ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 167.

düşen failin kasıtlı bir suçtan dolayı cezalandırılmayacağını savunmaktadır. Bununla beraber, failin taksirli suçtan dolayı sorumluluğu saklı tutulmaktadır²⁴⁶.

iii. Hukuka Sadık Fail Kriteri

Teori, hukuka aykırılık ve tipiklik arasındaki yapısal benzerliğe işaret ederek her iki hata durumunda da failin dış dünyadaki maddi gerçekliği hatalı değerlendirmesi bakımından bir fark olmadığını belirtmektedir²⁴⁷. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarına dair bilgi, tıpkı suçun maddi unsurlarının bilgisi gibi kabul edilerek haksızlığın tespiti ile ilgili tüm şartlar eşit muamele görür²⁴⁸.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen fail, tıpkı tipiklik hatasına düşen fail gibi sübjektif olarak “hukuka sadık” tır²⁴⁹. Fakat somut olaydaki maddi vakıalar hakkında yanılmaktadır. Bu nedenle, haksızlık hatasına düşen ve hukuk sisteminin kabul ettiği emir ve yasaklardan farklı bir düşünceye sahip olan failden ayrılmaktadır. Hukuka uygunluk nedeninin koşullarında hataya düşen failin gerçekte hukuka karşı gelmek istememesi, içinde bulunduğu maddi durumu yanlış değerlendirmesi ve hareketine izin verildiğini düşünmesi nedeniyle hareketinin değersizliğinde bir azalma olduğu iddia edilmektedir²⁵⁰. Aynı şekilde failin hareketinin kusur içeriği kasten işlenen bir suça göre daha azdır. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşen fail, suçun maddi unsurunda hataya düşen kişiye daha yakınken; haksızlık hatasının sonucu olarak hukuka uygunluk ve haksızlık hakkında hukuken kabul edilen durumdan farklı düşünen kişiye daha uzaktır²⁵¹ ve bu nedenle haksızlık hatasına dayanılamaz.

²⁴⁶ Türk Ceza Hukukunda yazarlar hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatanın failin kastını kaldıracağı konusunda hemfikir olsalar da çok farklı şekillerde meseleyi ele aldıkları görülmektedir. Yazarların büyük çoğunluğu bir teoriye taraftar olmak yerine genellikle sonuç bakımından sınırlı kusur teorisini savunmaktadırlar. Bkz. Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 475; Değirmenci, **TBBD**, s. 176; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 273; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. II. kn. 699; Göktürk, **CHD**, 2014, s. 27; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 461 vd.; İçel, **Genel Hükümler**, s. 315; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 290; Mahmutoglu, Karadeniz, **Ceza Kanunu Şerhi**, s. 708; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 428; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 448; Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 385, 452; Karaaslan, **LHD**, s. 1688.

²⁴⁷ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 167.

²⁴⁸ Roxin, **AT**, 2006, s. 629, kn. 70.

²⁴⁹ “an sicht rechtstreu”, bkz. Wessels, Beulke, Satzger, **AT**, § 14, s. 246, kn. 699.

²⁵⁰ Jescheck, Weigend, **AT** § 41 IV; Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 167.

²⁵¹ Hillenkamp, Cornelius, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, s. 2118.

Örneğin; yaşlı komşusu (F)'nin evinden çaresiz çılgınlık geldiğini duyan (N); komşusunu kurtarmak amacıyla kapıyı kırar. Oysa komşusu (F) işitme cihazı kırıldığı için sadece yüksek sesle Derrick'i²⁵² izlemektedir²⁵³. Bu gibi durumlarda “hukuka sadık fail” kriteri işe yaramaktadır. Dış dünyadaki bir gerçekliği yanlış değerlendiren fail, aslında kanun koyucunun iradesine karşı gelmemektedir. Bu durumda fail kasıtlı bir suçtan kurtulmak için hata düzenlemesinden yararlanabilmelidir. Nitekim dış dünyadaki maddi gerçeklik hakkında hataya düşen failin sorumluluğunu hiçbir şekilde hafifletmeyen bir hukuk sistemi düşünülemez. Böyle katı bir sistem, akla gelebilecek tüm neticelerden kaçınmak için, bireyin özgürlüğünü hiçe sayan baskıcı bir yönetim oluşturabilir. Eğer failin hata yapma riski olduğu tüm hareketler yasaklanmış olsaydı, sonunda mal varlığının zarara uğradığı veya zarara uğrama tehdidi olduğu durumlarda bireylerin sadece “dikkatli kurtarma çabalarına” izin verilirdi²⁵⁴.

Puppe, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen fail için “hukuka sadık” ifadesinin biçimsel olarak değil; içerik olarak anlaşılması gerektiğini düşünmekte ve “ilkesel olarak hukuka sadık” kriterini önemli bulmaktadır²⁵⁵. Haksızlık hatası ile hareket eden kişi de hukuka sadık olmak istemektedir. Fakat haksızlık hatasında, failin anlayışı ile yürürlükte olan hukukun haksızlık anlayışı birbirine uymamaktadır. Oysa hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin düşüncesi, geçerli hukukun içeriğine de uygundur. Bu nedenle, fail mevcut kanunun haksızlık olarak değerlendirdiği ve dolayısıyla bunu yasakladığı bir durumu bilerek gerçekleştirmekle suçlanamaz. Elbette, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata ve haksızlık hatası; birinin maddi olaylara dayanması, diğerlerinin ise hukuki bir hataya dayanıyor olması bakımından birbirinden farklıdır.

İçerik açısından “hukuka sadık fail” kriteri işe yarar gözükmese de rağmen haksızlık hatası ile davranan fail de hukuku ihlal etmek istemediği için “içerik”

²⁵² Alman televizyonunda yayımlanan bir suç dizisi.

²⁵³ Örnek için bkz. Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 171.

²⁵⁴ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 171.

²⁵⁵ Puppe, *NK*, § 16, kn. 155.

bakımından hukuka sadık olmak istemektedir²⁵⁶. Bu nedenle “biçimsel” ve “içerik” açısından yapılacak hukuka sadakat değerlendirmesi; sadece “failin görüşü ile yürürlükteki hukukun içeriği” örtüştüğü zaman bir anlam ifade etmektedir. Sınırlı kusur teorisinin maddi tutarlılığı için, bir maddi gerçeklik hatasının her zaman bir norm hatasından daha büyük bir hukuka sadıklığın göstergesi olarak görülmesi şarttır²⁵⁷. Teori, bu konuda modern sorumluluk öğretisi bakımından ciddi eleştirilere maruz kalmaktadır. Çünkü hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşen failin, söz konusu kriterle “hukuka sadık” olduğunun peşinen kabulü, hatanın nedenlerini değerlendirme imkanını ortadan kaldırmaktadır. Hukuki değerlendirme, belirli bir kabul veya failin bakış açısının doğru olduğu varsayımına dayanmaktadır.

b) Hukuki Sonuçları

Sınırlı kusur teorisine göre, tipiklik hatası kuralları kıyasen uygulanarak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin kastı ortadan kalkacaktır²⁵⁸. Nitekim failin neden kasten işlenen suçtan sorumlu tutulmaması gerektiğini Roxin şu şekilde izah eder: “*ancak hukuk düzeni tarafından yasaklanan bir davranışa karar veren bir kişi kasten hareket etmiş sayılabilir (...). Objektif bir değerlendirmeye göre de hukuken izin verilen bir amaca yönelen ve bu sırada dikkat ve özen eksikliği nedeniyle istenmeyen bir sonuca neden olan kişi ise, ancak taksirinden sorumlu olabilir. Bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında yanılğı halinde böyle bir durum söz konusu olduğuna göre, bunun da (...) tipte yanılğı ile bir tutulması gerekir.*”²⁵⁹ Eğer fail, gerekli dikkat ve özeni gösterseydi hataya düşmeyecekse ve suçun taksirli hali kanun koyucu tarafından cezalandırılıyorsa fail taksirle işlenen suçtan sorumlu olacaktır²⁶⁰.

Bu durumda, örnek 1’de²⁶¹ (A)’nın mala zarar verme suçu bakımından kastı ortadan kalkacaktır. Mala zarar verme suçunun taksirli hali cezalandırılmadığı için

²⁵⁶ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 168.

²⁵⁷ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 169.

²⁵⁸ Wessels, Beulke, Satzger, AT, § 14, s. 246, kn. 700; Heinrich, AT, § 31, s. 484, 485, kn. 1132.

²⁵⁹ Roxin, AT, § 14, kn. 62; Erman, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, s. 343.

²⁶⁰ Wessels, Beulke, Satzger, AT, § 14, s. 246, kn. 700; Heinrich, AT, § 31, s. 484, 485, kn. 1132.

²⁶¹ Örnek (1)’i hatırlamak için sayfa 2, 39 veya 95’e bakılabilir.

(A) mala zarar verme suçundan dolayı cezalandırılmaz, hakkında beraat kararı verilmelidir. Kasten işlenen ana fiilin yokluğu nedeniyle (B) de suça yardım etmeden dolayı cezasız kalacaktır.

c) Teoriye Yönelik Eleştiriler

Sınırlı kusur teorisine getirilen en önemli eleştiri cezalandırma boşluklarına neden olduğu yönündedir. Nitekim bu teoriye yapılan ana itiraz, (tipiklik hatası çözümünü uygulayan diğer teorilere de yani kast teorisi ve tipikliğin olumsuz unsurları teorisine karşı da) suçun taksirli halinin düzenlenmediği durumlarda failin, kasıtlı bir ana suçun olmaması durumunda ise suça iştirak eden kötü niyetli şeriklerin cezalandırılmasının mümkün olmamasıdır²⁶². Ayrıca teorinin hukuka aykırılık tipi oluşturmamasının tipikliğin haksızlığın çerçevesini belirleme özelliğini yitirmesine neden olduğu yönünde de eleştirilmektedir. Sınırlı kusur teorisine yönelik eleştiriler aşağıda üç başlık altında incelenecektir.

i. Cezalandırma Boşlukları

Sınırlı kusur teorisi, meseleyi tipiklik hatası kapsamında çözen diğer teoriler gibi, cezalandırma boşluklarına neden olmakla eleştirilmektedir²⁶³.

İlk olarak, birçok suçun taksirli halinin cezalandırılmıyor olması nedeniyle fail cezasız kalmaktadır. Fakat taksir tipinin cezasız kaldığı durumlarda bile hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hataya düşen faili cezalandırmaya gerek olup olmadığı da sorgulanmaktadır²⁶⁴. Nitekim *Jakobs* bu durumu haklı olarak şöyle ifade eder: “*Zararı karşılama yükümlülüğü, malvarlığına zarar verilmesine karşı koruma için yeterliyse, o zaman zorunluluk halinin yanlış varsayılmasında maddi hasara karşı koruma da yeterli olabilir.*”²⁶⁵ Nitekim suçun taksirli halinin düzenlenmemesi kanun koyucunun bir tercihidir. Bu durumda, hukuk uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında kaçınılabılır hataya düşen faili cezalandırmaya gerek olmayabilir.

²⁶² Jescheck, Weigend, AT, § 41, s. 464.

²⁶³ Jescheck, Weigend, AT, § 41, s. 464; Heinrich, AT, § 31, s. 484, kn. 1132.

²⁶⁴ Heinrich, AT, § 31, s. 484, kn. 1132.

²⁶⁵ Jakobs, AT, 11, 56.

İkincisi ise kasten işlenen ana suçun yokluğu nedeniyle iştirak alanında da cezalandırma boşluklarına neden olmakla eleştirilmektedir²⁶⁶. Nitekim örnek olay (1)'de sınırlı kusur teorisinin çözümüne göre; mala zarar verme suçuna yardım eden kötü niyetli (B), kasten işlenen ana suçun yokluğu nedeniyle cezasız kalmaktadır. Bu eleştiri, meseleyi tipiklik hatasını kıyasen veya doğrudan uygulayan bütün teoriler için geçerlidir. Fakat kötü niyetli şeriklerin cezalandırılmasına engel olan durum sınırlı bağlılık kuralından kaynaklanmaktadır. Nitekim sınırlı (dar) bağlılık kuralı, şeriklerin cezalandırılması için kasten işlenen ana suçun varlığını aramaktadır. Bu nedenle söz konusu eleştirinin hata teorisinden değil, aslında iştirak teorisinden kaynaklandığı da ifade edilmektedir²⁶⁷.

ii. Hukuka Aykırılık Tipi Oluşturması

Sınırlı kusur teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarını kastın kapsamına dahil etmekte fakat tipiklik alanına dahil etmemektedir. Bu durumda hukuka aykırılığın tipiklik üzerindeki olumsuz değer yargısı özelliği sona ermektedir. Hukuka aykırılık, tipikliğin yanında haksızlığın pozitif bir unsuruna dönüşmektedir. Bir başka ifadeyle, suçun kanuni tanımındaki objektif unsurlar (maddi unsur) ve bu unsurların gerçekleştiğinin bilinmesi ve istenmesinden (manevi unsur) oluşan tipikliğin yanında, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleşmemesi ve bu unsurların gerçekleşmediğinin bilinmesi ve istenmesinden müteşekkil ayrı bir hukuka aykırılık tipikliği daha ortaya çıkmaktadır²⁶⁸. Bu nedenle teori, tipikliğin, haksızlığın çerçevesini çizme işlevini yitirmesine neden olmakla eleştirilmiştir.

Sınırlı kusur teorisinin, tipikliğin uyarı fonksiyonunu korumak adına, tipikliğin suçun yapısında icra ettiği birçok temel fonksiyondan vazgeçtiği ifade edilmektedir. Bu nedenle tipikliğin olumsuz unsurları teorisini savunan yazarlar, sınırlı kusur teorisinin aslında kendi teorilerinin sonuçlarını farklı gerekçelerle savunduklarını fakat bu sonuçların tipikliğin olumsuz unsurları teorisinin teorik

²⁶⁶ Jescheck, Weigend, AT, § 41, s. 464.

²⁶⁷ Jescheck, Weigend, AT, § 41, s. 464.

²⁶⁸ Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, 2020, s. 317.

altyapısı ile birleştirildiğinden sistematik açıdan tutarlı olabileceğini savunmaktadır. Bu nedenle doktrinde suçun olumsuz unsurları öğretisinin sağladığı sonuçlar olmaksızın teorisinin savunulmasının dogmatik olarak mümkün olmadığı ifade edilmektedir²⁶⁹.

d) Değerlendirme

Sınırlı kusur teorisinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusundaki çözümü, ceza hukuku doktrinde ciddi şekilde desteklenmektedir. Alman doktrinde baskın görüş²⁷⁰ olarak öne çıkan teori, Türk hukukunda da taraftar bulmakta ve TCK m. 30/f. 3'ün varlığına rağmen Türk hukukuna uyarlanmaya çalışılmaktadır²⁷¹. Nitekim teori, hukuka uygunluk nedenlerinde kaçınılmaz hataya düşen fail için makul sonuçlar vermektedir. Gerçekten de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında kaçınılmaz hataya düşen failin kasten işlenen suçtan sorumlu tutulmaması gerekir. Hukuken izin verilen bir fiili işlemeye yönelen fakat gerekli dikkat ve özeni göstermediği için söz konusu nedenin koşullarında hataya düşen fail ancak taksirli suçtan sorumlu tutulabilir. Nitekim bu durumu Roxin, *"hukuka uygun davrandığını zanneden kişinin de herhangi bir tipik davranışı gerçekleştirmeyen kişi kadar masum olduğunu ve hatalı tasavvurun failin uyarı ve engelleme dürtüsünü felç ettiğini"* şeklinde ifade etmiştir²⁷². Aynı düşüncüyü Engisch ise şu örnekle açıklamıştır: *"Tıpkı araba sürücüsünün, istasyon geçişinin önündeki bariyer kaldırıldığında, güvenle geçebileceğine ve tüm engellerden kurtulduğuna inanması gibi dar anlamda tipiklik kastıyla hareket eden kişi, yasağın*

²⁶⁹ Schünemann, GA, 1985, s. 348, 350, 351; Gallas, FS-Bockelmann, s. 169, Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 348; Erdin, Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu, 2020, s. 318.

²⁷⁰ Börker, JR, 1960, 168; Engisch, ZStW 70 (1958), S. 566, 585; Kaufmann, JZ, 1954, 653; Kindhäuser, AT, § 29, kn. 24.; Köhler, AT, s. 326; Kuhlen, 1987, s. 298; Kühl, AT, § 13 kn. 18, 71; Roxin, AT, § 14 kn. 62, 64; Schaffstein, MDR, 1951, s. 196; Scheffler, Jura, 1993, 617; Stratenwerth, AT, kn. 503; Stratenwerth, Kuhlen, AT, § 9, kn. 158; v. Weber, JZ, 1951, s. 260.

²⁷¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 470; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s. 653; Değirmenci, TBBD, s. 177; Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 386; Karaaslan, Legal Hukuk Dergisi, s. 1694.

²⁷² Roxin, AT, § 14, kn. 14; Heuchemer, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, s. 179.

önündeki engellerin hukuk sistemi tarafından kaldırıldığına inanıyorsa; tüm engellerden kurtulduğu anlamına gelir.”²⁷³

Bununla birlikte, tipikliğin ve haksızlığın eş konuma getirilmesi; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata anlayışını sadeleştiriyor görünmekle beraber, hata öğretisi bakımından zararlı sonuçlara da neden olabilmektedir²⁷⁴. Teoriye getirilen en ciddi eleştiri; tipikliğin, haksızlığın çerçevesini çizme işlevini yitirmesine sebep olmasıdır. Tipikliğin ve haksızlığın paralel ele alınması, teoriyi hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata bakımından otomatik olarak kast öğretisinin eşdeğerine de dönüştürme riskini barındırmaktadır. Böylece tipiklik hatası düzenlemesinin dezavantajları buraya da aktarılacaktır.

Sonuç olarak teori, kaçınılmaz hatada failin kastını ortadan kaldırıp taksirli sorumluluğunu saklı tutarak fail için makul sonuçlar sağlamaktadır. Teoriyi savunan yazarlar, söz konusu hukuki sonucu sağlarken kastın kapsamı konusunda mutabakata varamamıştır. Kimi yazarlar, kastın hukuka aykırılığı da kapsamı gerektiğini ifade ederken; kimi yazarlar tipiklik kastından ayrı olarak haksızlık kastının varlığını kabul etmektedir. Kimi yazarlar ise kastın kapsamı konusunda görüş belirtmeksizin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin kasıtlı bir suçtan dolayı cezalandırılmayacağını savunmaktadır. Her ne kadar teorinin suçun unsurlarına haksızlık kastı gibi bir unsur eklenmesi eleştirilse de teori, kast kavramının kapsamının ve içeriğinin tartışılması gerektiğini göstermesi bakımından önemli bir adım atmaktadır.

Sınırlı kusur teorisi, Alman ceza hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusunda düzenleme olmaması nedeniyle kastı ortadan kaldıran tipiklik hatası hükmünü (ACK m. 16) kıyas yoluyla uygulamaktadır. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusunun özel olarak düzenlendiği hukuk sistemlerinde bir boşluk olmadığı için kıyas yapılamayacağı göz ardı edilmemelidir. Türk Ceza Hukuku bakımından detaylı değerlendirme çalışmanın üçüncü bölümünde “”2. Kanuni Düzenleme Karşısında

²⁷³ Engisch, **ZStW**, 70, 1958, s. 399, 407; Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 180.

²⁷⁴ Alman hukukunda bu durum “Danaergeschenk” kavramıyla ifade ediliyor. Yunan mitolojisinden gelen kavram, uğursuzluk getiren karşıdakini zarara uğratan hediye anlamına gelmektedir.

Teorilerin Değerlendirilmesi” başlığı altında yapıldığı için tekrara düşmemek adına burada söz konusu başlığa işaret edilmekle yetinilecektir.

C. KENDİNE ÖZGÜ BİR HATA TÜRÜ OLARAK DEĞERLENDİREN TEORİLER

1. Hukuki Sonuçları Yönlendirilmiş Kusur Teorisi

a) Teorik Temeli

İlk kez *Gallas* tarafından formüle edilen *hukuki sonuçları yönlendirilmiş kusur teorisine*²⁷⁵ göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatanın ya sadece tipiklik hatası ya da sadece yasak hatası olabileceği yönündeki düşüncelerin çıkış noktası hatalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata; tipiklik hatası ve izin hatası arasına yerleştirilmesi gereken kendine özgü bir hata türüdür²⁷⁶. Bu hata, yapısal olarak tipiklik hatasına benzese de aslında suçun maddi unsurlarında hata söz konusu değildir. Fail, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilincindedir. Çünkü normun uyarı fonksiyonu yerindedir ve kasten işlenen haksızlık varlığını korumaktadır²⁷⁷. Bu hatanın, yasak hatasından farkı ise hukukten kabul edilen bir hukuka uygunluk nedenine dayanılıyor olmasıdır. Haksızlık hatasından ayrıldığı nokta, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatada failin olay veya olgular hakkında yanılmasıdır²⁷⁸. Bu nedenle söz

²⁷⁵ Klasik sınırlı kusur teorisinden farklı olarak, kastın ortadan kalktığını reddeden *die rechtsfolgeneinschränkende Schuldtheorie* veya *die rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie* olarak adlandırılan bu teori, Türk ceza hukuku literatüründe genellikle “hukuksal sonuçlarda sınırlı kusur teorisi” veya “hukuki sonuçlarında sınırlı kusur teorisi” olarak çevrilmektedir. Türk doktrininde *Akbulut*, söz konusu kavramı “hukuki sonuçlara işaret eden kusur teorisi” olarak da çevirmiştir. Bkz. Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 597. Erman ise her ne kadar Alman literatüründe *die rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie* kavramının yaygın olarak kullanılsa da Türk hukukunda terim karışıklığını önlemek için hukuksal sonuçlarda sınırlı kusur teorisi (*rechtsfolgeneinschränkende Schuldtheorie*) kavramını kullanmayı yeğlediğini ifade etmektedir. Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 350. Fakat Alman öğretilerinde genellikle *die rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie* kavramı kullanılmaktadır. Kavramda yer alan “verweisen” kelimesi refere etmek, yönlendirmek anlamına gelmektedir. Hukuki sonuçları yönlendirilmiş kusur teorisi ifadesi, bu teorisin sonuçlarının bir başka teoriye yönlendirildiğini ifade etmesinin yanı sıra bir kusur teorisi olduğunu da göstermektedir. Belirtilen bu nedenlerle, “hukuki sonuçları yönlendirilmiş kusur teorisi” kavramının kullanımının daha doğru olduğunu düşünüyoruz.

²⁷⁶ Hillenkamp, Cornelius, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, s. 2115; Art. Kaufmann, **JZ**, 1956, s. 356; Tunç, **Kasti Engelleyen Hata**, s. 256.

²⁷⁷ Jescheck, Weigend, **AT**, § 41, s. 464, 465.

²⁷⁸ Jescheck, Weigend, **AT**, § 41, s. 465.

konusu hatayı haksızlık hatasının özel bir türü olarak nitelendirenler²⁷⁹ olduğu gibi hukuki sonuçları itibarıyla sınırlı kusur teorisi ile örtüşmesi nedeniyle sınırlı kusur teorisinin hukuksal sonuçlarda sınırlı bir türü olarak nitelendirenler de olmuştur²⁸⁰.

Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata, failin haksızlık alanındaki kastını ortadan kaldırmaz. Fakat failin **kusur kastını**²⁸¹ (*der Schuldvorsatz*) ortadan kaldırır ve hareketin hukuki sonucu taksirli suç işlenmiş gibi olur²⁸². Bu teori, kasta hem tipikliğin sübjektif unsuru olarak hem de kusur kapsamında **çifte fonksiyon** yüklemektedir²⁸³. Teori, davranış biçimi olarak haksızlık alanındaki kastın yanı sıra kusur alanında da *kusur şekli olarak kastın* varlığını kabul etmektedir. Failin tipikliğe ait unsurları bilmesi ve istemesi failin tipiklik alanındaki kastı iken; kendi iç dünyasındaki düşünüş şekli de (hukuka düşman/hukuka riayet etmeme biçimindeki olumsuz değer zihniyetin taşıyıcısı) kusurluluk kastı olarak tarif edilmektedir²⁸⁴.

Tipiklik alanında doğal olarak anlaşılan kast, sadece tipikliğin objektif unsurlarını kapsarken, bu unsurların gerçekleşmesinin ortaya çıkardığı olumsuz değeri kapsamaz²⁸⁵. Bu durumda, kusur isnadı sadece failin başka türlü hareket etme imkânı olmasına rağmen hukuka aykırı olanı tercih etmesi nedeniyle fiilinden dolayı kınanması olarak değil; aynı zamanda failin hukuken tasvip edilmeyen zihniyetinin dikkate alınması nedeniyle fiilinden dolayı kınanması olarak anlaşılmaktadır²⁸⁶. Bu da kusurluluk içerisinde yapılacak bir değerlendirme ile tespit edilebilir.

²⁷⁹ Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 323.

²⁸⁰ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 183.

²⁸¹ Kusur kastı kavramı yerine “hukuka aykırılığa dair kast” kavramının kullanılması ve bu kastın kusur başlığı altında irdelenmesi gerektiği yönünde bkz. Heinrich, **AT**, 2. Kitap, s. 186, kn.1133.

²⁸² Gallas, **ZStW**, 67, 1955, 45 f Fn. 89. Ayrıca bkz. Dreher, Heinitz-FS, 1972, s. 223; Gropp, **AT**, § 13, s. 112; Jescheck, Weigend, **AT**, § 41 IV 1 d; Krümpelmann, **GA**, 1968, s. 129; Maurach, Zipf, **AT**, 18, s. 37, kn. 43.

²⁸³ Jescheck, Weigend, **AT**, s. 243; Satzger, s. 695; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, 13. Baskı, s. 388; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, 2020, s. 255; Öztürk, Erdem, **Genel Hükümler**, 18. Baskı, s. 297; Erman, **Yanılma**, s. 351.

²⁸⁴ Jescheck, Weigend, **AT**, § 41, s. 464; Wessels, Beulke, Satzger, **AT**, § 14, s. 247, kn. 704; Heinrich, **AT**, § 31, s. 486, kn. 1134; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 255; Dülger, **Genel Hükümler**, s. 637.

²⁸⁵ Jescheck, Weigend, **AT**, § 41, s. 430; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 255-256; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 322.

²⁸⁶ Wessels, Beulke ve Satzger, **AT**, § 5, kn. 201; Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, s. 184, 185.

Teoriye göre, kasten işlenen bir suçun kusur içeriği ile hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşülerek işlenen bir suçun kusur içeriği birbirinden farklıdır. Kasten işlenen bir suçta, kişinin hukuka uygun davranma arzusu yoktur. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hataya düşen kişi ise hukuka sadıktır ve hukuka uygun davranmak istemektedir. Kasten işlenen suçta failin doğasına veya tutumuna atfedilebilecek bir olumsuz değer mevcutken; hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatada bu olumsuz değer bulunmamaktadır. Zira fail hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde hareket ettiğini tasavvur etmektedir. Dolayısıyla davranışının hukuka uygun olduğunu düşünmektedir. Bu durumda hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşen failin tipiklik kastı varlığını korurken, **kusur kastı** ortadan kalkmaktadır²⁸⁷. Tipiklik kastı ve hukuka aykırılık varlığını koruduğu için suça iştirak ve teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür.

Alman Federal Mahkemesi 2012 yılında verdiği Hells-Angels (Cehennem Melekleri) kararında, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin “kusur kastının” (*die Vorsatzschuld*) ortadan kalktığını kabul ettiği görülmektedir²⁸⁸. Bu karar sonrası, mahkemenin hukuki sonuçları yönlendirmeli kusur teorisini benimsediği de ifade edilmiştir²⁸⁹. Dava konusu olayda (A), “Hells Angels” motosiklet grubunun bir üyesidir ve düşman “Bandidos” grubunun üyelerinden birinin “Hells Angels” grubunun bir üyesini daha öldüreceğine dair söylentiler dolaşır. Bu sırada, “Hells Angels” grubu tarafından işlenen birtakım suçlar nedeniyle (A)’nın evi için arama kararı çıkartılmıştır. (A)’nın tehlikeli olduğu düşünüldüğü için silahlı bir polis ekibi gece vakti arama yapmak üzere (A)’nın dairesine gelir. Üst katta nişanlısıyla uyuyan A, kapı kilitlerinin kırılmasıyla uyanır. Polislerin kendini tanıtmaması üzerine (A), ön kapıda gölgelerini gördüğü kişileri “Bandidos” grubunun onu öldürmeye gelen üyeleri olduğunu düşünür. Bunun üzerine (A), kilitli kapıdan gölgeli figürleri görebileceğini düşündüğü yöne iki el ateş eder ve memur (B) ölümcül şekilde yaralanır. Mahkeme, (A)’nın düşmanları olan

²⁸⁷ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 182; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 256.

²⁸⁸ Hells- Angels-Case, BGH NStZ, 2012, 272.

²⁸⁹ Wessels, Beulke, AT, kn. 479.

“Bandidos” grubundan birkaç üyenin kendisini öldürmeye geldiğini düşünmesi, daha önce bu yönde tehdit alması, polis memurlarının kendilerini tanıtmaması, olayın şartları dikkate alındığında polis olduklarının anlaşılma imkanı olmaması ve öldürücü silah kullanımı nedeniyle burada (A)’nın uyarı atışı yapmasına da gerek olmaması gibi hususları dikkate alarak olayda meşru savunmanın koşullarında kaçınılmaz hata durumu olduğunu tespit etti. (A)’nın meşru savunmanın saldırı koşulunda düştüğü hata nedeniyle “kusur kastının” (*die Vorsatzschuld*) ortadan kalktığına karar vererek ACK m. 16/1 hükmünün kıyasen uygulanması sonucuna vardı. Mahkeme ayrıca (A)’nın hatasının kaçınılmaz olduğu için suçtan sorumlu tutulması gerekmediğine karar verdi.

Bununla beraber, kastın çifte fonksiyonunun işlevsel olduğu iki durum zikredilebilir²⁹⁰. Bunlardan birincisinin, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata olduğu belirtilmiştir. Kast ve taksirin hem failin tipik sayılması hem de failin kusurlu kabul edilmesi bakımından çifte işlevi bulunması, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşen failin tipiklik kastıyla hareket etmesine rağmen kusur kastının olmadığına kabul edilmesine imkân vermektedir. İkincisi ise failin kasta ve taksire dayalı kusurunun yoğunluğu bakımından cezanın belirlenmesinde de işlevsel olabilir. Nitekim kasten işlenen suçların cezası, taksirle işlenen suçların cezasına göre daha ağır olmaktadır. Ayrıca örneğin, failin objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesi anlamında taksir bir haksızlık çeşidi olmasına rağmen failin cezalandırılabilmesi için failin kişisel özellikleri dikkate alındığında, özen yükümlülüğüne uygun davranmasının ondan beklenebilir ve neticenin öngörülebilir olması gerekmektedir. Bu değerlendirme, sadece kusurluluk içinde yapılabilecek bir değerlendirme olup taksirin kusurluluk alanındaki işlevini göstermektedir. Burada kusurun hem hukuka aykırı davranışı tercih eden failin kınanmasının gerekçesini, hem de onun ne ölçüde cezalandırılacağına kriterini oluşturduğu da ifade edilmelidir²⁹¹.

²⁹⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 256.

²⁹¹ Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, s. 84, 85; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 256.

b) Hukuki Sonuçları

Hukuki sonuçları yönlendirilmiş kusur teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşen failin kusur kastı bulunmamaktadır. Bu nedenle fail, kasten işlenen haksızlıktan sorumlu tutulamaz. Bu açıdan teori, sınırlı kusur teorisinin sonuçları ile uyum içerisindedir. Fakat hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin suçun taksirli hali cezalandırılıyorsa taksirli suçtan sorumluluğu söz konusu olabilir²⁹². Bu durumda kast kusuru yoktur ama taksir kusurunun varlığı kabul edilir (kasıtlı haksızlık + taksir kusuru kombinasyonu)²⁹³. Dolayısıyla fail kendi kusuru ile hataya düştü ise taksirli suçtan cezalandırılabilir. Teori, sınırlı kusur teorisinin sonuçlarında iştirak ve teşebbüs alanı hariç olmak üzere benzer sonuçları verdiği için sınırlı kusur teorisinin bir türü olarak da görülmektedir.

Teorinin sınırlı kusur teorisinden ayrıldığı en önemli nokta ise iştirak ve teşebbüs alanındadır²⁹⁴. Suça iştirak edenlere yönelik cezalandırılma alanında eleştirilen boşluklar, tipiklik hatasının farklı bir kıyası önerilerek doldurulmaktadır²⁹⁵. Teori, kasten işlenen (kasıtlı haksızlık ve taksir kusuruna dayalı suç) ana suçun varlığını koruduğunu kabul ettiğinden dolayı suça iştirak edenlerin cezalandırılmasına imkân sağlamaktadır²⁹⁶. Teoriye göre, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata durumunda tipiklik kastı gerçekleşmiş olduğundan, bağlılık kuralı (Örn: TCK m. 40) gereği suça iştirak mümkündür. İştirak için kasten işlenen suçtan cezalandırma değil, kasten işlenen bir suçun varlığı arandığına göre üçüncü kişilerin suça katılması mümkün olmaktadır²⁹⁷. Bu durumda

²⁹² Örneğin, (A) (B)'ye bir taş atarak onu yaraladığında; yaralamanın kasten gerçekleştiği ve herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığı tespit edildikten sonra, kusur alanında kast kusurunun atfedilebilir olup olmadığı değerlendirilir. Eğer (A), (B)'nin kendisine saldıracağını düşünerek ona taş atmışsa bu durumda (A)'ya kast kusuru atfedilemez. Kast kusurunun yokluğunda A, baskın görüşe göre kasten yaralamadan cezalandırılmaz. Roxin, AT, s. 245.

²⁹³ Jescheck, Weigend, AT, § 41 IV 1 d, s. 464, 465; Roxin, AT, & 14, kn. 57; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Söbjektif Unsuru Sorunu**, 2020, s. 324.

²⁹⁴ Roxin, AT, I, § 14, s. 624, kn. 57; Jescheck, Weigend, AT, § 41, s. 465; Heinrich, AT, § 31, s. 487, kn. 1134; Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 182-183.

²⁹⁵ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 182-183.

²⁹⁶ Gallas, **ZStW** 67, 1955; Scheffler, s. 619; Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 182; Roxin, AT, & 14, kn. 57.

²⁹⁷ Roxin, AT I, § 14, s. 624, kn. 57; Jescheck, Weigend, AT, § 41, s. 465; Heinrich, AT, § 31, s. 487, kn. 1134.

azmettirme, dolaylı fail veya yardım etmeden dolayı kişinin cezalandırılabilmesi için kasten işlenen ana fiilin varlığını arayan hukuk sistemlerinde (Örneğin, Türk Ceza Hukuku (TCK m. 40) ve Alman Ceza Hukuku (ACK m. 26-27)) bu çözüm işe yarayacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 40. maddesinde, suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterli kabul edilmektedir²⁹⁸. Kanunda kasten işlenen ana suçun varlığı şart koşulmakla beraber failin kasten cezalandırılması aranmamaktadır. Dolayısıyla teorinin, kötü niyetli şerikleri cezalandırma imkanını açık tuttuğu söylenebilir.

Hukuki sonuçları yönlendirilmiş kusur teorisi, tipiklik hatasının hukuki sonuçları ile ilgili uygulamayı bu şekilde sınırlandırmaktadır. Bu kapsamda teori, tipiklik kastının kabul edilmesi ile hukuka uygunluk nedeninin koşullarında hataya rağmen teşebbüsün kabul edilmesini ve bu şekilde hataya düşen kişinin davranışına iştirak edenlerin cezalandırılmasını mümkün kılmaktadır. Bu iki sonuç da suç politikasında arzu edilen neticelerdir²⁹⁹.

Bu durumda, örnek olay (1)'de³⁰⁰ (E)'nin ağacın kesilmesine rızası olmadığına ilişkin önceki beyanları, posta kutusuna bırakılan notta ağaca ilişkin bir bilgi yer almaması ve (A)'nın nota ilişkin sübjektif düşüncesini teyit edebilecek imkânı ve zamanı olması dikkate alındığında (A)'nın düştüğü hata, kaçınılabilir bir hata olarak görülmektedir. (A) mala zarar verme suçunu kasten işlemektedir, fakat düştüğü hata nedeniyle kasıtlı suçtan dolayı sorumlu tutulamaz. Bu suçun taksirli hali suç olarak düzenlenmediği için cezalandırılmayacaktır. Bununla birlikte, kasten işlenen ana suçun varlığı kabul edildiğinden (E)'nin ağacın sökülmesine rızası olmadığını bilen (B) suça yardım etmeden dolayı cezalandırılabilir.

c) Teoriye Yönelik Eleştiriler

Hukuki sonuçları yönlendirilmiş kusur teorisi, sınırlı kusur teorisi ile aynı çözümü teorik yapıdaki tek bir farklılık ile sağlamaktadır. Bu nedenle sınırlı kusur teorisine getirilen birçok eleştiri bu teoriye karşı da ileri sürülmüştür. Fakat tekrara düşmemek adına bu başlık altında ortaya koyulan eleştiriler, hukuki sonucu

²⁹⁸ Teori hakkında bkz. Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 474.

²⁹⁹ Hillenkamp, Cornelius, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, s. 2116.

³⁰⁰ Örnek (1) için sayfa 2, 39 veya 95'e bakılabilir.

yönlendirilmiş kusur teorisinin farklılık gösteren yönleri ile sınırlı olarak yapılacaktır.

i. Teorinin Gerekliliği

Hukuki sonucu yönlendirilmiş sınırlı kusur teorisi, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşülmesi durumunda; bir taraftan kasten işlenen haksızlığın varlığını devam ettirdiğini kabul ederken, diğer taraftan bu duruma taksir sonucunu bağlamaktadır. Teorinin hukuki niteleme ile tutarlı olmayan bu hukuki sonucu eleştirilmektedir³⁰¹.

Nitekim kast ve taksir, doğaları ve yapıları itibarıyla tamamen birbirinden bağımsız kavramlardır ve biri diğerinin ikamesi değildir. Haksızlığın bağımsız görünüm şekilleri olarak, kast ve taksir birbirlerini dışlayıcı nitelikte olup; kast varsa taksirin, taksir varsa da kastın varlığından söz edilemez³⁰². Bu nedenle kasten işlenen bir suçun, *çoğun içinde az da vardır* kabulüyle suçun taksirli halini de içinde barındırdığı söylenemeyecektir. Dolayısıyla suçun kasıtlı halinden cezalandırılmadığı için faili suçun taksirli halinden cezalandırılması eleştirilmektedir. Teorinin bu çözüm yolunun, ancak kanunda açık bir düzenlemenin bulunması halinde mümkün olabileceği ifade edilmektedir³⁰³. Bu nedenle teorinin salt bir sorunun çözümü için geliştirilmiş *ad hoc* (amaca özel) bir teori olduğu ve dogmatik bütünlükten uzak olduğu ifade edilmektedir³⁰⁴.

Teori, meşru savunma alanında verdiği sonuçlar bakımından da eleştirilmiştir. Teoriye göre, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşen failin kasttan doğan haksızlığı ortadan kalkmaz sadece hareketin olumsuz değeri etkilenir. Failin hareketi tamamen haksızlık alanından çıkmadığı için bu harekete karşı meşru

³⁰¹ Göktürk, **CHD**, s. 27.

³⁰² Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 2, 8. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2014, § 42, kn. 45; Elvan Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatigi**, 1. Baskı, Turhan, Ankara, 2015, s. 37-38; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 326.

³⁰³ Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 2, 8. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2014, § 42, kn. 45; Elvan Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatigi**, 1. Baskı, Turhan, Ankara, 2015, s. 37-38; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 326.

³⁰⁴ Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 358.

savunma yapılma imkânı bulunmaktadır. Örneğin, gece vakti çalılarının arkasından fırlayan birini kendisine saldıracağını zannederek iten kişi, hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunmanın saldırı koşulunda hataya düşmektedir³⁰⁵. Fakat teoriye göre, bu kişinin hatası kastını ortadan kaldırmadığı, sadece hukuksal sonuç alanında taksirle cezalandırılması gerektiği için söz konusu itme hareketine karşı çalılarının arkasından çıkan kişi de kendisini korumak amacıyla meşru savunmada bulunabilecektir. Bu durumda kendisine saldırıldığını sanarak hareket eden kişi, gerçekten saldırı altında bulunan kişinin savunma hareketlerine katlanmak zorunda kalacaktır.

Roxin ise teorinin çözüm yönteminin her zaman fayda vermediğini bir örnekle izah etmektedir³⁰⁶. Örneğin, bir doktorun sır saklama yükümlülüğünün ortadan kalktığı konusunda hastası tarafından kandırıldığını düşünelim. Bu durumda mesleki sırrı paylaşan doktorun ceza sorumluluğu nasıl belirlenecektir? *Roxin* bu vakanın “sahte bir sorun” olduğunu şöyle belirtir: “*Ancak burada, hata yapan doktorun tahayyülüne göre, zaten bir tipiklik kastı yoktur. Hastanın rızası kapsamında olduğuna inanan herkes, sır saklama yükümlülüğünü ve böylece tipiklik altında korunan kişisel hakları ihlal etmek istemez.*”³⁰⁷ Bu durumda teorinin, ana suçun kasten işlenmesinin eksik olduğu durumlarda özel bir hata teorisine olan ihtiyacı doldurmaya yetmediği yönünde eleştirildiği ifade edilmelidir. Bu nedenle hukuki sonuçları yönlendirilmiş sınırlı kusur teorisinin gerekli olmadığı belirtilmektedir.

ii. İştirak Kurallarıyla Uyum

Hukuki sonuçları yönlendirilmiş kusur teorisinin, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin işlediği suçlara iştirak edenlerin cezalandırılmasını sağlayan yaklaşımı eleştirilmektedir. Nitekim teori, sınırlı bağlılık kuralı gereği, suça iştirak eden kişilerin *kasten ve hukuka aykırı işlenen fiilin* yokluğu

³⁰⁵ Erman, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, s. 359.

³⁰⁶ Roxin, AT, § 14, kn. 74; Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 184.

³⁰⁷ Roxin, AT, § 14 kn. 74; Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 184.

nedeniyle cezalandırılmaması gerektiği yönünde eleştirilmiştir³⁰⁸. Zira hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşen ve hukuka sadık hareket ettiğini düşünen failin işlediği fiile katılan, fakat hataya düşmeyen diğer kişilerin cezalandırılmasının da adil olmadığı ifade edilmektedir.

Puppe ise iştirak kurallarına göre tipiklik kastının yeterli olup olmadığı tartışmasının; hata teorisinin değil iştirak teorisinin bir meselesi olduğuna dikkat çekmektedir³⁰⁹. Dolayısıyla ACK m. 26'daki “...o kişi tarafından işlenecek olan kasıtlı bir hukuka aykırı fiili gerçekleştirmek üzere sevk ederse ...” şeklindeki ifadeyi tipiklik kastı olarak anlamak; haksızlık kastının eksikliğini savunan öğreti ile uyumlu gözükmemektedir. Bu durum, TCK'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında “*kasten ve hukuka aykırı işlenen fiilin yokluğu*” şeklinde ifade edilmektedir. Fakat teorideki kast ve suça iştirak kastı arasındaki ayrımın gerekçesi ikna edici gözükmemektedir. Çünkü hukuki sonuçları yönlendirilmiş sınırlı kusur teorisi; bir taraftan tipiklik hatasının farklı bir kıyasını uygulayarak kusur kastını ortadan kaldırırken, diğer taraftan iştirak teorisine göre ana fiildeki kastın varlığını koruduğunu kabul etmektedir. Teorinin, failin haksızlık kastının varlığını korurken kusur kastının ortadan kalktığı yaklaşımı karşısında *Puppe*, kusur unsurunda bağımsız bir unsur olarak yer almadığı için *kusur kastı* suçlamasının akim kalabileceğini belirtmektedir³¹⁰. Nihayetinde sadece failin taksirli suçtan cezalandırılmasından başka bir çözüm önermeyen teorinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin kasten hareket edip etmediği sorusunu keyfi bir şekilde ele aldığı ifade edilmektedir.

d) Değerlendirme

Hukuki sonuçları yönlendirilmiş kusur teorisi, kastın sadece haksızlık alanında değil aynı zamanda kusur alanında da fonksiyon icra ettiğini savunmaktadır. Bu bakış açısıyla teori, diğer teorilerin aksine, taksirin yoğunluğuna göre yapılan derecelendirmeyi tutarlı bir şekilde açıklamaktadır. Nitekim kastın yalnızca haksızlık

³⁰⁸ Eleştiriler için Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 183; Roxin, *AT*, § 14, kn. 73; Erman, *Yanılma*, s. 355; Karaaslan, *Legal Hukuk Dergisi*, s. 1693.

³⁰⁹ *Puppe*, FS Stree, Wessels, s. 189.

³¹⁰ *Puppe*, FS Stree, Wessels, s. 189.

alanında yer aldığını kabul eden teorilerin, taksire ilişkin bu ikili değerlendirmenin gerekçesini açıklayamadıkları görülmektedir.

Bununla birlikte teori, suça iştirak eden ve hataya düşmeyen kötü niyetli şerikleri cezalandırma imkânı sağlamaktadır. Teorinin diğer teorilere (sınırlı) kıyasla pratik fark yarattığı önemli bir nokta da budur. Bunu yaparken, tipiklik kastı ve kusur kastı gibi iki kavramdan destek aldığı görülmektedir. İştirak alanındaki bu sorunu çözmek için suçun unsurlarına kusur kastı gibi bir unsur eklenmesi eleştirilmesine rağmen, biz teorinin kast kavramının kapsamının ve içeriğinin tartışılması gerektiğini göstermesi bakımından önemli olduğunu düşünüyoruz. Türk Ceza Kanunu’nun 21. maddesindeki “kast” düzenlemesi, 27. maddesindeki “sınırın aşılması” hükmü, 30. maddesindeki “hata” düzenlemesi ve 61. maddesinde geçen “failin kast ve taksire dayalı kusurunun ağırlığı” ifadesi karşısında; kastın sadece haksızlık alanında değil kusur alanında fonksiyon icra edebileceği ve hukuki sonuçları yönlendirilmiş kusur teorisinin Türk Ceza Kanunu ile uyumlu sonuçlar verebileceği de görülmektedir. Türk Ceza Hukuku bakımından detaylı değerlendirme çalışmanın üçüncü bölümünde yapıldığı için burada söz konusu duruma işaret etmekle yetinilecektir.

2. Bağımlı Kusur Teorisi

a) Teorik Temeli

Jakobs tarafından “bağımlı kusur teorisi” (*die Unselbständige Schuldtheorie*) olarak adlandırılan teori, hukuki sonuçları yönlendirilmiş kusur teorisinin bir çeşidi olarak da nitelendirilmektedir. Bağımlı kusur teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatayı *kendine özgü* bir hata türü olarak kabul etmektedir³¹¹. Teoriye göre, fail kasten işlenen suçtan sorumlu tutulmalı fakat cezası, suçun taksirli hali çerçevesinde indirilerek verilmelidir. Bu teori, çözümü taksir cezalandırmasına bağlı kıldığı için “bağımlı kusur teorisi” olarak adlandırılmaktadır³¹².

Jakobs’un bu önerisi bir taraftan hareketin kasten işlendiğini söyleyerek, diğer taraftan cezai sorumluluğu taksir çerçevesinde yaparak bir tür “karma görüşü”

³¹¹ *Jakobs*, AT, 11/58.

³¹² *Wessels, Beulke, Satzger*, AT, 2019, s. 258, kn. 760.

temsil etmektedir³¹³. Tipikliğin kasten gerçekleştirildiğinin mahkûmiyet hükmünde belirtilmesi ve fakat cezanın taksirli suçtan verilmesi gerektiğini söyleyen *Jakobs*; iki temel nedenle teorinin tercih edilebileceğini düşünmektedir. Birincisi, Alman doktrininde baskın görüşün kabul ettiği sınırlı kusur teorisinin aksine, bu teoride tipiklik faile uyarı fonksiyonu yüklememektedir. İkincisi; bu teori, sınırlı kusur teorisinin aksine cezalandırma boşluklarını ortadan kaldırılabilmektedir³¹⁴.

Dreher ise olması gereken hukuka ve pozitif hukuka anlam atfeden önerisi ile bir adım daha ileri gitmektedir. *Dreher* hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda kasıtlı bir suçun işlendiğini ve ceza çerçevesini taksir hükümlerine göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Eğer suçun taksirli hali kanunda cezalandırılmıyorsa dahi bu özel durum nedeniyle fail yine de cezalandırılmalıdır. Kanunda taksirli suç düzenlenmediği için kasıtlı suçun cezası cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi kurallarına göre hafifletilerek fail cezalandırılmalıdır.

b) Hukuki Sonuçları

Bağımlı kusur teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin, suç tipini kasten gerçekleştirdiği mahkûmiyet hükmünde belirtmeli ve fakat cezası taksirli suçtan verilmelidir. Eğer suçun taksirli hali kanunda düzenlenmemişse bile bu özel durum nedeniyle fail kasıtlı suçun cezasında cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi kurallarına göre indirim yapılarak yine de cezalandırılmalıdır³¹⁵.

Örnek olay (1)'de³¹⁶, (E)'nin ağacın kesilmesine rızası olmadığına ilişkin önceki beyanları, posta kutusuna bırakılan notta ağaca ilişkin bir bilgi yer almaması ve (A)'nın nota ilişkin sübjektif düşüncesini teyit edebilecek imkânı ve zamanı olması dikkate alındığında (A)'nın düştüğü hata kaçınılabilir bir hata olarak görülmektedir. Bu durumda (A), mala zarar verme suçunu kasten işlemekten dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu suçun taksirli hali cezalandırılmadığı için kasıtlı suçun

³¹³ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 188.

³¹⁴ Jakobs, *AT*, 11/54.

³¹⁵ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 188.

³¹⁶ Örnek (1)'i hatırlamak için sayfa 2, 39 veya 95'e bakılabilir.

cezasında, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi kurallarına göre indirim yapılacaktır. (B) ise bağıllık kuralı gereği kasten işlenen ana suçun varlığında sorun olmadığından dolayı mala zarar verme suçuna yardım etmeden dolayı cezalandırılabilir.

c) Teoriye Yönelik Eleştiriler

Bağımlı kusur teorisi, kast ve taksir arasında orta yolu seçerek söz konusu hatanın özel konumuna işaret etse de doktrinde özellikle *Puppe* tarafından dogmatik tutarsızlıkla eleştirilmiştir³¹⁷. Fail ya kasten işlenen bir suçtan ya da taksirli suçtan sorumlu tutulmayı hak eder. Eğer fail taksirli suçtan cezalandırılmayı hak ediyorsa o zaman mahkûmiyetin kasıtlı suçtan kurulmaması gerektiği ifade edilmektedir³¹⁸. Ayrıca bağımlı kusur teorisinin ortaya koyduğu çözüm, sanığın savunma hakkını ve kanunilik ilkesini ihlal edeceği yönünde de eleştiriye uğramıştır. Aşağıda söz konusu eleştiriler ortaya koyulacaktır.

i. Teorinin Çelişkili Çözümü

Bağımlı kusur teorisine getirilen eleştirilerden ilki; eğer fail kasten hareket ediyorsa neden taksirli suçtan cezalandırıldığı, eğer taksirli suçtan cezalandırılmayı hak ediyorsa o zaman neden kasıtlı suçtan mahkûmiyet kurulduğu yönündedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin, bir taraftan *kusur kastının* var olması ve diğer taraftan istisnai olarak taksirin hukuki sonucunun uygulanması tutarsız görünmektedir. Nitekim fail kasıtlı bir suçla suçlanmaktadır fakat taksirli suçun hukuki sonuçlarıyla karşılanmaktadır³¹⁹.

Teori, failin neden kasıtlı suça karşılık gelen taksir suçundan ceza alması gerektiği sorusunu cevapsız bırakmaktadır. Eğer fail kasıtlı bir suç gerçekleştiriyorsa, bu takdirde failin taksirli bir suçtan cezalandırılması düşünülemez. Eğer fail gerçekten kasten hareket ediyorsa, o zaman da sırf teorinin hatalı yapısı nedeniyle cezalandırılmayan bir fail düşünülemez. Fakat fail, taksirli bir suçtan cezalandırılmayı hak ediyorsa, bu takdirde mahkûmiyet hükmünün kasten işlenen

³¹⁷ Puppe, NK, § 16, kn. 154.

³¹⁸ Puppe, NK, § 16, kn. 154.

³¹⁹ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 195.

suçtan kurulması da doğru olmayacaktır. Dolayısıyla ceza hukuku sistematğinde anlaşılması güç bu model ciddi yapı sorunlarını bünyesinde barındırmaktadır.

ii. Sanığın Savunma Hakkı Bağlamında

Teorinin çözüm yönteminin sanığın adil yargılanma hakkını tehlikeye soktuğu ve mahkeme kararlarının bilgilendirme fonksiyonunu tehlikeye attığı belirtilmektedir. Eğer teorinin çözüm yönteminde ortaya koyulan kast-taksir bölünmesi mahkeme kararında uygulanırsa; sanığın maddi savunma imkanlarının kısıtlanması da söz konusu olabilir. İddianamede ve ceza mahkumiyetinde yer alan suçların farklı olması ise *davasız yargılama olmaz ilkesi* bağlamında ayrıca değerlendirilmelidir. Bağımlı kusur teorisinin bu ikili çözümünün ihlal edebileceği haklara yönelik eleştiriler aşağıda incelenmektedir.

(a) Davasız Yargılama Olmaz İlkesi

Davasız yargılama olmaz ilkesi, bir suçtan dolayı yargılama yapılabilmesinin fiilin suç teşkil ettiğinin ve failin cezalandırılması gerektiğini gösteren iddianamenin kabulüne bağlı olduğunu ifade eder³²⁰. Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 225. maddesinde “*Hükmün ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında verilebileceği*” ve 226. maddesinde ise “*Sanık, suçun hukukî niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir hâlde bulundurulmadıkça, iddianamede kanunî unsurları gösterilen suçun değindiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemeyeceği*” belirtilmektedir.

Düzenleme, sanığın neyle suçlandığı hakkında kesin bilgi sahibi olmasını ve kendisini bu suçlamaya karşı etkili bir şekilde savunabilmesini güvence altına almaktadır. Böylece sanık, hukuki değerlendirmedeki bir değişiklikte şaşırtılarak savunmasını etkili bir şekilde yapabilmesinin engelleyen müdahalelere karşı korunmaktadır. Bunun için koşul, şüphelinin hangi kanunu ihlal etmekle suçlandığını açıkça ortaya koyan iddianamenin varlığıdır. Nitekim CMK m. 175 gereği,

³²⁰ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Eylül 2016, s. 142.

kovuşturma evresinin başlayabilmesi iddianamenin kabulüne bağlıdır. Hüküm ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında verilebilir³²¹.

Bununla birlikte, düzenlemede sadece faile ve fiile yönelik olarak iddianın değiştirilmesi yasaklanmaktadır. Bir başka ifadeyle, *davasız yargılama olmaz ilkesi* gereği bir mahkeme veya hâkim, ancak hangi sanık için ve hangi fiilden dolayı dava açılmışsa, o sanık ve o sanığın fiili için yargılama yapabilir³²². Fakat hareketin hukuki nitelendirmesini takdir etmek hâkimin yetkisindedir³²³. Yargılama sırasında fiilin hukuki vasfının değişmesi durumunda sanık bu değişiklikten haberdar edilmelidir. Bu nedenle *Jakobs*'un modeli, sanığa uygun savunma imkânı sağlandığı müddetçe söz konusu düzenlemeye aykırılık teşkil etmeyecektir.

(b) Suçlamanın Niteliğini Öğrenme ve Hukuki Dinlenilme Hakkı

Sanığın derdini anlatabilmesi, hiç veya gereği gibi dinlenilmeden mahkûm edilmemesini, iddianamede öne sürülen iddiaları ve aleyhine delilleri çürütebilmesini ifade eden ilkeye *hukuki dinlenilme* veya *meramını anlatma ilkesi* denilmektedir³²⁴. Nitekim modern ceza muhakemesinde sanık hiçbir hakkı olmayan bir soruşturma objesi değil, hakları ve yükümlülükleri olan, bu anlamda muhakemeye yön verebilen bir muhakeme süjesidir³²⁵. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesi, mahkemenin suçlamanın içeriği hakkında sanığa ayrıntılı olarak bilgi verme yükümlülüğünü de içermektedir. Nitekim AİHS'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendine göre sanık “*Şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa bir zamanda, anladığı dille ve etraflıca haberdar edilmek*” hakkına sahiptir. Sanık böylece kendisine isnat edilen haksızlığın yapısını öğrenebilmektedir. Bu sanığın uygun bir savunma yapabilmesinin temel şartını oluşturmaktadır³²⁶. Türk Ceza Muhakemesi Kanunu da uluslararası düzenlemelerle paralel şekilde sanığın suçlamaları, delilleri, müdafî aracılığıyla dosyayı öğrenebilmesini, bir hak olarak muhakemede hazır bulunabilmesini, suçlamaları öğrendikten sonra cevap

³²¹ Ahmet Gökcen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Adalet Yayınevi, Ocak 2017, s. 122.

³²² Gökcen, Alşahin, Çakır, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 121.

³²³ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 189.

³²⁴ Öztürk ve diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 134.

³²⁵ Öztürk ve diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 134.

³²⁶ Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 191.

verebilmesini, bunun için kendisine süre tanınmasını, isnat edilen fiilin değiştirilmemesini, son sözün sanıkta olmasını, teknik yardımdan faydalanabilmesini güvence altına almaktadır³²⁷.

Hukuki dinlenilme hakkı, kişinin sadece yargılamanın öznesi olmasına izin vermekle kalmaz, aynı zamanda yargılamayı ve sonucunu etkileyebilmek için kendisini etkileyen bir karardan önce ona konuşma fırsatı da verir. Sanık, karar verme sürecinde mahkeme için önemli olan koşulların ve yasal değerlendirmelerin farkında olmalıdır. Bu yüzden kendisine isnat edilen suçlamanın yapısını tamamen bilmelidir. Hukuki dinlenilme hakkı, sanığın savunmasını açık ve sabit bir iddiaya karşı yoğunlaştırabilmesini gerektirir. Bu nedenle, iddianın yasal dayanağı hakkında kesin ve açık bilgi sağlama yükümlülüğü, daha önce belirtilen standartlara ek olarak uluslararası sözleşmelerden (AİH m. 6) ve Anayasal (Türk Anayasası m. 36) bir hak olan hukuki dinlenilme hakkından kaynaklanmaktadır. *Jakobs*'un modeli, sanığa uygun savunma imkânı sağlandığı müddetçe söz konusu düzenlemeye aykırılık teşkil etmeyecektir.

Jakobs'un hükmün kasıtlı suçtan kurulması fakat cezanın taksirli suçtan verilmesi görüşüne karşı ileri sürülen; sanığın kendisine yöneltilen suçlamanın haksızlık yapısı hakkında bilgilendirilmesi, suçlamanın niteliğini öğrenmesi ve adil yargılanma hakkı bağlamında tehlikeli olduğu yönündeki eleştiriler yukarıda ortaya koyulmuştur. Fakat ceza muhakemesine ilişkin bu endişelerin belirtilen şartlara riayet edildiği takdirde yerinde olmadığı görülmüştür. Nitekim iddianamede isnat edilen hareket değişmemektedir ve sanık kendisini işlediği iddia edilen suça karşı savunmak durumundadır. Söz konusu fiilin kast veya taksir değerlendirmesini hâkim yapacaktır. Kast veya taksir açısından bir cezanın verilip verilmemesi maddi savunma argümanı ile ilgili değildir. Dolayısıyla teorinin, sanığın savunma hakkını ihlal ettiği söylenemez.

iii. Kanunilik İlkesi Bağlamında

Kanunilik ilkesi, bir fiilin kanunda düzenlenmediği sürece suç olarak nitelendirilememesini ve kanunda öngörülenden başka bir ceza ile

³²⁷ Gökcen, Alşahin, Çakır, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 112.

cezalandırılmamasını garanti altında almaktadır³²⁸. Kanunilik ilkesi, aynı zamanda idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilmesini yasaklayarak kuvvetler ayrılığının önemli bir yansıması olan hâkimi yasama organı tarafından çıkarılan kanun ile bağlamaktadır.

Jakobs'un bağımlı kusur teorisi, faili kanunda açıkça tanımlanmayan bir taksir tipinden cezalandırarak; kanunilik ilkesine dahil olan “öngörülenden başka bir ceza” ile cezalandırma yasağını ihlal edebilir. Fail, Ceza Kanunu'nun X maddesini gerçekleştirmekle suçlanırken; cezası, kanunun Y maddesinden kaynaklanıyorsa, farklı bir normdan cezalandırılmış olur. Çünkü *lex certa* (belirlilik) ilkesinin sağladığı güvence, haksızlık suçlamasının tanımı ve buna bağlı ceza çerçevesini kapsamaktadır³²⁹. Bu nedenle *Jakobs*'un teorisinin kanunilik ilkesi bağlamında kabul edilemez görünmektedir.

d) Değerlendirme

Bağımlı kusur teorisi, failin mahkûmiyet hükmünün kasıtlı suçtan kurulmasını fakat cezasının taksirli suçtan verilmesini önermektedir. Fakat “*neden mahkûmiyet hükmü kast suçundan kurulmasına rağmen, failin kasıtlı suça karşılık gelen taksir suçundan ceza alması gerektiği*” sorusunu sağladığı pratik sonuçlar dışında cevapsız bırakmaktadır.

Bununla birlikte, kanunilik ilkesi bağlamında teoriye getirilen eleştiriler de önemlidir. Teoriye göre, fail suçun maddi unsurları bakımından, kast; hukuki sonuç bakımından, taksir şeklinde kombinasyonu ile kanunda yer almayan bir normdan cezalandırılacaktır. Eğer fail kasıtlı bir suçtan cezalandırılmayı hak ediyorsa, o halde kasıtlı bir suçtan hüküm kurulmalıdır. Fakat taksirli suçtan cezalandırılmayı hak ediyorsa da o zaman kasten işlenen suçtan hüküm kurulmamalıdır. Bu dogmatik zorlama, kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Belirtilen bu nedenlerle,

³²⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 38/f.1: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” Türk Ceza Kanunu m. 2/f.1: “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.”

³²⁹ Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 197.

hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata sorununun çözümünde *Jakobs*'un karma görüşünün desteklenemeyeceğini düşünüyoruz.

3. Hukuki Sonuçları Bağımsız Kusur Teorisi

a) Teorik Temeli

Hukuki sonuçları bağımsız kusur teorisi (*die rechtsfolgenelbstständige Schuldtheorie*) doktrinde önce *Dreher* tarafından ortaya atılmış, ardından *Krümpelmann* ve *Paeffgen* tarafından geliştirilmiştir. Nitekim *Dreher*'e göre hukuka uygunluk nedenleri, tipiklik ve kusurdan ayrı bir değerlendirme aşaması olup kendine özgü ve bağımsız bir hukuka uygunluk tipi oluşturmaktadır³³⁰. Yazar, failin taksirli suçtan cezalandırılması gerektiğini fakat suçun taksirli hali düzenlenmiyorsa da taksirden sorumlu tutularak failin hatasının takdiri değil, zorunlu bir indirim nedeni olarak görülmesi gerektiğini ifade eder³³¹. Bu nedenle, hukuka uygunluk nedenlerinde kaçınılabilir hata durumunda özel bir düzenleme yapılması gerektiğini belirtir.

Krümpelmann ve *Paeffgen* ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatayı, tipiklik hatasına olan bağından tamamen kurtaran bir cezalandırma önermektedir³³². Teoriye göre, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında düşülen hatanın bağımsız rolü, sadece hata düzenlemeleri dışındaki hukuki sonuçların geliştirilmesiyle vurgulanabilir.

Teori, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında kaçınılmaz hataya düşen failin kusuru ortadan kalktığı için cezalandırılmaması gerektiğini kabul etmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hatanın kaçınılmaz olup olmadığını belirleyen özen yükümlülüğünün ise yasak hatasının aksine failin risk taşıyan davranışına dayandırarak üst bir haksızlık kavramına işaret etmektedir³³³. Eğer failin düştüğü hata kaçınılabilir bir hataysa; suçun taksirli halinden sorumlu

³³⁰ Dreher, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe*, Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972, Ed. Lüttger, Hans, Blei, Hermann und Hanau Peter, Walter de Gruyter, 1972, ss. 207-228, s. 224.

³³¹ Dreher, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe*, s. 228.

³³² Justus Krümpelmann, "Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums", *ZsTW-Beiheft*, 1978, s. 6; Paeffgen, *Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre*, Berlin, 1979, s. 165.

³³³ Krümpelmann, *ZsTW-Beiheft*, s. 48.

tutulması gerektiğini belirtilir. Eğer suçun taksirli hali düzenlenmemişse, bu takdirde fail sorumluluktan kurtulmamalı ve kasıtlı suçun cezasında cezanın bireyselleştirilmesi çerçevesinde indirim yapılmalıdır³³⁴. Teori, sadece suçun taksirli halinin cezalandırılmıyor olması durumunda, cezanın bireyselleştirilmesi çerçevesinde ceza miktarında indirim yapılmasını önermez. Aynı zamanda suçun taksirli hali olsa da cezada indirim yapılması gerektiğini belirtir. Bu nedenle teori, *hukuki sonucu bağımsız* olarak adlandırılmaktadır³³⁵.

Heuchemer de doktora tezi olarak yayınladığı çalışmasında, *Paeffgen* ve *Jakobs*'un yaklaşımlarını birleştiren ve kendini *hukuki sonucu bağımsız kusur teorisinin* bir çeşidi olarak sunan değiştirilmiş bir katı kusur teorisi önermektedir³³⁶. Yazara göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda kast her zaman varlığını korur. Hatanın kaçınılmaz olması durumunda ise failin kusuru ortadan kalkar ve yazarın ifadesiyle “marjinal haksızlık” durumlarında cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi kapsamındaki nedenler (ACK m. 49/1, TCK m. 61) kıyasen uygulanarak ek bir indirim sağlanmalıdır. Kaçınılabılır hatada ise fail kasten işlenen suçun cezası ile cezalandırılmalıdır ve indirim nedenleri takdiri olarak uygulanabilir (ACK m. 17/2, TCK m. 30/3)³³⁷.

b) Hukuki Sonuçları

Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin, hatası kaçınılmazsa kusuru ortadan kalktığı için cezalandırılmayacaktır. Eğer failin hatası kaçınılabılırse suçun taksirli halinden sorumlu tutulması gerekecektir. Eğer suçun taksirli hali düzenlenmemişse fail sorumluluktan kurtulmamalı ve kasıtlı suçun cezasında cezanın bireyselleştirilmesi çerçevesinde indirim yapılarak cezalandırılmalıdır³³⁸.

³³⁴ Dreher, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe*, Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972, Ed. Lüttger, Hans, Blei, Hermann und Hanau Peter, Walter de Gruyter, 1972, s. 207-228, s. 227.

³³⁵ Roxin, AT, s. 624, 625, kn. 59.

³³⁶ Heuchemer, *Der Erlabnistatbestandsirrtum*, 2005.

³³⁷ Heuchemer, *Der Erlabnistatbestandsirrtum*, s. 324.

³³⁸ Dreher, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe*, Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972, Ed. Lüttger, Hans, Blei, Hermann und Hanau Peter, Walter de Gruyter, 1972, s. 207-228, s. 227.

Bu durumda, örnek olay 1’de³³⁹ (A)’nın hatası kaçınılabılır bir hatadır. Mala zarar verme suçunun taksirli hali düzenlenmediği için fail kasten işlenen mala zarar verme suçunun cezasında cezanın bireyselleştirilmesi çerçevesinde indirim yapılarak cezalandırılacaktır. (B) ise kasten işlenen ana suçun varlığına dayanarak mala zarar verme suçuna yardım etmeden dolayı cezalandırılabilir.

c) Değerlendirme

Hukuki sonuçları bağımsız kusur teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda kastın kapsamı ve içeriğini, haksızlık bilincinin konumunu ve fail için hangi sorumluluk modelinin daha uygun olduğunu değerlendirmeksizin sadece hukuki sonuçlarının geliştirilmesini hedef alan modeller önermektedir. Bu kapsamda hukuki sonuçları bağımsız kusur teorisi, suçun taksirli hali kanunda düzenlenmiyorsa kasıtlı suçtan hüküm kurarak zorunlu bir indirim öngören bağımlı kusur teorisine getirilen eleştirilere maruz kalmıştır.

Teoriye göre; fail, tipiklik (kast) ve hukuki sonuç (taksir) kombinasyonu şeklinde kanunda yer almayan bir normdan cezalandırılacaktır. Bu dogmatik zorlama, kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca kanunda suçun taksirli halinin düzenlenip düzenlenmediğine göre faili ya kasıtlı ya da taksirli suçtan sorumlu tutmak çelişkili sonuçlara neden olmaktadır. Nitekim kast ve taksir, doğaları ve yapıları itibarıyla tamamen birbirinden bağımsız kavramlardır ve biri diğerinin ikamesi değildir. Haksızlığın bağımsız görünüm şekilleri olarak, kast ve taksir birbirlerini dışlayıcı nitelikte olup; kast varsa taksirin, taksir varsa da kastın varlığından söz edilemez³⁴⁰. Bu nedenle kasten işlenen bir suçun, *çoğun içinde az da vardır* kabulüyle suçun taksirli halini de içinde barındırdığı söylenemez. Dolayısıyla teorinin suçun kasıtlı halinden cezalandırılmamasından bahisle, faili suçun taksirli halinden cezalandırması kabul edilemez. Belirtilen bu nedenlerle, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata sorununun çözümünde hukuki sonuçları bağımsız kusur teorisi desteklenemez.

³³⁹ Örnek (1)’i hatırlamak için sayfa 2, 39 veya 95’e bakılabilir.

³⁴⁰ Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 2, 8. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2014, § 42, kn. 45; Elvan Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatigi**, 1. Baskı, Turhan, Ankara, 2015, s. 37-38; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif UNSURLARI**, s. 326.

4. İzin Verilen Risk Görüşü

Alman doktrinde bir diğerk görüş de hukuka uygunluk nedeninin koşullarında objektif olarak kaçınılmaz hataya düşölmesini *izin verilen risk* kapsamında bir *hukuka uygunluk nedeni* olarak görmektedir³⁴¹. İzin verilen riski bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden yazarlar, hukuken müsaade edilen bu tehlike yaratma alanında hareket eden kişinin sorumlu tutulamayacağını ifade etmektedir³⁴². Dolayısıyla fail, hukuka uygunluk nedeninin koşullarının gerçekleştiğı hususunda kaçınılmaz bir hataya düştüğü takdirde; kaçınılmaz hatanın kendisi, fiili hukuka uygun hale getirecektir.

Failin hatasının kaçınılabılır olduğı durumlarda, hareketin taksirli hali suç olarak düzenleniyorsa; fail, taksirli suçtan cezalandırılabilir. Çünkü maddi gerçeklik hakkında hataya düşen failin, titiz bir şekilde koşulları kontrol etme imkânı, yasak hatasından daha fazla ortadan kalkmaktadır. Yazara göre, failin hatası objektif olarak kaçınılmaz olduğı takdirde; meşru hareket, izin verilen riske dayanmaktadır³⁴³. Bu durumda, fail hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında kaçınılmaz hataya düşerse kasıtlı bir suçtan dolayı cezalandırılmayacaktır.

Herzberg ise sınırlı kusur teorisini desteklemekle birlikte *izin verilen risk* nedeniyle kasıtlı suçun objektif unsurunun ortadan kalktığını kabul eder. Fakat hukuka uygunluk nedeninin koşullarında düşölen hatanın hukuki düzen ihlali anlamına gelmediğı durumlarda, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşulları hakkında hatadan bahsetmekten kaçınmaktadır³⁴⁴.

Bununla birlikte hatanın kendisini, bir hukuka uygunluk nedeni olarak gören düşöncenin yeni olmadığı da belirtilmelidir. Nitekim hatayı, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüş daha önce İsviçre doktrinde de öne sürölmüşür³⁴⁵. Bu görüşe göre hata, fiilin hukuka aykırılık vasfını ortadan kaldıran meşru savunma

³⁴¹ Selman Dursun, “Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, (Ceza Hukuku Genel Kısım)”, **CHD**, Aralık 2017, S. 35, s. 231-243, s. 240; Gropp, **AT**, s. 597, kn. 207.

³⁴² Schönke, Schröder-Lenckner, Vorbem §§ 32 ff., kn. 107 b.

³⁴³ Gropp, **AT**, s. 597, kn. 207.

³⁴⁴ Herzberg, Juristische Schulung (JuS), 1991; Herzberg, “Tatbestands- oder Verbotsirrtum?”, **Goldammer’s Archiv für Strafrecht** (GA) 1993, 439–459; Hillenkamp, Cornelius, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, s. 2117.

³⁴⁵ E. Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, genel kısım, Berlin, 1926; aktaran Cemil Halit Bengü, **Ceza Hukukunda Hata**, Ankara, Sakarya Basımevi, 1948, s. 30.

veya ilgilinin rızası gibi bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir³⁴⁶. Bununla birlikte, izin verilen risk alanın, toplumsal gelişmeyi sağlamak ve çok gerekli hukuki değerlere ulaşmak için daha az öneme sahip hukuki değer ihlali risklerinin göze alınmasını ve yapıları gereği tehlikeli nitelik taşıyan bazı faaliyetler için oluşturulduğu ifade edilmektedir³⁴⁷. Bu nedenle söz konusu kriterlere uygun görünmeyen hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın izin verilen risk kapsamında hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi görüşünü desteklemiyoruz.

D. DEĞERLENDİRME VE KANAAT

1. Teorilerin Değerlendirilmesi

Teoriler incelendiğinde; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya ilişkin tartışma merkezinin, failin kastının mı kusurunun mu ortadan kalktığı etrafında şekillendiği ve iştirak alanında istenilen sonuçların sağlanabilmesi için teorilere yön verildiği görülmektedir.

Teorilerin bu soruya verdikleri yanıtları üç grupta toplamak mümkündür. Birinci grupta yer alan teorilere (kast teorisi, tipikliğin olumsuz unsurları teorisi, sınırlı kusur teorisi) göre failin hatası, kastını ortadan kaldırmaktadır. İkinci grupta yer alan teorilere (hukuki sonuçları yönlendirilmiş kusur teorisi, bağımlı kusur teorisi, hukuki sonucu bağımsız kusur teorisi) göre ise ortada kasten işlenmiş bir suç vardır, fakat failin cezası taksir çerçevesinde verilmelidir. Son grupta ise (katı kusur teorisi) failin kastı varlığını korurken hatanın kaçınılmaz olması durumunda sadece kusuru ortadan kalkmaktadır.

Teorilerin, çalışmanın başında çözüme sunulan örnek olay (1)'de ³⁴⁸ (A) ve (B)'nin ceza sorumluluğunu nasıl tespit ettikleri aşağıdaki tabloda gösterilmektedir.

³⁴⁶ Bengü, **Ceza Hukukunda Hata**, s. 30, 32.

³⁴⁷ Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 378.

³⁴⁸ Örnek (1) için sayfa 2, 39 veya 95'e bakılabilir.

Tablo 3:Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hatada Teorilerin Çözüm Yolları ve Hukuki Sonuçları

Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata	Teori	Çözüm Yolu	Hukuki Sonuçları
Tipiklik Hatası Çözümünü Uygulayan Teoriler	Kast Teorisi	Kastın bir unsuru olan haksızlık bilincinin yokluğu nedeniyle failin kastı ortadan kalkar. (Kast= fiil kastı + haksızlık bilinci)	(A)'nın hatası kastını ortadan kaldırır ve mala zarar verme suçu taksirle işlenemeyeceğinden dolayı (A) cezalandırılmaz.
		Kasten işlenen ana suçun yokluğu nedeniyle (sınırlı bağlılık kuralı gereği) şerikler de cezalandırılmaz.	(B), mala zarar verme suçuna yardım etmeden dolayı cezalandırılmaz.
	Tipikliğin Olumsuz Unsurları Teorisi	Hukuka aykırılık, tipikliğin olumsuz bir unsurudur. Tipikliğin olumlu unsurları olayda gerçekleşse de olumsuz unsurunda düşülen hata kastını ortadan kaldırır . Failin hatasının kaçınılabılır olduğu durumlarda taksirli sorumluluğu saklıdır.	(A)'nın hatası kastını ortadan kaldırır. Fakat her ne kadar (A) hataya düşmede taksiri olsa da mala zarar verme suçu taksirle işlenemeyeceğinden dolayı (A) cezalandırılmaz.
		Kasten işlenen ana suçun yokluğu nedeniyle (sınırlı bağlılık kuralı gereği) şerikler de cezalandırılmaz.	(B), mala zarar verme suçuna yardım etmeden dolayı cezalandırılmaz.
	Sınırlı Kusur Teorisi	Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşüldüğü için bu hata, yasak hatasından ziyade tipiklik hatasına yakındır. Tipiklik hatası çözümü kıyasen uygulanarak failin kastı (kastı/haksızlık kastı) ortadan kalkar . Failin taksirli sorumluluğu saklıdır.	(A)'nın hatası kastını ortadan kaldırır ve mala zarar verme suçu taksirle işlenemeyeceğinden dolayı (A) cezalandırılmaz.
		Kasten işlenen ana suçun yokluğu nedeniyle (sınırlı bağlılık kuralı gereği) şerikler de cezalandırılmaz.	(B), mala zarar verme suçuna yardım etmeden dolayı cezalandırılmaz.
Yasak Hatası Kapsamında Değerlendiren Teori	Katı Kusur Teorisi	Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda kast varlığını korur. Sadece kaçınılmaz hata durumunda kusurun bir unsuru olan haksızlık bilincinin eksikliği nedeniyle failin kusuru ortadan kalkar .	A)'nın hatası kaçınılabılır bir hatadır. Bu nedenle kusuru ortadan kalkmayacaktır ve kaçınılabılır hatası nedeniyle (A) mala zarar verme suçundan dolayı sorumludur. Failin hatası cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi çerçevesinde indirim sebebi yapılır.
		Kasten işlenen ana suçun varlığı nedeniyle (sınırlı bağlılık kuralı gereği) şerikler cezalandırılabilir.	(B), mala zarar verme suçuna yardım etmeden dolayı cezalandırılabilir.

Kendine Özgü Bir Hata Türü Olarak Değerlendiren Teoriler	Hukuki Sonuçları Yönlendirilmiş Kusur Teorisi	Kast, hem haksızlık alanında hem de kusur alanında fonksiyon icra eder. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatada, fiil kasten işlenmesine rağmen failin kusur kastı (Vorsatzschuld) ortadan kalkar . Kasten işlenmiş bir haksızlık vardır ve fakat hukuksal sonuç alanında fail taksir hükümlere göre cezalandırılmalıdır .	(A) mala zarar verme suçunu kasten işlemektedir. Fakat düştüğü hata nedeniyle hata kusur kastını ortadan kaldırır ve hukuksal sonuç alanında taksir hükümlerine göre cezalandırılmalıdır. Mala zarar verme suçunun taksirli hali kanun koyucu suç olarak düzenlenmediği için (A) cezalandırılmaz.
		Kasten işlenen ana suçun varlığı nedeniyle (sınırlı bağıllık kuralı gereği) şerikler cezalandırılabilir.	(B), mala zarar verme suçuna yardım etmeden dolayı cezalandırılabilir.
	Bağımlı Kusur Teorisi	Fail, kasten işlenen suçtan sorumlu tutulmalı, fakat cezası suçun taksirli hali çerçevesinde verilmelidir. Eğer suçun taksirli hali düzenlenmiyorsa cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi hükümlerine göre failin cezasında indirim yapılır.	(A), kasten işlenen mala zarar verme suçundan sorumlu tutulur ama cezası taksir çerçevesinde verilir. Mala zarar verme suçunun taksirli hali düzenlenmediği için cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi hükümlerine göre (A)'nın cezasında indirim yapılabilir.
		Kasten işlenen ana suçun varlığı nedeniyle (sınırlı bağıllık kuralı gereği) şerikler cezalandırılabilir.	(B), mala zarar verme suçuna yardım etmeden dolayı cezalandırılabilir.
	Hukuki Sonucu Bağımsız Kusur Teorisi	Fail, kasten işlenen suçtan sorumludur, suçun taksirli hali düzenlense de düzenlenmese de cezasında indirim yapılır.	(A), kasten işlenen mala zarar verme suçundan sorumlu tutulur ama cezası suçun taksirli hali düzenlenmese de indirilerek verilir.
		Kasten işlenen ana suçun varlığı nedeniyle (sınırlı bağıllık kuralı gereği) şerikler cezalandırılabilir.	(B), mala zarar verme suçuna yardım etmeden dolayı cezalandırılabilir.
	İzin Verilen Risk Görüşü	Kaçınılmaz hata, izin verilen risk kapsamında fiili hukuka uygun hale getirir . Failin hatası kaçınılabilir bir hata ise hukuka uygunluk nedeninden faydalanamaz.	(A)'nın hatası kaçınılmaz bir hata değildir, bu nedenle (A) mala zarar verme suçundan sorumludur.
		Kasten işlenen ana suçun varlığı nedeniyle (sınırlı bağıllık kuralı gereği) şerikler cezalandırılabilir.	(B), mala zarar verme suçuna yardım etmeden dolayı cezalandırılabilir.

Tabloya göre, *katı kusur teorisi*, *hukuki sonucu bağımsız kusur teorisi* ve *izin verilen risk görüşü* (A) ve (B)'yi mala zarar verme suçundan cezalandırmaktadır. İki teoriye göre de (A)'nın hatası, kastını ortadan kaldırmaz. Katı kusur teorisi (A)'nın hatasının kaçınılmaz olup olmadığını değerlendirerek bu sonuca varmaktadır. Nitekim (A), ağacın sökülmesi konusunda daha önce (E) ile aralarında olan tartışma gereği, (E)'nin buna razı olmadığını bilmektedir. Sonradan gelen mektuptaki ifadede ağacın sökülmesine ilişkin herhangi bir bilgi de bulunmamaktadır. (A) daha dikkatli ve özenli davranarak, komşusu (E)'ye telefon ederek ya da geri dönmesini bekleyerek mektubun ağaçla ilgisi olup olmadığını teyit edebilecek durumdadır. Bu durumda, (E)'nin ağacın kesilmesine rızası olmadığına ilişkin önceki beyanları, posta kutusuna bırakılan notta ağaca ilişkin bir bilgi yer almaması ve (A)'nın nota ilişkin sübjektif düşüncesini teyit edebilecek imkânı ve zamanı olması dikkate alındığında; (A)'nın düştüğü hata kaçınılabılır bir hatadır. *Katı kusur teorisi*, faili mala zarar verme suçunun kasten işlenmesinden dolayı sorumlu tutar. Benzer şekilde *izin verilen risk görüşü* de (A)'nın hatasını kaçınılabılır bir hata olarak değerlendirir ve bu nedenle (A), söz konusu hukuka uygunluk nedeninden faydalanamaz.

Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatayı kendine özgü bir hata türü olarak değerlendiren *hukuki sonuçları yönlendirilmiş kusur teorisi*, *hukuki sonuçları bağımsız kusur teorisi* ve *bağımlı kusur teorisi* ise faili kasten işlenen suçtan sorumlu tutar, fakat cezasını suçun taksirli halinden verir. Mala zarar verme suçunun taksirli hali düzenlenmediğinden *bağımlı kusur teorisine* göre de (A)'nın cezasında, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi hükümlerine göre indirimle gidilebilir. *Hukuki sonuçları bağımsız kusur teorisi* ise suçun taksirli hali düzenlense de düzenlenmese de failin cezasında indirim yapar.

Tipikliğin Olumsuz Unsurları Teorisi'ne göre, hukuka uygunluk nedeninin koşulları tipikliğe dahil olduğu için söz konusu koşullardaki eksiklik, failin kastını doğrudan ortadan kaldırır. Diğer taraftan, *sınırlı kusur teorisine* göre; hatanın tespitinden sonra sübjektif hukuka uygunluk alanında tipiklik hatasının kıyasen uygulanması ile kast ortadan kalkmaktadır. Son olarak *kast teorisi* de failin fiili işlediği sırada haksızlık bilincinin olmaması nedeniyle kastın varlığını reddeder. Bu üç teoriye göre de (A)'nın mala zarar verme suçu bakımından kastı ortadan kalkar ve

suçun taksirli hali suç olarak düzenlenmediğinden dolayı (A) mala zarar verme suçundan cezalandırılmaz.

(B)'nin mala zarar verme suçuna yardım etmekten dolayı cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda da teoriler farklı sonuçlar vermektedir. *Katı kusur teorisine* göre, kasten işlenen bir suç mevcut olduğundan iştirak alanında herhangi bir sorun bulunmamaktadır. (B) mala zarar verme suçuna yardım etmekten dolayı cezalandırılabilir. *Hukuki sonuçları yönlendirilmiş kusur teorisi*, *bağımlı kusur teorisi* ve *hukuki sonucu bağımsız kusur teorisi* ise her ne kadar failin suçun taksirli halinden cezalandırılması gerektiğini belirtse de kasten işlenen ana suçun varlığını kabul ederler. Dolayısıyla bu üç teori de (B)'nin mala zarar verme suçuna yardım etmeden dolayı cezalandırılabilir.

Fakat *sınırlı kusur teorisi*, *tipikliğin olumsuz unsurları teorisi*, *değiştirilmiş kast teorisine* göre kasten işlenen bir suç mevcut değildir. Bu durumda sınırlı bağlılık kuralı gereği, (B) mala zarar verme suçuna yardım etmeden dolayı cezalandırılmaz. Dolayısıyla, tipiklik hatası çözümünü uygulayan teoriler, şeriklik alanında istenilen sonucu sağlayamazken; diğer teorilerde kast ortadan kalkmadığı için kötü niyetli şerikler cezalandırılabilir.

Bununla birlikte, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda ortaya koyulan teorilerin, “kastın ortadan kalkıp kalkmadığı” sorusuna odaklanarak iştirak alanındaki cezalandırma boşluklarını çözmeye gayret ettikleri görülmektedir. Fakat asıl soru; hukuka uygunluk nedenlerinin doğasına uygun ve ceza hukukunun öngördüğü suç sistemiyle uyumlu bir çözüm sunulup sunulmadığıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hata; kast kavramının içeriğini, haksızlık ve kusur ilişkisi ile birlikte ceza sorumluluğunun subjektif temeller üzerine mi yoksa normatif temeller üzerine mi inşa edileceğini de sorgulamayı gerektirir. Dolayısıyla şu soruyu sormak mecburi hale gelir: *Failin dış dünyadaki koşullara ilişkin yanlgısının neden olduğu hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarındaki eksiklik, failin hukuka uygun davranma isteği, yani subjektif unsurun varlığıyla telafi edebilir mi?* Bu kapsamda, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusundaki görüşümüze aşağıda yer verilmiştir.

2. Görüşümüz

Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata konusunda ortaya koyulan ilk teoriler, haksızlık bilincinin konumu üzerinden meseleye yaklaşmıştır. Örneğin, kast teorisi ve katı kusur teorisi hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin, davranışını gerçekleştirirken kendisi lehine bir izin normuna uygun olduğunu düşünerek hareket ettiği, bu anlamda hukuka sadık olduğu ve dolayısıyla haksızlık bilincinin ortadan kalktığı şeklinde bir bakış açısından hareket etmişlerdir. Kast teorisi, haksızlık bilincini kastın bir unsuru olarak görürken; katı kusur teorisi, bunu kusurun bir unsuru kabul etmiştir. Fakat bu bakış açısından hareketle, tüm hata türleri failin “haksızlık bilinci” üzerinde etki doğurabilir. Nitekim suçun maddi unsurlarında hataya düşen fail de hukuka aykırı hareket etmek istememektedir. Masadan ayrılırken kendisinin zannederek başkasının telefonunu alan kişi de hukuka sadıktır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda, somut olayda kasten işlenmiş tipe uygun bir hareket bulunmaktadır ve ortada şartları gerçekleşmiş herhangi bir hukuka uygunluk nedeni de yoktur. Fakat fail, subjektif olarak hukuka uygun hareket etmek istemiştir. Gerçeklik, failin düşündüğü gibi olsaydı fiili hukuka uygun olacaktır. Dolayısıyla burada kriter olarak “hukuka sadakat” veya “hukuka uygun davranıldığı düşüncesi” belirleyici olacaksa; doğrudan failin haksızlık bilincinin ortadan kalktığı sonucuna varmak yerine hukuka uygunluk nedenlerinin suç teorisindeki işlevi de dikkate alınarak bu subjektif özgülenmenin ne anlama geldiğinin tespit edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Nitekim faildeki bu subjektif özgülenmeyi “haksızlık kastının eksikliği” olarak nitelendirenler olduğu gibi “kusur kastının eksikliği” olarak nitelendiren görüşler de ortaya çıkmıştır. Alman Federal Mahkemesi de uzun yıllar failin “haksızlık kastının” olmadığı yönünde karar verirken, son kararlarında failin “kusur kastının” olmadığından bahisle beraatine hükmettiği de görülmektedir¹.

Bununla birlikte, kişi somut olaydaki koşulların ceza hukukunda tipikliğin unsuruna mı yoksa kusura mı dahil olduğunu bilemeyebilir. Fakat dış dünyada

¹ Hells- Angels-Case, BGH NStZ, 2012, 272. Dava hakkında ayrıntılı bilgi, çalışmanın ikinci bölümünde yer alan “Hukuki Sonuçları Yönlendirilmiş Kusur Teorisi” başlığı altında bulunabilir.

gerçekleşen maddi olayı ve bu olaya ilişkin koşulları bilebilir. Ceza hukuku doktrini ise dış dünyada gerçekleşen bu maddi olaya ilişkin unsurları, tipikliğın, haksızlığın veya kusurun unsuru şeklinde isimlendirir. Öncelikle, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşen fail, norm hakkında değil dış dünyadaki olay veya olgular hakkında yanılmaktadır. Hataya düştüğü husus, izin normunun varlığı konusunda değil; bilakis izin normunun koşullarına ilişkindir. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatada fail kural olarak hareketinin bir başkasının hukuki değerine müdahale teşkil ettiğini fakat özel bir sebebin varlığı nedeniyle hareketine hukuk düzeni tarafından izin verildiğini düşünmektedir. Bu nedenle, haksızlık hatasına düşen ve hukuk sisteminin kabul ettiği emir ve yasaklardan farklı bir düşünceye sahip olan failin durumundan ayrılmaktadır. Belirtilen bu nedenlerle, söz konusu hatanın haksızlık bilincini etkilediğini kabulle yasak hatası kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini düşünüyoruz.

Ayrıca hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının somut olayda gerçekleştiğini zanneden failin yanıldığı husus, suçun maddi unsurlarına ait bir unsur da değildir². Örneğin, failin suçu kime karşı işlediği, ne şekilde icra ettiğı ve suç ile hangi konunun zarara uğratıldığı gibi unsurlarda bilgisi tamdır ve tipikliğın maddi unsurlarına yönelik kastı bulunmaktadır. Bu durum, kanun koyucunun neyi tipikliğın maddi unsuru olarak belirlediğı ile alakalıdır. Nitekim kanun koyucu, unsurlarını tespit etmek suretiyle haksızlığın sınırlarını belirlemekle görevlidir³. Suç tanımının da suçun haksızlık içeriğini belirleyen tüm unsurları içermesi beklenir⁴. Bu durumda, suçun kanuni tanımında yer alan ve haksızlık üzerinde etkili olan her unsur, suçun maddi unsurudur⁵. Hukuka aykırılık da suçun maddi unsurlarından bağımsız olarak haksızlığın bir unsurudur⁶. Belirtilen bu nedenlerle, söz konusu hatanın failin tipiklik kastını ortadan kaldıran suçun maddi unsurlarında hata kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini düşünüyoruz.

² Suçun kanuni tanımında “hukuka aykırı olarak”, “rızası olmadan” veya “yetkisiz” gibi ifadelerin yer aldığı suçlar bakımından gerekli açıklamalar, çalışmanın birinci bölümünde yer alan 1. “Suçun Kanuni Tanımında Hukuka Aykırılık İfadesine Yer Verilmesi” başlığı altında yapılmıştır.

³ Baumann, Weber, Mitsch, AT, § 8, kn. 4.

⁴ Wessels, Beulke, Satzger, AT, § 5, kn. 118; Heinrich, AT, kn. 110.

⁵ Maurach, Zipf, AT/I, §20, kn. 1.

⁶ Roxin, AT, I, § 14, kn. 71; Gropp, AT, § 6, kn. 2.

Bu açıklamalardan sonra, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin, bilerek ve isteyerek suç işleyen ve herhangi bir hukuka uygunluk nedenine dayandığını da düşünmeyen failden farklı olduğu da belirtilmelidir. Nitekim kasten işlenen bir suçun kusur içeriği ile hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşülerek işlenen bir suçun kusur içeriği aynı değildir. Kastan işlenen suçta failin doğasına veya tutumuna atfedilebilecek bir olumsuz değer mevcutken; hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatada bu olumsuz değer bulunmamaktadır. Fakat hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failde kasıtlı bir suçun olumsuz değeri bulunmazken; taksirli bir suçun olumsuz değeri bulunabilir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failde, düştüğü hata nedeniyle en fazla taksirli bir suçun kusuru bulunabilir. Nitekim trafikte riskli sollama manevrası yapan, yanan bir mumla ahıra giren veya yüklü ateşli silahlar veya patlayıcılara yakın olan herkes, bir kaza durumunu önlemek ve etrafı kontrol etmek için ciddi bir uyarı almaktadır. Fakat bu durumlarda bile fail taksirli suçtan cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedeninin koşullarının oluştuğunu sanarak hareket eden kişinin düştüğü hata nedeniyle haksız bir netice ortaya çıkıyorsa; bu takdirde kasten işlenen suçtan değil en fazla taksirli suçtan cezalandırılması makul olacaktır.

Sonuç olarak, söz konusu hatada failin dış dünyadaki koşullara ilişkin yanılığı hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarındaki eksikliğe neden olurken; hukuka uygun davranma isteğinin, yani sübjektif unsurun varlığının ise kusur kastını ortadan kaldıracığını düşünüyoruz. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata halinde kabul ettiğimiz bu görüş çerçevesinde iştirak ve teşebbüs hükümlerinin de uygulanması mümkündür. Nitekim sınırlı bağlılık kuralı gereği, iştirak hükümleri için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterli olup failin kasten işlenmiş suçtan cezalandırılması aranmamaktadır. Ayrıca kasta yüklenilen bu anlamın, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşen failin durumunu en iyi karşılayan çözümü sunduğunu düşünmekteyiz. Kast ve taksirin hem fiilin tipik sayılması hem de failin kusurlu kabul edilmesi bakımından çifte işlevi bulunması, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşen failin tipiklik kastıyla hareket etmesine rağmen kusur kastının olmadığı kabul edilmesine imkân vermektedir. Ayrıca failin kasta ve taksire dayalı kusurunun

yoğunluğu cezanın belirlenmesinde de işlevsel olabilir. Nitekim kasten işlenen suçların cezası, taksirle işlenen suçların cezasına göre daha ağır olmaktadır. Örneğin, failin objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesi anlamında taksir bir haksızlık çeşidi olmasına rağmen failin cezalandırılabilmesi için failin kişisel özellikleri dikkate alındığında, özen yükümlülüğüne uygun davranmasının ondan beklenebilir ve neticenin öngörülebilir olması gerekmektedir. Bu değerlendirme, sadece kusurluluk içinde yapılabilecek bir değerlendirme olup taksirin kusurluluk alanındaki işlevini göstermektedir. Bununla beraber, kastı, tipiklik kastından ibaret kabul eden yaklaşımlar kastın içeriğini boşaltmaktadır. Kast, dış dünyada gerçekleşen suçun maddi unsurlarını bilerek iradeyi yönlendirmek anlamı ile sınırlı anlaşıldığı takdirde, kastın kusur ile ilişkisi kesilmiş olur. Bu durumda kast, sadece suçun maddi unsurları için bir anlam ifade etmektedir. Oysa haksızlığın oluşabilmesi için hukuka aykırılık unsuruna da ihtiyaç bulunmaktadır. Kişinin haksızlık işleyebilmesi için ise haksızlığın temelini oluşturan unsurların bilgisine sahip olması ve somut olayda hukuka aykırı davranışını, bu bilgi ile yönlendirmesi gerekir. Dolayısıyla failin dış dünyadaki koşullara ilişkin yanılgısı, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında eksikliğine neden olurken; failin hukuka uygun davranma isteği, yani subjektif unsurun varlığı kusur kastını ortadan kaldıracaktır.

3. Hatanın Suçun Yapısı İçinde Kontrolü

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatanın suç sistematığında hangi aşamada kontrol edileceği ve söz konusu yapıya nasıl entegre edileceğinin açıklanması gerekir.

Herzberg haksızlık teorisi temelinde söz konusu hatanın, objektif olarak hukuka uygun olmayan durumun hemen akabinde kontrol edilmesini ve bu bölümün haksızlığa mı yoksa kusur kontrolüne mi ait olduğu hususunun havada bırakılmasını önermektedir⁷. Fakat bu öneri, her ne kadar basit ve uygulanabilir gibi gözükse de meseleyi çözmemektedir. *D. Geerds*, kast teorisini temel alarak, ilk olarak tipe uygunluğun ve ilgili fiilin hukuka aykırılığının kabul edilmesi, daha sonra hukuka

⁷ Herzberg, **JA**, 1989, 297; D. Geerds, “Der vorsatzausschließende Irrtum”, **JURA**, 1990, 431; Scheffler, **JURA**, 1993, s.625.

uygunluk nedeninin koşullarında düşülen hatanın kasıtlı suçun hareketinin haksızlığını ortadan kaldırdığını kabul etmektedir⁸.

Graul ise haksızlık teorisi temel alınarak objektif ve sübjektif tipiklikten sonra, önce hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması (objektif unsurlar), daha sonra hukuka uygunluk nedeninin sübjektif koşullarının kontrol edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁹. Fakat *Graul*, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hatayı suç sistematğine göre bir alt basamakta kusur içinde incelemeyi önermektedir. Çünkü aksi takdirde, yani hukuka aykırılıkta bu hatanın incelenmesinin hatayı değerlendiren kişiyi yanıltabileceğini düşünür. Fakat hukuka uygunluk nedeninin koşullarında hatanın hukuka aykırılık seviyesine yerleştirilmesi doğruysa, o zaman kusurda incelemek gibi yanlış bir yapı önermek anlamına gelecektir.

Scheffler ise suçun yapısındaki hukuka aykırılık basamağının açıklığa kavuşturularak “hukuka uygunluk teşebbüsünün” göz önünde bulundurulmasını önermektedir¹⁰. Yazara göre, her şeyden önce tam bir hukuka uygunluk yoktur. Bu nedenle, objektif olarak hukuka uygun durumun olmadığı açıkça belirtilmelidir. Daha sonra hukuka uygunluk teşebbüsü göz önünde bulundurulmalıdır. Failin hukuka uygun bir fiil işleme kararı var mıydı? Eğer bu soruya olumlu yanıt verilirse, bu takdirde, hukuka aykırılık kastı olmadığı kabul edilmelidir. Eğer bu kontrolün sonunda, failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düştüğü ortaya çıkarsa, bu takdirde kanunda suçun taksirli hali düzenlenmişse, hukuka uygunluk durumunun hatalı varsayılmasının objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediği taksir çerçevesinde araştırılmalıdır¹¹.

Kanaatimizce, suç sistematğine göre hata hangi basamakta ortaya çıkarsa o aşamada kontrol yapılmalıdır. Örneğin, suçun maddi unsurlarını ilgilendiren bir hata; bu basamağın sonunda manevi unsurdaki etkisi nedeniyle kastın kontrolü çerçevesinde yapılmaktadır. Kusurluluğu etkileyen nedenlerin koşullarındaki hata ise kusurluluğu etkileyen nedenlerin varlığı reddedildikten sonra, yani kusurluluk içinde önem arz etmektedir. Yasak hatasına ilişkin hata ise cezalandırılabilir hareketin

⁸ D. Geerds, **JURA**, 1990, 431; Scheffler, **JURA**, 1993, s.625.

⁹ Scheffler, **JURA**, 1993, s. 625.

¹⁰ Scheffler, **JURA**, 1993, s. 625.

¹¹ Scheffler, **JURA**, 1993, s. 625.

yapısı içinde, haksızlık bilincine olan etkisi nedeniyle kusurluluk içinde değerlendirilir. Hukuka uygunluk nedeninin sınırının aşılması ise hukuka uygunluk nedeninin varlığı kontrol edildikten sonra tespit edilir. Hukuken kabul edilmeyen bir hukuka uygunluk nedeninin varsayılması ise *izin normu hatası* şeklinde adlandırılmaktadır. Böyle bir hukuka uygunluk nedeninin var olmadığı tespit edildikten sonra kusurluluğun başlangıcında bir *yasak hatası* olarak değerlendirilir¹².

Hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında düşülen hata ise suçun maddi ve manevi unsurlarının varlığı kabul edildikten sonra kontrol edilmelidir. Bu nedenle söz konusu hatanın tipiklik kastını etkilediğini söylemek çok erken bir aşamada değerlendirme yapmak olacaktır. Çünkü hukuka uygunluk nedeninin maddi koşulunda hataya düşen fail, aslında suç tipine karşılık gelen bir hareketi bilerek ve isteyerek yapmaktadır. Bu durumda failin suçun maddi unsurlarına yönelik kastı varlığını korumaktadır. Ayrıca ortada koşulları gerçekleşmiş bir hukuka uygunluk nedeni de bulunmamaktadır. Dolayısıyla objektif olarak haksızlık oluşmuştur. Fakat failin hukuka uygunluk nedeninin koşullarının oluştuğuna yönelik subjektif düşüncesi, kasten işlenen haksızlığın ona isnat edilmesine engel olacaktır. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata, haksızlığın varlığı kabul edildikten sonra kusurun başlangıcında değerlendirilmelidir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatanın kontrolüne ilişkin sistematik aşağıdaki şekilde gösterilmektedir:

Şekil 5: Kasten İşlenen Suçlarda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hatanın Kontrolü

1. Tipiklik

- a. Maddi Unsurlar
- b. Manevi Unsur

2. Hukuka Aykırılık

3. Kusurluluk

Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata (Hukuka uygun davranma isteği = kusur kastı mevcut değil)

¹² Gropp, AT, s. 567, kn. 38 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN MADDİ KOŞULLARINDA HATANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. HATANIN KANUNİ SİSTEMATİK ÇERÇEVESİ

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile *hata* konusunda kapsamlı bir düzenleme yapılmıştır. 765 sayılı eski TCK'nın sadece şahısta hata ve hedefte sapma halini düzenleyen 52. maddesi ve yasak hatasını mazeret kabul etmeyen 44. maddesi karşısında; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *hata* kenar başlıklı 30. maddesinde; *suçun maddi unsurlarında hata* (m. 30/f. 1), *suçun nitelikli unsurlarında hata* (m. 30/f. 2), *ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin koşullarında hata* (m. 30/ f. 3) ve *işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hata* (m. 30/f. 4) düzenlenmiştir. Aşağıda hata düzenlemelerinin tarihi arka planı ile birlikte 5237 sayılı TCK'daki sistematik çerçevesi ortaya koyulacaktır.

A. TARİHİ ARKA PLAN

1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesinde “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*” hükmü ile *hukuki hata* hali düzenlenmiştir. Hukuki hataya düştüğünü söyleyen fail, mutlak surette mazur görülmemiştir. Hareketinin suç teşkil ettiğini bilmeyen failin ceza sorumluluğundan kurtulamayacağı, ceza kurallarına ilişkin metinlerin usulüne uygun yayınlanıp ilan edilmesiyle herkesin bilmesi veya öğrenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Aksi halde, kanunu bilmediğini ileri süren sanığa karşı, iddia makamına bildiğini ispat külfeti yükletileceği ve bu durumda suçlu kişilerin cezalandırılmasının da imkânsız hale geleceği ifade edilmektedir¹.

1926 tarihli TCK'nın dayandığı ve doktrinde de kabul gören hukuki hata-fiili hata tasnifinin, Roma Hukukuna dayandığı da ifade edilmektedir. Digesta'da “*juris quidam ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*” olarak yer alan ilke, fiili hatanın mazeret olarak kabul edilirken, hukuki hatanın kabul

¹ Taner, *Ceza Hukuku*, s. 389; Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 297-298.

edilmediğini göstermektedir. Günümüzde terk edilen “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” (ignoranta iuris non excusat) kuralının evveliyatı da Digesta’daki bu ilkeye dayanmaktadır.²

Bu ilke, kanunun herkesçe bilindiği veya bilinebilir olduğu fakat maddi olaylar bakımından bunun geçerli olmayacağı varsayımına dayanmaktadır. Başlangıçta fiili hata-hukuki hata ayrımı, Kilise Hukuku tarafından da kabul edilmesine rağmen, “*Kural üzerinde hata mazeret sayılmaz*” ilkesinin katı bir biçimde uygulanmasının zararlı sonuçlara neden olduğu görülmüştür. Bu nedenle kişi, eğer hataya düşmekte kusurlu değilse hukuki hatanın da mazeret sayılacağı kabul edilmiştir. Nitekim Kilise hukukunda bu görüşler, 27 Mayıs 1917 tarihinde kanunlaştırılarak Codex Juris Canonici’de yer almıştır.³

20. yüzyılın başlarına kadar Kara Avrupası’na hâkim olan bu ilke, ceza hukukuna önemli etkisi olan 1789 tarihli Fransız İhtilali sonrasında insanı özgür irade sahibi, akıllı ve rasyonel bir varlık olarak tanımlayan Klasik Okul’un etkisiyle hata konusu irade ile ilişkilendirilmesiyle değişmeye başlamıştır. Buna göre, hareketlerini serbestçe belirleme imkânı olan insan kınanabilir. Ceza sorumluluğu için iradenin özgür olması aranır. Ayrıca kişinin kusurlu bir iradeye sahip olabilmesi için fiilin sosyal anlamını kavrayabilecek ve hareketlerini yönlendirebilecek durumda olması gerekir. Tüm bu koşullar gerçekleştiği takdirde hareketi faile yüklenebilir. Nitekim 1988 yılında İtalyan Anayasa Mahkemesi, “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” hükmünün (İCK m. 5) *cezaların şahsiliği ve kanuniliği ilkesine aykırılığı* iddiası ile yapılan başvuruda “önlenemeyen bilgisizliğin” (ignoranza inevitable) hareketi suç olmaktan çıkaracağına hükmetmiştir. Aynı şekilde Avusturya, İsviçre, Yugoslavya, Yunanistan, Japonya ve Polonya ceza kanunlarında da bu ilkeye istisnalar getirilmiştir.⁴

Benzer şekilde, 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu tasarısının “kanunun bağlayıcılığı” başlıklı ikinci maddesinde de “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz. Ancak, sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse, bu husustaki yanlış inancının haklılığını ispat*

² Güngör, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, s. 27.

³ Güngör, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, s. 29.

⁴ Soyaslan, **Genel Hükümler**, 2016, s. 449.

ettiğinden cezaen sorumlu olmaz.” hükmü ile belirli durumlarda kanunu bilmemek mazeret nedeni olarak kabul edilmiştir.

Tartışmalara neden olan bu istisnaya, 2001 tarihli TCK tasarısının 4. maddesinin 2. fıkrasında “*Ancak, sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz.*” şeklinde yeniden yer verilmiştir. Fakat 2005 tarihli TCK’nın 4. maddesinde bu istisna hükmü, madde metninden çıkartılarak “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*” şeklinde bir düzenlemeyle hukuki hataya düşen failin, bu hatasından yararlanamayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte tasarıdaki istisna, TCK m. 30/f. 4 hükmüne “*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*” şeklinde aktararak, TCK m. 4 işlevsiz hale getirilmiştir⁵. Nitekim yasak hatasının (TCK m. 30/f. 4) kabul edildiği bir hukuk sisteminde kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması (TCK m. 4) mümkün gözükmemektedir.

1926 tarihli Türk Ceza Kanunu’nda *fiili hata* hali ise düzenlenmemiştir. Fiili hatanın düzenlenmeme nedeni olarak, fiili hata halinde netice ile irade arasında bir illiyet bağının, dolayısıyla failin kastının mevcut olmamasından buna lüzum görülmemiş olması gösterilmektedir⁶. Nitekim failin zihninden geçirdikleri gerçeğe uysaydı, o zaman fiili zaten suç teşkil etmeyecektir. 765 Sayılı TCK’da hukuki hataya ilişkin 44. madde dışında sadece şahısta hata ve hedefte sapma hali düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hata ise 765 sayılı TCK’da düzenlenmemesine rağmen ilgili sorunlar ceza hukukunun genel esasları çerçevesinde çözümlenmiştir⁷.

2003 tarihli TCK tasarısının 23. maddesinde ise *fiili hata*⁸ şu şekilde düzenlenmiştir:

⁵ Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 427; Dülger, Özkan, Bakdur, **TAAD**, s. 227-265, s. 228.

⁶ Erem, **Genel Hükümler**, s. 384.

⁷ Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 275.

⁸ Madde gerekçesinde açıkça *fiili hata* ifadesi geçmektedir: “Tümüyle “hata”yı düzenleyen bu maddenin (1) numaralı fıkrası fiili hatanın bir kısmını oluşturan kişide hataya ve sapmaya (inhiraf) ilişkindir. (1) numaralı bentte düzenlenen kişide hata veya sapma hallerinde failin kastına önem verilmiş ve meydana gelen neticeden değil, kastettiği neticeden sorumlu tutulacağı, bu itibarla, kastettiği neticede yer alan hafifletici nedenlerden yararlanıp, gerçekleşen suçta var olup da mağdurun sıfatından doğan kişisel ağırlaştırıcı nedenlerin ve kastettiği suçta var olup da

“1. Bir kimse, hata veya diğer neden yüzünden, suçu kastettiği kişiden başka bir kişi zararına işlemiş olursa suçtan zarar gören kimsenin sıfatından doğan cezayı ağırlaştırıcı nedenler faile yüklenmez; suç, kastolunan kişiye karşı işlenmiş sayılarak fail suçun gerektirdiği hafifletici nedenlerden yararlanır.

2. Olayların hatalı değerlendirilmesinin etkisi altında hareket eden kimse hakkında, hatanın lehine sonuç verecek nitelikte olması halinde, buna göre hüküm verilir. Alınması elinde olan tedbirlere başvurmak suretiyle hataya düşmeyebilecek olan kimseye, kanun o fiili taksir ile işlenmiş ise buna göre ceza verilir.

3. Kendisine kusur olarak isnadı mümkün olmayan bir hata dolayısıyla **hukuka uygunluk nedenlerine ait koşullara** uyduğunu sanan kimseye ceza verilmez.

4. Hata, başkasının aldatması sonucu meydana gelmiş ise, işlenen suçtan dolayı hataya düşüren sorumlu olur.”

2003 tarihli tasarıdaki bu düzenleme, 765 sayılı TCK dönemindeki klasik ceza hukukunun etkisi altında fiili hata-hukuki hata ve ceza hukukunu ilgilendiren hata-ceza hukukunun dışında kalan hata ayrımını sürdürmektedir⁹. Ayrıca tasarının üçüncü fıkrasında “hukuka uygunluk nedenlerinde hata” kusurla ilişkilendirilerek düzenlenmiştir. Tasarıya göre, hukuka uygunluk nedenlerine ait koşullar içinde bulunduğunu sanan ve buna göre hareket eden kimseye, yanılışı kendisine isnadı olanaklı bir kusura dayanmadığı takdirde, ceza verilmeyecek, kişi hukuka uygunluk nedeninden tam olarak yararlanacaktır.

gerçekleşmeyen ağırlaştırıcı nedenlerin faile yüklenemeyeceği metinde açıklanmıştır. Maddenin (2) numaralı fıkrasında ise fiili hata, genel olarak ele alınmış ve hukuki sonucu belirlenmiştir. Olayların hatalı değerlendirilmesinin etkisi altında hareket eden kişinin hatası, lehe sonuç verecek nitelikte ise, hatası göz önüne alınacak ve ona göre hüküm verilecektir. Böylece suçun unsurlarına, neticesine ilişkin bulunan hata, failin lehine olduğundan sorumluluk bakımından ona göre hüküm verilecektir. Başkasının aldatması sonucunda hataya düşülmesi halinde de aynı kural uygulanacaktır. Ancak kuralın uygulanması, fıkranın ikinci paragrafında belirtildiği üzere yanılışın taksir sonucu meydana gelmemesine bağlıdır. Fail alınması elinde olan tedbirlere başvurmak suretiyle hataya düşmeyebilecek idi ise bakılacaktır: Fiil taksir ile işlendiğinde de cezalandırılan bir suç oluşturmakta ise o hükümlere göre ceza verilecek, böyle değilse yani suç sadece kast ile işlendiğinde cezalandırılıyorsa fail yanılışından tam olarak yararlanacak, cezalandırılmayacaktır. Maddenin (3) numaralı fıkrası **hukuka uygunluk nedenlerinde hataya** ilişkindir. Bu bende göre bir hata nedeni ile hukuka uygunluk nedenlerine ait koşullar içinde bulunduğunu sanan ve buna göre hareket eden kimseye, yanılışı kendisine isnadı olanaklı bir kusura dayanmadığında, ceza verilmeyecek, kişi hukuka uygunluk nedeninden tam olarak yararlanacaktır. Maddenin (4) numaralı fıkrası “dolayısıyla faillik” kurumu ile ilgilidir. Bu fıkra göre hata başkasının bir suçun işlenmesini sağlamak için aldatması sonucu meydana gelmişse, işlenen suçtan dolayı suçu işleyen fail değil, hataya düşüren kişi sorumlu tutulacaktır.”

⁹ Göktürk, **Haksızlık Yanılışının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 92-93.

Sonuç olarak, 1926 tarihli TCK döneminde kabul gören fiili hata-hukuki hata ayrımının yerini zamanla kastı kaldıran-kusuru etkileyen hata veya unsur hatası-yasak hatası ayrımına bıraktığı görülmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 4. maddesinde de “fiili hata-hukuki hata” ayrımının izleri dururken; TCK m. 30 incelendiğinde “unsur hatası-haksızlık hatası” ayrımının takip edildiği söylenebilir. Nitekim TCK m. 30/f. 1, 2 hükmünde de suçun maddi unsurlarında düşülen hata hali düzenlenirken; m. 30/f. 3, 4 failin haksızlık bilincini etkileyen hata halleri düzenlenmektedir. Bir diğer görüş ise m. 30/f. 1, 2, 3'ün kastı kaldıran hata halleri olduğu, m. 30/f. 3, 4'ün ise kusuru etkileyen hata olduğu yönündedir. Bu ayrımda, TCK m. 30/f. 3 hukuka uygunluk nedenleri yönünden kastı kaldırırken; kusurluluğu etkileyen nedenler yönünden düşülen hatada kusurluluğu etkilemektedir¹⁰. Aşağıda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hata konusunun nasıl düzenlendiği incelenecek, ardından hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hatanın hukuki düzenlenmesi değerlendirilecektir.

B. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

1. Suçun Maddi Unsurlarında Hata (TCK m. 30/1)

TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrasında; *“Suçun maddi unsurlarını bilmeyen kimse kasten hareket etmiş sayılmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.”* hükmü yer almaktadır¹¹.

Madde gerekçesinde ise *“Birinci fıkrafta suçun maddî unsurlarında hataya ilişkin hükme yer verilmiştir. Kast, suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması durumu ise, maddî unsurlarda hata olarak adlandırılır. Böyle bir hata kastın varlığına engel olur. Örneğin, kişi vestiyerden kendisinininki zannederek başkasının paltosunu alır. Keza, kişi gece karanlığında vahşi bir hayvan*

¹⁰ Dülger ve diğerler yazarlar, **TAAD**, s. 230.

¹¹ Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesi düzenlenirken mehz ülke olarak kabul edilen Alman Ceza Kanunu'nun tipiklik hatasını ve nitelikli unsur hatasını içeren 16. maddesinin ve yasak hatasını düzenleyen 17. Maddesinin örnek alındığı görülmektedir. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nun 16. maddesinin 1. fıkrasında; *“Fiilin icrası sırasında kanundaki suç tipinin unsurlarını oluşturan bir durumu [maddi unsuru] bilmeyen kişi, kasten hareket etmiş olmaz. Taksirli davranış sebebiyle cezalandırılabilme saklıdır.”* hükmüne yer verilmektedir.

zannıyla hareketli bir cisme ateş eder. Ancak, gerçekte bu hareket eden cisim bir insandır ve dolayısıyla; bu insan ölür veya yaralanır. Örnek olarak verilen bu olaylarda failin bilgisi gerçeğe uysaydı; işlediği fiil haksızlık teşkil etmeyecekti. Bu nedenle hata hâlinde kasten işlenmiş bir suçtan söz etmek mümkün değildir. Fıkra da ayrıca, maddî unsurlarda hata hâlinde, taksirle sorumluluğa ilişkin hükme yer verilmiştir. Buna göre, meydana gelen neticeye ilişkin olarak gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir netice ile karşılaşılmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabiliyorsa; taksirle işlenmiş bir suç söz konusu olur. Ancak bu durumda neticenin taksirle gerçekleştirilmesinin kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekir. Bu nedenle, kendisinin sanarak başkasının çantasını alan kişinin yanlışlığında taksirin varlığı kabul edilse bile; kanunda hırsızlık failinin ancak yararlanma kasdıyla işlenebileceği belirtildiği için; böyle bir olay dolayısıyla ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Buna karşılık, av hayvanı zannederek gerçekte bir insana ateş edip onun ölümüne neden olan kişinin bu hatasında taksiri varsa, adam öldürme kanunda taksirle işlenen bir suç olarak da tanımlandığı için, böyle bir olayda fail, taksirle adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır... Hükûmet Tasarısının 23 üncü maddesinin birinci fıkrasında 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 52 nci maddesinde düzenlemeye paralel olarak şahısta hata ve hedefte sapma hâli düzenlenmiştir. “Şahısta hata” aslında bir ve ikinci fıkra hükümleri bağlamında düşünülmesi gereken bir durum olduğu için, bu hususa ilişkin ayrı bir hükme yer verilmesi gereksiz görülmüştür. Keza, hedefte sapma hâli ile ilgili olarak bu madde kapsamında düzenleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Çünkü hedefte sapma hâlinde bir hata söz konusu değildir. Bu durumda suçların içtimai hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorun söz konusudur. Nitekim, uygulamada da hedefte sapma, suçların içtimai ve özellikle fikri içtima bağlamında ele alınmaktadır.” açıklaması yapılmıştır.

Kast, TCK m. 21’de suçun maddi unsurlarının bilinmesi ve istenmesi olarak tanımlandığına göre; bu unsurların bilinmemesi suçun manevi unsurunu yani failin kastını ortadan kaldırmaktadır. Çünkü fail yanlış olsaydı, hareketi suç teşkil etmeyecektir. Maddi unsurlar ile kastedilen dış dünyada algılanabilen objektif konu

ve olaylardır¹². Örneğin, dikkatsizliği nedeniyle yerlerin cilalanmasında kullanılan maddeyi elbiseleri temizlemek için kullanan kuru temizlemeci, mala zarar verme suçundan (TCK m. 151) sorumlu olmayacaktır. Çünkü bu suç, sadece kasten işlenebilmektedir ve failin hatası kastını ortadan kaldırmıştır. Ayrıca taksirle işlenen suçlarda fail suçun maddi unsurlarında hataya dikkatsizliği veya özensizliği nedeniyle düşüyse bu durumda ceza sorumluluğu devam etmektedir. Örneğin, dolu tabancayı boş sanarak şaka yapan ve bunun sonucunda birisini öldüren kimse taksirle öldürme suçundan dolayı sorumlu olacaktır¹³.

Fakat dış dünyada algılamayacak olan ve bir normun varlığıyla tasavvur edilebilen tipikliğin normatif unsurları hakkında da fail hataya düşebilir¹⁴. Örneğin; kişisel veri, resmî belge ya da özel hayat gibi normatif unsurlara ilişkin hataya düşen failin bu unsurların hukuki anlamını bilmesi aranmayıp kastının bu unsurların somut olaydaki varlığını kapsamayı yeterli görülmektedir¹⁵. Bunun nedeni olarak, ortalama bir kişiden yalnızca ceza normunun çekirdeği hakkında bilgi sahibi olmasının beklenebileceği kuralı gösterilmektedir¹⁶. Failin normatif unsurlardaki yorum hatası nedeniyle hareketinin haksızlık teşkil ettiği hususunda düştüğü hatalar yasak hatası kapsamında değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte, kasten işlenen suçlarda hataya düşen failin iradi hareketi başka bir suçun ortaya çıkmasına neden oluyorsa bu durumda o suçtan sorumlu olacaktır¹⁷. Örneğin, başkasına ait bir eşyayı alan kişi bu eşyanın kaybedilmiş bir eşya olduğunu zannederek almışsa; her ne kadar hırsızlık suçundan (TCK m. 141) dolayı kastı ortadan kalksa da kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçundan (TCK m. 160) sorumlu olabilir¹⁸. Zira fail hataya düşmeseydi de hareketi başka bir suç teşkil etmektedir. Fail her iki durumda da eşyanın kendisine ait

¹² Dülger ve diğer yazarlar, **TAAD**, s. 232.

¹³ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2016, s. 553.

¹⁴ Bu hususta detaylı açıklama için çalışmanın 1. Bölümünde yer alan B, 2, a. başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

¹⁵ Dülger ve diğer yazarlar, **TAAD**, s. 232.

¹⁶ Yerdelen, “Ceza Hukukunda Yorumlama Hatası (Der Subsumtionirrtum)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 25, 2014, s. 69-101, s. 88; Roxin, **AT/I**, & 12, kn. 101; Dülger ve diğer yazarlar, **TAAD**, s. 233.

¹⁷ Doktrinde bu durum bazı yazarlar tarafından çifte tersine hata olarak adlandırılmaktadır. Dülger ve diğer yazarlar, **TAAD**, s. 241.

¹⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 255 vd.

olmadığını bilmektedir. Bu bilgisi, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf ettiği objektif gerçeklikle de örtüşmektedir¹⁹. Bu durumda suçun maddi unsurlarında düşülen hata durumunda, meselenin failin iradesi lehine çözüldüğü görülmektedir.

Son olarak, suçun maddi unsurları; hareket, nedensellik bağı, netice, mağdur, konu²⁰ ve nitelikli unsurlardan oluşmaktadır²¹. Suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri esasında suçun maddi unsurlarına dahil olmasına rağmen; TCK m. 30/f. 2’de, Alman Ceza Kanunu m. 16/f. 1’e benzer şekilde nitelikli unsurlarda hata hali ayrıca düzenlenmektedir. Bu nedenle TCK m. 30/f. 1’in nitelikli haller dışında kalan suçun maddi unsurlarında düşülen hatayı kapsadığını kabul etmek gerekir²².

2. Suçun Nitelikli Unsurlarında Hata (TCK m. 30/f. 2)

TCK’nun 30. maddesinin ikinci fıkrasında; *“Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”* hükmü yer almaktadır²³. Madde gerekçesinde ise; *“Kastın varlığına engel olan hata, suçun sadece temel şekline ilişkin unsurlar hakkında değil, aynı zamanda failin daha ağır veya hafif ceza ile cezalandırılmasını gerektiren nitelikli unsurları bakımından da ortaya çıkabilir. İkinci fıkra ile kişinin, suçun nitelikli unsurlarına ilişkin hatasından yaralanması öngörülmüştür.”* açıklaması yapılmıştır.

¹⁹ Dülger ve diğerleri, **TAAD**, s. 241.

²⁰ Failin suçun konusunun kimliğinde yanılma *şahısta hata* (error in persona) durumunu oluşturur. Eğer suçun kanuni tanımında suçun konusunun şahıs bakımından bir kişiselleştirmeye gidilmemişse şahısta hata önem arz etmez. Buna karşılık, suçun konusu bakımından bir kişiselleştirmenin söz konusu olduğu hallerde, şahısta hata kastı ortadan kaldıracaktır. Suçun konusunun aidiyetinde hata durumunda da aynı şekilde hareket edilmelidir. *Eşya üzerinde hata* (error in objecto) olarak adlandırılan bu hata türünde; eğer suçun konusunun kime ait olduğu önem arz etmiyorsa (saik hatası) hata kastı kaldırmaz. Fakat suçun kanuni tanımında suçun konusunun aidiyeti bakımından bir özelleştirme yapıldıysa bu hususta düşülen hata kastı ortadan kaldıracaktır. Bkz. Artuk, Gökçen, **Genel Hükümler**, s. 565; Heinrich, **AT**, (5), §30, kn. 1103 vd.

²¹ Ayrıca bu çalışmanın 1. Bölüm, I, B numaralı başlığı altında yer verilen açıklamalara bakınız.

²² Değirmenci, **TBB Dergisi**, s. 149.

²³ Benzer şekilde ACK’nun 16. maddesinin 2. fıkrasında; *“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.”* hükmüne yer verilmiştir.

Fail nitelikli unsurlarda üç şekilde hataya düşebilir²⁴:

Birincisi, failin suçun nitelikli halini gerçekleştirmek isterken hataya düşerek temel şeklini gerçekleştirebilir. Örneğin; TCK m. 82/f. 1/d bendinde kasten öldürme suçunun; “*üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı*” işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak kabul edilmiştir. Eğer fail, babasını öldürmek isterken hataya düşerek bir başkasını öldürürse ceza sorumluluğu nasıl etkilenecektir? Bu durumda subjektif görüş taraftarları, failin iradesini nazara alarak nitelikli halden cezalandırılması gerektiğini ileri sürerken²⁵; objektif görüş taraftarları dış dünyaya yansıyan neticeden fazlasını cezalandırmanın mümkün olmadığını savunmaktadır²⁶. Bununla birlikte, her ne kadar gerçekleşmemiş bir ağırlaştırıcı nedenin kişiye yüklenemese de hem gerçekleştirmek istediği suçun nitelikli haline teşebbüsten hem de gerçekleşen suçun temel şeklinden kişinin cezalandırılabilirliğini savunan bir görüş de bulunmaktadır.

İkincisi, tersine hata durumunda yani fail suçun temel şeklini gerçekleştirmek isterken düştüğü hata nedeniyle nitelikli halin ortaya çıkması durumunda; örneğin bir yabancıyı öldürmek isterken yanlışlıkla babasını öldürmesi durumunda; failin iradesi ön planda tutularak bu nitelikli unsurdan dolayı cezalandırılmaması gerektiği savunulmaktadır. Aksi halde, yani failin kastı kapsamında olmayan ağırlaştırıcı nedenden sorumlu tutulması objektif bir sorumluluk hali doğuracaktır. İlk durumda, meydana gelen objektif durumdan sorumlu tutulup içindeki kötü niyetinden dolayı fail nitelikli halden cezalandırılmazken; ikinci durumda nitelikli hale yönelik bir kastı bulunmadığı için suçun temel şeklinden sorumlu tutulmaktadır. Doktrinde baskın görüş de failin her iki ihtimalde de bu hatasından -kanun koyucunun ifadesiyle- “yararlanması”

²⁴ Doktrinde şahısta hata ve cezayı artıran nitelikli unsurların faile yüklenip yüklenemeyeceği değerlendirmesi yapılarak bu hususun değerlendirildiği görülmektedir. Bkz. Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Genel Hükümler**, 2016, s. 557. Oysa cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlarda şahısta hata ile kesişsin veya kesişmesin nihayetinde tartışma gerçekleştirmek istenen suç/gerçekleşen suç değerlendirmesine varmaktadır. Örneğin, kişi kendisinin paydaş olduğunu düşündüğü malı diğer paydaştan gizli almak isterken yanlışlıkla ona çok benzeyen başka bir malı alır. Bu durumda hırsızlık suçunun daha az cezayı gerektiren paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal hakkında (TCK m. 144/1/a) suçun işlenmesi nitelikli halinden faydalanacak mıdır? İşte bu soru da aslında failin iradesine mi öncelik verilecek yoksa gerçekleşen duruma mı öncelik verilecek sorusudur.

²⁵ Taner, **Ceza Hukuku**, s. 393.

²⁶ İçel ve diğer yazarlar, **Suç Teorisi**, s. 276; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 446;

gerektiği yönündedir. Fakat bu çözüm; yani bazen subjektif düşünceye önem verilerek objektif durumdan bağımsız failin iradesine bakılırken; bazen bu iradenin göz ardı edilip objektif duruma bakılması hukuken izah edilemeyecek bir keyfiyet olduğu yönünde eleştirilmektedir²⁷.

Bununla beraber, failin suçun nitelikli halini gerçekleştirmek isterken hataya düşerek gerçekleştirmek istediğinden başka bir nitelikli halin ortaya çıktığı üçüncü bir durum daha bulunmaktadır²⁸. Örneğin, fail babasını öldürmek isterken hatayla annesini öldürürse; bu durumda yine suçun temel şeklinden cezalandırılacaktır²⁹. Çünkü işlenen suçtaki ağırlaştırıcı neden fail tarafından bilinmediği için fail bu hatasından *yararlanır* ve mağdurun anne olmasından kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenin varlığı nedeniyle cezası artırılmaz. Failin işlemeyi istediği suçtaki nitelikli hal olan babasını öldürme suçu ise dış dünyada gerçekleşmemiştir fakat fail işlediği suçta bu nitelikli halin var olduğunu zannettiği için bu hatasından da *yararlanır* ve suçun temel şeklinden (TCK m. 81) cezalandırılır³⁰. Kanun koyucunun TCK m. 30/f. 3 ve 30/f. 4’de aradığı hatanın kaçınılmazlığı kriterinin m. 30/f. 2’de aramaması ve cezayı artıran nitelikli unsurların kastın kapsamına dahil olması nedenlerinden dolayı failin cezayı artıran nitelikli halden cezalandırılmasının tek yolu; işlemek istediği suçun nitelikli hali ile işlediği suçun nitelikli halinin örtüşmesidir. Dolayısıyla cezayı artıran nitelikli hallerde irade ile gerçeklik arasındaki farkta; irade lehine çözüm kuralına bir istisna getirilmektedir ve her iki durumda da failin lehine olan çözüm uygulanmaktadır³¹. Buna karşılık daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurlar için aynı netice kabul edilmemektedir. Doktrinde daha az cezayı gerektiren nitelikli halin gerçekleştiğini bilmemesine rağmen failin bundan faydalanması gerektiği ifade

²⁷ Taner, **Ceza Hukuku**, s. 393.

²⁸ Doktrinde çifte tersine hata olarak da ifade edilen bu durumda, failin duruma göre ya işlemeyi kast ettiği ya da gerçekte işlediği suçtan sorumlu tutulmadı gerektiği ifade edilmektedir. Dülger ve diğer yazarlar, **TAAD**, s. 241.

²⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 425.

³⁰ Yargıtay da aynı yönde karar vermektedir. Bkz. Yargıtay 1. CD., 20.11.200 tarihli, 2798/3202 numaralı kararı.

³¹ Fakat netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, failin ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmesi gerekir (TCK m. 23). Çünkü eğer irade ile gerçeklik arasındaki farklılık da mesele irade lehine çözülür dersek; netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda her zaman fail iradesinin daha hafif suça yönelik olduğunu ileri sürebilir. Bu durumda da netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçta hiçbir zaman cezayı artıran nitelikli halin uygulanması mümkün olmaz. Bu nedenle, bu nitelikli halin gerçekleşmesi bakımından taksiri varsa nitelikli halden sorumlu tutulmaktadır.

edilmektedir³². Bu durumda daha az cezayı gerektiren nitelikli hâl failin kastına dahil değildir³³. Daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurlarda düşülen hatada irade ile gerçeklik arasındaki farklılık irade lehine çözülmektedir³⁴.

3. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerin Koşullarında Kaçınılmaz Hata (TCK m. 30/f. 3)

TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasında ise *“Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”* hükmü yer almaktadır.

Hükümde yer alan *“...söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda ... hataya düşen”* ifadesi, söz konusu fıkrada sadece *“olumlu hata”* hallerinin düzenlendiğine işaret etmektedir. Nitekim insanın iki farklı şekilde hataya düşebileceği çalışmanın birinci bölümünde açıklanmıştır³⁵. İlkinde, maddi koşullara ilişkin gerçek durumu bilmediği veya hatalı tasavvur ettiği için gerçekte var olmayan bir durumu var sanarak *olumlu hataya* düşer. İkincisinde ise var olan bir durumun farkında olmayarak *tersine hataya* düşmektedir. TCK m. 30/f. 3'de; failin eylemini hukuka uygun hale getirecek koşulların somut olayda gerçekleştiğini düşünerek hareket ettiği *olumlu hata* halinin düzenlendiği görülmektedir.

Madde gerekçesinde; *“Hükûmet Tasarısının 23 üncü maddesinin 3 üncü fıkra 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.”* açıklaması yapılmıştır.

³² Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 471; Hakan Hakeri, **Genel Hükümler**, 2016, s. 457.

³³ Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler** s. 397; Centel, Zafer, Çakmut, **Genel Hükümler** s. 266; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler** 2020, s. 425.

³⁴ Alman doktrininde failin lehine olacak durumları bilmiyorsa bu ceza indiriminin uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Heinrich, **AT**, 2. Kitap, s. 166, kn. 1113.

³⁵ 1. Bölüm, B. “Hatanın Tasnif Edilmesi” başlığı altındaki açıklamalara bakılabilir.

Gerekçede sadece hukuka uygunluk nedenlerinde hata zikredilmekle beraber madde metninde *ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler* ifadesi yer almaktadır. Bu nedenle TCK m. 30/f. 3'ün kapsamı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu konudaki görüşler, aşağıda “Kanundaki İfadenin Kapsamına Yönelik Görüşler” başlığı altında değerlendirilmiştir. Bununla birlikte, *ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin* neler olduğu Türk Ceza Kanunu’nun birinci kitap ikinci kısım ikinci bölümünde gösterilmektedir. *Ceza sorumluluğu kaldıran veya azaltan nedenler* başlığı altında; kanunun hükmü ve amirin emri (m. 24), meşru savunma ve zorunluluk hali (m. 25), hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (m. 26), sınırın aşılması (m. 27), cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit (m. 28), haksız tahrik (m. 29), hata (m. 30), yaş küçüklüğü (m. 31), akıl hastalığı (m. 32), sağır ve dilsizlik (m. 33) ve geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma (m. 34) hallerine yer verilmiştir. İlgili bölümde hem hukuka uygunluk nedenleri hem de kusurluluğu etkileyen nedenler birlikte düzenlenmiştir³⁶. Bu nedenle, 3. fıkranın her iki hata halini de kapsadığı kabul edilmelidir³⁷. Uygulamada da Yargıtay, söz konusu fıkranın hem hukuka uygunluk nedenlerini hem de kusurluluğu etkileyen nedenleri kapsadığını kabul etmektedir³⁸.

Hâl böyleyken, *hata* kenar başlıklı 30. maddenin düzenlenmesinde Alman Ceza Kanunu’nun 16 ve 17. maddelerini dikkate aldığını belirttiğimiz kanun koyucunun bir adım daha ileri giderek, Alman Ceza Kanunu’nda düzenlenmeyen “hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata” ve “kusurluluğu ortadan kaldıran

³⁶ Benzer bir düzenleme yönteminin, İngiliz hukukunda da tercih edildiği görülmektedir. Genel mazeret nedenleri (general-legal defences) başlığı altında, fiilin hukuka aykırılığının yanı sıra ceza sorumluluğuna, ceza miktarına ve suça etki eden nedenlerin tamamı düzenlenmiştir. Bkz. John Smith, **Criminal Law**, 9th Edition, London-Edinburgh-Dublin, Butterworths, 1999, s. 189 vd. Bu yöntemin eleştirisi için bkz. Tuğrul Katoğlu, “Türk Ceza Kanunu ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinin sistematigi”, **Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich**, Cilt 3, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, Yayına Hazırlayanlar: Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Prof. Dr. Yener Ünver, İstanbul, 2010, s. 147- 155, s. 149.

³⁷ Bu konudaki tartışma için çalışmanın üçüncü bölümünde yer alan “Kanundaki İfadenin Kapsamına Yönelik Görüşler” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

³⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı, E. 2014/1-336, K. 2015/352, K. 04.04.201 tarihli kararında; “Fıkra da hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata halleri düzenlenmiştir.” Benzer yönde; bkz. YCGK Kararı, E. 2013/1-664, K. 2013/622, T. 25.09.2012.

veya azaltan nedenlerin koşullarında hata” halini TCK’nın 30. maddesinin 3. fıkrasında düzenlediği görülmektedir.

Alman Ceza Kanunu’nda mevcut bir düzenleme olmamasına rağmen, 1950’lerde yapılmak istenilen reform çabalarının sonucu olarak 1962 tarihli *Entwurf eines Strafgesetzbuches* adlı kanun tasarısının 20. maddesinde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata ve mazeret nedenlerinin maddi koşullarında hatanın birlikte düzenlendiği görülmektedir. Tasarıya göre, hukuka uygunluk nedenlerinin ve mazeret nedenlerinin koşullarında hataya düşen kişi kasten işlenen suçtan cezalandırılmaz. Fakat kanunda suçun taksirli hali düzenlenmişse ve fail hatasından dolayı kınanabilirse taksirli sorumluluk hali saklıdır³⁹. Aynı tasarının 39. maddesinin 2. fıkrasında ise hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin unsurlarında hataya düşen failin hatası kınanabilirse; 20. maddenin uygulanmayacağı, failin bu hatasının cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağı belirtilmektedir. Bu düzenleme tartışmalara yol açmış ve her iki madde de kanuna dahil edilmemiştir. Tasarıdaki düzenleme, kast ve taksiri kusurun türleri olarak kabul eden psikolojik kusur teorisinin bir sonucu olarak görülmektedir. Nitekim tasarıdaki bu hükümlerin kanuni düzenlemeye dahil edilmemesi, söz konusu hatanın doktrinde ortaya koyulan teoriler çerçevesinde çözülmeye devam etmesini sağlayarak oldukça geniş yelpazede fikirleri ortaya çıkarmıştır.

Bununla birlikte, Alman kanun koyucu, TCK m. 30/f. 3’ün muadili olabilecek bir düzenlemeye gitmemiş olsa da ACK m. 35’de *kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk halinin koşullarında hataya düşülmesini* özel olarak düzenlemiştir. ACK m. 35, f. 2’de: “*Fail, fiili gerçekleştirirken hataya düşerek, birinci fıkra uyarınca kusurluluğunu ortadan kaldırabilecek nitelikte olan durumların var olduğunu zannederse, sadece hataya düşmekten kaçınabileceği hallerde cezalandırılır. Ceza 49 uncu maddenin birinci fıkrası uyarınca indirilir.*” hükmüne yer verilmektedir⁴⁰.

³⁹ *Entwurf eines Strafgesetzbuches* adlı kanun tasarısının 20. Maddesi: “(1) Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche die Tat rechtfertigen oder entschuldigen würden, wird nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft. (2) Er wird jedoch wegen fahrlässiger Begehung bestraft, wenn ihm der Irrtum vorzuwerfen ist und das Gesetz auch fahrlässiges Handeln mit Strafe bedroht.” Bkz. Roxin, AT I, § 14, s. 622, 623, kn. 52, 53.

⁴⁰ Yenisey, Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**, Strafgesetzbuch (StGB), Almanca Metin, Türkçe Çeviri, Açıklamalar ve Sözlük, Genişletilmiş 2. Baskı, 2015, s. 18.

Düzenlemeye göre; zorunluluk halinin koşullarında kaçınılmaz hataya düşen fail, cezalandırılmayacaktır. Kusurluluğu ortadan kaldıran diğer hallerde kaçınılmaz hataya düşülmesi durumunda failin ceza sorumluluğunun nasıl etkileneceği kanunda açıkça düzenlenmemiştir. 35. maddenin kıyasen kusurluluğu ortadan kaldıran diğer nedenler için de geçerli olduğu ileri sürülebilir⁴¹. Söz konusu tartışmalar, TCK m. 30/f. 3 hükmünün kusurluluğu ortadan kaldıran nedenleri kapsadığı ve bu nedenlerin koşullarında kaçınılmaz hataya düşen failin kusurunun ortadan kalkacağı yönündeki görüşün uygulamada da istikrarlı bir şekilde uygulanması nedeniyle Türk doktrinde etkili olmamıştır⁴².

4. İşlediği Fiilin Haksızlık Oluşturduğu Hususunda Kaçınılmaz Hata (TCK m. 30/f. 4)

Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 4. fıkrasında; “*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*” hükmü yer almaktadır⁴³. Örneğin, mesleğe yeni başlayan bir doktor, meslek kurallarına göre amansız hastalar için ötanazi yapabileceğini düşünüyorsa; fail hukuken kabul edilmeyen bir hukuka uygunluk nedenine dayanarak hastasının makine desteğini sona erdirir⁴⁴. Bu durumda doktorun, kasten öldürme suçundan cezalandırılmaması için hatasının kaçınılmaz olması gerekmektedir. Kaçınılmazlık değerlendirmesi yapılırken; failin sosyal statüsü ve kişisel yetenekleri nazara alınmaktadır⁴⁵. Fail, hareketinin yasak olup olmadığı konusunda tereddütte düştüğü takdirde, bu konuda

⁴¹ Christian Brand, Maximilian Lenk, “Probleme des Nötigunhsnotstands”, **JuS**, 2013, 885 vd.

⁴² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2014/1-336, K. 2015/352; Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2015/1-704, K. 2017/64.

⁴³ TCK m. 30/f. 4, Alman Ceza Kanunu 17. maddesi ile benzer şekilde yasak hatasını düzenlemektedir. ACK m. 17’de; “*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*” hükmüne yer verilmiştir. Karşılaştırmak için bkz. § 17 StGB: “Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach §49 Abs. 1 gemildert werden.” bkz. Yenisey, Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**, Strafgesetzbuch (StGB), Almanca Metin, Türkçe Çeviri, Açıklamalar ve Sözlük, Genişletilmiş 2. Baskı, 2015, s. 18.

⁴⁴ Örnek için bkz. Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 541; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, 2020, s. 427; Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 140.

⁴⁵ Heinrich, 2. Kitap, s. 169-170. kn. 1117.

bilgi almakla yükümlü kabul edilmektedir⁴⁶. Eğer bu değerlendirme sonucunda failin hatasının kaçınılabılır bir hata olduğu anlaşılırsa; TCK'ya göre bu hatasından yararlanamayacak ve fail kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır. Failin hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hataya düştüğü durumlarda haksızlık hatası kapsamında kabul edilmektedir⁴⁷.

Bununla beraber, haksızlık hatasına ilişkin düzenlemede failin *tersine hataya* düştüğü, yani gerçekte hareketi hukuken yasaklanmamasına rağmen yasak olduğunu düşünmesine önem verilmemektedir⁴⁸. Örneğin, (A) eşi (B)'yi arkadaşı (E) ile aldatmaktadır. (A), 2005 yılında yürürlüğe giren yeni Türk Ceza Kanunu'nda zinanın suç olarak düzenlenmediğini bilmemektedir⁴⁹. Bilakis (A), karısını aldatarak bir suç işlediğini düşünmektedir. Böylece (A), fiilinin yasak olmasına ilişkin hatalı değerlendirmesi nedeniyle tersine hataya düşmektedir. Failin maddi olayı bildiği fakat durumun cezalandırılabilirliğini yanlış varsaydığı bu tür durumlarda, cezalandırılmayan *mefruz suç* ortaya çıkmaktadır.

II. KANUNDAKİ İFADENİN KAPSAMINA YÖNELİK GÖRÜŞLER

Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 3. fıkrasında yer alan *ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin* neler olduğu konusu doktrinde tartışılmaktadır. Bu kapsamda söz konusu nedenlerin; (1) hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen nedenler olduğu, (2) kusurluluğu etkileyen nedenlerden ibaret olduğu ve (3) hukuka uygunluk nedenlerinden ibaret olduğu görüşleri ileri sürülmüştür. Aşağıda öncelikle söz konusu görüşler ortaya koyulacak; ardından bu görüşler hakkında kanaatimiz açıklanacaktır.

⁴⁶ Bu kapsamda, fail güvenilir ve yetkin olarak kabul edilen bir avukattan yanlış bilgi almıştır. Fakat tavsiye görüşleri, kaçınılabilirliğin kabulü için yeterli görülmemiştir. Bkz. Heinrich, 2. Kitap, s. 171.

⁴⁷ Heinrich, 2. Kitap, s. 169. kn. 1116.

⁴⁸ Gropp, AT, s. 565, kn. 28; s. 567, kn. 37.

⁴⁹ 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun 440. maddesinde kadınlar, 441. maddesinde de erkekler için zina suçu düzenlenmekteydi. Düzenlemeye göre, zina suçunda kadınlar için "cinsel ilişki"nin varlığı yeterli iken; erkekler için "kendi ikametinde veya diğer bir yerde başka kadınla herkesçe bilinecek surette ve karı-koca gibi yaşama" şartı aranmaktaydı. Anayasa Mahkemesi 23.09.1996 tarihinde eşitliğe aykırı olduğu itirazı ile 441. maddeyi iptal etmişti. Böylece erkekler için zina suç olmaktan çıkmış; sadece kadınlar için suç olarak kalmıştı. Yapılan itiraz üzerine, Anayasa Mahkemesi 23.06.1998 tarihinde de 440. maddeyi iptal etmişti. Böylece 1926 tarihli Ceza Kanunu'nda 1998 yılından itibaren zina suç olarak yer almadı. 01.06.2005 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu'nda ise zina suç olarak düzenlenmedi. Benzer şekilde, 25.06.1969 tarihli Alman Ceza Hukuku reform kanunu ile de zinanın cezalandırılması Alman Hukukunda yürürlükten kaldırılmıştı.

A. Hem Hukuka Uygunluk Nedenleri Hem de Kusurluluğu Etkileyen Nedenler Bakımından Ele Alan Görüşler

Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 3. fıkrasında yer alan *ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin* neler olduğunu anlamak için Kanun'un birinci kitap ikinci kısım ikinci bölümüne bakmak gerekir. Çünkü Kanun'da söz konusu bölümün başlığı "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" olarak belirlenmiştir. Bu başlık altında; kanunun hükmü ve amirin emri (m. 24), meşru savunma ve zorunluluk hali (m. 25), hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (m. 26), sınırın aşılması (m. 27), cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit (m. 28), haksız tahrik (m. 29), hata (m. 30), yaş küçüklüğü (m. 31), akıl hastalığı (m. 32), sağır ve dilsizlik (m. 33) ve geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma (m. 34) hallerine yer verilmiştir.

Bu bölümde, hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen nedenler bir arada toplam on bir maddede düzenlenmiştir. Bu durumda, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler ifadesinden hem hukuka uygunluk nedenleri hem de kusurluluğu etkileyen nedenler anlaşılmalıdır⁵⁰. Bölüm başlığının sistematik yorumu ve madde gerekçesi de bu görüşü desteklemektedir. Yargıtay da söz konusu fıkranın hem hukuka uygunluk nedenleri hem de kusurluluğu etkileyen nedenleri kapsadığını kabul etmektedir⁵¹.

B. Sadece Kusurluluğu Etkileyen Nedenler Bakımından Ele Alan Görüşler

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler ifadesinden, sadece kusurluluğu etkileyen nedenlerin anlaşılması gerektiğini savunan bu görüş; TCK m. 30/f. 3'ün kusurluluğu etkileyen nedenlerde düşülen hatayı düzenlediğini, hukuka uygunluk nedenlerinde düşülen hatanın ise m. 30/f. 1 kapsamında suçun maddi

⁵⁰ Artuk, Gökçen, **Genel Hükümler**, 2017, 561; Demirbaş, **Genel Hükümler**, 2018, s. 435; Değirmenci, **TBB**, s. 177; Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 379; Karaaslan, **Legal Hukuk Dergisi**, s. 1668 vd; Keçelioğlu, s. 314; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 426; Özgenç, **Genel Hükümler**, 2016, s. 451; Soyaslan, **Genel Hükümler**, 2016, s. 452; Zafer, **Genel Hükümler**, 2015, s. 259.

⁵¹ Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı, E. 2013/829, K. 2014/142, K. 25.03.2014 tarihli kararında; "*Fıkra hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata halleri düzenlenmiştir.*" Benzer yönde bkz. YCGK Kararı, E. 2013/1-664, K. 2013/622, T. 25.09.2012; YCGK, E. 2017/1-893, K. 2018/33, T. 13.02.2018.

unsurlarında hata gibi değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁵². Hukuka uygunluk nedenlerinin, suçun maddi unsurları kapsamında olduğunu kabul eden *tipikliğin olumsuz unsurları teorisi* de bu görüşü destekler niteliktedir⁵³. TCK m. 30/f. 3 hükmünün “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” şeklinde TCK m. 30/f. 4’de yer alan “*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*” hükmüyle paralel şekilde düzenlenmiş olması da bu görüşün dayanaklarından biridir.

Türk Hukukunda da bu teoriye açıkça taraftar olmamakla birlikte; sadece kusurluluğu etkileyen nedenlerin bu fıkra kapsamında düzenlendiği; hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın ise suçun maddi unsurlarında hata kapsamında TCK m. 30/f. 1 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır⁵⁴.

C. Sadece Hukuka Uygunluk Nedenleri Bakımından Ele Alan Görüşler

Bir diğer görüş, *ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler* ifadesinden sadece hukuka uygunluk nedenlerinin anlaşılması gerektiğini savunmaktadır⁵⁵. Kanun’un 30. maddesinin gerekçesinde yer alan “Hükümet Tasarısının 23. maddesinin 3. fıkra ve bendinde düzenlenen “hukuka uygunluk nedenlerinde hata” hükmünün bölüm başlığına paralel olarak *ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde hata* olarak değiştirildiği” ifadesi bu görüşe

⁵² Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 598; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, 2016, s. 293. Yazarlar “Esasen biz hukuka uygunluk sebeplerinin sübjektif unsurları teorisini kabul ettiğimizden, somut olayda failin bu şartları bilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Dolayısıyla bu çerçevede konuya ilişkin hiçbir hüküm bulunmasa dahi hatanın kastı ortadan kaldıracak sonucuna varılacaktır. Şayet fail hataya düşmekte taksirli ise, suçun taksirli şeklinin varlığı halinde, bundan dolayı cezalandırılmalıdır. 30. Maddenin 3. fıkrası ise **münhasıran kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hata hallerinde** uygulanacaktır.” diyerek görüşlerini belirtmişlerdir.

⁵³ Teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çalışmanın 3. Bölüm, I numaralı başlığı.

⁵⁴ Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 386; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 293. Hafızogulları, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 302. Bu kapsamda şu ifadeler yer verilmektedir: “*Kanun ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerden söz etmektedir. Kanunun ikinci bölümün başlığı “ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlerdir. Bu nedenler hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu kaldıran nedenler, isnat yeteneğini azaltan ve kaldıran nedenler ve cezalandırılabilme şartlarıdır. Eğer hükmü kanunda olduğu biçimde alırsak sıkıntılarla karşı karşıya kalırız. ...Bu demektir ki söz konusu hüküm, hukuka uygunluk nedenleri ve fiili hata hariç, kusurluluğu kaldıran diğer nedenler üzerinde hataya düşmekle veya bilmemekle sınırlıdır.*”

⁵⁵ Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 351, 352; Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 386, 387.

dayanak olarak gösterilmektedir. Nitekim Hükümet Tasarısı'nın 23. maddesinin gerekçesinde, madde başlığı ile uyumsuz olacak şekilde, “*kendisine kusur olarak isnadı mümkün olmayan bir hata dolayısıyla hukuka uygunluk nedenine ait koşullara uyduğunu sanan kimseye ceza verilmez*” ifadelerine yer verilmiştir⁵⁶. Dolayısıyla bu görüşe göre, TCK m. 30/ f. 3’de sadece hukuka uygunluk nedenleri düzenlenirken; kusurluluğu etkileyen nedenler m.30/f. 4 kapsamında çözülebilir.

D. Değerlendirme

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler ifadesinden sadece hukuka uygunluk nedenlerinin anlaşılması gerektiği görüşü kabul edilemez. Çünkü gerekçenin esas alınarak kanundaki sistematüğın, kanun koyucunun bölüm başlığı tercihinin ve maddenin lafzının göz ardı edilmesi doğru değildir. Kanun koyucunun iradesine, daraltıcı bir yorumla daha az anlam yüklenemez. Ayrıca TCK m. 30/f. 3 hükmünün sadece hukuka uygunluk nedenlerini esas aldığıının kabulü ihtimalinde; kusurluluğu etkileyen nedenlerin koşullarında hatanın failin ceza sorumluluğunu nasıl etkilediği konusunda bir boşluk ortaya çıkacağı iddia edilmesine rağmen⁵⁷ biz bu kabulün kanunun birinci kitap ikinci kısım ikinci bölümünün varlığı ile çelişkiye neden olacağını da düşünüyoruz.

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler ifadesinden sadece kusurluluğu etkileyen nedenlerin anlaşılması gerektiği görüşü de kabul edilemez. Çünkü TCK m. 30/f. 3 hükmünün varlığına rağmen; hukuka uygunluk nedenlerinin suçun maddi unsurları kapsamında olduğu kabulüyle m. 30/f. 1’e gidilmesi doğru değildir. Hukuka uygunluk nedenleri, kanunda ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler olarak sıralanmaktadır. Söz konusu nedenlerde düşülen hata ile ilgili de kanunda bir boşluk bulunmamaktadır. Kanun koyucu bilinçli olarak *ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler* ifadesini kullanmıştır. Bu durum,

⁵⁶ Ali Tanju Sarıgül, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m. 30/3)”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIV, Y. 2020, S. 3, s. 325-359, s. 329.

⁵⁷ Kusurluluğu etkileyen nedenlerle ilgili özel bir düzenlemeye gerek olmadığı yönünde de bir görüş bulunmaktadır. Nitekim kusur teorisi kapsamında söz konusu hatanın kaçınılmaz olması halinde haksızlığın varlığını koruduğu fakat failin kaçınılmaz hatasından yararlanacağı sonucuna varılabilir. Bu durumda fail kasten işlenen suçtan sorumlu tutulacak ama hatası TCK m. 61 çerçevesinde temel cezasının belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır. Bkz. Göktürk, **Ceza Hukuku Dergisi**, 2014, s. 7-30; Olgun Değirmenci, **TBBD**, s. 162.

madde gerekçesinde “... 3.fıkra ve bendinde düzenlenen “hukuka uygunluk nedenlerinde hata” hükmünün bölüm başlığına paralel olarak ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde hata olarak değiştirildiği” şeklinde açıkça belirtilmiştir. Ayrıca kanunun ikinci kısım ikinci bölüm başlığında da aynı düşünceyle tutarlı olarak *ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler* ifadesine yer verilmiştir.

Kanunun sistematığıne bakıldığında; *hukuka uygunluk nedenlerinin ve kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin* birinci kitap ikinci bölümde, aynı başlık altında bir arada düzenlendiği ve ilgili bölüm başlığının “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” olarak belirlendiği görülmektedir. Kanun koyucu, söz konusu fıkradaki nedenlerin neler olduğunu aynı bölümde hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen nedenleri birlikte sıralayarak göstermiştir. Bu durumda, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler ifadesinden hem hukuka uygunluk nedenleri hem de kusurluluğu etkileyen nedenler anlaşılmalıdır. Bölüm başlığının sistematik yorumu da bu kabulü gerektirmektedir. Nitekim Yargıtay da söz konusu fıkranın hem hukuka uygunluk nedenleri hem de kusurluluğu etkileyen nedenleri kapsadığını kabul etmektedir⁵⁸.

Türk doktrindeki tartışma da ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin neler olduğu yönünde bir tartışma değil; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın çözümü ve fıkradaki yararlanır ifadesinin anlamı konusunda bir tartışmadır. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hatanın TCK m. 30/f. 3’e göre çözüleceğine şüphe olmamalıdır. Sorun, “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” hükmünün anlamlandırılması sorunudur. Aşağıda “Kanuni Düzenlemenin Değerlendirilmesi” başlığı altında söz konusu hüküm değerlendirilecektir.

⁵⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı, E. 2013/829, K. 2014/142, K. 25.03.2014 tarihli kararında; “*Fıkra hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata halleri düzenlenmiştir.*” Benzer yönde bkz. YCGK Kararı, E. 2013/1-664, K. 2013/622, T. 25.09.2012; YCGK, E. 2017/1-893, K. 2018/33, T. 13.02.2018.

Bununla birlikte; kanun koyucunun Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümünün başlığını “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” olarak belirleyip 24. maddeden 35. maddeye kadar hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen nedenleri bir arada düzenlemesi, hukuki nitelikleri birbirinden tamamen farklı olan bu maddelerden hangilerinin hukuka uygunluk nedeni hangilerinin kusurluluğu etkileyen neden olduğunun Kanun’a dayanarak anlaşılamamasına neden olmuştur. Dolayısıyla 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler arasında bir ayrım yapılmadığı görülmektedir.

Hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler arasındaki temel ayrım, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yapılmıştır. CMK’nın “Duruşmanın Sona Ermesi ve Hüküm” başlıklı 223. maddesinde hüküm çeşitleri sayılırken, açıkça hangi nedenlerde hangi hüküm çeşidinin verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Eğer olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa beraat kararı (f. 2-d) verilmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden varsa ceza verilmesine yer olmadığı kararı (f. 3) verilmesi gerektiği belirtilerek bu fiillerin haksızlık içeriğinin devam ettiği, güvenlik tedbiri verilebileceği ve dolayısıyla bunların kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler olduğu gösterilmektedir. Bu kapsamda; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik hali, geçici nedenler, hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, zorunluluk hali, cebir veya tehdit, meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması ve kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi hallerinde failin kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmeyeceği belirtilerek kusurluluğu etkileyen nedenler gösterilmiştir. Bu durumda CMK’da hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen nedenler arasında açık bir ayrım yapıldığı görülmektedir.

5237 sayılı TCK’nın hazırlık çalışmalarını yürüten Adalet Komisyonu Raporu’nda; bu maddelerin hukuki niteliklerinin tartışmalı olduğu ve uzlaşmaya varılamadığı belirtilerek kapsayıcı olması adına, hukuki sonucu dikkate alan *ceza sorumluluğunun kaldıran veya azaltan nedenler* başlığının tercih edildiği ifade

edilmektedir⁵⁹. Nitekim hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen nedenlerin aynı bölümde düzenlenmesine ilişkin Özgenç; *“TBMM Adalet Alt Komisyonunda yürütülen yeni TCK’ya ilişkin çalışmalar sırasında, bu kısımda birisi ‘hukuka uygunluk nedenleri’, diğeri ise ‘kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan neden’ olarak bu ikinci bölümde yer alması yönünde öneride bulunmamıza rağmen, siyasi irade tarafından bu Bölüm içinde bulunan 24, 25 ve 26. maddelerin konseptinde değişiklik yapılması uygun bulunmamıştır. Bu durum karşısında hiç olmazsa bölüm başlığının ‘hukuka uygunluk nedenleri’ değil de ‘ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da azaltan nedenler’ olarak değiştirilmesi yönünde bulunduğumuz ikinci öneri kabul görerek, söz konusu bölüm başlığı değiştirilmiştir.”* şeklinde ifadelerine yer vermektedir⁶⁰. Ayrıca söz konusu nedenlerin hukuki sonucunun bir şekilde kişiye ceza verilmemesi yani ceza sorumluluğuna ilişkin olması nedeniyle aynı bölüm başlığı altında bir arada düzenlendiği ifade edilmektedir⁶¹. Gerçekten de kusurluluğu etkileyen bir nedenin varlığı halinde; suç teşkil eden davranış somut olayda gerçekleşse de bu davranış, her zaman cezalandırılmamakta veya cezalandırılrsa dahi cezada indirimde gidilmektedir. Nitekim her ne kadar fail, fiiliyle bir suç normunu ihlal etmiş olsa da bu davranışı nedeniyle faili kınamaya engel bir norm (kusurluluğu ortadan kaldıran neden) ya da failin kusurunun etkilenmesi (kusurluluğu azaltan neden) söz konusu olabilir. Birinci durumda, faile hiç ceza verilmeyecekken (CMK m. 223-3-d); ikinci durumda failin cezasında indirim yapılacaktır⁶². Fakat hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu

⁵⁹ Özgenç, **Gazi Şerhi**, s. 47. Şerhte, söz konusu bölüm hazırlanırken Komisyona danışmanlık yapan akademisyenlerin, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Kusurluluğu Etkileyen Nedenler olarak iki kısım halinde düzenlenmesi talebinin kabul görmediği de belirtilmektedir.

⁶⁰ Özgenç, **Genel Hükümler**, 2019, s. 322.

⁶¹ Elvan Keçelioğlu, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBB Dergisi**, Sayı 87, 2010, s. 299- 321, s. 304; Karaaslan, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata”, s. 1672.

⁶² Kusuru ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin yanı sıra mazeret nedenleri de aynı bölümde düzenlenmektedir. Mazeret nedenlerinde faile ceza verilmemesinin nedeni, hareketin yöneldiği amaç ile haksızlık içeriğinin azalmasının yanı sıra failin içinde bulunduğu istisnai nitelikteki zorlayıcı psikolojik etkiden ötürü kusur içeriğinin azalmasıdır. Fakat mazeret nedenlerinin varlığı halinde kusur tamamen ortadan kalkmamakta failin fiilin haksızlık teşkil ettiğini idrak etmesi ve buna göre hareketlerini yönlendirme imkânı tamamen yok olmamaktadır. Ayrıca mazeret nedenlerinin varlığı halinde haksızlık içeriği azalmakla beraber o da tamamen ortadan kalkmamaktadır. Hem hukuka uygunluk nedenlerinin hem de mazeret nedenlerinin sonucu ceza sorumluluğunun ortadan kalkması

etkileyen nedenlerin dayanak noktaları farklıdır ve söz konusu sonuç hukuka uygunluk nedenleri için geçerli değildir.

Olayda bir hukuka uygunluk nedeninin olması durumunda bizim de katıldığımız görüşe göre, hukuka uygunluk nedeninin varlığı, tipik fiilin bir hukuki menfaate müdahale etmiş olduğu gerçeğini bertaraf etmez; sadece bu müdahaleye izin verilmektedir⁶³. Çünkü bu davranışa hukuk düzeni tarafından izin veren bir kural (izin normu) bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri, tipik fiilin hukuka aykırı olmasına engel olmaktadır⁶⁴.

Bir fiilin hukuka uygun sayılmasının nedeni genel olarak ya hukuki menfaatin yokluğundan ya hukuki menfaatin üstünlüğünden ya da hukuki menfaatin eşitliğinden kaynaklanmaktadır⁶⁵. Hukuka uygunluk nedeni, bir kişiye başkasına ait bir hukuki menfaati ihlal etme yetkisini vermektedir⁶⁶. Hukuki menfaat sahibi ise bu ihlale katlanmakla yükümlü kılınmaktadır⁶⁷. Dolayısıyla çatışan iki menfaat arasında, birinin diğeri pahasına kurtarılması mümkünse hukuk düzeni yüksek olarak değerlendirilen menfaati diğerine tercih etmektedir⁶⁸. Hukuka uygunluk nedeni, aslında yasak normuna aykırı olmasına rağmen daha yüksek bir menfaat uğruna suçun konusu üzerinde bir zarar veya tehlike oluşturan harekete izin verildiği anlamına gelmektedir. İzin normunun varlığı halinde hem hareketin hem de neticenin haksızlığı tamamen veya büyük ölçüde ortadan kalkmaktadır⁶⁹. Bu durumda, hukuka uygunluk nedenleriyle çatışan menfaatler sosyal gerçekliğe uygun bir şekilde

olsa da ilkinde beraat kararı (CMK m. 223/2); ikincisinde de kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı (CMK m. 223/3) verilecektir.

⁶³ Wessels, Beulke, Satzger, AT, § 8 kn. 271 f.

⁶⁴ Bir diğer görüş; hukuka uygunluk nedeninin varlığı durumunda fiil aslında en baştan itibaren hukuka uygundur. Katoğlu, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, s. 160.; Centel Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 2016, s. 299. Bir diğer görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin var olan hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı yönündedir. Fiil önce hukuka aykırı olarak nitelendirilir sonra hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir nedenin var olup olmadığına bakılır. Bkz. Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. 2, N. 691; Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s. 237. Fakat bu görüşü yansıtan ve BK m. 63’de de kullanılan “hukuka aykırılığı kaldıran haller” başlığı da yerinde değildir.

⁶⁵ Hafizoğulları, **Genel Hükümler**, 2008, s. 231.

⁶⁶ Menfaatler dengesi kuramı hakkında bkz. Katoğlu, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, s. 58, 59.

⁶⁷ Wessels, Beulke, Satzger, AT, §8, kn. 271; Hilgendorf, Valerius, AT, § 5 kn. 4; Ünver, s. 971. Katlanma yükümlülüğünün en önemli sonucu, hukuki menfaati ihlal edilen kişinin koşullarına uygun olması koşuluyla söz konusu müdahalenin haklı olmasına binaen buna karşı koyma, yani savunma hakkının bulunmamasıdır.

⁶⁸ Keçelioğlu, **TBB Dergisi**, s. 302.

⁶⁹ Jescheck, Weigend, AT, s. 326; Göktürk, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 422.

kurgulanarak⁷⁰; hak ve haksızlık arasındaki fark belirlenmektedir. Oysa kusurluluğu etkileyen bir nedenin varlığı halinde; ceza hukukunun emir veya yasaklarını ihlal eden bir durumda olayın özellikleri dolayısıyla bir istisna oluşturulup oluşturulamayacağı tartışması yapılmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde fiil, hukuk düzeni tarafından onaylanırken; kusurluluğu etkileyen bir nedeninin varlığı halinde ise fiil onaylanmamakta; bilakis fail içinde bulunduğu durum nedeniyle mazur görülmektedir⁷¹.

Belirtilen bu nedenlerle, Kanun'daki söz konusu kullanımın, salt hukuki sonucu dikkate alan cezalandırmama veya cezada indirim gitme bakış açısı ile gerekçelendirilmesi doğru olmayacaktır. Hukuki nitelikleri birbirinden tamamen farklı olan bu maddelerden hangilerinin hukuka uygunluk nedeni hangilerinin kusurluluğu etkileyen neden olduğunun kanunda açıkça belirtilmesinde fayda bulunmaktadır. Komisyonunda uzlaşmaya varılamaması ve kapsayıcı olması adına “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığının tercih edilmesinin dogmatik açıdan doğru bir kategorizasyon olmadığı söylenebilir⁷².

III. KANUNİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Kanun Koyucunun İradesi

1. Yararlanır İfadesinin Anlamı

Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hata, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 3. fıkrasında “*Ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin koşullarının gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” hükmüyle düzenlenerek büyük bir öneme kavuşmuştur. Fakat unsur hatası (m. 30/f. 1), nitelikli unsur hatası (m. 30/f. 2)

⁷⁰Roxin, “Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen”, **Juristische Schlung**, 1998, Heft 6, s. 425-433, s. 426; Keçelioğlu, **TBB Dergisi**, s. 303.

⁷¹ Alman doktrininde bir görüş, genel hukuka uygunluk nedenleri (32, 34) ve özel “ceza haksızlığını ortadan kaldıran nedenler” (örn. § 193, 218-a II, zorunluluk hali benzeri) ayrımı yapılması gerektiğini savunmaktadır. Ceza haksızlığını ortadan kaldıran nedenler, hukuka uygunluğa yol açmamalı, sadece cezai sorumluluğun hariç tutulmasına ve suçlu davranışın cezai onaylanmamasından feragat edilmesine yol açmalıdır. Wessels, Beulke, Satzger, **AT**, s. 135, kn. 422.

⁷² Benzer görüş bkz. Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 293; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 269; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, **Genel Hükümler**, 2018, s. 428.

ve haksızlık hatasının (m. 30/f. 4) aksine *hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın* (m. 30/f. 3) hukuki açıdan nasıl ele alınacağı konusu tartışmalıdır. Hukuki düzenlemede, failin *kaçınılmaz* hatasından *yararlanacağı* ifade edilmektedir. Fakat düzenlemede, kaçınılmaz hatanın ne anlama geldiği ve kişinin bundan ne şekilde yararlanacağı gösterilmemiştir. Söz konusu nedenlerin koşullarında düşülen hata, kast mı yoksa kusur üzerinde mi etkili olacak, hatanın kaçınılabilir olması durumunda failin ceza sorumluluğu nasıl etkilenecektir?

Yargıtay'ın söz konusu hükümdeki “yararlanır” ifadesini farklı şekillerde yorumladığı görülmektedir. Yargıtay bazı kararlarında söz konusu hatayı kusurla ilişkilendirirken⁷³; bazı kararlarında kaçınılmaz hatanın kastı ortadan kaldırdığına hükmetmiştir⁷⁴. Örneğin, hamile olan eşinin canının karpuz istediği, bu nedenle gece vakti üzeri branda örtülü karpuz sergisinden ilk fırsatta borcunu ödemek üzere karpuz aldığı, daha sonra karpuz parasını da ödediği olayda; Yargıtay 13. Ceza Dairesi alma fiilinin gerçekleşmesinden sonra mal sahibinin bu fiile muvafakat etmesinin fiilini hukuka uygun hale getireceğini sanan sanığın hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya düştüğü, sanığın kaçınılmaz bu hatasının kastını ortadan kaldırdığına hükmettiği görülmektedir. Yargıtay bu olayda, kastın yokluğu halinde hırsızlık suçu oluşmayacağından beraat kararı vermiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun ise kaçınılmaz hatada failin kastının ortadan kalktığından bahisle beraatine karar verdiği kararları bulunmaktadır⁷⁵. Örneğin, yol genişletme çalışmaları sırasında, mağdura ait arazinin yola sınırı kısmından çeşitli ağaçların söküldüğü olayda; kendisine verilen talimatı yerine getiren ve ayrıca müdahaleye rızanın olup olmadığını araştırma yükümlülüğü bulunmayan sanığın hatasını kaçınılmaz hata olarak nitelendiren Ceza Genel Kurulu, 31.10.2017 tarihli

⁷³ Yargıtay 14. CD., E. 7351/1926, T. 10.04.2017.

⁷⁴ Yargıtay 13. CD., E. 2018/13059, K. 2019/6299, T. 11.4.2019; YCGK E. 2013/393, K. 2014/33, T. 4.2.2014.

⁷⁵ YCGK E. 2014/15-229, K.2017/449, T. 31.10.2017; E. 2014/259, K. 2017/449; T. 31.10.2017.

kararında failin kastının ortadan kalktığından bahisle mala zarar verme suçundan beraatine hükmetmiştir⁷⁶.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir başka kararında ise söz konusu hatada fiil her ne kadar kasten işlenmiş olsa da hukuka aykırılık ortadan kalktığı için fiilin suç teşkil etmediği yönünde değerlendirmede bulunmuştur⁷⁷. Örneğin, 18 yaşını tamamlamış ancak sahip olduğu akıl hastalığı nedeniyle rıza açıklama ehliyetine sahip bulunmayan mağdurun açıkladığı rızasına dayalı olarak sanık, mağdur ile anlaşarak Ankara'dan İzmir'e gitmiş ve birden fazla defa cinsel ilişkiye girmişlerdir. Bu eylemleri mağdurun rızasıyla gerçekleştirdiği düşünen sanığın cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından sorumluluğunu değerlendiren Ceza Genel Kurulu, -eğer sanığın üniversite mezunu olması, 54 yaşında olması, uzun süreli arkadaşlıkları olması ve hekim olmayanlarca anlaşılamayacak bir rahatsızlık değil basiretli bir insanın anlayabileceği bir rahatsızlık olması gibi hususlar olmasaydı-sanığın hatasının kaçınılmaz hata olarak değerlendirilebileceğine ve hukuka aykırılık unsuru oluşmadığı için eylemlerinin suç teşkil etmeyeceği yönünde açıklamalarda bulunmuştur. Dolayısıyla Ceza Genel Kurulu'nun, bu kararında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen kaçınılmaz hatanın kendisini bir hukuka uygunluk nedeni gibi değerlendirdiği görülmektedir. Sonuç olarak, Yargıtay kararlarından bu hatanın kastla mı yoksa kusurla mı ilişki olduğu konusunda istikrarlı bir sonuç çıkarmak mümkün gözükmemektedir.

TCK m. 30/f. 3'ün anlamı ortaya koyulurken; ilgili madde başlığı ve gerekçenin yanı sıra kastın tanımını düzenleyen Kanun'un 21. maddesi, haksızlık bilincinin konumuna işaret eden 30. maddesinin 4. fıkrası birlikte incelenmelidir. Bu kapsamda kanun koyucunun, TCK m. 30/f. 3 hükmünü, haksızlık bilincini kusurun bir unsuru kabul ettiği TCK m. 30/f. 4 hükmü ile paralel bir dil kullanarak düzenlediği görülmektedir⁷⁸. Kanun koyucunun, iki fıkra da "kaçınılmazlık" kriteri

⁷⁶ YCGK E. 2014/259, K. 2017/449; T. 31.10.2017.

⁷⁷ YCGK, E. 2011/5-230, K. 2011/273, T. 20.12.2011.

⁷⁸ Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 379.

belirleyerek; kastta aradığı aktüel bir bilme yerine potansiyel bir bilmeyi aradığı görülmektedir⁷⁹.

TCK m. 30/f. 1 “suçun maddi unsurlarında hata” ve TCK m. 21 “kast” tanımı birlikte değerlendirildiğinde ise kanun koyucunun kabul ettiği kast tanımının suçun maddi unsurlarına ilişkin olduğu ve hukuka uygunluk nedenlerini kapsamadığı görülmektedir. Nitekim TCK’nın 21. maddesinin 1. fıkrasında kast, “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır. Hukuka uygunluk nedenlerinin suçun kanuni tanımında yer almaması nedeniyle kastın kapsamında kabul edilemeyeceği ifade edilmelidir. Ayrıca Türk Hukuku bakımından da hukuka uygunluk nedenlerinin kastın kapsamında olduğunun kabul edilerek TCK m.30/f. 1 hükmünün uygulanması durumunda; aynı lafzi içeriğe sahip m.30/f. 4 düzenlemesi gereği, neden haksızlık hatasının failin kastını değil de kusurunu etkilediğinin açıklanması gerekir. Nitekim kanun koyucunun Kanun’un 30. maddesinin 3. fıkrasında hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatayı, kastı engelleyen suçun maddi unsurlarında hatadan (TCK m. 30/f. 1) ayrı olarak düzenlediği de görülmektedir. Bu durumda, kanun koyucunun açık iradesi karşısında, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatanın failin kastını ortadan kaldıracağı mevcut düzenlemeye göre söylenemeyecektir.

Madde gerekçesi de bu görüşü doğrular niteliktedir. Gerekçeye göre, “*hatanın kaçınılabılır olması durumunda, kişi islediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.*” Bu kapsamda, kanun koyucu TCK m. 30/f. 3’de “yararlanır” ifadesini kullanmış, kasıtlı veya taksirli suç sorumluluğu ayrımı yapmamıştır. Dolayısıyla ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin koşullarında kaçınılmaz hataya düşülmesi durumunda fail ne kasıtlı ne de taksirli suçtan sorumlu tutulamaz, failin kusurunun ortadan kalkması gerekir⁸⁰.

⁷⁹ Değirmenci, **TBB**, s. 146, 147; Sarıgül, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 338; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 307.

⁸⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 428; Veli Özer Özbek, “Türk Ceza Kanununda Hata (m. 30)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, 2008, s. 7, s. 83-99, s. 89; Elvan Keçecioğlu, “Kusurluluğu Ortadan

Belirtilen bu nedenlerle, mevcut kanuni düzenleme olan TCK m. 30/f. 3 hükmü, gerekçesi, bölüm başlığı, yine aynı maddenin 1. ve 4. fıkraları ile birlikte m. 21 hükümleri birlikte okunduğunda; kanun koyucunun katı kusur teorisini tercih ettiğini düşünmekteyiz. Buna göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın kaçınılmaz olması durumunda failin kastı değil, kusuru ortadan kalkar. Bu nedenle kaçınılmaz hata durumunda, CMK m. 223/f. 3-4 hükmü gereği faile ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekir. Hata kaçınılabilir ise bu durumda fail kasten işlenen suçtan sorumlu olmalıdır. Fakat failin kaçınılabilir hatası, TCK m. 61/1-f hükmü gereği, somut ceza belirlenirken kasta dayalı kusurunun ağırlığı dikkate alınmalıdır. Katı kusur teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşen failin kusuru ortadan kalksa dahi iştirake elverişli kasten işlenen ve hukuka aykırı bir suçtan şeriklerin cezalandırılması mümkündür⁸¹.

Bununla birlikte, hükümde yer alan *yararlanır* ifadesi, doktrinde bazı yazarlar tarafından doğrudan veya kıyasen suçun maddi unsurlarında hata (TCK m. 30/f.1) hükümlerinin uygulanarak failin kastının ortadan kalkacağı şeklinde yorumlanırken; diğer bazı yazarlar ise kastın hem haksızlık alanında hem de kusur alanın çifte bir fonksiyon icra ettiği, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatanın failin kusur kastını ortadan kaldırdığı şeklinde yorumlamaktadır. Bununla birlikte, “yararlanır” ifadesini, kast, kusur veya kusur kastı ortadan kalkar tartışmasına girmeksizin kişi hataya düşmeseydi hangi düzenlemeden yararlanacak ise kaçınılmaz hatasında o düzenlemeden yararlanmalı şeklinde yorumlayan bir başka görüş de

Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBBD**, 2010, S. 87, s. 315.

Kanun koyucu 30/3’de *kaçınılmaz* hataya düşen kişinin bundan yararlanacağını söyleyerek; esasında 30/2’deki gibi her hata durumunda failin bundan yararlanmasının önüne geçmiştir. Ayrıca 1931 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nda yer alan ve her durumda failin lehine uygulamaya izin veren bir hükümden de uzak durmuştur. Nitekim İtalyan Ceza Kanunu’nun 59. Maddesinin 1. fıkrası şöyledir: “*Fail cezayı bertaraf eden sebeplerin varlığını hata ile kabul ettiği takdirde, bu sebepler daima onun lehine olarak nazara alınır. Ancak, taksirden doğan bir hata söz konusu olduğunda, fail kanunen taksirli bir cürüm olarak öngörülmüşse, cezalandırılabilme bertaraf edilmiş olmaz.*”

⁸¹ Bern Heinrich, **Strafrecht-Allgemeiner Teil II, 4.Überarbeitete Auflage, Stuttgart, 2014, Ceza Hukuku, Genel Kısım II, Taksir-İhmali Suçlar-İştirak-Hata- Alternatif Tipiklik**, Editör: Yener Ünver, Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek ve diğerleri, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 182, kn.1131.

bulunmaktadır. Bu görüşler ve değerlendirmemiz çalışmanın üçüncü bölümünde yer alan III. C. “Doktrindeki Görüşler ve Çözüm Yolları” ve D. “Değerlendirme ve Kanaat” başlıkları altında yer verildiğinden tekrara düşmemek adına burada ilgili başlığa işaret etmekle yetinilecektir. Fakat bu görüşlerin kayda değer bir çoğunluğunun sınırlı kusur teorisinin sonuçlarını kanuni düzenlemeye yansıtılabilmek amacını taşıdığı da söylenmelidir. TCK m. 30/f. 3 hükmünün varlığına rağmen söz konusu hatayı tipiklik hatasına eşitleyerek doğrudan veya kıyasen TCK m. 30/f. 1 hükmünü uygulamaya çalışmanın nedenlerini anlamakla birlikte pozitif hukuk bakımından doğru olmadığını düşünüyoruz. *Yürürlükte olan hukuk* bakımından, kanun koyucunun katı kusur teorisini benimsediğini düşünüyoruz. Fakat bizim de katıldığımız görüşe göre, *olması gereken hukuk* bakımından ise teorik olarak makul sonuçlar veren sınırlı kusur teorisinin kanuni düzenlemeye yansıtılmasında fayda bulunmaktadır. Bu konudaki önerimiz, çalışmanın üçüncü bölümünde yer alan ve D. “Değerlendirme ve Kanaat” başlığı altında yapılan açıklamalarda yer almaktadır. Aşağıda kaçınılmazlık değerlendirmesi ve kaçınılabılır hatanın hukuki sonucu incelenmektedir.

2. Kaçınılmazlık Değerlendirmesi

TCK m. 30/f. 3 gereği; hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında kaçınılmaz hataya düşen fail bu hatasından yararlanacaktır. Doktrinde kanun koyucunun kaçınılmaz gibi belirsiz bir ifade kullanması ve kaçınılabılır hataya sonuç bağlamaması eleştirilmektedir⁸². Bu bakımdan hatanın ne zaman kaçınılabılır ne zaman kaçınılmaz olduğu belirlenmelidir.

Kaçınılmazlık kavramının anlamı, tersinden hareketle kaçınılabilirlik kavramı ile birlikte açıklanmaktadır. Kusur teorisini benimseyen yazarlar, kaçınılmazlık değerlendirmesinin sübjektif bir mahiyet arz ettiğini ve bu değerlendirmede ex-ante bir şekilde fiilin gerçekleştirilme anı ve failin kişisel özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim sadece *hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında* düşülen hatada değil, aynı zamanda TCK m. 30/f. 4 kapsamında

⁸² Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 428.

haksızlık hatasında da kaçınılmazlık değerlendirilmesinin zikredildiği belirtilmektedir. Nitekim TCK'nın 30. maddesinin gerekçesinde “*hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur*” denilerek sübjektif bir değerlendirme yapılması gerektiğine işaret edilmiştir. Bu nedenle haksızlık hatasının kaçınılmazlığına ilişkin kusur değerlendirmesinin, TCK m. 30/f. 3’de yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hata için de geçerli olduğu kabul edilmektedir⁸³.

Bununla birlikte, kaçınılmazlık kriterine ilişkin ilk temel ölçütler, Alman Federal Mahkemesi’nin kusur teorisini ilk kez kabul ettiği 18.3.1952 tarihli kararında haksızlık hatasının kaçınılabilirliğinde ortaya koyulmaktadır⁸⁴. Karara konu olayda, sanık ileri bir inceleme yapılmaksızın dışarıdan anlaşılamayacak derecede zekâ geriliği bulunan 14 yaşındaki bir çocukla cinsel ilişkiye girmiştir. Federal Mahkeme Ceza Genel Kurulu, mağdurun rızasının haksızlığı ortadan kaldırdığına ilişkin failin inancını yasak hatası olarak değerlendirmiş ve failin hatasından faydalanabilmesi için yaşı ve eğitim seviyesi dikkate alınarak hatasının kaçınılmaz olması gerektiğini aramıştır. Kararda fail, hareketinin hukuk düzeninin gerekleri ile uyumlu olup olmadığını sorgulamakla yükümlü kılınmaktadır. Fail gerekiyorsa düşünerek, tefekkür ederek veya bir uzmana danışarak bu husustaki şüphesini gidermelidir. Ayrıca failden vicdan muhasebesi (*die Anspannung des Gewissens*) yapması beklenmektedir. Mahkemenin kabul ettiği ölçütlere göre; “*olayın koşulları, failin kişiliği, yaşantısı ve mesleki çevresi dikkate alındığında kendisinden beklenen vicdan gerilimine karşın, davranışının haksızlık oluşturduğu bilincini kazanabilecek durumda bulunmuyorsa*” düştüğü hatanın kaçınılmaz olduğu kabul edilmektedir⁸⁵. “*Vicdan muhasebesi*” adlı bir ölçüt kullanan Alman Federal Mahkemesi, somut

⁸³ Koca ve Üzülmöz, haksızlık ile alakalı olan hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatanın TCK m. 30/3 kapsamında çözülmemesi gerektiğini aksi halde kaçınılmazlık için bir kusur değerlendirmesi yapılmak zorunda olduğunu belirterek; söz konusu hatayı doğrudan TCK m. 30/1 kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 302. Benzer yönde Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 598.

⁸⁴ Alman Federal Mahkemesi’nin 18.3.1952 tarihli BGH v. 18.3.1952, GSSt 2/51, BGHSt, 2, s. 194-212 sayılı kararı. Bkz. Roxin, **AT**, 1, § 21, kn. 7.

⁸⁵ BGH, 18.03.1952, GSSt 2/51 sayılı kararı, BGHSt, 2, s.194 vd., s.201; Schönke, Schröder, **StGB**, § 17, kn. 14-15.

olayın koşulları ve failin sosyal ve mesleki çevresi dikkate alınarak kendisinden beklenen vicdan muhasebesine girişmesine rağmen, hareketinin hukuka aykırılığına ilişkin bir görüşe ulaşmaya muktedir değilse hatasını kaçınılmaz olarak kabul etmektedir⁸⁶.

Avusturya Ceza Kanunu'nda ise Türk ve Alman Ceza Kanunları'nın aksine kaçınılabilirlik ölçütlerine haksızlık hatası bağlamında açıkça kanuni düzenlemede (Avus.CK. m. 9) yer verildiği görülmektedir⁸⁷. Düzenlemeye göre, sırasıyla *“haksızlığın herkes gibi fail için de kolayca bilinebilecek nitelikte olması”* ve *“failin mesleği, meşguliyeti ve şartları gereği kendisini bilgilendirmekle yükümlü olmasına rağmen ilgili düzenlemeler hakkında kendisini bilgilendirmemiş olması”* şeklinde iki ölçüt, failin hatasının kaçınılabilir olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınmaktadır⁸⁸. Söz konusu düzenleme, ilk ölçütün modern ceza hukukuna *“asgari nitelikte insan modeli”* getirerek medeni hukuktaki *ortalama insan* (Roma hukukundaki iyi aile babası, *bonus pater familias*) kavramını taşıması, ikinci ölçütün ise kaçınılabilirlik kavramını taksir kavramına yaklaştırması nedeniyle eleştirildiği görülmektedir⁸⁹.

Alman öğretisi ve Federal Mahkeme kararlarında ise *“dikkat ve özen yükümlülüğü”* de kaçınılabilirlik kavramının ölçütlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Fakat dikkat ve özen yükümlülüğünün, somut olayda kusur prensipleri çerçevesinde failin kişisel özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği

⁸⁶ Alman Federal Mahkemesi'nin 18.3.1952 tarihli BGH v. 18.3.1952, GSSt 2/51, BGHSt, 2, s. 201. Bkz. Roxin, **AT**, 1, § 21, kn. 7.

⁸⁷ Avus. CK. M. 9-Hukuki Hata: *“(1) Hukuki hata nedeniyle bir fiilin haksızlığını bilmeyen kişi, bu hata kendisine isnat edilememekte ise kusurlu hareket etmemiştir. (2) Hukuki hata, şayet haksızlık herkes gibi fail için de kolayca bilinebilecek nitelikte ise yahut da fail mesleği, meşguliyeti ve şartları gereği kendisini bilgilendirmekle yükümlü olmasına rağmen ilgili düzenlemeler hakkında kendisini bilgilendirmemiş ise faile isnat edilir. (3) Faile hukuki hata isnat edilmekte ise; fail, kasten hareket etmiş ise kasten gerçekleştirilmesinin cezalandırıldığı suç nedeniyle; taksirle hareket etmiş ise taksirle gerçekleştirilmesinin cezalandırıldığı suç nedeniyle cezalandırılır.”* Bkz. Rahime Erbaş, *“Haksızlık Hatasının Kaçınılabilir Olduğunu Gösteren Ölçütlerin Kanunda Öngörülmesi: Avusturya Ceza Kanunu Örneği”*, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 40, Ağustos 2019, s. 379-401.

⁸⁸ Erbaş, *“Haksızlık Hatasının Kaçınılabilir Olduğunu Gösteren Ölçütlerin Kanunda Öngörülmesi: Avusturya Ceza Kanunu Örneği”*, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 40, Ağustos 2019, s. 379-401.

⁸⁹ Erbaş, **Ceza Hukuku Dergisi**, s. 379 vd.

belirtilmektedir.⁹⁰ Yargıtay da kararlarında haksızlık hatasının kaçınılmazlığında failin sübjektif durumunu değerlendirerek, kararını failin haksızlığı idrak etme imkanının bulunup bulunmadığına dayandırmaktadır⁹¹. Bununla birlikte, doktrinde hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatanın kaçınılmazlığı ile haksızlık hatasının kaçınılmazlığının aynı kriterlere göre değerlendirilemeyeceği de ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hata, maddi gerçekliğe dair bir hatadır ve kusur üzerinde değil; haksızlığın varlığı veya yokluğu üzerinde bir etki doğurmaktadır⁹². Oysa haksızlık hatası norma ilişkin bir hatadır ve failin kusuru üzerinde etki doğurmaktadır. Haksızlık hatasının kaçınılmazlığı, kusur bağlamında bir değerlendirme yapılmasını gerektiren kendine özgü bir içeriğe sahiptir⁹³. Hukuka uygunluk nedenlerinin haksızlığın yapısında zıt yönlü bir fonksiyon icra ediyor olması nedeniyle objektif unsurlarda düşülen hatanın kaçınılmazlığı, fiilin taksirle işlenip işlenmediğine bağlanan bir sonuç olarak anlaşılması gerekir. TCK m. 30/f. 3 hükmünde hem hukuka uygunluk nedenleri hem de kusurluluğu etkileyen nedenlerin koşullarında düşülen hatanın birlikte

⁹⁰ Schönke, Schröder, StGB § 17, kn. 17.; Sarıgül, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 338.

⁹¹ YCGK, E. 2014/8-321, K. 2017/412, T. 17.10.2017. “(...) Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Olay tarihinde 30 yaşında ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan sanığın, eğitim için gittiği Amerika Birleşik Devletleri’nde kalarak sürekli ikamet izni aldığı ve özel bir güvenlik şirketinde çalışmaya başladığı, silahlara özel ilgi duyduğunu belirten sanığın, yaklaşık 12 yıl boyunca ikamet ettiği Amerika Birleşik Devletleri’nden kısa süreli tatil için Türkiye’ye gelmeye karar verdiği, sanığın yolculuk günü olan 04.03.2011 günü iki adet Smith-Wesson marka tabancayı ABD’de bulunan Gander MTN isimli iş yerinden satın aldığı, bir adet Ruger marka tabanca ile bir adet Beretta marka tabancayı ise aynı gün Z.J.H. isimli şahıstan ABD’de satın alıp devraldığı, Chicago O’Hare Havalimanına satın aldığı bu dört silahın bulunduğu çanta ve iki valizle gelen sanığın, Türk Hava Yolları bürosunda biniş işlemlerini yaptığı sırada yanında bulunan tabancalardan sadece bir adet 9 mm çapındaki Smith-Wesson marka tabancaya dair görevliye bildirimde bulunduğu ve bu silah için teslim tutanağı düzenlediği, diğer üç tabanca ile ilgili olarak ise silah teslim tutanağında herhangi bir bildirimde bulunmadığı, Chicago’daki THY görevlilerinin, sanığın yanında silah getirdiğini mesajla THY’nın İstanbul Atatürk Havalimanındaki görevlilerine bildirmeleri üzerine, mesajı alan görevlilerin silahlarla ilgili herhangi bir izin belgesinin bulunmadığını tespit ederek sanık hakkında tutanak tuttıkları olayda; sanığın Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup 18 yaşına kadar Türkiye’de yaşamış olması, yüksek öğrenim görmesi, suça konu dört adet tabancayı da Türkiye’ye gelmeden hemen önce satın alması ve silahlardan sadece biri hakkında havalimanı görevlilerine bildirimde bulunması, güvenlik şirketinde çalıştığını ve silahlara özel ilgisi olduğunu belirtmesi karşısında, sanığın bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içerisinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları dikkate alındığında, sanığın Türkiye’ye silah sokmanın yasak olduğunu bilmediğine dair savunmaların inandırıcı olmadığı, bu sebeple atılı suçun bütün unsurları ile oluştuğu ve fiilinin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüğünden söz edilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir.”

⁹² Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 599.

⁹³ Göktürk, **CHD**, 2014/26, s. 25, dipnot 57.

düzenlenmesi nedeniyle kanun koyucunun “kaçınılmazlık” ifadesini tercih ettiği, fakat hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen nedenlerin aynı maddede düzenlenmesinin hatalı olduğu, bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata için “kaçınılmazlığın” failin söz konusu hukuka uygunluk nedeninden yararlanması için taksirin yokluğuna bağlanan sonuç şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁴.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatanın, hukuka aykırılık alanına ilişkin olması nedeniyle kusur üzerinde etkili olan haksızlık hatasındaki kaçınılmazlıktan farklı değerlendirilmesi gerektiği görüşü, Türk doktrininde de ifade edilmektedir. Bu nedenle hatanın kaçınılmazlığı için taksir kavramından ödünçle “*failin gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı hataya düşüp düşmeyeceği*” değerlendirilmektedir⁹⁵. Dolayısıyla bir hatanın kaçınılabılır olup olmadığı ve failin hatasından yararlanıp yararlanmayacağı failin taksiri olup olmadığı şeklinde yapılacak bir değerlendirmeye göre belirlenmektedir.

Yargıtay’ın da kaçınılmazlık değerlendirmesinde dikkat ve özen yükümlülüğünü esas aldığı kararları bulunmaktadır. Örneğin, mahallelerinde daha önceden meydana gelen hırsızlık olayları nedeniyle hırsızı yakalamak üzere nöbet tutan iki kişiden birinin diğerini hırsız sanarak öldürdüğü olayda; Yargıtay, olayın meydana geldiği yerde büyük boy sokak lambasının bulunması, sanığın ateş etmeden önce hiçbir şey söylememesi, üç metre mesafeden ateş etmesi hususlarını birlikte değerlendirerek sanığın daha dikkatli ve özenli davranması durumunda ateş ettiği kişinin kim olduğunu anlayabileceğine ve bu nedenle sanığın hatasının kaçınılabılır olduğuna karar vermiştir⁹⁶.

⁹⁴ Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 599; Göktürk, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 148, dipnot 519.

⁹⁵ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 439; Demirbaş, **Genel Hükümler**, 2014, s. 268; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 463; Soyaslan, **Genel Hükümler**, 2012, s. 465; Dülger ve diğer yazarlar, **TAAD**, s. 245.

⁹⁶ Yargıtay 1. CD 04.04.2013, 98-51; YCGK, E. 2014/1-336, K. 2015/352, T. 2013/191076: “Mahallelerinde daha önceden meydana gelen hırsızlık olayları nedeniyle olay gecesi hırsız geldiği takdirde yakalamak amacıyla sanık ve maktulün akrabalarıyla birlikte nöbet tutmak üzere toplandıkları, maktulün eşinin telefonla arayarak evlerinin çatısından ses geldiğini söylemesi üzerine hep birlikte maktulün evine doğru gittikleri, sanığın bu sırada elindeki tüfekte korkutmak amacıyla havaya doğru iki el ateş ettiği, maktul ile sanığın evin yanında ayrıldıkları, sanığın maktulün evinin arka tarafında beklediği, bir süre sonra maktulün sanığın bulunduğu merdivenli sokağa girdiği sırada,

Bununla birlikte, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatanın kaçınılmazlığı ile taksirin de aynı şey olmadığı ifade edilmektedir. Nitekim hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatanın kaçınılmaz olup olmadığının değerlendirmesinde, dikkat ve özen yükümlülüğü kriterinin kullanılması eleştirilmiştir. 2003 tarihli TCK tasarısının 23. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan “*Olayların hatalı değerlendirilmesinin etkisi altında hareket eden kimse hakkında, hatanın lehine sonuç verecek nitelikte olması halinde, buna göre hüküm verilir. Alınması elinde olan tedbirlere başvurmak suretiyle hataya düşmeyebilecek olan kimseye, kanun o fiili taksir ile işlenmiş ise buna göre ceza verilir. Kendisine kusur olarak isnadı mümkün olmayan bir hata dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerine ait koşullara uyduğunu sanan kimseye ceza verilmez.*” denilmek suretiyle “alınması elinde olan tedbir” ve “kusur” ölçütleri zikredilmiştir. Bu düzenleme, kast ve taksiri kusurun türleri olarak gören psikolojik kusur anlayışı ve Klasik ceza hukukunun izlerini taşımaktadır. Çünkü bu anlayışa göre, hataya düşmede taksiri yoksa fail kusursuzdur. Kast ve taksir kusurun türleri olarak kabul edildiği için dikkat ve özen yükümlülüğü sadece fiilin icrası bakımından değil, fiilin hukuka aykırılığının idraki bakımından da aranmaktadır. Kast ve taksiri kusurun bir unsuru olarak kabul eden bu görüşün modern ceza hukukunda terk edildiği ifade edilmelidir. Kast ve taksiri kusurdan tamamen bağımsız, sadece tipiklik alanına dahil bir kavramdan ibaret görmeyen ve çifte fonksiyonu olduğunu düşünen yazarlar ise kaçınılmazlık değerlendirmesinde taksir içeriğinden faydalanmanın sakıncası olmadığını kabul etmektedir⁹⁷. Bu görüşlerine dayanak olarak TCK m. 61’de kusurun belirlenmesinde kast ve taksirden yararlanan “*Hâkim somut olayda; ... failin*

sanığın hırsız olduğunu düşündüğü maktule tüfekle uygun görüş şartları içinde ve yaklaşık üç metre mesafeden bir el ateş etmesi üzerine başından vurulan maktulün hayatını kaybettiği somut olayda; olay gecesini sanığın oturduğu mahallede herhangi bir hırsızlık olayının tespit edilmemesi, olayın meydana geldiği yerde yanan büyük boy sokak lambasının bulunması, sanığın tüfekle hiçbir şey söylemeden, uygun görüş şartları içinde ve üç metre mesafeden maktule doğru ateş etmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın daha dikkatli ve özenli davranması durumunda ateş ettiği kişinin maktul Metin Sepetçi olduğunu anlayabileceği, bu nedenle sanığın hatası kaçınılmaz nitelikte bir hata olmadığından, hata hükümlerinden yararlanamayacağı, ayrıca maktulden kaynaklanan ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir söz veya davranış da bulunmadığından, yerel mahkemece sanık hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanmasında isabet bulunmamaktadır. Öte yandan sanık hırsız da olsa bir insanı öldürmek kastı ile hareket etmiş olup mağdurun kimliğinde yanlışlıkla olsa bile kasten öldürme suçundan sorumluluğu cihetine gidilmesinde de bir hukuka aykırılık yoktur.”

⁹⁷ Mahmutoglu, Karadeniz, **Kanun Şerhi**, s. 709.

kast ve taksirine dayalı kusurunun ağırlığını...” hükmünü göstermektedir. Kaçınılabilirlik değerlendirmesinde failin bilgi düzeyi, eğitimi, ahlaki, sosyal ve kültürel çevre koşulları gibi durumlar dikkate alınarak sübjektif bir değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁸.

Kaçınılmazlık kavramı taksir kavramıyla benzerlik göstermesine rağmen taksir, haksızlığın manevi unsurunu oluşturmaktadır. Türk Ceza Kanunu’nun 22. maddesinde taksir, *“dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleşmesi”* olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda taksir, tipikliğin bir unsuru iken; kaçınılmazlık değerlendirmesi fail ile maddi gerçeklik veya hukuk normu arasında bir ilişkidir. Bu nedenle haksızlığın dışında bir değerlendirme olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla kaçınılmazlığın, sadece failin bu hatasından yararlanması için taksirin yokluğuna bağlanan bir sonuç şeklinde anlaşılması gerektiği düşünülmektedir⁹⁹. Bu nedenle, somut olayda önce failin fiili icrası bakımından taksirle hareket edip etmediği tespit edilir. Eğer failin taksiri dahi yoksa, hukuka uygunluk için objektif unsur eksik olmasına rağmen fail hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır. Bu görüşe göre, TCK m. 30/f. 3 hükmündeki “kaçınılmazlık” ve “yararlanır” ifadeleri bu sonucu ortaya çıkarmaktadır.

Sonuç olarak, Türk hukukunda failin sadece kişisel yeteneğini dikkate alarak gösterebileceği özeni kriter kabul eden sübjektif teori azınlıkta kalan bir görüş olarak tespit edilmektedir¹⁰⁰. Fakat failin kişisel yeteneğinin ölçüt kabul edilmesinin yasak hatasında kullanılan kaçınılmazlık ölçütü ile büyük ölçüde örtüştüğü de söylenmelidir. Baskın görüş ise kaçınılmazlık değerlendirmesinde, taksirli suçlar bakımından söz konusu olan özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin ölçütlerin kullanılması gerektiğini belirtmektedir¹⁰¹. Yargıtay kararlarında da kaçınılmazlık

⁹⁸ Mahmutoglu, Karadeniz, **Kanun Şerhi**, s. 718.

⁹⁹ Göktürk, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, 2016, s. 75-76, dipnot 302.

¹⁰⁰ Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 204; Sarıgül, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 340.

¹⁰¹ Özgenç, **Genel Hükümler**, 2019, s. 483; Dülger ve diğer yazarlar, **TAAD**, s. 245; Demirbaş, **Genel Hükümler**, 2014, s. 268; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 463; Soyaslan, **Genel Hükümler**, 2012, s. 465.

değerlendirilirken, failin gereken dikkat ve özeni gösterip göstermediği incelenmektedir. Dikkat ve özenin gösterilmesinde failin kişisel özellikleri de dikkate alınmaktadır.

Belirtilen bu nedenlerle, kaçınılmazlık değerlendirmesinde her halükârda failin bakış açısına göre değerlendirme yapılması gerektiği görülmektedir. Ancak bu sübjektif yaklaşımın belli açılardan sınırlandırılarak değerlendirmede “ortalama bir insanın bakış açısının” da göz ardı edilemeyeceği belirtilmektedir¹⁰². Bu durum, Anglo Sakson hukukunda kaçınılmazlığın değerlendirilmesinde kabul edilen sübjektif ve objektif testin bir arada kullanılması ile benzerlik göstermektedir¹⁰³. Nitekim Amerikan ceza hukukunda da failin hatasının kastını ortadan kaldırabilmesi için dürüst ve samimi bir inanç ile hataya düşmesi, hatasının makul ve kaçınılmaz olması aranır. Failin hatasının makul ve kaçınılmaz olup olmadığı değerlendirilirken, sübjektif ve objektif test olmak üzere iki test kullanılmaktadır. Sübjektif testte failin iç dünyası esas alınır ve kişisel durumuna bakılarak hatasının kaçınılmazlığı değerlendirilirken; objektif testte, failin makul bir insandan beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne uyarak hataya düşüp düşmediği değerlendirilir. Örneğin, bir doktorun çok özel bir alandaki ihtisası, dikkat ve özen yükümlülüğünün bu konuda özel bir ihtisası olmayan diğer bir doktordan daha farklı değerlendirilmesini gerektirebilir¹⁰⁴. Kaçınılmazlık değerlendirmesinin taksirden farklı olarak kusur yeteneğiyle olan ilişkisi ve kusur yeteneği yönünden değerlendirmeyi gerektirmesi dikkate alındığında, kaçınılmazlığa ilişkin özen yükümlülüğünün kendine özgü bir içeriği olduğu anlaşılmaktadır¹⁰⁵.

Bununla birlikte, kaçınılmazlık kavramının içeriğinin objektif esaslarla doldurulması mevcut düzenleme karşısında mümkün gözükmemektedir. Kanun koyucu, TCK m.30/f. 3’de hem hukuka uygunluk nedenleri hem de kusurluluğu

¹⁰² ERB, in MüKo-StGB, § 32 kn. 122; Roxin, AT, § 15 kn. 9 (dipnot 21); Karaaslan, **Legal Hukuk Dergisi**, s. 1679.

¹⁰³ Ziya Koç, “Rızanın Varlığında Hatanın Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Değerlendirilmesi”, **CHD**, Nisan 2020, Sayı: 42, s. 244-245.

¹⁰⁴ Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 205.

¹⁰⁵ Aynı yönde bkz. Sarıgül, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 340.

etkileyen nedenler yönünden “kaçınılmazlık” kriterini kullanmıştır. Aynı fıkradan geçen kavramın iki farklı anlama gelecek şekilde yorumlanarak iki farklı sonuç çıkarılması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenleri bakımından kaçınılmazlık kriterinin içeriği objektif esaslardan hareketle doldurulmak isteniyorsa, söz konusu düzenlemede değişiklik yapılmasında fayda bulunmaktadır. Mevcut kanuni düzenleme gereği, kaçınılmazlık değerlendirmesinin sübjektif bir mahiyet taşıdığı ve bu değerlendirmede ex-ante bir şekilde fiilin gerçekleştirilme anının ve failin kişisel özelliklerinin dikkate alınması gerekecektir.

3. Kaçınılabilir Hatanın Hukuki Sonucu

TCK m. 30/f. 3’de hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında kaçınılmaz hataya düşen kişinin bundan yararlanacağı belirtilirken; *kaçınılabilir hatanın* hukuki sonucu düzenlenmemiştir. Maddedeki ifadenin tersinden hareketle, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde kaçınılmaz olmayan yani kaçınılabilir bir hataya düşen kişinin de ceza sorumluluğunun etkilenmeyeceği sonucuna varılmaktadır¹⁰⁶. TCK m. 30/f. 3 düzenlemesi ile kanun koyucunun katı kusur teorisi ile uyumlu bir düzenleme yaptığı, kaçınılmazlığın ise sübjektif bir değerlendirme olduğu daha önce ifade edilmiştir. Nitekim teoriye göre, kaçınılmaz hatada failin kusuru ortadan kalkarken; kaçınılabilir hatada kusurunun ortadan kalkmayacağı anlaşılmaktadır. Fakat kaçınılabilir hata, failin cezası belirlenirken indirim sebebi olarak değerlendirilebilir.

TCK m. 30/f. 3’ün gerekçesi de bu görüşü doğrular niteliktedir. Nitekim gerekçede “*Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak, bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.*” şeklinde ifade edilmektedir.

¹⁰⁶ Claus Roxin, Osman İsfen, “Der allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches”, GA, 2005, s. 239; Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 379.

Yargıtay da 30. maddenin gerekçesinde ifade edildiği şekliyle, failin hatasının kaçınılabilir olduğu durumlarda, söz konusu hatayı cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate almaktadır¹⁰⁷. Yargıtay kararlarında, hukuka uygunluk nedenlerinde kaçınılmaz olmayan hataya düşen failin söz konusu hukuka uygunluk nedeninden faydalanamayacağı da açıkça belirtilmektedir¹⁰⁸. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu önüne gelen bir davada “*sanığın hatasının kaçınılmaz nitelikte bir hata olmadığından, hata hükümlerinden faydalanamayacağına*” karar verdiği tespit edilmektedir¹⁰⁹. Bununla birlikte, Yargıtay’ın kaçınılmaz hatada failin kastının veya kusurunun ortadan kalktığından yahut da fiilin hukuka uygun hale geldiğinden bahisle failin söz konusu hatasından yararlanması gerektiğine hükmettiği kararları¹¹⁰ bulunmakla birlikte, kaçınılabilir hatada failin taksirli suçtan sorumluluğuna hükmettiği herhangi bir kararına rastlanmamıştır. Yargıtay istikrarlı bir şekilde kararlarında, kaçınılabilir hatada failin TCK m. 30/f.3’de düzenlenen hata halinden yararlanamayacağına ve bu hususun temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağına karar verdiği belirtilmelidir¹¹¹.

Doktrinde ise kanun koyucunun kaçınılabilir hataya sonuç bağlamaması eleştirilmektedir¹¹². Alman Ceza Kanunu m. 17’de zorunlu olarak belirtilen ceza indiriminin, Türk hukukunda cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi kapsamında hâkimin takdirine bırakılmasının adil olmadığı ifade edilmektedir. Çünkü failin hatasının kaçınılabilir olduğu durumlarda, haksızlık bilincinin varlığına rağmen kaçınılabilirliğin yoğunluğuna göre failin kusuru azalmaktadır. Belirtilen bu nedenlerle failin, hareketinin hukuka aykırı olduğunu bilerek suç işleyen kişi gibi cezalandırılması imkanının açık bırakılması yerine, kaçınılmazlığın yoğunluğu ve ölçüsü oranında cezada indirim yapılması düzenlemesinin eklenmesi yerinde olacağı ifade edilmektedir. Buna karşın, hatanın sadece kaçınılmaz olması haline özgü

¹⁰⁷ YCGK, E. 2018/1-27, K. 2019/644, T. 7.11.2019.

¹⁰⁸ Yargıtay 14. CD., E. 2016/2390, K. 2018/5241, T. 17.9.2018; Yargıtay 13. CD, E. 2018/13059, K. 2019/6299, T. 11.4.2019.

¹⁰⁹ YCGK, E. 2014/1-336, K. 2015/352, T. 2013/191076.

¹¹⁰ Çalışmanın üçüncü bölümünde yer alan “1. Yararlanır İfadesinin Anlamı” başlığı altında söz konusu kararlar hakkında detaylı bilgi yer almaktadır.

¹¹¹ YCGK, E. 2013/747, K. 2014/129, T. 11.3.2014; 2014/88, K. 2014/334, T. 17.06.2015; YCGK, E. 2011/5-230, K. 2011/273, T. 20.12.2011.

¹¹² Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, 11. Baskı, s. 428.

hüküm konulmasının bilinçli bir tercih olduğu belirtilerek fıkra metninde bir hata olduğu şeklinde yorumlanmaması gerektiğini ifade edilmektedir¹¹³. Uygulamada bir eksiklik olması durumunda, ilgili metne hatanın kaçınılabilir olması durumunda hâkime cezada indirim yapması yönünde takdir yetkisi veren bir ekleme yapılabileceği belirtilmektedir. Fakat doktrinde kaçınılabilir hataya bir sonuç bağlanmamasının bir eksiklik olduğu, belirlilik ve kusur ilkeleri gereği düzenlemeye ihtiyaç olduğu ifade edilmektedir¹¹⁴.

Bununla birlikte, doktrinde mevcut kanuni düzenlemenin farklı şekillerde yorumlandığı, yukarıda yer alan “a. Yararlanır İfadesinin Anlamı” başlığı altında ifade edilmiştir. Bu görüş, söz konusu hatanın failin kastını kaldıracığını ve failin ancak taksirli suçtan sorumlu tutulabileceğini savunmaktadır¹¹⁵. Bu görüşe paralel olarak Yargıtay’ın da kaçınılmaz hatada failin kastının ortadan kalktığından bahisle beraatine hükmettiği kararları¹¹⁶ bulunmakla birlikte, kaçınılabilir hatada failin taksirli suçtan sorumluluğuna hükmettiği herhangi bir kararına rastlanmamıştır. Dolayısıyla Yargıtay’ın faili kaçınılmaz hatasından yararlandırırken; kaçınılabilir hatasında failin TCK m. 30/f. 3 hükmündeki hatadan yararlanamayacağını ifade ettiği görülmektedir. Bu kapsamda Yargıtay’ın kaçınılmaz hatada sınırlı kusur teorisi ile uyumlu bu yaklaşımının kaçınılabilir hatada devam ettirmediği belirtilmelidir. Bilakis Yargıtay, kaçınılabilir hatada suçun taksirli işlenip işlenemeyeceği veya failin hataya düşmede taksiri olup olmadığını değerlendirmeksizin; failin bu hatasından yararlanmayacağına, dolayısıyla suçun oluştuğuna karar verdiği görülmektedir¹¹⁷.

¹¹³ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 457, dipnot 815.

¹¹⁴ Koca, “Türk Ceza Hukukunda Hata”, **3. Yılında Ceza Adaleti Sistemi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 81-103, s. 102; Ali Kemal Yıldız, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, s. 71; Göktürk, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 142; Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 598; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, 11. Baskı, s. 428.

¹¹⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 429; Dülger ve diğer yazarlar, **TAAD**, s. 245; Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 598.

¹¹⁶ YCGK E. 2014/15-229, K.2017/449, T. 31.10.2017; E. 2014/259, K. 2017/449; T. 31.10.2017.

¹¹⁷ YCGK, E. 2011/5-230, K. 2011/273, T. 20.12.2011; YCGK, E. 2014/88, K. 2014/334, T. 17.06.2015.

B. Kanuni Düzenleme Karşısında Teorilerin Değerlendirilmesi

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatanın çözümüne ilişkin ileri sürülen teoriler çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Fakat Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme karşısında teorilerin değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

İlk olarak, **kast teorisi**, Türk Ceza Kanunu'nun kabul ettiği kast kavramı karşısında savunulabilecek bir teori olarak gözükmemektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında da kast, suçun maddi unsurlarının bilinmesi ve istenmesi şeklinde tanımlanmış; 30. maddenin 4. fıkrasında ise haksızlık bilinci kastın değil kusurun bir unsuru olarak gösterilmiştir. Kanun'un 30. maddesinin 3. fıkrasında ise hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hata, kastı engelleyen suçun maddi unsurlarında hatadan (TCK m.30/f.1) ayrı olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, kastın, haksızlık bilinci ve tipiklik kastının birleşiminden oluştuğunu kabul eden kast teorisi, Türk ceza hukukunun kabul ettiği kast kavramıyla uyumlu gözükmemektedir. Kast teorisini reddeden kanun koyucunun açık iradesi karşısında hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatanın haksızlık bilincini ve kusurun bir türü olarak kastı etkilediğini söylemek mümkün gözükmemektedir¹¹⁸.

İkinci olarak, **tipikliğin olumsuz unsurları teorisi**, tipe uygunluğu ve hukuka aykırılığı eş değerde kabul ederek; tipik olmadığı için cezalandırılmayan fiil ile hukuka uygunluk nedeninin varlığından dolayı cezalandırılmayan fiil arasındaki farkı görmezden gelmektedir¹¹⁹. Teorinin negatifleştirici bakış açısı, bilmek ve istemek şeklinde içi doldurulan kast kavramının, hukuka uygunluk nedenleri bakımından *bilmemek* ve *istememek* şeklinde tekrar ele alınmasını zorunlu kılmaktadır¹²⁰. Teorinin ulaştığı sonuçlara göre, TCK m. 30 değerlendirildiğinde;

¹¹⁸ Aynı yönde bkz. Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 382; Karaaslan, **Legal Hukuk Dergisi**, s. 1692; Tunç, **Kastı Engelleyen Hata**, s. 251; Erdin, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, s. 300.

¹¹⁹ Jescheck, Weigend, **AT**, s. 250; Roxin, **AT**, § kn. 61 vd. §10 kn. vd 19, § kn. 72.

¹²⁰ Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, 331; Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 161; Gropp, **AT**, § 13 kn. 196; Jescheck, Weigend, **AT**, s. 463; Roxin, **AT**, § 14, kn. 72.

üçüncü fıkra sadece kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlere ilişkin olacağından birinci fıkra ayrıca bir düzenlemeye gerek kalmadan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatayı da içinde barındırır hale gelecektir¹²¹. Tipikliğin olumsuz unsurları yaklaşımının çözümü teorik olarak makul gözükmemektedir. Fakat *tipiklik* ve *hukuka aykırılık* unsurları arasında bir fark görmeyen bu görüş, TCK m.30/f. 3'ün varlığı karşısında reddedilmelidir¹²². Çünkü *suçun olumsuz unsurları teorisi* benimsenmiş olsa idi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata türüne özgü bir düzenleme yapılmasına gerek kalmazdı. Söz konusu hata, suçun maddi unsurlarında hataya ilişkin TCK'nın 30. maddesinin 1. fıkrası kapsamında zaten çözülmüş olurdu. Fakat kanun koyucu, suçun maddi unsurlarında hatanın düzenlendiği TCK m. 30/f. 1'den ayrı olarak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatayı, TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasını düzenleme yoluna gitmiştir. Bu hükmün varlığı, tipikliğin olumsuz unsurları teorisinin benimsenmediğini göstermesi açısından önemlidir.

Üçüncü olarak, **sınırlı kusur teorisi** Alman doktrinde öne çıkmakta ve tipiklik hatası kurallarının kıyasen uygulanmasını önermektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata, Alman ceza hukukuna düzenlenmediği için failin lehine olan tipiklik hatası kurallarının kıyasen uygulaması makul olabilir. Nitekim bu çözüm yolu için kast, *haksızlık kastı* olarak yorumlanmış, kastı kaldıran hata hallerinin tipiklik hatası ve hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata olduğu, ancak kanunda bu hata hallerinden sadece birinin düzenlendiği, diğeri bakımından ise tipiklik hatasına ilişkin hükmün, failin lehine olması sebebiyle *kıyasen* uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. Nitekim teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen fail, tipikliği bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektedir. Fakat hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleştiği düşüncesiyle hareket ettiği için failin haksızlık kastı bulunmamaktadır. Fakat TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasında kast, suçun kanuni tanımındaki objektif unsurların bilinmesi ve istenmesi şeklinde tipiklik kastı (doğal

¹²¹ Karaaslan, **Legal Hukuk Dergisi**, s. 1662.

¹²² Gropp, **AT**, s. 595, kn. 196.

kast) olarak tanımlanmıştır. Hükme göre, kast sadece suçun maddi unsurlarının gerçekleştirilmesini kapsamaktadır. Ancak bu unsurların gerçekleştirilmesinin ortaya çıkardığı olumsuz değeri kapsamamaktadır. Bu nedenle sınırlı kusur teorisinin ortaya koyduğu haksızlık kastı yaklaşımının, Türk hukukunda kabul edilebilmesi için kanuni düzenlemede değişikliğe ihtiyaç görülmektedir¹²³.

Dördüncü olarak, **hukuki sonuçları yönlendirilmiş kusur teorisinin** hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatada kastın varlığını koruduğunu kabul etmesi Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler ile uyumlu gözükmemektedir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında kast, suçun maddi unsurlarının bilinmesi ve istenmesi şeklinde doğal kast olarak tanımlanmıştır. Teori, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşen failin tipiklik kastının varlığını kabul ederken, kusur kastının ortadan kalktığını kabul etmektedir. TCK m. 61/1/f düzenlemesinde yer alan temel cezanın belirlenmesinde *“failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı”* kriterinin belirlenmesi de kusur kastı kavramıyla uyum içerisinde görülebilir. Nitekim kastın sadece tipiklik alanında bir yeri olduğu kabul edilecek olursa, TCK m. 61'de yer verilen *“failin kusurunun kasta dayalı olması”* bir anlam ifade etmeyecektir. Söz konusu düzenlemenin, ancak tipiklik kastı yanında bir de kast kusurunun varlığının, yani kastın cifte fonksiyonunun kabul edilmesi durumunda anlam ifade edeceği belirtilmektedir¹²⁴. Bununla birlikte, kasten islenmiş bir haksızlığın varlığı halinde taksirli suça ilişkin koşullar gerçekleşmeyeceği için suçun kasıtlı halinden cezalandırılmamasından bahisle faili suçun taksirli halinden cezalandırmak mümkün değildir. Failin taksirli suçtan cezalandırılması ancak kanunda açık bir düzenlemenin bulunması halinde mümkün olabilir. TCK m. 30 bağlamında hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatada böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Fakat TCK m. 27/f. 1'de bu yönde bir düzenleme bulunmaktadır. Düzenlemeye 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*

¹²³ Kast tanımının farklı yorumlayan ve gerekçeye atıf veren yazarlar bulunmaktadır. Bkz. Göktürk, CHD, 2014, s. 15, 16; Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 348.

¹²⁴ Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 387.

kadarı indirilerek hükmolunur.” Bu durumda kast olmaksızın sınırın aşılması ile hukuka uygunluk nedenlerinin herhangi bir unsurunun gerçekleşmemesi arasında gerek haksızlık gerek kusurun içeriğindeki azalma nedeniyle ciddi bir fark bulunmaktadır. Söz konusu farkı dikkate alan kanun koyucu, sınırın aşılmasını maddi koşullardaki diğer hata hallerinden ayrı olarak düzenlemiştir. Sınırın kasten aşılmadığı hallerde, faile taksirli suçun cezasından indirim yaparak TCK m. 30 düzenlenmesine göre suçun maddi unsurunda hataya düşen faile dahi sağlanmayan bir avantaj sağlanmıştır. Bu durumda, kanun koyucunun hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması bakımından ***hukuki sonuçları yönlendirilmiş kusur teorisi*** ile uyumlu bir düzenlemeye yer verdiği şeklinde yorumlanması mümkün gözükmemektedir.

Beşinci olarak, **katı kusur teorisinin** Türk ceza hukukunda uygulanması iki açıdan adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır. İlki, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında kaçınılabılır bir hataya düşen failin kasten işlenen suçtan sorumlu tutulması herhangi bir hukuka uygunluk nedenine dayanmayan ve kasten suç işleyen faille bir farkı olmamasının adil olmayan sonuçlara neden olmasıdır. Ayrıca Alman Ceza Kanunu’nun aksine kaçınılabılır hata için zorunlu bir ceza indirimi de kanunda öngörülmemiştir. İkincisi, TCK m. 27/f. 1 hükmü gereği söz konusu nedenlerde sınırı aşan kişi eğer bu sınırı kasten aşmadıysa taksirli suçtan dolayı ceza alabilecekken; aynı hukuka uygunluk nedeninin diğer koşullarında hataya düşen kişinin kasten işlenen suçtan dolayı cezalandırılması da aynı durumdaki failler için iki farklı uygulama doğurabilir. Ayrıca bazı durumlarda hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatadan kaynaklanmaktadır. Böyle bir durumda, Türk hukuku bakımından değerlendirme yapıldığında; hukuka uygunluk nedeninin sınırını taksirle aşan iki failden birinin kanunun 27. maddesinin 1. fıkrasından faydalanması, diğerinin ise TCK m. 30/f. 3 çerçevesinde katı kusur teorisi gereği kasten işlenen suçtan cezalandırılması çelişkili ve adil olmayan sonuçlara yol açabilir¹²⁵.

¹²⁵ Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 381; Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 601.

Belirtilen bu nedenlerle, doktrinde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda TCK m. 30/f. 1 ve 30/f. 3'ün uygulanması konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Aşağıda Türk öğretisinde ortaya koyulan söz konusu görüşlere yer verilecektir.

C. Doktrindeki Görüşler ve Çözüm Yolları

Türk öğretisinde yazarların bir teoriye taraftar olduklarını söylemek ve görüşler arasında bu kritere göre bir grupta yapmak pek mümkün gözükmemektedir. Nitekim doktrinde söz konusu hata türü; hukuka uygunluk nedenlerinin objektif ve sübjektif niteliği, söz konusu nedenlere dair bilginin kastın kapsamına girip girmediği ve kaçınılmazlık değerlendirmesi gibi çeşitli açılardan ele alınmıştır. Bununla birlikte, doktrinde kayda değer bir çoğunluk sınırlı kusur teorisinin, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşülmesi durumunda en makul çözüm olduğunu düşünmektedir¹²⁶. Bu nedenle teoriyi, Türk Ceza Hukuku'na uyarlamak adına çeşitli çözüm yolları denenmektedir. Aşağıda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatanın çözümüne ilişkin doktrindeki görüşlere yer verilecektir.

Doktrinde yazarların kayda değer bir kısmı, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda; suçun maddi unsurlarında hatayı düzenleyen TCK m. 30/f. 1 hükmünün doğrudan uygulanması gerektiğini düşünmektedir¹²⁷. Bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata durumunda TCK m. 30/f. 1 uygulama alanı bularak failin kastı ortadan kalkmalıdır. Fakat hataya düşmede taksiri olan fail, suçun taksirli hali düzenleniyorsa taksirli suçtan sorumlu tutulabilir. Bu hükmü uygulamanın tek yolu da TCK m. 30/f. 3'te geçen “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” kavramı dar yorumlanması ve haksızlığın temelini ilgilendiren hukuka uygunluk nedenlerinin dışında tutularak ilgili hükümde sadece kusuru kaldıran nedenlerinin düzenlendiğinin

¹²⁶ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 470; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 653; Değirmenci, **TBBD**, s. 177; Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 386; Karaaslan, **Legal Hukuk Dergisi**, s. 1694.

¹²⁷ Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 598; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Genel Hükümler**, s. 560; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 300-301; Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 386; Hakeri, **Genel Hükümler**, 2016, s. 462.

kabulünden geçmektedir¹²⁸. Bu görüşe göre, eğer hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata, TCK m. 30/f. 3 kapsamında değerlendirilecek olursa; söz konusu hatanın failin kastını değil kusurunu etkilediğinin kabul edilmesi gerekecektir. Nitekim kaçınılmazlık değerlendirmesinin de failin işlediği fiilden dolayı durumunun değerlendirilmesi şeklinde kusurla ilgili olduğu ifade edilmektedir¹²⁹. Ayrıca failin hukuka uygunluk nedeninin koşulları gerçekleşmediği halde gerçekleştiği zannıyla hareket ederken taksirle sınırı aştığı durumlarda; eğer hukuka uygunluk nedeninin koşullarında hata kapsamında değerlendirme yapılırsa; failin, fiilin taksirli halinde sorumlu tutulacağı ve ceza indiriminin uygulanmayacağına dikkat çekilmektedir. Bu nedenle, söz konusu durumda failin lehine olan TCK m. 27/f. 1 uygulanırsa; suçun taksirli halinden sorumlu tutulacağı, bunun yanı sıra ceza indirimi de uygulanacağı belirtilmektedir. Bu durumda en uygun çözümün, sınırın kasten aşılmadığı durumların, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata (kastı kaldıran) kabul edilmesi olduğu ifade edilmektedir¹³⁰. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda, doğrudan suçun maddi unsurlarında hata hükümlerinin (TCK m.30/f.1) uygulanması gerektiğini ifade eden bu görüş, *tipikliğin olumsuz unsurları teorisi* ile uyumlu gözükmektedir.

Yazarların bir kısmı ise, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın TCK m. 30/f. 3’de düzenlendiğini, fakat bu hükümdeki boşluğun suçun maddi unsurlarında hatayı düzenleyen TCK m. 30/f.1’in kıyasen uygulanarak çözülmesi gerektiğini ifade ederler¹³¹. Bu durumda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında kaçınılmaz hataya düşen fail bu hatasından yararlanacaktır. Bu yararlanmanın, TCK m.30/f. 1’de belirtildiği üzere, failin kastını ortadan kaldıracağı fakat taksirli sorumluluğunu saklı tutacağı anlamına gelmektedir. Yazarların TCK m. 30/f. 1’in kıyasen uygulanması görüşü, *sınırlı kusur teorisi* ile benzerlik göstermektedir. Fakat kastın kapsamı ve hukuka uygunluk nedenlerinin niteliği konusunda yazarların bir görüş birliği söz konusu değildir. Yazarların bir kısmı,

¹²⁸ Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 385.

¹²⁹ Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 598; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 302.

¹³⁰ Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 601.

¹³¹ Özgenç, **Genel Hükümler**, 2016, s. 449; Dülger ve diğer yazarlar, **TAAD**, 2021, s. 230, 231; Göktürk, **CHD**, 2014, s. 7-30, s. 12-13.

hukuka uygunluk nedenini kastın kapsamına dahil ederken, tipiklik kastından ayrı bir haksızlık kastının varlığı görüşü de doktrinde savunulmaktadır¹³². Nitekim *Göktürk*'e göre tipikliğin yanında hukuka aykırılık unsuru için “haksızlık kastı” (*der Unrechtsvorsatz*) da yer almalıdır. Bu durumda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen fail, her ne kadar suçun kanuni tanımında yer alan unsurların gerçekleştiğinin bilincinde olsa da (tipiklik kastı), somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin koşullarının gerçekleştiği düşüncesiyle hareket ettiği için haksızlık kastından söz edilemez. Yazara göre, bu hata haksızlıkla ilişkili olup, haksızlığın sübjektif unsuru üzerinde etkilidir ve failin kusuru üzerinde bir etkisi yoktur. Bu durumda fail hakkında beraat kararı verilmelidir. Eğer failin hatası kaçınılabilir ise, yani fail gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı hukuka uygunluk nedeninin koşullarının gerçekleşmediğini öngörebilecek idi ise bu takdirde, taksirle işlenen suçtan sorumlu tutulabilir¹³³. Bu nedenle yazar, bu hatayı TCK'nın 30. maddenin 1. fıkrası kapsamında tipiklikle bağlantılı bir unsur hatası olarak değerlendirmez. Fakat haksızlığın yapısında icra ettikleri fonksiyon nedeniyle hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hata suçun maddi unsurlarıyla aynı hukuki sonuçları doğurmaktadır.

Yazarların diğer bir kısmı ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın TCK m. 30/f. 3 kapsamında düzenlendiğini ve kanun koyucunun “yararlanır” ifadesi ile kasıtlı veya taksirli suç sorumluluğu ayrımı yapmadığını ifade etmektedir. Bu durumda ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin koşullarında *kaçınılmaz* hataya düşülmesi durumunda; fail ne kasıtlı ne de taksirli suçtan sorumlu tutulamayacağını, failin kusurunun tamamen ortadan kalkacağını savunmaktadırlar¹³⁴. Bu görüş, *katı kusur teorisi* ile uyum göstermektedir. Yazarlar, TCK m. 30/f. 3 hükmünde geçen “kaçınılmaz hata” ifadesinin, failin hataya düşmede kusuru olmamasının anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Kanun koyucunun, haksızlık bilincini kusurun bir unsuru olarak

¹³² Göktürk, **CHD**, 2014, s. 7-30, s. 12-13.

¹³³ Göktürk, **CHD**, 2014, s. 7-30, s. 12-13.

¹³⁴ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, 2020, s. 428; Demirbaş, **Genel Hükümler**, 2018, s. 435.

kabul ettiği TCK m. 30/f. 4 hükmü ile paralel bir dil kullanması da bu görüşü desteklemektedir¹³⁵. Kaçınılabılır hatada ise fail, fiilinden sorumlu tutulacaktır. Fakat hükmün gerekçesinde de belirtildiği gibi, TCK m. 61 gereği cezanın bireyselleştirilmesi ve belirlenmesi çerçevesinde failin cezasında indirim yapılabilir. Bununla birlikte, TCK m.30/f. 3'ün uygulanması gerektiğini belirten yazarların bir kısmı, *kastın çifte fonksiyonu* olduğunu kabul etmektedir¹³⁶. Bu nedenle kaçınılabılır hata durumunda gerekçedeki yoruma katılmayarak kaçınılmaz ifadesinin dikkat ve özen yükümlülüğü ile olan bağlantısı ve kastın kusur alanındaki fonksiyonunu da dikkate alarak failin kaçınılabılır hatada sadece kastının ortadan kalktığını fakat taksirli sorumluluğunun muhafaza edilmesi gerektiğini düşünmektedir¹³⁷. Bu bakımından söz konusu yazarların bakış açısının *hukuki sonuçları yönlendirilmiş kusur teorisinin* çözümü ile uyuştđu söylenebilir.

Yazarların bir kısmı ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata durumunda TCK m. 30/f. 3 hükmünün uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Fakat hükümdeki yararlanır ifadesini, fiili hukuka uygun hale getirir şeklinde yorumlamaktadır¹³⁸. Bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin ne kastın ne de kusurun kapsamındadır; kaçınılmaz hataya düşen fail bundan yararlanır, yani fiilinin hukuka uygun kabul edilir. Yazalar, hukuka uygunluk nedenlerinde aranan koşulların gerçekleştiği konusundaki hatadan failin ne şekilde yararlanması gerektiği sorusunu Alman mahkemesi içtihatlarını ve İtalyan Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeyi örnek göstererek cevaplamaktadır¹³⁹. Alman Yüksek Mahkemesi'nin içtihatlarına göre, failin var olduğunu sandığı durum gerçekte var olsaydı; fail hukuka uygunluk nedeninden yararlanacak idiyse o zaman bu hatası kastını ortadan kaldırır ve failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağı kabul edilmektedir. İtalyan Ceza Kanunu'nun 59. maddesinin 3. fıkrası ise “*Fail cezayı ortadan kaldıran nedenlerin varlığını hata ile var sanmışsa, bu nedenler daima onun lehine olarak dikkate alınır. Ancak, taksirden doğan bir hata söz konusu ise kanunun fiili, taksirli bir cürüm*

¹³⁵ Değirmenci, TBDD, s. 146; Sarıgül, *Ankara Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 338; Erdin, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu*, s. 307.

¹³⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız, *Genel Hükümler*, s. 255.

¹³⁷ Özbek, Doğan, Bacaksız, *Genel Hükümler*, s. 428.

¹³⁸ Centel Zafer, Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 2016, s. 294-295.

¹³⁹ Centel Zafer, Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 2016, s. 294-295.

olarak öngördüğü hallerde cezalandırma imkânı ortadan kalkmış olmaz.” Yazarlar bu durumda TCK m. 30/f. 1 ve m. 30/f. 3 hükümlerine işaret ederek, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşen failin hataya düşmede taksir derecesinde dahi kusuru yoksa; bu hatadan yararlanacağı ve kastının ortadan kalkacağını ifade etmektedir¹⁴⁰. Fakat aksi durumda, yani hatanın kaçınılabılır olması durumunda ne olacağı sorusuna ise gerekçedeki temel cezanın belirlenmesi hususunu zikretmekle iktifa etmektedirler¹⁴¹. Ayrıca yazarlar hukuka uygunluk için olayda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir nedeninin bulunmasının yeterli olduğunu, failin bu nedenin varlığından haberdar olmaması ve suç işleme kastıyla hareket etmiş olmasının bu hukuka uygunluk nedenini ortadan kaldırmadığını da belirtmektedir¹⁴².

D. Değerlendirme ve Kanaat

Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hatanın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun m. 30/f. 3’de düzenlendiğini daha önce ifade etmiştik¹⁴³. Düzenlemede, “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” ifadelerine yer verilmekte olup doktrinde asıl tartışmalı husus bu hükmün yorumlanması üzerinedir.

Kanaatimizce, söz konusu düzenlemede açık olmayan ve yoruma ihtiyaç duyulan önemli noktalar bulunmaktadır. Özellikle “yararlanır” ifadesinin anlamı, “kaçınılmazlık” değerlendirmesinin nasıl yapılacağı ve “kaçınılabılır hataya ne sonuç bağlanacağı” tartışılabilir. Hükümde yer alan **yararlanır** ifadesi, bazı yazarlar tarafından doğrudan veya kıyasen suçun maddi unsurlarında hata (TCK m. 30/f.1) hükümlerinin uygulanarak failin kastının ortadan kalkacağı şeklinde yorumlanırken; diğer bazı yazarlar ise failin kusurunun ortadan kalkacağı (TCK m.30/f.4) şeklinde yorumlamaktadır. Bir diğer görüş ise *yararlanır* ifadesini; kastın hem haksızlık alanında hem de kusur alanın çifte bir fonksiyon icra ettiği, hukuka uygunluk

¹⁴⁰ Yazarlar kaçınılmaz hata ifadesinin yerine kimi zaman “kusurlu hata” ifadesini kullanırken; kaçınılabılır hata yerine “geçici hata” tabirini de kullanmaktadır. Centel Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 2016, s. 295, 431.

¹⁴¹ Centel Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 296.

¹⁴² Centel Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 294.

¹⁴³ Bu konudaki açıklama için çalışmanın 3. Bölüm, II, D. numaralı başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

nedenlerinin koşullarında düşülen hatanın failin kusur kastını ortadan kaldırdığı şeklinde yorumlamaktadır.

Bununla birlikte, “yararlanır” ifadesini, kast, kusur veya kusur kastı ortadan kalkar tartışmasına girmeksizin kişi hataya düşmeseydi hangi düzenlemeden yararlanacak ise kaçınılmaz hatasında o düzenlemeden yararlanmalı şeklinde yorumlayan bir başka görüş de bulunmaktadır¹⁴⁴. Bu görüş, fıkra hem hukuka uygunluk nedenlerinin hem de kusurluluğu etkileyen nedenlerin düzenlendiğini kabul etmektedir. Fakat söz konusu nedenlerin tamamında kusur ortadan kalkmadığından (örn: haksız tahrik) bahisle “yararlanır” ifadesini ilgili nedeninin objektif şartları gerçekleşmiş gibi kabul edilir şeklinde yorumlar. Bu görüş pratik sonuçlar sağlıyor gibi görünse de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatada failin kastı mı, kusuru mu yoksa kusur kastı mı ortadan kalktığı sorusunu cevapsız bırakmaya devam etmektedir. Bu durumda, fail hukuka uygunluk nedeninden yararlanıyorsa; şeriklerin ceza sorumluluğu nasıl tespit edilecektir? Bu görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın kendisi bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse anlamlı olabilir. Nitekim bu haliyle kaçınılabılır hatanın hukuki sonucu konusundaki belirsizlik varlığını korumaya devam edecektir. Kaçınılabılır hatanın hukuki sonucu, madde gerekçesi dikkate alınarak yorumlandığında ise TCK m. 27 ve TCK m. 30/f. 3 hükümleri çelişkili sonuçlara neden olabilir. Nitekim TCK m. 27/f. 1 hükmü gereği söz konusu nedenlerde sınırı aşan kişi eğer bu sınırı kasten aşmadıysa taksirli suçtan dolayı ceza alabilecek ve cezasında indirim yapılması mümkün olacakken; aynı hukuka uygunluk nedeninin diğer koşullarında hataya düşen kişinin kasten işlenen suçtan dolayı cezalandırılması da benzer durumdaki failler için iki farklı uygulama doğurabilir. Nitekim faillerden biri hukuka uygunluk nedeninin sınırında hataya düşerken, diğer fail hukuka uygunluk nedeninin diğer koşullarında hataya düşmektedir.

Doktrinde, kanundaki söz konusu belirsizlikleri Alman hukukundaki tartışmalar ışığında çözme eğilimi bulunmaktadır. Bu kapsamda, TCK m. 30/f. 3

¹⁴⁴ Bu görüş, tez jürimde yer alan kıymetli hocam Doç. Dr. Koray Doğan ile kişisel bir e-posta sırasında tartışılmıştır. Kendisinin izni alınarak çalışmada zikredilmektedir. 18.07.2021 ve 6.08.2021 tarihli e-postalar.

hükmünün varlığına rağmen söz konusu hata, tipiklik hatasına eşitlenerek doğrudan veya kıyasen TCK m. 30/f. 1 hükmünü uygulamaya çalışılmaktadır. Fakat Alman Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hataya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun 16. paragrafında *tipiklik hatası*, 17. paragrafında ise *yasak hatası* düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata, Alman ceza hukukuna düzenlenmediği için failin lehine olan tipiklik hatası kurallarının kıyasen uygulaması makul olabilir. Nitekim bu çözüm yolu için kast, *haksızlık kastı* olarak yorumlanmış, kastı kaldıran hata hallerinin tipiklik hatası ve hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata olduğu, ancak kanunda bu hata hallerinden sadece birinin düzenlendiği, diğeri bakımından ise tipiklik hatasına ilişkin hükmün, failin lehine olması sebebiyle *kıyasen* uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.

Buna karşılık, TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasında kast, "*suçun kanuni tanımındaki objektif unsurların bilinmesi ve istenmesi*" şeklinde tipiklik kastı olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle Alman doktrininde baskın görüş olan *sınırlı kusur teorisinin* ileri sürdüğü gibi kastın, haksızlık kastı olarak anlaşılması ve TCK m. 30/f. 3'e otomatik olarak uyarlanması mümkün görünmemektedir. Nitekim Türk ceza hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusunda açık olmasa da bir düzenleme mevcuttur. Dolayısıyla doğrudan veya kıyasen suçun maddi unsurlarında hata düzenlemesine gitmek için bir boşluk söz konusu değildir. Bu nedenle Alman doktrininde ileri sürülen teoriler, Türk Ceza Kanunu'ndaki kast tanımı, hata düzenlemesi, hukuka uygunluk nedenlerinin doğası ve suçun yapısında icra ettiği fonksiyon göz önünde bulundurulmaksızın peşinen benimsenemez.

Belirtilen bu nedenlerle, 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasının, teorik olarak makul sonuçlar veren sınırlı kusur teorisi ile bağdaşan bir şekilde yorumlayan görüşler olmakla birlikte farklı şekillerde yorumlanmasına da imkân veren belirsiz ifadeleri ihtiva ettiği görülmektedir. Bu farklı yorumlar, öğretilerde ve uygulamada çelişkilere neden olmaktadır. Bu nedenle Alman doktrininde öne çıkan *sınırlı kusur teorisinin* çözümünün uygulanabilmesi için kanuni düzenlemede değişiklik yapılmasına ihtiyaç olduğu sonucuna varılmıştır.

Bununla birlikte, doktrinde yazarların bir kısmı kanuni değişikliğe ihtiyaç olmaksızın meselenin çözülebileceğini ifade etmektedir¹⁴⁵. Bu yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerini TCK m. 30/f. 3 hükmü dışında tutarak meseleyi çözmektedir. Fakat söz konusu nedenlerin, hangi gerekçeyle “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” kavramı dışında tutulduğu açıklanmalıdır. Zira bölüm başlığında, madde gerekçesinde ve Yargıtay kararlarında TCK m.30/f. 3 hükmünün hukuka uygunluk nedenlerinde hatayı da kapsadığı açıkça belirtilmektedir¹⁴⁶. Bu durumda, her ne kadar hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen nedenlerin teorik olarak birbirlerinden ayrılmasının gerekliliği ve buradan hareketle de TCK m. 30/f. 3 hükmünün münhasıran kusurluluğu etkileyen nedenlere uygulanması savunulmasına rağmen, TCK m.30/f. 3 hükmü olmasaydı dahi kusurluluğu etkileyen nedenlerin koşullarında düşülen hatada kanunun benimsediği kusur teorisi gereği fail söz konusu hatasından aynı şekilde faydalanırdı. Nitekim kasten işlenen haksızlık varlığını devam ettirmektedir ve hatası eğer kaçınılmaz ise fail bundan faydalanır; hatasının kaçınılabilir olması durumunda ise kasten işlenen suçtan sorumlu olur ve fakat bu durum cezanın belirlenmesinde dikkate alınır¹⁴⁷. CMK m. 223/3/d hükmünde yer alan “kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi” halinde failin kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmeyeceği hükmü de bu görüşü desteklemektedir.

Yazarların bir diğer kısmı ise hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarına ait bilgiyi kast kapsamında kabul ederek meseleyi çözmektedir. Oysa hukuka uygunluk nedenleri haksızlığı temellendirmemektedir, bilakis haksızlığı ortadan kaldırmaktadır. Türk Hukuku bakımından da hukuka uygunluk nedenlerinin kastın kapsamında olduğunun kabul edilerek TCK m.30/f. 1 hükmünün uygulanması durumunda; aynı lafzi içeriğe sahip m.30/f. 4 düzenlemesi gereği neden haksızlık

¹⁴⁵ Bu konudaki açıklama için çalışmanın 3. Bölümünde yer alan “Doktrindeki Görüşler ve Çözüm Önerileri” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

¹⁴⁶ Bkz. YCGK, E. 2013/563, K. 2014/95, 25.4.2014: “TCK m. 30/3’te hem hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata hem de kusurluluğu etkileyen hata halleri düzenlenmiştir.”

TCK m. 30 gerekçesi: “Hükümet Tasarısının 23 üncü maddesinin 3 üncü fıkra 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.”

¹⁴⁷ Karaaslan, **Legal Hukuk Dergisi**, s. 1696.

hatasının da kastı etkilemediğinin açıklanması gerekir¹⁴⁸. Ayrıca hukuka uygunluk nedenlerinin suç tanımında yer almaması nedeniyle kastın kapsamında kabul edilemeyeceği de pek çok yazar tarafından belirtilmektedir¹⁴⁹. Bu nedenle Alman hukukunda da hâlâ hukuka uygunluk nedenlerinin kastın kapsamında olup olmadığı tartışılmaktadır. Sonuç olarak, pozitif düzenleme karşısında sınırlı kusur teorisinin ulaştığı sonuçları yorum yoluyla TCK m. 30/f. 3'e uygulamaya çalışan bu iki görüş de desteklenemez.

Bununla birlikte, doktrinde bir görüş de sınırlı kusur teorisinin sonuçları uygulanmak isteniliyorsa kanunda değişiklik yapılması gerektiğini ifade etmektedir¹⁵⁰. Bu değişiklik ihtiyacının temel sebebi; düzenlemede kaçınılabılır hataya düşen failin ceza sorumluluğunun ne olacağının gösterilmemiş olmasıdır. Düzenlemede kaçınılabilirliğin sonuca bağlanmaması ve gerekçede ceza indirimine işaret etmekle yetinilmesi öğretide çelişkilere neden olmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, TCK m. 30/f. 3 hükmünü sınırlı kusur teorisi ile bağdaşan bir şekilde yorumlayan görüşler olmakla birlikte farklı şekillerde yorumlanmasına da imkân veren belirsiz ifadeler ihtiva etmektedir. Bu durumun kanun değişikliği ile açıklığa kavuşturulmasında fayda bulunmaktadır.

Kanuni düzenleme değişikliği konusundaki önerimiz iki aşamadan oluşmaktadır. Birincisi, TCK m. 30/f. 1 hükmüne üçüncü bir cümle olarak "*Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde bu fıkra hükümlerinin uygulanacağı*" eklenmelidir. İkinci olarak, TCK m. 30/f. 3 sadece "*kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler*" şeklinde değiştirilebilir.

¹⁴⁸ Mahmutoglu, Karadeniz, **Kanun Şerhi**, s. 714; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 455.

¹⁴⁹ Zafer, **Genel Hükümler**, s. 361; Rudolphi, Stein, SK-StGB, § 16, kn. 10.

¹⁵⁰ Erman, TCK m. 30/f. 1 hükmüne "*Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarının gerçekleştiği konusunda hataya düşen kişi de kastından dolayı sorumlu tutulamaz. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise taksirli sorumluluğu doğuran suç tiplerine ilişkin hükümler, genel kurallar çerçevesinde uygulanır.*" eklenmesini önermektedir. Bkz. Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 397; Karaaslan ise TCK m. 30/f. 1'e üçüncü bir cümle eklenerek; "*Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde bu fıkra hükümlerinin uygulanacağının*" belirtilmesi fakat f. 3'ün de sadece kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler için uygulanacak şekilde değiştirilmesini önermektedir. Bkz. Karaaslan, **Legal Hukuk Dergisi**, s. 1699.

Önerdiğimiz bu değişiklik teklifi ile birinci fıkrada hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatanın failin kastını ortadan kaldırdığı açıkça ifade edilmektedir. Bu durumda söz konusu hataya düşen failin kastı ortadan kalkacak, fakat hataya düşmede taksiri varsa ve suçun taksirli hali düzenleniyorsa sorumluluğu söz konusu olacaktır. Böylece kaçınılabılır hata durumundaki belirsizlik de değişiklik teklifinde sona erdirilmiştir. Nitekim daha önce belirttiğimiz gibi, Yargıtay'ın kaçınılmaz hatada failin kastının ortadan kalktığına yönelik kararları olmakla birlikte, Yargıtay kaçınılabılır hatada istikrarlı bir şekilde failin TCK m. 30/f. 3'de düzenlenen hata halinden yararlanamayacağı ve bu hususun temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağına hükmetmektedir¹⁵¹. Bu değişiklik önerisi ile kaçınılabılır hata durumunda failin taksirli suçtan cezalandırılması da mümkün hale gelecektir. Ayrıca söz konusu değişiklik ile Türk doktrininde de kayda değer bir şekilde taraftar bulan *failim kastının ortadan kalktığı* görüşü kanuni düzenlemeye yansıtılmıştır. Fakat failin kastını kaldıran husus açıkça kanuni düzenlemede belirtilmeyerek haksızlık kastını ortadan kaldıran (sınırlı kusur teorisi) ve kusur kastını ortadan kaldıran (hukuki sonuçları yönlendirmeli kusur teorisi) teoriler arasındaki görüş farklılıkları da serbest bırakılmış olur.

¹⁵¹ YCGK, E. 2013/747, K. 2014/129, T. 11.3.2014; 2014/88, K. 2014/334, T. 17.06.2015; YCGK, E. 2011/5-230, K. 2011/273, T. 20.12.2011.

SONUÇ

Bu çalışmada, ceza hukukunun en tartışmalı konularından biri olan *hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata* ele alınmıştır. Bu hata türünde fail, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşulları somut olayda gerçekleşmemesine rağmen, gerçekleştiği düşüncesiyle hareket etmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatanın suç teorileri, suçun unsurları, özellikle suçun manevi unsuru, kusurluluk, teşebbüs, iştirak başta olmak üzere birçok konuyla doğrudan veya dolaylı bağlantısı bulunmaktadır. Dolayısıyla araştırma konusu hakkında varılacak sonuçlar, suç teorisinin birçok konusunda da karşılık bulacaktır. Bu tez çalışmasında ulaşılan sonuçlara ve önerilerimize aşağıda yer verilmiştir:

1. Çalışmada, hata türleri tasnif edilirken olgusal gerçeklik hatası ve normatif gerçeklik hatası ayrımı takip edilerek hatanın suçun yapısında ortaya çıktığı konuma göre ve hatanın olumlu veya tersine hata olması durumuna göre kapsayıcı ve suçun yapısı ile uyumlu bir sınıflandırma yapılmıştır. Suç sistematığına göre hatanın incelenmesi dikey bir inceleme sağlarken; olay veya olgular hakkında-norm hakkında hata incelemesi de yatay bir inceleme sağlamaktadır. Bu incelemeye, olumlu hata-tersine hata incelemesi de dahil edilerek ortaya çıkabilecek tüm hata ihtimallerini kapsayan bir tasnif yapılmasına gayret edilmiştir.
2. Kişinin somut olayda hem olgular hem de norm hakkında hataya düştüğü, Alman doktrininde *doppelirrtum* olarak adlandırılan ve hakkında güncel tartışmalar yürütülen *çifte hata* kavramı incelenmiş ve söz konusu hatanın iki görünüm şekli tespit edilmiştir. Birincisi, tipiklik hatası ile yasak hatasının tipiklik alanında birleşimi (örnek 14); ikincisi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata ile hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hatanın hukuka aykırılık alanında birleşimidir (örnek 15). Doktrinde ifade edilen hukuka uygunluk düzeyinde çifte hata olduğu görüşü, hukuki anlamda iki hatanın çarpışmasından söz etmektedir. Bazı yazarlar bu adlandırmayı gereksiz bulmakta ve karışıklığa neden olduğunu düşünmektedir. Fakat ikamesi olmadan kavramın kullanımını

ortadan kaldırmanın doğru olmayacağı; failin çifte hatası göz önüne alındığında, hukuka uygunluk düzeyinde çifte hatadan bahsetmenin ve bu hataya ilişkin bir sınıflandırma yapmanın doğru olacağı ifade edilmiştir.

3. Çifte hatanın, özellikle ikinci görünüm şekli olan, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata ile hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında veya kapsamında hatanın hukuka aykırılık alanında birleşimi çalışma konumuz açısından önem arz etmektedir. Bu kapsamda, eğer hem hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata hem de bundan bağımsız olarak sınır aşımı varsa; her iki durum, biri diğerinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Alman Ceza Kanunu'nda izin hatası olarak kabul edilen ve yasak hatası hükümleri ile çözülen sınır aşımı, Türk Ceza Kanunu'nda hata kurumunun ötesinde ceza sorumluluğunu daraltan bir içeriğe sahiptir. Fakat Türk ceza hukukunda sınırın aşılması TCK m. 27/f. 1 hükmünün uygulanabilmesi için söz konusu hukuka uygunluk nedeninin diğer koşullarının somut olayda gerçekleşmesi gerekir. Bu nedenle fail hem hukuka uygunluk nedeninin diğer koşullarında hataya düşüyor hem de sınırı aşıyorsa; bu durumda sınırın aşılması düzenlemesi değil (TCK m. 27/f. 1), maddi koşullarda hata (TCK m. 30/ f. 3) hükmünün uygulama alanı bulması gerektiği sonucuna varılmıştır.

4. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata kavramı, yakın kavramlarla farkı ortaya koyularak açıklanmıştır. Bu kapsamda, öncelikle bir hukuka uygunluk nedeninin tüm koşulları olayda gerçekleşmesine rağmen failin bu durumu farkında olmadan hareket ettiği ve suç işlediğini düşündüğü *tersine hata* halinden farkı açıklanmıştır. *Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatada*, fail söz konusu hukuka uygunluk nedeninin koşullarının olayda gerçekleştiğini ve hareketinin hukuka uygun olduğunu düşünürken; *tersine hata* durumunda fail hukuka uygunluk nedeninin objektif koşullarının olayda gerçekleştiğini bilmemekte ve hareketinin hukuka aykırı olduğuna inanmaktadır. İkinci olarak, hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata veya izin normunda hata olarak adlandırılan failin, aslında hukuken kabul edilmeyen bir sebebin varlığına dayanarak hareketine izin verildiğini düşündüğü dolaylı yasak hatasından farkı ortaya koyulmuştur. Üçüncü olarak, ceza sorumluluğunu ortadan

kaldıran veya azaltan diğer nedenlerin koşullarında hata ve inanç faili olarak adlandırılan durumlardan farkı açıklanmıştır.

5. Failin hukuka uygunluk nedenlerinden birinin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında şüpheyne düştüğü ve fakat söz konusu nedenin varlığını da muhtemel addettiği durumda, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında bir hata olup olmadığı tartışılmaktadır. Örneğin, kişinin kendisine yönelik bir saldırı gerçekleştireceğini düşündüğü kişiye yönelik savunma hareketi yapması ve sonradan ortada bir saldırı olmadığının anlaşılması durumunda; saldırının varlığında düşülen hatanın kaçınılmazlığının değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Fakat fail henüz bir saldırı gerçekleşme de savunma yapabileceğini düşünürse o zaman yanılışı, maddi vakiya değil norma ilişkin olacak ve yasak hatası gündeme gelecektir. Bu hatanın kaçınılmaz olup olmadığı ayrıca değerlendirilmesi gereken bir mesele iken; şüphenin sebep olduğu fiilin hatadan kaynaklanmasının ayrı bir sorun olduğunu düşünmekteyiz.
6. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatada özellik arz eden bazı durumlar ayrıca incelenmiştir. Bu kapsamda, suçun kanuni tanımında geçen hukuka aykırılık ifadesinin anlamı ve bu suçlarda hukuka uygunluk nedeninin koşullarında düşülen hata durumu incelenmiştir. Nitekim kanun koyucunun bazı suç tiplerinde “hukuka aykırı olarak”, “rızası olmadan” gibi ifadelerle hukuka aykırılık unsurunu açıkça zikrettiği görülmektedir. Bu suçlarda, hukuka aykırılık ifadesi değerlendirilirken, bu ifadenin tüm hukuk düzeni karşısında bir değerlendirmeyi gerekli kılıp kılmadığına bakılması gerektiğini düşünüyoruz. Eğer tüm hukuk düzeni karşısında fiilin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi gerekiyor ise bu ifade hukuka aykırılık ile ilgilidir. Bir başka ifadeyle, suçun kanuni tanımında yer alan ve haksızlığın tümünü değerlendiren “hukuka aykırılık” ifadesinin tipiklikle değil, haksızlıkla ilgisi bulunmaktadır. Bu durumda hukuka aykırılık unsurunun zikredilmesi gereksiz bir tekrar değildir; haksızlık bilinci bağlamında kusur alanında fonksiyon icra etmektedir ve hata durumunda yasak hatası kuralları uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık, suç tipindeki belirli unsurlar bakımından kısmi bir değerlendirme yapılıyor ise failin tipiklik kastından söz edebilmek için; failin haksızlığa esas teşkil eden söz konusu unsurun hukuka aykırılık özelliğini bilmesi gerekecektir. Bu nedenle söz

konusu unsurun hukuka aykırılığında hataya düşülmesi durumunda, suçun maddi unsurlarında hata kurallarının uygulama alanı bulması gerektiğini düşünmekteyiz.

7. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusu, diğer birçok konudan daha fazla suçun genel yapısı ile birlikte değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Bu kapsamda, söz konusu hatanın kast ve kusur ile olan ilişkisi, ceza hukukunda önemli keşiflere yol açmış ve geleneksel suç sistematığının değişmesine neden olmuştur. Bu nedenle, çalışmanın ikinci bölümünde klasik suç öğretisi, neo-klasik suç öğretisi, finalist suç öğretisi ve şahsi haksızlık öğretisinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusuna yaklaşımları değerlendirilmiştir. Bu kapsamda; klasik suç öğretisinde, fiili hata dışında herhangi bir hatanın kendine yer bulamadığı, fakat finalist suç öğretisinde haksızlık bilincinin değişen konumuyla birlikte hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın farklı değerlendirilmeye başlandığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte, kast ve kusur teorileri arasındaki mücadele yasak hatasının hukuk sistemleri tarafından kabul edilmesini sağlamış; fakat hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hata göz ardı edilmiştir. Nitekim hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusunda bu zamana kadar ortaya koyulan teorilerin, hangi sorumluluk modelinin kapsayıcı ve ceza hukuku dogmatığı için tutarlı olduğuna karar vermeksizin; genellikle iştirak alanında istenilen sonuçların sağlanması için kast veya kusur teorisinden herhangi birini ya da bu teorilerin çeşitli versiyonlarını geliştirdiklerini düşünmekteyiz.
8. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata gibi bir soruya cevap aramak, suç teorisinin en temel problemlerine dönmeyi gerektirmiştir. Tarihsel bir perspektiften yola çıkarak daha önce hangi çözüm yollarının bulunduğunu bilmek önemlidir. Alman ceza hukukunda bu hatanın kanuni olarak düzenlenmemesi, sorunun çözümünün doktrine ve içtihatlarla bırakılması çok farklı görüşleri ortaya çıkarmış ve sekiz farklı yaklaşım geliştirilmiştir. Aslında kanuni düzenleme yapmanın zorluğu da bu hata türünün iki taraflı doğasından kaynaklanmaktadır. Bu hata türünde fail, bir taraftan dış dünyadaki olay veya olgular hakkında hataya düşmekte (tipiklik hatasına benzemesi) diğer taraftan bu hatasının sonucu olarak olayın hukuka aykırılığında (haksızlık hatasına

benzemesi) yanılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu hatanın bir taraftan yapısal benzerliği nedeniyle tipiklik hatası kurallarına tabi olması gerektiği ileri sürülürken; diğer taraftan failin haksızlık bilincinin eksikliği nedeniyle yasak hatası kurallarının uygulama alanı bulması gerektiği iddia edilmiştir. Bir diğer görüş ise söz konusu hatanın bağımsız doğası gereği tipiklik hatası ile haksızlık hatası arasında yer alan kendine özgü bir hata türü olduğudur. Bu yaklaşımlar, literatürde bağımsız birer teori olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle çalışmanın ikinci bölümünde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata konusunda ortaya koyulan (1) Katı Kusur Teorisi, (2) Değiştirilmiş Kast Teorisi, (3) Tipikliğin Olumsuz Unsurları Teorisi, (4) Sınırlı Kusur Teorisi, (5) Hukuki Sonucu Yönlendirilmiş Kusur Teorisi, (6) Bağımlı Kusur Teorisi, (7) Hukuki Sonucu Bağımsız Kusur Teorisi ve (8) İzin Verilen Risk Görüşü incelenmiştir.

9. Teorik temelleri açısından, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatanın ne tipiklik hatası ne de yasak hatası olduğunu düşünüyoruz. Bu hatayı suçun maddi unsurlarında düşülen hata kapsamında kabul ederek otomatik olarak tipiklik kastını ortadan kaldırmak veya haksızlık hatası kurallarını uygulayarak failin kusurunu ortadan kaldırmanın doğru olmadığını, söz konusu hatanın kendine özgü özellikleri olan bir hata olduğunu düşünüyoruz. Şöyle ki;

- a. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının somut olayda gerçekleştiğini zanneden failin yanlışlığı husus, suçun maddi bir unsuru değildir. Örneğin, failin suçu kime karşı işlediği, ne şekilde icra ettiği ve hareketi ile hangi konunun zarara uğratıldığı gibi unsurlarda bilgisi tamdır ve suçun maddi unsurlarına yönelik kastı bulunmaktadır. Bu durum kanun koyucunun neyi suçun maddi unsuru olarak belirlediği ile alakalıdır. Nitekim kanun koyucu, unsurlarını tespit etmek suretiyle haksızlığın sınırlarını belirlemekle görevlidir. Suç tanımının da suçun haksızlık içeriğini belirleyen tüm unsurları içermesi gerekir. Bu durumda suçun kanuni tanımında yer alan ve haksızlık üzerinde etkili olan her unsur, suçun maddi unsurlarını oluşturmaktadır. Hukuka aykırılık da suçun maddi unsurlarından bağımsız olarak haksızlığın bir unsuru olduğuna göre söz konusu hata durumunda failin tipiklik kastı varlığını korumaktadır.

- b. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hata, yasak hatasına kapsamında da kabul edilemez. Çünkü yasak hatası norm hakkındaki bir değerlendirme hatasıdır. Oysa hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşen fail, norm hakkında değil dış dünyadaki olay ve olgular hakkında yanılmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata durumunda, somut olayda kasten işlenmiş tipe uygun bir hareket bulunmaktadır ve ortada şartları gerçekleşmiş herhangi bir hukuka uygunluk nedeni de yoktur. Fakat sübjektif olarak fail hukuka uygun hareket etmek istemiştir. Tıpkı suçun maddi unsurlarında hataya düşen fail gibi, söz konusu hatada da failin yanıldığı husus, hareketinin hukuka uygun olduğunu düşünmesine neden olmuştur. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin haksızlık bilincinin olmadığı kabul edilerek söz konusu hata yasak hatasına eşitlenecekse; suçun maddi unsurlarında hataya düşen failin de haksızlık bilincinin olmadığı kabul edilebilir. Bu görüşe göre, tüm hata türleri her halükârda failin haksızlık bilincini etkilemiş olacağından hata türleri arasında herhangi bir ayırım yapmaya da gerek olmayacaktır. Fakat bize göre, failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düştüğü hata, haksızlık bilincini etkileyen bir norm hatası değil, bilakis dış dünyadaki olay ve olgulara ilişkin hatadır. Belirtilen bu nedenlerle, söz konusu hatanın haksızlık bilincini etkilediğini kabulle yasak hatası kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini düşünüyoruz.
- c. Bu açıklamalardan sonra, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin, bilerek ve isteyerek suç işleyen ve herhangi bir hukuka uygunluk nedenine dayandığını da düşünmeyen failden farklı olduğu da belirtilmelidir. Nitekim kasten işlenen bir suçun kusur içeriği ile hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşülerek işlenen bir suçun kusur içeriği aynı değildir. Kastem işlenen suçta failin doğasına veya tutumuna atfedilebilecek bir olumsuz değer mevcutken; hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hatada bu olumsuz değer bulunmamaktadır. Fakat hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failde kasıtlı bir suçun olumsuz değeri bulunmazken; taksirli

bir suçun olumsuz değeri bulunabilir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failde, düştüğü hata nedeniyle en fazla taksirli bir suçun kusuru bulunabilir. Nitekim trafikte riskli sollama manevrası yapan, yanan bir mumla ahıra giren veya yüklü ateşli silahlar veya patlayıcılara yakın olan herkes, bir kaza durumunu önlemek ve etrafı kontrol etmek için ciddi bir uyarı almaktadır. Fakat bu durumlarda bile fail taksirli suçtan cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedeninin koşullarının oluştuğunu sanarak hareket eden kişinin düştüğü hata nedeniyle haksız bir netice ortaya çıkıyorsa; bu takdirde kasten işlenen suçtan değil en fazla taksirli suçtan cezalandırılması makul olacaktır. Sonuç olarak, söz konusu hatada failin dış dünyadaki koşullara ilişkin yanılışı hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarındaki eksikliğe neden olurken; hukuka uygun davranma isteğinin, yani sübjektif unsurun varlığının ise kusur kastını ortadan kaldıracağını düşünüyoruz.

10. Bununla birlikte, hata konusu, kanun koyucunun belirlediği hukuksal sonuçlarla birlikte değerlendirilmesi gereken bir alandır. Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düşülen hata, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 3. fıkrasında *“Ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin koşullarının gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”* hükmüyle düzenlenerek büyük bir öneme kavuşmuştur. Bu düzenlemede, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin, bu hatasından *yararlanacağı* ifade edilmiştir. Fakat düzenlemede, kaçınılmaz hatanın ne anlama geldiği ve kişinin bundan ne şekilde yararlanacağı belirtilmemiştir. Maddede yer verilen ifadenin tersinden hareketle, kaçınılabilir hatanın hukuki sonucu da açık değildir. Dolayısıyla düzenlemede açık olmayan ve yoruma ihtiyaç duyulan önemli noktalar bulunmaktadır. Özellikle “yararlanır” ifadesinin anlamı, “kaçınılmazlık” değerlendirmesinin nasıl yapılacağı ve “kaçınılabilir hataya ne sonuç bağlanacağı” doktrinde tartışılmaktadır. Doktrinde söz konusu hatanın; failin tipiklik kastını, haksızlık kastını, kusurunu ve kusur kastını etkilediğine yönelik farklı görüşler ileri sürülmüştür.

11. Yargıtay’ın da söz konusu hükümdeki “yararlanır” ifadesini farklı şekillerde yorumladığı görülmektedir. Yargıtay bazı kararlarında söz konusu hatayı kusurla ilişkilendirirken¹⁵²; bazı kararlarında kaçınılmaz hatanın kastı ortadan kaldırdığına hükmetmiştir¹⁵³. Bir başka kararında ise söz konusu hatada her ne kadar fiil kasten işlenmiş olsa da hukuka aykırılık ortadan kalktığı için fiilin suç teşkil etmediği yönünde karar vermiştir¹⁵⁴. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun da kaçınılmaz hatada failin kastının ortadan kalktığından bahisle beraatine karar verdiği kararı bulunmaktadır¹⁵⁵. Yargıtay kararlarından yararlanır ifadesinin anlamına ilişkin istikrarlı bir sonuç çıkarmanın mümkün olmadığı tespit edilmiştir. Buna karşın, kaçınılabılır hatada Yargıtay istikrarlı bir şekilde failin TCK m. 30/f. 3’de düzenlenen hata halinden yararlanamayacağı ve bu hususun temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağı yönünde kararlar vermektedir¹⁵⁶.
12. TCK m. 30/f. 3’de yer alan “yararlanır” ifadesini, kast, kusur veya kusur kastı ortadan kalkar tartışmasına girmeksizin kişi hataya düşmeseydi hangi düzenlemeden yararlanacak ise kaçınılmaz hatasında o düzenlemeden yararlanmalı şeklinde yorumlayan bir başka görüş de değerlendirilmiştir¹⁵⁷. Bu görüş pratik sonuçlar sağlıyor gibi görünse de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatada failin kastı mı, kusuru mu yoksa kusur kastının mı ortadan kalktığı sorusunu cevapsız bırakmaya devam etmektedir. Dolayısıyla fail söz konusu hatasından yararlanırken, şeriklerin ceza sorumluluğunun nasıl tespit edileceği belirsizdir. Bu görüş, ancak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın kendisi bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse anlamlı olabilir. Bu durumda söz konusu hatanın kendisini bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek için kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Ayrıca kaçınılabılır hatanın hukuki sonucu konusundaki belirsizlik varlığını korumaya devam edecektir. Kaçınılabılır

¹⁵² Yargıtay 14. CD., E. 7351/1926, T. 10.04.2017.

¹⁵³ Yargıtay 13. CD., E. 2018/13059, K. 2019/6299, T. 11.4.2019.

¹⁵⁴ YCGK, E. 2011/5-230, K. 2011/273, T. 20.12.2011.

¹⁵⁵ YCGK, E. 2014/15-229, K.2017/449, T. 31.10.2017.

¹⁵⁶ YCGK, E. 2013/747, K. 2014/129, T. 11.3.2014; 2014/88, K. 2014/334, T. 17.06.2015; YCGK, E. 2011/5-230, K. 2011/273, T. 20.12.2011.

¹⁵⁷ Bu görüş, tez jürimde yer alan kıymetli hocam Doç. Dr. Koray Doğan ile kişisel bir e-posta sırasında ortaya atılmıştır. Kendisinin izni alınarak çalışmada zikredilmektedir.

hatanın hukuki sonucu, madde gerekçesi dikkate alınarak yorumlandığında ise TCK m. 27/f. 1 sınırın aşılması hükmü ile TCK m. 30/f. 3 hükmünün söz konusu yorumu uyumlu olmayacaktır. Nitekim TCK m. 27/f. 1 hükmü gereği söz konusu nedenlerde sınırı aşan kişi eğer bu sınırı kasten aşmadıysa taksirli suçtan dolayı ceza alabilecek ve cezasında indirim yapılabilecekken; aynı hukuka uygunluk nedeninin diğer koşullarında hataya düşen kişinin kasten işlenen suçtan dolayı cezalandırılması da aynı durumdaki failer için iki farklı uygulama doğurabileceğini düşünüyoruz.

13. TCK m. 30/f. 3'ün anlamı ortaya koyulurken; madde başlığı ve madde gerekçesinin yanı sıra kastın tanımını düzenleyen Kanun'un 21. maddesi, haksızlık bilincinin konumuna işaret eden 30. maddesinin 4. fıkrası ile birlikte inceleme yapılmıştır. Kanun koyucunun, TCK m. 30/f. 3 hükmünü, haksızlık bilincini kusurun bir unsuru olarak kabul ettiği TCK m. 30/f. 4 hükmü ile paralel bir dil kullanarak düzenlediği görülmüştür. Kanun koyucu, iki fıkra da "kaçınılmazlık" kriteri belirleyerek; kastta aradığı aktüel bir bilme yerine potansiyel bir bilmeyi aradığı anlaşılmaktadır. TCK m. 30/f. 1 "suçun maddi unsurlarında hata" ve TCK m. 21 "kast" tanımı birlikte değerlendirildiğinde ise kanun koyucunun kabul ettiği kast tanımının da suçun maddi unsurlarına ilişkin olduğu ve hukuka uygunluk nedenlerini kapsamadığı görülmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin suçun kanuni tanımında yer almaması nedeniyle kastın kapsamında kabul edilemeyeceği görülmüştür. Ayrıca Türk Hukuku bakımından da hukuka uygunluk nedenlerinin kastın kapsamında olduğunun kabul edilerek TCK m.30/f. 1 hükmünün uygulanması durumunda; aynı lafzi içeriğe sahip m.30/f. 4 düzenlemesi gereği, neden haksızlık hatasının failin kastını değil de kusurunu etkilediğinin açıklanması gerekir. Bu kapsamda, kanun koyucu TCK m. 30/f. 3'de "yararlanır" ifadesini kullanmış, kasıtlı veya taksirli suç sorumluluğu ayrımı yapmamıştır. Dolayısıyla ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin koşullarında kaçınılmaz hataya düşülmesi durumunda fail ne kasıtlı ne de taksirli suçtan sorumlu tutulamaz. Yargıtay da kararlarında istikrarla failin hatası kaçınılmazsa kasıtlı bir suçtan cezalandırılmayacağına hükmederek beraat kararları vermektedir. Fakat kaçınılabilir hatasında, doktrinde baskın görüşün iddia ettiği gibi faili taksirli suçtan cezalandırdığı herhangi bir kararına

rastlanmamıştır. Failin hatası kaçınılabilirse, faili söz konusu suçtan sorumlu tutmaktadır. Yargıtay'ın bu hususta madde gerekçesi ile uyumlu hareket ettiği söylenebilir. Nitekim gerekçeye göre, *“hatanın kaçınılabilir olması durumunda, kişi islediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.”* Belirtilen bu nedenlerle, mevcut kanuni düzenleme olan TCK m. 30/f. 3 hükmü, gerekçesi, bölüm başlığı, yine aynı maddenin 1. ve 4. fıkraları ile birlikte TCK m. 21 ve m. 61 hükümleri birlikte okunduğunda; kanun koyucunun katı kusur teorisi ile uyumlu bir düzenleme yaptığı görülmektedir.

14. Katı kusur teorisinin Türk ceza hukukunda uygulanması, iki açıdan adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır. Birincisi, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında kaçınılabilir bir hataya düşen failin kasten işlenen suçtan sorumlu tutulması ve herhangi bir hukuka uygunluk nedenine dayanmayan ve kasten suç işleyen faille bir farkı olmamasının adil olmayan sonuçlara neden olmasıdır. Alman Ceza Kanunu'nun aksine kaçınılabilir hata için zorunlu bir ceza indirimi de kanunda öngörülmemiştir. İkincisi, TCK m. 27/f. 1 hükmü gereği söz konusu nedenlerde sınırı aşan kişi eğer bu sınırı kasten aşmadıysa taksirli suçtan dolayı ceza alabilecekken; aynı hukuka uygunluk nedeninin diğer koşullarında hataya düşen kişinin kasten işlenen suçtan dolayı cezalandırılması da adil gözükmemektedir. Ayrıca bazı durumlarda hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hatadan kaynaklanmaktadır. Böyle bir durumda, Türk hukuku bakımından değerlendirme yapıldığında; hukuka uygunluk nedeninin sınırın taksirle aşan iki failden birinin kanunun 27. maddesinin 1. fıkrasından faydalanması, diğerinin ise TCK m. 30/f. 3 çerçevesinde katı kusur teorisi gereği kasten işlenen suçtan cezalandırılması çelişkili ve adil olmayan sonuçlara yol açabilir.

15. 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasının, failin kastının ortadan kalktığı şeklinde yorumlayan görüşler olmakla birlikte farklı şekillerde yorumlanmasına da imkân veren belirsiz ifadeleri ihtiva ettiği tespit edilmiştir. Bu farklı yorumlar, öğretide ve uygulamada çelişkilere neden olmaktadır. Bu nedenle Alman doktrinde öne çıkan sınırlı kusur teorisinin (haksızlık kastının ortadan kalkması) veya benzer sonucu farklı bir yolla öneren hukuki sonuçları

yönlendirilmiş kusur teorisinin (kusur kastının ortadan kalkması) çözümünün uygulanabilmesi için kanuni düzenlemede değişiklik yapılmasına ihtiyaç olduğu sonucuna varılmıştır. TCK m. 30/f. 3'ün sadece kusurluluğu etkileyen nedenlere hasredilerek hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında failin kastının ortadan kalktığına açıkça birinci fıkraya eklenmesinde fayda görülmektedir. Böylece kaçınılabılır hata durumundaki belirsizlik de değişiklik teklifinde sona erdirilmiş ve söz konusu düzenleme TCK m. 27 hükmü ile uyumlu hale getirilmiş olur. Ayrıca söz konusu değişiklik ile Türk doktrininde kayda değer bir şekilde taraftar bulan *failin kastının ortadan kalktığı yönündeki görüşler* kanuni düzenlemeye yansıtılmış olur. Nitekim daha önce belirttiğimiz gibi, Yargıtay'ın kaçınılmaz hatada failin kastının ortadan kalktığına yönelik kararları olmakla birlikte, Yargıtay kaçınılabılır hatada istikrarlı bir şekilde failin TCK m. 30/f. 3'de düzenlenen hata halinden yararlanamayacağı ve bu hususun temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağı yönünde kararlar vermektedir¹⁵⁸. Bu değişiklik önerisi ile kaçınılabılır hata durumunda failin taksirli suçtan cezalandırılması da mümkün hale gelecektir.

¹⁵⁸ YCGK, E. 2013/747, K. 2014/129, T. 11.3.2014; 2014/88, K. 2014/334, T. 17.06.2015; YCGK, E. 2011/5-230, K. 2011/273, T. 20.12.2011.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, 2020.
- Alacakaptan Uğur: **Suçun Unsurları**, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.
- Artuk, M. Emin, Gökcen, Ahmet, Alşahin, M. Emin, Çakır, Kerim: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Adalet, 2020.
- Baumann, Jürgen: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Aufl., Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1977.
- Baumann, Jürgen, Weber, Ulrich: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1985.
- Baumann, Jürgen, Weber, Ulrich, Mitsch, Wolfgang: **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 11. Auflage, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003.
- Baumann, Jürgen, Weber, Ulrich, Mitsch, Wolfgang, Eisele, Jörg: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. Aufl., Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016.
- Bengü, Cemil Halit: **Ceza Hukukunda Hata**, Sakarya Basımevi, 1948.
- Binding, Karl: **Die Normen und ihre Übertretung**, Band III, Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1918.
- Bindokat, Heinrich: Zur Frage des doppelten Irrtums, **NJW (Neue**

Juristische Wochenschrift), 16. Jahrgang-1. Halbband, München, Berlin und Frankfurt am Main: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1963, s.745-748.

Bock, Dennis: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 1. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2018.

Bockelmann, Paul, Volk, Klaus: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Aufl., C.H. Beck, München, 1987.

Börker, Rudolf: Ein Vorschlag zu der Rechtsprechung über die irrtümliche Annahme der tatbestandlichen Merkmale eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes, **JR (Juristische Rundschau)**, 1960, s.168-170.

Brand, Christian, Lenk, Maximilian: "Probleme des Nötigunhsnotstands", **JuS**, 2013.

Centel, Nur, Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Bası, Beta, İstanbul, 2017.

Cihan, Erol: **Ceza Hukukunda Fiili Hata**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 1971.

Çınar, İsmail: **Der Subsumtionsirrtum und seine Seltung in der strafrechtlichen Irrtumslehre**, Berlin, Logos

Verlag, 2019.

- Değirmenci, Olgun: “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **TBBD**, 110 (2014), s. 129-188.
- Demirbaş, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- Demirel, Muhammed: “Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, Yıl: 2020, Cilt: 78, Sayı:3, s. 1469-1523.
- Diehl, Horst: **Die subjektiven Elemente der Unrechtsausschliessungsgründe**, Inaurural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Kiel, 1952.
- Dimakis, Alexandros: **Der Zweifel an der Rechtswidrifkeit der Tat**, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.
- Dohna, Alexander: **Der Aufbau der Verbrechenslehre**, Vierte durchgesehene Auflage, Bonn: Ludwig Rührscheid Verlag, 1950.
- Dönmezer, Sulhi, Erman, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt: II, 11. Bası, Beta, İstanbul, 1997.
- Dreher, Eduard: “Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe”, **Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag (FS Heinitz)**, Ed. Hans Lüttger, Verlag de Gruyter, Berlin, 1972; s. 207-228.
- Dursun, Selman, Bozbayındır, Ali Emrah: “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHF**, 1/2015, s. 63-90.

- Dölger, Murat Volkan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Hukuk Akademisi, 2021.
- Dölger, Murat Volkan, Özkan, Onur, Baldur, Merve: “Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar”, **TAAD**, Yıl: 12, Sayı: 45, Ocak 2021, s. 227-265.
- Ebert, Udo: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2001.
- Ekici-Şahin, Meral: **Ceza Hukukunda Rıza**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2012.
- Engisch, Karl: “Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, Kritische Betrachtungen zu den §§ 19 und 40 des Entwurfs 1958”, **ZtSW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)**, 1958, s. 566-615.
- Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 (1962 tarihli Kanun Tasarısı), <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/04/006/0400650.pdf> (Erişim Tarihi: 3.2.2020).
- Erbaş, Rahime: “Haksızlık Hatasının Kaçınılabilir Olduğunu Gösteren Ölçütlerin Kanunda Öngörülmesi: Avusturya Ceza Kanunu Örneği”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 40, Ağustos 2019, s. 379-401.
- Erdin, Selim: **Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sübjektif Unsuru Sorunu**, İÜ SBE, Doktora Tezi, 2020.
- Erem, Faruk, Danışman, Ahmet, Artuk, Mehmet Emin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 1997.
- Erman, Ragıp Barış: **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.

- Ersan, Aykut: **Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2013.
- Ersoy, Uğur: “Hareketin ve Neticenin Haksızlığı Kavramları Işığında Taksirli Suçlarda Meydana Gelen Sonucun/Neticenin Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme”, **CHD**, 36 (2018), s. 39-67.
- Eser, Albin, Burkhardt, Björn: **Juristischer Studienkurs, Strafrecht**, Bd. 1, 1992.
- Eser, Albin, Bosch, Nikolaus: “vor § 22”, **S/S**, 29. Aufl., C.H. Beck, München, 2014.
- Fischer, Hans Abrecht: **Die Rechtswidrigkeit**, 1. Aufl., C.H. Beck, München, 1911.
- Freund, Georg: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009.
- Freund, Georg, Rostalski, Frauke: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Springer, Berlin, 2019.
- Frister, Helmut: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.
- Gallas, Wilhelm: “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, **ZStW**, 67, 1955, s. 1-47.
- Gallas, Wilhelm: “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”, **Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag**, Ed.: Arthur Kaufmann, Günter Bemann, Detlef Krauss, Klaus Volk, C.H. Beck, München, 1979, s. 155-179.
- Geerds, D.: “Der vorsatzausschließende Irrtum”, **JURA**, 1990.
- Gökçen, Ahmet, Alşahin, Mehmet Emin, Çakır, Kerim: **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Adalet Yayınevi, Ocak 2017.
- Göktürk, Neslihan: **Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi**

- Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği”, **CHD**, S: 26, 2014, s. 7-30.
- Göktürk, Neslihan: “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?”, **CHD**, S: 27, 2015, s. 7-28.
- Göktürk, Neslihan: “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, **İÜHFD**, S: 1, 2016, s. 407-450.
- Göktürk, Neslihan: **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016.
- Gössel, Karl Heinz: “Überlegungen zum Verhältnis von Norm, Tatbestand und dem Irrtum über das Vorliegen eines rechtfertigenden Sachverhalts”, **FS-Triterer**, 1996.
- Gropp, Walter: “Abschied vom Doppelirrtum”, **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, S: 9, 2016, s. 601-608.
- Gropp, Walter: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Aufl., Springer, Berlin Heidelberg, 2015.
- Grünwald, Gerald: “Zu den Varianten der eingeschränkten Schuldtheorie”, **Gedächtnisschrift für Peter Noll**, Ed.: Robert Hauser, Jörg Rehberg, Günter Stratenwerth, Schultless Polygraphischer Verlag, Zürich, 1984, s. 183- 196.
- Güngör, Devrim: **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, 1. Baskı, Yetkin, Ankara, 2007.
- Haft, Fritjof: “Der doppelte Irrtum im Strafrecht”, **JuS**, 1980, Heft 6, s. 430-436.
- Haft, Fritjof: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., C.H. Beck, München, 2004.
- Hakeri, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Adalet, Ankara, 2017.

- Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem:
Heinrich, Bernd:
Heinrich, Bernd:
- Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, US-A, Ankara, 2018.
- Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2016.
- Strafrecht-Allgemeiner Teil II, 4.Überarbeitete Auflage**, Stuttgart, 2014, **Ceza Hukuku, Genel Kısım II, Taksir-İhmali Suçlar-İştirak-Hata-Alternatif Tipiklik**, Editör: Yener Ünver, Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek ve diğerleri, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Herzberg, Rolf Dietrich: “Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH”, **JuS**, 1980, s. 469-480.
- Herzberg, Rolf Dietrich: “Tatbestands- oder Verbotsirrtum?”, **Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA)** 1993, s. 439–459.
- Herzberg, Rolf Dietrich: “Subjektive Rechtfertigungselemente?”, **JA**, 11, 1986, s. 541-543.
- Heuchemer, Michael: **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2005.
- Hilgendorf, Eric, Valerius, Brian: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.
- Hillenkamp, Thomas, Cornelius, Kai: **32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil**, 15. Aufl., Franz Vahlen, Münschen, 2017.
- Hillenkamp, Thomas, Cornelius, Kai: “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarının Hatalı Varsayılması Kastı Ortadan Kaldırır Mı?”, (Çev. Buket Abanoz Öztürk), **İstanbul Hukuk Mecmuası**, Sayı: 78, N. 4, 2021, s. 2111-2129.
- Hirsch, Hans Joachim: “vor § 32”, **LK**, Band 2, Walter de Gruyter, Berlin, 2003.

- Hirsch, Hans-Joachim: **ZStW**, 94, 1982.
- Humbert, George: **Subjektive Elemente der Rechtswidrigkeit**, Dissertation, Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau, 1932.
- İçel, Kayıhan, Sokullu-Akıncı, Füsün, Özgenç, İzzet, Sözüer, Adem, Mahmutoglu, Fatih Selami, Ünver, Yener: **Suç Teorisi**, 2. Kitap, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2004.
- İçel, Kayıhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, İstanbul, Beta, 2018.
- Jakobs, Günther: **Schuld und Prävention**, 1. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1976.
- Jakobs, Günther: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-NewYork, 1991.
- Jakobs, Günther: **Kritik des Vorsatzbegriffs**, Mohr Siebeck, 2020.
- Jescheck, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas: **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Kangal, Zeynel T.: **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010.
- Karaaslan, Reşit: “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata”, **Legal Hukuk Dergisi (LHD)**, 2017, s. 1665-1721.
- Karakurt, Ahi: “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, S: 10, 2009, s. 109-155.
- Kartal, Melik: **Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2019.
- Katoğlu, Tuğrul: **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2003.
- Katoğlu, Tuğrul: “Türk Ceza Kanunu ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinin sistematigi”, **Alman-Türk**

- Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich**, Cilt 3, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, Yayına Hazırlayanlar: Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Prof. Dr. Yener Ünver, İstanbul, 2010, s. 147- 155.
- Kaufmann, Arthur: **Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts**, Verlag Krach, Mainz, 1949.
- Kaufmann, Arthur: “Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen”, **JZ**, 1954, s. 653- 659.
- Kaufmann, Arthur: “Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum”, **JZ**, 1956, s. 353-358.
- Kazaker, Gözde: **Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2019.
- Keçelioğlu, Elvan: “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBBĐ**, 87 (2010), s. 299- 321.
- Keçelioğlu, Elvan: “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, **CHĐ**, 21, 2013.
- Keçelioğlu, Elvan: **Taksirli Suçun Dogmatiği**, 1. Baskı, Turhan, Ankara, 2015.
- Kıyğı, Nazım: **Almanca Sözlük**, Beck C.H., 2010.
- Kindhäuser, Urs: “Normverstoß und natürliche Handlungseinheit-BGH, **NJW**, 1984.
- Kindhäuser, Urs: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2017.
- Kindhäuser, Böse: **Strafrecht, Besonderer Teil II**, 10. Aufl. 2019.
- Kitapçıoğlu Yüksel, Tülay: **Özgü Suç**, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

- Koca, Mahmut: “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **CHD**, 1, 2006, s. 111-143.
- Koca, Mahmut, Üzülmaz, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- Koç, Ziya: “Rızanın Varlığında Hatanın Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Değerlendirilmesi”, **CHD**, Nisan 2020, Sayı: 42, s. 229-273.
- Korkusuz, Gülşah: Cinsel Saldırı Suçu (TCK md. 102), **İÜHF**, Cilt: 71, Sayı: 1, Ocak 2013, s. 815-854.
- Köhler, Michael: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 1. Aufl., Springer, Berlin Heidelberg, 1997.
- Krey, Volker, Esser, Robert: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2016.
- Krey, Esser: **Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil**, Bd. 1, 5. Aufl. 2012.
- Krümpelmann, Justus: “Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum”, **GA**, 1968.
- Krümpelmann, Justus: “Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums”, **ZsTW-Beiheft**, 1978.
- Kuhlen, Lothar: **Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum**, 1. Aufl., Peter Lang, Frankfurt am Main Bern New York Paris, 1987.
- Kunter, Nurullah: **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, 1. Baskı, İsmail Akün Matbaası, İstanbul, 1949.
- Kühl, Kristian: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Aufl., Franz Vahlen, München, 2017.
- Lampe, Hermann: **Über den personalen Unrechtsbegriff**, Göttingen, 1954.

- Mahmutoğlu, Fatih Selami,
Karadeniz, Serra:
Maurach, Reinhart:
- Maurach, Reinhart, Zipf,
Heinz:
Maurach, Reinhart, Gössel,
Karl Heinz, Zipf, Heinz:
Meraklı, Serkan:
Merkel, Adolf:
- Mitsch, Wolfgang:
- Otto, Harro:
Otto, Harro:
- Ozansü, Mehmet Cemil:
- Önder, Ayhan:
- Özbek, Veli Özer:
- Özbek, Veli Özer, Doğan,
Koray, Bacaksız, Pınar,
Özen, Muharrem:
- Özgenç, İzzet:
- Öztürk, Bahri, Erdem,
Mustafa Ruhan:
- Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**,
İstanbul, Beta Basım, 2017.
- Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl.,
C.F. Müller, Karlsruhe, 1965.
- Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 1, 8.
Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 1992.
- Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 2, 8.
Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2014.
- Ceza Hukukunda Kusur**, 1. Baskı, Seçkin, 2017.
- Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, Stuttgart,
Verlag von Ferdinand Enke, 1889.
- Strafrecht, Besonderer Teil 2**,
Vermögensdelikte, 3. Aufl. 2015.
- Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, 1992.
- Grundkurs Strafrecht**, 7. Aufl., Walter de
Gruyter, 2004.
- Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif
Sorumluluk**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2007.
- Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II-III, 2.
Bası, Beta, İstanbul, 1992.
- “Türk Ceza Kanununda Hata (m. 30)”, **CHD**, 7,
2008, s. 83-99.
- Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası,
Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, 1.
Baskı, Seçkin, Ankara, 1995.
- Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin,
Ankara, 2016.
- Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik
Tedbirleri Hukuku**, 19. Baskı, Seçkin, Ankara,
2019.

- Paeffgen, Hans Ullrich: **Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre**, Berlin, 1979.
- Perkin, Rollin M.: “Ignorance and Mistake in Criminal Law, **University of Pennsylvania Law Review**, 1939.
- Puppe, Ingeborg: “vor § 16”, **NK**, Band 1,5. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2017.
- Puppe, Ingeborg: “Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und deren Folgen”, **JZ**, 1989, s. 728 – 733.
- Reinhard Frank: **Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich**, 18. Auflage, Tübingen: Verlag von JCB Mohr (Paul Siebeck), 1931.
- Rengier, Rudolf: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., C.H. Beck, München, 2017.
- Rinck, Klaus: **Der zweistufige Deliktsaufbau**, 1. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.
- Roxin, Claus: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 4. Aufl., C.H. Beck, München, 2006.
- Roxin, Claus: “Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen”, **Juristische Schlung**, 1998, Heft 6, s. 425-433.
- Roxin, Claus: “Yasağa İlişkin Yanılma”, (Çev. Osman İsfen), **Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5**, Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Roxin, Claus, İsfen, Osman: “Der allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches”, **GA**, 2005.
- Samaha Joel: **Criminal Law**, 11. Baskı, Minesota 2013.

- Sarıgül, Ali Tanju: “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m. 30/3)”, **AHBVÜ-HFD**, S: 3, Y: 2020, s. 325-359.
- Schaffstein, Friedrich: “Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre”, **MDR**, 1951, s. 196-200.
- Scheffler, Uwe: “Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente”, **Jura**, 1993, s. 617- 626.
- Schönke, Adolf, Schröder, Horst, Cramer, Peter: **Strafgesetzbuch Kommentar**, 27. neu bearbeitete Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2006.
- Schmidhäuser, Eberhard: **Strafrecht Allgemeiner Teil (Lehrbuch)**, 2. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1975.
- Schroth, Ulrich: **Vorsatz und Irrtum**, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1998.
- Schünemann, Bernd: “Die Bedeutung des Handlungsunwertes im Verkehrsstrafrecht”, **Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag**, Ed.: Friedrich-Christian Schroeder, Heinz Zipf, C.F. Müller, Karlsruhe, 1972, s. 75-89.
- Schünemann, Laufhütte, Rissing-van Saan, Tidemann (Hrsg.): **Strafgesetzbuch**, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008.
- Smith, John: **Criminal Law**, 9th Edition, London-Edinburgh-Dublin, Butterworths, 1999.
- Soyaslan, Doğan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin, Ankara, 2018.
- Sternberg, Lieben, Schuster, Schönke und Schröder: **Strafgesetzbuch, Kommentar**, 29. Aufl. 2014.
- Sözüer, Adem: **Suçta Teşebbüs**, 1. Baskı, Kazancı, İstanbul, 1994.

- Sözüer, Adem: “Hukuki Hata”, **YD**, S: 4, 1995, s. 466-490.
- Stratenwerth, Günter, Kuhlen, Lothar: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Aufl., Franz Vahlen, München, 2011.
- Şenol, Cem: “5237 sayılı TCK’ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata”, **THD**, 149/2019, s. 60-69.
- Talas, Serdar: **“Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (actio libera in causa) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi”**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011.
- Taner, M. Tahir: **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Basım, İsmail Akün Matbaası, İstanbul, 1953.
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Önok, R. Murat: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018.
- Toroslu, Nevzat: **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, 1. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968.
- Toroslu, Nevzat: “Ceza Hukukunda Okullar”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, 1998, s. 367-376.
- Toroslu, Nevzat, Toroslu, Haluk: **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 21. Baskı, Savaş, Ankara, 2015.
- Tunç, Kübra: **Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2020.
- Tümerkan, Somay: **Klasik, Pozivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XLVIII-XLIX, Yıl: 1982-1983, S. 1-4.
- Türk Hukuk Lügati**, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991.

- von Weber, Hellmuth: “Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund”, **JZ**, 1951, s. 260-263.
- Welzel, Hans: “BGH, Großer Senat für Strafsachen, Beschluß v. 18.3.1952-GSSt 2/51 (LG Hamburg)”, **JZ**, 1952.
- Welzel, Hans: “Studien zum System des Strafrechts”, **ZStW**, S. 58, 1939, s. 491-566.
- Welzel, Hans: “Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns”, **SJZ**, S. 368, 1948.
- Welzel, Hans: “Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund”, **NJW**, 1952, s. 564- 566.
- Welzel, Hans, Anmerkung: BGH, Großer Senat f. Strafsachen, Beschluß v. 18.3.1952-GSSt 2/51 (LG Hamburg), **JZ** 1952, s. 343.
- Welzel, Hans: “Die regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem”, **Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft (ZsTW)**, 67, 1955, s. 196-228.
- Welzel, Hans: **Das Deutsche Strafrecht**, 2. Auflage, Berlin: Walter de Gruyter und Co., 1949.
- Welzel, Hans: **Das Deutsche Strafrecht**, 6. Aufl. Walter de Gruyter, Berlin, 1958.
- Welzel, Hans: **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969.
- Wessels, Johannes, Beulke, Werner, Satzger, Helmut: **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 49. Auflage, C.F. Müller, 2019.
- Wolf, Christoph: “Doppelirrtümer im Strafrecht”, **ZIS**, 9, 2019, s. 418-434.
- Yenisey, Feridun, Plagemann, Gottfried: **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, 2. Baskı, İstanbul: Beta, Nisan 2015.
- Yerdelen, Erdal: “Ceza Hukukunda Yorum Hatası (Der Subsumtionsirrtum)”, **Ceza Hukuku Dergisi**,

Cilt: 9, Sayı: 25, Ağustos 2014, s.69-101.

Yüce, Turhan Tufan:

Ceza Hukuku Dersleri, Cilt 1, 1. Baskı, Şafak, Manisa,1982.

Zafer, Hamide:

Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1- 175, 7. Bası, Beta, İstanbul, 2019.



ÖZGEÇMİŞ

Buket ABANOZ ÖZTÜRK, 2013 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 2015 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda *"Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu"* başlıklı tezi ile yüksek lisans derecesi almıştır. Yüksek Lisans tezinin yeniden gözden geçirilmiş hali, On İki Levha Yayıncılık tarafından kitap olarak yayımlanmıştır.

Yüksek lisans tez çalışmaları için Erasmus bursu ile 2014-2015 yıllarında yedi ay Almanya'nın Gießen şehrinde yer alan Justus Liebig Üniversitesi'nde misafir araştırmacı olarak; doktora tez çalışmaları için ise TÜBİTAK 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Bursu ile Almanya'nın Freiburg şehrinde yer alan Max Planck Yabancılar ve Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsü'nde 2018 yılında iki ay, 2020 yılında da üç ay misafir araştırmacı olarak çalışmalarda bulunmuştur. İngilizce ve Almanca dillerini bilen yazarın ceza hukuku ve kriminoloji alanında çeşitli makale ve çevirileri bulunmaktadır. Bunun yanı sıra çeşitli ulusal ve uluslararası kongrelerde konuşmacı olarak katılım göstermiştir.

2016 yılından beri Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi'nde öğretim görevlisi olarak çalışan Abanoz Öztürk, Ceza Hukuku ve Kriminoloji alanında dersler vermektedir. 2019 yılından bu yana da aynı üniversitede Adalet Programı Başkanlığı görevini yürütmektedir.