

T.C.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

**HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNDE
SUBJEKTİF UNSUR SORUNU**

Selim ERDİN

2502130192

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İSTANBUL - 2020

ÖZ

HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNDE SUBJEKTİF UNSUR SORUNU SELİM ERDİN

Suç tipine uygun olan bir fiil kural olarak hukuka aykırıdır. Ancak belirli hallerde hukuk düzeni tipe uygun fiile izin vermekte ve fiil hukuka uygun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu haller, hukuka uygunluk sebepleridir. Hukuka uygunluk sebepleri belirli maddi şartların varlığını gerektirir. Bunlar hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlardır. Fiilin hukuka uygun olarak ortaya çıkması için hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığının yeterli olup olmadığı, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarından başka subjektif unsurlarının da var olup olmadığı sorunu çalışmamızın esasını oluşturmaktadır. Hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsur sorunu, bu unsurların gerekliliği, gerekli ise içeriğinin ne olduğu ve yokluğu halinde bunun sonuçlarının ne olacağı konularını içermektedir. Çalışmada ağırlıklı olarak subjektif unsurların gerekliliği sorunu irdelenmiştir. Subjektif unsurların içeriğine, sadece bu unsurların gerekliliğini kabul eden görüşler bağlamında değinilmiştir. Subjektif unsurların yokluğuna bağlanan sonuçlar ise gereklilik sorunu bağlamında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuka Uygunluk Sebepleri, Suç öğretileri, Haksızlık Öğretileri, Objektif Unsurlar, Subjektif Unsurlar.

ABSTRACT

**THE ISSUE OF SUBJECTIVE ELEMENT PROBLEM OF
JUSTIFICATION REASONS**

SELİM ERDİN

As a rule, a typical act is unlawful. But in certain cases, the legal order allows the typical act to be committed and the act in question is lawful. These cases are the justification reasons. The justification reasons require the existence of certain material conditions. These are the objective elements of the justification reasons. Our study is based on two issues relating to the occurrence of the justification reasons. The first issue is whether or not the existence of the objective elements of justification reasons is sufficient and the second issue is whether or not there are subjective elements of justification reasons in addition to the objective elements. The problem of subjective elements of justification reasons includes the necessity of these elements, if they are necessary, what their content is and what the consequences of their absence are. In this study, the necessity of subjective elements is predominantly examined. The content of subjective elements is addressed only in the context of the opinions that accept the necessity of these elements. The consequences related to the absence of subjective elements are examined as part of the issue of necessity.

Key Words: Justification Reasons, Criminal Theories, Injustice Theories, Objective Elements, Subjective Elements.

ÖNSÖZ

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığının fiilin hukuka uygun olarak ortaya çıkması için yeterli olduğu ittifakla kabul edilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte ise Türk ceza hukuku literatüründe hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinden söz edilmeye başlanmış ve söz konusu unsurların somut olayda yokluğu halinde failin cezalandırılması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna karşılık, bu dönem de hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekli olmadığı yönündeki görüş ağırlıklı savunulmaya devam etmiştir.

Hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsur sorunu, suçun kanuni tanımına uygun bir fiilin hangi şartların varlığı halinde hukuka uygun olarak ortaya çıkabileceğiyle ilgili olarak, hukuka uygunluk sebeplerinin yapısına ilişkin bir sorundur.

Bu çalışmada hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini reddeden görüşler ile kabul eden görüşlerin gerekçeleri incelenerek değerlendirilmiş ve subjektif unsurların gerekli olup olmadığı sorunu açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Çalışma konusunun seçiminde ve çalışmanın hazırlanmasında yol gösterici olan ve hiçbir konuda desteğini esirgemeyen danışmanım Prof. Dr. Adem SÖZÜER'e ve Freiburg Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Enstitüsünde (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg - Institute für Strafrecht und Strafprozessrecht) iki yılı aşkın süreyle çalışma konumla ilgili araştırma yapmama imkan veren ve her konuda destek olan Prof. Dr. Walter PERRON'a teşekkür ederim.

Selim ERDİN
İSTANBUL, 2020

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
ÖNSÖZ.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNDE SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİ REDDEDEN GÖRÜŞLER

I. SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİN SUÇ ÖĞRETİLERİ VE HAKSIZLIĞIN YAPISINDAN HAREKETLE REDDEDİLMESİ	10
A. Klasik Suç Öğretisi.....	10
1. Felsefi Temelleri.....	12
2. İlli Hareket Öğretisi	15
3. Haksızlığın Yapısı ve Objektif Haksızlık Anlayışı	19
4. Psikolojik Kusur Anlayışı.....	23
5. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurları Bakımından Değerlendirme	25
B. Neoklasik Suç Öğretisi	30
1. Fiil Anlayışı	32
2. Haksızlığın Yapısı ve Haksızlığın Subjektif Unsurlarının Gelişimi .	34
a. Tipikliğin Normatif Unsurları	34
b. Haksızlığın Subjektif Unsurları	37
(1) Amaç Unsuru İçeren Suçlar.....	39
(2) Temayül Suçları.....	41
(3) Beyan Suçları.....	42
(4) Teşebbüs Aşamasında Kalmış Suçlar	43

c. Maddi Hukuka Aykırılık	47
3. Normatif-Psikolojik Kusur Anlayışı.....	49
4. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurları Bakımından Değerlendirme	57
II. SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİ REDDEDEN MÜNFERİT GÖRÜŞLER	60
A. Hukuka Aykırı Olmayan Cezalandırılabilir Hareketler Görüşü.....	60
1. Salt Yükümlülük Normuna Aykırılık Dolayısıyla Cezalandırılabilir Hareketler Görüşü.....	60
2. İrade Ceza Hukuku Bağlamında Cezalandırılabilir Hareketler Görüşü	62
a. İrade Ceza Hukuku Anlayışı	62
b. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurları Bakımından Değerlendirme.....	66
3. Hukuki Değeri İhlal Etmeyen Cezalandırılabilir Hareketler Görüşü	69
a. Hukuk Normlarının Sadece Değerlendirici Norm Olabileceği	69
b. Haksızlık ve Kusur Ayrımının Hukuki Değer Kavramından Hareketle Yapılması.....	72
c. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurları Bakımından Değerlendirme.....	75
4. Görüşler Bakımından Ortak Değerlendirme.....	76
B. Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Objektif Amaç Unsuru Görüşü	79
1. Ceza Hukuku Normlarının Emredici Karakteri.....	80
2. Haksızlığın Hukuk Emrine Aykırılıkla Temellendirilmesi	82
3. Kusurun Yükümlülük Emrine Aykırılıkla Temellendirilmesi.....	89
4. Subjektif Unsurların Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Dışında Bırakılması.....	95
C. Ceza Hukukunda Objektivizmin Gerekliliği Görüşü	107
1. Haksızlık ve Hukuka Uygunluk Alanında Objektivizmin Gerekliliğine İlişkin Teorik Gerekçeler.....	109
a. Ceza Hukukunda Objektivizm ve Subjektivizm	109
b. Ceza Hukukunda Objektivizmin Gerekliliği	110

2. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Somut Olaylar Üzerinden Eleştirisi	115

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNDE SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİ KABUL EDEN GÖRÜŞLER

I. SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİN SUÇ ÖĞRETİLERİ VE ŞAHSİ HAKSIZLIK ANLAYIŞINDAN HAREKETLE TEMELLENDİRİLMESİ.....	132
A. Finalist Suç Öğretisi	132
1. İnsan Hareketinin Final Yapısı	135
2. Haksızlık Anlayışı ve Haksızlığın Yapısı.....	144
a. Kastın Haksızlık Tipine Dahil Olması	144
b. Hareket ve Neticenin Haksızlığı	148
c. Sosyal-Etik Değersizlik Yargısı Olarak Hareketin Kast Değersizliğinin Öne Alınması.....	153
d. Taksirli Suçların Haksızlığı	156
3. Saf Normatif Kusur Anlayışı	159
4. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi	163
B. Şahsi Haksızlık Öğretisi	169
1. Haksızlık Anlayışı ve Haksızlığın Yapısı.....	170
a. Kastın Bütün Kasıtlı Suçlar Bakımından Haksızlığın Subjektif Unsuru Olarak Kabulü	170
(1) Ceza Normunun Çifte Fonksiyonu	172
(2) Suça Teşebbüsün Belirlenmesine İlişkin Zorunluluğun Genelleştirilmesi.....	173
(3) Kastın Kanun Koyucu Tarafından Haksızlığın Subjektif Unsuru Olarak Kabul Edilmesi	176
(4) Fiilin Niteliğinin Belirlenmesinden Kaynaklanan Zorunluluk.....	178

(5) Bazı Suç Tanımlarında Kasıtlı (Final) Fiilin Varlığını Gerektiren İfadelerin Kullanılmış Olması.....	179
(6) Haksızlık Teşkil Eden Ancak Kusurlu Olarak İşlenmemiş Fiillerden Dolayı Güvenlik Tedbirlerine Hükmedilmesi	180
b. Hareket ve Neticenin Haksızlığı	181
(1) Hareketin Haksızlığını Salt Subjektif Bileşenlerden İbaret Gören Görüş	183
(2) Hareketin Haksızlığının Objektif ve Subjektif Bileşenlerden Oluştüğünü Kabul Eden Görüş	185
(3) Hareketin Haksızlığı ve Netice Haksızlığı Kavramlarının Terminolojik Olarak Sorunlu Olduğu Görüşü	187
2. Çifte Fonksiyona Dayalı Kusur Anlayışı.....	189
3. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi.....	192
C. Subjektif Haksızlık Öğretisi	203
1. Haksızlık Anlayışı ve Haksızlığın Yapısı.....	204
a. Birincil ve İkincil Değer Yargıları Sistemi	204
b. Normun Belirleyici Fonksiyonunun Mutlaklaştırılması	206
c. Haksızlığın Hareketin Değersizliğine İndirgenmesi	208
d. Neticenin Suçun Yapısı İçerisindeki Konumu ve Fonksiyonu	213
2. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi.....	216
II. SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİ KABUL EDEN MÜNFERİT GÖRÜŞLER	223
A. Tipikliğin Negatif Unsurları Öğretisi	223
1. Öğretinin Açıklanması.....	225
2. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi.....	235
B. Kanunun Lafzından Hareketle Temellendirme	239
C. Hukuka Uygunluğun Genel Prensiplerinden Hareketle Temellendirme	243

D. Hata Hükümlerinin Mefhumu Muhalifinden Hareketle Temellendirme	252

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİ KABUL EDEN GÖRÜŞLERİN ELEŞTİRİSİ

I. SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİ KABUL EDEN MÜNFERİT GÖRÜŞLERİN ELEŞTİRİSİ 258

A. Kanunun Lafzından Hareketle Temellendirmenin Eleştirisi.....	258
B. Hukuka Uygunluğun Genel Prensiplerinden Hareketle Temellendirmenin Eleştirisi	271
C. Tipikliğin Negatif Unsurları Öğretisinden Hareketle Temellendirmenin Eleştirisi.....	277
D. Hata Hükümlerinin Mefhumu Muhalifinden Hareketle Temellendirmenin Eleştirisi	287
1. Temellendirmenin Eleştirisi	287
2. Suçun Üç Basamaklı Yapısında Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hata ve Hata Teorileri Bağlamında Subjektif Unsurların Gerekliliğinin Temellendirilmesinin Eleştirisi	295
a. Kast Teorisi	297
b. Katı Kusur Teorisi.....	301
c. Sınırlı Kusur Teorisi.....	311
d. Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi	321

II. SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİN SUÇ ÖĞRETİLERİ VE HAKSIZLIĞIN YAPISINDAN HAREKETLE TEMELLENDİRİLMESİNİN ELEŞTİRİSİ 329

A. Finalist Suç Öğretisi	329
1. Final Hareket Öğretisinden Hareketle Temellendirmenin Eleştirisi	329
2. Uyum Tezi ve Tamamlanmış Suçtan Cezalandırma Görüşünün Eleştirisi	335

B. Subjektif Haksızlık Öğretisi	344
1. Neticenin Değersizliğinin Haksızlık Bakımından Önemi ve Haksızlığın Yapısından Dışlanması Eleştirisi	345
2. Teşebbüs Aşamasında Kalmış Suç ile Tamamlanmış Suç Arasındaki Fiilin Haksızlık İçeriği ve Derecesi Bakımından Farklılığın Ortadan Kaldırılmasının Eleştirisi	351
3. Neticenin Tesadüfiliği Görüşünün Eleştirisi	353
4. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurları Bakımından Değerlendirme	356
C. Şahsi Haksızlık Öğretisi Bağlamında Telafi Modelinin ve Teşebbüs Çözümünün Eleştirisi	358
1. Telafi Modelinin Eleştirisi	358
2. Teşebbüsün Cezalandırılma Sebebini Açıklayan Teoriler ve Kast Değersizliğinin Cezalandırılabilirliği	362
a. Eski Objektif Teori (Soyut Tehlike Teorisi)	362
b. Yeni Objektif Teori (Somut Tehlike Teorisi)	364
c. Subjektif Teşebbüs Teorisi	366
d. Etki Teorisi	367
3. Elverişli Teşebbüsten Cezalandırma Görüşünün Eleştirisi	369
4. Elverişsiz Teşebbüsten Cezalandırma Görüşünün Eleştirisi	376
a. Teşebbüse İlişkin Hükmün Doğrudan Uygulanması Görüşü Bakımından Değerlendirme	379
b. Teşebbüse İlişkin Hükmün Kıyasen Uygulanması Görüşü Bakımından Değerlendirme	384
5. Kast Değersizliğinin Cezalandırılabilirliği Bakımından Değerlendirme	388
6. Kast Değersizliğinin Haksızlığı Temellendirebilirliği Bakımından Değerlendirme	392
7. Taksirli Suçlarda Subjektif Unsurların Gerekliliği Bakımından Değerlendirme	399
SONUÇ	402
KAYNAKÇA	409

ÖZGEÇMİŞ.....	447



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).
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.

by.	: Baskı sayısı yok.
C.	: Cilt.
CGK.	: Ceza Genel Kurulu.
CHD.	: Ceza Hukuku Dergisi.
CHKD.	: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi.
CMK.	: Ceza Muhakemesi Kanunu.
DJT.	: Deutscher Juristentag (Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages).
dn.	: Dipnot.
DRiZ.	: Deutsche Richterzeitung.
DStrZ.	: Deutsche Strafrechts-Zeitung.
e.	: Eski.
Ed.	: Editor\Editör.
FG.	: Festgabe.
FS.	: Festschrift.
GA.	: Goltdammer's Archive für Strafrecht.
GS.	: Der Gerichtssaal/Gedächtnisschrift.
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Haz.	: Hazırlayan.
HK.	: Hukuk Kuramı.
HPD.	: Hukuki Perspektifler Dergisi.
HRRS.	: Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht
JA.	: Juristische Arbeitsblätter.
JBl.	: Juristische Blätter.
JR.	: Juristische Rundschau.
Jura.	: Juristische Ausbildung.
JuS.	: Juristische Schulung.
JZ.	: JuristenZeitung.
İÜHFD.	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.
Kap.	: Kapitel.
KFD.	: Kilikya Felsefe Dergisi.
KG.	: Kammergericht.
kn.	: Kenar numarası.
Krş.	: Karşılaştırınız.

KTK.	: Karayolları Trafik Kanunu.
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.
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi.
TBBY.	: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
TCK.	: Türk Ceza Kanunu.
THD.	: Terazi Hukuk Dergisi.
vd.	: Ve devamı.
vor.	: Vorbemerkungen.
Y.	: Yıl/Yargıtay.
YD.	: Yargıtay Dergisi.
ZIS.	: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik.

ZStW.

: Zeitschrift für die gesamte

Strafrechtswissenschaft.



GİRİŞ

Suç hukuka aykırı bir fiildir. Hukuka aykırılık, fiilin hukuk düzeniyle çelişki halinde olmasıdır. Suçun kanuni tanımına uygun bir fiil, kural olarak hukuka aykırıdır ve haksızlık teşkil eder. Ancak bazı hallerde hukuk düzeni, suçun kanuni tanımına uygun olan bu fiile izin verir ve fiil hukuka uygun olarak ortaya çıkar. Bu hallere hukuka uygunluk sebepleri veya haksızlığı ortadan kaldıran sebepler denilmektedir.

Bir hukuka uygunluk sebebinin varlığından söz edebilmek için hangi şartların bulunması gerektiği hukuka uygunluk sebeplerinin yapısına ilişkin bir sorundur. Hukuka uygunluk sebeplerinin belirli maddi şartların varlığını gerektirdiği bugün genel olarak kabul edilmektedir. Bu şartlar hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarını oluşturur. Söz gelimi meşru savunmada gerek failin kendisine gerek bir başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırının varlığı ve bu saldırıyı o andaki hal ve koşullara göre saldırıyla orantılı bir biçimde defetmek için zorunlu olan bir savunma hareketinin gerçekleştirilmiş olması gerekir (TCK m. 25/1). Buna karşılık, fiilin hukuka uygun olarak ortaya çıkması için hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının varlığının yeterli olup olmadığı ve bu çerçevede failin söz konusu objektif unsurların varlığını bilmesinin veya ayrıca belirli bir motivasyonla hareket etmesinin gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Söz gelimi meşru savunmada haksız bir saldırının varlığını veya hareketinin gerekli bir savunma hareketi olduğunu bilmeyen ya da savunma amacıyla hareket etmeyen kişinin fiilinin meşru savunma dolayısıyla hukuka uygun olarak ortaya çıkıp çıkmayacağı tartışmanın esasını oluşturmaktadır.

Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları ile fail arasındaki bu psişik ilişki “hukuka uygunluk sebeplerinin/nedenlerinin subjektif unsurları”¹

¹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 267; Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Adalet, 2019, s. 471; Neslihan Göktürk, “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?”, **CHD**, 27 (2015), s. 7 vd.

(*die subjektive Rechtfertigungselemente*)²” veya “hukuka uygunluk sebeplerinin/nedenlerinin manevi unsurları”³ olarak adlandırılmaktadır.

Hukuka uygunluk sebeplerinin yapısına ilişkin bu sorun aynı zamanda hata öğretisiyle de ilgilidir. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları hakkında failin hatalı tasavvuru iki şekilde ortaya çıkabilir. Birinci ihtimalde fail, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları somut olayda var olmamasına rağmen, bunların var olduğu inancıyla hareket eder. Bu durumda, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatadan söz edilir. İnceleme konumuzu oluşturan ikinci ihtimalde ise hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları somut olayda vardır. Ancak fail bunların varlığından habersizdir. Bu durumda, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğundan (*Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselemente*)⁴ ya da hukuka uygunluk sebeplerinin

² Ernst-August Blanke, **Die subjektiven Rechtfertigungselemente**, 1. Aufl., Rheinische Friedrich Wilhelms-Universität, Bonn, 1960, s. 1 vd.; Heribert Waider, **Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts**, 1. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1970, s. 1 vd.; Robert Steinbach, **Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten**, 1. Aufl., Peter Lang, Frankfurt am Main, 1987, s. 1 vd.; Egbert Uwe Jungclaussen, **Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt**, 1. Aufl., Otto Schwartz, Göttingen, 1987, s. 1 vd.; Jürgen Rath, **Das subjektive Rechtfertigungselement**, 1. Aufl., Springer, Berlin Heidelberg, 2002, s. 1 vd.; Farsam Salimi, **Das subjektive Rechtfertigungselement im Strafrecht**, 1. Aufl., LexisNexis, Wien, 2010; Franz Streng, “Das subjektive Rechtfertigungselement und sein Stellenwert”, **Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag**, Ed.: Gerhard Dannecker, Winrich Langer, Otfried Ranft, Roland Schmitz, Joerg Brammsen, Carl Heymanns, Köln Berlin München, 2007, s. 469.

³ Selman Dursun/Ali Emrah Bozbayındır, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHF**, 1/2015, s. 63 vd.; Reşit Karaaslan, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata”, **LHD**, 2017, 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.

⁴ Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 250 vd.; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 93.

maddi şartlarında tersine hatadan⁵ (*umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum*)⁶ söz edilir⁷.

Hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsur sorununun tarihi kökeni, meşru savunma hukuka uygunluk sebebi bağlamında, Roma hukukuna kadar uzanmaktadır. Roma hukukunda sanığın meşru savunmadan yararlanması intikam alma amacıyla hareket etmemesi şartına⁸ bağlanmıştır⁹. Ancak bu dönemde ele alınan sorunun daha ziyade hakkın kötüye kullanılmasıyla ilgili olduğu ve subjektif unsurların içeriğiyle ilgili olarak inceleme konumuzun çok dar bir bölümünü ifade ettiği vurgulanmalıdır. Hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsur sorunu, bugünkü anlamda ilk defa 19. yüzyılın sonlarında Alman ceza hukuku literatüründe¹⁰ ve yargı içtihatlarında¹¹, yine meşru savunma hukuka uygunluk sebebi kapsamında ele alınmaya başlanmıştır. 1915 yılında ise Alman İmparatorluk Mahkemesi (RG)¹² ilk defa açıkça hukuka uygunluk

⁵ Ragıp Barış Erman, “**Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 388; Dursun/Bozbayındır, **İÜHF** 1/2015, s. 64, dn. 2; Karaaslan, **LHD** 2017, s. 1666; Şenol, **THD** 149 (2019), s. 65; Ali Tanju Sarıgül, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m. 30/3)”, **AHBVÜ-HFD**, 3/2020, s. 347.

⁶ Eva Gaul, “Der umgekehrte Erlaubnistatbestandsirrtum”, **JuS-Lernbogen**, 2000, L 41; Matthias Jahn, “Strafrecht AT: Umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum”, **JuS**, 2013, s. 1042; Elisa Hoven, “Ingerenz und umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum”, **GA**, 2016, s. 16; Uwe Scheffler, “Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, des Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente”, **Jura**, 1993, s. 617; Christian Schmid, **Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht**, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2002, s. 14, 30.

⁷ Edgar Gustav Staab, **Das Problem subjektiver Elemente im Rahmen der Notwehr**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johann Wolfgang Goethe Universität zu Frankfurt/M., 1953, s. 4; Klaus Rinck, **Der zweistufige Deliktsaufbau**, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2000, s. 201; Thomas Rönau, “Grundwissen-Strafrecht: Subjektive Rechtfertigungselemente”, **JuS**, 2009, s. 596.

⁸ “*tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit*”.

⁹ Waider, **Rechtfertigungselementen**, 2 vd.; Steinbach, **Problematis**, s. 1 vd.; Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 10 vd.; Rönau, **JuS** 2009, s. 595; Dursun/Bozbayındır, **İÜHF** 1/2015, s. 67.

¹⁰ Karl Binding, **Handbuch des Strafrechts**, 1. Band, 1. Aufl., Duncker Humblot, Leipzig, 1885 (Nachdruck: Scientia Verlag Aalen, 1991), s. 750; Hans Stirtz, **Die subjektive Seite der Notwehr**, 1. Aufl., Universitäts-Buchdruckerei von Carl Georgi, Bonn, 1897, s. 6 vd.

¹¹ RG, **GA** 1897, s. 272.

¹² RG, **DStrZ** 1916, s. 250.

sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinden söz etmiş¹³, 1919 yılında verdiği bir başka kararında¹⁴ ise savunma iradesinin meşru savunmanın bir unsuru olduğunu ifade etmiştir¹⁵. Ancak bu dönemde literatürde subjektif unsurların gerekliliğinden söz edilmiş olsa da, bu unsurların gerekliliği temellendirilmemiştir. Keza Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH) içtihatlarında subjektif unsurların gerekliliğinin bugün dahi temellendirilmeksizin kabul edildiği ifade edilmektedir¹⁶. Hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsur sorunu literatürde özellikle 20. yüzyılın başlarından itibaren ayrıntılı şekilde incelenmeye başlanmıştır. Subjektif unsurların gerekliliği, önceleri münferit hukuka uygunluk sebepleri bakımından ayrı ayrı ele alınıp değerlendirilirken¹⁷, özellikle finalist suç öğretisi ve şahsi haksızlık anlayışıyla birlikte hukuka uygunluk sebeplerinin geneline ilişkin bir sorun olarak hukuka uygunluk öğretisinin bir parçası haline gelmiştir. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekli olduğu görüşü bugün için Alman ceza hukuku literatüründe hakim konumdadır¹⁸.

Türk ceza hukukunda ise klasik suç öğretisinin ve objektif haksızlık anlayışının egemen olduğu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığının yeterli olduğu, failin bu unsurların varlığından habersiz olması halinde dahi fiilin hukuka uygun olarak

¹³ Cornelius Prittwitz, “Zum Verteidigungswillen bei der Notwehr, **GA**, 1980, s. 382; Steinbach, **Problematic**, s. 92, dn. 2. Prittwitz, **GA** 1980, s. 382.

¹⁴ **RGSt**, 54, 196 vd., 199.

¹⁵ Alexander Wiedow, **Die subjektive Seite der Rechtfertigung im Strafrecht**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät der Ludwig – Maximilian – Universität zu München, 1948, s. 15; Steinbach, **Problematic**, s. 93.

¹⁶ Steinbach, **Problematic**, s. 95-96, 111-112; ayrıca bkz. Staab, **Elemente**, s. 31.

¹⁷ Bkz. Edmund Mezger, “Die subjektiven Unrechtselemente”, **GS**, 89 (1924), s. 270 vd.; Rudolf Sieverts, **Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht**, 1. Aufl., Friederichsen, de Gruyter, Hamburg, 1934, s. 129 vd.; Stefan Reip, **Täterhandeln bei ungewisser Rechtfertigungslage**, 1. Aufl., Polyfoto, Stuttgart, 1996, s. 88.

¹⁸ Steinbach, **Problematic**, s. 111 vd.; Bernd Schünemann, “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars: 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre”, **GA**, 1985, s. 371.

ortaya çıkacağı görüşü ittifakla kabul edilmiştir¹⁹. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte Türk ceza hukukunda Alman ceza hukukunda hakim konumunda bulunan şahsi haksızlık anlayışına doğru bir yönelim başlamıştır. Bu çerçevede, Alman ceza hukuku literatürünün etkisiyle Türk ceza hukuku literatüründe de bazı yazarlarca^{20,21} hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği kabul edilmiştir. Yine bu yazarlarca subjektif unsurların yokluğu haline failin cezalandırılması yönünde

¹⁹ 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; Erol Cihan, **“Ceza Hukukunda Fiili Hata”**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 1971, s. 130 vd.; 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; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt: II, 11. Bası, Beta, İstanbul, 1997, kn. 696; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II-III, 2. Bası, Beta, İstanbul, 1992, s. 152-153; Turhan Tufan Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri**, Cilt 1, 1. Baskı, Şafak, Manisa, 1982, s. 260; Kayıhan İçel/Füsun Sokullu-Akinci/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoglu/Yener Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2004, s. 111; 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.

²⁰ M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/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. 441 vd.; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 477 vd.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 279; Koca/Üzülmez, **Genel**¹², s. 267 vd.; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Adalet, Ankara, 2017, s. 317; Akbulut, **Genel**⁶, 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, **Teşebbüs**, s. 258 vd.; Göktürk, **CHD 27 (2015)**, s. 8; İlhan Bulut, **“Suçta Netice”**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2020, s. 238; Ekrem Comoglu, **Das subjektive Rechtfertigungselement im türkischen Strafrecht im Spiegel der deutschen subjektiven Rechtfertigungselemente**, 1. Aufl., Grin, Norderstedt, 2017, s. 52.

²¹ Subjektif unsurların gerekliliğini kabul etmekle birlikte, subjektif unsurların yokluğu halinde failin cezalandırılmayacağını ifade eden yazarlar için bkz. Erman, **Yanılma**, s. 388 vd.; Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **TBBD**, 110 (2014), s. 172 vd.; Sarıgül, **AHBVÜ-HFD 3/2020**, s. 349-351.

bazı sonuçlar bağlanmışır²². Buna karşılık, bu dönemde de subjektif unsurların gerekliliğini kabul etmeyen yazarların çoğunlukta olduğu belirtilmelidir²³.

Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı ve fakat subjektif unsurlarının yokluğu, diğer bir ifadeyle, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında tersine hata hali uygulamada çok nadir karşılaşılabilecek bir durumdur. Bu sebeple, konunun pratik bir öneminin olmadığı veya çok az olduğu sıkça ifade edilmektedir²⁴. Buna karşılık, konunun suç genel teorisi içerisinde birçok ceza hukuku müessesesiyle yakından ilgili olduğu da belirtilmelidir. Özellikle konunun cezalandırmanın sebebinin ve sınırlarının ne olduğunun ortaya konulması ve tartışılması, hukuka aykırılığın mahiyetinin anlaşılması, suçun, haksızlık ve kusurun yapısına ilişkin kabullerin pratik sonuçlarının görülmesi ve sınanması bakımından önemli olduğu ifade edilmelidir. Hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsur sorunu, suç genel teorisinin neredeyse bütününün gözden geçirilmesine ve değerlendirilmesine imkan veren teorik önemi haiz bir konudur²⁵.

²² Aynı yönde bkz. Dursun/Bozbayındır, **İÜHFM 1/2015**, s. 64 vd.

²³ Devrim Güngör, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, 1. Baskı, Yetkin, Ankara, 2007, s. 63; Mehmet Cemil Ozansü, “Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı”, **Suç Politikası**, Seçkin, Ankara, 2006, 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 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 Hafizoğulları/Muharrem Özen **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, U S-A, Ankara, 2018, 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 Gerekliklik ve Orantılılık**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 123; Kübra Tunç, **Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2020, s. 288.

²⁴ Rudolf Schmitt, “Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten?”, **JuS**, 1963, s. 64-65; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 202; Sudo Hyon, “Der Verteidigungswille bei der Notwehr”, **CHKD**, 1/2017, s. 70.

²⁵ Aynı yönde bkz. Dursun/Bozbayındır, **İÜHFM 1/2015**, s. 85.

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarıyla ilgili tartışmalar, temelde üç ana sorun etrafında şekillenmektedir. Bunlar; ilk olarak hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının bulunup bulunmadığı, diğer bir ifadeyle, subjektif unsurların hukuka uygunluk bakımından gerekli olup olmadığı, ikinci olarak gerekli ise subjektif unsurların içeriğinin ne olduğu ve üçüncü olarak somut olayda subjektif unsurların yokluğu halinde buna hangi hukuki sonuçların bağlanacağıdır. Bu sorunlar, kasıtlı suçlar ve taksirli suçlar bakımından ayrı ayrı ele alınmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, literatürde bu her üç sorun bakımından da üzerinde konuşulabilecek her şey tartışmalıdır ve neredeyse hiçbir konuda fikir birliği bulunmamaktadır. Subjektif unsurların gerekliliği bir kısım yazarlarca reddedilirken, diğer bir kısım yazarlarca kabul edilmektedir. Subjektif unsurların talep edilen içeriği; hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının muhtemel addedilmesinden kesin olarak bilinmesine, kesin olarak bilinmesinden ayrıca hukuka uygunluk amacının varlığına kadar değişkenlik göstermektedir. Subjektif unsurların yokluğu haline; hukuka uygunluk, hukuka aykırılık ancak cezasızlık, suça teşebbüsten cezalandırma ve tamamlanmış suçtan cezalandırma gibi akla gelebilecek bütün sonuçların bağlandığı görülmektedir²⁶. Hatta hukuka uygunluk sebeplerinin yapısı içerisinde subjektif unsurların gerekliliğini reddeden yazarlar arasında bile subjektif unsurların yokluğu haline bağlanacak sonucun ne olduğu hususunda görüş birliği bulunmamaktadır²⁷.

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının içeriği ve yokluğuna bağlanan sonuçlar, bu unsurların gerekliliğinin ne şekilde temellendirildiğiyle doğrudan ilgilidir. Gerekliliğin temellendirilmesinde başvuru argümanı, subjektif unsurların içeriğinin ve yokluğuna bağlanan

²⁶ Aynı yönde bkz. Wolfgang Frisch, “Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements”, **Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag**, Ed.: Wilfried Küper, Walter de Gruyter, Berlin New York, 1987, s. 113 vd.; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 203 vd.; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1700.

²⁷ Aynı yönde bkz. Schmitt, **JuS 1963**, s. 65.

sonuçların ne olacağını da etkilemektedir. Buna karşılık, subjektif unsurların gerekliliğinin temellendirilmesi, şaşırtıcı biçimde bu üç temel sorun arasında en az ilgilenilen konu olmuştur. Nitekim Alman ceza hukuku literatüründe subjektif unsurların gerekliliğinin temellendirilmesinde ileri sürülen argümanların çok sayıda oluşunun ve çeşitliliğinin, bu konuda garip bir konsensüsün oluşmasına sebep olduğu ve söz konusu argümanların tutarlılıklarının ve yürürlükteki hukuk bakımından geçerliliklerinin sınanmasının göz ardı edilmesine sebep olduğu da ifade edilmektedir²⁸. Türk ceza hukukunda da subjektif unsurların gerekliliğinin yeterince temellendirilmeksizin kabul edildiği ve genellikle şahsi haksızlık anlayışına ya da haksızlığın subjektif unsurlarına atıfta bulunmakla yetinildiği görülmektedir.

Subjektif unsurların içeriğinin ne olduğu ve yokluğuna hangi sonuçların bağlanacağı sorunu, gereklilik sorununa nazaran tali nitelikte olduğundan, çalışmada ağırlıklı olarak subjektif unsurların gerekliliği sorunu ele alınacaktır. Subjektif unsurların içeriğine, sadece bu unsurların gerekliliğinin temellendirilmesinde ileri sürülen görüşler bağlamında değinilecek, fakat ayrıca tartışma konusu yapılmayacaktır. Subjektif unsurların yokluğuna bağlanan sonuçlar ise yine gereklilik sorunu bağlamında ele alınacak ve bu sonuçların suç genel teorisi ve yürürlükteki hukuk bakımından mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir.

Hukuka uygunluk sebeplerinin hangi şartlar altında haksızlığı bütünüyle ortadan kaldıracığı, haksızlığın ne üzerinde temellendirildiği ve hangi bileşenlerden oluştuğu göz önünde bulundurulmaksızın belirlenemez²⁹. Haksızlığın yapısı ve bileşenleri, kusurun yapısı ve bileşenleriyle karşılıklı ilişki içerisindedir. Bu ilişki aynı zamanda hata öğretisi bakımından da belirleyicidir.

²⁸ Frisch, **FS-Lackner**, s. 114 vd.

²⁹ Steinbach, **Problematic**, s. 4; Schmitt, **JuS 1963**, s. 67; Friedrich Nowakowski, “Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe”, **ÖJZ**, 1977, s. 573; Wiedow, **Rechtfertigung**, s. 8 vd., 41, 56 vd.; Horst Diehl, **Die subjektiven Elemente der Unrechtsausschlussgründe**, Inaural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Keil, 1952, s. 2-3; Staab, **Elemente**, s. 2-3.

Bu sebeple, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin, çeşitli suç öğretilerinin haksızlık ve kusur anlayışları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin, literatürde çeşitli haksızlık anlayışları dışında, bir kısım münferit argümanlarla da temellendirildiği görülmektedir. Bu temellendirilme biçimlerinin suç ve haksızlık öğretilerinden ayrı olarak incelenmesi gerekmektedir.

Çalışmanın birinci bölümü, subjektif unsurların gerekliliğini reddeden görüşlere özgülenmiştir. Bu bölümde, ilk olarak subjektif unsurların gerekliliğinin suç öğretileri ve haksızlığın yapısından hareketle ne şekilde reddedildiği açıklanacaktır. İkinci olarak ise subjektif unsurların gerekliliğini reddeden münferit görüşlere yer verilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümü, subjektif unsurların gerekliliğini kabul eden görüşlere özgülenmiştir. Bu bölümde de, ilk bölümde olduğu gibi, öncelikle subjektif unsurların gerekliliğinin suç öğretileri ve haksızlığın yapısından hareketle nasıl temellendirildiği açıklanacaktır. Sonrasında ise subjektif unsurların gerekliliğini kabul eden münferit görüşlere yer verilecektir.

Çalışmanın üçüncü bölümü, subjektif unsurların gerekliliğini kabul eden görüşlerin eleştirisine özgülenmiştir. Bu çerçevede, ileri sürülen argümanların subjektif unsurların gerekliliğini temellendirmede yeterlilikleri ve iç tutarlılıkları, Türk Ceza Kanunu karşısında kabul edilebilir olup olmadıkları değerlendirilecektir. Bu bölümde, yapılacak değerlendirmelerin sonuçlarının birbirleriyle bağlantılı olmaları sebebiyle, ikinci bölümde görüşlerin aktarılmasında takip edilen sıralamadan ayrı bir sıralama takip edilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNDE SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİ REDDEDEN GÖRÜŞLER

I. SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİN SUÇ ÖĞRETİLERİ VE HAKSIZLIĞIN YAPISINDAN HAREKETLE REDDEDİLMESİ

A. Klasik Suç Öğretisi

20. yüzyılın başlarında geliştirilen klasik suç öğretisinin ortaya çıkışına kadarki dönemde geçerli olan suç öğretisi, geçmişi Ortaçağın sonlarının İtalyan ceza hukuku bilimine kadar uzanan, 16. ve 17. yüzyıllarda yeni dönem doğal hukuk anlayışının (*Hobbes, Grotius, Pufendorf*) etkisinde büyük ölçüde gelişme göstererek genişleyen müşterek hukuk suç öğretisidir (*die gemeinrechtliche Verbrechenslehre*)³⁰.

Müşterek hukuk döneminde, doğal hukuk düşüncesi temelinde özellikle *Pufendorf* tarafından isnadiyet (*imputatio*) kavramı³¹ ve bu bağlamda müşterek hukuk dönemi isnadiyet öğretisi (*die gemeinrechtliche Imputationslehre*) geliştirilmiştir. Öğretide ceza sorumluluğu bakımından yapılan değerlendirmede fail esas alınarak, hareket, haksızlık ve kusur olmak üzere üç aşamada gerçekleştirilen bir isnadiyet yargısı söz konusudur. Isnadiyet kavramıyla, suç öğretileri anlamında ilk geliştirilebilir düşünce biçimi ortaya çıkmış ve modern

³⁰ Fritjof Haft, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., C.H. Beck, München, 2004, s. 15.

³¹ Serdar Talas, “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, s. 7.

ceza hukuku dogmatigini şekillendiren, suçun yapısına ilişkin ilk belirlemeler yapılmıştır³².

Suçun yapısına ilişkin bütün modern tasavvurlarda bulunan ve bugün hala geçerliliğini sürdüren, haklı olarak da suç öğretilerinin dayanak noktası olarak nitelendirilen haksızlık ve kusur arasındaki ayırım da yine müşterek hukukun isnadiyet öğretisinde ortaya çıkmıştır. Fiilin faile isnadiyeti anlamında objektif isnadiyet (*imputatio facti*) haksızlık alanını, fiilinden dolayı faile kusur isnadı anlamında subjektif isnadiyet (*imputatio iuris*) ise kusur alanını oluşturmaktadır³³.

Hukuka aykırılık ve kusur ayırımının yapılmadığı bu dönemde³⁴, hukuka aykırılık kusur içerisinde değerlendirilmiştir. 1867 yılına gelindiğinde *von Jhering* tarafından medeni hukuk alanında hukuka aykırılığın kusurdan bağımsız ve objektif nitelikte olduğu öne sürülmüş ve objektif hukuka aykırılık kavramı³⁵ geliştirilmiştir³⁶.

von Jhering burada, malikin iyi niyetli zilyede karşı ileri süreceği hak ile hırsıza karşı çalınan malı dolayısıyla ileri süreceği hak arasında bir

³² Haft, **AT**⁹, s. 15-16. Üç aşamalı isnadiyet yargısı için ayrıca bkz. Johannes Wessels/Werner Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 40. Aufl. C.F. Müller, Heidelberg München Landsberg Frechen Hamburg, 2010, § 6, kn. 177.

³³ Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s. 200; Wessels/Beulke, **AT**⁴⁰, § 19, kn. 813; Haft, **AT**⁹, s. 16; Talas, **Kusur**, s. 8-10.

³⁴ Carsten Paul, **Zusammengesetztes Delikt und Einwilligung**, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1998, s. 15; Jürgen Baumann/Ulrich Weber, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1985, s. 258. *Imputatio iuris* hukuki isnadiyet anlamına gelmektedir. Ancak bu dönemde hukuka aykırılık ve kusur ayırımı yapılmamış olduğundan ve hukuka aykırılık kusur içerisinde değerlendirildiğinden hukuki isnadiyet subjektif isnadiyet olarak nitelendirilmiştir.

³⁵ Esas itibarıyla *von Jhering* kitabında “objektif hukuka aykırılık”tan değil, “objektif haksızlık”tan söz etmektedir. Ancak objektif haksızlık kavramına yüklediği anlam, bir hakkın inkar veya ihlal edilmesinden ibarettir (bkz. Rudolph von Jhering, **Das Schuldmoment im römischen Privatrecht**, 1. Baskı, Emil Roth, Giessen, 1867, s. 4, 6). Bu yönüyle objektif haksızlık, objektif hukuka aykırılıkla aynı içeriğe sahiptir.

³⁶ 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; Walter Perron, **Rechtfertigung und Endschuldigung im deutschen und spanischen Recht**, 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 1988, s. 57.

kıyaslamadan hareket etmektedir. İlk durumda ihlal edilen bir hakkın varlığına rağmen iyi niyetli zilyede herhangi bir şekilde kusur eşlik etmemektedir. Halbuki ikinci durumda hırsızlık suçunun gerçekleşmesi mal edinme amacının varlığına bağlıdır. Her iki durumda da hak ihlalinin gerçekleştiği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu da kusurlu olmanın, hak ihlalinin (haksızlık/hukuka aykırılık) varlığı bakımından herhangi bir öneminin bulunmadığını ve hukuka aykırılığın objektif niteliğini göstermektedir³⁷.

von Jhering'in medeni hukuk alanında geliştirdiği objektif hukuka aykırılık anlayışı, *von Liszt* ve *Beling* tarafından suçun yapısı içerisinde benimsenerek ceza hukuku için kullanışlı hale getirilmiştir. Böylece, 19. yüzyılda ceza hukuku dogmatikliğiyle meşgul olan çok sayıdaki hukukçunun da katkısıyla, o zamana kadarki isnadiyet öğretisinin terkedilmesi sonucunu doğuran³⁸, haksızlık ve kusur ayrımı temelinde *von Liszt* ve *Beling* tarafından tamamlanan ve 20. yüzyılın dönüm noktasında genel olarak kabul görmüş olan yeni bir suç öğretisi geliştirilmiştir. Bu öğreti, kendisinden sonraki suç öğretilerinde de temel yapısı ve tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusur gibi taşıyıcı kavramlarıyla (suçun üç basamaklı yapısı) özünde bugüne kadar varlığını devam ettirebilmiş olması sebebiyle “klasik” suç öğretisi olarak nitelendirilmektedir³⁹.

1. Felsefi Temelleri

Klasik suç öğretisi, 19. yüzyıl sonlarında revaçta olan üç düşünce akımının etkisinde gelişmiştir. Bunlar pozitivism, liberal hukuk devleti

³⁷ von Jhering, **Schuldmoment**, s. 4-8. Objektif hukuka aykırılık kavramının gelişimiyle ilgili olarak ayrıca bkz. Hans Abrecht Fischer, **Die Rechtswidrigkeit**, 1. Aufl., C.H. Beck, München, 1911, s. 120 vd.; Ernst-Joachim Lampe, **Das personale Unrecht**, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1967, s. 17-18.

³⁸ Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 201; Paul, **Einwilligung**, s. 15.

³⁹ Gustav Radbruch, “Zur Systematik der Verbrechenslehre”, **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag**, Band 1, Ed.: August Hegler, J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1930, s. 162; Roxin, **AT/I**⁴, § 7, kn. 15; Haft, **AT**⁹, s. 16; Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 258; Perron, **Rechtfertigung**, s. 52 vd.

düşüncesi ve modern ceza hukuku okullarının cezanın amacına ilişkin fikirleridir⁴⁰.

Pozitivizm, deney ve gözlem yoluyla bilinebilecek maddi (pozitif) olguların bilinmesi ve tespiti, mantık ve matematikle sınırlı bir bilim anlayışını (bilgi teorisini) yansıtmaktadır. Bunun haricinde kalan, fiziken tecrübe edilebilir varlıkların ötesindeki (platonik) idealar dünyası hakkındaki her türlü bilgi, yani metafizik, bilimsel olmayan olarak kabul edilmiş ve reddedilmiştir⁴¹. Pozitivizmin hukuk bilimine yansıması ise hukuki pozitivizm olarak şekillenmiştir. Hukuku pozitif hukuk (olması gerekene ilişkin pozitif normlar) ve onun yorumundan ibaret gören hukuki pozitivizm, hukukun bütün problemlerinin kavramsal ve sistematik argümanlarla üstesinden gelinmeye çalışıldığı bir anlayışa ulaşır. Felsefi değerler, psikolojik bilgiler, sosyolojik etkenler hukuk biliminin dışında tutulmuştur. Böylece, suçun yapısında kavranması gereken insan davranışının nitelikleri son derece şekli bir görünüme bürünmüştür. Natüralizmin etkisi altında ceza hukuku sistemi ölçülebilir ve deney yoluyla kanıtlanabilir hakikatin bir bölümüne dayandırılmak istenmiştir. Bu kriterlerin konusu ancak ya dış dünyaya ait objektif etkenler ya da kişinin iç dünyasına ilişkin subjektif süreçler olabileceğinden, suç sistemi objektif ve subjektif unsurlara göre birbirinden ayrılmıştır. Sonuç olarak natüralist biçimde anlaşılan hareket, objektif ve deskriptif olarak anlaşılan tipiklik, objektif ve normatif olarak sınırlandırılmış hukuka aykırılık alanı ile subjektif ve deskriptif olarak anlaşılan kusur arasında keskin bir ayrım yapılmıştır⁴². Kişinin iç

⁴⁰ Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 160; Haft, **AT⁹**, s. 17; Günther Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin New York, 1991, 17. Ab., kn. 5; Özgenç, **Genel¹⁵**, s. 163; Talas, **Kusur**, s. 13.

⁴¹ Haft, **AT⁹**, s. 17; Ozansü, **Kast**, s. 34; Steinbach, **Problematic**, s. 17.

⁴² Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 163; Jescheck/Weigend, **AT⁵**, s. 203; Roxin, **AT/I⁴**, § 7, kn. 20; ayrıca bkz. Hermann Lampe, **Über den personalen Unrechtsbegriff im Strafrecht**, Dissertation zur Erlangung des rechtswissenschaftlichen Doktorgrades der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, Göttingen, 1954, s. 78 vd., 121.

dünyasına ilişkin hususlar haksızlık alanı dışında tutulmuş, kusura dahil edilmiştir⁴³.

Aydınlanma dönemi doğal hukuk hareketlerinin önemli konularından biri, özellikle ceza hukuku alanında, cadılık iddiasıyla yakılma ve batıl inançlara dayalı yargılamalarla mücadele edilmesidir⁴⁴. Bu yöndeki önemli atılımlardan biri, cezalandırmanın, salt objektif ve herkes tarafından görülebilir koşullara bağlanmaya çalışılmasıdır. Özellikle liberal hukuk devleti düşüncesinin hukuki güvenlik ve hukukun öngörülebilirliğine yönelik talepleri, hâkimin anlaşılır ve sonradan sınanabilir bir sistemle bağlı olmasını gerektirmektedir. Bu ise klasik suç öğretisinde suç sistematığının şekli ve objektif karakteriyle sağlanmıştır⁴⁵.

von Liszt tarafından temsil edilen modern (sosyolojik) ceza hukuku okulu, mutlak ceza teorilerinin metafizik kefarete (misilleme, telâfi-i mâfât) öğretisine karşı cezanın amacını özel önleme olarak belirlemektedir⁴⁶. Özel önleme amacına ise ancak fail esas alınarak belirlenecek bir yaptırım sistemiyle ulaşılabilir⁴⁷. Bu ise işlediği haksızlık dolayısıyla failin cezalandırılmasında, yine fail esas alınarak gerçekleştirilen bir kusur değerlendirmesini zorunlu kılmaktadır⁴⁸. Böylece, klasik ceza hukuku sistemi çift kutuplu bir yapıya kavuşmuştur. Bir taraftan cezalandırmanın (haksızlığın) koşullarının objektifliği ve şekliliğiyle hukuki güvenliğin en üst derecesi sağlanmaya, diğer taraftan faile

⁴³ Steinbach, **Problematic**, s. 19.

⁴⁴ *Steinbach*, Almanya sınırları dahilinde cadılık iddiası sebebiyle en son yakılma olaylarının 1749'da Würzburg ve 1775'te Kempten'de görüldüğünü ifade etmektedir (Steinbach, **Problematic**, s. 18).

⁴⁵ Haft, **AT**⁹, s. 18; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 203; Steinbach, **Problematic**, s. 18; Jakobs, **AT**², 17. Ab., kn. 5.

⁴⁶ Franz von Liszt, **Der Zweckgedanke im Strafrecht**, 2. Aufl., Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1948, s. 39.

⁴⁷ Haft, **AT**⁹, s. 18.

⁴⁸ von Liszt, **Zweckgedanke**, s. 15 vd.; Günther Jakobs, **Schuld und Prävention**, 1. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1976, s. 3 vd.; Adem Sözüer, "Hukuki Hata", **YD**, 4/1995, s. 468.

göre yönü tayin edilen ve kusur esasına dayanan bir yaptırım sistemiyle amaca uygunluğun en üst derecesine ulaşmaya çalışılmıştır⁴⁹.

Sonuç olarak bu üç düşünce akımının etkisinde ve yüz yılı aşkın bir süreçte çok sayıdaki hukukçunun da katkılarıyla basit, kolay anlaşılır ve didaktik olarak faydalı olan dört parçalı bir sistem doğmuştur⁵⁰. Bu sistemde, suç; tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil olarak tanımlanmaktadır⁵¹. Suçun bu genel unsurlarından her birine belirli bir görev tahsis edilmiştir⁵².

2. İlli Hareket Öğretisi

Fiil, ceza sorumluluğu bakımından yapılacak olan değerlendirmenin temelini oluşturmaktadır. Bu sebeple, öncelikle ceza hukuku anlamında bir fiilin varlığı tespit edilmelidir. Haksızlık ve kusur yargısından bağımsız olarak yapılan bu değerlendirmede, cezalandırılabilirliğin objektif ve subjektif koşulları göz önünde bulundurulmamakta, aksine bunların üzerine inşa edileceği temelin tespiti yapılmaktadır. Eğer fiilin varlığı kabul edilirse, devamında sırasıyla tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusur kategorileri sınanmaktadır⁵³. Önemle belirtmek gerekir ki, illi hareket öğretisi, suçun üç basamaklı yapısıyla sıkı bir ilişki içerisindedir⁵⁴.

⁴⁹ Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 203.

⁵⁰ Haft, **AT**⁹, s. 18; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 200, 202; Ayrıca bkz. Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 163.

⁵¹ Ernst von Ludwig Beling, **Die Lehre vom Verbrechen**, 1. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1906, s. 7; Franz von Liszt, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 21/22. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin Leipzig, 1919, s. 110 vd.; Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 160; Robert von Hippel, **Deutsches Strafrecht**, Band 2, Berlin, Springer, 1971, s. 89 vd. İfade etmek gerekir ki burada aktardığımız tanım sadece suçun yapısı bakımındandır. *von Liszt* ve *Beling*, suçun genel tanımına, sayılan bu dört unsur haricinde, fiilin hukuk düzeni tarafından ceza tehdidi altına alınmış olmasını da dahil etmektedir.

⁵² Haft, **AT**⁹, s. 18.

⁵³ Beling, **Verbrechen**, s. 77; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 202.

⁵⁴ Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Aufl., Springer, Berlin Heidelberg, 2015, § 2, kn. 83. Klasik suç öğretisinde fiil kavramının bir üst kavram (*Handlung als Gattungsmerkmal*) ve tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusurluluğun ise suç teşkil eden fiilin ayrıci özellikleri ve onu niteleyici sıfatları (*Handlungsattribute*) olarak alt unsurları (*Artmerkmale*) olduğu yönünde

von Liszt ve *Belting* tarafından inşa edilen klasik suç öğretisinin temelinde, tamamen natüralist-mekanik olarak anlaşılan illi (tabii) hareket kavramı bulunur (illi hareket öğretisi)⁵⁵. Öğreti gibi, öğretinin dayandığı fiil kavramının içeriği de yine bu yazarlar tarafından şekillendirilmiştir⁵⁶. Natüralizmin dış dünyanın bütün görünüm biçimlerinin tabiat kanunlarınca açıklanabileceği düşüncesi ise fiilin tanımlanmasında ve içeriğinin belirlenmesinde etkili olmuştur⁵⁷.

Suçu her şeyden önce bir fiil olarak nitelendiren *von Liszt*⁵⁸, önceleri fiili, “insan iradesine dayanan, dış dünyada bir değişikliğe sebep olma” şeklinde tanımlamıştır⁵⁹.

Burada önemli olan, insan hareketinin dış dünyada bir değişikliğe sebep olmasıdır. Mesela, hakaret suçunda, iradi olarak havadaki ses titreşiminin uyarılmasıyla başlayan süreç, fiilin varlığı için yeterli görülmektedir⁶⁰. Tamamen natüralist/pozitivist bir açıklamayı ifade eden bu anlayışta hakaret suçunun fiil unsuru, gırtlak hareketleri, ses dalgalarının harekete geçirilmesi, duyu organlarının uyarılması ve beyindeki süreçlerin bir dizisinden ibarettir. Zira fiilin mahiyetinin ancak salt objektif olgulara değerlendirici unsurlar

ayrıca bkz. Wilhelm Gallas, “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, *ZStW*, 67 (1955), s. 2; Radbruch, *FG-Frank/I*, s. 162, dn. 2.

⁵⁵ Radbruch, *FG-Frank/I*, s. 161; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 202; Benrd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2016, § 7, kn. 97; Gropp, *AT*⁴, § 2, kn. 82; Steinbach, *Problematik*, s. 14; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel*¹⁰, s. 195.

⁵⁶ Roxin, *AT/I*⁴, § 8, kn. 10.

⁵⁷ H. Lampe, *Unrechtsbegriff*, s. 121; Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Springer, Berlin Heidelberg, 2005, § 3, kn. 58.

⁵⁸ Franz von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 10. Aufl., J. Guttentag, Berlin, 1900, s. 96.

⁵⁹ Franz von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 4. Aufl., J. Guttentag, Berlin, 1891, s. 128; Radbruch, *FG-Frank/I*, s. 161; Gropp, *AT*⁴, § 2, kn. 80; ayrıca bkz. Franz von Liszt, *Das Deutsche Reichsstrafrecht*, 1. Aufl., J. Guttentag, Berlin, 1881, s. 70-71.

⁶⁰ Franz von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2. Aufl., J. Guttentag, Berlin, 1884, s. 107 vd.; Roxin, *AT/I*⁴, § 8, kn. 10; Werner Niese, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1951, s. 7-8.

eklendiğinde anlaşılabilmesi dönemin pozitivist anlayışı bakımından henüz anlaşılabilir değildir⁶¹.

Bu tanım, hiçbir şeye sebep olmayan ihmali açıklamakta yetersiz kaldığından daha sonraları yazar tarafından belirli ölçüde değiştirilmiştir⁶². Buna göre, “fiil dış dünyadaki bir davranıştır; daha doğrusu, iradi bir davranışla dış dünyada bir değişikliğe sebep olma ya da dış dünyadaki böyle bir değişikliğe engel olmama”dır⁶³.

Tanım gereği, hareket dış dünyada açık bir değişiklik meydana getirmelidir. Bu değişiklik neticedir. Böylece netice fiilin tamamlayıcı bir bileşeni olarak görülmüştür. Yine tehlike de kendinde bir netice, dış dünyada cereyan eden bir durum olarak netice kavramına dahildir⁶⁴. Fiilin bu iki bileşeni arasında illiyet bulunmalıdır. Neticeye iradi olarak sebep olma veya engel olmama, objektif bir bağlantıda gerçekleşir⁶⁵.

Bir neticeye iradi olarak sebep olma şeklindeki icrai fiil, iradi bir beden hareketi olarak kasların kasılmasıyla ortaya çıkar. İlliyet de netice ile bu beden hareketi arasında gerçekleşecektir. İlliyetin belirlenmesinde ise şart teorisi esas alınmıştır⁶⁶.

İradi olarak bir neticeye engel olmama şeklindeki ihmali ise, ancak hukuka aykırı olarak, yani bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü ihlal edilerek gerçekleşir ve ancak bu halde ihmali, hukuki etkisi bakımından icrai davranışa eş tutulabilir. İhmalin illiliği de ancak bu yükümlülüğün ihlaliyle kıyasen ortaya çıkabilir⁶⁷.

⁶¹ Haft, **AT**⁹, s. 17.

⁶² Roxin, **AT/I**⁴, § 8, kn. 10; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 202.

⁶³ von Liszt, **Lehrbuch**^{21/22}, s. 116; von Liszt, **Lehrbuch**¹⁰, s. 102.

⁶⁴ von Liszt, **Lehrbuch**¹⁰, s. 102-103.

⁶⁵ von Liszt, **Lehrbuch**¹⁰, s. 104.

⁶⁶ von Liszt, **Lehrbuch**¹⁰, s. 105-106; von Liszt, **Lehrbuch**^{21/22}, s. 120.

⁶⁷ von Liszt, **Lehrbuch**¹⁰, s. 111-112.

von Liszt, ihmal konusundaki açıklamalarıyla, özellikle de ihmalin varlığının hukuk düzeni tarafından belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü yüklenmiş olmasına bağlı olduğu konusundaki düşüncesiyle, daha şimdiden natüralist fiil kavramının esaslarından ayrılmıştır⁶⁸.

Beling'e göre ise icrai fiil iradi beden hareketi, ihmal ise iradi hareketsizliktir⁶⁹. Bir kimse objektif olarak bir beden hareketini veya hareketsizliğini gerçekleştirdiğinde fiil vardır. Bunun için beden kıpırdamasında veya kıpırdamamasında bir iradenin bulunduğu tespit edilmelidir⁷⁰. “İhmal, motor sinirlerin geri tutulmasıdır. İrade, beden kıpırdamasında olduğu gibi tam olarak sinirlere hakim olmakta, sinirlerin uyarılmasına ve kasların kasılmasına karşı koymaktadır”⁷¹. Buna uygun olarak, “fiil, irade tarafından taşınan bir insan davranışının var olduğu her durumda kabul edilmelidir”⁷².

Fiilin varlığı için aranan irade ise içerikten yoksun, renksiz bir iradedir. Tüm subjektif mülahazalardan ve sosyal anlam içeriğinden bağımsızdır. Neyin irade edildiği fiil bakımından önemli değildir. Failin belirli bir şeyi meydana getirmeyi istemesi gerekmez. Hareketin bir ön koşulu olarak sadece davranışı meydana getirmeyi istemesi yeterlidir. Bir başka anlatımla, failin iradesi, cezalandırılabilirliğin kanunda tanımlanmış şartlarını gerçekleştirmeye değil, aksine sadece böyle bir davranışı gerçekleştirmeye ilgilidir. Failin davranışıyla bağlantılı olarak, anlamı veya amacı fiil kavramının dışında bırakılmıştır. Neyin irade edildiği, yani iradenin içeriği, diğer bir ifadeyle, suçun kanuni tanımını gerçekleştirmeyi bilme ve isteme kusur sorununa aittir⁷³.

⁶⁸ Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 202.

⁶⁹ Beling, *Verbrechen*, s. 9.

⁷⁰ Beling, *Verbrechen*, s. 14; Ernst Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, 11. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1930, s. 12.

⁷¹ Beling, *Verbrechen*, s. 15.

⁷² Beling, *Verbrechen*, s. 17; ayrıca bkz. Roxin, *AT/I*⁴, § 8, kn. 10.

⁷³ Beling, *Verbrechen*, s. 9-11; Gustav Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1. Aufl., J. Guttentag, Berlin, 1904, s. 130-131; ayrıca bkz. Hans Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, *ZStW*, 58 (1939) s. 498; Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 39; Niese, *Finalität*, s. 8; Werner Niese, “Die finale Handlungslehre und ihre praktische

Bu anlayışta fiilin iki temel fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, doğa olaylarını, hayvanların davranışlarını ve irade tarafından yönlendirilmeyen insan hareketlerini, ceza hukuku bakımından yapılacak incelemenin dışında bırakmaktır⁷⁴. Diğeri ise fiilin; tipe uygunluğun, hukuka aykırılığın ve kusurluluğun bağlantı noktası olarak işlev görmesidir⁷⁵.

3. Haksızlığın Yapısı ve Objektif Haksızlık Anlayışı

Klasik suç öğretisinin temel özelliği, fiil kavramından hareketle yapılan haksızlık ve kusur arasındaki keskin ayrıma dayanmasıdır⁷⁶. Suçun unsurlarının gruplandırılmasında suçun harici ve dâhili yönü arasında, bir başka ifadeyle, objektif ve subjektif yönü arasında katı bir ayırım yapılmıştır. Nitekim *Beling*'e göre, suçun unsurlarının bir kısmı, münferit olayda varlığının kabul edilebilmesi için failin iç dünyasına bakılmasına ihtiyaç göstermeyen unsurlardır. Suçun diğeri bir kısım unsurları ise failin psikik durumuyla ilgilidir⁷⁷.

Suçun harici yönünü, beden hareketi veya hareketsizliği, tipe uygunluk ve hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Dâhili yönünü ise hareketin varlığı için aranan değerden yoksun irade ve kast veya taksir gibi iradenin özel bir biçimi olarak tezahür eden kusur oluşturur⁷⁸. Fiilin harici yönü olarak belirlenen suçun bütün objektif unsurları tipiklik ve hukuka aykırılıktan müteşekkil haksızlığa, suçun bütün subjektif unsurları ise kusur alanına dâhil edilmiştir⁷⁹.

Bedeutung", **DRiZ**, 1951, s. 221; H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 121-122; Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 2; Heinrich, **AT**⁵, § 7, kn. 97; Gropp, **AT**⁴, § 2, kn. 80; Ozansü, **Kast**, s. 36-37.

⁷⁴ Haft, **AT**⁹, s. 18.

⁷⁵ Gropp, **AT**⁴, § 2, kn. 85.

⁷⁶ H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 122; Paul, **Einwilligung**, s. 15; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 203.

⁷⁷ Beling, **Verbrechen**, s. 76; Gropp, **AT**³, § 3, kn. 60.

⁷⁸ Beling, **Verbrechen**, s. 77; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel**¹⁰, s. 196.

⁷⁹ Beling, **Grundzüge**¹¹, s. 24; ayrıca bkz. Hellmuth von Weber, **Zum Aufbau des Strafrechtssystems**, Frommannsche Buchhandlung Walter Biedermann, Lena, 1935, s. 5; H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 122; Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 59-60; Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 2; Niese, **DRiZ 1951**, s. 221; Paul, **Einwilligung**, s. 15; Jakobs, **AT**², 17. Ab., kn. 5; Roxin, **AT**⁴, § 7, kn. 15; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 202; Udo Ebert/Kristian Kühl, "Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat", **Jura**, 1981, s. 228; Sözüer, **YD 4/1995**, s. 469; Yasemin Baba,

Klasik suç öğretisinde ilk defa *Belting* tarafından ortaya konulan ve bugün hala yazarın adıyla anılan anlayışa göre tipiklik, hangi suçun tipik olarak söz konusu olduğunu gösteren, suçun soyut ve harici tasviri olarak anlaşılmaktadır⁸⁰. Bu yönüyle de, ceza kanununda cezalandırılabilir hareketin tam bir tanımının yapıldığı objektif bir araç işlevine sahiptir⁸¹. Tipiklik kategorisi, yalnızca bir davranışın suç tipine uygun olduğunun tespitinden ibaret görülmüştür⁸².

Bu öğretilerde tipiklik sadece tanımlayıcı bir fonksiyona sahiptir. Yani, sadece “eşya”, “bulunduğu yerden almak”, “insan”, “öldürme” gibi haricen tanımlanabilir unsurları ihtiva etmektedir⁸³. Bu aşamada yapılacak incelemede, ceza hukuku anlamında bir fiilin varlığı, yine fiilin bir bileşeni olarak tipiklikte tanımlanmış neticenin gerçekleşmiş olması ve bu gerçekleşmenin illiyet anlamında bir sebep sonuç ilişkisinde bir araya gelmiş olması yeterlidir⁸⁴. Tipik neticenin failin fiili sonucunda meydana geldiği, şart teorisi esas alınarak yapılan bir illiyet değerlendirmesinin sonucunda tespit edilmişse, artık tipikliğin gerçekleşmiş olduğu sonucuna varılmalıdır. Değerlendirme ise, katı bir şekilde nesnel, yani nötr olarak sürdürülmelidir⁸⁵.

Tipiklik, sadece suç teşkil eden fiilin haricen tasvirinden ibaret görüldüğünden, tipiklik alanında herhangi bir değer yargısı bulunmaz. Her ne kadar tipiklik gerçekleşmiş olsa ve tipikliğin gerçekleşmesi genellikle hukuka aykırı olarak ortaya çıksa da, sırf tipikliğin gerçekleşmiş olduğundan hareketle bunun faile yüklenmesi yönünde bir değer yargısına varılamaz. Fiilin, faile yüklenmesi anlamındaki ilk değerlendirme, kendine özgü bir problem olarak

“Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2017, s. 24.

⁸⁰ Belting, *Verbrechen*, s. 24, 110 vd.; Belting, *Grundzüge*¹¹, s. 29-30; ayrıca bkz. Gallas, *ZStW* 67 (1955), s. 2; Wiedow, *Rechtfertigung*, s. 20.

⁸¹ Haft, *AT*⁹, s. 18.

⁸² Paul, *Einwilligung*, s. 15.

⁸³ Haft, *AT*⁹, s. 18.

⁸⁴ Gropp, *AT*⁴, § 2, kn. 84.

⁸⁵ Belting, *Verbrechen*, s. 147.

hukuka aykırılık alanında ve yine objektif kıstaslara göre yapılacaktır. Davranışın bir değer yargısı içermeyen tipe uygunluğu ile hukuka aykırılık arasındaki ilişki ise, tipe uygunluğun hukuka aykırılığın varlığına yalnızca bir karine teşkil etmek durumunda olmasından ibarettir⁸⁶. Bu da tipikliğin hukuka aykırılık alanında başlayan hukuki nitelendirmenin temeli olarak işlev gördüğünü göstermektedir⁸⁷.

Hukuka aykırılık gerçekleştirilen tipik fiil üzerindeki negatif değer yargısıdır ve fiilin bütün hukuk düzeniyle objektif olarak çelişki halinde olmasını ifade etmektedir. Bu çelişki devlet tarafından vaz' edilen yazılı hukuk normları esas alınarak ve tamamen şekli olarak tayin edilir. Tipik neticeyi de içinde barındıran fiilin devlet tarafından vaz' edilen yazılı hukuk normlarına, yani hukukun emir ve yasaklarına aykırılık teşkil etmesi halinde, fiilin hukuka aykırı olduğu söylenir⁸⁸. Hukuka aykırılık şekli bir karakteri haiz olup, fiilin pozitif hukuk düzeniyle bağdaşabilirliği sorunuyla ilgilenmektedir⁸⁹.

Fiilin hukuka aykırı olup olmadığı, temelde iki aşamalı bir değerlendirmenin sonucunda ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz her suç tipinin düzenlendiği norm belirli bir davranışı emreder veya yasaklar. Fiilin tipikliğin şartlarını gerçekleştirmesi, kural olarak, onun hukuka aykırı olduğunu da gösterir⁹⁰. Bu, tipikliğin hukuka aykırılığa karine teşkil etmesi anlamında hukuka aykırılığın tespitinde ilk aşamayı oluşturmaktadır. Ancak söz konusu karine çürütülebilir bir karine olup, tipe uygun olarak ortaya çıkan fiilin gerçekte hukuka aykırı olup olmadığı tipik fiile izin veren başkaca bir kuralın bulunup

⁸⁶ Beling, **Verbrechen**, s. 147, 110 vd.; von Hippel, **Strafracht/II**, s. 185; ayrıca bkz. Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 2; Wiedow, **Rechtfertigung**, s. 20; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 202; Paul, **Einwilligung**, s. 15; Schmitt, **JuS 1963**, s. 67; Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 55; Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 160.

⁸⁷ Haft, **AT**⁹, s. 18.

⁸⁸ Beling, **Verbrechen**, s. 128, 136, 137, 162; Beling, **Grundzüge**¹¹, s. 13; von Liszt, **Lehrbuch**¹, s. 83, 65; von Liszt, **Lehrbuch**¹⁰, s. 118, 96; von Hippel, **Strafracht/II**, s. 184-185.

⁸⁹ Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 2; Gropp, **AT**⁴, § 2, kn. 82; ayrıca bkz. Beling, **Grundzüge**¹¹, s. 14.

⁹⁰ Beling, **Verbrechen**, s. 162 vd.

bulunmadığına göre belirlenecektir⁹¹. Belirli bir emir veya yasak içeren norm, mutlak olarak ve her durumda kendisine itaat edilmesini talep etmez. Aksine bazı hallerde normun bağlayıcılığından sarfı nazar edilir. Tipik fiilin gerçekleştirilmesine izin veren istisnai nitelikte başkaca bir kuralın bulunması halinde fiil hukuka uygun olarak ortaya çıkacaktır. Şu halde fiilin hukuka aykırılığının tespitinde ikinci bir aşama olarak fiile açıkça veya zımnen izin veren yazılı bir hukuk kuralının, yani bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olup olmadığına bakılacaktır. Söz konusu istisna kuralları ceza kanununda bulunabileceği gibi başkaca bir kanunda da bulunabilir⁹². Bu itibarla, öğretide hukuka aykırılık, tipe uygun olarak ortaya çıkan fiile kanunda yazılı hukuka uygunluk sebeplerinden birinin müdahalesinin söz konusu olmaması olarak anlaşılmaktadır⁹³.

Fiilin hukuka aykırılığına temel teşkil eden emir veya yasak normu gibi fiilin hukuka uygun olarak ortaya çıkmasına sebep olan izin veren kuralların da yazılı olması gerekmektedir. Hukuka aykırılık tamamen pozitif hukuktan ve objektif olarak temellendirilmektedir⁹⁴. Bununla birlikte, öğretinin kurucularından *von Liszt*'in, eserinin ilerleyen basılarında maddi hukuka aykırılıktan da bahsederek, hukuka aykırılığın şekli anlayışından uzaklaşmaya başladığı ifade edilmelidir⁹⁵.

Sonuç olarak klasik suç öğretisinde haksızlık tamamen objektif olarak temellendirilmiş, subjektif unsurlara haksızlık alanında yer verilmemiştir. İçerikten yoksun iradenin sonucu olarak ortaya çıkan ve pozitif hukuk düzeni tarafından tasvip edilmeyen neticeye sebep olunmasıyla haksızlık da gerçekleşmiş olur (salt netice/olgu değersizliği olarak haksızlık). Failin

⁹¹ Gallas, **ZStW** 67 (1955), s. 2; Haft, **AT**⁹, s. 18.

⁹² von Liszt, **Lehrbuch**¹, s. 83, 65; Beling, **Grundzüge**¹¹, s. 14.

⁹³ Gropp, **AT**³, § 3, kn. 60.

⁹⁴ Beling, **Verbrechen**, s. 136, 138; Haft, **AT**⁹, s. 18.

⁹⁵ von Liszt, **Lehrbuch**^{21/22}, s. 132; ayrıca bkz. von Liszt, **Lehrbuch**¹⁰, s. 118. *Beling*'in, *von Liszt*'in şekli ve maddi hukuka aykırılık ayrımı ve genel olarak maddi hukuka aykırılık anlayışı hakkındaki eleştirileri için bkz. Beling, **Verbrechen**, s. 137.

iradesinin içeriği haksızlık alanında dikkate alınmadığından, kasıtlı ve taksirli suçlar arasında haksızlık bakımından bir fark yoktur. Meydana gelen neticeye, kasten veya taksirle, hatta kaza veya tesadüfün eseri olarak dahi sebep olursa haksızlığın varlığından söz edilir⁹⁶.

4. Psikolojik Kusur Anlayışı

Haksızlık ve kusur arasındaki keskin ayrımın sonucu olarak, suç teşkil eden fiilin subjektif yönünü oluşturan kusur, failin iç dünyasını ilgilendiren bütün zihinsel ve ruhsal hususları bir araya getiren bir kavramdır. Böylece suçun varlığı için aranan ve iradi hareket ile haksızlığın dışında yer alan subjektif nitelikteki bütün unsurlar kusur başlığı altında toplanmıştır⁹⁷.

Haksızlığın gerçekleştiğinin tespitiyle son bulan objektif alandaki değerlendirmeye, gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla failin kusurlu olup olmadığı konusunda subjektif alanda sürdürülen bir değerlendirmeyle devam edilmektedir. Meydana gelen tipik neticenin objektif olarak failin iradi davranışına dayandırılması sorumluluk için yeterli değildir. Ayrıca fail ile fiili arasında subjektif bir bağlantının da bulunması gerekir. Tipe uygun ve hukuka aykırı fiilin varlığıyla ortaya çıkan haksızlık dolayısıyla kişinin sorumlu tutulması, haksızlık teşkil eden bu fiilin kusurlu olarak işlenmesine bağlıdır. Bu itibarla, suçun bir diğer unsuru da kusurdur⁹⁸. Kusur ise, fail ile fiili arasındaki psişik bağ olarak tanımlanmıştır⁹⁹.

Kusurun belirlenmesinde öncelikle kusurun bir ön şartı olarak failin isnat yeteneğinin bulunup bulunmadığı incelenir. Isnat yeteneği kusurun bir

⁹⁶ Niese, **DRiZ 1951**, s. 222; Steinbach, **Problematic**, s. 15-16; Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 493; Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 128; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 228.

⁹⁷ Wiedow, **Rechtfertigung**, s. 20; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 202; Heinrich, **AT**⁵, § 7, kn. 96; Gropp, **AT**³, § 3, kn. 60.

⁹⁸ Beling, **Verbrechen**, s. 42; Beling, **Grundzüge**¹¹, s. 17; von Liszt, **Lehrbuch**^{21/22}, s. 151.

⁹⁹ Beling, **Verbrechen**, s. 180; von Liszt, **Lehrbuch**^{21/22}, s. 152; von Hippel, **Strafrecht/II**, s. 186-187, 270-271; ayrıca bkz. H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 122; Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 2.

bileşeni, yani unsuru olarak değil sadece ön şartı olarak kabul edilmiştir. Eğer fail isnat yeteneğine sahipse, artık failin kusurlu hareket edip etmediği incelenebilir¹⁰⁰.

Kusurun kendisi ise fiilin kasten veya taksirle işlenmiş olmasıdır. Fail haksızlığı kasten veya taksirle gerçekleştirmiş olabilir. Böylece, kast ve taksir kusurun türleri olarak anlaşılmaktadır¹⁰¹.

Yine bazı suçlar bakımından kanuni tanımда yer verilen amaç veya saik gibi subjektif nitelikteki unsurlar da kusur içerisinde değerlendirilmiştir. Ancak bunlar her suç tipi bakımından aranan unsurlar olmadıklarından, ilave kusur gereklilikleri (*zusätzliche Schuldnerfordernisse*) veya ek kusur unsurları olarak görülmüştür¹⁰².

Klasik suç öğretisinde kusur yargısı da suçun objektif unsurları gibi, pozitivist düşünceye uygun olarak değerlendirilmiştir. Kusur sadece pozitif olarak tasavvur edilebilen olgularla sınırlı olarak değerlendirilir. Bunlar tipikliğin gerçekleştirilmesini bilme ve istemedir. Normatif değerlendirmeler kusur yargısı dışında bırakılmıştır¹⁰³. Pozitif olgular hakkındaki zihinsel ve ruhsal süreçlerden ibaret olan kusur bu yönüyle tamamen psikolojiktir (psikolojik kusur anlayışı)¹⁰⁴. Kusur kast ve taksirden ibaret görüldüğünden, söz

¹⁰⁰ von Liszt, **Lehrbuch**¹, s. 98; Beling, **Grundzüge**¹¹, s. 19; von Hippel, **Strafrecht/II**, s. 273, 277; ayrıca bkz. Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 202; Sözüer, **YD 4/1995**, s. 469; Meraklı, **Kusur**, s. 114.

¹⁰¹ von Liszt, **Lehrbuch**¹, s. 105 vd.; von Hippel, **Strafrecht/II**, s. 273; ayrıca bkz. von Weber, **Aufbau**, s. 5; H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 122; Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 2; Jakobs, **AT**², 17. Ab., kn. 5; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 202; Heinrich, **AT**⁵, § 7, kn. 96; Gropp, **AT**³, § 3, kn. 60; Sözüer, **YD 4/1995**, s. 469; Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 160; Talas, **Kusur**, s. 13; Serkan Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, 1. Baskı, Seçkin, 2017, s. 119.

¹⁰² Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 281; Gropp, **AT**⁴, § 2, kn. 92; ayrıca bkz. Beling, **Grundzüge**¹¹, s. 29 vd. Amaç-saik gibi ilave kusur gerekliliklerinin arandığı suçlar, Türk hukukunda klasik öğretiyi benimseyen yazarlar tarafından özel kastın arandığı suçlar olarak da ele alınmaktadır (Dönmezer/Erman, **Genel/II**¹¹, kn. 940; Erem/Danişman/Artuk, **Genel**¹⁴, s. 448; İçel/Sokullu-Akinci/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **Suç**², s. 238; Demirbaş, **Genel**¹⁴, s. 383; Soyaslan, **Genel**⁸, s. 441; Centel/Zafer/Çakmut, **Giriş**¹⁰, s. 376.

¹⁰³ Haft, **AT**⁹, s. 18.

¹⁰⁴ von Liszt, **Lehrbuch**^{21/22}, s. 151; von Weber, **Aufbau**, s. 5; Roxin, **AT/I**⁴, § 7, kn. 15; Gropp, **AT**³, § 3, kn. 60; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel**¹⁰, s. 197.

gelimi zorunluluk hali gibi kişinin iradesi üzerinde etkili olan ve failden talep edilen şekilde davranmasının beklenemediği haller, ya hukuka uygunluk sebebi¹⁰⁵ ya da cezayı kaldıran sebep¹⁰⁶ olarak görülmüştür¹⁰⁷.

Klasik suç öğretisinde içeriği tam olarak belirlenmiş bir kusur kavramı söz konusu değildir. Sırf subjektif nitelikte olmalarından bahisle bir araya getirilen unsurların, tek bir kavram ve bu kavramın anlam birliği içerisinde ne şekilde bir araya geldikleri belirsizliğini korumaktadır¹⁰⁸.

Öğretiye savunan yazarlar arasında hukuka aykırılık bilinci konusunda ise bir fikir birliği bulunmamaktadır¹⁰⁹. *von Liszt*'e göre kusurun tespitinde hukuka aykırılık bilincinin aranmasına gerek yoktur¹¹⁰. *Beling*'e göre ise hukuka aykırılık bilinci kastın kapsamına dâhildir¹¹¹.

5. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurları Bakımından Değerlendirme

Klasik suç öğretisinde, fiilin tipe uygunluğu ve hukuka aykırılığı tamamen objektif olarak belirlendiğinden¹¹², tipe uygun ve hukuka aykırı bir değersizliğin gerçekleşmesi şeklinde ortaya çıkan haksızlık, iradenin tipe uygunlukla bir ilişkisi bulunmak zorunda olmaksızın, failin dışındaki harici dünyada değerlendirilen, tamamen objektif bir doğa olayı olarak görülmüştür¹¹³.

¹⁰⁵ von Liszt, *Lehrbuch*¹⁰, s. 126 vd.

¹⁰⁶ Beling, *Verbrechen*, s. 55; Beling, *Grundzüge*¹¹, s. 32.

¹⁰⁷ James Goldschmidt, "Normativer Schuldbegriff", *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, Band 1, J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1930, s. 432.

¹⁰⁸ Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 203. Türk hukukunda psikolojik kusur anlayışı *Taner* tarafından benimsenmiştir (Taner, *Umumi*, s. 301 vd.).

¹⁰⁹ Bu durum, özellikle hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata bakımından önem arz etmektedir. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. Üçüncü Bölüm, I, D, 2, a. Kast Teorisi başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹¹⁰ von Liszt, *Lehrbuch*^{21/22}, s. 172-173; von Liszt, *Lehrbuch*¹⁰, s. 153, 157-158.

¹¹¹ Beling, *Verbrechen*, s. 182 vd.; Beling, *Grundzüge*¹¹, s. 43 vd.; Sözüer, *YD 4/1995*, s. 469-470; Meraklı, *Kusur*, s. 114.

¹¹² Beling, *Verbrechen*, s. 45-46; von Hippel, *Strafrecht/II*, s. 184-185.

¹¹³ Paul, *Einwilligung*, s. 16; Gropp, *AT*³, § 3, kn. 59; Salimi, *Rechtfertigungselement*, s. 9.

Failin kişiliği, psikişik durumu ve diğler bütün subjektif mülâhazalar haksızlık alanının dışındadır.

Herhangi bir hukuka uygunluk sebebi olmaksızın bir insanın öldürölmesi, bu öğretiyeye göre haksızlık teşkil eder. Haksızlığın oluşumunda failin kasten veya taksirle hareket etmesinin bir önemi bulunamaz. Fail kasten veya taksirle hareket etmese dahi haksızlık gerçekleşmiştir. Yalnızca kusurunun bulunmadığından söz edilir¹¹⁴. Kasıtlı ve taksirli suçlarda haksızlığın yapısı da birbirinden farklı değildir. Fiil kasten de işlense, taksirle de işlense, haksızlık içeriği ve derecesi aynıdır¹¹⁵. Cezalandırılabilir bir fiilin haksızlığı, sadece netice değersizliğine (*Erfolgsunwert*) veya olgu değersizliğine (*Sachverhaltsunwert*) sebep olma dolayısıyla gerçekleşir¹¹⁶.

Failin bütün subjektif tasavvurları kusur alanında değerlendirildiğinden, bu öğretide ne tipikliğin subjektif unsurları ne de hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları haksızlık alanında kendilerine yer bulabilmiştir. Hukuka aykırılık ve haksızlık bütünüyle objektif olarak belirlenir. Objektif haksızlık anlayışının benimsenmesi durumunda, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmiş olması, hukuka uygunluk için yeterlidir. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarından söz edilemez. Zira ortaya çıkan netice hukuk düzeniyle objektif olarak çelişki halinde değilse, failin bu durumu bilip bilmemesi önemli olmaksızın fiilin hukuka uygun olduğu sonucuna varılır. Fiilin hukuka uygunluğu için netice/olgu değersizliğinin gerçekleşmemiş olması yeterlidir. Bu sebeple, hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının gerçekleşmesiyle ortaya çıkan netice/olgu değeriyle yetinilebilir¹¹⁷.

¹¹⁴ Heinrich, **AT**⁵, § 7, kn. 96, s. 40.

¹¹⁵ Gropp, **AT**⁴, § 2, kn. 84.

¹¹⁶ von Hippel, **Strafracht/II**, s. 184-185, 187; Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 498; Gropp, **AT**⁴, § 2, kn. 80.

¹¹⁷ von Hippel, **Strafracht/II**, s. 196; Staab, **Elemente**, s. 68; ayrıca bkz. Reinhart Maurach, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., C.F. Müller, Karlsruhe, 1965, s. 258; Schmitt, **JuS 1963**, s. 67; Steinbach, **Problematic**, s. 101; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 9; Blanke,

Nitekim *Belting*'e göre, hukuka aykırılık objektif olarak norma aykırılık olduğundan bütün psişik unsurlardan bağımsızdır. Fiilin hukuka aykırı veya hukuka uygun olması, sadece ortaya çıkan objektif durumun hukuk düzeninin normlarının istediği gibi olup olmamasıyla ilgilidir. Hukuka aykırılığın objektif niteliği, onun varlığı veya yokluğu hususundaki yargı bakımından failin takip ettiği amacın prensip olarak değerlendirme dışı bırakılmasını gerektirir. Diğer bir ifadeyle, failin hukuka uygunluk sebebini doğuran durumu bilip bilmemesi veya amacı, hukuka aykırılık yargısında göz ardı edilir. Fiil, fail tarafından izin verilen amaçların takip edilmesi dolayısıyla hukuka aykırı karakterini kaybetmez. Keza hukuka uygun bir davranış, hukuka aykırı bir amaçla gerçekleştirilmesi dolayısıyla hukuka aykırı hale gelmez. Halihazırda mevcut bir saldırının bertaraf edilmesi bakımından objektif olarak gerekli olan meşru savunma hareketi, fail savunma amacıyla hareket etmese dahi hukuka uygun olur. Yine bir tedavi fiilinin ancak doktorun tedavi amacıyla hareket ettiği hallerde hukuka uygun olacağı şeklindeki düşünce reddedilmelidir¹¹⁸.

Ancak hukuka aykırılığın objektif karakteri bazı özel durumlarda failin tasavvurunun veya amacının dikkate alınmayacağı anlamına da gelmemektedir. Söz gelimi sırf başkasına zarar vermek amacıyla hakkın kötüye kullanılması veya verilen bir emrin suç teşkil ettiğinin açıkça bilinmesine karşılık emrin yerine getirilmesi halinde fiil hukuka uygun olmayacaktır. Ancak bunlar açıkça ifade edilen istisnai durumlardır. Prensip olarak hukuka aykırılık failin iradesinden ve istemesinden, onun düşüncelerinden ve amaçlarından bağımsızdır. Kural olarak bu hususlar kusurda ele alınır¹¹⁹.

Belirtmek gerekir ki, burada zikredilen hakkın kötüye kullanılmasının hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları sorunuyla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Zira bu durumda fail, en azından hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının bilgisini haizdir. Sadece takip ettiği amaç bakımından bir

Rechtfertigungselemente, s. 55-56; Reip, **Täterhandeln**, s. 23; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 207; Streng, **FS-Otto**, s. 469.

¹¹⁸ Beling, **Verbrechen**, s. 140-141.

¹¹⁹ Beling, **Verbrechen**, s. 142.

farklılık söz konusudur. Burada, failin hangi amaçla fiilini gerçekleştirdiği hukuka aykırılık bakımından önemsiz olmakla birlikte, sadece gerçekleştirilmek istenen hukuka aykırı fiiller açısından hukukun cezasız kalmada araç haline getirilmesinden kaçınılmak istenmektedir¹²⁰. Bir kişiyi öldürmek isteyen failin, sırf hukuka uygunluk sebebi dolayısıyla cezasız kalmak için ilgili kişiyi saldırıya tahrik etmesi ve kendisini meşru savunma durumuna düşürmesi gibi hakkın kötüye kullanılması hallerinin hukuken sığınak yapılması engellenmektedir¹²¹.

Somut olayda objektif olarak bir hukuka uygunluk sebebi söz konusu olmakla birlikte fail bu durumu bilmeyerek hareket etmiş olabilir. Mesela, gerçekte ilgilinin rızası bulunmasına karşılık kişi rızanın bulunmadığını düşünebilir. Bu durumda fail, fiili gerçekte hukuka uygun olmasına karşın, fiilinin hukuka aykırı olduğu düşüncesiyle hareket etmektedir. Bu hata önemsizdir. Nitekim bu gibi bir hata hali gerek *von Liszt* gerekse de *Belting* tarafından mefruz suç (*Wahnverbrechen/Putativdelikt*) olarak değerlendirilmiştir. Yazarlara göre bu durum her ne kadar elverişsiz teşebbüsle karıştırılsa da elverişsiz teşebbüs olarak nitelendirilemez¹²².

von Liszt'e göre mefruz suç iki şekilde gerçekleşebilir. İlk olarak, gerçekleştirilen fiil kanunda suç olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte fail hatalı olarak bu davranışın suç olduğunu düşünmektedir. Mesela, failin kanunda suç olarak düzenlenmemiş olan hemcinsiyle cinsel ilişkiye girme fiilinin suç olduğunu düşünmesi ve fiili gerçekleştirmesi böyledir. İkinci olarak ise fail, fiil kanunda suç olarak düzenlenmiş olmakla birlikte olayda bir hukuka uygunluk

¹²⁰ Ayrıca bkz. ve krş. Karsten Gaede, "Der Verteidigungswille - konstitutive Voraussetzung bei Notwehr und Notwehrexzess?", **Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag**, Ed.: Bernd Hecker, Bettina Wießer, Christian Brand, C.H. Beck, München, 2018, s. 35 vd.

¹²¹ *Staab*'a göre, meşru savunmadan yararlanmak için saldırının tahrik edilmesi halinde (*die provozierte Notwehr*) kişinin meşru savunmadan yararlanamamasının ve cezalandırılmasının sebebi savunma amacının veya meşru savunmanın subjektif unsurlarının bulunmaması değildir. Aksine bunun sebebi, tahrik anında objektif olarak meşru savunmaya esas teşkil edecek bir saldırının mevcut olmaması ve saldırıyı tahrik ederek kişinin daha sonra gerçekleştireceği ihlalin bir koşulunu meydana getirmesidir. Burada sebebinde serbest hareketlere (*actio libera in causa*) paralel bir durum söz konusudur (*Staab, Elemente*, s. 37-38).

¹²² *von Liszt, Lehrbuch*¹⁰, s. 160, 160 dn. 7; *von Liszt, Lehrbuch*¹, s. 65; *Belting, Verbrechen*, s. 329, dn. 1; *Belting, Grundzüge*¹¹, s. 13.

sebebinin bulunmadığı düşüncesiyle hareket eder. Mesela, kolluğun somut olayda gerçekte silah kullanma yetkisine ilişkin şartların oluşmasına karşın, bu şartlarının oluşmadığını düşünerek silahını kullanması hali böyledir. Her iki ihtimal de mefruz suç kapsamında aynı şekilde değerlendirilir. Elverişsiz teşebbüs halinde ise fiilin hukuka aykırı olması gerekmektedir. Bu açıdan fiilin hiç veya bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı dolayısıyla hukuka aykırı olmadığı mefruz suç halleri teşebbüs kapsamında değerlendirilmez¹²³.

Keza *Belting*'e göre de mefruz suç iki şekilde gerçekleşebilir. İlk olarak kişi davranışının tipe uygun olduğu düşüncesiyle hareket eder. Ancak somut olayda fiil tipe uygun değildir (tersine hukuki hata ve tersine tipiklik hatası). Yazarın bu düşüncesine göre, kullanması için arkadaşına ödünç verdiği daktiloyu arkadaşından habersiz olarak bulunduğu yerden almanın hırsızlık suçunu oluşturduğunu düşünen failin durumunda veya başkasının olduğunu sanarak kendisine ait paltoyu vestiyerden alan failin durumunda mefruz suç söz konusu olacaktır. Diğer ihtimalde ise tipe uygun fiil somut olayda hukuka aykırı olmamasına karşılık fail davranışının hukuka aykırı olduğunu düşünmektedir. Şu halde, kişi hiç var olmayan bir normun varlığından hareketle davranışını gerçekleştirmiş olabilir ya da var olan bir normu ihlal etmediği halde, ihlal ettiğini düşünebilir. Bütün bu durumlarda, yani mefruz tipiklik ve mefruz hukuka aykırılık hallerinde suçtan söz edilemez. Bu ihtimallerde (mutlak) elverişsiz teşebbüsün varlığından bahsetmek için bir sebep söz konusu değildir. Zira elverişsiz teşebbüste fiilin hukuka aykırı olması gerekmektedir¹²⁴.

Hukukumuzda klasik suç öğretisini benimseyen yazarlara göre de hukuka uygunluk sebepleri objektif niteliktedir ve objektif unsurları gerçekleştğinde, failin bunların gerçekleştiğini bilip bilmediği önemli olmaksızın, fiili hukuka uygun hale getirir. Haksızlık gibi hukuka uygunluk

¹²³ von Liszt, *Lehrbuch*¹⁰, s. 160, 160 dn. 7.

¹²⁴ Beling, *Verbrechen*, s. 329, dn. 1.

sebepleri de sadece objektif unsurlardan müteşekkildir, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları yoktur¹²⁵.

Failin, fiili gerçekte suç teşkil etmemesine karşın, suç teşkil ettiği düşüncesiyle hareket etmesi halinde ise mefruz suç söz konusudur. Mefruz suç hukuki hata sonucunda ortaya çıkabileceği gibi fiili hata sonucunda da ortaya çıkabilir¹²⁶. Mesela, fail işlediği fiilin, kanunda suç olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen, suç teşkil ettiğini düşünmüş olabilir. Söz gelimi, aralarında evlenme yasağı bulunan kişilerin rızaya dayalı olarak cinsel ilişkiye girmeleri suç olmamasına rağmen, fail bunun suç olduğunu düşünerek cinsel ilişkiye girmiş olabilir. Bu durumda hukuki hataya dayalı mefruz suç vardır¹²⁷.

Keza, fiilinin kanundaki suç tiplerinden birine uyduğunu bilen ve bu hususta hataya düşmeyen fail, somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurları gerçekleşmiş olmasına karşın bunu bilmiyor ve suç işlediği zannıyla hareket ediyor olabilir. Fail gerçekte suç işlememesine karşın, suç işlediği hususunda hataya düşmüştür. Bu durumda ise fiili hataya dayalı mefruz suç söz konusudur¹²⁸.

B. Neoklasik Suç Öğretisi

von Liszt ve *Belting* tarafından geliştirilen ve katı bir şekilde objektif haksızlık ve subjektif kusur ayrımına dayanan klasik suç öğretisi, basit, kolay

¹²⁵ Kunter, **Kanuni**, kn. 99; Taner, **Umumi**, kn. 286; Alacakaptan, **Suçun**, s. 98; Dönmezer/Erman, **Genel/II**¹¹, kn. 696; Erem/Danişman/Artuk, **Genel**¹⁴, s. 551; Cihan, **Hata**, s. 130 vd.; Önder, **Genel II-III**, s. 152-153; Yüce, **Dersleri**, s. 260; Toroslu, **Zaruret**, s. 157; İçel/Sokullu-Akinci/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **Suç**², s. 111; Katoğlu, **Aykırılık**, s. 88 vd., 105 vd.; İçel, **Genel**⁵, s. 322; Hafızoğulları/Özen, **Genel**¹¹, s. 212; Demirbaş, **Genel**¹⁴, s. 271-274, 437; Centel/Zafer/Çakmut, **Giriş**¹⁰, s. 299; Özen, **Müdafaa**, s. 141.

¹²⁶ Baha Kantar, **Ceza Hukuku**, Ankara, ty., s. 80-81; Dönmezer/Erman, **Genel/I**¹³, kn. 497; Hafızoğulları/Özen, **Genel**¹¹, s. 318; Demirbaş, **Genel**¹⁴, s. 220; Soyaslan, **Genel**⁸, s. 332-333.

¹²⁷ Dönmezer/Erman, **Genel/I**¹³, kn. 497.

¹²⁸ Kunter, **Kanuni**, kn. 99; Dönmezer/Erman, **Genel/II**¹¹, kn. 696; Cihan, **Hata**, s. 132; İçel/Sokullu-Akinci/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, **Suç**², s. 111; İçel, **Genel**⁵, s. 322; Hafızoğulları/Özen, **Genel**¹¹, s. 319; Soyaslan, **Genel**⁸, s. 334; Toroslu, **Zaruret**, s. 157; Özen, **Müdafaa**, s. 141; Ozansü, **Hata**, s. 390.

anlaşılır ve didaktik olarak faydalı yapısındaki cezbediciliğine rağmen, ilerleyen zaman içinde esaslı eleştirilerle karşılaşmış ve değişikliğe uğramıştır¹²⁹.

Bu değişimin temelinde, neo-Kantçı akımın hukuki pozitivizm eleştirisi yer almaktadır¹³⁰. Özellikle 20. yüzyılın başında oldukça etkili olan neo-Kantçı değer felsefesi tabii bilimlerin gözlem ve tasvir metodunun yanına beşeri bilimlerin anlama ve değerlendirme metodunu eklemiştir. Bu da, ceza hukukunun özünü amaç, değer ve fikirlerde görmeyi tetiklemiştir. Bu anlayış biçimine göre, gerçeklik, ilgili disiplinlerin temelinde yatan en yüksek değerlerle ilişkilendirilmeli, bu değerlerle şekillendirilmeli ve bu değerlerin bakış açılarından sistemleştirilmelidir. Bu itibarla, suç kavramı, kendisiyle sınırlı olan hukuki düşüncenin şekli tutarlılığı yerine, ceza hukuku tarafından takip edilen amaçlarla ve onun temelinde yatan değer fikrine göre inşa edilmelidir (teleolojik suç öğretisi)¹³¹.

Yine klasik suç öğretisinde, özellikle objektif haksızlık ve subjektif kusur şeklindeki katı ayırmda, haksızlık ve kusurun birbirleriyle nasıl bir ilişki içinde olduğu sorusu cevapsız kalmıştır¹³². Haksızlığın her durumda objektif unsurlardan oluştuğunun izahındaki güçlük ve kusurun sadece subjektif unsurlardan oluşmadığının müşahade edilmesi suçun yeniden yapılandırılmasında etkili olmuştur¹³³. Suçun yapısında ve temel kavramlarında başlayan değişim, neo-Kantçı değer felsefesi temelinde neoklasik suç öğretisini doğurmuştur¹³⁴.

¹²⁹ Paul, **Einwilligung**, s. 16.

¹³⁰ Haft, **AT**⁹, s. 19.

¹³¹ Roxin, **AT/I**⁴, § 7, kn. 21; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 204; Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 163; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel**¹⁰, s. 197 vd. *Hegler*'in teleolojik ceza hukuku anlayışı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. August Hegler, "Die Merkmale des Verbrechens", I, **ZStW**, 36 (1915), s. 20, dn. 4.

¹³² Haft, **AT**⁹, s. 19.

¹³³ Roxin, **AT/I**⁴, § 7, kn. 16.

¹³⁴ Roxin, **AT/I**⁴, § 7, kn. 21; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 204.

Öğretinin neoklasik olarak adlandırılmasının sebebi, klasik suç öğretisinin temel yapısını ve kavramlarını muhafaza etmesidir. Bununla birlikte, neoklasik öğretiyle bu temel kavramlarda esaslı değişiklikler meydana gelmiş, bir bakıma bunlar yeniden yapılandırılmıştır. Klasik suç öğretilerinden tamamen yüz çevrilmemiş, bunun yerine sistem içi bir değişime gidilmiştir¹³⁵. Klasik suç öğretisinin; fiil, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur kavramlarının her biri değişime uğramıştır¹³⁶.

1. Fiil Anlayışı

Klasik suç öğretisinin temel kavramlarının gözden geçirilmesi ve yeniden yapılandırılmasına fiil kavramıyla başlanmıştır. Nitekim fiil kavramının natüralist özellikleri, değeri esas alan ceza hukuku sistemine uygun düşmemektedir. Özellikle fiil salt natüralist bir bakış açısından ele alındığında, ihmali izah etmekte güçlüklerle karşılaşmaktadır. Her ne kadar *Beling* tarafından ihmal, motor sinirlerin isteyerek (kasten) geri tutulması şeklinde tanımlanarak hareketsizliğin elle tutulur somut realitesi muhafaza edilmeye çalışılmış olsa da¹³⁷, bu gayret bilinçsiz taksirle işlenen ihmali suçlar söz konusu olduğunda başarısız olmaktadır¹³⁸.

Nitekim daha önce de ifade edildiği üzere, *von Liszt* ihmalin hukuka aykırı olarak, yani bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü ihlal edilerek gerçekleşeceğini ve ancak bu halde ihmalin hukuken icrai davranışa eş tutulabileceğini benimseyerek¹³⁹ natüralist temelden feragat etmek zorunda kalmıştır¹⁴⁰.

¹³⁵ Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 204; Haft, **AT**⁹, s. 19.

¹³⁶ Haft, **AT**⁹, s. 19.

¹³⁷ Beling, **Verbrechen**, s. 15.

¹³⁸ Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 205; Gropp, **AT**⁴, § 2, kn. 88.

¹³⁹ von Liszt, **Lehrbuch**¹⁰, s. 111-112.

¹⁴⁰ Haft, **AT**⁹, s. 20.

Aynı şekilde, fiilin natüralist bir esastan hareketle açıklanmaya çalışılması, hakaret suçu söz konusu olduğunda oldukça problemlili hale gelmektedir¹⁴¹. İradi olarak havadaki ses titreşiminin uyarılmasıyla başlayan süreçte psikolojik ve fiziki görünümle açıklanmaya çalışılan fiil¹⁴², esas itibarıyla tahkir edici bir beyan olarak sözün anlamı ve mağdurun saygınlığıyla ilgili olmasına karşın, söz konusu değerleri izahta yetersiz kalmaktadır¹⁴³.

Belli başlı bu sorunlar sebebiyle, daha fazla natüralist bir şekilde anlaşılamayacak olan fiil önem bakımından geri plana itilerek, suç kavramının temel kategorisi olarak tipikliğin öne çıkarılması gerekmiştir¹⁴⁴. Yine sorunun çözümü adına “hareket (*Handlung*)” kavramı, insan iradesinin dış dünyada etkili olması anlamını taşıyan “davranış (*Verhalten*)” kavramıyla yumuşatılmaya çalışılmıştır. Fiil, dış dünyada etki meydana getiren “iradenin davranışı (*Willensverhalten*)”¹⁴⁵, “iradenin gerçekleştirilmesi” (*Willensverwirklichung*)”¹⁴⁶ veya “insan davranışı (*menschliches Verhalten*)”¹⁴⁷ gibi çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Ancak ifade etmek gerekir ki, davranışın yine dış dünyada bir etki meydana getiren karakteri sebebiyle, illi hareket anlayışından bu yönüyle pek fazla uzaklaşmadığı görülmektedir¹⁴⁸. Keza klasik suç öğretisinde olduğu gibi, neoklasik suç öğretisinde de netice ve illiyet fiil kavramı içerisinde mütalaa edilmeye devam etmiştir¹⁴⁹. Yine fiilin varlığından söz edilebilmesi için failin iradi olarak hareket ettiğinin tespiti yeterli görülmektedir. Neyin irade edildiği

¹⁴¹ Gropp, AT⁴, § 2, kn. 87.

¹⁴² von Liszt, Lehrbuch², s. 107 vd.

¹⁴³ Jescheck/Weigend, AT⁵, s. 205.

¹⁴⁴ Radbruch, FG-Frank/I, s. 162; Gallas, ZStW 67 (1955), s. 3-4; Paul, Einwilligung, s. 16.

¹⁴⁵ von Hippel, Strafrecht/II, s. 130.

¹⁴⁶ Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1923, s. 109.

¹⁴⁷ Edmund Mezger, Strafrecht (Ein Lehrbuch), 3. Aufl., Duncker & Humblot, München Leipzig, 1949, s. 91; Baumann/Weber, AT⁹, s. 189.

¹⁴⁸ Jescheck/Weigend, AT⁵, s. 205.

¹⁴⁹ Mezger, Lehrbuch³, s. 95.

ise önemsizdir. İradenin içeriği kusur sorunu bakımından önem arz eder¹⁵⁰. İhmal, illi hareket anlayışının sakıncalarını giderecek şekilde, failin kendisinden beklenen belirli bir davranışın yapılmaması olarak tanımlanmıştır¹⁵¹.

Bunun yanında, fiili “iradi davranış (*willkürliches Verhalten*)”¹⁵² olarak tanımlayan *E. Schmidt* fiilin tabii bilimler anlamında fizyolojik olarak değil, sosyal bir fenomen olarak anlaşıldığı sosyal hareket öğretisine neoklasik suç öğretisi içerisinde yer vermiştir¹⁵³.

2. Haksızlığın Yapısı ve Haksızlığın Subjektif Unsurlarının Gelişimi

Neoklasik suç öğretisiyle birlikte, klasik suç öğretisinin haksızlık ve haksızlığın yapısına ilişkin anlayışı da esaslı bir değişim geçirmiştir.

a. Tipikliğin Normatif Unsurları

Bu değişimin ilk basamağını tipikliğin normatif unsurlarının keşfi oluşturmaktadır¹⁵⁴. Klasik suç öğretisinde, tipiklikte yer alan unsurlar tanımlanabilir ve değerden yoksun olarak anlaşıyordu. Buna karşılık, söz konusu unsurlardan bir kısmı tanımlanabilir nitelikte iken, diğer bir kısım unsurların herhangi bir normatif değerlendirme yapılmaksızın veya bir değer

¹⁵⁰ Mezger, **Lehrbuch**³, s. 109; Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 192. Klasik ve neoklasik suç öğretilerinde hareketin yapısında iradenin içeriğine yer verilmemesinin, bu öğretilerin haksızlık ve kusur arasındaki ayrımında benimsedikleri anlayışla uyum içerisinde olduğunu, bu ayrımın yapılabilmesi için iradenin içeriğinin hareketin dışında bırakılması gerektiğini ifade etmek gerekir. Ayrıca krş. Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 40.

¹⁵¹ Mezger, **Lehrbuch**³, s. 130.

¹⁵² Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 26. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin Leipzig, 1932, s. 154.

¹⁵³ von Liszt/Schmidt, **Lehrbuch**²⁶, s. 153, dn. *; Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 164; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel**¹⁰, s. 198.

¹⁵⁴ Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 163; ayrıntılı bilgi için bkz. M. E. Mayer, **Lehrbuch**², s. 182 vd.; Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 128 vd.; Wilhelm Sauer, **Allgemeine Strafrechtslehre**, 3. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1955, s. 69 vd.; Hellmuth Mayer, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 1. Aufl., W. Kohlhammer, Stuttgart Köln, 1953, s. 108 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel**¹⁰, s. 198-199.

yargısında bulunulmaksızın anlaşılamayacağı, bunların ancak hâkim tarafından eklenecek olan değer içeriği sayesinde kullanılmaya elverişli bir anlam kazanabileceği müşahade edilmiştir¹⁵⁵. Bu çerçevede, birçok suç tipinin normatif unsurlar ihtiva ettiği görülmüştür. Mesela, başkasına ait taşınır bir malın bulunduğu yerden alınmasıyla işlenen hırsızlık suçunda (Al.CK § 242; TCK m. 141) “taşınır mal”¹⁵⁶ veya “bulunduğu yerden alma” unsurları tanımlanabilir niteliktedir ve özel olarak bir hukuki değerlendirmeyi gerektirmemektedir. Buna karşılık “başkasına ait olma” özel hukuk bakımından mülkiyetin durumuna ilişkin bir değerlendirme yapmayı zorunlu kılmaktadır. Yine belgede sahtecilik suçunda (Al.CK § 267; TCK m. 204 vd.) suçun konusu olarak “belge”nin varlığı ancak normatif bir değerlendirme sonucunda bilinebilir. Hakaret suçunda “sövme” (Al.CK § 168; TCK m. 125) veya müstehcenlik suçunda (TCK m. 226) “müstehcen” kavramları ancak bir değer yargısı sonucunda suç tipi bakımından kullanışlı hale gelebilmektedir. Böylece, tipiklikte değerlendirici unsurların varlığı kabul edilmiştir¹⁵⁷.

Normatif bir değerlendirmeyi veya bir değer yargısında bulunmayı gerektirmeleri sebebiyle, tipikliğin normatif unsurlarının çifte karaktere sahip olduğu ifade edilmiştir. Bunlar bir yandan tipiklikte değeri belirleyici (*wertbestimmend*) unsurlar olarak yer alırken, diğer yandan tanımlanabilir unsurlarda olduğu gibi, hukuka aykırılığa sadece işaret eden, hukuka aykırılığın bilinmesi sebebi (*ratio cognoscendi*) olarak değil, aksine hukuka aykırılığı temellendiren, yani hukuka aykırılığın varlık nedeni (*ratio essendi*) olarak işlev

¹⁵⁵ Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 166.

¹⁵⁶ Düşüncemize göre, “mal” kavramı ancak eşya hukuku bakımından bir değerlendirmeyle anlaşılabilir olduğundan, biz mal kavramını normatif unsur olarak kabul ediyoruz. Ancak malın “taşınır”lığı fiili bir durum olup herhangi bir hukuki değerlendirmeyi gerektirmediğinden tanımlanabilir bir niteliği haizdir. Aynı yönde bkz. Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 128

¹⁵⁷ Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 206; Haft, **AT**⁹, s. 20; Gropp, **AT**⁴, § 2, kn. 93; Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 166.

görmektedir. Bu anlamda, mesela malın “başkasına ait olma”sı hırsızlık suçunun hukuka aykırılığının varlık nedeni olarak görülmüştür¹⁵⁸.

Normatif unsurların hukuka aykırılığın varlık nedeni olarak kabulünün bir sonucu olarak *Mezger*, hukuka aykırılığın haksızlığı ortadan kaldıran sebeplerin bulunmamasına bağlı olduğunu da kaydederek, tipikliğin salt hukuka aykırılığa karine teşkil ettiği görüşünü reddetmektedir. Yazara göre, aksi düşünce ceza hükmünün vaz’ edilmesinde kanun yapmanın gerçek anlamını doğru değerlendirmemek olacaktır. Zira ceza kanununda tarif edilen bir tipik haksızlığın başkaca bir hukuk dalı bakımından da temellendirilmesinin mümkün olmadığı hallerde, fiile hukuka aykırılığını veren, bu ceza hükmünden başkası olamaz. Fiilin hukuka aykırılığının esas ceza hükmünün, yani tipikliğin kendisinde bulunmaktadır¹⁵⁹. Yine *Mezger*’le benzer bir görüşü savunan *Sauer* de tipiklik ile hukuka aykırılığın birbirlerinin yanında bağımsız unsurlar olarak bulunmadığını, aksine tipikliğin hukuka aykırılığın tipleştirilmiş halini oluşturduğunu ve tipikliğin pozitif ve negatif (hukuka uygunluk sebepleri) bileşenlerden oluştuğunu savunmaktadır^{160,161}.

Buna karşılık, *Max Ernst Mayer*¹⁶² ve *Baumann/Weber*¹⁶³, normatif unsurların bu çifte karakterinin kabulünün tipikliğin karine fonksiyonuna engel teşkil etmediği fikrindedirler.

¹⁵⁸ M. E. Mayer, *Lehrbuch*², s. 182 vd.; Mezger, *Lehrbuch*³, s. 182; Gallas, *ZStW* 67 (1955), s. 3.

¹⁵⁹ Mezger, *Lehrbuch*³, s. 184.

¹⁶⁰ Sauer, *Strafrechtslehre*³, s. 63.

¹⁶¹ *Mezger* ve *Sauer*, tipiklik ve hukuka aykırılığı bir bütün halinde ve özdeş olarak değerlendirilmektedir. Bu durum her ne kadar yazarların tipikliğin negatif unsurları öğretisine taraftar oldukları hususunu akla getirir de, özellikle *Mezger* bunun doğru olmadığını, hukuka aykırılığın tipikliğin bir unsuru kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir (Mezger, *Lehrbuch*³, s. 179, 183-184; ayrıca bkz. Sauer, *Strafrechtslehre*³, s. 58). Ancak yazarların, klasik öğreti ile ortaya çıkan, suçun üç basamaklı yapısını benimsemedikleri, suçun tipiklik-hukuka aykırılık ve kusur şeklinde iki basamaklı bir yapıya sahip olduğu görüşünde oldukları söylenebilir. Bu konuda ayrıca bkz. Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 53-54.

¹⁶² M. E. Mayer, *Lehrbuch*², s. 185.

¹⁶³ Baumann/Weber, *AT*⁹, s. 257.

b. Haksızlığın Subjektif Unsurları

Tipiklik alanındaki diğer bir değişimi ise, haksızlığın subjektif unsurlarının kabul edilmesi oluşturmaktadır¹⁶⁴. Haksızlığın tespitinde bir kısım subjektif unsurların varlığına ihtiyaç duyulduğuna, ilk olarak, özel hukuk alanında *Fischer* tarafından işaret edilmiştir¹⁶⁵. Bunu takiben, *Hegler*¹⁶⁶, *Nagler*¹⁶⁷ ve *Mezger*¹⁶⁸'in çalışmalarıyla haksızlığın subjektif unsurları öğretisi (*die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen*) geliştirilmiştir¹⁶⁹.

Neoklasik suç öğretisinde de, esas itibariyle, objektif haksızlık (hukuka aykırılık) ve subjektif kusur ayrımı varlığını temel olarak sürdürmektedir¹⁷⁰. Zira

¹⁶⁴ Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 163.

¹⁶⁵ *Fischer* şöyle bir kıyaslamadan hareket etmektedir: Bir başkasının malına zarar veren kişi hukuka aykırı hareket etmiş olacaktır. Buna karşılık, kişi bir başkasının mülkiyetini hakkın icrası sırasında ihlal ederse, bu halde hukuka aykırı hareket etmiş olmaz. Ancak hakkını icra ettiği sırada bir başkasının malına zarar veren kişi, gerçekte sırf zarar verme amacıyla hareket ediyorsa (hakkın kötüye kullanılması hali), bu halde yine hukuka aykırı hareket etmiş olacaktır. Bu üç ihtimalden ortaya çıkan sonuç, subjektif nitelikteki hususların (unsurların) bütünüyle hukuka aykırılık (haksızlık) alanının dışına atılamayacağıdır (*Fischer*, **Rechtswidrigkeit**, s. 137 vd.). Dış dünyaya yansıyan görünümü itibariyle aynı olan davranışların, failin iç dünyası ve düşünceleri dikkate alındığında farklı şekillerde nitelendirilebileceğinden hareket eden *Fischer*'e göre, yasaklanan salt objektif olaylar, meydana gelişler değildir. Aksine failin işlediği sıradaki zihniyetine göre, fiilin yasaklandığı veya fiile izin verildiği sonucuna ulaşılabilir (*Fischer*, **Rechtswidrigkeit**, s. 288 vd.). Şu halde, hukuka aykırılığın (haksızlığın) objektif ve subjektif unsurlarının her zaman bütünüyle birbirinden ayrılamayacağı görülmektedir. Bu açıdan, tipikliğin solgun yüzüne rengini verecek olan failin kötü zihniyetidir (*Fischer*, **Rechtswidrigkeit**, s. 293).

¹⁶⁶ *Hegler*, **ZStW 36 (1915)/I**, s. 19 vd.; August *Hegler*, “Die Merkmale des Verbrechens”, II, **ZStW**, 36 (1915), s. 184 vd.; August *Hegler*, “Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs” **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag**, Band 1, J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1930, s. 251 vd. *Hegler*, özel hukuk alanında ilk olarak *Fischer* tarafından ortaya atılan haksızlığın subjektif unsurları öğretisini ceza hukuku bakımından elverişli ve uygulanabilir hale getiren kişi olarak zikredilmektedir (*Steinbach*, **Problematik**, s. 22). Nitekim *Hegler*, makalesinde, suçun salt şekli olarak ele alınamayacağını ifade etmekte, teleolojik ceza hukuku anlayışını ana hatlarıyla anlatmak istediğini ifade etmektedir (*Hegler*, **ZStW 36 (1915)/I**, s. 20 vd., 20, dn. 4).

¹⁶⁷ Johannes *Nagler*, “Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit”, **Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911**, Band II, Felix Meiner, Leipzig, 1911, s. 276 vd.; Johannes *Nagler*, “Der Begriff der Rechtswidrigkeit”, **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag**, Band 1, J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1930, s. 339 vd.

¹⁶⁸ *Mezger*, **GS 89 (1924)**, s. 207 vd.; *Mezger*, **Lehrbuch**³, s. 168 vd.

¹⁶⁹ *Baumann/Weber*, **AT**⁹, s. 281; Leopold *Zimmerl*, **Zur Lehre vom Tatbestand**, 1. Aufl., Schletter, Breslau, 1928, s. 29 vd.; *Schmitt*, **JuS 1963**, s. 68.

¹⁷⁰ *Steinbach*, **Problematik**, s. 21; *Roxin*, **AT/I**⁴, § 7, kn. 17; *Ebert/Kühl*, **Jura 1981**, s. 228.

öğretinin taraftarlarına göre, hukuk ona tâbi olanların haricen düzenlenmiş birlikte yaşamlarını garanti etmelidir. Bunun için öncelikle nelerin bu düzene uygun olduğu ve nelerin uygun olmadığı tespit edilecektir. Bu tespit, objektif nitelikteki değerlendirici norm (*objektive Bewertungsnorm*) aracılığıyla yapılır. Söz konusu norm, belirli olaylar veya durumlar hakkında hukuk noktai nazarından bir yargıda veya değerlendirmede bulunur. İşte fiilin hukuka aykırı olup olmadığı, işlenmesinin objektif nitelikteki bu değerlendirici normu ihlal edip etmediğine göre objektif olarak belirlenir¹⁷¹. Haksızlık, değerlendirici normla objektif olarak çatışma halinde bulunmayı ifade etmektedir¹⁷². Haksızlığı gerçekleştiren failin haksızlıkla subjektif/manevi bağı, hak ihlali ile onun fiili temelleri (maddi unsurlar) hakkındaki bilgi veya hukuka aykırı davranma amacı gibi subjektif nitelikteki hususlar ise, kural olarak, ilk defa haksızlığın faile şahsi olarak isnat edilmesinde, yani kusur alanında ele alınmaktadır¹⁷³.

Ancak, klasik suç öğretisinde kabul edildiği gibi mutlak olarak bütün objektif unsurların haksızlığa ve bütün subjektif unsurların kusura tahsis edilmesi şeklindeki keskin ayrımın her zaman geçerli olmadığı görülmüştür. Zira söz konusu ayrım, her şeyin ya sadece objektif olarak ya da sadece subjektif olarak belirlenebilmesi halinde mümkün olabilir. Haksızlık tipleri incelendiğinde, haksızlığın her durumda objektif koşullara ve kusurun da her durumda subjektif koşullara bağlı olarak açıklanamadığı görülmektedir. Haricen aynı olan fiil, failin hareketini bağladığı anlamına göre veya failin manevi durumuna göre bazen haklı bazen ise haksız olabilmekte, haksızlığın belirlenmesi istisnai bazı durumlarda subjektif unsurların da dikkate alınmasını gerektirmektedir¹⁷⁴.

¹⁷¹ Mezger, **Lehrbuch**³, s. 163-164; Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 259, 281; von Liszt/Schmidt, **Lehrbuch**²⁶, s. 174.

¹⁷² Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 259; ayrıca bkz. Dietrich, Oehler, “Der materielle Gehalt der strafrechtlichen Rechts- und Pflichtnormen”, **Festschrift für Wilhelm Sauer zum 70. Geburtstag**, Walter de Gruyter, Berlin, 1949, s. 263; Perron, **Rechtfertigung**, s. 57.

¹⁷³ Mezger, **Lehrbuch**³, s. 170.

¹⁷⁴ Mezger, **Lehrbuch**³, s. 170; Hegler, **ZStW 36 (1915)/I**, s. 34; ayrıca bkz. Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 60; Schmitt, **JuS 1963**, s. 68; Roxin, **AT/I**⁴, § 7, kn. 16; Perron, **Rechtfertigung**,

Bazı suç tiplerinde haksızlığın belirlenmesi bakımından açıkça özel bir takım subjektif unsurların varlığının aranması, klasik suç öğretisinde tamamen kusur alanına dahil edilen bir kısım unsurların belirli hallerde tipiklik alanına aktarılmasına sebep olmuştur. Zira tipe uygun haksızlığın belirlenmesi bakımından vazgeçilmez durumda olan bu unsurların kusur alanına tahsisi mümkün değildir¹⁷⁵. Haksızlık ve kusur arasındaki ayrım, münferit bazı durumlar bakımından haksızlığın subjektif unsurları lehine belirli istisnaların tanınması gerekmektedir¹⁷⁶.

(1) Amaç Unsuru İçeren Suçlar

Haksızlığın subjektif unsurları ilk olarak amaç unsuru içeren suçlarda (*Absichtsdelikten*) ¹⁷⁷ kabul edilmiştir. Zira failin amacının, subjektif niteliği

s. 57-58; Dinah Stollwerck, “Subjektive Tatbestandsmerkmale zwischen Unrecht und Schuld”, **Fragmentarisches Strafrecht**, 1. Aufl., Ed.: Carsten Momsen, René Bloy, Peter Rackow, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, s. 104.

¹⁷⁵ Heinrich, **AT**⁵, § 7, kn. 99, 101; Haft, **AT**⁹, s. 20; Gropp, **AT**⁴, § 2, kn. 93.

¹⁷⁶ Mezger, **Lehrbuch**³, s. 168; ayrıca bkz. Roxin, **AT/I**⁴, § 7, kn. 17; Steinbach, **Problematic**, s. 21-22; Wiedow, **Rechtfertigung**, s. 23-25.

¹⁷⁷ Kısaca amaç suçları olarak da isimlendirilebilecek olan bu suçlar, tipikliğin gerçekleşmesi için failin belirli bir şeyi yapmayı veya gerçekleştirmeyi planlayarak (belirli bir niyetle) hareket etmesinin gerekli olduğu, ancak buna ulaşmasının gerekli olmadığı suçlardır. Bu suçlarda failin amacı suç tipinin objektif unsurlarının da ötesinde bir neticeye yöneliktir. Bu sebeple, bu tür suçlar hedefi aşan iç eğilimle işlenen suçlar (*Delikten mit überschießender Innentendenz*) olarak da isimlendirilmektedir. Mesela, hırsızlık suçunda tipik fiil başkasına ait taşınır bir malın bulunduğu yerden alınmasıdır. Buna karşılık, failin bu fiili mal edinme (*Zueignung* – Al.CK § 242) / yarar sağlama (TCK m. 141) amacıyla işlemesi gerekir. Ancak amaçlanan bu neticenin gerçekleşmesi tipikliğe dahil değildir. Bu bakımdan failin amacı tipiklikte yer alan maddi unsurların ötesinde bir neticeye, yani mal edinme/yarar sağlama neticesine yöneliktir. Bu tür suçlar neticenin hafz edildiği (kırıldığı) suçlar (*kupierte Erfolgsdelikte*) ve ikinci neticenin eksik olduğu suçlar (*unvollkommen zweiaktige Delikte*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Neticenin hafz edildiği suçlarda amaçlanan neticeyi gerçekleştirmesi planlanan da failin fiilidir (tipik fiil). Mesela, Al.CK § 288’de düzenlenen cebri icrayı engelleme suçunda, kendisi hakkında yapılmak üzere olan cebri icra takibi sırasında alacaklılara yapılacak olan ödemeleri engellenmek amacıyla malvarlığına ait unsurların satılması veya saklanması cezalandırılmaktadır. Burada, amaçlanmakta olan netice icra takibinin engellenmesidir. Bu neticenin ise fail tarafından gerçekleştirilecek olan “malvarlığına ait unsurların satılması veya saklanması” şeklindeki tipik fiil sonucunda ortaya çıkması planlanmaktadır. Aynı şekilde, TCK m. 265’te düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçunda, görevini yapmasını engellemek amacıyla kamu görevlisine karşı cebir veya tehdit kullanmak cezalandırılmaktadır. Bu suç bakımından da ulaşılmak istenen, ancak ulaşılması tipikliğin gerçekleşmesi bakımından zorunlu olmayan neticenin bizzat “cebir veya tehdit” şeklindeki tipik fiilin bir sonucu olarak ortaya çıkması planlanmaktadır. İkinci neticenin eksik olduğu suçlarda ise, amaçlanan neticenin, tipik fiil haricinde daha sonra icra edilecek bir fiille gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Mesela, Al.CK § 146’da düzenlenen parada sahtecilik suçunda gerçek gibi tedavüle koymak veya bu şekilde tedavüle koymayı

dolayısıyla, kusur içerisinde değerlendirilmesi durumunda, suç tanımına ve haksızlığa ait bir unsurun ortadan kaybolduğu, göz ardı edildiği gözlenmiştir. Mesela, konusu bakımından yer değiştirme suçlarından olan hırsızlık suçunda cezalandırılan, başkasına ait taşınır bir malın mağdurun mal varlığından failin mal varlığına geçirilmesidir. Taşınır malın gerek mağdurun mal varlığından çıkarılması gerekse de failin mal varlığına dahil edilmesi haksızlığın tanımına aittir. Buna karşılık, kanun koyucu hukuki değer korunmasını öne almak amacıyla, ilk hareketin (bulunduğu yerden/mağdurun mal varlığından alma) objektif varlığıyla yetinip, ikinci hareketin/neticenin (failin mal varlığına dahil etme) objektif olarak varlığını aramayarak, ikinci hareketi/neticeyi sadece ilk hareketin ötesine geçen subjektif nitelikteki bir amaca dönüştürdüğünde, ikinci hareketten/neticeden geriye kalan mal edinme/yarar sağlama amacının subjektif niteliği, onun suçun kanuni tanımına, yani tipikliğe ait olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Böylece, hırsızlık suçunda haksızlık, objektif ve söz konusu subjektif unsurların toplamından oluşmaktadır. Kaldı ki, ikinci hareketin objektif gerekliliğinin ortadan kaldırılması dolayısıyla, söz konusu subjektif unsurda fiil-fail ilişkisi de görülemediğinden (objektif haksızlık unsurlarıyla psikolojik bağlantı eksikliği), bunun kusur alanına dahil edilmesi de mümkün değildir¹⁷⁸.

sağlamak maksadıyla paranın taklit edilmesi veya bu maksatla daha yüksek bir kıymeti haizmiş gibi gösterecek şekilde tağyir edilmesi cezalandırılmaktadır. Burada amaçlanan netice taklit veya tağyir şeklindeki tipik fiille değil, tipik fiille yapılan hazırlıktan sonra işlenecek tedavüle koyma fiiliyle gerçekleştirilecektir. Diğer bir anlatımla, amaçlanan sonucu gerçekleştiren asıl fiil, tipik fiil haricinde ve ondan sonra gerçekleştirilecek olan bir fiildir. Aynı şekilde, TCK m. 174'te düzenlenen tehlikeli maddelerin izinsiz bulundurulması veya el değiştirmesi suçunda, maddede belirtilen tehlikeli maddeleri imal etmek, işlemek veya kullanmak amacıyla, gerekli olan malzeme ve teçhizatı ithal eden, ihraç eden, satışa arz eden, başkalarına veren, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi cezalandırılmaktadır. Bu suç bakımından da belirtilen amaçlara tipik fiilden sonra gerçekleştirilecek ikinci bir fiille ulaşma planlanmaktadır (Roxin, AT/I⁴, § 10, kn. 84; Jescheck/Weigend, AT⁵, s. 319; Rolf Schudt, **“Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Strafrechtsentwicklung”**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Höheren Juristischen Fakultät an der Ludwig-Maximilians-Universität, München, 1951, s. 40).

¹⁷⁸ Baumann/Weber, AT⁹, s. 281-282; Mezger, Lehrbuch³, s. 170, 172; Mezger, GS 89 (1924), s. 260 vd.; Edmund Mezger, **Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik**, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin München, 1950, s. 23; Hegler, ZStW 36 (1915)/I, s. 31 vd.; Hegler, FG-Frank/I, s. 265; Goldschmidt, FG-Frank/I, s. 457-458. Ayrıca bkz. Radbruch, FG-Frank/I, s. 163; Zimmerl, Tatbestand, s. 31 vd.

Mal edinme amacı şeklindeki subjektif unsur dikkate alınmaksızın, fiilin sırf dış görünümünden hareketle hırsızlık suçunun haksızlığının anlaşılması mümkün değildir. Mesela, fail kitap ödünç vermeyen bir kütüphaneden kendisi için gerekli olan bir kitabı akşam evde okuduktan sonra ertesi gün geri yerine koymak üzere alır. Salt objektif kriterlerden hareket edildiğinde ve failin amacı göz önünde bulundurulmadığında bu durum, her ne kadar fiil bu haliyle de haksızlık teşkil etse de, hırsızlık suçunun haksızlığının belirlenmesi bakımından yeterli olmayacaktır. Zira TCK m. 141’de düzenlenen hırsızlık suçunun haksızlığı, fail başkasına ait taşınır bir malı ancak mal edinmek amacıyla¹⁷⁹ bulunduğu yerden aldığı söz konusu olabilir. Failin, malı geçici bir süre kullanıp daha sonra zilyedine iade etmek üzere alması halinde ise kullanma hırsızlığı (TCK m. 146) söz konusu olacaktır. Yine failin amacı haksızlığa dahil edilmeyip kusur içerisinde değerlendirildiğinde, söz gelimi malın salt zarar vermek amacıyla alınması halinde, fiilin hırsızlık suçunun haksızlığını oluşturduğu ancak failin kusurlu hareket etmediği söylenecektir. Şu halde, hırsızlık suçunun haksızlığının veya haksızlık içeriğinin belirlenebilmesi, failin amacının göz önünde bulundurulmasına bağlıdır. Sonuç itibariyle, subjektif nitelikteki amaç unsuru kusura değil hırsızlık suçunun tipikliğine dahildir¹⁸⁰.

(2) Temayül Suçları

Haksızlığın subjektif unsurları ikinci olarak temayül suçlarında (*Tendenzdelikte*)¹⁸¹ kabul edilmiştir. Fiilin, failin subjektif temayülünün bir

¹⁷⁹ Düşüncemize göre, TCK m. 141’de her ne kadar yarar sağlama amacından söz edilse de, TCK m. 146’da yer alan kullanma hırsızlığı karşısında, yarar sağlama amacı mal edinme amacı şeklinde anlaşılmalıdır. Aynı yönde bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, s. 725.

¹⁸⁰ Haft, **AT**⁹, s. 20-21; Roxin, **AT/I**⁴, § 7, kn. 16; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 206; Gropp, **AT**⁴, § 2, kn. 93; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 228; Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 60.

¹⁸¹ Temayül suçları, failin fiili belirli bir temayülle gerçekleştirmesinin gerekli olduğu suçlardır. Bu suçlarda failin iradesinin belirli yoğunluktaki yönelimi tipik fiile hakim olmaktadır (*Delikte mit intensiver Innentendenz*). Fiile asıl karakterini ve korunan hukuki değer bakımından suç tipine özel tehlikeliliğini verecek olan da failin bu temayülüdür. Mesela, fiilin sadece haricen hayâ duygularına aykırı olmasının yeterli olmadığı, aynı zamanda cinsel yönelimle icra edilmesinin de gerektiği cinsel suçlar (Al.CK §§ 174 vd.; TCK m. 102 vd.) bu anlamda temayül

faaliyeti olarak ortaya çıktığı bu suçlarda, suç tipindeki unsurların subjektif yorumu yapılmaksızın fiilin haklılığını veya haksızlığını belirlemek mümkün olmamaktadır. Bu suçlar bakımından failin temayülü, diğer bir ifadeyle, iradesinin yönelimi tipik haksızlığın gerçekleşmesi bakımından kurucu mahiyettedir. Mesela, bir kadın doktoru tarafından gerçekleştirilen belirli bir davranışın cinsel nitelikte bir hareket mi yoksa sadece tıbbi gerekliliklere dayanan bir muayene veya tedavi amaçlı bir tedbir mi olduğu sorunu, her zaman fiilin dış görünüşünden hareketle cevaplanamaz. Bu konudaki belirleme ancak failin iç temayülü nazarı dikkate alınarak yapılabilir. Kadın doktorunun gerçekleştirdiği muayene veya tedavi fiilleri kendisinin veya bir başkasının cinsel zevklerini uyarmak veya tatmin etmek temayülünde ise bu davranış cinsel bir davranıştır. Sonuç olarak, söz konusu subjektif nitelikteki unsurlar kusura değil haksızlık tipine aittir¹⁸².

(3) Beyan Suçları

Haksızlığın subjektif unsurları, üçüncü olarak, beyan suçları bakımından (*Ausdrucksdelikte*)¹⁸³ kabul edilmiştir. Failin bilgi durumu ile

suçları arasında yer alır. Failin davranışının cinsel davranış olarak nitelendirilebilmesi için haricen cinsel bir görünüme sahip olması yeterli değildir. Failin iradesi aynı zamanda cinsel tatmin amacına yönelmiş, fiilin cinsel temayülle işlenmiş olması gerekir. Aynı şekilde Al.CK § 181a/1-2'de düzenlenen fuhuş meslek veya sanat halinde icra etmeye teşvik suçunun oluşması için failin kendisine mal varlığı kazancı sağlama yönünde bir temayülle hareket etmelidir. Yine TCK m. 241'de düzenlenen tefecilik suçu bakımından fail, başkasına ödünç para verme fiilini kazanç elde etme amacıyla gerçekleştirmelidir. Belirli bir iç temayülün varlığının gerekli görüldüğü bu suçlar da temayül suçları arasında yer alır (Roxin, **AT/I**⁴, § 10, kn. 85; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 319 vd.; Schudt, **Unrechtselemente**, s. 41). *Hegler*, temayül suçlarını amaç suçlarının özel bir türü olarak görmektedir (Hegler, **FG-Frank/I**, s. 310).

¹⁸² M. E. Mayer, **Lehrbuch**², s. 185 vd.; Mezger, **Lehrbuch**³, s. 169; 172; Mezger, **GS 89 (1924)**, s. 261 vd.; Mezger, **Wege**, s. 23; Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 282; Goldschmidt, **FG-Frank/I**, s. 459; Zimmerl, **Tatbestand**, s. 45 vd.; Heinrich, **AT**⁵, § 7, kn. 99.

¹⁸³ Beyan suçları, failin beyan şeklinde dış dünyaya yansıyan fiiliyle çelişki içindeki bir bilgi durumunun varlığını gerektiren suçlardır. Bu suçlarda gerçekleştirilen fiilin haksızlığı, failin bilgisi ile beyanı arasındaki çelişkide görülür. Bu yönüyle, beyan suçlarında fiil, failin iç dünyasında gerçekleşen süreçle ilişkilidir (subjektif teori). Mesela, Al.CK § 153'te yer alan yemin etmeksizin yapılan yalan tanıklık suçunda, kişinin gerçeğe aykırı beyanının yalan tanıklık suçuna vücut vermesi, bir diğer anlatımla, beyanın yalanlığı, objektif olarak doğruluğu veya yanlışlığıyla değil, aksine tanıklık yapan kişinin tanık olduğu olay hakkındaki bilgisinden farklı olmasıyla belirlenmektedir. Aynı durum, TCK m. 272'de düzenlenen yalan tanıklık suçu için de geçerlidir. Beyan suçlarına diğer bir misal, planlanan suçları bildirmeme suçunun düzenlendiği Al.CK § 138'de yer almaktadır. Maddeye göre, tahdidi olarak sayılan suçların işlenmesi veya

beyanı veya beyanda bulunmaması arasında bir karşılaştırma yapılmasının gerekli olduğu bu suçlarda, faildeki zihni süreç, diğer bir ifadeyle, failin manevi durumu dikkate alınmaksızın haksızlık konusunda bir belirleme yapmak mümkün görünmemektedir. Bu sebeple, bu suçlarda da haksızlık tipine ait olması gereken söz konusu subjektif unsurların kusura tahsisi mümkün değildir¹⁸⁴.

(4) Teşebbüs Aşamasında Kalmış Suçlar

Haksızlığın subjektif unsurları, dördüncü ve son olarak, teşebbüs aşamasında kalmış suçlar bakımından kabul edilmiştir¹⁸⁵. İlli hareket öğretisi, teşebbüs aşamasında kalmış fiillerin haksızlığını açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Zira bu tarz bir fiilde netice ve dolayısıyla objektif olarak gerçekleşen bir haksızlık muntazaman bulunmamaktadır. Failin cezalandırılabilir fiil bakımından esas alınan iradesi dikkate alınmadığında, böyle bir fiilin haksızlığı, ne natüralist-illi sebep olmayla ne de haricen açıklanabilir. Doğrudan doğruya icraya başlamış olmakla dış dünyada vücut bulan teşebbüs fiillerinde, ancak failin belirli bir suçu işleme yönündeki iradesi haksızlığı kurucu olabilir. Haksızlığın subjektif unsurları kabul edilmeksizin teşebbüsün haksızlığını açıklamaya imkan yoktur. Bu sebeple, teşebbüs aşamasında kalmış fiiller bakımından kast, kusur içerisinde değil, haksızlık (tipiklik) içerisinde değerlendirilmelidir¹⁸⁶. Mesela, A, B'nin eşyasını

neticesi engellenebilir bir durumda iken, bu durumdan inandırıcı bir şekilde haberdar olup da resmi makamlara veya tehdit altındaki ilgisine bildirmeyen kişi cezalandırılmaktadır. Aynı şekilde, TCK m. 278'nde düzenlenen suçu bildirmeme suçunda da işlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi cezalandırılmaktadır. Her iki düzenleme bakımından da kişinin muttali olunan suç hakkındaki bilgisi ile beyanda bulunma yükümlülüğü arasında bir ilişki kurulması zorunludur (Roxin, **AT/I**⁴, § 10, kn. 86; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 320 vd.; Schudt, **Unrechtselemente**, s. 42). Bu kategori haksızlığın subjektif unsurlarını savunan bütün yazarlar tarafından kabul edilmemektedir. Bkz. Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 282; Ayrıca bkz. Goldschmidt, **FG-Frank/I**, s. 461.

¹⁸⁴ Mezger, **Lehrbuch**³, s. 173; Mezger, **Wege**, s. 23; Hegler, **FG-Frank/I**, s. 264; Zimmerl, **Tatbestand**, s. 49.

¹⁸⁵ Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 163.

¹⁸⁶ Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 283; von Weber, **Aufbau**, s. 13; Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 60-61; Heinrich, **AT**⁵, § 7, kn. 100; Gropp, **AT**⁴, § 2, kn. 89-91; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 228-229; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 104-105.

bulunduğu yerden almak için elini uzattığında, tamamlanmış değil, teşebbüs aşamasında kalmış bir hırsızlık suçu söz konusudur. Başkasına ait bir eşyaya salt elin uzatılması veya dokunulması tek başına hukuka aykırı (haksız) görülemez. Nitekim kişinin pek çok farklı sebeple bir başkasına ait taşınır mala elini uzatması mümkündür. Bunun için değerlendirmeye failin tamamlanmış bir hırsızlık suçunu işleme iradesi de eklenmelidir. Haksızlığı kurucu olan, sadece subjektif etken olabilir¹⁸⁷. Bununla birlikte, haksızlığın subjektif unsurları, sadece fiilin teşebbüs aşamasında kalmış hali bakımından istisnaen kabul edilmektedir. Kastın tamamlanmış suçlarda da haksızlığın subjektif unsuru olarak bulunduğu, zira kastın neticenin meydana gelmesiyle tekrardan hiç olup gitmeyeceği şeklindeki görüşe¹⁸⁸ geçerlilik tanınmaz. Tamamlanmış suçlarda, yukarıda sayılan üç suç grubu haricinde, haksızlığın subjektif unsuruna ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu suçlarda haksızlık, zaten objektif tipikliğin (maddi unsurların) varlığıyla gerçekleşmektedir¹⁸⁹.

Böylece, suç tiplerinde objektif unsurların yanı sıra, tipik şahsi değersizliğin bileşeni olarak, subjektif haksızlık unsurlarının da varlığı kabul edilmiştir^{190,191}. Anılan suçlarda objektif ve subjektif unsurlarla birlikte tarif

¹⁸⁷ Steinbach, **Problematic**, s. 29-30; Mezger, **Wege**, s. 27 vd. *Hegler*, teşebbüs aşamasında kalan suçları, amaç unsuru içeren suçlar kapsamında değerlendirmektedir (Hegler, **FG-Frank/I**, s. 327 vd.; aynı yönde bkz. Steinbach, **Problematic**, s. 28).

¹⁸⁸ Bu görüş için bkz. İkinci Bölüm, I, B, 1, a, (2) Suça Teşebbüsün Belirlenmesine İlişkin Zorunluluğun Genelleştirilmesi.

¹⁸⁹ Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 283; Mezger, **Wege**, s. 27; ayrıca bkz. Wiedow, **Rechtfertigung**, s. 18-19; Steinbach, **Problematic**, s. 31.

¹⁹⁰ Yukarıda anılan dört suç kategorisi haricinde, fiille bağlantılı olarak suç tiplerinde yer verilen subjektif nitelikteki başkaca unsurlardan da söz edilmektedir. Zihniyet unsurları (*Gesinnungsmerkmale*) olarak da adlandırılan bu unsurlara, Al.CK § 211’de sayılan “sinsice, yani mağdurun içinde bulunduğu kendini savunamama halinden yararlanarak (*heimtückisch*)”, “canice (*grausam*)”, “öldürme zevkiyle (*Mordlust*)” ve “açgözlülükle (*Habgier*)” gibi unsurlar misal olarak gösterilebilir. Bunların da kusura değil, haksızlık alanına ait subjektif unsurlar olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık, “ağır dikkatsizlik ve tedbirsizlik (*leichtfertigkeit*)” (Al.CK § 251) gibi bir subjektif unsur ise kusur alanına aittir (Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 286).

¹⁹¹ Burada ifade etmek gerekir ki, *Mezger* bu unsurların sadece haksızlığa ait olmadığını, aynı zamanda kusura da ait olduklarını, aksi halde bunlarda şahsi isnadiyetin ve dolayısıyla ceza hukuku bakımından önemlerinin eksik kalacağını düşünmektedir (Mezger, **Lehrbuch**³, s. 171).

edilen haksızlık, failin amacına, temayülüne veya iradesinin yönüne bağlı olarak ortaya çıkmakta ve sadece objektif değil, aynı zamanda subjektif unsurların da varlığıyla inşa edilmektedir¹⁹².

Haksızlığın subjektif unsurlarının keşfiyle, salt objektif ve dış dünyaya ait etkenler tarafından belirlenen tipiklik anlayışının yanında, objektif nitelikteki tüm unsurların haksızlığa ve subjektif nitelikteki tüm unsurların da kusura dâhil edildiği tasnifin de artık kabul edilemez olduğu ortaya konulmuştur¹⁹³.

Öğretinin kurucularından *Mezger*'e göre, haksızlığın subjektif unsurlarına gereğinden fazla önem atfedilmemelidir. Haklı ile haksız arasındaki sınır bütünüyle ruhi faktörlere bağlı olmayıp, haksızlığın subjektif unsurları istisnai niteliktedir. Haksızlığın subjektif unsurlarına müracaat etmek için her zaman özel bazı sebeplere ihtiyaç duyulmalı ve bu unsurların kabulü mutlaka gerekli ve zorunlu olmalıdır. Bunu ise ancak yürürlükteki (pozitif) hukuk gösterebilir. Objektif hukuka aykırılık (haksızlık) düşüncesinden yürürlükteki hukuk bakımından gerekli olmayan bir şekilde feragat etme, hukukun mahiyetine aykırı ve hukuk ile ahlak arasındaki hassas ayrımın birbirine karıştırıldığı bir subjektivizm olacaktır. Hukuk, kişilerin iç dünyaları itibariyle daha iyi hale getirilmelerini ancak toplumda haricen kurulu olan hukuki düzen halinin devamlılığının sağlanması görevini yerine getirmek için gerekli olduğu ölçüde gerçekleştirmeye çalışmalıdır. Bu yüzden, haksızlığın salt subjektif olarak temellendirilmesine keyfi bir biçimde hukuken geçerlilik tanınamaz.

Buna karşılık, *Hegler* amaç suçlarında amacın, kastın bir türü olan amacın aksine, sadece hukuka aykırılığı (haksızlığı) temellendiren bir unsur olduğu görüşündedir (*Hegler*, **FG-Frank/I**, s. 287 vd., 295 vd.; *Hegler*, **ZStW 36 (1915)/I**, s. 31 vd.). M. E. Mayer'e göre de, haksızlığın subjektif unsurları kural olarak sadece hukuka aykırılığa aittir (M. E. Mayer, **Lehrbuch**², s. 186-187). Ayrıca bkz. *Wiedow*, **Rechtfertigung**, s. 26-27.

¹⁹² *Baumann/Weber*, **AT**⁹, s. 285; *Gropp*, **AT**⁴, § 2, kn. 93. *Baumann/Weber*'e göre haksızlığın yapısında bazı subjektif unsurların kabul edilmesi ve haksızlığın her iki nitelikteki unsurların bir aradaki varlığıyla inşa edilmesi, kanun koyucunun suç tipinin içeriğini belirleme konusundaki serbestisinin de bir sonucudur. Zira kanun koyucu, hukuki değerin daha güçlü bir şekilde korunmasını sağlamak amacıyla cezalandırılabilirliği öne almak, mesela belirli bir neticenin gerçekleşmesini aramak yerine sadece bu neticeyi gerçekleştirme iradesiyle yetinmek ve suç tipini buna göre formüle etmek özgürlüğüne sahiptir (*Baumann/Weber*, **AT**⁹, s. 286).

¹⁹³ *Hegler*, **ZStW 36 (1915)/I**, s. 34; *Welzel*, **Strafrecht**¹¹, s. 40; *Gallas*, **ZStW 67 (1955)**, s. 3; *Paul*, **Einwilligung**, s. 16; *Jescheck/Weigend*, **AT**⁵, s. 206; *Özgenç*, **Genel**¹⁵, s. 166.

Mevcut hukukta, haksızlığın tanımlandığı suç tiplerinde özel olarak haksızlığın subjektif unsurlarına yer verildiği tespit edilmişse, bunun devamında, değer tartımı aracılığıyla (*normative Wertabwägung*) bu unsurun haksızlık karakteri izah edilmelidir¹⁹⁴.

Aynı şekilde haksızlığın subjektif unsurlarının çok defa düşünüldüğü kadar önemli olmadığını ifade eden ve bunların istisnai niteliğini vurgulayan *Baumann/Weber*'e göre ise, cezalandırmanın öne alınması yoluyla hukuki değer bakımından özel bir koruma şekli olarak haksızlığın subjektif unsurlarının kabulü, hukuki değerın korunmasından vazgeçme olarak anlaşılmamalıdır. Zira aksi halde hukuki değerin korunması düşüncesi neredeyse failin kötü iradesi düşüncesinin gerisine düşmektedir. Haksızlığın subjektif unsurları öğretisinin genişletilmesi, bir dezavantaj olarak, hareketin değersizliğinin hukuki değer ihlalinin değersizliğinin önüne geçmesi tehlikesini doğurmaktadır. Mesela, finalist suç öğretisi, sadece özel olarak kanun tarafından gerekli görülen amaçları ve temayülleri değil, genel olarak failin kastını da subjektif unsurlar içinde değerlendirdiğinde, bu genellemeye yenik düşmüştür. Bu ise istisnanın kurala dönüşmesidir. Benzer bir tehlike, yükümlülük normunun (belirleyici norm/*Bestimmungsnorm*) öne alınmasında ve haksızlığı bu normlara aykırılığın teşkil ettiğinin kabulünde de ortaya çıkmaktadır (şahsi haksızlık öğretisi). Bu ise zihniyet ceza hukukuna (*Gesinnungsstrafrecht*) yaklaşma endişesini beraberinde getirmektedir. Hâlbuki failin kötü zihniyeti (*böse Gesinnung*) hiçbir şekilde bağlayıcı değildir. Belirleyici normun değerlendirici norm üzerindeki baskınlığı veya yükümlülük ihlalinin hukuki değer ihlaline karşı genel olarak üstünlüğü kabul edilemez¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Mezger, *Lehrbuch*³, s. 170-172; ayrıca bkz. Steinbach, *Problematic*, s. 21 vd.; Ebert/Kühl, *Jura* 1981, s. 228. *Hegler* de, esas itibarıyla objektif haksızlık anlayışından hareket etmektedir. Yazar'a göre, haksızlık daima dış dünyada gerçekleşen objektif bir davranış, bir vakıadır. Ancak bu, suçun her zaman hukuki değeri ihlal eden salt objektif bir davranıştan ibaret olduğu anlamına gelmez. Bazı hallerde haksızlık, istisnai biçimde, subjektif nitelikteki unsurları barındırmaktadır (*Hegler, ZStW 36 (1915)/I, s. 31*).

¹⁹⁵ Baumann/Weber, *AT*⁹, s. 287-288. Ceza hukuku normlarının bu şekilde değerlendirici ve belirleyici norm olarak ikili ayrımı "ceza hukuku normlarının çifte fonksiyonu öğretisi (*die Lehre von der Doppelfunktion der Strafnorm*)" olarak da anılmakta ve emredici teoriye (*die*

c. Maddi Hukuka Aykırılık

Neoklasik suç öğretisinde, değişen tipiklik anlayışıyla birlikte, hukuka aykırılık anlayışı da esaslı bir biçimde değişikliğe uğramıştır. Tipikliğin normatif unsurlarının keşfi ve bunların hukuka aykırılığın varlık nedeni olarak kabulünün yanında, özellikle ceza hukukunun amaçlarından hareketle maddi hukuka aykırılık (haksızlık) anlayışı geliştirilmiştir¹⁹⁶.

Daha önce de ifade edildiği üzere, klasik öğretinin kurucularından olan *von Liszt*, eserin ilerleyen basılarında şekli hukuka aykırılığın yanında maddi hukuka aykırılık anlayışına da yer vermiştir. Yazara göre, fiilin hukuki bakımdan değersizliği konusundaki yargı iki tarzda gerçekleşir. Fiilin, devlet tarafından vaz' edilen normları, yani hukuk düzeninin emir veya yasak biçimindeki yazılı normları ihlali şekli hukuka aykırılığı ifade ederken, fiilin sosyal bakımdan zararlılığı (anti sosyalliği veya asosyalliği) maddi hukuka aykırılığı oluşturur. Hukuk normlarının amacı fertlerin ve toplumun hayati menfaatlerinin (*Lebensinteressen*) korunması ve insanların birlikte yaşamlarının temin edilmesidir. Buna göre, maddi hukuka aykırılık, hukuk normları tarafından korunan söz konusu menfaatlere karşı bir saldırı halini, bir hukuki değerın zarar görmesi veya tehlikeye uğratılmasını ifade etmektedir¹⁹⁷.

İnsanın hukuk için değil, bütün hukukun insan için olduğunu ifade eden *Mezger*'e göre ise, haksızlığın şekli olarak belirlenmesi, şüphesiz tipe uygun haksızlığın belirlenmesinde ceza hukukuna vazgeçilmez bir destek sağlamaktadır. Ancak tipik haksızlığın maddi içeriği göz ardı edildiğinde, haksızlığın belirlenmesinin bu şekli güvencesi kötü bir şekilciliğe dönüşecektir. Ceza hukukunun amacı insanların hukuki menfaatlerinin korunmasıdır. Objektif nitelikteki değerlendirici norma aykırılık şeklinde gerçekleşen haksızlığın

Imperativentheorie) dayanmaktadır (Baumann/Weber, AT⁹, s. 259). Ancak değerlendirici ve belirleyici normun çeşitli öğretilerde içerik olarak oldukça farklı şekillerde anlaşıldığını ve bu hususta bir yeknesaklık bulunmadığını da ifade etmek gerekir.

¹⁹⁶ Jescheck/Weigend, AT⁵, s. 206; Haft, AT⁹, s. 21; ayrıca bkz. Gallas, ZStW 67 (1955), s. 3.

¹⁹⁷ von Liszt, Lehrbuch^{21/22}, s. 132; von Liszt/Schmidt, Lehrbuch²⁶, s. 176; ayrıca bkz. Wiedow, Rechtfertigung, s. 22.

(hukuka aykırılığın) maddi içeriğini hukuki menfaatlerin (değerlerin) zarara uğratılması veya tehlikeye düşürülmesi oluşturmaktadır. Hukuki değerle (*Rechtsgut*) kastedilen ise, esas itibarıyla korunan obje (*Schutzobjekt*) veya saldırı niteliğindeki fiilin yöneldiği objedir (*Angriffsobjekt*)¹⁹⁸.

Hukuka aykırılığın hukuki değerın zarara veya tehlikeye uğratılması biçiminde sosyal bakımdan zararlılık olarak anlaşılmasıyla birlikte, tipiklik artık harici olayların değerden yoksun tasviri olarak değil, sosyal bakımdan zararlılığın taşıyıcısı (*Träger der Sozialschädlichkeit*) olarak, diğer bir anlatımla, kanun koyucunun, fiilin suç tipi bakımından karakteristik olan haksızlık içeriğinin unsurlarını bir araya getirmek için iyi düşünülmüş yardımcı aracı olarak görülmeye başlanmıştır¹⁹⁹. Böylece, artık sadece tipiklikten (*Tatbestand*) değil, haksızlık tipinden (*Unrechtstatbestand*) bahsedilmektedir. Bu yeni misyonunun sonucu olarak, hukuka aykırılık karşısında geri plana düşen tipiklik, artık klasik sistemde olduğu gibi hukuka aykırılığın yanında onunla aynı önem derecesinde bulunmaz. Aksine, suçun maddi (biçimsel olmayan, bir içeriğe sahip) unsurları hala sadece hukuka aykırılık ve kusurken, tipiklik hala cezalandırılabilir davranışın sınırlarını tarif etme biçiminde şekli bir görev görür²⁰⁰.

Maddi hukuka aykırılık anlayışıyla, şekli hukuka aykırılıkta söz konusu olmayan iki önemli husus mümkün hale gelmiştir. Bunlardan birincisi, menfaat ihlalinin ağırlığına göre, haksızlığın derecelendirilebilir hale gelmesidir. İkincisi ise, artık kanunda tanımlanmamış yeni hukuka uygunluk sebeplerinin de geliştirilebilecek olmasıdır. Değer ihlalinin bulunmadığı veya ihlal edilen değerın, korunmak istenen karşısında daha önemsiz olduğu hallerde fiilin hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılabilecektir (değer tartımı prensibi/*Güterabwägungsprinzip*). Fiilin hukuka uygun olarak ortaya çıkması sonucunu

¹⁹⁸ Mezger, *Lehrbuch*³, s. 164, 197 vd.

¹⁹⁹ Gallas, *ZStW* 67 (1955), s. 3; Paul, *Einwilligung*, s. 16.

²⁰⁰ Sauer, *Strafrechtslehre*³, s. 63, 65; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 206-207; Haft, *AT*⁹, s. 21; Özgenç, *Genel*¹⁵, s. 167; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel*¹⁰, s. 199.

doğuran hukuka uygunluk sebepleri, kanunda düzenlenenlerden ibaret ve sınırlı sayıda değildir. Hatta münferit bir olay için dahi yeni bir hukuka uygunluk sebebi geliştirilmesi mümkündür²⁰¹.

Sonuç olarak, deskriptif ve objektif tipiklik anlayışı tipikliğin normatif ve subjektif unsurlarının keşfiyle sarsılırken²⁰², hukuka aykırılığın maddi niteliğinin keşfiyle de salt şekli olarak belirlenen hukuka aykırılık anlayışı terk edilmiş, haksızlık (hukuka aykırılık) sosyal bakımdan zararlılık olarak belirlenmiştir²⁰³.

3. Normatif-Psikolojik Kusur Anlayışı

Klasik suç öğretisinde, pozitif olarak tecrübe edilebilir görüldüğü ölçüde bütün subjektif unsurlar bir arada kusur içinde değerlendirilmiştir²⁰⁴. Kusur salt psikolojik olarak anlaşılırken, kast ve taksir ise kusur türleri olarak kabul edilmiştir. Açıklandığı üzere, haksızlığın subjektif unsurları öğretisiyle birlikte, klasik suç öğretisinde subjektif nitelikte olmaları hasebiyle kusur içerisinde değerlendirilen bir kısım unsurlar haksızlık alanına aktarılmıştır.

Neoklasik suç öğretisinde kusur alanındaki diğer bir gelişmeyi ise gerçekleştirdiği fiil dolayısıyla failin kınanabilirliği anlamında normatif nitelikteki unsurların kusura dahil edilmesi oluşturmaktadır. İlk defa klasik suç öğretisi içerisinde *Frank* tarafından ceza hukuku öğretisine kazandırılan bu anlayış, *Goldschmidt* tarafından geliştirilmiş ve özellikle *Mezger*'in katkılarıyla neoklasik suç öğretisinde kendisine yer bulmuştur²⁰⁵.

Klasik suç öğretisinin psikolojik kusur anlayışında, kusurun bir üst kavram (*Gattungsbegriff/Oberbegriff*), kast ve taksirin ise kusurun türleri

²⁰¹ Gallas, **ZStW** 67 (1955), s. 3; Roxin, **AT/I**⁴, § 14, kn. 6 vd.; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 206; Haft, **AT**⁹, s. 22, 66.

²⁰² Haft, **AT**⁹, s. 20.

²⁰³ Roxin, **AT/I**⁴, § 7, kn. 21.

²⁰⁴ Haft, **AT**⁹, s. 22.

²⁰⁵ Aynı yönde bkz. Meraklı, **Kusur**, s. 137; ayrıca bkz. Haft, **AT**⁹, s. 22.

(*Artbegriffs*) olarak görüldüğünü, yine bu anlayışta kusur kavramının kast ve taksirden başka bir şey içermediğini ve işlendiği sırada fiile eşlik eden fiili (maddi/objektif) koşulların (*begleitende Umstände*) kusur kavramının dışında tutulduğunu belirten *Frank*, günlük yaşam dili dikkate alındığında ve hukuki bakımdan önem arz eden olaylar bu çerçevede değerlendirildiğinde, psikolojik kusur anlayışının yerinde olmadığını ifade etmiştir²⁰⁶.

Frank eleştirisini şöyle bir misalle temellendirmektedir. Bir iş yerinde çalışmakta olan kasiyer ile bir kurye birbirlerinden bağımsız olarak güveni kötüye kullanma suçunu işlerler. Kasiyerin maddi durumu iyidir ve bir ailesi yoktur. Bununla birlikte, pahalı zevkleri vardır. Kurye ise harcamalarını mutedil bir şekilde yapan, hasta bir karısı ve çok sayıda çocukları olan biridir. Bu kişilerden her ikisinin de başkasına ait bir parayı hukuka aykırı bir şekilde aldıklarını bilmelerine ve kastları bakımından herhangi bir fark söz konusu olmamasına rağmen, kasiyerin kuryeye göre daha ağır kusurlu olduğu herkes tarafından söylenecektir. Çünkü kasiyerin kusuru ekonomik durumunun iyi olması ve lüks düşkünlüğü sebebiyle artarken, kuryenin kusuru içinde bulunduğu uygun olmayan koşullardan dolayı azalmıştır²⁰⁷.

Benzer bir durum, taksirle işlenen suçlar bakımından da söz konusudur. Kusurun ölçüsü sadece kasıtlı suçlar bakımından değil taksirli suçlar bakımından da değişiklik gösterebilmektedir. Taksirle işlenen bir suçta kişinin dikkatsizlik veya tedbirsizliği eşlik eden koşulların durumuna göre bazen daha ağır bazense daha hafif olarak değerlendirilebilir. Mesela, uzunca bir süre dinlendikten sonra görevine başlayan bir demiryolu hat bekçisinin makası yanlış koyması halindeki kusuru, aynı hatayı yapan ve on bir saattir çalışmakta olan iş arkadaşının kine göre daha fazladır²⁰⁸.

²⁰⁶ Reinhard Frank, **Über den Aufbau des Schuldbegriffs**, 1. Aufl., Alfred Töpelmann, Giessen, 1907, s. 4; Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 163, 167. “*Oberbegriff*” ifadesi için bkz. James Goldschmidt, “Der Notstand, Ein Schuldproblem”, **ÖZStr**, 4 (1913), s. 140.

²⁰⁷ Frank, **Schuldbegriff**, s. 4-5.

²⁰⁸ Frank, **Schuldbegriff**, s. 5; Neslihan Göktürk, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016, s. 8, dn. 28.

Şu halde kusur, fail ile onun kişiliği dışında yer alan hususlar (fiil) arasındaki psişik ilişkiden, yani kast ve taksirden ibaret görülemez. Eşlik eden unsurlar, failin fiili ile kast veya taksir şeklindeki psikolojik ilişkisinin varlığına rağmen, kusuru azaltabiliyorsa, bu durumun kusurun kast ve taksirden ibaret olduğu düşüncesiyle telifi mümkün değildir. Özellikle, kanun koyucu cezanın artırılması veya azaltılmasında veyahut tamamen ortadan kaldırılmasında eşlik eden unsurlara kusur bakımından bir değer atfettiğinde, buna başka türlü bir izah getirmek mümkün değildir²⁰⁹.

Frank, kusurun ölçüsünü belirleyen söz konusu eşlik eden unsurların bazı hallerde (mesela zorunluluk hali) kişinin mazur görülmesi ve cezasız kalmasına da sebep olduğunu, bunların psikolojik kusur anlayışında olduğu gibi “ceza tehdidi koşulu (*Strafandrohungsbedingung*)” şeklinde ifade edilmesinin doğru olmadığını belirterek, bunları “kusuru kaldıran sebep (*Schuldausschließungsgrund*)” olarak nitelendirmiştir²¹⁰.

Yine *Frank*’a göre isnat yeteneği, klasik suç öğretisinde olduğu gibi, kusurun, yani kast ve taksirin ön şartı olarak görülemez. Zira bir akıl hastası da belirli bir hareketi gerçekleştirmeyi isteyebilir ve suç olarak nitelendirilen bir davranışın unsurlarını tasavvur edebilir. Hatta akıl hastasının fiilinin suç teşkil ettiğini bilmesi de mümkündür²¹¹. Bu durumda, isnat yeteneği kusura ait bir husus olup, ne kusur yeteneği olarak ne de kusurun bir ön şartı olarak nitelendirilebilir²¹².

Netice itibarıyla, kast ve taksir kusurun türleri ve kusur da bunlardan müteşekkil bir üst kavram değildir. Kast ve taksirin yanında, isnat yeteneği ve

²⁰⁹ Frank, *Schuldbegriff*, s. 4, 5-6; Mezger, *Lehrbuch*³, s. 267; Meraklı, *Kusur*, s. 126; Göktürk, *Haksızlık*, s. 7-8; Ozansü, *Kast*, s. 38.

²¹⁰ Frank, *Schuldbegriff*, s. 7; Goldschmidt, *FG-Frank/I*, s. 429; Meraklı, *Kusur*, s. 127.

²¹¹ Frank, *Schuldbegriff*, s. 8; Mezger, *Lehrbuch*³, s. 267.

²¹² Frank, *Schuldbegriff*, s. 9; Talas, *Kusur*, s. 43.

eşlik eden unsurlar kusurun bağımsız diğer iki unsuru olarak yer almaktadır²¹³. Böylece, klasik öğretinin psikolojik kusur anlayışında kusurun türleri (*Schuldarten*) olarak anlaşılan kast ve taksir, kusurun görünüm şekillerine (*Schuldformen*) dönüşerek bunların kusur içerisindeki önemleri azalmıştır²¹⁴.

Frank, unsurlarını tasvir ettiği söz konusu kusur anlayışına yeni bir nitelendirme aramış ve buna karşılık gelen en uygun kelimenin “kınanabilirlik (*Vorwerfbarkeit*)” olduğunu ifade etmiştir. *Frank*’a göre “kusur kınanabilirliktir” ve yasaklanmış bir davranış, ancak bu davranış tercih etmesi, o yoldan gitmesi sebebiyle kınanabildiği hallerde, faile kusur olarak isnat edilebilir²¹⁵.

Hukuka aykırı bir davranış dolayısıyla failin kınanabilmesi ise ancak şu üç halin bir arada bulunması durumunda söz konusu olabilir. Bunlar; 1) failin normal ruhi durumu, yani isnat yeteneğinin bulunması (subjektif-normatif kusur unsuru), 2) failin söz konusu fiili ile psikik ilişkisi (psikolojik kusur unsuru), 3) failin fiilini gerçekleştirdiği koşulların normal olması, yani eşlik eden unsurların bulunmaması, failin normal bir motivasyona sahip olmasıdır (objektif-normatif kusur unsuru)²¹⁶.

Kusur içerisinde psikolojik ve normatif unsurların bir arada bulunmaları sebebiyle bu anlayış normatif-psikolojik kusur anlayışı olarak anılmaktadır²¹⁷.

²¹³ Frank, *Schuldbegriff*, s. 10; Goldschmidt, *ÖZStr 4 (1913)*, s. 139, 142; Mezger, *Lehrbuch*³, s. 266.

²¹⁴ Gallas, *ZStW 67 (1955)*, s. 3; Sözüer, *YD 4/1995*, s. 471; bkz. Goldschmidt, *FG-Frank/I*, s. 443; Mezger, *Lehrbuch*³, s. 301; Baumann/Weber, *AT*⁹, s. 373.

²¹⁵ Frank, *Schuldbegriff*, s. 11; Goldschmidt, *FG-Frank/I*, s. 428; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 207; Haft, *AT*⁹, s. 23.

²¹⁶ Frank, *Schuldbegriff*, s. 12; Goldschmidt, *ÖZStr 4 (1913)*, s. 139, 147; Goldschmidt, *FG-Frank/I*, s. 428; Radbruch, *FG-Frank/I*, s. 163-164; Talas, *Kusur*, s. 44; Meraklı, *Kusur*, s. 128.

²¹⁷ Gropp, *AT*⁴, § 6, kn. 15; krş. Meraklı, *Kusur*, s. 136.

İsnat yeteneğinin kusura dahil edilmesiyle, psikolojik kusur anlayışında açıkta kalan bazı sorunlar kolayca cevaplanabilir hale gelmiştir. Mesela, kasten hareket etmiş olmalarına karşın, isnat yeteneklerinin bulunmaması ve kendilerinden hukukun gereklerine uygun irade oluşumu beklenememesi dolayısıyla akıl hastaları veya belirli yaş altı çocuklar bakımından kusur isnadı söz konusu olmayacaktır. Keza, isnat yetenekleri ve kast yahut taksirleri bulunmasına rağmen, zorunluluk hali altında fiili gerçekleştiren kişilerin kusurlu hareket etmedikleri söylenebilecektir²¹⁸.

Kınanabilirlik kavramı *Frank* tarafından ortaya konulmakla birlikte, yazarın eserinde ayrıntılı olarak temellendirilmemiştir. Buna karşılık, *Goldschmidt* kınanabilirliğin esasını, “yükümlülük normunun ihlali”nden hareketle açıklamaya çalışmıştır²¹⁹.

Emredici teoriden (*die Imperativtheorie*) hareket eden *Goldschmidt*’e göre, her bir bireyden dış dünyaya yansıyan belirli bir (harici) davranışı talep eden ve söz gelimi kişilere yönelik “öldürmemelisin” şeklinde bir emri ihtiva eden “hukuk normu (*Rechtsnorm*)”nun yanında, açıkça söz edilmeyen bir “yükümlülük normu (*Pflichtnorm*)” da bulunur. Bu yükümlülük normu, hukuk düzeni tarafından kendisinden beklenen gerekliliklere uygun hareket edebilmesi için her bir bireye, kendi iç davranışını “nasıl olması gerekiyorsa o şekilde” ayarlama yükümlülüğü yüklemektedir. Söz konusu bu norm, kişiye, iradi davranışının hukuk normu tarafından yasaklanan bir neticeye sebep olacağını tasavvur etmesiyle bu davranıştan kaçınmasını veya iradi davranışının hukuk normu tarafından emredilen bir neticeye sebep olabileceğini tasavvur etmesiyle de bu davranışını yerine getirmesini emreder²²⁰.

Goldschmidt’e göre, yükümlülük normuyla yükümlülük içeriği anlamında bir norm kastedilmemektedir. Diğer bir anlatımla, yükümlülük

²¹⁸ Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 207; Özgenç, *Genel*¹⁵, s. 167.

²¹⁹ Goldschmidt, *FG-Frank/I*, s. 430; Roxin, *AT/I*⁴, § 19, kn. 13; Meraklı, *Kusur*, s. 131.

²²⁰ Goldschmidt, *ÖZStr 4 (1913)*, s. 145, 148; Goldschmidt, *FG-Frank/I*, s. 433 vd., 439; ayrıca bkz. H. Lampe, *Unrechtsbegriff*, s. 56; Roxin, *AT/I*⁴, § 19, kn. 13; Meraklı, *Kusur*, s. 131.

normu, hangi içerikteki davranışların yapılması ve hangi içerikteki davranışlardan da kaçınılması gerektiğini belirlememekte, kişilere hukuk normu tarafından içeriği belirlenen emir ve yasaklara uyma yükümlülüğü tahmil etmektedir²²¹. Yükümlülük normu, muhataplarına, “istenmeyen bir neticeye yol açacağını veya açabileceğini tasavvur ettiğin veya edebileceğin davranışını icra etme” şeklinde anlaşılmalıdır²²².

Yükümlülük normları, hukuk normu yanında ve onunla eşit ve bağımsız nitelikte bulunur²²³. Hukuk normları belirli bir neticeyi yasaklar veya emreder. Bu normların ihlali objektif haksızlığı temellendirir. Yükümlülük normları ise kişinin kanunen belirli bir motivasyonla hareket etmesini emreder. Bu normların ihlali ise kusuru temellendirir. Diğer bir anlatımla, haksızlık hukuk normunun ihlali iken, kusur hukuk normundan bağımsız nitelikteki yükümlülük normunun ihlali²²⁴. Söz gelimi tamamlanmış bir kasıtlı suç iki norma aykırılığı birlikte barındırır. Bunlar, objektif olarak hukuk normunun ihlali (haksızlık) ve subjektif olarak yükümlülük normunun ihlali (kusur)²²⁵.

Yükümlülük normunun hukuk normu yanında ona denk ve bağımsız nitelikte bulunmasının bir sonucu olarak, haksızlık ve kusur birbirinden katı bir şekilde ayrılmaktadır. Bu normlardan birinin ihlali, diğerinden bağımsız olarak gerçekleşebilir²²⁶. Yani kişi kusurlu olmaksızın bir haksızlığı gerçekleştirebilirken, hukuka aykırı bir neticeye (haksızlığa) sebep olmaksızın kusurlu da hareket edebilir. Bu sonucu halin tipik misalini teşebbüs oluşturur²²⁷.

²²¹ Goldschmidt, **ÖZStr 4 (1913)**, s. 145, dn. 18.

²²² Goldschmidt, **ÖZStr 4 (1913)**, s. 146.

²²³ Goldschmidt, **ÖZStr 4 (1913)**, s. 148; Goldschmidt, **FG-Frank/I**, s. 436 vd.

²²⁴ Diethart Zielinski, **Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff**, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1973, s. 22; Roxin, **AT/I**⁴, § 10, kn. 92.

²²⁵ Goldschmidt, **ÖZStr 4 (1913)**, s. 146-148.

²²⁶ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 22; Roxin, **AT/I**⁴, § 10, kn. 92.

²²⁷ Goldschmidt, **ÖZStr 4 (1913)**, s. 146.

Hukuk normu ve yükümlülük normlarına aykırılığın istisnalarını ise hukuka uygunluk sebepleri ve mazeret sebepleri oluşturur. Olayda bir hukuka uygunluk sebebi varsa, kişi hukuk normunu ihlal etmiş olmasına karşılık, hukuka aykırı olarak hareket etmiş olmaz. Aynı şekilde, eğer olayda bir mazeret sebebi söz konusuysa, bu durumda kişi yükümlülük normunu ihlal etmiş olmasına karşın kusurlu addedilmeyecektir. Bu halde, yükümlülük normu ihlal edilmiş olsa da, mazeret sebebi dolayısıyla yükümlülüğe aykırılık gerçekleşmemiş olur²²⁸.

Goldschmidt'in hukuk normu-yükümlülük normu ayırımında yükümlülük normlarına hukuk normu yanında ve onunla denk normlar olarak yer vermesi *Mezger* tarafından eleştirilmiştir. *Mezger*'e göre, yükümlülük normları gerçekte hukuk normlarından türetilmiş olmalarına karşın, *Goldschmidt*'in yükümlülük normlarına eşit ve bağımsız nitelikte olarak hukuk normları yanında yer vermesi hatalıdır²²⁹. Zira hukuk normu olarak isimlendirilen objektif nitelikteki değerlendirici norm, belirli bir kişiyi muhatap almayan (*adressenlos*), hukukun muhatabı olan herkese yönelik olan normdur. Yükümlülük normu olarak ifade edilen subjektif nitelikteki belirleyici norm ise şahsen yükümlülük altında bulunan ve münferit kişileri muhatap alan normdur²³⁰. Bu açıdan, objektif nitelikteki değerlendirici norm herkese yönelik “yapılmamalı-yapılmalı” şeklindeki bir emri veya yasağı ihtiva ederken, subjektif nitelikteki belirleyici norm, değerlendirici normdan türetilerek, fertlere şahsen yönelen “yapmamalısın-yapmalısın” şeklindeki bir emri veya yasağı

²²⁸ Goldschmidt, *ÖZStr* 4 (1913), s. 162; ayrıca bkz. Roxin, *AT/I*⁴, § 19, kn. 13; Meraklı, *Kusur*, s. 131.

²²⁹ Mezger, *Lehrbuch*³, s. 166, dn. 6.

²³⁰ İfade etmek gerekir ki, *Goldschmidt*'e göre, harici davranışlarla ilgili olan hukuk normu değerlendirici norm ve belirleyici normdan oluştuğu gibi, kişinin iç dünyasına ilişkin olan yükümlülük normu da hem değerlendirici hem de belirleyici normdan oluşmaktadır (Goldschmidt, *FG-Frank/I*, s. 436-437). Bu açıdan, yazar belirleyici norm ve değerlendirici norm kavramlarına bu kavramların literatürdeki kullanımlarından farklı bir anlam yüklemiştir. Ancak yazarın hukuk normu ve yükümlülük normu ayrımının, esas itibarıyla literatürde değerlendirici norm ve belirleyici norm olarak isimlendirilen kavramlardan farklı olmadığını ifade etmek gerekir. Bkz. ve krş. von Liszt/Schmidt, *Lehrbuch*²⁶, s. 223, dn. 3, 224; Baumann/Weber, *AT*⁹, s. 259; Meraklı, *Kusur*, s. 134.

ihativa eder. Bu yüzden, belirleyici normu mümkün kılan değerlendirici normdur. Ancak bu şekilde suçun iki esaslı koşulu olan haksızlık ve kusurun karşılaştırılması mümkün hale gelir. Objektif nitelikteki değerlendirici norma aykırılık objektif nitelikteki haksızlığı ve subjektif nitelikteki belirleyici norma aykırılık ise şahsi kınanabilirliği, yani kusuru oluşturur²³¹. Kusur hakkında bir yargıda bulunulabilmesi ise haksızlığın gerçekleşmesine bağlıdır. Zira haksızlık olmadan kusur da söz konusu olamaz²³².

Subjektif nitelikteki belirleyici norma aykırılık üzerinde temellenen ve hukuka aykırı fiilinden dolayı kişinin kınanabilirliğini ifade eden, neoklasik suç öğretisinin normatif-psikolojik kusur anlayışına göre de isnat yeteneği ve kusuru kaldıran sebepler, kast ve taksirin yanında kusurun unsurları olarak bulunur. Kusurun varlığından söz edebilmek için üç unsurun varlığı gerekir. Bunlar; failin isnat yeteneğinin bulunması, failin fiille belirli bir psikolojik bağlantısı (kast veya taksir) ve kusuru kaldıran özel hallerin bulunmamasıdır²³³.

Kusuru kaldıran sebeplerin, mesela zorunluluk halinin, objektif koşullarının bulunması, kusurun salt subjektif olarak anlaşılamayacağını göstermektedir²³⁴. Böylece, klasik suç öğretisinin objektif ve subjektif nitelikteki unsurların ayırımına dayanan haksızlık ve kusur ayırımına, haksızlığın sosyal bakımdan zararlılık ve kusurun da kınanabilirlik olarak değerlendirildiği yeni bir izah getirilmiş olmaktadır²³⁵.

²³¹ Mezger, **Lehrbuch**³, s. 166 ve 166, dn. 7; Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 259; Oehler, **FS-Sauer**, s. 263; ayrıca bkz. Perron, **Rechtfertigung**, s. 57.

²³² Mezger, **Lehrbuch**³, s. 254 vd.

²³³ Mezger, **Lehrbuch**³, s. 266 vd., 247 vd.; Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 373; Gropp, **AT**⁴, § 6, kn. 15 vd.

²³⁴ Mezger, **Lehrbuch**³, s. 270; Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 163-164; Roxin, **AT/I**⁴, § 7, kn. 16; Talas, **Kusur**, s. 15.

²³⁵ Roxin, **AT/I**⁴, § 7, kn. 17, 21.

Hukuka aykırılık bilinci ise yazarlar tarafından kast kapsamında aranan bir husus olarak görülmüş, haksızlık bilincine kusur içerisinde müstakil bir unsur olarak yer verilmemiştir²³⁶.

4. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurları Bakımından Değerlendirme

Neoklasik suç öğretisini benimseyen yazarlar arasında hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretiyi benimseyen yazarların çoğunlukla en azından bir veya birkaç hukuka uygunluk sebebi bakımından subjektif unsurların gerekliliğini kabul ettikleri görülmektedir. Ancak subjektif unsurların hukuka uygunluk bakımından gerekli olmadığını ifade eden yazarlar da vardır.

Öğretide, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini reddeden yazarlar gibi, bir veya birkaç hukuka uygunluk sebebinde subjektif unsurların gerekliliğini kabul eden yazarlarca da haksızlığın subjektif unsurları ile hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları arasında bir ilişki kurulmamıştır. Daha ziyade, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinde de, haksızlığın subjektif unsurlarının kabul edilmesindekine benzer bir yol izlenmiş ve her bir hukuka uygunluk sebebi bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılarak, ilgili hukuka uygunluk sebebinde subjektif unsurların gerekli olup olmadığı incelenmiştir²³⁷. Bu açıdan, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinde genel bir teorik zeminden hareket edilmemiş, kazuistik bir yaklaşım sergilenmiştir²³⁸.

²³⁶ Frank, *Schuldabgriff*, s. 10; Goldschmidt, *ÖZStr 4 (1913)*, s. 147 vd.; Goldschmidt, *FG-Frank/I*, s. 435; Mezger, *Lehrbuch*³, s. 331 vd.; ayrıca bkz. Meraklı, *Kusur*, s. 129.

²³⁷ Bkz. Mezger, *GS 89 (1924)*, s. 270 vd. Sieverts, *Beiträge*, s. 129 vd.; Sauer, *Strafrechtslehre*³, s. 118; Baumann, *AT*⁸, s. 306 vd., 296 vd.; ayrıca bkz. Staab, *Elemente*, s. 46.

²³⁸ Steinbach, *Problematis*, s. 100. Sauer'e göre, esas itibarıyla bir hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının tespitiyle birlikte, fiilin hukuka uygun olduğu kabul edilir. Kural olarak failin hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarını bilmesi gerekli değildir. Fakat, hukuka uygunluk sebebinin karakteristik özelliği, mesela meşru savunmada savunma hareketi, failin

Öğretide haksızlık, hukuk normuyla objektif olarak çatışma halinde bulunmayı ifade etmektedir. Haksızlığın subjektif unsurları istisnai niteliktedir. Aynı şekilde, haksızlığın ortadan kaldırılması bakımından da hukuka uygunluk sebebinin objektif olarak varlığı kural olarak yeterlidir. Haksızlık alanında olduğu gibi, haksızlığın ortadan kaldırılması alanında da subjektif faktörlere müracaat etmek için her zaman özel bazı sebeplere ihtiyaç bulunmalı ve subjektif unsurlara müracaat etmek her şeyden önce gerekli ve zorunlu olmalıdır. Bunu ise ancak yürürlükteki hukuk gösterebilir²³⁹. Bu çerçevede, yazarlar, subjektif unsurun gerekliliğinin temellendirilmesinde hukuka uygunluk sebebinin düzenlendiği ilgili hükmün lafzından veya hukuka uygunluğun genel prensiplerinden hareket etmişlerdir²⁴⁰.

Aşağıda hukuka uygunluk sebeplerinin objektif nitelikte olduğunu ve subjektif unsurun gerekli olmadığını kabul eden yazarların görüşleri açıklanacaktır.

Neoklasik suç öğretisinde genel olarak kabul edildiği üzere haksızlığın esasını fiilin sosyal bakımdan zararlılığı, yani hukuki değeri ihlal etmesi oluşturmaktadır. *Hegler*'e göre, haksızlığın bu niteliği dikkate alındığında, belirli subjektif unsurların tek başına varlığının hukuki değerleri ihlal eden davranışın bu karakteri üzerinde ne şekilde etkili olacağı, bu unsurların fiilin bu niteliğini nasıl ortadan kaldıracağı anlaşılabilir değildir. Bu açıdan, söz gelimi hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinde, sahip olunan hakkın kullanmasında failin amacı fiilin hukuka aykırılığı üzerinde etkili olamaz. Keza söz konusu subjektif unsurların hukuka uygunluk sebeplerinin objektif

hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının bilinmesi ve istenmesini gerektirebilir. Bu sebeple, subjektif unsurların gerekliliği her bir hukuka uygunluk sebebi bakımından ayrı ayrı incelenmelidir. Buna karşın, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının, haksızlığın subjektif unsurları karşısında konumlandırılarak, genel bir gerekliliğinden söz edilmesi aşırıya kaçmak olacaktır. Özellikle, fail, eğitim veya tedavi gibi faydalı bir neticeye bunu bilmeden dahi sebep olsa, hukuka aykırılığın ortadan kalktığından söz etmek gerekir (Sauer, *Strafrechtslehre*³, s. 118).

²³⁹ Mezger, *Lehrbuch*³, s. 169-170.

²⁴⁰ Bu konuda bkz. İkinci Bölüm, II, B. Kanunun Lafzından Hareketle Temellendirme ve C. Hukuka Uygunluğun Genel Prensiplerinden Hareketle Temellendirme başlıkları altında yapılan açıklamalar.

unsurlarıyla kombine edilerek, bunların birlikte fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracakları yönündeki görüş de yerinde değildir²⁴¹.

Hegler'e göre, öğretide hukuka uygunluk sebebi olarak zikredilen hususlar iki farklı şekilde sorumluluk üzerinde etkide bulunabilir. Ya hukuka uygunluk sebebinin objektif koşulları, fiili hukuka uygun hale getirir. Bu durumda, fiilin neden bu hukuka uygunluk sebebine uygun bir amaç tarafından taşınması gerektiğinin izahı kabil değildir. Ya da fail tarafından takip edilen amaç kusuru ortadan kaldırır. Bu durumda ise, hukuka uygunluk sebepleri bağlamında aranan objektif unsurların varlığının neden gerekli olduğu hususu cevapsız kalacaktır. Bu sebeple takip edilebilecek en doğru yol, subjektif unsurların hukuka uygunluk alanından dışlanması ve hukuka uygunluk sebeplerinin objektif niteliğinin kabul edilmesidir. Söz gelimi meşru savunmada fail tarafından savunma amacı veya tedip hakkının kullanılmasında eğitim amacı takip edilmese de, objektif unsurların gerçekleşmesi halinde, fiil hukuka uygun olacaktır²⁴².

Beling gibi *Hegler*'e göre de, fiilin hukuka uygunluğu bakımından failin psikik durumu sadece istisnai olarak hakkın kötüye kullanılması durumunda dikkate alınmalıdır. Bu istisnai hallerde subjektif nitelikteki hususların hukuka uygunluk alanına müdahalesi kabul edilebilir. Mesela, meşru savunmadan yararlanmak amacıyla saldırganın tahrik edilmesi, intikam almak için tutuklama kararı verilmesi, babasından intikam almak için çocuğun tedip edilmesi halleri bu çerçevede hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilir. Bu tür hallerde, failin davranışını gerçekleştirmesi bakımından objektif olarak yeterli sebepler bulunsa bile, fiilin hukuka uygun olmadığı kabul edilir²⁴³.

²⁴¹ Hegler, **ZStW 36 (1915)/I**, s. 36, dn. 45.

²⁴² Hegler, **ZStW 36 (1915)/I**, s. 37, dn. 45; ayrıca bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 30; Steinbach, **Problematik**, s. 102.

²⁴³ Hegler, **ZStW 36 (1915)/I**, s. 37, dn. 45; ayrıca bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 30.

Zimmerl'e göre de, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı fiilin hukuka uygunluğu bakımından yeterlidir. Nasıl haksızlık temelde subjektif unsurlardan bağımsız ise, haksızlığı ortadan kaldıran sebeplerin de objektif niteliği haiz olduğu kabul edilmelidir. Bunun aksini gerektirir bir sebep de bulunmamaktadır. Nitekim yazar, objektif olarak hukuk düzeni tarafından tasvip edilen bir fiilin neden failin subjektif durumuna göre tasvip edilmeyene dönüşeceğinin anlaşılabilir olmadığını ifade etmektedir²⁴⁴.

II. SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİ REDDEDEN MÜNFERİT GÖRÜŞLER

A. Hukuka Aykırı Olmayan Cezalandırılabilir Hareketler Görüşü

1. Salt Yükümlülük Normuna Aykırılık Dolayısıyla Cezalandırılabilir Hareketler Görüşü

Normatif-psikolojik kusur anlayışının gelişimi çerçevesinde açıklandığı üzere, emredici teoriden hareket eden *Goldschmidt*'e göre ceza hukuku normları hukuk normu ve yükümlülük normundan oluşmaktadır. Hukuk normu kişilerden belirli davranışları yerine getirmelerini ve belirli davranışlardan da kaçınmalarını talep eder. Hukuk normu dış dünyaya yansıyan harici davranışla ilgilidir ve bu norma aykırılık objektif haksızlığı temellendirir. Yükümlülük normu ise failin iç dünyasına ilişkin olup, kişilere içeriği hukuk normu tarafından belirlenen emir ve yasaklara uyma, hukuka uygun bir motivasyonla hareket etme yükümlülüğü tahmil etmektedir. Bu normun ihlali ise kusuru temellendirmektedir²⁴⁵.

²⁴⁴ Zimmerl, *Tatbestand*, s. 67 vd.

²⁴⁵ Goldschmidt, *ÖZStr 4 (1913)*, s. 145-146; Goldschmidt, *FG-Frank/I*, s. 433 vd., 436-437; ayrıca bkz. H. Lampe, *Unrechtsbegriff*, s. 54-56; Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 22; Roxin, *AT/I*⁴, § 10, kn. 92.

Yazara göre, yükümlülük normu, hukuk normu yanında, onunla eşit ve bağımsız niteliktedir. Yükümlülük normunun bu niteliğinin bir sonucu olarak, bu normlardan birinin ihlali, diğerinin ihlalinden bağımsız olarak gerçekleşebilir. Fail sadece hukuk normunu ihlal ettiğinde, objektif haksızlığı gerçekleştirmiş olur. Ancak kusurlu değildir. Sadece yükümlülük normunun ihlali halinde ise, herhangi bir haksızlıktan söz edilemese de failin kusurlu hareket ettiği sonucuna varılır²⁴⁶.

Salt yükümlülük normunun ihlalinin tipik misalini suça teşebbüs oluşturmaktadır. Nitekim yazara göre, teşebbüs fail tarafından ihlal edilmek istenen hukuk normuna uygun yükümlülük normunun ihlalidir. Yani kısaca yükümlülük normunun ihlalidir. Kişinin suç tipi bakımından salt kötü bir iradeyle hareket ettiği salt yükümlülük normunun ihlali, mutlak elverişsiz teşebbüsü oluşturmaktadır²⁴⁷. Mutlak elverişsiz teşebbüs, haksızlığın (hukuka aykırılığın) söz konusu olmadığı kusurlu olma halini teşkil eder. Zira yazarın anlayışında haksızlık, ancak hukuki değer ihlaliyle, diğer bir anlatımla, hukuk normuna karşı gelinmesiyle temellendirilir. Hukuki değer ihlalinin söz konusu olmadığı hallerde ise hukuk normunun ihlalinden söz edilemez²⁴⁸. Bu açıdan yazar, haksızlık alanında subjektif unsurlara yer vermemekte, haksızlığı objektif olarak belirlemektedir.

Haksızlığın ve hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarını reddeden *Goldschmidt*'e²⁴⁹ göre, şayet olayda objektif olarak hukuka uygunluk sebebi varsa bu durumda fiil hukuka uygundur. Zira hukuk normu ihlal edilmemiştir. Fail fiili hata dolayısıyla somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının gerçekleştiğini bilmiyorsa ve bu sebeple

²⁴⁶ Goldschmidt, **ÖZStr 4 (1913)**, s. 146, 148; ayrıca bkz. Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 22; Roxin, **AT/I**⁴, § 10, kn. 92.

²⁴⁷ Goldschmidt, **ÖZStr 4 (1913)**, s. 146-147. Mutlak elverişsiz teşebbüs ile ilgili olarak ayrıca bkz. Goldschmidt, **FG-Frank/I**, s. 434.

²⁴⁸ Steinbach, **Problematik**, s. 16.

²⁴⁹ Ayrıca bkz. Goldschmidt, **FG-Frank/I**, s. 458 vd.; ayrıca bkz. H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 54 vd.

gerçekleşmeyen haksızlığı işleme yönünde kötü bir iradeyle hareket ediyorsa, yükümlülük normunu ihlal etmiştir ve mutlak elverişsiz teşebbüs dolayısıyla cezalandırılmalıdır. Mesela, fail objektif olarak meşru savunma hali içerisinde birini öldürürse, bu durumda fiili meşru savunma dolayısıyla hukuka uygundur. Ancak meşru savunma halinin varlığını bilmiyorsa, fiil her ne kadar hukuka uygunsa da, mutlak elverişsiz teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır²⁵⁰.

Buna karşılık, failin hatası, hukuka uygunluk sebebinin hukuken varlığı hususunda ise, mesela, fiilen meşru savunma hali içerisinde olduğunu bilmesine rağmen meşru savunmanın bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu bilmiyorsa, bu durumda mefruz suç söz konusudur ve cezalandırılmayacaktır²⁵¹.

2. İrade Ceza Hukuku Bağlamında Cezalandırılabilir Hareketler Görüşü

a. İrade Ceza Hukuku Anlayışı

Beling ve *von Liszt* tarafından geliştirilen ve suçu; tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusur olmak üzere üç basamaklı bir yapı içerisinde izah eden suç sistemini yeniden ele alan *Kadečka*²⁵², haksızlığın (hukuka aykırılığın) mahiyetini ve yapısını açıklayan görüşleri üç temel grupta toplamaktadır.

İlk olarak, emredici teoriden hareket eden suç öğretileri, doğası gereği haksızlığa subjektif unsurları da dahil etmektedir. Bu anlayışa göre, haksızlık objektif ve subjektif unsurların bir araya gelmesinden oluşur²⁵³.

İkinci grupta yer alan öğretiler ise, haksızlığı hukuki değerın zarara uğratılması veya tehlike altına konulmasında, yani hukuki değer ihlalinde

²⁵⁰ Goldschmidt, *ÖZStr* 4 (1913), s. 169-170. *Goldschmidt*'in ayrıca, bu görüşünü hukuka uygunluk sebebinin düzenleyen normun lafzı ile de ilişkilendirmeye çalıştığını ifade etmek gerekir (Goldschmidt, *ÖZStr* 4 (1913), s. 171).

²⁵¹ Goldschmidt, *ÖZStr* 4 (1913), s.170.

²⁵² Ferdinand Kadečka, "Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff", *ZStW*, 59 (1940), s. 1-4.

²⁵³ Kadečka, *ZStW* 59 (1940), s. 5-6.

görmektedir. Bu öğretiler bakımından hukuk normları değerlendirici norm olup haksızlık kişilere yönelen belirli emir veya yasakların ihlalinden değil, hukuki değer ihlalinden kaynaklanmakta ve objektif olarak belirlenmektedir²⁵⁴.

Üçüncü grup suç öğretileri ise hukuk düzeni tarafından tasvip edilmeyen bütün fiilleri hukuka aykırı (haksız) olarak nitelendirmektedir. Bu anlayışa göre, hukuk düzeni belirli bir hukuki değeri ihlal eden fiillerin yanı sıra, bir hukuki değeri ihlal etmemekle birlikte, hukuka düşman zihniyetle (*die rechtsfeindlichen Gesinnung*), yani kötü iradeyle (*der böse Wille*) gerçekleştirilen fiilleri de tasvip edilmeyen olarak kabul etmekte ve bunları da cezalandırmanın temeli haline getirmektedir. Dolayısıyla, hukuk düzenince tasvip edilmemenin kendisine bağlı olduğu bütün hususlar hukuka aykırılık içerisinde değerlendirilir. Cezalandırılan bütün hareketler aynı zamanda bu sebeple hukuka aykırıdır. Eğer bir hukuk düzeninde tehlikeli olmayan elverişsiz teşebbüs cezalandırılıyorsa, bu fiiller de, herhangi bir hukuki değeri ihlal etmemesine rağmen, sırf bu sebeple hukuka aykırıdır²⁵⁵.

İlk görüşe göre, bir fiil objektif olarak tek başına haksızlık teşkil etmez. Fiil haksızlık niteliğini, failin aynı zamanda hukuka aykırı neticeye yönelmiş amacıyla, yani kastıyla birlikte kazanmaktadır. Bu görüşü eleştiren *Kadečka*'ya göre, fiilin dış dünyada meydana getirdiği etki failin subjektif durumundan bağımsızdır. Harici yaşam düzeni olarak hukuk daima belirli hareketleri veya ihmalleri yasaklar. Cezalandırılabilir hareketler hareketin ancak belirli amaçla işlenmesiyle sınırlandırılmış olabilir. Bu amaç olmaksızın işlenmesi halinde fiil cezalandırılmaz. Ancak bu halde dahi fiil yasaklanmış bir fiildir ve hukuka aykırıdır. Subjektif nitelikteki unsurlar haksızlığın unsuru olamaz. Ancak kusurun unsuru olabilir²⁵⁶.

²⁵⁴ Kadečka, *ZStW* 59 (1940), s. 6-7.

²⁵⁵ Kadečka, *ZStW* 59 (1940), s. 8-9.

²⁵⁶ Kadečka, *ZStW* 59 (1940), s. 10-12. Bu açıdan, yazarın ceza hukuku normlarını salt değerlendirici norm olarak kabul ettiği söylenebilir (Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 81).

Haksızlığı cezalandırılan fiille izah eden üçüncü görüşe göre, kanun koyucu tarafından kendilerine ceza tehdidi bağlanan bütün davranışlar hukuka aykırıdır ve haksızlık teşkil eder. Kanun koyucu her zaman sadece belirli hukuki değer ihlallerini cezalandırmamaktadır. Hukuki değer ihlaline yönelmiş davranışları da cezalandırmaktadır. Özellikle elverişsiz teşebbüs²⁵⁷ ve amaç suçlarında böyledir. Bu suçlar da cezalandırılmaları dolayısıyla hukuka aykırı kabul edilmektedir. Hukuka aykırılığın cezalandırılabilir davranışla açıklanmasıyla, hukuka aykırılık artık suçun bir unsuru olarak değil, cezalandırılabilirlikle eşit görülür. Hukuka aykırılık fiili cezalandırılabilir kılmamakta, aksine cezalandırılabilirlik fiili hukuka aykırı hale getirmektedir. *Kadečka*'ya göre, haksızlığın sübjektivitede de bulunabileceği iddiası aslında ikinci görüşe göre (*Belting*'ci anlamda) hukuka aykırı olmayan, hukuka aykırı şeye yönelmiş fiillerin de cezalandırılabilir olduğundan başka bir anlama gelmez. Hukuki değeri ihlal eden davranışlar, hukuki değer ihlaline yönelmiş davranışlarla aynı kefeye konulmaktadır. Ancak böyle bir anlayışı kabul ederek haksızlığı sübjektif olarak da temellendirmek yerine, sadece hukuka aykırı davranışların cezalandırılabilirliği yönündeki ön kabulün (*axiom*) reddedilmesi ve haksızlığın objektif olarak bırakılması daha uygundur²⁵⁸. Zira söz konusu ön kabul, genelleme (*Induktion*) yoluyla elde edilmiş bir belirleme olup, hatalı olduğunun ortaya çıktığı ilk anda terk edilmelidir²⁵⁹.

Bu çerçevede yazar, ikinci görüşte olduğu gibi haksızlığı objektif olarak belirlemekte, ancak kanunun sadece hukuki değeri ihlal eden fiilleri değil, bunun yanında hukuki değer ihlaline yönelmiş fiilleri de cezalandırmasından hareketle, hukuka aykırı olmayan ancak cezalandırılabilir hareketlerin de varlığını kabul etmektedir²⁶⁰. Cezalandırılabilir fiiller haksızlık teşkil eden veya haksızlığa

²⁵⁷ Elverişsiz teşebbüsle ilgili olarak ayrıca bkz. *Kadečka*, *ZStW* 59 (1940), s. 8 vd.

²⁵⁸ *Kadečka*, *ZStW* 59 (1940), s. 12; Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 81.

²⁵⁹ Ferdinand *Kadečka*, "Nicht rechtswidrige strafbare Handlungen", *Festschrift Theodor Rittler zum 70. Geburtstag*, Ed.: A. Herdlitzka, Rauch, Innsbruck, 1946, s. 37.

²⁶⁰ *Kadečka*, *ZStW* 59 (1940), s. 12.

yönelmiş fiillerdir²⁶¹. Haksızlık teşkil etmemekle birlikte, haksızlığı hedefleyen fiiller de suçtur ve cezalandırılır²⁶².

Teşebbüs, tipe uygun bir fiil olmamasına karşın, suç teşkil etmektedir. Teşebbüs sadece tipe uygun duruma yönelmiş bir fiildir. Olayda gerçekleşmeyen ve fakat hedeflenen durum tipe uygun ve hukuka aykırıdır, ancak hedefin icrası kapsamında gerçekleştirilen fiil değildir. Amaç suçları da gerçekte bir teşebbüs halinden başka bir şey değildir²⁶³.

Kadečka'ya göre, kanun koyucu sadece tehlikeli (elverişli) veya kısmen tipe uygun olarak nitelendirilen teşebbüs hallerinin cezalandırılabileceğini kabul etmiş olabilir. Bu ihtimalde fail sadece ihlaline yöneldiği hukuki değeri tehlike altına koyduğunda cezalandırılabilir. Böylece cezalandırılabilir hareketlerin hukuka aykırı olması gerektiği yönündeki dogmatik kabulün sürdürülmesi mümkündür. Ancak elverişsiz teşebbüsün, yani salt iradenin cezalandırıldığı bir sistemde bu kabulün sürdürülmesine imkan bulunmamaktadır²⁶⁴.

Yazara göre, suç bir insanın harici veya dahili yönü itibarıyla ceza tehdidi bakımından yeterli görülen davranışdır²⁶⁵. Cezalandırmanın temeli, sadece fiilin neticesi olarak tehlike veya zararda yahut haricen norma aykırı olguda değil, bunun yanında failin iradesinde de görüldüğünde, ceza hukuku artık irade ceza hukukudur²⁶⁶.

²⁶¹ Kadečka, *ZStW* 59 (1940), s. 16.

²⁶² Kadečka, *ZStW* 59 (1940), s. 17; Kadečka, *FS-Rittler*, s. 32.

²⁶³ Kadečka, *ZStW* 59 (1940), s. 17; Kadečka, *FS-Rittler*, s. 32; ayrıca bkz. Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 81.

²⁶⁴ Kadečka, *FS-Rittler*, s. 32.

²⁶⁵ Kadečka, *ZStW* 59 (1940), s. 22.

²⁶⁶ Kadečka, *ZStW* 59 (1940), s. 20.

b. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurları Bakımından Değerlendirme

Hukuka aykırı olmayan cezalandırılabilir fiillerin varlığını kabul eden *Kadečka*²⁶⁷, özellikle meşru savunma bakımından saldırıya uğrayan kişinin saldırının varlığını bilmediği veya saldırıyı bertaraf etme amacını taşımadığı hallerde meşru savunmaya dayanıp dayanamayacağı sorunu üzerinde durmaktadır. Yazar sorunu şöyle bir misal üzerinden somutlaştırmaktadır: A evine yaklaşmakta ve paltosunun altındaki bombayı A'nın evine atacak olan B'ye ateş eder ve onu öldürür. B'nin saldırmak üzere olduğunu bilmeyen A meşru savunmadan yararlanabilir mi ya da A'nın meşru savunmadan yararlanabilmesi için saldırıyı bertaraf etme amacıyla hareket etmesi gerekir mi? Diğer bir ifadeyle, meşru savunma sadece objektif unsurlarla mı karakterize edilir yoksa ayrıca subjektif unsurların da varlığına ihtiyaç var mıdır²⁶⁸?

Kadečka'ya göre, savunma iradesinin gerekliliğini savunan yazarlar, meşru savunmayı bir hukuka uygunluk sebebi olarak, yani haksızlığı ortadan kaldıran bir sebep olarak ele almakta ve buradaki çelişkinin farkında olarak²⁶⁹, bu iradeyi hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsuru şeklinde yorumlamaktadırlar. Ancak bu kabul edildiğinde, savunma iradesinin yokluğu halinde, hukuka aykırı (haksız) bir saldırıyı objektif olarak gerekli sınırlar dahilinde bertaraf eden fiil hukuka aykırı olacaktır. Ancak bu, haksızlığın ve hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarına karşı ileri sürülen temel kaygılar göz ardı edilse dahi, kabul edilemez. Zira objektif olarak hukuka uygun fiil aracılığıyla saldırgana verilen zarar, savunma iradesinin yokluğu halinde, hukuka aykırı bir zarar olmuş olur. Böyle bir durumda da, saldırıda bulunan kişi, kendisine karşı haklı bir duruma sebep olunmasına karşın, özel hukuk

²⁶⁷ Ayrıca bkz. Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 81.

²⁶⁸ *Kadečka*, *FS-Rittler*, s. 33.

²⁶⁹ Yazar hukuka aykırılığı hukuki değer ihlaliyle temellendirdiğinden, haksızlığın temellendirilmesinde ve ortadan kaldırılmasında subjektif unsurlara yer vermemektedir. Bu itibarla, tamamen objektif esaslara bağlı olan bu iki alanda hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarından söz edilmesini bir çelişki olarak değerlendirmektedir.

çerçevesinde tazminat hakkı kazanır. Bu imkansız bir sonuçtur. Doğru olan, hukuka aykırı bir saldırıyı zorunlu olan sınırlar dahilinde bertaraf eden fiilin, saldırıya uğrayan kendisine saldırıldığını bilmese ve savunma iradesine sahip olmasa dahi, hukuka uygun olduğunun kabul edilmesidir. Şayet saldırıya uğrayan kişi, savunma iradesinin yokluğu sebebiyle böyle bir fiil dolayısıyla cezalandırılacak olursa, bu durumda fail (objektif olarak) hukuka uygun bir davranış dolayısıyla cezalandırılmış olur²⁷⁰. Bu açıdan yazar, hukuka uygunluk sebepleri bakımından subjektif unsurun gerekliliğini kabul etmemekte ve hukuka uygunluk sebeplerini objektif olarak karakterize etmektedir.

Buna karşılık, meşru savunmayı düzenleyen hükmün lafzından hareket eden yazar, Avusturya hukuku bakımından sadece savunma iradesi tarafından taşınan hareketlerin meşru savunma kapsamında değerlendirileceği hususunda bir tereddüt bulunmadığını ifade etmektedir²⁷¹.

Nitekim meşru savunma 1946 yılında yürürlükte olan Avusturya Ceza Kanununun “Kötü kastı kaldıran sebepler” başlıklı 2. paragrafında şu şekilde düzenlenmiştir: “Aşağıdaki hallerde icrai veya ihmali hareket suç sayılmaz; ... g) fiil meşru savunmanın icrası kapsamında gerçekleştirildiğinde. / Meşru savunma sadece, saldırının türünün, yerinin, zamanının ve şahısların niteliğinden ya da diğer koşullardan, failin, kendisinin veya bir başkasının yaşamına, özgürlüğüne ya da mal varlığına karşı gerçekleştirilen bir saldırıyı bertaraf etmek için zorunlu olan savunmadan yararlandığının anlaşıldığı hallerde kabul edilebilir”²⁷².

²⁷⁰ Kadečka, **FS-Rittler**, s. 33-34.

²⁷¹ Kadečka, **FS-Rittler**, s. 34.

²⁷² Hükmün orijinal metni şu şekildedir: *Gründe, die den bösen Vorsatz ausschließen: “Daher wird die Handlung oder Unterlassung nicht als Verbrechen zugerechnet: ... g) wenn die That ... in Ausübung gerechter Nothwehr erfolgte. / Gerechte Nothwehr ist aber nur dann anzunehmen, wenn sich aus der Beschaffenheit der Personen, der Zeit, des Ortes, der Art des Angriffes oder aus anderen Umständen mit Grund schließen läßt, daß sich der Thäter nur der nöthigen Vertheidigung bedient habe, um einen rechtswidrigen Angriff auf Leben, Freiheit oder Vermögen von sich oder Anderen abzuwehren”.*

Yazara göre, maddede yer alan “-mek için (*um zu + Infinitiv*)” ibaresi “zorunlu (*nötig*)” kelimesi bakımından bir sınırlandırma olmayıp “yararlanma (*bedient habe*)” fiiliyle ilgilidir. Bu itibarla, “failin sadece hukuka aykırı saldırıyı bertaraf etmek için zorunlu olan savunmadan yararlanması” anlamına gelmemektedir. Aksine “failin zorunlu olan savunmadan hukuka aykırı saldırıyı bertaraf etmek için yararlanması” anlamına gelmektedir. Savunma amacının bu subjektif gerekliliği dikkate alındığında, kanunun meşru savunmayı kötü kastı (*der böse Vorsatz*) kaldıran sebepler arasında sayması da doğru ve anlamlı olmuş olur²⁷³.

Sonuç olarak *Kadečka*’ya göre, meşru savunmaya dayanabilmek için fail hem saldırıyı bilmeli hem de kendini savunma amacıyla hareket etmelidir. Bu amacın yokluğu, failin fiilinin objektif olarak hukuka uygun olduğu hususunda hiçbir şeyi değiştirmez. Fiil objektif olarak hukuka uygundur. Ancak aynı zamanda kanuni anlamda meşru savunma da söz konusu değildir. Bu durumda fail hukuka aykırı olmayan fiili dolayısıyla cezalandırılmalıdır²⁷⁴. Yazarın meşru savunmanın objektif koşullarının varlığını fiilin hukuka uygunluğu bakımından yeterli görürken, saldırının bilinmesi ve savunma amacının varlığı şeklindeki subjektif gerekliliklere kusuru (kastı) kaldıran bir fonksiyon yüklediği anlaşılmaktadır.

Kadečka’ya göre, tamamlanmış bir kasten öldürme suçu bir insanın hukuka aykırı olarak ve kasten öldürülmesi halinde söz konusudur. Ancak fail saldırıyı bilmeksizin hareket ettiğinde ve saldırganı öldürdüğünde, hukuka aykırı olarak değil, hukuka uygun olarak bir kimseyi öldürmüştür. Fail amaçladığı hukuka aykırı öldürme fiilinin icra hareketlerini gerçekleştirmiş, ancak hukuka aykırı neticenin gerçekleşmesi onun tarafından bilinmeyen bir durum sebebiyle, tesadüfen başarısız olmuştur. Zira öldürülen kişi, tam o sırada faili öldürmek üzeredir. Dolayısıyla fail sadece kasten hareket etmektedir. Bu

²⁷³ Kadečka, **FS-Rittler**, s. 34.

²⁷⁴ Kadečka, **FS-Rittler**, s. 35.

durumda fail, tamamlanmış öldürmeden dolayı değil, bu suça (elverişsiz) teşebbüs dolayısıyla sorumlu tutulmalıdır²⁷⁵.

3. Hukuki Değeri İhlal Etmeyen Cezalandırılabilir Hareketler Görüşü

Kadečka'nın görüşlerine yakın bir yol izleyen *Nowakowski*, haksızlığın ve hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekli olmadığını göstermek için *Belting*'in şekli hukuka aykırılık kavramını hukuki değer kavramından hareketle maddi bir şekilde temellendirmeye çalışmıştır²⁷⁶.

Bununla birlikte, yazar aşağıda incelenecek olan bu görüşlerini, nispeten eski tarihli eserlerinde²⁷⁷ savunmuş, ancak daha sonraki tarihli eserlerinde²⁷⁸ bu görüşünü değiştirerek büyük ölçüde finalist suç öğretisini benimsemiş ve haksızlığın ve hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları lehine görüş beyan etmiştir²⁷⁹.

a. Hukuk Normlarının Sadece Değerlendirici Norm Olabileceği

Ceza hukuku normlarının emredici karakterini reddeden *Nowakowski*'ye göre, normun değerlendirici ve belirleyici norm olmak üzere

²⁷⁵ Kadečka, **FS-Rittler**, s. 35. Yazar hukuki değer ihlali bakımından herhangi bir tehlike dahi doğurmayan ve bu sebeple hukuka uygun olan davranışların da, tipe uygun ve hukuka aykırı neticeye yönelmiş olması dolayısıyla cezalandırılmasının subjektif teşebbüs teorisinin doğruluğu bakımından da bir kanıt niteliğinde olduğunu ifade etmektedir (Kadečka, **FS-Rittler**, s. 37).

²⁷⁶ Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 74; Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 79-80.

²⁷⁷ Nowakowski, "Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit", **ZStW**, 63 (1951), s. 287 vd.; Friedrich Nowakowski, "Zur Entwicklung der Strafrechtslehre in Deutschland nach 1945", **JB**, 1954, s. 134 vd., 159 vd.; Friedrich Nowakowski, **Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen**, 1. Aufl., Styria, Graz, 1955, s. 51 vd.

²⁷⁸ Friedrich Nowakowski, "Probleme der Strafrechtsdogmatik", **JB**, 1972, s. 19 vd.; Nowakowski, **ÖJZ 1977**, s. 573 vd.

²⁷⁹ Nowakowski, **ÖJZ 1977**, s. 573, dn. 1; ayrıca bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 80; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 10. Yazarın daha sonradan benimsediği finalist anlayışa uygun görüşleri, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarını kabul eden görüşlerin inceleneceği ikinci bölümde aktarılacaktır.

çifte fonksiyonunun bulunduğu şeklindeki düalizm kabul edilebilir değildir. Şayet normun çifte fonksiyonunun bulunduğu kabul edilecek olursa, bu, normun sadece kusur sorunu bakımından emredici olarak kabul edilmesi ve hukuka uygun olanla hukuka aykırı olanın yine değerlendirci yargılarla birbirinden ayrılması halinde mümkün olabilir. Ancak suç kavramına ilişkin yapının bütünlüğü ve tekdüzeliği dikkate alındığında, kusur sorunu bakımından da normun salt değerlendirci fonksiyonunun bulunduğu kabul edilmelidir. *Nowakowski* normun belirleyici fonksiyonunun bulunmadığını, emredici olmadığını, sadece değerlendirci fonksiyonu haiz olduğunu kabul etmektedir. Hukuk normları emredici değildir, sadece fiil üzerinde bir yargıda bulunur. Hukuka aykırılık bir emir ve yasağın ihlaline değil, hukuk düzeninin davranış hakkında verdiği değersizlik yargısına dayanmaktadır²⁸⁰.

Şüphesiz hukukun hukuka tabi olanların davranışlarını belirleme fonksiyonu vardır. Ancak bu fonksiyon hukuk normlarının değerlendirci norm olarak anlaşılması halinde de mümkündür. Normun kişilerin davranışlarını belirleme fonksiyonu hukuken olması gereken kategorisi (*Kategorie des Sollens*) ile normun etkililiğinin (*Effektivität*) gerekliliğinde bulunur. Olması gerekenle kastedilen, hukuk normu tarafından tasvir edilen yargının bildirilmesidir. Ancak bu hiçbir şekilde hukuka tabi olan kişilere şahsi olarak yönelmiş bir emir anlamına gelmez. Sadece “böyle olmalı (*so soll es sein/ ita ius esto!*)” şeklinde hukukun olay hakkındaki belirli bir şahısla ilgili olmayan ifadesidir. Hukuk normları değerlendirci nitelikte, belirli bir şahsa yönelmeyen, genel normlardır ve herkes için neyin nasıl olması gerektiğini belirten bir değerlendirmeyi içerir²⁸¹.

Hukuka tabi olan kişilerin hukukun değer ifadeleriyle (*die Wertaussagen des Rechts*) bağlanmaları, hukuk normunun yapısından hareketle çözülmesi gereken bir sorun değildir. Hukuk için önemli olan hukuka tabi olan

²⁸⁰ Nowakowski, *ZStW* 63 (1951), s. 288-289; Nowakowski, *Grundzüge*, s. 52; ayrıca bkz. H. Lampe, *Unrechtsbegriff*, s. 69.

²⁸¹ Nowakowski, *ZStW* 63 (1951), s. 290; Nowakowski, *Grundzüge*, s. 51.

kişilerin ilgili hukuk sistemi bakımından ihdas edilen düzene bağlı kalmalarıdır. Bu ise ancak yürürlükteki hukukun etkili olması halinde mümkündür. Ancak etkililiğin sebepleri normun yapısında aranmaz. Hukuk düzeninin fiili geçerliliği daha ziyade politik, kültürel veya başkaca psikolojik koşullara dayanır. Hukuk normu pek tabii ilgili kişilerce psikolojik olarak kişisel bir emir addedilebilir. Ancak bu normun kavramsal yapısıyla ilgili değildir. Bu etkililik daha çok hukukun işlevine hizmet eder. Kavramsal olarak hukuk, etkili değer ifadelerinin bir bütünüdür²⁸².

Böylece emrediciliğin kabul edilmesinin kusur alanında da gerekli olmadığı anlaşılmaktadır²⁸³. Hukuki ifadelerin (*Rechtsaussagen*) psikolojik etkililiği hukuki kavram inşası alanı dışında bulunur. Hukuka tabi olan kişilerin hukuk normunu emredici olarak alıp almadığı ve ona bu yüzden riayet edip etmediği ya da hangi sebeplerden ötürü hukukun değer ifadelerine uygun yaşadığı önemsizdir. Önemli olan sadece hukuk normlarının davranış üzerinde etkili olmasıdır²⁸⁴.

Sonuç itibarıyla, ne haksızlık alanında ne de kusur alanında normun emrediciliğinden veya belirleyici fonksiyonundan söz edilebilir. Gerek haksızlık gerek kusur alanında sadece normun değerlendirici fonksiyonu söz konusudur²⁸⁵.

Kaldı ki, hukuk normlarının çifte fonksiyonu kabul edilecek olsaydı, bu durumda zorunlu olarak, isnat yeteneği bulunmayan kişilerin kusurlu (yani kasten ve taksirle) hareket etmeleri mümkün olmazdı. Zira isnat yeteneği olmayan kişiler normun muhatabı olmaya elverişli değildirler. Bu ise isnat yeteneği olmayan kişilere gerçekleştirdikleri haksızlık dolayısıyla güvenlik tedbiri uygulanmasını imkansız hale getirir. Zira güvenlik tedbirlerine müracaat

²⁸² Nowakowski, *ZStW* 63 (1951), s. 292; ayrıca bkz. H. Lampe, *Unrechtsbegriff*, s. 69.

²⁸³ Nowakowski, *Grundzüge*, s. 65-66.

²⁸⁴ Nowakowski, *ZStW* 63 (1951), s. 292.

²⁸⁵ Nowakowski, *ZStW* 63 (1951), s. 293, 295; Dietrich Oehler, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1959, s. 21.

edilebilmesi için davranışın sadece haricen gerçekleştirilmesi yeterli değildir. Aynı zamanda kişinin fiili kasten veya taksirle, yani fiille uygun bir psikolojik ilişki içerisinde işlemesi gereklidir. İsnat yeteneği olmayan kişiler norma muhatap olmak bakımından elverişli kişiler olmadıklarından, kusurun belirleyici norma aykırılık olarak anlaşılması mümkün değildir²⁸⁶.

Hukuk hem davranışın harici yönü hem de dahili yönü hakkında sadece bir değerlendirmede bulunmaktadır. Davranışın harici yönüyle ilgili değerlendirme hukuka aykırılıkla ilgiliyken, dahili yönüyle ilgili değerlendirme kusurla ilgilidir. Bu iki değerlendirme birbirinden bağımsız olarak yan yana bulunur. Kusurun gerekliliği ve kusur bakımından önemli olan bütün değer kriterleri, aynı hukuka aykırılıkta olduğu gibi, pozitif hukuktan çıkarılır. Her iki değerlendirme de fonksiyonel bakımdan ve içerik olarak birbirine bağlıdır. Kusurdan, ancak failin psişisi ile tipe uygun haksızlık arasında bir ilişkinin bulunması halinde söz edilebilir. Ancak bu haksızlığın illaki gerçekleşmiş olmasını gerektirmemektedir. Haksızlığın ağırlığı, onunla ilgili kusurun boyutunu da etkiler. Ancak her ne kadar haksızlık ve kusur bu şekilde birbiri içine geçen bir yapı arz etseler de, aynı zamanda bunlardan her biri kendi içinde kapalı bir bütün oluşturur. Bunlardan her biri kendine ait ve sınırları çizilmiş bir değerlendirme fonksiyonuna sahiptir²⁸⁷. Bu açıdan yazar, haksızlık ve kusuru birbirinden bağımsız olarak görmekte ve biri olmadan da diğerrinin olabileceğini kabul etmektedir.

b. Haksızlık ve Kusur Ayırımının Hukuki Değer Kavramından Hareketle Yapılması

Neoklasik öğretinin haksızlığın subjektif unsurları öğretisine karşı, haksızlık (hukuka aykırılık) ve kusurun nasıl açık ve net bir şekilde birbirinden ayrılacağı sorunun ele alan *Nowakowski*'ye göre, bu sorunun çözümü ancak hukuki değer kavramından hareketle bulunabilir. Yazara göre, ancak ilgili suç

²⁸⁶ Nowakowski, *ZStW* 63 (1951), s. 294; Nowakowski, *Grundzügen*, s. 51.

²⁸⁷ Nowakowski, *ZStW* 63 (1951), s. 326-327.

tipiyle korunan hukuki değeri tasvir etmeye katkıda bulunan unsurlar haksızlık bakımından önemli olabilir. Zorunlu olarak kabul edilmesi gereken bu hareket noktası ise haksızlığın subjektif unsurları bakımından bir şey söylemez. Haksızlığın subjektif unsurlarının bulunup bulunmadığı sorunu hukuki değerin ve onun ihlalinin subjektif ve failin psişığıyle ilgili unsurlarla bağlı olup olamayacağı sorunuyla ilgilidir. Bu ise sadece ceza kanununun özel hükümlerinden hareketle değil²⁸⁸, temel olarak hukuki değer kavramından hareketle cevaplanabilir²⁸⁹.

Her ceza normu²⁹⁰, bir şeyi bir başka şeyden, yani belirli bir korunan objeyi (*das Schutzobjekt*) belirli saldırılardan korumak ister. Bu açıdan, korunan hukuki değer öğretisi ağırlıklı olarak korunan objeyle ilgilenmektedir. Ancak korunan objeden hareketle failin psişik dünyasına ait unsurların haksızlık bakımından önemli olduğu sonucuna varılamamaktadır²⁹¹.

Pekala hukuki değeri ihlal eden fiilin niteliğinden hareket edilerek, bu fiilin niteliği olarak düşünülebilecek bütün unsurların, söz gelimi failin zihninde takip edilen amacın ve sahip olunan motivasyonun, haksızlığa dahil edilmesi düşünülebilir. Ancak böyle bir hareket noktası benimsendiğinde, kast ve taksir gibi hususların da haksızlık alanına taşınması gerekecektir. Zira bu ihtimalde kasıtlı veya taksirli olma da fiilin bir niteliğini olarak kabul edilmek durumundadır²⁹².

Ancak *Nowakowski*'ye göre, metodolojik açıdan daha doğru olan, fiilin niteliğinden değil, korunan objenin niteliğinden hareket etmektir. Ceza

²⁸⁸ Yazar burada neoklasik suç öğretisinin, münferit suç tipleri bakımından haksızlığın subjektif unsurlarının gerekliliğine ilişkin değerlendirmelerine atıf yapmaktadır.

²⁸⁹ Nowakowski, *ZStW* 63 (1951), s. 310.

²⁹⁰ Yazara göre, hukuki değer kavramı sadece münferit ceza kanunundan hareketle değil, bütün hukuk düzeninden elde edilmektedir (Nowakowski, *ZStW* 63 (1951), s. 327).

²⁹¹ Nowakowski, *ZStW* 63 (1951), s. 311.

²⁹² Nowakowski, *ZStW* 63 (1951), s. 312-314; ayrıca bkz. H. Lampe, *Unrechtsbegriff*, s. 72; E. J. Lampe, *Unrecht*, s. 47-48; Detlef Krauß, "Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht", *ZStW*, 76 (1964), s. 21.

normuyla korunmak istenen yaşam alanı failin psişisi dışındaki olgularda, diğer bir ifadeyle, failin dışındaki dünyada bulunur. Failin psişisi ise ancak haricen etkide bulunmak suretiyle başkalarının yaşam alanı üzerinde etkili olabilir. Failin psişisi ancak dış dünyada etkili olması halinde korunan obje bakımından önemli hale gelebilir. Haksızlık bakımından önemli olan da bu dış etkililiktir. Failin iç dünyasına ilişkin olgunun kendisi ise haksızlığı oluşturan faktörlerin sebebidir. Ancak bu haksızlığın kendisini meydana getirmez, kendisi bizatihi haksızlık teşkil etmez. Mesela, zarar verme kastının bizatihi kendisi başkalarının yaşam alanına zarar vermek bakımından yeterli değildir. Bu zarar ancak kast tarafından faaliyete dökülen fiil vasıtasıyla meydana gelebilir. Korunan objenin ne ölçüde etkilendiği münhasıran fiilin objektif ve dış dünyadaki keyfiyetine bağlıdır²⁹³. Failin psişisine ait unsurlar sadece kusur bakımından önemlidir. Hareketin hukuka aykırılığı ise bundan bağımsız olarak sadece objektif unsurlara göre şekillenir²⁹⁴. Bir fiil ancak korunan hukuki değeri zarara uğrattığında veya tehlike altına koyduğunda hukuka aykırı olur²⁹⁵.

Teşebbüs söz konusu olduğunda hukuka aykırı olan ve haksızlık teşkil eden isteme değil, istenen şeydir. Failin iradesi hukuka aykırı olan şeye yönelmiştir ve bu yüzden kusurlu olabilir. Ancak bu irade hukuka aykırı değildir. Özellikle (elverişsiz) teşebbüs hallerinde suç hukuka aykırı olarak değil, hukuka aykırı olan şeye yönelmiş olması hasebiyle sadece kusurlu olarak işlenir²⁹⁶.

²⁹³ Nowakowski, **ZStW 63 (1951)**, s. 312.

²⁹⁴ Nowakowski, **ZStW 63 (1951)**, s. 317; Nowakowski, **Grundzüge**, s. 54, 64; ayrıca bkz. Krauß, **ZStW 76 (1964)**, s. 20; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 74-75; Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 80; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 10.

²⁹⁵ Nowakowski, **Grundzüge**, s. 52.

²⁹⁶ Nowakowski, **ZStW 63 (1951)**, s. 316; ayrıca bkz. H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 72-73; E. J. Lampe, **Unrecht**, s. 48; Krauß, **ZStW 76 (1964)**, s. 24; Karl Engisch, "Der Unrechtstatbestand im Strafrecht", **Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Jristentages 1860-1960**, Band I, Ed.: Ernst von Caemmerer, Ernst Friesenhahn, Richard Lange, C.F. Müller, Karlsruhe, 1960, s. 433. İfade etmek gerekir ki, *Kadečka* gibi *Nowakowski*'ye göre de amaç suçları, haksızlığın gerçekleşmesinden sarfi nazar edilen suçlardır. Bu suçlarda, haksızlık olarak nitelendirilen neticeyi amaçlamış olmak yeterlidir. Ayrıca bu neticenin gerçekleşmesi gerekli değildir (Nowakowski, **ZStW 63 (1951)**, s. 316).

c. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurları Bakımından Değerlendirme

Haksızlığı hukuki değer ihlalinin hareketle açıklayan *Nowakowski*'ye göre, haksızlığın subjektif unsurlarının olduğu gibi, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının temellendirilmesi de dogmatik açıdan pek mümkün değildir. Söz gelimi meşru savunmanın özel bir unsuru olarak savunma amacının gerekliliği dogmatik esaslardan hareketle açıklanamaz. Bu itibarla, şayet failce bilinen koşullar gerçek olsaydı hukuka aykırı olacak, ancak gerçekte objektif olarak hukuka uygun olan bir fiil özel olarak cezalandırılmıyorsa, bu durumda, söz gelimi meşru savunma bakımından savunma amacının aranması, suçun yapısına ilişkin sisteme aykırı olacaktır²⁹⁷. Fail hukuka uygunluk sebebini doğuran olayı bilmesede dahi fiili hukuka uygundur²⁹⁸.

Ancak kanun açıkça böyle bir subjektif gerekliliği ihdas etmiş olabilir. Şayet kanundan kaynaklanan böyle bir gereklilik söz konusu ise, bu, hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsurlarının varlığını değil, sadece objektif olarak hukuka aykırı olan hareketlerin cezalandırılabilir olduğu yönündeki görüşün yanlışlığını gösterir. Fail her ne kadar objektif olarak hukuka aykırı bir şey yapmamış olsa da, hukuka uygunluk sebebini doğuran durumun bilgisizliği sebebiyle, hukuka aykırı olduğunu düşündüğü şeyi yapmak için faaliyete geçmiştir. Bu durum, subjektif teşebbüs teorilerinin baştan beri kabul ettiği gibi (elverişsiz) teşebbüs halini oluşturmaktadır²⁹⁹. Sonuç olarak yazar, *Goldschmidt* ve *Kadečka* gibi, elverişsiz teşebbüs hallerini haksızlığın söz konusu olmadığı

²⁹⁷ Nowakowski, *ZStW* 63 (1951), s. 319; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 75.

²⁹⁸ Nowakowski, *Grundzüge*, s. 54.

²⁹⁹ Nowakowski, *ZStW* 63 (1951), s. 319; Nowakowski, *Grundzüge*, s. 54; Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 80-81, 84. Yazarın subjektif teşebbüs anlayışı için ayrıca bkz. Nowakowski, *Grundzüge*, s. 86 vd. Yazar finalist suç öğretisini benimsediği sonraki tarihli bir eserinde, subjektif teşebbüs anlayışıyla birlikte objektif haksızlık anlayışının da benimsenmesinin hukuka aykırı olmayan cezalandırılabilir hareketlerin de bulunduğu sonucuna götürdüğünü, bunun yerine bütün kasıtlı suçlarda kastın haksızlık alanında konumlandırılması gerektiğini ifade etmiştir (Nowakowski, *JBl* 1972, s. 22).

kusurlu olma hali olarak değerlendirmekte ve salt kusurlu olma sebebiyle cezalandırmayı kabul etmektedir³⁰⁰.

Yazara göre esas itibarıyla burada meşru savunma bakımından “savunma amacının” gerekliliğinin özel olarak vurgulanmasına da gerek yoktur. Böyle bir nitelendirme konuya da tam olarak karşılık gelmemektedir. Zira fail meşru savunma halinde ve bunun bilincinde hareket ettiğinde, saldırıyı sırf nefret veya başkasının hukuki değerini ihlal etme anlamında bir zarar verme tutkusuyla bertaraf ettiğinde ve fail için kurtarılan hukuki değer tamamen önemsiz olduğunda da, teşebbüs hükümleri bakımından cezasız kalacaktır. Burada failin motivasyonu değil, fiili hukuka uygun hale getiren şartların bilinip bilinmediği önemlidir³⁰¹.

Keza yazara göre, ilgilinin rızasında fiilin hukuka uygunluğu bakımından failin subjektif tasavvuru önemli olmadığı gibi, tedavi ve operatif müdahalelerin hukuka uygunluğu bakımından da, failin davranışı subjektif arzusu veya düşüncelerine göre değil, objektif ölçütlere göre değerlendirilir³⁰².

4. Görüşler Bakımından Ortak Değerlendirme

Her üç yazarın incelemiş olduğumuz görüşleri bakımından ortak olan hususlardan biri, haksızlığın her halükarda objektif niteliği haiz olduğu ve haksızlığın subjektif unsurlarından bahsedilemeyeceğidir. Yazarlara göre, haksızlık ancak bir hukuki değer ihlalinde, yani korunan objenin zarar görmesinde veya tehlikeye uğratılmasında bulunabilir. Haksızlık gibi haksızlığı ortadan kaldıran sebepler de, yani hukuka uygunluk sebepleri de objektif niteliktedir ve olayda bir hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının varlığı halinde fiil hukuka uygundur.

³⁰⁰ Ayrıca bkz. Schmitt, **JuS** 1963, s. 65.

³⁰¹ Nowakowski, **ZStW** 63 (1951), s. 319.

³⁰² Nowakowski, **ZStW** 63 (1951), s. 319-320.

Buna karşılık, yazarlar, işlediği fiil dolayısıyla cezalandırılmaması için failin en azından hukuka uygunluk sebebini doğuran durumu bilmesini gerekli görmekte, aksi halde kendi tasavvurunda haksızlık teşkil eden bir duruma yönelmiş olması sebebiyle, fiili haksız olmasa bile, faili kusurlu kabul etmektedirler³⁰³. Bu kusur hali ise elverişsiz teşebbüsü temellendirmektedir. Zira fail hukuka aykırı bir şey yapmamış olsa da, hukuka aykırı olduğunu düşündüğü şeyi yapmaya yönelmiştir³⁰⁴. Böylece yazarlar, bugün hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları olarak zikredilen hususları hukuka uygunluk sebeplerinin dışına çıkarmakta ve hukuka uygun ancak kusurlu fiilin yapısı içerisine dahil etmektedir³⁰⁵.

İfade etmek gerekir ki, burada gösterilen dogmatik çabanın temelinde, haksızlığın ve hukuka uygunluk sebeplerinin objektif olarak kabul edildiği bir sistem içerisinde, gerek kanun koyucunun iradesi sebebiyle gerek subjektif teşebbüs anlayışının benimsenmesi sebebiyle, hukuki değeri ihlal etmeyen, hatta ihlal etme ihtimali de bulunmayan ve fakat bu ihlale yönelmiş bulunan iradenin faaliyetinin elverişsiz teşebbüs çerçevesinde cezalandırılması gerektiği düşüncesinin izahı yatmaktadır³⁰⁶. Bu ise ancak haksızlık ile kusur arasındaki bağın çözülerek³⁰⁷ kusur isnadının konusunun hukuka aykırı olguya yönelmiş tasavvur içeriğine indirgenmesi ve haksızlığın söz konusu olmadığı kusur hallerinin de varlığının kabul edilmesiyle mümkün olmaktadır³⁰⁸. Nitekim *Engisch*³⁰⁹, haksızlığın söz konusu olmadığı kusur yapısının, en azından elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliği konusundaki dogmatik itirazlardan

³⁰³ Krauß, *ZStW* 76 (1964), s. 25

³⁰⁴ Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 84.

³⁰⁵ Oehler, *Zweckmoment*, s. 165.

³⁰⁶ Ayrıca bkz. ve krş. von Hippel, *Strafrecht/II*, s. 195, dn. 3; H. Lampe, *Unrechtsbegriff*, s. 211.

³⁰⁷ Krauß, *ZStW* 76 (1964), s. 24-25.

³⁰⁸ Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 83-84.

³⁰⁹ Engisch, *FS-DJT/I*, s. 433.

kaçınmak için bir imkan sunduğunu ve bu itirazların önüne geçtiğini ifade etmektedir.

Düşüncemize göre, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmadığı bir hukuk sistemi içerisinde böyle bir izah çabasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu açıdan, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmadığı Türk ceza hukuku bakımından da serdedilen görüşlere geçerlilik tanınmasına ihtiyaç olmadığı gibi buna imkan da yoktur. Zira hukuki değeri tehlikeye dahi düşürmeyen bir fiilin cezalandırılmasına imkan veren bir düzenlemeye Türk ceza hukuku sistemi içerisinde yer verilmemiştir.

Bunun yanında, elverişsiz teşebbüsün cezalandırıldığı Alman ceza hukuku literatüründe de yazarların görüşlerine çok sayıda itirazın ileri sürüldüğü ifade edilmelidir. Zira yazarların görüşleri her şeyden önce, *von Liszt* ve *Beling* tarafından geliştirilen ve daha sonraki dönemde de suçun yapısına ilişkin görüşlerin bütün farklılıklarına rağmen, hala ceza hukuku öğretisinin ortak paydası olarak varlığını devam ettiren, haksızlık olmadan kusurun olamayacağı ilkesinin red ve terk edilmesi sonucunu doğurması sebebiyle kabul edilemez bulunmaktadır³¹⁰.

Keza yazarlar tarafından bir yandan haksızlık objektif kabul edilirken, diğer yandan hukuka aykırı bir şeyi, yani haksızlığı gerçekleştirmeye yönelmiş subjektif irade cezalandırmanın temeline yerleştirildiğinde, cezalandırmanın temeli tek bir esas üzerine kurulamamakta, cezalandırmanın temelinde birbirine alternatif iki husus yer almaktadır. Buna göre, cezalandırmanın temelini ya bir hukuki değeri ihlal etmesi sebebiyle fiilen hukuka aykırı olan davranış ya da buna alternatif olarak hukuka aykırı olmayan, ancak hukuka aykırılığın gerçekleştirilmesine yönelmiş salt irade oluşturur. Bu da suçun tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu fiil şeklindeki üç basamaklı yapısıyla baştan itibaren çelişki oluşturmaktadır. Kusur ile hukuka aykırılık ilişkisi sadece tasavvur edilen

³¹⁰ Oehler, *Zweckmoment*, s. 165; H. Lampe, *Unrechtsbegriff*, s. 212; Krauß, *ZStW* 76 (1964), s. 24; Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 83 vd.

olguların hukuka aykırı olarak değerlendirilmesinde muhafaza edilmekte, fakat hukuka aykırılığın kendisi suçun her zaman bulunması gereken bir unsuru olarak görülmemektedir. Böylece, salt düşüncede kalan bir fiil bakımından da kişiye kusur isnadı mümkün hale gelmektedir³¹¹. Hukuka aykırı olmayan, ancak cezalandırılabilir davranışların kabulü, zihniyetin cezalandırılmasından başka bir şey olmaz. Bu ise fiil ceza hukuku anlayışıyla açıklanamaz bir sapma (anomali) anlamına gelmektedir³¹².

Şu halde çıkış noktasını hukuki değerlerin korunması anlamında harici dünyada gerçekleşen zarar veya tehlike olarak belirleyen bir suç sisteminde cezalandırmanın temeli, aynı zamanda böyle bir ihlalin olmadığı kusur olarak da inşa edilebildiğinde, daha baştan hukuki değer kavramı terk edilerek kendi çıkış noktasıyla taban tabana zıt bir çelişki içine düşülmektedir³¹³. Zira bir yandan hukuk düzeninin ancak harici davranışlarla ve etkileriyle ihlal edilebileceği söylenmekte diğer yandan böyle bir ihlalin olmadığı ve hukuk düzeniyle bir çelişkinin bulunmadığı davranışlar da cezalandırmaya layık görülmektedir³¹⁴.

B. Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Objektif Amaç Unsuru Görüşü

Oehler tarafından geliştirilen bu görüşte, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları olarak zikredilen unsurların gerekliliği kabul edilmekle birlikte, bu unsurların hukuka uygunluk sebeplerine aidiyeti reddedilmektedir. Subjektif unsurlara hukuka uygunluk sebeplerinin yapısı içerisinde yer vermeyen *Oehler*'in görüşü, hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsura yer

³¹¹ Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 83-84; *H. Lampe*, bir yandan fiilin hukuka uygun olduğu kabul edilirken, diğer yandan failin elverişsiz teşebbüsten cezalandırılmasının ne objektif haksızlık anlayışıyla ne de şahsi haksızlık anlayışıyla bağdaştığını ifade etmektedir (*H. Lampe, Unrechtsbegriff*, s. 211-212).

³¹² Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 36.

³¹³ Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 85.

³¹⁴ Ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 75-76.

vermeyen anlayışın sonuçlarıyla da örtüşmesi sebebiyle objektif görüşler arasında değerlendirilmektedir³¹⁵.

1. Ceza Hukuku Normlarının Emredici Karakteri

Oehler'in görüşü, esas itibarıyla haksızlık ve kusur ayrımı temelinde objektif haksızlık anlayışına dayanmaktadır. Yazar, haksızlığı sadece icra edilen hareketin objektif-amaçlı yönelimi dolayısıyla ve subjektif unsurlardan bağımsız olarak açıklayabilmek için emredici teoriye müracaatla kendine özgü objektif bir haksızlık kavramı geliştirmiştir³¹⁶.

Emredici teoriye uygun olarak *Oehler*, ceza hukukunun, ihlal edilmeleri halinde kendilerine ceza tehdidi bağlanan emir ve yasaklardan oluştuğu düşüncesinden hareket etmektedir. Ceza yaptırımıyla özgürlüklerin sınırlandırılması, ceza hukukunun emir ve yasakları aracılığıyla faile önceden belirli davranışlardan kaçınma veya belirli davranışları yerine getirme konusunda bir çağrıda bulunulmasını gerektirir³¹⁷. Herhangi bir kimseye yönelmemiş (*adressenlos*) normlar aracılığıyla bir insan fiili hakkında bir yargıda bulunulması mümkün değildir. Dış dünyada cereyan eden süreçlerin belirli bir kimseye hitap etmeyen normlar tarafından salt değerlendirilmesi, buna riayet etmeyen insanlar bakımından herhangi bir ceza hukuku yaptırımını doğuramaz. Zira norm insanlara hiç hitap etmemiştir ve onlara ne yapmaları gerektiği veya ne yapmamaları gerektiği hususunda önceden bir şey söylememiştir. Hukuk belirli davranış biçimini emrin içeriği haline getirdiğinde ve fakat bununla belirli bir kişiye yönelmediğinde, böyle bir emrin insanları nasıl etkilediği hususu açıkta kalır. Belirli insanlara hitap etmeyen değerlendirici norm, söz gelimi öldürme fiilinin yasak olduğunu ifade eden norm, tek başına faydasız bir beyandan başka bir şey değildir. Aksine normlar doğrudan doğruya

³¹⁵ Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 58; Salimi, *Rechtfertigungselement*, s. 12.

³¹⁶ Oehler, *FS-Sauer*, s. 262 vd.; Junglaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 88; Stollwerck, *Tatbestandsmerkmale*, s. 111.

³¹⁷ Oehler, *Zweckmoment*, s. 21-22.

insanlarla ilişkili olmalı ve onlara hitap etmelidir³¹⁸. Değerlendirici norm faili değil fiili hedeflemektedir. Bu yüzden de hukuka aykırı fiilin faile bir insan olarak isabet eden hukuki sonuçlarını (ceza veya güvenlik tedbiri) harekete geçiremez. Norma riayet etmeme durumunda bu sonuçlara ancak normun belirleyiciliği kabul edildiğinde sebep olunabilir³¹⁹.

Şayet ceza hukuku normlarının emredici karakteri kabul edilmeyecek ve salt değerlendirici norm şeklinde ele alınacak olsaydı, bu halde kişinin değere düşman motivasyon dolayısıyla kınanabilir bir irade oluşumu anlamında kusurundan söz etmek mümkün olmazdı. Aksine bu durumda kusur, tipiklikle salt psikolojik bir ilişki olarak görülür ve böyle bir kusur anlayışıyla da bir değer yargısında bulunulamazdı. Halbuki, kınanabilirliğin olmadığı durumlarda, mesela beklenebilirliğin söz konusu olmaması halinde, kusurun bulunmadığından söz edilebiliyorsa, bu kusurun salt psikolojik bir olgu olduğu düşüncesiyle açıklanamaz. Böyle bir düşünce, yani beklenebilirliğin söz konusu olmadığı hallerde kusurun bulunmaması, ancak normun insanların irade oluşumuna etki etme imkanının varlığı halinde mümkün olabilir. Bu da ancak normun emredici karakteri dikkate alındığında kabul edilebilir³²⁰.

Keza haksızlık ve kusur alanında ceza hukuku normlarının emredici karakteri reddedildiğinde, ceza hukukunda kişi bir nesne konumuna itilir ve hukuk süjesi olarak yegane konumunu yitirir. İnsan davranışı dış ve iç yönleri itibarıyla sadece değerlendirilecek olursa, bu durumda ceza hukuku salt bir cebri düzen haline gelir. Kendilerine uyulmasını talep etmek üzere insanlara hitap eden emri tanımayan bu düzenin normları, insanlarda haklı veya haksız tasavvurunu meydana getirmesi gereken belirli hareket modellerinin tasvirini içerir. Fakat bu normlar insan iradesine hitap etmez. Bu ise ceza hukukunun olması gerekenin bilimi olma niteliğini ortadan kaldıracaktır. Zira bu ihtimalde

³¹⁸ Oehler, **Zweckmoment**, s. 34-35; Oehler, **FS-Sauer**, s. 264.

³¹⁹ Oehler, **Zweckmoment**, s. 37; Oehler, **FS-Sauer**, s. 264.

³²⁰ Oehler, **Zweckmoment**, s. 22-23. Yazarın buradaki eleştirilerinin özellikle klasik öğretinin kusur anlayışı ile ilgili olduğunu ifade etmek gerekir.

norm motivasyon süreçleri üzerinden insanları belirli davranışlara yönlendirmez. Aksine sadece davranışları ifade eden ve yargılayan kural içerikleri haline gelir. Halbuki ceza hukuku hatalı (yanlış) yönde iradi karar alma anlamındaki kusur anlayışını tanımaktadır³²¹.

Bu aşamada *Oehler*, haksızlık ve kusur ayrımı bakımından hukuk emri (*Rechtsimperativ*) ve yükümlülük emri (*Pflichtimperativ*) ayrımını yapmaktadır. Hukuk emri, tipikliğin hukuka aykırı olarak yerine getirilmesini yasaklayan, bu yönde insanlara hitap eden ve ihlali haksızlığı oluşturan normu ifade etmektedir. Yükümlülük emri ise, kusurun temelinde yatan motivasyon sürecine hitap eden norma karşılık gelmektedir³²².

2. Haksızlığın Hukuk Emrine Aykırılıkla Temellendirilmesi

Hukuk emri değerlendirici normun yanında belirleyici normu da içerir. Hukuk emri bir yandan hareketi değerlendirirken, diğer yandan da hukuki değer ihlalinin kaçınma konusunda insanı belirler, yani belirli bir davranış istikametinde insanı yönlendirir³²³. Ancak failin iç dünyasındaki motivasyon

³²¹ Oehler, *Zweckmoment*, s. 22; Ayrıca bkz. Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 58-59.

³²² Oehler, *Zweckmoment*, s. 37; Oehler, *FS-Sauer*, s. 265; ayrıca bkz. Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 88; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 59. *Oehler*'in hukuk emri-yükümlülük emri ayrımı ile *Goldschmidt*'in hukuk normu-yükümlülük normu ayrımı büyük ölçüde birbirine benzemektedir ise de, yazarların bu ayrımında kullandıkları kavramların tam olarak birbiriyle örtüşmediğini ifade etmek gerekir. Bu sebeple *Oehler* hukuk normu-yükümlülük normu yerine hukuk emri-yükümlülük emri ifadesini tercih etmektedir (ayrıca bkz. Oehler, *Zweckmoment*, s. 37, dn. 66). Yazarların anlayışları arasındaki farklılıklara aşağıda yeri geldikçe değinilecektir.

³²³ *Goldschmidt*'e göre hukuk normu negatif emir içerir. Mesela, kasten öldürmeyi düzenleyen norm kişiye “öldürmemelisin” şeklinde hitap eder. *Oehler*'e göre ise, hukuk emrinin negatif olarak anlaşılması mümkün değildir. Hukuk emri sadece pozitif bir emir olarak anlaşılabilir. Şayet hukuk emri “öldürmemelisin” emrinde olduğu gibi negatif olarak anlaşılırsa, bu durumda idam cezasını infaz etmek zorunda olan bir cellat, savaşta düşmanla çarpışan bir asker veya meşru savunma halinde olan bir kişi gibi öldürmek zorunda olan kişilerin fiilleri bizzatihi öldürme suçunu oluştururdu. Zira bu kişilerin fiilleri “öldürmemelisin” emrine aykırı olması dolayısıyla bizzatihi haksızlık teşkil ederdi. Hukuka uygunluk sebepleri ise bizzatihi haksızlık teşkil eden bu fiilleri sonradan hukuka uygun hale getiren bir fonksiyon icra etmiş olurdu. Halbuki hukuka uygun hale getirilmiş bir haksızlıktan söz etmek mümkün değildir. Bir fiil ya hukuka uygundur (haklıdır) ya da hukuka aykırıdır (haksızdır). Hukuka uygunluk sebepleri haksızlık teşkil eden bir fiili sonradan hukuka uygun hale getirmez. Aksine hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı

süreci bakımından kişinin sorumlu olup olmadığıyla ilgilenmez. Hukuk emri bakımından failin kusur yeteneği olup olmadığı önemsizdir ve her iki durum da aynı şekilde değerlendirilir. Yükümlülük emri ise kusur yeteneği olan kişinin irade oluşumuyla ilgilenir³²⁴.

Oehler'e göre, ceza hukuku hukuka tabi olanlara bu kişilerin hukuka itaatlerini sınamak için değil, toplumun yaşam düzeninin güvenliği ve huzurunu garanti altına almak için yönelir. Kanun koyucunun belirli fiilleri yasaklamasının sebebi, en başta belirli hukuki değerlerin zarar görmekten korunması ve böylece hukuk düzeni ve sosyal düzenin zarar görmesinin engellenmesidir. Bu itibarla, haksızlık hukuki değerlerin korunmasının kapsamını belirleyen fiil ve emrin muhatabı olan fail unsurlarıyla bağlıdır. Ceza hukuku temelde hukuki değerleri korumak ister. Kişilerdeki zihniyet yozlaşmasıyla ilgilenmez. Kanun koyucu ihdas ettiği normlar aracılığıyla daima belirli tehlike ve zararların önlenmesi için koruyucu olarak etkiye bulunur. Bu sebeple, ceza hukuku emirleri (hukuk emirleri) harici davranışlar bakımından isnat yeteneği olan kişiler ile isnat yeteneği olmayan kişilere aynı şekilde hitap etmektedir. Zira bu iki grupta yer alan kişiler bakımından da ortaya çıkan hukuki değer ihlali aynıdır³²⁵.

O halde, kanun koyucu bir fiili tipik hale getirdiğinde, bu, hukuka tabi olan bütün kişiler bakımından bir hitaptır. Sadece isnat yeteneği bulunan kişilerin yasağı ihlal etmeleri dolayısıyla cezalandırılmasından hareketle, normun isnat yeteneği olmayan kişiye yönelmediği ve bu kişi tarafından gerçekleştirilen söz gelimi öldürme fiilinin tesadüfle aynı anlama geldiği

halinde fiil baştan itibaren hukuka uygun, yani haklıdır. Bu ise ancak hukuk emrinin pozitif olarak anlaşılmasıyla sağlanabilir. Buna göre, hukuk emri kişilere pozitif olarak “hukuka uygun davranmalısın” şeklinde bir emirde bulunur. Bu şekilde pozitif bir emir ceza hukuku normunun genel biçimini ifade eder. Münferit olayda norm öldürme yasağı içerebileceği gibi öldürme izni de içerebilir. Öldürme yasağı söz konusu olduğunda bu genel pozitif emre göre kişi hukuka uygun davranmalı ve öldürmemelidir. Emre uygun davranıldığında haksızlık söz konusu olmaz. Öldürme izninin olduğu bir durumda ise fail bir kimseyi öldürürse bu davranış yine bu genel pozitif emre aykırılık teşkil etmediğinden yine haksızlık söz konusu olmaz. Her iki durumda da fiil baştan itibaren hukuka uygun olarak ortaya çıkacaktır (*Oehler*, **FS-Sauer**, s. 268-271).

³²⁴ *Oehler*, **Zweckmoment**, s. 41-42; *Oehler*, **FS-Sauer**, s. 265.

³²⁵ *Oehler*, **Zweckmoment**, s. 32.

sonucuna varılamaz ve bu kişinin fiili doğa kuvvetlerinin bir işi gibi görülemez³²⁶.

Kanun hukuka aykırı hareket etme yasağıyla (hukuk emrinin belirleyici normuyla), hukuki değerlerin korunması bakımından herkese aynı şekilde hitap etmektedir. Ceza normunda “her kim” veya “kişi” olarak ifade edilen, sadece kusurlu hareketin faili değildir. Bu ifade aynı zamanda kusurlu olarak işlenmeyen hukuka aykırı fiilin failini de karşılamaktadır. Fail yasağı bilebilecek durumda veya bu yasağa uygun hareket edebilme imkanına sahip olmadığında, içinde bulunduğu hatalı motivasyonu kendisine kusur olarak isnat edilememektedir. Ancak bu kişilere güvenlik tedbirlerinin uygulanıyor olması, hukuk emirlerinin isnat yeteneği olmayan kişileri de hukuka aykırılık çerçevesinde muhatap aldığını ve bu kişilerin davranışlarının tesadüf olarak nitelendirilmediğini göstermektedir. Zira herhangi bir kimseye yönelmeyen, belirli bir şekilde davranma yönünde emirde bulunmayan salt değerlendirci norma aykırılığın herhangi bir hukuki sonuç doğurması mümkün olmadığına göre, isnat yeteneğini haiz olmayan kişilere de yaptırım uygulanabiliyor olması, hukuk emrinin belirleyici karakterinin, kişinin kusurlu hareket edip etmemesi, kişinin yasağı bilebilirliği veya buna uygun hareket edebilirliğiyle bağlı olmadığını gösterir. Hukuk emrinin belirleyici normu, isnat yeteneğinden ve kusurlu olmasından bağımsız olarak insan olan herkes için geçerlidir ve onlara hitap eder³²⁷.

Fiilin hukuka aykırılığı sorunu bakımından önemli olan sadece kişilerin iradi olarak hareket edebilme yeteneğini haiz olup olmadıklarıdır. Hukuk emri dolayısıyla yükümlendirmenin oluşumu, normun insanlara şahıs olmaları dolayısıyla hitap etmesine dayanmaktadır. Yani hukuk emri için kişinin insan olması dolayısıyla norma muhatap olması yeterlidir. Akıl hastaları ve küçükler kusur yetenekleri olmasa dahi insan olmaları dolayısıyla hukuk emrinin muhatabıdırlar. Zira bunun için kişinin iradi olarak hareket edebilmesi yeterlidir.

³²⁶ Oehler, **Zweckmoment**, s. 32-33.

³²⁷ Oehler, **Zweckmoment**, s. 34-36; Oehler, **FS-Sauer**, s. 266.

Failin bu aşamada kendisine hitap eden normun varlığını bilmesi önemsizdir. İsnat yeteneği olmayan bir yetişkin veya cezai sorumluluğu olmayan bir küçük iradi olarak hareket ettiğinde, bunun tesadüfle aynı kefeye konulamaması hukuk emrinin belirleyici karakterinin bir sonucudur. Halbuki ceza normunun herhangi bir kişiyi muhatap almayan salt değerlendirci norm olduğu kabul edilecek olsaydı, bu durumda norm insanlara yönelmediğinden, söz konusu kişilerin davranışları bir tesadüf olarak nitelendirilebilirdi³²⁸.

Hukuk emri kişileri, belirli bir fiil bakımından söz konusu olan ve kişinin fail olma potansiyelini ifade eden fail tehlikeliliği (*Tätergefahrlichkeit*) bakımından muhatap alır. Hukuk emri kişilere fail tehlikeliliğinin faillğe dönüşmemesi hususunda bir hitapta bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla, fiili işlemeye hazır olma halinin dış dünyada objektif olarak fiiliyata dökülmemesi emredilmektedir. Haksızlık da bu emre uyulmamasını, yani fail tehlikeliliğinin faillikte fiiliyata dökülmesini ifade etmektedir³²⁹.

Haksızlığın gerçekleştirilmesinde illi süreç üç aşamadan geçerek tamamlanmaktadır. Buna göre, fail ilk olarak iradesinde hareketin hedefi olarak bir amaç belirler. Bu aşamada belirlenen hedefin tipik ve hukuka aykırı anlamının bilinmesine gerek yoktur. Daha sonra fail belirlediği amacından halihazırda bulunduğu ana kadarki silsilede amacına ulaşmak için gerekli olan araçları seçer. Üçüncü olarak ise fail seçtiği araçlara da başvurarak amacını gerçekleştirir. Yani amacı istikametinde fiilini gerçekleştirir. Bu sırada fail

³²⁸ Oehler, **Zweckmoment**, s. 42-45; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 59-60. İfade etmek gerekir ki, yazarın tesadüf olarak nitelendirdiği hususlar birbirinden farklılık göstermektedir. İleride açıklanacağı üzere, yazar bir yandan illi sürecin objektif olarak yönlendirilebilir olmadığı halleri tesadüf olarak nitelendirmekte ve bunları hareketin objektif amaçlayabilirliğiyle sınırlandırarak haksızlık alanından dışlamaktadır. Buna karşılık, burada söz konusu olan tesadüf ise, daha ziyade normun emredici karakteriyle ilgilidir. Normun emredici karakteri ve kişileri belirli davranışlara yönlendirme fonksiyonu reddedilerek salt değerlendirci norm olarak kabul edilmesi durumunda, norm kişilere doğru olan davranış istikametinde herhangi bir hitapta bulunmadığından, kişilerin norma uygun veya aykırı hareket etmesi ancak bir tesadüfün sonucudur. Bu itibarla da değerlendirci norm kişilere herhangi bir yaptırım uygulanması sonucunu doğuramaz.

³²⁹ Oehler, **Zweckmoment**, s. 45-46; Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 88.

fiilinin bir sonucu olarak hiç istemediği neticelere de (yan neticeler) sebebiyet vermiş olabilir³³⁰.

Bu üç aşamalı illi süreç içerisinde hukuk emrinin değerlendirici normu meydana gelen netice hakkında hukuken tasvip edilen veya edilmeyen şeklinde bir değerlendirmede bulunurken, belirleyici normu ise illi sürecin üçüncü aşamasını engellemeyi istemektedir. Hukuk emrinin belirleyici fonksiyonu haksızlık teşkil eden fiil dış dünyada realize olmadan önceki son aşamayla ilgilenmektedir. Bunun için faildeki potansiyel durumun fiiliyata dökülmesine, haksızlığın görünür hale gelmesine gerek yoktur. Zira değerlendirici normun aksine belirleyici norm fiilin sonucunu bekleyerek, harici dünyada objektifleşene kadar fiili görmezden gelemeyiz³³¹.

Burada kişinin kusur yeteneğinin olup olmadığı ya da kasıtlı veya taksirli hareket edip etmediği önemsiz olup, iradi olarak hareket etmesi yeterlidir. Ancak bu iradenin neticeyi kapsamı gerekmez. Nitekim fail tehlikeliliği, kusurlu hareket eden kişilerin yanında kusurlu olmayan kişilerin de tehlikeli hareket edebileceği esasına dayanmaktadır. Burada iradi hareket etme insanın illi süreci kendi kararlarına göre bir araya getirebilecek ve onu bu amacına uygun olarak yönlendirebilecek olmasından başka bir anlama gelmemektedir. Failin, münferit tipiklik unsurlarının tipik anlamı hakkında bilgi sahibi olmak zorunda olmaksızın, hareketiyle dış dünyada gerçekleşen yaşam sürecine iradi olarak sebep olması yeterlidir. Mutlak cebir altında veya bilinçsiz şekilde gerçekleştirilen hareketler ise fail tehlikeliliğinin dışında kalmaktadır³³².

Haksızlık, fiilin kasten, taksirle veya kusurlu olarak işlenmesinden bağımsızdır. Haksızlık kasten veya taksirle işlenebileceği gibi, kast, taksir, isnat yeteneğinin bulunmaması veya mazeret sebeplerinin varlığı dolayısıyla kusursuz olarak da işlenebilir. Bütün bu ihtimallerde fiil tamamen aynı ve tipe uygun

³³⁰ Oehler, **Zweckmoment**, s. 47. Yazarın burada *Welzel*'in final hareketin yönlendirilmesine ilişkin açıklamalarını esas aldığı görülmektedir.

³³¹ Oehler, **Zweckmoment**, s. 46-47.

³³² Oehler, **Zweckmoment**, s. 47; ayrıca bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 89.

olarak dış dünyaya aktarıldığından, bütün bu fiillerin haksızlık içeriği aynıdır. Söz gelimi bir kişi, taksirli olarak veya tamamen kusursuz olarak, başkasına ait bir tabloyu kendisinin zannederek parçalarsa da hukuka aykırı hareket etmiş olur. Bu, ceza hukuku emir ve yasaklarının temelde hukuki değerler dünyasını korumaya hizmet etmesinin bir sonucudur. Ceza hukuku bu korumayı ancak haksızlığın belirlenmesi bakımından failin kusurlu, kasıtlı, taksirli veya tamamen kusursuz hareket etmesinin önemsiz olması halinde sağlayabilir³³³. Böylece sosyal bakımdan değersizlik yargısı ile hareketin sonucunun örtüşmesinin failin iç durumuyla belirlenmesinin önüne geçilmiş olur. Diğer bir anlatımla, sosyal bakımdan değersiz olan failin iç dünyasından bağımsız olarak belirlenmiş olacaktır. Zira hukuka aykırı hareketin mahiyeti, sosyal dünyanın harici değişiminde bulunur, failin iç dünyasındaki değişimde bulunmaz³³⁴.

Kanun koyucu ilgili suç tipi bakımından sadece kasıtlı fiilleri cezalandırdığında, sadece bu fiiller cezalandırılabilir olsa da, bu, hukuk emrinin sadece kasıtlı fiillere karşı ihdas edildiği anlamına gelmemektedir. Hukuk emirleri haksızlığa ait olduğu için fiil sadece kasten işlendiğinde cezalandırılabilir olsa da, hukuki değer taksirli olarak ihlal edilmesi halinde de geçerliliğini devam ettirmektedir. Zira hukuk emri hukuki değer ihlalini ifade eden haksızlık tipleriyle ilgilidir. Fiilin taksirli halinin cezalandırılmadığı hallerde de taksirli fiilin hukuka aykırılığı, hukuk emrine aykırılık dolayısıyla, suçun kasıtlı halinin cezalandırıldığı ceza hukuku normuna aykırılıktan kaynaklanmaktadır³³⁵.

Buna karşılık, *Oehler*'e göre tipik neticeyle sonuçlanan illi serinin iradi olarak harekete geçirildiği her durumun hukuka aykırı (haksız) olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Fiilin meydana gelen netice bakımından illi olup olmadığı şart teorisiyle belirlenecektir. Ancak şart teorisi haksızlık bakımından ilanihaye uzayan genişlikte bir illi seri ortaya koymaktadır. İlli

³³³ Oehler, **Zweckmoment**, s. 66-68; ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 61.

³³⁴ Oehler, **Zweckmoment**, s. 72.

³³⁵ Oehler, **Zweckmoment**, s. 68-69.

serinin tipiklik içerisinde sınırlanması gerekir. Bu sınırlandırma ise fiilin objektif amaçlayabilirliğiyle (*die objektive Bezweckbarkeit der Handlung*) yapılır. Tipe uygun haksızlığın tesadüfi olaylardan değil, aksine daima insan tarafından kontrol edilebilir koşullardan oluşması gerektiğinden, illiyet ancak fiilin objektif amaçlayabilirliğinin yeterli olduğu ölçüde tipe uygun ve ceza hukuku bakımından önemlidir. Burada doğa bilimlerinin sebep olma kavramına ilişkin anlayışıyla ortaya konan illi serinin objektif-gai (objektiv-final) sınırlanması ve ceza hukukuna uygun hale getirilmesi söz konusudur. İlliyet, neticenin hareketle objektif olarak kontrol edilebilir ve kaçınılabilir olması halinde ceza hukuku bakımından anlamlı hale gelmektedir. Bu sınırın ötesindeki her şey tesadüftür ve haksızlık bakımından önemsizdir³³⁶.

Oehler'e göre fiilin objektif amaçlayabilirliği, hiçbir şekilde failin yaşam çevresine ait olan insanların hareketleriyle genel olarak amaçlayabilirlikleri anlamına gelmemektedir. Objektif olarak amaçlayabilme kavramı, kendisiyle illi bağlantının ölçülmesi gereken maddi bir değer ölçüsünü de içermemektedir. Bu kavram daha ziyade önemli illi bağlantı bakımından bütünüyle insan aklıyla belirlenebilir ve hakim olunabilir harici sınırı açıklamaktadır³³⁷.

Faile göre belirlenmiş belirli insan grupları veya ilgili kişiyle bağlı kıstaslardan sarfı nazar edilen böyle bir objektif sınır çekmeyle, kasıtlı ve taksirli fiillerin hukuka aykırılığı temel olarak aynı şekilde belirlenebilecektir. Nitekim failin fiiliyle harekete geçirilen illi serinin ceza hukuku için önemliliği kasıtlı ve taksirli fiiller bakımından aynıdır. Bu yüzden taksirli fiillerin önemli illi serisi asla kasıtlı fiilinkinden öte ve onu aşan nitelikte değildir³³⁸.

³³⁶ Oehler, **Zweckmoment**, s. 70-72, 66; Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 89; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 61. Hareketin yönlendirilmesine ilişkin olarak *Welzel*'in açıklamalarını kullanan yazar, bu aşamada *Welzel*'in finalizmini objektifleştirme yoluna gitmiştir. Bu açıdan *Oehler*'in görüşünün objektifleştirilmiş finalizm olarak nitelendirilmesi de mümkündür. Aynı yönde bkz. Waider, **Rechtfertigungselementen**, s. 94, 188 vd.

³³⁷ Oehler, **Zweckmoment**, s. 72-73.

³³⁸ Oehler, **Zweckmoment**, s. 74-75; Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 89; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 61. Yazar, taksirli suçun haksızlığını objektif amaçlayabilirlikle

3. Kusurun Yüklölölük Emrine Aykırılıkla Temellendirilmesi

Kusurun temelinde yatan motivasyon sürecine hitap eden yüklölölük emri de, hukuk emri gibi, değeriendirici ve belirleyici normdan oluşmaktadır. Yüklölölük emrinin belirleyici normu kusur yeteneği olan kimseyi, haksızlığı bilme ve bunun sonucunda kusurlu olarak hukuki değeri ihlal etmeme hususunda yönlendirmektedir. Burada kişinin iç dünyasına yönelik, haksızlık işleme yönünde bir irade oluşturmama emri söz konusudur. Yüklölölük emrinin değeriendirici normu ise bir taraftan iradenin fiille olan subjektif ilişkisini değeriendirirken, diğer yandan da yüklölölük emrinin belirlemede bulunamadığı hallerde (söz gelimi isnat yeteneğinin bulunmaması veya baskı durumunun varlığı halinde) kişinin irade oluşumu sebebiyle kınanıp kınanamayacağı hususunda bir yargıda bulunur. Bu açıdan hukuk emri sadece davranışa yönelirken, yüklölölük emri kusur yeteneği olan kişinin irade oluşumuyla ilgilenir³³⁹.

Goldschmidt'in aksine, *Oehler*'e göre yüklölölük emri bağımsız ve kendiliğinden var olan bir emir değildir. Yüklölölük emri, hukuk emrine ve objektif olarak belirlenmiş harekete bağlıdır. Eğer yüklölölük emri bağımsız nitelikte kabul edilecek olursa, bu emre riayet edilmemesinin, hukuka aykırılığın söz konusu olmadığı hallerde de, ceza hukuku bakımından sonuçlarının bulunması gerekecektir. Bu da mutlak elverişsiz teşebbüs gibi durumların cezalandırılması sonucunu doğurur. Halbuki bu gibi hallerde bir fiilden ziyade kötü iradenin (*der böse Wille*) cezalandırılması söz konusudur. Bu da yüklölölük emrinin ahlaki bir doğasının bulunduğunun kabul edilmesi anlamına gelir. Yüklölölük emrinin, *Goldschmidt*'in düşüncesinin aksine,

sınırlandırılmış illi seri ile neticeye sebep olunmasına dayandırmakta olup, dikkat ve özen yüklölölüğünü taksirin haksızlık tipinin dışında bırakmaktadır (bkz. Her üç yazar için de aynı yer).

³³⁹ Oehler, *Zweckmoment*, s. 42; Oehler, *FS-Sauer*, s. 266.

hukuk emrine bağı bir doğası vardır (*akzessorischer Natur*) ve ceza hukuku bakımından tek başına bir anlamı yoktur³⁴⁰.

Yükümlülük emri, üç aşamadan geçerek tamamlanan haksızlığın gerçekleştirilmesi sürecinde hukuk emrinden farklı bir yerde, ilk basamaktaki motivasyon sürecinde müdahil olmaktadır. Gerek hukuk emri gerekse de yükümlülük emri korunan hukuki değerin ihlaliyle mücadele etmektedir. Yükümlülük emri bunu failin iç dünyasındaki hatalı motivasyon sürecinin önüne geçerek yaparken, yükümlülük emrinin herhangi bir sebeple başarılı olamadığı durumda hukuk emri bunu (üçüncü aşamada) doğrudan doğruya hareket iradesine çağrıda bulunarak gerçekleştirmeye çalışır³⁴¹.

Hukuk emri bakımından failin iradi hareket edebilmesi yeterli görülürken yükümlülük emri failin haksızlığı kavrayabilecek, diğer bir anlatımla, amacının hukuka aykırılığını bilebilecek yetenekte olmasını şart koşar. Bu yönüyle de, kişinin isnat yeteneği bulunan iradesine hitap etmektedir. Bu irade insandaki isnat edilebilir motivasyon sürecini şekillendirmelidir. Böylece kişinin hukuki değer ihlalinden yüz çevirmesi sağlanmak istenmektedir³⁴².

Failin hukuka aykırı hareket etmeme şeklindeki olması gerekeni takip etmemesi kusur için yeterli değildir. Zira bu daha ziyade hukuk emrinin ihlalini ifade etmektedir. Kusur için önemli olan failin olması gerekeni isnat yeteneği bulunan iradesinin içeriği haline getirmemiş olmasıdır³⁴³.

³⁴⁰ Oehler, **FS-Sauer**, s. 266-267. *Oehler*'e göre, hukuk emrinin ihlal edilmesiyle bağı olan yükümlülük emri, hukuk emrinden farklı olarak, negatif bir emirdir. Zira yükümlülük emri hukuk emriyle bağı olduğundan, yükümlülük emrinin engellemek istediği, her zaman hukuk emri tarafından gerçekleştirilmesi yasaklanmış olan bir davranıştır. Bu açıdan yükümlülük emri kişilere söz gelimi “öldürmeyi istememelisin” şeklinde bir hitap içerir (Oehler, **FS-Sauer**, s. 272).

³⁴¹ Oehler, **Zweckmoment**, s. 48.

³⁴² Oehler, **Zweckmoment**, s. 48, 51. Yazara göre, isnat yeteneği bulunmayan kişiler yükümlülük emrinin muhatabı olmaya elverişli değildirler (Oehler, **FS-Sauer**, s. 262-263).

³⁴³ Oehler, **Zweckmoment**, s. 51.

Oehler'e göre kusur, neoklasik suç öğretisinin normatif-psikolojik kusur anlayışına benzer şekilde, üç temel unsurdan oluşmaktadır. Bunlar; isnat yeteneği, kast veya taksir biçiminde failin fiiliyle olan subjektif (psikolojik) ilişkisi ve failin iradesini etkileyen baskı durumunun (*Drucksituation*) olmamasıdır. Kusur kast ve taksirden ibaret değildir. Ancak kast ve taksir kusur içerisinde değerlendirilmiştir³⁴⁴. Isnat yeteneği bulunan iradeyi kusurlu yapan, iradenin hatalı motivasyon sürecinde kendini belirlemesidir (*Selbstbestimmung*). Yükümlülük emri kusurlu irade oluşturmama hususunda çağrıda bulunur. Fail bu çağrıya uymadığında ise kusur iki kusur türünden (kast ve taksir) birinde kendini gösterir³⁴⁵.

Neoklasik öğretilerde haksızlığın subjektif unsurları olarak zikredilen hususlar, *Oehler* tarafından kusur içerisinde değerlendirilmiştir³⁴⁶. Söz gelimi hırsızlık suçunda mal edinme amacı haksızlık tipine ait değildir. Hırsızlık suçunun tipikliğini sadece malın bulunduğu yerden alınması ve böylece mülkiyet hakkının ihlali oluşturmaktadır. Mal edinme amacı hırsızlık suçunun haksızlığını temellendirmediğinden, fail mal edinme amacıyla hareket etmediğinde de hırsızlık suçunun tipikliği gerçekleşir³⁴⁷. Buna karşılık, kanun koyucu, amaç unsurunun arandığı suç tiplerinde, mesela hırsızlık suçunda, fiilin işlenmesinde söz konusu olabilecek birçok amaçtan birini seçerek onu kusurun tipik hale getirilmesinde (*Schuldtypisierung*) kullanmaktadır³⁴⁸. Mal edinme amacının bulunmaması somut olayda bu tipin gerçekleşmemesine sebep olur. Eğer malın bulunduğu yerden alınması mal edinme amacıyla değil de başka bir

³⁴⁴ *Oehler*, **Zweckmoment**, s. 51 vd., 55, 57.

³⁴⁵ *Oehler*, **Zweckmoment**, s. 56, 58; ayrıca bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 89.

³⁴⁶ H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 67; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 111.

³⁴⁷ *Oehler*, **Zweckmoment**, s. 84.

³⁴⁸ *Oehler*, **Zweckmoment**, s. 92. Yazar amaç unsuruyla ilgili olarak “kusuru tipik hale getiren unsur (*Die Absicht ist schuldtypisierendes Merkmal*)” ifadesini kullanmaktadır. (*Oehler*, **Zweckmoment**, s. 79 vd.).

amaç tarafından taşınıyorsa, bu halde fiil hukuka aykırı olmakla birlikte, hırsızlık suçunu düzenleyen madde bakımından hukuka aykırı olmayacaktır³⁴⁹.

Oehler'in hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarına ilişkin görüşlerinin incelenmesine geçmeden önce, yazarın hukuk emri-yükümlülük emri ayrımı üzerinde temellendirdiği haksızlık ve kusur anlayışının bazı sorunlu noktalarına işaret etmek gerekmektedir. Nitekim yazarın hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin görüşlerinin esas itibarıyla haksızlık anlayışına dayandığı göz önüne alındığında, burada yapılacak olan eleştiriler, aynı zamanda, yazarın hukuka uygunluk sebepleriyle ilgili görüşlerinin eleştirisi bakımından da önem arz etmektedir.

Oehler'in haksızlık tasarımında, ceza hukukunun hukuki değerleri koruma amacı ve hukuki değeri ihlal etmemesi hususunda belirleyici normla kendisine yönelinen sùje olmak üzere iki temel kavram öne çıkmaktadır. Hukuki değerlerin korunmasını amaçlayan ceza hukuku, belirleyici normla kişilere (sùjeye) hitap etmekte ve hukuki değeri ihlalinden kaçınma konusunda onu belirleyerek, hukuken doğru olan davranışa yönlendirmektedir. Ancak yazarın bu iki kavram arasındaki ilişkiyi yeterince açıklayamadığı görölmektedir. Nitekim yazar bir yandan haksızlığı herhangi bir kimseye hitap etmeyen değerlendirici norm ve şahıs olmaları dolayısıyla hukuka tabi olan her bir sùjeye hitap eden belirleyici normdan müteşekkil hukuk emrine aykırılık olarak tespit ederken, diğer yandan kast ve taksiri haksızlık alanından dışlayarak, kasıtlı ve taksirli fiiller bakımından haksızlığı aynı şekilde objektif olarak belirlemektedir. Bu ise normun belirleyici fonksiyonu bakımından bir uyumsuzluk doğurmaktadır. Zira normun emredici ve belirleyici karakteri belirli ölçüde iradenin hesaba katılmasını gerektirmektedir. Diğer bir anlatımla, iradenin göz ardı edildiği bir emredicilikten söz etmek mümkün değildir. Emrin muhatabı sùjenin iradesidir. Emir veya yasak bu iradeyi etkiler. Emir veya yasağa aykırılık

³⁴⁹ Oehler, *Zweckmoment*, s. 84.

iradenin bir tercihi olarak ortaya çıkar ve haksızlığı oluşturur. Halbuki yazarın haksızlık kavramı en azından kast veya taksir düzeyinde bu manevi kategoriye içermemektedir. Haksızlık tamamen objektif olarak belirlendiğinden hukuk emri kişinin iradesine değil boşluğa gitmektedir. Bu noktada haksızlığın objektif amaçlayabilir hareketlerle sınırlandırılması da bir anlam ifade etmez. Yazarın belirleyici normu da içeren hukuk emrine aykırılık olarak şekillendirdiği haksızlık tasarımı isabetli değildir³⁵⁰.

Keza yazar da, haksızlık konusundaki açıklamalarında fiilin üç aşamalı yapısı içerisinde hukuk emrinin üçüncü aşama olan fiilin dış dünyada icra edilmesi aşamasını engellemeyi istediğini ifade etmektedir. Bu aşamada hukuk emri, kişiye haksızlık teşkil eden tipik davranışı gerçekleştirmemeyi emretmektedir. Halbuki bu emir ancak failin fiilinin tipik anlamını, yani neyi yaptığını bilmesi halinde işlevini yerine getirebilir ve o şeyi yapmasıyla ihlal edilebilir. Bu açıdan, kastın haksızlık içerisinde konumlandırılmadan belirleyici norma haksızlık içerisinde yer vermek çelişkili olmaktadır.

Ayrıca taksirli suçlar söz konusu olduğunda emredici normlar, gerçekleştirilen faaliyetlerde genel olarak dikkatli ve özenli davranmayı emretmektedir. Diğer bir anlatımla, faile yönelen belirleyici normun içeriğini ilgili faaliyette dikkatli ve özenli davranma emri oluşturabilir³⁵¹. Ancak yazar objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığa taksirli suçun haksızlığı içerisinde yer vermemektedir. Böylece belirleyici norm konusuz bırakılmaktadır. Yazarın tasarımında taksirli suçun haksızlığı ile hukuk emrinin ilişkilendirilebilmesi mümkün değildir.

Yazarın tasarımında hukuki değerlerin korunmasının neden haksızlığın subjektif unsurlarından vazgeçmeyi gerektirdiği hususu da yeterince temellendirilmemiştir. Yazara göre, hukuki değerlerin korunmasını amaçlayan ceza hukuku bu korumayı ancak haksızlığın objektif olarak belirlenmesi halinde

³⁵⁰ Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 62.

³⁵¹ Theodor Lenckner, “vor §§ 13”, S/S, 26. Aufl., C.H. Beck, München, 2001, kn. 56.

sağlayabilecektir. Ancak bu düşüncenin yerinde olmadığını belirtmek gerekir. Haksızlığın objektif olarak belirlenmesi halinde her ne kadar haksızlık olarak nitelendirilecek olan hallerin sayısı artacak olsa da, bu, hukuki değerlerin daha iyi korunmasını temin etmez. Zira yazarın objektif haksızlık tasarımı haksızlık alanından dışlanan hususlar, kusur alanında kendilerine yer bulmakta ve genişletilen haksızlığı burada tekrardan sınırlandırmaktadır³⁵². Keza bu durum cezanın amacı bakımından da bir fark doğurmaz. Kast veya taksir ister haksızlık alanında ister kusur alanında tasnif edilmiş olsun, ceza normunun önleme fonksiyonu her halükarda aynı şekilde geçerliliğini devam ettirir. Keza her iki durumda da son tahlilde cezalandırılan olaylar aynı olacağından, cezalandırma, genel önleme ve özel önleme bakımından aynı işlevi yerine getirecektir.

Ayrıca *Oehler*'in hareketin gailiğine yüklediği anlamın da sorunlu olduğunu ifade etmek gerekir. Yazarın haksızlık kavramı, neticenin isnadiyetinin hareketin objektif amaçlayabilirliğiyle (objektif-final yönlendirebilmeye) sınırlandırılarak haksızlık tipine dahil edilmesine dayanmaktadır. Böylece haksızlık, objektif-final hareketlerle erişilebilir alanla sınırlandırılır. Ancak gailiği objektifleştirme adına, somut netice bakımından somut hareketin gailiği haksızlık tipinin dışına çıkarılmakta ve kusur alanına tahsis edilmektedir. Nitekim hareketin gailiği, objektif olarak müşahade edilebilir olduğundan, objektif haksızlığın temelini oluşturmaktadır. Halbuki, insan hareketinin gailiğine haksızlık bakımından önem atfedilecekse, bu ancak hareketin hedefi olarak belirlenen somut netice bakımından somut hareketin gailiğinin esas alınmasıyla mümkün olabilir. Bu da en azından kasıtlı suçlarda hedeflenen neticeye ilişkin tasavvurun (kast) haksızlık içerisinde değerlendirilmesini gerektirir. Sonuç olarak, yazarın hareketin gailiğini genel gailiğe dönüştürdüğünü ve hatalı bir şekilde, somut netice bakımından gailiği haksızlık alanında görmezden geldiğini söylemek gerekir³⁵³.

³⁵² Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 62.

³⁵³ Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 92.

4. Subjektif Unsurların Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Dışında Bırakılması

Oehler eserinde esas itibarıyla hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsurların bulunup bulunmadığı veya hangi hukuka uygunluk sebeplerinde ne tür subjektif unsurların aranacağı sorunuyla ilgilenmemektedir. Daha ziyade, Alman hukukunda hakim olan öğretiye göre varlığı gerekli görülen subjektif unsurların nasıl anlaşılması gerektiği konusu üzerinde durmaktadır. Bu çerçevede yazar, meşru savunma, tıbbi müdahaleler, öğretmenin tedip hakkı, zorunluluk hali, yükümlülük çatışması ve ilgilinin rızası gibi çeşitli hukuka uygunluk sebepleri bakımından konuyu ele almıştır³⁵⁴.

Haksızlığı objektif olarak amaçlayabilir iradi hareketlerle hukuk emrine aykırı davranma şeklinde belirleyen *Oehler*, benzer şekilde hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarını da hareketin objektif hukuka uygunluk amacına (*der objektive Rechtfertigungszweck*) yönelmiş olması gerekliliği üzerinden objektifleştirme yoluna gitmiştir³⁵⁵.

Hukuka uygunluk sebeplerini de emredici teoriden hareketle açıklayan yazara göre, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler (hukuka uygunluk sebepleri) olarak anlaşılan ceza hukuku izinleri emir ve yasaklarla bağlı hukuk normlarıdır. Bu izinler ilgili emir veya yasağı sınırlandırma işlevi görür. Söz gelimi yaralama fiilini yasaklayan norm meşru savunma halinde sınırlandırılır ve bu yasak normu faile yönelmez. Burada meşru savunma hakkını doğuran durumun savunmada bulunan tarafından algılanıp algılanmadığı ise hukuk düzeni için esas itibarıyla önemli değildir. Saldırgan her halükarda savunma hareketine katlanmak durumundadır ve buna karşı savunmada bulunamaz³⁵⁶.

³⁵⁴ *Oehler*, **Zweckmoment**, s. 165 vd.; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 63. Bu başlık altında yazarın görüşleri, TCK'da düzenlenen hukuka uygunluk sebepleriyle örtüşmesi sebebiyle, sadece meşru savunma, tıbbi müdahaleler, öğretmenin tedip hakkı ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebepleri bakımından incelenecektir.

³⁵⁵ Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 88-89.

³⁵⁶ *Oehler*, **Zweckmoment**, s. 23; ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 59.

Ceza hukuku, emir ve yasaklarıyla iradeyi rehabilite etmeyi değil, sadece hukuka aykırı sonuçların engellenmesiyle hukuka uygun duruma sebep olmayı istemektedir. Bunun yerine getirilmesinde hukuka uygun olarak hareket etmiş kişinin hukuka aykırı olanı istemiş olması veya kötü bir amaçla hareket etmiş olması hukuk emri için önemsizdir. Hukuk, hukuka uygun bir harekete sebep olmayı başardığında, bu memnun edici bir durumdur. Failin neden öyle davrandığının ise bir önemi yoktur. Failden iradesini hukuka uygun olan sonuçlara göre ayarlaması talep edilmez. Bu durum özellikle kişinin objektif olarak hukuka uygun davrandığı ancak aslında kötü bir iradeyle hareket ettiği hallerde görülmektedir. Mesela, doktor izin verilen bir müdahaleyi yapmış ve fakat şehvet duygusu ve bu duygunun tatmini amacıyla hareket etmiş olabilir. Keza meşru savunma halinde olan kişi, objektif sınırlara riayet ederek savunmada bulunmuş ancak intikam duygusuyla hareket etmiş olabilir. Failin subjektif amacının fiilin hukuka uygunluğu bakımından bir önemi bulunmadığından, fail bütün bu durumlarda hukuka uygun hareket etmiştir³⁵⁷.

Bununla birlikte *Oehler*'in, hukuka uygunluk sebebini doğuran durumu bilme ve hukuka uygun davranma iradesine sahip olma gibi hakim öğreti tarafından aranan subjektif unsurların varlığını hukuka uygunluk sebebinin etki doğurabilmesi için genel olarak gerekli gördüğünü, keza bu unsurları içerik olarak da hakim öğretiden farklı değerlendirmedeğini belirtmek gerekir. Ancak yazar söz konusu subjektif unsurlara hukuka uygunluk sebepleri bakımından farklı bir anlam yüklemiştir³⁵⁸.

Oehler'e göre, hukuka uygunluk sebebinin etki doğurabilmesi ve fiili hukuka uygun hale getirebilmesi için, hukuka uygunluk sebebinin diğer objektif koşullarının varlığı yanında, fiilin objektif hukuka uygunluk amacını da haiz olması gerekir. Bu ise fiilin objektif olarak ve haricen hukuka uygunluk neticesine yönelmiş ve hukuka uygunluğa özgülenmiş olmasını ifade eder.

³⁵⁷ Oehler, **Zweckmoment**, s. 44; Oehler, **FS-Sauer**, s. 265.

³⁵⁸ Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 91.

Objektif hukuka uygunluk amacı fiilin objektif olarak neyi hedeflediği (*die objektive Zielrichtung*) sorunuyla ilgilidir³⁵⁹.

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının önemi de burada ortaya çıkmaktadır. *Oehler*'e göre, hakim öğreti tarafından hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları olarak aranan hususlar hukuka uygunluk sebebinin etkili olabilmesi bakımından gerekli olmakla birlikte, bunlar bir iç olgu niteliğinde hukuka uygunluk sebeplerinin bir bileşeni, yani unsuru değildir. Subjektif unsurlar sadece fiile harici olarak hukuka uygunluk neticesini meydana getirme istikametinde yön vermesi bakımından rol oynar. Diğer bir anlatımla, bu unsurlar, sadece fiile hukuka uygun neticeye ulaşma istikametinde gerekli objektif-gai yönelimi, yani objektif hukuka uygunluk amacını vermektedir. Hukuka uygunluk bakımından asıl belirleyici olan da bu objektif-gai yönelim, yani hukuka uygunluk amacıdır³⁶⁰.

Haksızlığın, hareketin objektif amaçlayabilirliğiyle sınırlandırılmasında olduğu gibi, haksızlığı ortadan kaldıran sebeplerin objektif hukuka uygunluk amacıyla sınırlandırılması da, tesadüfi olarak bir araya gelen koşullar sonucunda ortaya çıkan durumların hukuka uygun olarak değerlendirilmesinin önüne geçer. Bu açıdan objektif hukuka uygunluk amacı, tesadüflerin hukuka uygunluk üzerinde etkili olmasını engelleme ve bunları hukuka uygunluk alanı dışında bırakma işlevi de görmektedir³⁶¹.

Meşru savunmada savunma iradesi (*Verteidigungswille*) bu hukuka uygunluk sebebinin etkili olabilmesi için gereklidir. Ancak bu, bir iç olgu niteliğinde ve meşru savunmanın subjektif unsuru anlamında bir gereklilik değildir. Savunma hareketini hukuka uygun hale getiren, hareketin objektif olarak savunmaya yönelmiş olması, yani objektif savunma amacına sahip olmasıdır. Fiil objektif olarak saldırının bertaraf edilmesine yönelmiş olmalıdır.

³⁵⁹ Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 64; Salimi, *Rechtfertigungselement*, s. 13.

³⁶⁰ Oehler, *Zweckmoment*, s. 168; ayrıca bkz. Salimi, *Rechtfertigungselement*, s. 13; Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 91; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 65.

³⁶¹ Oehler, *Zweckmoment*, s. 168; ayrıca bkz. Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 65.

Savunma iradesi ise fiile bu objektif yönü vermesi sebebiyle dolaylı bir işleve sahiptir. Ancak meşru savunmanın koşulu olan, bu irade değil, sadece bu irade tarafından harekete geçirilen ve savunma için gerekli olan hareketin objektif olarak saldırının bertaraf edilmesine yönelmiş olmasını ifade eden objektif savunma amacı olduğundan, savunma iradesi bu hukuka uygunluk sebebinin bir bileşeni, yani unsuru değildir³⁶².

Meşru savunmayı düzenleyen hükümde yer alan savunma kavramıyla kastedilen, saldırı tarafından harekete geçirilmiş olan bir harekettir. Bu itibarla, A evine gelen düşmanı B'ye, B'nin onu bıçaklamak üzere olduğunu bilmeden, ona duyduğu nefret dolayısıyla ateş ederse, A'nın hareketinin meşru savunma kapsamında değerlendirilmemesinin sebebi, savunma iradesinin yokluğu değil, A'nın hareketinin objektif olarak savunmaya yönelmemiş olmasıdır. Mesela, her karşılaştıklarında kendisinden saldırı beklediği düşmanı B'ye karşı genel olarak savunma iradesine sahip olan, fakat B'nin o anki karşılaşmalarında kendisini bıçaklayacağını bilmeyen A'nın, B'ye ateş edip öldürmesi ihtimalinde, A'daki bu genel savunma iradesinin bir anlamı yoktur. A'nın fiili hukuka aykırı olmaya devam eder. Zira A somut fiilinde mevcut saldırıyı objektif savunma amacıyla bertaraf etmemiştir³⁶³.

Savunma iradesi, sadece fail meşru savunma halini bildiğinde, somut hareketin objektif-amaçlı yönelimine sebep olabilir. Koşulların tesadüfi olarak bir araya gelmesinde olduğu gibi, bir saldırının başka bir saldırıya karşı savunma niteliğinde olduğu daha sonradan ortaya çıkarsa, bu tesadüf, meşru savunmanın kabul edilmesi için yeterli değildir. Ancak failin subjektif olarak hangi amaçla hareket ettiği, mesela failin intikam alma amacıyla hareket etmesi, meşru savunma bakımından önem arz etmez. Zira hukuk emrine riayet etme

³⁶² Oehler, **Zweckmoment**, s. 166; ayrıca bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 90; Steinbach, **Problematik**, s. 103 vd.

³⁶³ Oehler, **Zweckmoment**, s. 166.

bakımından failin ne sebeple davranışını objektif olarak saldırının bertaraf edilmesine yönlendirdiği önemli değildir³⁶⁴.

Oehler'e göre, ilgilinin rızasının bulunup bulunmadığı önemli olmaksızın, başarıya ulaşmamış tıbbi müdahalelerde de meşru savunmadakine benzer bir durum söz konusudur³⁶⁵.

Tıbbi müdahalenin subjektif olarak tedavi iradesiyle gerçekleştirilmesi, bu müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından belirleyici değildir. Hukuka uygunluk sebeplerinin sınırlarının belirlenmesi mağdurun korunmasına hizmet edeceğinden, hukuka uygunluğun doktorun bilebilir olmayan iç motivasyonuna bağlanması söz konusu olamaz. Başarısız bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğundan söz edebilmek için, subjektif tedavi iradesinin objektif tedavi amacı anlamında harekette objektifleşmesi gerekir. Diğer bir anlatımla, müdahale objektif olarak tedavi amacıyla gerçekleştirilmiş olmalıdır. Objektif tedavi amacını haiz bir müdahale ise ancak tıp biliminin gereklerine uygun bir tedavinin varlığı halinde söz konusu olabilir³⁶⁶.

Şayet doktor subjektif olarak tedavi iradesiyle hareket etmiş ancak objektif olarak kendisinden tedavi amacının çıkarılamayacağı metotlarla çalışmışsa, bu irade, ilgilinin rızasının varlığına rağmen fiili hukuka uygun hale getirmez. Zira müdahale objektif tedavi amacını haiz değildir³⁶⁷.

Doktorun kötü bir iradeyle ve tıp biliminin gereklerine uygun olmayan bir şekilde icra ettiği ve bunun sonucunda olumsuz bir neticenin gerçekleşmesini beklediği müdahalenin beklenmedik şekilde iyi netice vermesi halinde ise bu

³⁶⁴ Oehler, **Zweckmoment**, s. 168; ayrıca bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 90.

³⁶⁵ Oehler, ilgilinin rızasının bulunduğu başarıya ulaşmış tıbbi müdahaleleri tipiklikle ilgili bir sorun olarak değerlendirdiğinden bunları hukuka uygunluk sebepleri kapsamında ele almamaktadır (Oehler, **Zweckmoment**, s. 168).

³⁶⁶ Oehler, **Zweckmoment**, s. 168-169; ayrıca bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 90.

³⁶⁷ Oehler, **Zweckmoment**, s. 169.

müdahale, objektif tedavi amacının yokluğu sebebiyle, sadece bir tesadüf olarak değerlendirilir ve fiil hukuka aykırı olmaya devam eder³⁶⁸.

Eğer doktor objektif olarak tıp biliminin gereklerine uygun ve tedavi için zorunlu olduğunu bildiği müdahaleyi yapar, ancak bunun yanında tedavi amacıyla örtüşmeyen, mesela sadist veya gayrı ahlaki düşünce ve motivasyonlarla hareket ederse, doktorun bu iç tutumu müdahalenin objektif tedavi amacı üzerinde etkili olmaz. Müdahale hukuka uygun olarak değerlendirilir. Zira burada önemli ve yeterli olan müdahalenin objektif olarak tedavi amacını haiz olmasıdır. Hareketin iç olgu niteliğinde başka hedeflerinin de bulunması hukuka uygunluk sebebi üzerinde etkili değildir³⁶⁹.

Bu açıdan başarısız tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu ancak objektif tedavi amacına dayanabilir. Objektif tedavi amacının arkasında ise buna uygun bir subjektif tedavi iradesi bulunur. Bu irade müdahale fiilinin bir parçası olsa bile hukuka uygunluk sebebinin bir bileşeni değildir. Zira müdahaleyi hukuka uygun kılan objektif olarak tedaviye yönelmiş olmasından, yani objektif tedavi amacından başka bir şey değildir³⁷⁰.

Oehler'e göre, öğretmen tedip hakkı kapsamında gerçekleştirilen fiilin hukuka uygunluğu da söz konusu fiilin objektif eğitim amacını (*Erziehungszweck*) haiz olmasına bağlıdır. Objektif eğitim amacı, fiilin haricen eğitim amacına yönelmiş olmasını ifade eder. Bu ise ancak öğretmenin eğitim iradesinin (*Erziehungswille*) bir sonucu olarak ortaya çıkabilir. Fiile objektif eğitim amacını veren öğretmenin eğitim iradesidir. Sadist bir temayülle gerçekleştirilen fiillerin haricen eğitim amacını takip ettiği düşünülemez. Keza fiilde haricileşmemiş bir eğitim iradesi hukuka uygunluk bakımından tek başına bir anlam ifade etmeyeceğinden, eğitim iradesini haiz olsa bile, fiilin objektif olarak da eğitim amacına uygun olması gerekir. Eğitim iradesi ve fiilin objektif

³⁶⁸ Oehler, *Zweckmoment*, s. 169.

³⁶⁹ Oehler, *Zweckmoment*, s. 169.

³⁷⁰ Oehler, *Zweckmoment*, s. 170.

eğitim amacı birbirine bağlı hususlardır. Ancak burada da hukuka uygunluk için belirleyici olan sadece hareketin haricen bilinebilir nitelikteki objektif eğitim amacıdır. Tedip hakkı kapsamında gerçekleştirilen fiillerin eğitim iradesi tarafından taşınmak zorunda olması, bu iradeyi hukuka uygunluk sebebinin bir bileşeni haline getirmeyecektir. Zira burada hukuka uygunluk etkisi iradeden değil, hareketin yönelimindeki objektif eğitim amacından kaynaklanmaktadır³⁷¹.

Oehler'e göre, ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi bakımından cevaplanması gereken en önemli soru, fiilin hukuka uygunluğu için failin rızanın varlığını bilmesinin gerekip gerekmediğidir. *Oehler* konuyu öncelikle rızanın açıklanmasına ilişkin teorileri değerlendirerek ele almaktadır. Yazara göre, burada iradenin yönü teorisi (*Willensrichtungstheorie*) ve beyan teorisi (*Erklärungstheorie*) olmak üzere iki temel farklı görüş karşı karşıya bulunmaktadır³⁷². Beyan teorisine göre, rızanın açıklanmış olması ve açıklanmış olan bu rızanın fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Beyan teorisini savunan yazarlardan hareketi finalist bir biçimde inşa edenler, failin aynı zamanda hukuka uygunluğa yönelmiş iradesini de gerekli görmektedirler. Diğer görüşte olanlar ise, failin rıza dolayısıyla hareket etmesini aradıklarından, failin rızanın bilincinde olarak hareket etmesini yeterli görmektedirler. İradenin yönü teorisine göre, hukuki koruma iradesinden beyan olmaksızın da vazgeçilebilir. Bu yüzden rızanın açıklanması gerekmediği gibi, failin rızanın varlığını bilmesi de gerekmez³⁷³.

Oehler'e göre her iki öğretisi de hakikate uygun değildir. Öncelikle açıklanmamış bir rıza, failin rızayı bilme imkanını ortadan kaldırmaktadır. Halbuki ilgili tarafından rıza açığa vurulmalı ve faile ilgilinin rızasına muttali olma imkanı sunulmalıdır. Eğer açıklanmayan bir rızanın varlığı kabul edilecek olursa, failin ilgilinin iradesine uygun hareket edip etmediğini bilme imkanı

³⁷¹ Oehler, *Zweckmoment*, s. 170-171; Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 90.

³⁷² Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekici-Şahin, *Rıza*, s. 167 vd.; Blanke, *Rechtfertigungselemente*, s. 29-30.

³⁷³ Oehler, *Zweckmoment*, s. 174.

olmayacak ve faile davranışını gerçekleştirirken güvenli bir şekilde karar verme hususunda bir temel sunulmamış olacaktır. Ayrıca haksızlık alanında belirleyici olma hususunun beyan edilmemiş bir iradeye bırakılması, hukuki değerin korunmasını kısmen güvenli olmayan bir temele yerleştireceğinden sakıncalıdır. Bu sebeple, failin iç dünyasında kalan rıza, hukuka uygunluk için yeterli değildir. Rıza açık veya zımni olarak haricileştirilmiş olmalıdır³⁷⁴.

Açıklanmış olan rızanın faile ulaşmış veya fail tarafından öğrenilmiş olması ise gerekli değildir. Rızanın etki doğurabilmesi için failin bunun bilgisine sahip olması zorunlu değildir³⁷⁵. Rızanın etkisi hukuki değer üzerinde tasarruf yetkisi bulunan kişinin kendi tasarruf alanında bu hukuki değere zarar verilmesi konusunda fiile yetki vermesi esasına dayandığından, bu hukuka uygunluk sebebinde herhangi bir subjektif unsurun varlığı araştırılmaz³⁷⁶.

Buna karşılık, yazar, rızanın varlığını bilmemesi durumunda, diğer hukuka uygunluk sebeplerinden farklı olarak, failin elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır. Buna göre, ilgili kişi üzerinde tasarruf edebileceği menfaatle ilgili olarak bir rıza açıklanmasında bulunmuşsa, bu durumda tamamlanmış suçla ilişkin hukuki koruma kalkmalıdır. Zira hukuka aykırılık sosyal dünyanın bir görünümü olarak tezahür ettiğinden, hukuki korumadan açıklanmış bir vazgeçme halinde bunun etkisiz kalması mümkün değildir. Kanun koyucu, failin kendi etkisi olmaksızın neticenin gerçekleşmediği durumlarda veya tipiklikte bir noksanlık olduğunda, hukuki değer ihlalinin gerçekleşmediği bu durumu hesaba katmakta ve teşebbüs dolayısıyla faili daha az cezalandırmaktadır. Bu sebeple, ilgili bir başkasının fiilini veya bundan meydana gelecek neticeyi rıza göstererek kabul ettiğinde, fail bundan haberdar olmasa bile, suçun tamamlanmadığı sonucuna varılmalıdır. Failin neticenin hukuka aykırı olarak meydana gelmesine yönelmiş olması halinde (kast),

³⁷⁴ Oehler, **Zweckmoment**, s. 174-175.

³⁷⁵ Oehler, **Zweckmoment**, s. 175. Yazara göre, ilgilinin rızası sadece kasten işlenen fiiller bakımından değil, taksirle işlenen fiiller bakımından da söz konusu olabilir (Oehler, **Zweckmoment**, s. 177).

³⁷⁶ Oehler, **Zweckmoment**, s. 177.

neticenin meydana gelmemesi ile neticeye failin haberdar olmadığı rızanın varlığı halinde sebep olması arasında suçun ortaya çıkış biçimi bakımından bir fark yoktur. Her iki durumda da hukuki değer zarar görmemiş fakat doğrudan doğruya tehlike altına konulmuştur. Fail, açıklanmış olan rızayı bilmediğinde, sadece (elverişsiz) teşebbüsten dolayı sorumlu olur³⁷⁷.

Oehler'in haksızlık konusunda ileri sürdüğü görüşleri gibi hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarına ilişkin görüşlerinin de birçok açıdan sorunlu olduğunu ifade etmek gerekir. Yazara göre, hukuka uygunluk sebeplerinin unsuru olan objektif hukuka uygunluk amacıdır. Objektif hukuka uygunluk amacının varlığı ise failin hukuka uygunluk sebebini doğuran durumun bilgisine ve hukuka uygunluk iradesine sahip olmasına bağlıdır. Özellikle hukuka uygunluk durumunun bilgisi bütün hukuka uygunluk sebepleri bakımından ortak ve genel bir koşul olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak hukuka uygunluk sebebinin koşulu olarak ortaya çıkan bu hususlar aynı zamanda hukuka uygunluk sebeplerinin unsuru olarak görülmemektedir³⁷⁸. Bu açıdan söz konusu koşullara, hukuka uygunluk üzerinde doğrudan değil dolaylı bir etki tanınmış olmaktadır³⁷⁹. Subjektif hususlar her ne kadar hukuka uygunluk sebeplerinin dışında tutulmuş olsa da yine de hukuka uygunluk sebebine içerden bir etkide bulunmaktadır³⁸⁰.

Ancak hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı (etkili olabilmesi) bakımından zorunlu olarak görülen subjektif hususların, hukuka uygunluk sebeplerinin tipikliğinin bir unsuru olarak kabul edilmemesi mantıklı görünmemektedir. Zira bir husus, tek başına veya diğer pek çok unsurla

³⁷⁷ Oehler, *Zweckmoment*, s.175-176; ayrıca bkz. Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 91.

³⁷⁸ Fritz Loos, "Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente", *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Ed.: Rolf Dietrich Herzberg, Carl Heymanns, Köln Berlin Bonn München, 1985, s. 228; krş. Ernst Beling, *Die Lehre vom Tatbestand*, 1. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1930, s. 12, dn. 1.

³⁷⁹ Bu açıdan yazarın görüşü objektif-subjektif karma görüş olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. Salimi, *Rechtfertigungselement*, s. 13; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 66.

³⁸⁰ Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 91-92; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 65.

bağlantılı olarak belirli hukuki sonuçların gerçekleşmesinin koşulu olduğunda, bu, o hususu tipikliğın bir unsuru/bileşeni haline getirir. O halde söz konusu subjektif hususlar da hukuka uygunluk sebeplerinin bir unsurudur³⁸¹.

Ayrıca, subjektif hususların harici olarak konumlandırılmasıyla ulaşılmak istenen etkilere, bunların hukuka uygunluk sebebinin bileşeni olarak kabul edilmesi halinde de ulaşılabilir. Bu, subjektif hususların objektif hukuka uygunluk amacını meydana getirme ve tesadüfleri dışlama şeklindeki etkisi bakımından da geçerlidir. Kaldı ki, tipikliğe ait unsurların anlamları ve birbirleriyle ilişkileri daima bir yorum meselesidir. Şayet subjektif hususlar objektif hukuka uygunluk amacıyla bağlantılı olarak değerlendirilmek isteniyorsa, bunun için subjektif hususların hukuka uygunluk sebebinin dışında bırakılmasına gerek yoktur. Subjektif hususlar, objektif hukuka uygunluk amacıyla birlikte, hukuka uygunluk sebebinin unsuru olarak kabul edildiğinde de, bu unsurlar arasında *Oehler*'in kurduğı bağlantı kurulabilir³⁸².

Yazarın özellikle tesadüfi olarak gelişen durumların hukuka uygunluk alanından çıkarılması için subjektif hususları, bir koşul olarak da olsa, hukuka uygunluk bakımından gerekli görmesi bir dereceye kadar anlaşılabilir. Ancak tesadüflerin dışlanması çabası, ister hukuka uygunluk sebeplerinin koşulu olarak ister unsur olarak kabul edilsin, bu subjektif hususların gerekliliğini izah etmede yeterli bir gerekçe sağlamamaktadır. Zira subjektif hususların gerekliliğı, neden gerekli olduğü açıklanmayan, tesadüflerin dışlanması gerekliliğine dayanmaktadır. Diğer bir anlatımla, subjektif hususlar, bir postulat, bir ön koşul olarak kabul edilen ve neden gerekli olduğü gerekçelendirilmeyen, tesadüflerin dışlanmasını temin için kullanılmaktadır. Bu da subjektif hususları temellendirme için yeterli değildir³⁸³.

³⁸¹ Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 65; Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 93; Salimi, *Rechtfertigungselement*, s. 13.

³⁸² Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 65-66.

³⁸³ Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 66.

Ayrıca hareketin objektif-final yönelimi bakımından da haksızlık ve hukuka uygunluk alanlarında bir uyumsuzluk bulunmaktadır. Nitekim haksızlık alanında tesadüflerin dışlanması için hareketin objektif amaçlayabilirliğine başvurulmakta, ancak objektif amaçlayabilirliğin varlığından söz edebilmek için harekete objektif amaçlayabilirliğini verecek bir subjektif hususa (kast) ihtiyaç duyulmamaktadır. Hukuka uygunluk alanında hareketin amaçlayabilirliği, hukuka uygunluk neticesine/durumuna yönelmiş olma anlamında, belirli ölçüde somut gailik üzerine inşa edilirken, haksızlık alanında gailik genel gailik olarak ele alınmaktadır. Halbuki hukuka uygunluk sebeplerinin bir unsuru olarak kabul edilen objektif hukuka uygunluk amacının varlığı, hukuka uygunluk durumunu bilme ve hukuka uygunluk iradesine sahip olmaya bağlı ise, bu objektif amacın haksızlık alanındaki karşılığı olan objektif amaçlayabilirliğin varlığı bakımından da en azından kastın, bir unsuru olmaksızın haksızlığın koşulu olarak kabul edilmesi gerekirdi. Diğer bir anlatımla, objektif amaçlayabilirlik haksızlığın bir unsuru iken, somut gailik anlamında kast da harekete objektif amaçlayabilirliğini vermek için varlığı gerekli olan bir husus olmalıydı. Yahut tam tersi şekilde, haksızlık alanında hareketin objektif amaçlayabilirliği nasıl objektif ölçütlerle belirleniyorsa, objektif hukuka uygunluk amacının da subjektif hususlara ihtiyaç duyulmaksızın belirlenmesi gerekirdi³⁸⁴. Kaldı ki yazar, haksızlık alanında sosyal bakımdan değersizlik yargısının failin iç durumuyla belirlenmesinin önüne geçmekten bahsederken, çelişkili bir şekilde, hukuka uygunluk alanında failin iç durumunu sosyal bakımdan değerlilik yargısının bir gerekliliği olarak görmektedir.

Son olarak ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi bakımından yazarın vardığı sonuçların da sorunlu olduğunu ifade etmek gerekir.

İlk olarak, failin kendi etkisi olmaksızın neticenin gerçekleşmediği veya tipiklikte bir noksanlığın bulunduğu durumlar ile neticeye failin haberdar olmadığı rızanın varlığıyla sebep olması suçun ortaya çıkış biçimi bakımından aynı değildir. Zira birinci ihtimalde fiil çok defa elverişli teşebbüs olarak ortaya

³⁸⁴ Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 93.

çıkar. Yani fiil objektif olarak tehlikelidir. Çok az ihtimalde ise elverişsiz teşebbüsten söz edilir. Halbuki ikinci ihtimalde fiil her zaman mutlak anlamda elverişsizdir. Keza yazar burada failin neticenin hukuka aykırı olarak meydana getirilmesine yönelmiş olmasını, yani kastı teşebbüsün tek dayanağı yapmaktadır.

İkinci olarak, yazar elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğini ele alırken tehlikeli-tehlikesiz elverişsiz teşebbüs ayrımı yapmakta ve tehlikeli elverişsiz teşebbüslerin cezalandırılabilirliğini kabul etmektedir. Tehlikeli elverişsiz teşebbüste hukuka aykırılık failin kastından değil, fiilin tipik fiille bağlı objektifleştirilmiş anlamından kaynaklanır ve tehlikelilik somut anlamda anlaşılmalıdır. Mesela, genellikle dolu olan boş bir cüzdana el atma durumunda tehlikeli elverişsiz teşebbüs söz konusudur. Tehlikesiz elverişsiz teşebbüste ise fiilin icrası hiçbir şekilde korunan obje üzerinde bir tehlike doğuramaz. Fail sadece fiilin tehlikeli olduğu hususundaki ağır bir yanlış anlamayla hareket etmektedir. Failin salt kastı ise fiile objektif olarak hukuki değere yönelik saldırı anlamını veremez. Mesela, failin bir kimseye onu öldürmek üzere zehir sandığı toz aspirini vermesi durumunda tehlikesiz elverişsiz teşebbüs söz konusudur. Yazar bir yandan tehlikeli elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğini, tehlikesiz elverişsiz teşebbüsün ise cezalandırılmayacağını söylerken, diğer yandan da bu görüşünden farklı bir şekilde, hukukun sınırlı sebeplerle böyle tehlikesiz elverişsiz teşebbüs hallerini de cezalandırılabilirliğini kabul etmektedir³⁸⁵. Açıklanmış rızayı bilmeyen failin sorumlu olduğu elverişsiz teşebbüs hali de istisnaen cezalandırılan bu tehlikesiz elverişsiz teşebbüs kapsamındadır. Burada teşebbüsün cezalandırılmasının sebebini fiilin tehlikeliliği değil, kastı dolayısıyla failin kişisel tehlikeliliği oluşturduğundan,

³⁸⁵ Oehler, **Zweckmoment**, s. 120-121.

böyle bir teşebbüs anlayışının zihniyetin cezalandırılmasından başka bir anlama gelmediğini ifade etmek gerekir^{386,387}.

C. Ceza Hukukunda Objektivizmin Gerekliliği Görüşü

Suçun yapısını objektif haksızlık ve subjektif kusur ayrımı temelinde açıklayan *Spendel*, Alman ceza hukuku literatüründe objektivizmin en önemli savunucularından biri olarak temayüz etmiş ve uzun yıllara yayılan çalışmalarında ceza hukukunda objektivizmin gerekliliğini birçok bakımdan temellendirmeye çalışmıştır. Subjektivizme adeta savaş açmış bir ceza hukukçusu olarak yazarın bu konudaki çalışmaları, birbiriyle bağlantılı olarak, özellikle objektif haksızlık anlayışının savunulması³⁸⁸, haksızlığın ve hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının katı bir şekilde reddedilmesi³⁸⁹, subjektif teşebbüs anlayışının eleştirisi, bu bağlamda elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasının reddedilmesi ve objektif teşebbüs anlayışının savunulması³⁹⁰ konularında yoğunlaşmıştır.

³⁸⁶ Yazarın teşebbüs hakkındaki görüşleri ve eleştirisi için ayrıca bkz. Adem Sözüer, **Suç Teşebbüs**, 1. Baskı, Kazancı, İstanbul, 1994, s. 72 vd.

³⁸⁷ *Oehler*'in hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarına ilişkin görüşlerinin eleştirisi için ayrıca bkz. Steinbach, **Problematic**, s. 115 vd.

³⁸⁸ Günter Spendel, “Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht”, **ZStW**, 65 (1953), s. 519 vd.; Günter Spendel, “Der Begriff des Unrechts im Verbrechenssystem”, **Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag**, Ed.: Bernd Heinrich, Eric Hilgendorf, Wolfgang Mitsch, Detlev Sternberg-Lieben, Giesecking, Bielefeld, 2004, s. 3 vd.

³⁸⁹ Günter Spendel, “Der Gegensatz rechtlicher und sittlicher Wertung am Beispiel der Notwehr”, **DRiZ**, 1978, s. 327 vd.; Günter Spendel, “Gegen den “Verteidigungswillen” als Notwehrrfordernis”, **Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag**, Ed.: Arthur Kaufmann, Günter Bemann, Detlef Krauss, Klaus Volk, C.H. Beck, München, 1979, s. 245 vd.; Günter Spendel, “Notwehr und “Verteidigungswille”, objektiver Zweck und subjektive Absicht”, **Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag**, Ed.: Rolf Dietrich Herzberg, Heymann, Köln Berlin Bonn München, 1985, s. 197 vd.; Günter Spendel, “§ 32”, **LK**, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 2003, kn. 137 vd.; Ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 29; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 11.

³⁹⁰ Günter Spendel, “Der sogenannte Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie”, **ZStW**, 69 (1957), s. 441 vd.; Günter Spendel, “Kritik der subjektiven Versuchstheorie”, **NJW**, 1965, s. 1881 vd.; Günter Spendel, “Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie”, **Studien zur Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag**, Ed.: Günter Spendel, Holzner, Würzburg, 1966, s. 89; Günter Spendel, “Zur Kritik der subjektiven Versuch- und Teilnahmetheorie”, **JuS**, 1969, s. 314 vd.

Yazarın ceza hukukunda objektivizmin gerekliliğini bu denli savunmasının altında birçok sebebin yattığı görülmektedir. Bu sebepler, pozitivist bilimsel yaklaşımları, hukuk devleti ilkesinin gereklilikleri, en ağır yaptırımları bünyesinde barındıran ceza hukukunda keyfiliğin önlenmesi ve bu bağlamda belirlilik ve kesinliğin sağlanması, hukuk ve ahlak ayrımının korunması ve ahlaka aykırılığın hukuk alanının dışında tutulması, zihniyetin cezalandırılmasının önüne geçilmesi ve Almanya’da 1933-1945 yılları arasındaki Nazi döneminde zirveye ulaşan subjektivist ceza hukuku yaklaşımlarının kalıntılarının ceza hukukundan tasfiyesi³⁹¹ şeklinde sayılabilir.

Her ne kadar birbirleriyle irtibatlı olsalar da, *Spendel*’in her biri müstakil bir çalışmanın konusu olabilecek bütün bu hususlardaki görüşlerinin tamamının aktarılması ve değerlendirilmesi, bu çalışmanın sınırlarının çok ötesindedir. Bu başlık altında yazarın ceza hukukunda objektivizmin gerekliliğine ilişkin görüşlerine ana hatlarıyla değinilecek, akabinde hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının reddedilmesine ilişkin görüşlerinin açıklanmasına ağırlık verilecektir³⁹².

Spendel hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin reddedilmesinde iki yol izlemiştir. Bunlardan ilki, yazarın objektif haksızlık anlayışına dayanan teorik eleştirileridir. İkincisi ise yazarın birçok eserinde tekrar eden ve subjektif unsurların gerekliliğinin kabul edilmesinin ortaya çıkardığı sorunların gösterilmeye çalışıldığı misaller üzerinden eleştirilerdir.

³⁹¹ Spendel, *ZStW* 65 (1953), s. 524-525, 530-532; Spendel, *DRiZ* 1978, s. 329 vd.

³⁹² Ayrıca yazarın özellikle elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasının eleştirilmesi ve hukuk-ahlak ayrımına ilişkin görüşlerinin çalışmamızın üçüncü bölümünde değerlendirilmesinin daha uygun olduğunu düşündüğümüzden, bunlara bu başlık altında yer vermeyeceğiz.

1. Haksızlık ve Hukuka Uygunluk Alanında Objektivizmin Gerekliliğine İlişkin Teorik Gerekçeler

a. Ceza Hukukunda Objektivizm ve Subjektivizm

Spendel'e göre öncelikle ceza hukukunda “objektivizm” ve “subjektivizm” kavramlarıyla neyin kastedildiği ortaya konulmalıdır. Yazara göre “subjektif” kelimesi iki şekilde anlaşılabilir. Bunlardan ilkinde, failin bizzat şahsı, yani şahsıyla ilgili bir husus, ikincisinde ise failin iç dünyasına ilişkin olarak iradesinin yönü ve tasavvuru anlatılmak istenir³⁹³.

Subjektivizmle bizzat failin şahsına işaret edilen anlayış, fail ceza hukuku çerçevesinde savunulan görüşlerle ilgilidir. Bu anlayışta mümkün olduğunca subjektif-şahsi etkenler bağımsızlaştırılmaya çalışılır ve suçun fiil unsuru göz ardı edilerek fail ceza hukuku bizzat fiil ceza hukukunun karşısında konumlandırılır. Burada belirli ve tasavvur edilmiş bir neticeden bağımsız olarak mevcut bulunan bütünüyle suç işleme isteğinin kendisi, failin tehlikeli zihniyeti cezalandırmanın asıl sebebi olarak görülür³⁹⁴. Kişilerin cezalandırılmasının sebebi ne yaptıkları değil ne olduklarıdır. Mesela, hırsızlık suçunda suçlu bir şey çaldığı için değil hırsız olduğu için, başkasının mülkiyet ve zilyetlikten doğan haklarını ihlal ettiği için değil hırsızlık yapacak bir zihniyete sahip olduğu için cezalandırılmaktadır. Bu sistemde fiil sadece suçlu zihniyetin bir semptomu, suçlu zihniyete bir karine olarak görülmektedir³⁹⁵. Bu anlayış bugün itibarıyla terk edilmiş olduğundan incelememizin konusunu oluşturmamaktadır³⁹⁶.

İkinci anlayışta ise, failin iradesinin yönü ve tasavvuruyla ilgili hususlar, geleneksel ceza hukuku anlayışı içerisinde kusur ilkesiyle alakalıdır. Burada subjektivizm fiil ceza hukuku içerisinde subjektif etkenlere objektif

³⁹³ Spendel, *ZStW* 65 (1953), s. 520.

³⁹⁴ Spendel, *ZStW* 65 (1953), s. 520-521.

³⁹⁵ Spendel, *ZStW* 65 (1953), s. 525-526.

³⁹⁶ Yazarın, fail ceza hukuku anlayışı hakkındaki eleştirileri için bkz. Spendel, *ZStW* 65 (1953), s. 525 vd.

etkenler karşısında öncelik ve üstünlük verir. Özellikle suçun objektif unsurlarının yokluğu subjektif unsurlarla ikame edilmeye çalışılır. Kusurlu olarak, yani kasten veya taksirle gerçekleştirilen netice değil, böyle bir neticeye yönelmiş suçlu irade cezalandırmanın asıl sebebi olarak görülür. Böylece, fiil ceza hukuku içerisinde çelişkilere sebep olunur³⁹⁷.

Ceza hukukunda objektivizmle ise, her ne kadar salt netice sorumluluğuyla yetinmese de, objektif ve subjektif unsurların uyumsuzluğu halinde, objektif unsurlara subjektif unsurlar karşısında öncelik veren ve cezalandırmanın temelini failin tehlikeli zihniyetinde ya da neticeye yönelmiş suçlu iradede değil, sadece kusurlu olarak bir neticeye sebep olmada, yani fiilde gören anlayış kast edilmektedir³⁹⁸. Şüphesiz bu anlamdaki bir fiil ceza hukuku anlayışında da neticenin gerçekleşmesi ceza sorumluluğu bakımından tek başına yeterli değildir. Kusur ilkesinin bir gereği olarak, failin kasten veya taksirle hareket etmiş olması da gerekir. Objektif unsurların yanında subjektif bir kısım unsurların da gerçekleşmiş olması aranmaktadır³⁹⁹. Ceza hukukunda objektivizm subjektif iradenin göz ardı edildiği anlamına gelmemektedir ve gelmemelidir. Ancak burada subjektif irade netice bağlamında ve onu etkin hale getiren bir fonksiyona sahiptir⁴⁰⁰.

b. Ceza Hukukunda Objektivizmin Gerekliliği

Objektif haksızlık ve subjektif kusur ayrımı temelinde⁴⁰¹ haksızlık ve hukuka uygunluk alanında subjektif unsurlara yer vermeyen *Spendel*'e göre, ceza hukukunda objektivizmin gerekliliğinin birçok sebebi bulunmaktadır.

Öncelikle yazarın pozitivist bilgi felsefesinden hareket ettiği söylenmelidir. Buna göre, ceza hukukundaki söz konusu problemin

³⁹⁷ Spendel, *ZStW* 65 (1953), s. 520-521.

³⁹⁸ Spendel, *ZStW* 65 (1953), s. 521.

³⁹⁹ Spendel, *ZStW* 65 (1953), s. 520.

⁴⁰⁰ Spendel, *ZStW* 65 (1953), s. 530.

⁴⁰¹ Spendel, *FS-Bockelmann*, s. 245, 252.

cevaplanması, objektivizm ve subjektivizm arasındaki derin karşıtlık düşünülmeden mümkün değildir. Bu karşıtlık, bilinen/algılanan obje ile bilen/algılayan süje arasındaki temel ayrıma dayanır. Bilginin konusu, süjeden bağımsız olarak bulunan objektif gerçeklikler ve değerlerdir. Bilginin konusunun süjeden bağımsız olarak ele alınmasıyla, kişiden kişiye, diğer bir ifadeyle, süjeye göre değişmeyen, objektif ve genel geçer bir bilgi mümkün kılınır. Gerçeklik ve adalet, kesin ve genel geçer olarak ortaya konulabilir. Buna karşılık, subjektivizm böyle bir bilginin imkanını reddeden ve bu konudaki yargıyı sadece münferit süje bakımından geçerli addeden bir zihinsel tutumu ifade etmektedir. Böyle bir anlayışta ise kesin bir bilgiden değil, her bir süjeye göre değişen bir görecelilikten söz etmek gerekir. Obje ile süje arasındaki ayrıma dayanan objektivizm, bütün ceza hukuku düşüncesinin temelini oluşturmalıdır⁴⁰².

İkinci olarak, *Spendel*, objektif haksızlığı, hukuk ve ahlak arasındaki olması gereken ayrım sebebiyle gerekli görmektedir. Hukuk sadece insanın fiilleri ve bunların sonuçlarıyla ilgilenir. Hukuki değerlendirme objektif olan hususlar bakımından yapılır⁴⁰³. Normlar sadece bireylerin harici davranışlarını değerlendirir. Kişinin iç tutumunu değerlendirmez. Zira hukuk düzeni yalnızca fiiller aracılığıyla ihlal edilebilir veya bozulabilir. Objektif fiil gerçektir. Hukuki değersizlik de bu gerçeklik içinde bulunur. Bu değersizliğe haksızlık özelliğini veren de fiilin objektif gerçekliğidir. Failin düşünmesi veya istemesi, haksızlık bakımından önemsizdir⁴⁰⁴. Kişinin iç tutumu, yani iyi veya kötü iradesi hukukun değil ahlakın konusunu oluşturur⁴⁰⁵. Şüphesiz ceza hukuku, failin subjektif durumu ve zihniyetiyle de ilgilenmektedir. Mesela, kasten öldürme, taksirle öldürmeye göre daha fazla cezalandırılır. Ancak burada da ceza hukuku neticeden hareket eder ve bu zihniyete sadece fiilin sonuçlarıyla bağlantılı olarak

⁴⁰² Spendel, **ZStW 65 (1953)**, s. 536-537.

⁴⁰³ Spendel, **DRiZ 1978**, s. 329.

⁴⁰⁴ Spendel, **FS-Bockelmann**, s. 251; ayrıca bkz. Steinbach, **Problematic**, s. 45.

⁴⁰⁵ Spendel, **ZStW 65 (1953)**, s. 529; ayrıca bkz. Steinbach, **Problematic**, s. 46.

bir anlam yükler⁴⁰⁶. Böylece, bir veya birden fazla kimsenin öldürülmesi, belki de gerçekleştirilmesi için hiç güç veya fırsat bulunamayacak yüzlerce kimsenin öldürülmek istenmesinden, bu konudaki irade ve zihniyetten daha önemlidir⁴⁰⁷. Kusur (kast ve taksir), netice olmaksızın veya neticeye göre belirlenmeksizin renksiz, şekilsiz bir karaltı, bir gölge veya hayalet olacaktır⁴⁰⁸.

Keza *Spendel*, neticenin ceza sorumluluğu bakımından önemini taksirli suçlar bağlamında da şöyle bir misalle açıklamaktadır. Akşamları birlikte içmeyi alışkanlık haline getirmiş iki arkadaş, kendi arabalarıyla sarhoş halde evlerine dönmektedir. Her ikisinin de evine aynı uzaklıktaki yol ayrımına geldiklerinde aralarında bir yarışma düzenlerler. Buna göre, kim önce eve varır ve eve önce vardığını telefonla diğerine haber verirse bir şişe şampanya kazanacaktır. Bu yarışma sırasında arkadaşlardan biri kaza yapar ve çok sayıda kimsenin ölümüne sebebiyet verir. Olayda her iki fail de aynı dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Buna karşılık, faillerden biri taksirle öldürme suçundan (Al.CK § 222; TCK m. 85/2, 22/3) dolayı sorumlu tutulurken, diğeri sadece trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçundan (Al.CK § 315a, 316; TCK m. 179/2-3) dolayı sorumlu tutulur⁴⁰⁹.

Hukuki değersizlik yargısı failin kastına veya taksirine göre değil, fiilin zararlılığına veya tehlikeliliğine göre temellendirilebilir. Mağdur bakımından ele alındığında hakkın ihlalinin failin subjektif durumundan ve tasavvurlarından bağımsız olarak aynı ölçüde hissedilebilir halde olması haksızlığın objektif niteliğinin bir göstergesidir⁴¹⁰.

Diğer yandan, hukuk devleti ilkesi noktai nazarından ele alındığında da ceza hukuku objektivizmi icap ettirmektedir. Objektif olarak haricileşmiş,

⁴⁰⁶ Spendel, **DRiZ** 1978, s. 328.

⁴⁰⁷ Spendel, **ZStW** 65 (1953), s. 529.

⁴⁰⁸ Spendel, **ZStW** 65 (1953), s. 534.

⁴⁰⁹ Spendel, **ZStW** 65 (1953), s. 529.

⁴¹⁰ Spendel, **FS-Bockelmann**, s. 251; Spendel, **ZStW** 65 (1953), s. 529; Spendel, **FS-Stock**, s. 89 vd.; ayrıca bkz. Steinbach, **Problematis**, s. 45.

duyularla algılanabilir ve maddi olarak elle tutulabilir, somut olan her şey subjektif ve manevi olan hususlara nazaran ceza hukuku yargılamasında daha fazla güvenilir ve sağlam dayanak noktası sağlayacaktır. Söz gelimi, bir kişinin çalışma arkadaşını aldatıp aldatmadığı ve ona zarar verici bir malvarlığı tasarrufuna sebebiyet verip vermediği çoğunlukla çok net bir şekilde tespit edilebilir. Buna karşılık, failin ne düşündüğü veya özellikle dolandırma amacıyla hareket edip etmediği her zaman aynı kesinlikle söylenemez. Failin kastı daha ziyade objektif olgulardan dolayı olarak çıkarılabilir. Şayet failin subjektif durumu haksızlık alanına dahil edilecek olursa, hukuki değerlendirmeye bir belirsizlik faktörü dahil olur. Çünkü nerede objektif, yani harici kriterler yerine subjektif kriterler, şahsi faktörler ve psikik unsurlar dahil olursa, orada suçun belirlenmesinde ağırlık noktası objektif olandan subjektif olana doğru kaymış olur. Bu da yargılayan kişinin takdir alanının genişlemesine ve böylece keyfi karar verilmesi tehlikesinin büyümesine sebep olur⁴¹¹. Bu sebeple, cezalandırılan fiil objektif olarak belirlenmeli ve sınırları çizilmeli, neyin cezalandırıldığı, neyin cezalandırmanın asıl sebebi olduğu ve neyin olmadığı objektif olarak ortaya konulmalıdır. Bu hukuk devleti ve hukuki belirlilik ilkeleri bakımından gereklidir. Böylece fail gibi, hakim de neyin cezalandırılıp neyin cezalandırılmayacağı hususunu bilme imkanına sahip olur⁴¹².

Spendel'in hukuka uygunluk sebepleri içerisinde subjektif unsurlara yer vermemesinin, daha önce açıklanan öğretisi ve görüşlerde de olduğu gibi, haksızlık alanında subjektif unsurlara yer verilmemesinin ve objektif haksızlık anlayışının tabii bir sonucu olduğu aşîkardır. Nitekim haksızlık objektif olarak belirlendiğinde, objektif olarak var olan değersizliğin ortadan kaldırılması bakımından subjektif bir değeri de ihtiyacı olmayacaktır⁴¹³.

⁴¹¹ Spendel, **ZStW 65 (1953)**, s. 531; ayrıca bkz. Steinbach, **Problematis**, s. 46-47.

⁴¹² Spendel, **ZStW 65 (1953)**, s. 533.

⁴¹³ Cornelius Prittwitz, "Der Verteidigungswille als subjektives Merkmal der Notwehr", **Jura**, 1984, s. 74; Steinbach, **Problematis**, s. 104; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 207; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 31; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 11.

Steinbach'a göre, *Spendel*'in haksızlık alanında subjektif unsurlara yer verilmesiyle hukuki değerlendirmeye belirsizlik faktörlerinin dahil edilmiş olacağı yönündeki görüşü inandırıcı ve isabetli değildir. Zira çok defa çözülmesi oldukça zor ve karmaşık objektif olguların da muhakemeye konu edildiği bir gerçektir. *Spendel* failin subjektif ve gözle görülemeyen durumunun tespitin zorluğuna ve kesin olmayışı sebebiyle keyfiliğine işaret ederken, objektif olguların tespitin kesinliğini peşinen kabul etmektedir. Halbuki, söz gelimi muhakeme sürecinde dinlenen tanıkların objektif olgulara ilişkin beyanları da çok defa belirsiz veya tamamen hatalı olabilmektedir. Diğer yandan, kast veya amaç unsuru gibi subjektif olgular, bazı durumlarda tamamen kanıtlanabilir de olabilmektedir. Mesela, bir belge delilinin içeriğinden, daha önce konuştuğu tanıkların beyanlarından veya kendi ikrarından failin subjektif durumu kesin bir şekilde ortaya konulabilmektedir⁴¹⁴.

Düşüncemize göre *Steinbach*'ın bu eleştirileri kısmen de olsa haklıdır. Subjektif unsurların haksızlık alanından dışlanması ifade edilen belirsizliği önlemekte yetersiz kalmaktadır. Zira haksızlık alanından dışlanan bu unsurlar, kusur alanında yine hakimın karşısına çıkacaktır.

Burada *Spendel*'in görüşüne, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğuna bağlanan sonuçlar bakımından kısmen hak vermek gerektiğini düşünüyoruz. Nitekim şahsi haksızlık öğretisi kapsamında ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, subjektif unsurların gerçekleşmemesi halinde buna bağlanan elverişsiz teşebbüsten cezalandırma sonucu, temelde kast değersizliği üzerine inşa edilmektedir. Bu ise tam da *Spendel*'in ifade ettiği, suçun objektif unsurlarının yokluğunun subjektif unsurlarla ikame edilmeye çalışıldığı ikinci sübjektivizm anlayışıyla ilgilidir. Ancak, objektif unsurlardaki eksikliğin subjektif unsurlarla ikame edilmesi sorununun çözümünün, tabii ki böyle bir çözüm isteniyorsa, objektif haksızlık anlayışı benimsenmeden de

⁴¹⁴ Steinbach, **Problematic**, s. 64.

gerçekleştirilebileceğini düşündüğümüzden, objektif haksızlık yaklaşımının bir zorunluluk arz etmediği kanaatindeyiz⁴¹⁵.

2. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Somut Olaylar Üzerinden Eleştirisi

Spendel, objektif haksızlığın gerekliliğinin ve bunun tabii sonucu olarak hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gereksizliğinin yanında, subjektif unsurların gerekliliğinin kabul edilmesi halinde ortaya çıkan sonuçların uygunsuzluğunu da göstermeye çalışmıştır. Yazara göre, konuyu somut olaylarla açıklamak, ortaya çıkan sorunu görmeye yardımcı olacaktır⁴¹⁶.

İncelenecek olan üç olay⁴¹⁷ da meşru savunmayla ilgilidir. Yazar konuya ilişkin eserlerinde subjektif unsur sorununu genel olarak meşru savunma çerçevesinde ele almıştır. Buna karşılık, temelde objektif haksızlık anlayışından hareket ettiğinden, *Spendel*'in görüşlerinin diğer hukuka uygunluk sebepleri bakımından da geçerli olduğunu söylemek gerekir⁴¹⁸.

1. *Spendel*'in birinci misaline göre, kocası içki müptelası olan cebbar bir kadın F, evdeki bu sefilliği kendi yöntemiyle çözmeye karar verir. Kocasını henüz eve dönmemişken yanına bir oklava alır ve kocasına dayakla iyi bir ders vermek için beklemeye koyulur. Gece yarısı olduğunda, aydınlatması olmayan merdiven boşluğunda birinin kiralık dairelerinin kapısını açmaya çalıştığını duyar. Kapı açılır açılmaz, içeriye giren kişinin içki meclisinden dönen kocası olduğunu düşünerek öfkeyle oklavayı indirir. Yere düşen kişinin bağırmasından, gelenin kocası olmadığını, evi soymaya gelmiş hırsız E olduğunu anlar. Keza

⁴¹⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 6. Kast Değersizliğinin Haksızlığı Temellendirebilirliği Bakımından Değerlendirme başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴¹⁶ *Spendel*, **DRiZ 1978**, s. 330; *Spendel*, **LK¹¹**, § 32, kn. 139.

⁴¹⁷ *Spendel*'in müracaat ettiği aşağıdaki 1 ve 3 numaralı olayları *Staab*'ın 1953 tarihli eserinden aldığı belirtilmelidir. Bkz. *Staab*, **Elemente**, s. 40 vd.

⁴¹⁸ *Rath*, **Rechtfertigungselement**, s. 30.

daha sonra öğrendiği kadarıyla E, uzun süredir aranan ve bazı şiddet içeren suçları da işlemiş biridir⁴¹⁹.

F'nin, E'nin başına oklavayla vurması kasten yaralama suçu bakımından değerlendirilebilir. Olayda kasten yaralama suçunun tipikliğinin objektif unsurlarının gerçekleştiği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Burada belirsizliğini koruyan, F'nin fiilinin meşru savunma sebebiyle hukuka uygun olup olmayacağıdır. Zira F, kötü bir amaçla ve hukuki olmayan bir zihniyetle hareket etmiştir. Meşru savunmanın ilk koşulu olarak, hırsız E'nin mevcut ve hukuka aykırı bir saldırısı olayda vardır. Gece yarısı başkasına ait bir konuta girmek, F'nin konut dokunulmazlığını ihlal ettiği gibi, aynı zamanda F'nin mülkiyet ve zilyetlikten doğan hakları bakımından da bir tehlike oluşturur. Nitekim E, hırsızlık suçunu işlemek amacıyla, taklit anahtarla veya kilit açmaya yarayan başka bir aletle kapıyı açmış ve eve girmiş, hırsızlık suçu bakımından doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamıştır. Objektif veya subjektif teşebbüs öğretilerinden hangisi kabul edilirse edilsin, E'nin fiili hırsızlık suçuna teşebbüs olarak değerlendirilecektir. Meşru savunmanın ikinci koşulu olarak, F'nin hareketinin saldırının bertaraf edilmesi bakımından zorunluluk arz ettiği ve orantılı olduğu da rahatlıkla söylenebilir. Zira F, bir kadın olarak, E karşısında bedeni kuvvet bakımından daha zayıftır. Ayrıca F hızlı davranmalı, konut dokunulmazlığını ihlal eden ve hırsızlık suçuna teşebbüs etmiş olan E daha harekete geçmeden etkisiz hale getirilmelidir. Yardım çağırma gibi bir ihtimal, savunma bakımından yetersiz ve riskli olup işlevsel değildir⁴²⁰.

Şu halde meşru savunmanın objektif koşulları gerçekleşmiştir. Her ne kadar F'nin iradesi haksız olan bir şeye yönelmiş olsa da, tipe uygun fiili meşru savunma dolayısıyla hukuka uygun kabul edilmelidir. Bu sonuç, tarafsız ve nesnel olarak ele alındığında, hukuken de bütünüyle memnun edicidir. Zira F,

⁴¹⁹ Staab, **Elemente**, s. 43 vd.; Spendel, **DRiZ 1978**, s. 330; Spendel, **LK¹¹**, § 32, kn. 140. Olay ve değerlendirme için ayrıca bkz. Steinbach, **Problematis**, s. 109 vd., 123 vd.; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 32 vd.; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 214 vd.; Prittwitz, **Jura 1984**, s. 75 vd.

⁴²⁰ Spendel, **DRiZ 1978**, s. 330; Spendel, **LK¹¹**, § 32, kn. 140.

hukuka aykırı ve suç teşkil eden konut dokunulmazlığını ve mülkiyet ve zilyetlikten doğan haklarını ihlal edici saldırıya karşı gerekli şekilde kendisini savunmuştur. Yardım sever talihi, içki müptelası kocasıyla zaten yeteri kadar cezalandırılmış olan F'nin aile sorunlarını haksız bir yol izleyerek çözmesini ve cezalandırılmasını da engellemiştir. Hırsız E ise, işlediği ve işlemekte olduğu suçların faili olarak sonunda yakalanmıştır ve en azından bir sonraki sefere kadar toplum bakımından tehlikeli olamayacaktır. Son olarak, karısına sürekli eziyet eden ve ona nazaran daha ahlaksız olan, F'nin ayyaş kocası hukuken haksız bir hizaya getirme fiilinin mağduru olmaktan da kurtulmuştur. Kendisi haklı olmadığı halde haklı konuma gelme ve karısını kendi kusuru sebebiyle haksız duruma düşürme imkanına da erişememiştir. Şu halde, hukuk düzeni her üç kişi bakımından da kelimenin tam anlamıyla tatmin edici olan bu durumu sadece onaylayabilir⁴²¹.

Objektif olarak hukuka uygun olan savunma hareketine ek olarak, subjektif olarak da buna uygun bir savunma iradesinin varlığını arayan görüşe göre ise sonuç farklı olacaktır. Burada aranan subjektif unsurun içeriğinin ne olduğu hususundaki tartışma önemli değildir. Zira burada içeriği ne olarak belirlenirse belirlensin, aranan şey pozitif (müspet) olarak değerli olanı istemedir. Yani ahlaken ve hukuken tasvip ve arzu edilen ve gayrı ahlaki olanın karşısında bulunan (savunma) irade(si)dir. Subjektif unsurun varlığını gerekli gören öğretiyeye göre, F'nin fiili hukuka aykırıdır. Çünkü söz konusu fiile eşlik etmesi gereken hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsuru eksiktir. Olayda şahısta hata durumu söz konusu olduğundan ve şahısta hatanın ise kast üzerinde bir etkisi bulunmadığından F'nin kasten hareket ettiğinde bir tereddüt yoktur. Keza olayda herhangi bir mazeret sebebinin de bulunmaması dolayısıyla kusurun varlığı da kabul edilecektir. Sonuç olarak F, bu görüşe göre, objektif olarak mevcut olan meşru savunma durumunun varlığına rağmen, tamamlanmış

⁴²¹ Spindel, **DRiZ 1978**, s. 330; Spindel, **LK¹¹**, § 32, kn. 140.

kasten yaralama suçundan sorumlu tutulacaktır. Bu ise, adalet duygusunu tatmin edici olmayan bir sonuçtur⁴²².

Spendel'e göre, bu sonuç o kadar tatmin edici değildir ki, hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsurun gerekliliğini arayan subjektivistlerin bazıları, savunma iradesini sadece hareketin değersizliğinin ortadan kaldırılması bakımından gerekli görmekte, neticenin değersizliğinin ise hukuka uygunluk sebebinin objektif koşullarının varlığı sebebiyle ortadan kalktığını iddia etmektedir. Fail subjektif olarak tipik haksızlığı gerçekleştirdiğine ve hukuk düzenini ihlal ettiğine inanmakta, fakat objektif olarak böyle bir ihlal gerçekleşmemektedir. Böylece, failin tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılmasını savunan görüşün aksine, elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiği sonucuna varılmaktadır⁴²³.

Yazara göre, hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsuru olarak zikredilen unsurların gerçekleşmemesine bağlanan hukuki sonucun ne olacağı

⁴²² Spendel, **DRiZ 1978**, s. 330-331.

⁴²³ Spendel, **DRiZ 1978**, s. 331. Yazar ayrıca, elverişsiz teşebbüs yoluyla cezalandırmanın failin kötü iradesinin cezalandırılmasından başka bir anlama gelmediğini ifade etmektedir (Spendel, **LK¹¹**, § 32, kn. 140). Bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 5. Kast Değersizliğinin Cezalandırılabilirliği Bakımından Değerlendirme başlığı altında yapılan açıklamalar. Bir görüşe göre, söz konusu olayda F kocasını yaralamak istemekte ancak kocası yerine saldırgan E'yi yaralamaktadır. Koca olay yerinde olmadığından, F'nin fiili kocasına karşı elverişsiz teşebbüs olarak değerlendirilir (Prittowitz, **Jura 1984**, s. 76-77; ayrıca bkz. ve krş. Georg Freund/Frauke Rostalski, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Springer, Berlin, 2019, § 3, kn. 17 vd.; Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Aufl., Franz Vahlen, München, 2011, § 9, kn. 154). Belirtmek gerekir ki, böyle bir çözüm ancak şahısta hataya değer atfedilmesi halinde mümkün olabilir. Zira şahısta hataya önem atfedilmesi, somut olayda suçun konusunun var olup olmadığının tespitinde konunun kimliğinin de nazara alınması anlamına gelir. Bu da fiilin yöneldiği kişinin kastedilen şahıs olmaması halinde somut olayda suçun konusunun bulunmadığı sonucuna götürecektir. Suçun konusunun yokluğu ise elverişsiz teşebbüse vücut verir. Bu ihtimalde, F kocasına karşı kasten yaralama suçuna elverişsiz teşebbüs halinde iken, E'ye karşı ise taksirle yaralama suçunun tipikliğini gerçekleştirmiş olur. Elverişsiz teşebbüsün cezalandırıldığı bir hukuk düzeninde F'nin fiili mevcut ve haksız bir saldırı halinde olmayan kocasına karşı hukuka aykırı olacakken, saldırgan E'ye karşı hukuka uygun olacaktır. Şahısta hataya önem atfedilmemesi halinde ise somut olayda suçun konusunun var olup olmadığı konunun kimliği nazara alınmaksızın tespit edilecektir. Buna göre, gerçekte kocasını yaralamak isteyen F'nin içeriye giren kişinin kocası olduğunu düşünerek E'yi yaralaması olayında suçun konusu, kimliği önemli olmaksızın, içeriye giren kişinin vücududur. Bu ihtimalde, somut olayda suçun konusunun var olması sebebiyle, E'ye karşı kasten yaralama suçunun tipikliğinin tamamlandığı, kocaya karşı ise herhangi bir suçun vaki olmadığı sonucuna ulaşılır. E'ye karşı gerçekleştirilen fiilin hukuka aykırı olup olmadığı konusunda çalışmamızın genelindeki görüşler geçerlidir.

hakkında görüş birliği bulunmaması, bir görüşe göre failin tamamlanmış suçtan, diğer bir görüşe göre ise elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırılması ve subjektif unsurun eksikliğine bağlanan sonuçlara ilişkin görüşlerin bu denli çeşitli olması da subjektif unsurun gerekliliğinin ne kadar şüpheli olduğunu kanıtlamaktadır⁴²⁴. Henüz gerçekleşmemesinin sonuçları üzerinde dahi birlik sağlanamayan bir unsurun gerekliliğinin temellendirilmesi üzerinde fikir birliğine varılabilmesi de pek mümkün değildir. Halbuki objektivist bir değerlendirmeye failin fiilinin hukuka uygun olduğu sonucuna varılmasıyla, bir oraya bir buraya savrulan ve sürekli birbirleriyle çatışan fikirlerin ortaya çıkardığı sorunlar ve subjektif unsurları izah çabası çerçevesinde ortaya konulan sun'i yapılar tek hamlede ortadan kalkmış olacaktır⁴²⁵.

Spendel'in bu somut olay çerçevesinde ileri sürdüğü argümanlar üç noktada toplanmaktadır. Bunlardan ilki, F'nin içki müptelası kocası dolayısıyla zaten cezalandırılmış olduğudur. İkincisi, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif kabul edilmesi ve F'nin cezalandırılmaması tatmin edici bir sonuçtur. Üçüncüsü ise subjektif unsurun gerekliliğini arayan görüşler içerisinde, bunun gerçekleşmemesine bağlanan sonuçların ne olacağı hususunda birlik bulunmamasıdır.

İlk olarak, yazarın bu görüşü, ciddi bir tartışmada yeri olmayan bir argüman olarak eleştirilmiştir. Keza kadının kocası tarafından haksızlığa uğratılmasının, F'nin hırsız E'ye karşı gerçekleştirdiği fiile devletin ceza verme yetkisi üzerinde neden ve nasıl hukuka uygunluk etkisi doğuracak şekilde bir etkide bulunduğu açıklanmış değildir⁴²⁶. Gerçekten de F'nin içki müptelası kocası dolayısıyla zaten cezalandırılmış olmasının, somut olayda F'nin ceza sorumluluğuyla bir ilgisinin ve fiilin hukuka aykırılığı üzerinde etkisinin bulunmadığı söylenmelidir. Bu husus ancak koca tarafından evlilik birliği içerisinde gerçekleşen bir haksız fiil olarak haksız tahrik çerçevesinde ve ancak

⁴²⁴ Spendel, **FS-Bockelmann**, s. 249; Spendel, **LK¹¹**, § 32, kn. 138.

⁴²⁵ Spendel, **DRiZ 1978**, s. 331.

⁴²⁶ Steinbach, **Problematic**, s. 123.

fiilen kocaya karşı işlenen bir suç bakımından değerlendirilebilir (TCK m. 29)⁴²⁷. Bizce burada *Spendel*'in argümanı duygusal olmanın ötesine gitmemektedir⁴²⁸.

İkinci olarak, koca bakımından ortaya çıkan, onun haksız bir fiilin mağduru olmaktan kurtulması ve haksız olduğu halde F karşısında haklı konuma gelmesinin engellenmesi gibi bir sonucun, yine F'nin ceza sorumluluğuyla bir ilişkisi bulunmamaktadır. *Spendel* tarafından da böyle bir ilişki hukuki bir gerekçelendirmeyle kurulmuş değildir. Burada dikkate alınması gereken husus E'ye karşı gerçekleştirilen fiilin değeri olabilir. Bu ise E'nin hırsız olması dolayısıyla şahsından kaynaklanan bir husus değil, ancak E tarafından gerçekleştirilen haksız fiilin bertaraf edilmesi ve bir haksızlık yolunun kapatılmış olması bakımından bir değer ifade etmektedir⁴²⁹. Ancak bu değer zaten en azından subjektif unsurun gerçekleşmemesi halinde failin elverişsiz teşebbüs dolayısıyla cezalandırılması gerektiği görüşü tarafından da dikkate alınmaktadır. Söz konusu argüman subjektif unsurun gerekliliğine ilişkin olarak ne subjektif unsurları reddedenlerin ne de kabul edenlerin argümanlarının özüne ilişkin bir şey söylemektedir. Diğer bir anlatımla, söz konusu argüman tipik bir haksızlığı gerçekleştirmeye yönelmiş bir iradenin faaliyetinin cezalandırılabilirliğine veya hukuka uygunluk sebeplerinin yapısına ilişkin bir şey söylememektedir.

Üçüncü olarak, subjektif unsurların yokluğuna bağlanan sonuçların birlik arz etmemesinin, onun gerekliliğini de şüpheli hale getireceği yönündeki eleştirinin kabulü mümkün değildir. Ceza hukukunda çok sayıdaki hukuki sorunun çözümünde ihtilaf bulunmaktadır. Ancak burada takip edilecek olan yol, ihtilaflı alanların toptan reddedilmesi değil ihtilaflar çerçevesinde ortaya konulan görüşlerin doğruluğunun tek tek sınanarak, isabetli bulunmayanların

⁴²⁷ Alman Ceza Kanununda genel hükümler içerisinde genel bir haksız tahrik hükmüne yer verilmemiş, haksız tahrik kasten öldürme suçunun hafif hali olarak düzenlenmiştir (§ 213).

⁴²⁸ Eleştiriler ayrıca bkz. Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 32; Rinck, *Deliktsaufbau*, s. 214.

⁴²⁹ Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 33; Salimi, *Rechtfertigungselement*, s. 12.

reddedilmesi ve isabetli bulunanın kabul edilmesiyle bir sonuca ulaşılmasıdır. Aksi halde sonuçlarında ihtilaf bulunan bütün görüşlerin baştan reddedilmesi gerekir⁴³⁰. Kaldı ki *Spendel*'in bu eleştirisi, kendi görüşünün doğruluğunu da temellendirmemektedir. Yine *Spendel*'in hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının reddedilmesiyle, ortaya çıkan sorunların tek hamlede çözüldüğü yönündeki görüşüne de geçerlilik tanınamaz. Zira ceza hukukunda basit çözümlerin kabul edilmesi yönünde bir ilke mevcut değildir. Özellikle çok katmanlı sorunların çözümünde farklılıkların ve zorlukların ortaya çıkması tabiidir⁴³¹.

2. *Spendel*'e göre, hukuka uygunluk sebeplerine subjektif unsurların dahil edilmesinden kaynaklanan sorunlar, üçüncü kişi lehine meşru savunma halinde daha da büyümektedir. Yazar bu sorunları şöyle bir misalle izah etmektedir.

Ruhsatsız bir şekilde avlanan B ormandaki boşluk alanda yakaladıkları bir aracının içini temizlerken, B'nin suç ortağı A da yakın bir mesafede ateş etmeye hazır haldeki silahıyla nöbet tutmaktadır. Her iki avcı da kendilerini yakalamak isteyen olursa onu vurmak üzere anlaşılmışlardır. Ormancı F, tahmin edilenden başka bir yönden aniden çıka gelir ve işinde oldukça usta olan avcı B'nin önünde belirir. B hemen silahına uzanır ve F'ye nişan alır. Aynı şekilde suç ortağı A da derhal silahına davranır ve o da F'ye nişan alarak çok kısa bir süre içinde atışını gerçekleştirir. Ancak F'ye isabet ettiremez. Onun yerine ortağı B'yi ölümcül şekilde yaralar ve B ölür. F ise hemen sonra A'yı etkisiz hale getirir⁴³².

A'nın B'ye karşı gerçekleştirdiği fiil tamamlanmış öldürme suçu bakımından değerlendirilmelidir. Burada öldürme suçu bakımından tipikliğin

⁴³⁰ Rinck, *Deliktsaufbau*, s. 211; Salimi, *Rechtfertigungselement*, s. 11-12.

⁴³¹ Steinbach, *Problematik*, s. 120.

⁴³² Spendel, *FS-Bockelmann*, s. 252; Spendel, *DRiZ 1978*, s. 331; Spendel, *LK¹¹*, § 32, kn. 141. Olay ve değerlendirme için ayrıca bkz. Steinbach, *Problematik*, s. 106 vd., 121 vd.; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 38 vd.; Prittwitz, *Jura 1984*, s. 78; Rinck, *Deliktsaufbau*, s. 215 vd.

objektif unsurlarının gerçekleştiği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Asıl sorun A'nın F lehine gerçekleştirdiği meşru savunma hareketinin hukuka uygun olup olmadığıdır⁴³³.

B, ateşlemeye hazır haldeki silahını kapıp ormancı F'ye doğrultarak, F'nin hayatını tehlikeye düşürmüş ve kasten öldürme suçu bakımından doğrudan doğruya icraya başlayarak teşebbüs aşamasına geçmiştir. Burada B'nin fiili F'nin hayatına karşı mevcut ve haksız bir saldırıdır. Bu saldırı karşısında A'nın fiili, ormancı bakımından en yakın ve zorunlu savunma aracıdır. Zira kendisine karşı iki silah doğrultulmuş F, A ve B'den önce davranmadığında başkaca bir savunma imkanı da bulunmamaktadır. Ancak kaderin bir talihidir ki, meşru savunma halinde kurtarıcı rolünü, istemeyerek de olsa, A üstlenmiş ve kötü bir şey yapmak isterken iyi bir şey yapmıştır. Hayati bir tehlikeden beklenmedik şekilde kurtulmuş görünen F ve hukuk toplumu, ortaya çıkan sonuçtan sadece memnuniyet duyabilir. A'nın iç istemesi (*das innere Wollen*) ahlaken lanetlenmeliyse de, bu istemenin dış dünyadaki neticesi hukuken oldukça kabul edilebilir bir neticedir. A'nın fiili savunma bakımından orantılı ve zorunludur. Sonuç olarak B'nin A tarafından öldürülmesi, üçüncü kişi lehine meşru savunma dolayısıyla hukuka uygun kabul edilmelidir⁴³⁴.

Buna karşılık, hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsurların gerekliliğini savunan görüşe göre, meşru savunmada savunma iradesinin eksikliği sebebiyle, A'nın fiilinin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılır. Ancak *Spendel*'e göre bu görüşün oldukça garip sonuçları vardır⁴³⁵.

Olayda A, F'yi vurmak isterken, yanlışlıkla B'yi vurmuştur. Yani olayda hedefte sapma hali (*aberratio ictus*) vardır. Azınlıkta olan bir görüşe

⁴³³ Spendel, **FS-Bockelmann**, s. 253; Spendel, **DRiZ 1978**, s. 331.

⁴³⁴ Spendel, **FS-Bockelmann**, s. 253-254; Spendel, **DRiZ 1978**, s. 331; Spendel, **LK¹¹**, § 32, kn. 141.

⁴³⁵ Spendel, **DRiZ 1978**, s. 331.

göre⁴³⁶ (eşdeğerlik teorisi/*Gleichwertigkeitstheorie*), A hukuka aykırı olarak bir insanı öldürmeyi istediğinden ve fiilen de bir insanı öldürmüş olduğundan, A'nın suç ortağı B'ye karşı da kasten hareket ettiği kabul edilmektedir. A bir suçu gizlemek amacıyla hareket ettiğinden, nitelikli kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırılmalıdır⁴³⁷. Spendel tarafından da daha isabetli görülen baskın görüşe göre⁴³⁸ (somutlaştırma teorisi/*Konkretisierungstheorie*), tasavvur edilen ile gerçekleşen illi seri arasındaki uyumsuzluk önemlidir ve dikkate alınmalıdır. Bu görüşe göre, A'nın fiili F'ye karşı kasten öldürme suçu, B'ye karşı ise taksirle öldürme suçu bakımından incelenmelidir⁴³⁹.

Ancak, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini kabul eden yazarlar içerisinde çoğunluk görüş, taksirli suçlarda hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının aranmayacağını kabul etmekte, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif koşullarının gerçekleşmesini fiilin hukuka uygunluğu için yeterli görmektedir⁴⁴⁰. Bu görüşe göre, A'nın B'ye karşı gerçekleştirdiği öldürme fiili, üçüncü kişi lehine meşru savunma dolayısıyla, hukuka uygun olmaktadır. Ancak bu durumda haksızlığın belirlenmesi, hedefte sapma halinde failin tasavvur ya da hata sorununa bağlanmış olmaktadır. Bu ise doğru değildir. Kaldı ki böyle bir durumda, iyi bir gerekçeyle A'nın B'nin ölümü bakımından kasten (en azından olası kastla)

⁴³⁶ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Beling, **Verbrechen**, s. 325; M. E. Mayer, **Lehrbuch**², s. 331; von Liszt/Schmidt, **Lehrbuch**²⁶, s. 270; Sauer, **Strafrechtslehre**³, s. 168-169; Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 73; Lothar Kuhlen, **Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum**, 1. Aufl., Peter Lang, Frankfurt am Main Bern New York Paris, 1987, s. 480; Ingeborg Puppe, **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2016, § 10, kn. 41.

⁴³⁷ Yazar burada teşebbüsten dolayı cezalandırma görüşünü bilinçli olarak bir kenara bıraktığını ifade etmektedir.

⁴³⁸ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Prittwitz, **Jura 1984**, s. 77; Jakobs, **AT**², 8. Ab., kn. 80; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 313; Roxin, **AT/I**⁴, § 12, kn. 154; Stratenwerth/Kuhlen, **AT**⁶, § 8, kn. 95; Helmut Frister, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Aufl., C.H. Beck, München, 2015, Kap. 11, kn. 60; Öztürk/Erdem, **Uygulamalı**, kn. 830 vd.

⁴³⁹ Spendel, **FS-Bockelmann**, s. 255; Spendel, **DRiZ 1978**, s. 331; Prittwitz, **Jura 1984**, s. 77, dn 29; Steinbach, **Problematik**, s. 106-107.

⁴⁴⁰ Bu görüşler için bkz. İkinci Bölüm, I, B, 3. Hukuka uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi ve Üçüncü Bölüm, II, C, 7. Taksirli Suçlarda Subjektif Unsurların Gerekliliği Bakımından Değerlendirme başlığı altında yapılan açıklamalar.

hareket ettiği sonucuna varmak da mümkündür, ki bu halde aynı görüŖe göre fiil hukuka aykırı olmuŖ olacaktır. Hukuka aykırılık veya hukuka uygunluk failin tasavvuruna göre belirlenmek yerine, üçüncü kiŖi lehine meŖru savunmanın objektif koŖularının varlığı sebebiyle A'nın fiili hukuka uygun kabul edilmeli, failin kötü iradesi, yani olayda A'nın saldırı ve öldürme kastı ahlaki bir sorun olarak ayrıca deđerlendirilmelidir⁴⁴¹.

Ayrıca, *Spendel*'e göre, hukuk için, kötü bir amaç takip edilirken iyi bir neticeye sebep olunması, iyi bir amaç takip ederken kötü bir neticeye sebep olunmasına göre, daha değerli ve memnun edicidir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi Ŗartlarında hata halinde, mesela, failin gerçekte olmayan bir saldırıyı var sanarak savunma iradesiyle karŖısındaki kiŖiye saldırması halinde, kastının veya kusurunun bulunmaması sebebiyle cezalandırılmayacağı sonucuna varılmaktadır. Ancak tam tersi ihtimalde, yani gerçekte bir saldırı var olmasına rağmen failin bunu bilmemesi durumunda failin tamamlanmıŖ suçtan veya (elveriŖsiz) teŖebbüs aŖamasında kalmıŖ suçtan dolayı cezalandırılacağı sonucuna ulaŖılmaktadır. Halbuki, birinci ihtimalde fail objektif olarak bir haksızlık gerçekteŖirmiŖtir. İkinci ihtimalde ise objektif olarak bir haksızlık söz konusu olmamasına rağmen, failin sırf kötü bir iradeyle hareket etmesi dolayısıyla, objektif olarak bir haksızlığın gerçekteŖtirildiđi duruma göre daha ağır sonuçlar doğurması bir çeliŖki olarak ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden, hukuk, hayatı tehdit altındaki F'nin kurtarılmasını sadece tasvip etmelidir⁴⁴².

Suç iŖleme kararı farklı bir açıdan hesaba katıldığında, A'nın fiili, ormancı F'ye karŖı öldürmeye teŖebbüs niteliğindedir⁴⁴³. Tatmin edici ve adil olan çözüm, F'yi öldürmeye teŖebbüs etmiŖ olması sebebiyle, A'nın öldürmeye teŖebbüsten dolayı cezalandırılması, B'ye karŖı gerçekteŖtirdiđi fiil dolayısıyla

⁴⁴¹ Spendel, **FS-Bockelmann**, s. 256-257; Spendel, **DRiZ 1978**, s. 331-332; Spendel, **LK¹¹**, Ŗ 32, kn. 141.

⁴⁴² Spendel, **FS-Bockelmann**, s. 257-258; Spendel, **LK¹¹**, Ŗ 32, kn. 141.

⁴⁴³ Spendel, **DRiZ 1978**, s. 332.

ise, failin zihniyeti ahlaken tasvip edilmese de, kurtarma hareketinin hukuka uygun kabul edilerek cezasızlıkla ödüllendirilmesidir⁴⁴⁴.

Yazara göre, bu çözümde ortaya çıkan tek sorun, A'nın fiilinin F'ye karşı hukuka aykırı kabul edilirken, B'ye karşı hukuka uygun kabul edilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Yazara göre, bir fiil pekala farklı iki konu ve netice bakımından hukuken farklı şekillerde değerlendirilebilir. Olayda A'nın B'ye karşı gerçekleştirdiği fiilin hukuka uygun olarak kabul edilmesi, F'ye karşı da hukuka uygun olduğu sonucuna götürmez. Çünkü meşru savunma ancak saldırgana karşı gerçekleştirilen fiiller bakımından hukuka uygunluk etkisi doğurabilir⁴⁴⁵.

Spendel'in bu olay çerçevesinde ileri sürdüğü eleştiriler iki ana grupta toplanmaktadır. Bunlardan ilki, subjektif unsurların gerekliliği kabul edildiğinde fiilin hukuka aykırı olup olmadığı, hedefte sapma halinde benimsenecek görüşe göre ve failin tasavvuruna ve hatasına göre değişmektedir. İkincisi, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında düz hata halinde objektif bir haksızlık söz konusu olmasına rağmen, objektif bir haksızlığın söz konusu olmadığı tersine hata haline, düz hataya göre daha ağır sonuçlar bağlanmaktadır.

İlk olarak, *Spendel*'in birinci argümanına yöneltilen eleştiri, yazarın olaya hedefte sapma gibi çok farklı bir sorunu dahil etmesi ve hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları sorununu örtbas etmesidir. Halbuki öncelikle olaydaki hedefte sapma sorunu, subjektif unsur sorunundan ayrılarak çözülmeli ve A'nın B'ye karşı kasten öldürme suçunu mu yoksa taksirle öldürme suçunu mu işlediği sonucuna göre, subjektif unsurun eksikliğine bağlanacak sonuçlar tartışılmalıdır. Kasıtlı suçlar ile taksirli suçların mahiyetlerinin, haksızlık yapılarının farklılığı ve taksirli suçlara teşebbüsün mümkün olmaması

⁴⁴⁴ Spendel, **DRiZ 1978**, s. 332; Spendel, **LK¹¹**, § 32, kn. 141.

⁴⁴⁵ Spendel, **FS-Bockelmann**, s. 258-259; Spendel, **DRiZ 1978**, s. 332. Yazar, B ve F'nin birbirlerine yakın olması dolayısıyla F lehine gerçekleştirilecek kurtarma fiilinin kaçınılmaz olarak F bakımından da tehlike oluşturacak olmasını bu kurala bir istisna olabileceğini ifade etse de (Spendel, **DRiZ 1978**, s. 332, dn. 51), düşüncemize göre, böyle bir ihtimalde ancak zorunluluk hali bakımından bir değerlendirme yapılabilir.

dolayısıyla, subjektif unsurun gerekliliğini savunan görüşlerin, suçun taksirli veya kasıtlı olmasına göre farklı sonuçlara ulaşması tabiidir⁴⁴⁶. Ayrıca, hedefte sapma halinde, gerçekleşen netice bakımından taksirli sorumluluğu kabul eden yazarların büyük çoğunluğunun aynı zamanda taksirli suçlarda hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarını gerekli görmemesi göz önüne alındığında, olayın çözümünde ulaşacakları sonuç *Spendel*'inkinden farklı değildir⁴⁴⁷.

İkinci olarak, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında tersine hataya bağlanan sonuçların, düz hataya bağlanan sonuçlara göre daha ağır olması, esas itibarıyla kanun koyucunun tercihiine göre değişiklik göstermektedir. *Spendel* tarafından eleştirilen bu çelişkinin Alman kanun koyucusunun tercihi olduğu ifade edilmiştir. Nitekim Alman ceza hukuku literatüründe, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında düz hata ya kastı kaldıran hata olarak (Al.CK § 16 doğrudan veya kıyasen) veya kusuru etkileyen hata olarak (Al.CK § 17) değerlendirilmektedir. Halbuki tersine hata durumunda, *Spendel*'in objektif haksızlığın bulunmadığı görüşüne göre değerlendirilirse, uygulanacak hüküm elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğine ilişkin düzenlemedir (Al.CK § 22, 23/3). Kanunun düzenlemeleri bu noktada bağlayıcıdır. Subjektif haksızlığın, objektif haksızlık karşısında daha ağır görülmesi, ilkinde kanunun hukuka karşı sadakatsiz zihniyeti cezalandırmaya layık görmesi, ikincisinde kusur ilkesinin cezalandırmaya engel teşkil etmesi sebebiyledir⁴⁴⁸. Bu açıdan, Alman Ceza Kanunu bakımından ele alındığında *Spendel*'in eleştirileri isabetli değildir⁴⁴⁹. Buna karşılık, Türk Ceza Kanunu bakımından değerlendirildiğinde *Spendel*'in

⁴⁴⁶ Steinbach, **Problematik**, s. 121-122; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 216; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 12.

⁴⁴⁷ Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 217-218; Prittwitz, **Jura 1984**, s. 78; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 38.

⁴⁴⁸ Steinbach, **Problematik**, s. 122-123.

⁴⁴⁹ Ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 43-44.

görüşlerine hak vermek gerekir. Zira TCK'da hukuka karşı sadakatsiz zihniyeti cezalandıran bir hüküm bulunmamaktadır⁴⁵⁰.

3. *Spendel*'e göre, hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsurların gerekliliğini savunan görüşün şüpheli ve isabetsiz olduğu, dar anlamda meşru savunma ile üçüncü kişi lehine meşru savunmanın bir arada söz konusu olduğu olaylarda daha da belirgin hale gelmektedir⁴⁵¹.

A ve B, güçlerini test etmek isteyen ve her kavga başlatma fırsatını değerlendiren iki belalı kardeştir. Bir gün A, kardeşi B'nin, tanımadığı bir kişiyle şiddetli bir kavgaya tutuşmuş olduğunu görür. Kardeşinin yine biriyle bir münakaşa başlattığını düşünür. Konuyu araştırmadan kavgaya atılır ve kardeşi B'yle birlikte, kendilerinden daha güçlü olan X'i yumruklayıp yere serer. Ancak daha sonra kardeşiyle konuştuğunda, B'nin istisnai bir şekilde saldırgan olmadığını, aksine aslında bir suçlu olan X tarafından saldırıya uğradığını anlar⁴⁵².

Olayda, her iki kardeş de yumruklarıyla X'e karşı aynı objektif tipikliği, yani yaralama suçunun tipikliğini gerçekleştirmektedir. Ele alınacak sorun, bu iki kardeşin fiillerinin hukuka aykırılık bakımından aynı şekilde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. B'nin meşru savunma halinden yararlanacağı hususunda bir tereddüt yoktur. Fakat hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini kabul eden görüş bakımından A meşru savunmadan yararlanamaz. Zira A, kardeşiyle katıldığı kavgalara, kardeşi B saldırgan da olsa katılmaktadır. Olayda da kardeşi B'nin birine saldırdığını düşünmüş ve kavgaya atılmıştır. Ancak tasavvuru bu defa hatalıdır. Gerçekte saldırıya uğrayan

⁴⁵⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm, C, 3. Elverişli Teşebbüsten Cezalandırma Görüşünün Eleştirisi başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴⁵¹ Spendel, **DRiZ 1978**, s. 332; Spendel, **LK¹¹**, § 32, kn. 143.

⁴⁵² Staab, **Elemente**, s. 40, 44-45; Spendel, **DRiZ 1978**, s. 332. Olay ve değerlendirme için ayrıca bkz. Steinbach, **Problematik**, s. 110 vd., 124 vd.; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 40; Prittwitz, **Jura 1984**, s.78 vd.; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 218 vd.

kardeşine objektif olarak yardım etmiş olduğu halde, tasavvurunda saldırgan olarak düşündüğü kardeşini desteklemek istemiştir⁴⁵³.

Spendel'e göre, subjektif unsurların gerekliliğini kabul eden görüş, bunun bu tür olaylarda asıl saldırgan bakımından ne gibi sonuçları olduğunu göz ardı etmektedir. X'in B'ye vurma fiilinin hukuka aykırı olduğu ve haksız bir saldırı teşkil ettiği konusunda bir tereddüt yoktur. Fakat, X'in fiilinin, saldırgan olarak hareket ettiğini düşünen A'ya karşı nasıl nitelendirileceği cevaplanması gereken ayrı bir sorudur. Subjektif unsurun gerekliliğinden hareket edildiğinde, A, X'e karşı hukuka aykırı olarak vurmuş olacaktır. Bu durumda, X, A'ya karşı meşru savunmada bulunabilecektir⁴⁵⁴. Keza saldırgan X de A'nın hangi tasavvur ve amaçla hareket ettiğini anlayamayabilir. A kardeşini savunma iradesiyle hareket ettiğinde fiili hukuka uygun, saldırı iradesiyle hareket ettiğinde ise fiili hukuka aykırı olacaktır. A'nın ne amaçla hareket ettiğini bilemeyecek olan X'in kendini savunma konusunda karar vermesi mümkün olmayacaktır. Doğru olan, hukuka aykırılık sorununun objektif olarak değerlendirilmesi ve A'nın fiilinin, B lehine meşru savunma dolayısıyla hukuka uygun kabul edilmesidir. Bu hukuki bir değerlendirme olup, A'nın iç tasavvuru ve kavgacı zihniyeti ve bunun sonucu olan yaralama kastı ahlaken nahoş olmaya devam edecektir⁴⁵⁵.

Eğer hem saldırgan X'in fiili hem de savunma iradesinin eksikliği sebebiyle objektif olarak kardeşi lehine savunma hareketi gerçekleştiren A'nın fiili hukuka aykırı görülecek olursa, bu durumda da haksızlığa karşı haksızlık gibi garip bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu sorunun aşılması da hukuka uygunluk sebeplerinin objektif olarak belirlenmesiyle mümkün olmaktadır⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Spendel, **DRiZ 1978**, s. 332.

⁴⁵⁴ *Staab*, subjektif unsurların gerekliliğinin kabul edilmesinin ilk saldırganın meşru savunmadan yararlanması sonucunu doğuracağını, halbuki hukukun görevinin hukuku ihlal edenleri korumak olmadığını ifade etmektedir (*Staab*, **Elemente**, s. 45).

⁴⁵⁵ Spendel, **DRiZ 1978**, s. 332; Spendel, **LK¹¹**, § 32, kn. 143-144.

⁴⁵⁶ Spendel, **DRiZ 1978**, s. 332, dn. 53; 333.

Sonuç olarak yazara göre, meşru savunmanın objektif koşullarının gerçekleşmesi halinde, failin savunma iradesiyle veya savunma bilinciyle hareket etmemesi halinde de, tipik fiil hukuka uygun olacaktır⁴⁵⁷.

Spendel'in bu olay çerçevesinde ileri sürdüğü eleştirisi, şayet subjektif unsurun eksikliği sebebiyle failin fiili haksız olarak nitelendirilecekse, bu durumda buna karşı meşru savunmada bulunulabilecek olmasıdır.

İlk olarak, *Spendel*'in bu konudaki eleştirisinin kısmen haklı olduğunu ifade etmek gerekir. Bir kimseye karşı haksız bir saldırıda bulunan kişinin (asıl saldırgan), kendisine saldırılanın (fail) saldırının varlığını bilmemesi sebebiyle, meşru savunmada bulunma ve fiilinin hukuka uygun hale gelmesi imkanını kazanması (karşı meşru savunma), hukuka uygunluk sebeplerinin genel mantığı açısından isabetli bir sonuç olmayacağı gibi, kabul edilebilir de değildir. Ancak bu eleştirinin, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarını gerekli gören bütün görüşler bakımından haklı ve geçerli olmadığı söylenmelidir. Zira subjektif unsurun gerekliliğini kabul eden her görüş açısından karşı meşru savunmada bulunma imkanı doğmaz. Özellikle subjektif unsurun gerçekleşmemesine elverişsiz teşebbüs sonucunu bağlayan görüşler bakımından, failin fiilinin elverişsizliği, asıl saldırganın hukuki değeri üzerinde hukuken bir tehlike dahi oluşturmaması (geniş anlamda netice haksızlığının/olgu haksızlığının bulunmaması) ve bu itibarla da, karşı meşru savunma hareketinin meşru savunmanın zorunluluk (veya daha doğrusu gereklilik) koşulunun mevcut olmaması sebebiyle, asıl saldırının bilgisini haiz olmayan faile karşı meşru savunmadan yararlanılamaz⁴⁵⁸. Ancak subjektif unsurun eksikliğine, failin

⁴⁵⁷ Spendel, **LK**¹¹, § 32, kn. 138, 144.

⁴⁵⁸ Prittwitz, **Jura** 1984, s. 78-79, 76; Walter Perron, “§ 32”, **S/S**, 29. Aufl., C.H. Beck, München, 2014, kn. 12, 19/20; Frisch, **FS-Lackner**, s. 144; Volker Erb, “§ 32”, **MüKo**, Band 1, 3. Aufl., C.H. Beck, München, 2017, kn. 64; Thomas Rönau/Kristian Hohn, “§ 32”, **LK**, Band 2, 12. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 2006, kn. 95; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 34, 40; Gerd Geilen, “Notwehr und Notwehrexzeß”, **Jura**, 1981, s. 256; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 219. *Graul*'a göre ise hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı, failin bu unsurların varlığını bilip bilmediğinden bağımsız olarak, faile müdahale hakkı verir ve hukuki değerine müdahale edilen kişiye, yani asıl saldırganı ise müdahaleye katlanma yükümlülüğü yükler. Bu sebeple, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde failin fiili, her ne kadar hareketin değersizliği sebebiyle hukuka aykırı ve haksız ise de, meşru savunma anlamında

tamamlanmış suçtan veya bizce mümkün olmayan bir değerlendirme olarak, elverişli teşebbüsten dolayı cezalandırmayı kabul eden görüşler bakımından *Spendel*'in eleştirilerine hak vermek gerekir⁴⁵⁹. Keza meşru savunmanın hukuki esasını, kişinin kendi hukuki değerlerini korumada değil de hukuk düzeninin savunulmasında gören görüşler bakımından da karşı meşru savunma mümkün olacaktır. Zira fail, hukuka uygunluk sebebinin objektif koşullarını bilmemesi sebebiyle hukuk düzeninin geçerliliğini tanımaz bir şekilde hareket etmektedir. Bu durumda ona karşı gerçekleştirilen meşru savunma hareketi, hukuk düzeninin geçerliliğinin sağlanması bakımından gerekli olacaktır. Ancak bu görüşte olanların da genel itibarıyla zaten tamamlanmış suç görüşünü benimsedikleri söylenmelidir. Şu halde, elverişsiz teşebbüs çözümü kabul edildiğinde, X, A'ya karşı meşru savunmada bulunamayacak olmakla birlikte, A'nın fiilinin cezalandırmaya layık bir haksızlık olup olmadığı, kendi içinde değerlendirilecektir⁴⁶⁰.

Faile karşı meşru savunmada bulunulup bulunulamayacağı bu şekilde belirlendikten sonra, *Spendel*'in asıl saldırganın, failin saldırının objektif koşullarını bilincinde olup olmadığını bilme imkanının olmadığı yönündeki eleştirisi⁴⁶¹ de elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırma görüşü bakımından anlamını yitirecektir. Zira bu durumda asıl saldırgan X bakımından, A'nın saldırıyı bilip bilmemesi değil, kendisinin saldırıda bulunduğunu bilmesi belirleyici olacaktır. Şayet X bir saldırı halinde ise, kendisine yönelik ve objektif olarak saldırıyı bertaraf etmeye yönelmiş fiillere karşı koyma hakkı olmayacaktır. Bu açıdan *Spendel*'in bu eleştirilerinin her durumda bir geçerliliği bulunmamaktadır.

haksız bir saldırı teşkil etmez. Asıl saldırganın karşı meşru savunmada bulunma hakkı yoktur (Graul, *JuS-Lernbogen* 2000, L 43).

⁴⁵⁹ Rinck, *Deliktsaufbau*, s. 206.

⁴⁶⁰ Rinck, *Deliktsaufbau*, s. 219-220, 220 dn. 69.

⁴⁶¹ *Spendel*'in bu eleştirisine karşı ayrıca bkz. Hans Joachim Hirsch, "vor § 32", *LK*, Band 2, Walter de Gruyter, Berlin, 2003, kn. 51a.

Sonuç olarak *Spendel*'in hukuka uygunluk sebeplerinin objektif niteliğine ilişkin kabulünün esas dayanağı, benimsediğı objektif haksızlık anlayışıdır. Burada yazarın haksızlığın temellendirilmesi ve haksızlığın ortadan kaldırılmasına ilişkin kabulleri uyum içerisinde. Ancak yazarın, verdiği misaller üzerinden yönelttiğı eleştirilerde çok defa değerlendirmelerini kendi bakış açısından arzu edilen sonuçların amacına tabi kıldığı görölmektedir. Halbuki yazar tarafından garip olarak değerlendirilen sonuçlar, subjektif unsurların gerekliliğini savunan yazarların bakış açısından arzu edilen sonuçlardır. Bu açıdan, somut olaylar üzerinden yöneltlen eleştiriler, ne yazarın hukuka uygunluk sebeplerinin objektif niteliğine ilişkin görüşlerini desteklemekte ne de subjektif unsurun gerekliliğini savunan görüşleri çürütmektedir⁴⁶².

⁴⁶² Prittwitz, **Jura 1984**, s. 79; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 12; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 214.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNDE SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİ KABUL EDEN GÖRÜŞLER

I. SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİN SUÇ ÖĞRETİLERİ VE ŞAHSİ HAKSIZLIK ANLAYIŞINDAN HAREKETLE TEMELLENDİRİLMESİ

A. Finalist Suç Öğretisi

Finalist suç öğretisi, 1930'lu yılların başından itibaren temelde klasik suç öğretilerine ve onun dayandığı esaslara bir tepki olarak ortaya çıkmıştır¹.

Finalist suç öğretisinin öncüleri olarak *von Weber*², *E. Wolf*³ ve *Graf zu Dohna*⁴ zikredilmektedir. Öğretinin ilk belirlemelerini bu yazarların çalışmalarında bulmak mümkün olsa da, bu yazarlar tarafından ortaya konulan fikirlerin henüz suç sistematığının yeniden yapılandırılması bakımından gerekli dogmatik sonuçları içermediği ve bu yönüyle de yeni bir suç sistemine dönüşmediği söylenmektedir⁵. Finalist suç öğretisi, *Welzel* tarafından kurulmuş ve savunulmuştur.

¹ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 39 vd.; Welzel, *ZStW* 58 (1939), s. 491 vd.; Hans Welzel, “Kausalität und Handlung”, *ZStW*, 51 (1931) s. 703 vd.; Niese, *Finalität*, s. 8; Steinbach, *Problematic*, s. 34.

² von Weber, *Aufbau*, s. 8 vd.

³ Erik Wolf, *Krisis und Neubau der Strafrechtsreform*, 1. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1933, s. 39.

⁴ Alexander Graf zu Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl., Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1950, s. 28.

⁵ Roxin, *AT/I*⁴, § 7, kn. 18; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 211; ayrıca bkz. Welzel, *ZStW* 58 (1939), s. 499-501.

Klasik suç öğretisinin temelinde pozitivist düşünce biçimi yer almaktadır. Bu anlayış, hukuk biliminde kendisine hukuki pozitivizm olarak yer bulmuştur. Hukuki pozitivizm, pozitif olarak tecrübe edilebilen (*a posteriori*) olgular ile sadece aklen (*a priori*) modellendirilebilen değerler arasındaki ilişkiyi açıklayamamaktadır⁶. Daha doğrusu reddetmektedir. Burada özellikle hukuki pozitivizm temelinde daha sonraları *Kelsen* tarafından geliştirilen saf hukuk kuramının özel bir önemi vardır. Kısmen *Kant* ve önemli ölçüde neo-Kantçı akımın (*Stammler, Cohen*) bilgi teorisinden esinlenen *Kelsen*'in saf hukuk kuramının temelinde neo-Kantçı akımın, bilginin konusunu o bilgiyi üretmek için kullanılan metodun yaratacağı şeklindeki anlayışı yer almaktadır. Bu çerçevede, olan ve olması gereken arasında, realiteyi tetkik eden bilimler ile olması gerekeni bildiren normları konu edinen hukuk bilimi arasında karşılıklı ilişkiden yoksun bir düalizm bulunur. Tabii, sosyal ve psişik alem şeklinde tezahür eden realiteye ilişkin olanın bilgisi kendi metotlarına, normları konu edinen hukuki bilgi ise kendi metotlarına tâbidir. Hukuk biliminin konusu sadece normlardır. Bu yönüyle de hukuk bilimi şekli bir mahiyeti haizdir⁷. Benimsenen bu düalizmin sonucunda normlar ancak diğer bir üst norma dayanabilir. Yukarı doğru ilanihaye giden bu normlar silsilesi ise sonuçta içeriksiz (hipotetik) bir temel norma dayandırılmak durumunda kalmıştır. Normların hiçbir surette tabii alemin (realitenin) verilerine dayandırılması söz konusu değildir. Tabii alemden hukukun saf bilimine verilmiş bir şey yoktur⁸. Hukuki pozitivizmde, amaç düşüncesi, felsefî değerler, psikolojik bilgiler, sosyolojik etkenler hukuk biliminin dışında tutulmuştur (saflık prensibi/*Reinheit*)⁹.

⁶ Haft, *AT*⁹, s. 24

⁷ Muvaffak Akbay, “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, *AÜHFD*, 4 (1947), s. 29 vd.; Vecdi Aral, “Kelsen’in Hukuk Anlayışı”, *İÜHFM*, 34 (1968), s. 515 vd.; Ertuğrul Uzun, “Hukukun Saf Kuramı Okuma Notları”, *HK*, 5/2014, s. 55 vd.

⁸ Haft, *AT*⁹, s. 24; Akbay, *AÜHFD* 4 (1947), s. 34; Aral, *İÜHFM* 34 (1968), s. 534 vd, 537 vd.; Uzun, *HK* 5/2014, s. 58 vd.

⁹ Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 203. Saflık prensibi için bkz. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., Franz Deuticke, Leipzig Wien, 1934, s. 1 vd.; ayrıca bkz. Aral, *İÜHFM* 34 (1968), s. 548.

İnsanın varlığının belirli yapısal kanunlarını göstermeye ve onları insanla meşgul olan bilimlerin temeli haline getirmeye çalışan fenomenolojik-ontolojik felsefeden hareket eden¹⁰ *Welzel*, metodun konuyu şekillendiren fonksiyonunu reddetmiştir. *Welzel*'e göre, konunun metoda göre değil, metodun konuya göre belirlenmesi gerekir¹¹. Böylece, neo-Kantçı bilgi teorisinin aksi yöndeki anlayışının bir sonucu olarak ortaya çıkan düalizmden varoluşun gerçekliğine doğru bir dönüşüm gerçekleştirilmiştir¹². Hukuki pozitivizmin tabii alemden hukuka verilmiş olan hiçbir şey yoktur kabulü de geçersiz kalmaktadır. Her hukuki yaratıma/tasarıma önceden verili olan ve konuyu esas alan yapılar (*vorgegebene sachlogische Strukturen*) açığa çıkarılmaya çalışılmalı ve ceza hukuku konunun doğası (*Natur der Sache*) üzerine inşa edilmelidir¹³.

Welzel'e göre, ceza hukuku normlarının konusu insan davranışdır¹⁴. Hukuk bakımından hareket kavramı hayat bakımından olandan farklı bir şey değildir¹⁵. O halde, benimsenecek olan metot, ontolojik bir varlık parçası olarak tetkik edilmek istenen konuya, yani insan hareketine uygun olarak belirlenecektir¹⁶. İnsan davranışı gibi hukuk öncesi, antropolojik bir temel kavram suç genel teorisinin merkezine yerleştirilmiş, insan hareketinin ontolojik doğasından yola çıkarak, ceza hukukuna varlığın kanunları bakımından bir temel verilmeye çalışılmıştır. Böylece insan hareketinin var oluşu suç öğretisinin merkezi kavramı haline gelmiştir¹⁷.

¹⁰ Roxin, *AT/I*⁴, § 7, kn. 22; Gropp, *AT*⁴, § 2, kn. 95.

¹¹ Hans Welzel, "Strafrecht und Philosophie", *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1975, s. 3.

¹² Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 210; Haft, *AT*⁹, s. 24.

¹³ Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 211; Meraklı, *Kusur*, s. 152, dn. 234; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel*¹⁰, s. 201.

¹⁴ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 31.

¹⁵ Niese, *Finalität*, s. 6, 12.

¹⁶ Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 100.

¹⁷ Roxin, *AT/I*⁴, § 7, kn. 22 ve § 8, kn. 17; Stollwerck, *Tatbestandsmerkmale*, s. 105; ayrıca bkz. Niese, *DRiZ* 1951, s. 221; Dietrich Lang-Hinrichsen, "Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum", *JR*, 5/1952, s. 189.

Yine değer rölativizmine karşı fenomenolojik-ontolojik felsefeden hareketle gerekçelendirilen değer objektivizminin¹⁸ kabulleri, ceza hukukunun sosyal-etik temelini sağlanmasında etkili olmuştur¹⁹.

Finalist suç öğretisine özelliğini veren üzerine inşa edilmiş olduğu final hareket öğretisidir. Finalist suç öğretisi, hareketin final yapısı üzerine bina edilmiştir. Dönemin düşünce psikolojisi anlayışı²⁰ ve *Hartmann*'ın hareketin yapısına ilişkin belirlemelerini²¹ kullanan *Welzel*'in final hareketinin büyük ölçüde *Hegel*'in²² hareket kavramıyla benzerlik gösterdiği de vurgulanmalıdır²³. Bununla birlikte, *Welzel*'in *Hegel*'in hareket kavramını haksızlık ve kusur ayrımı temelinde ceza hukuku bakımından belirli ölçüde yeniden şekillendirdiği de söylenmelidir²⁴. Hareketin final yapısı suçun yapısına ilişkin yapılan bütün izahlarda belirleyici olmaktadır²⁵.

1. İnsan Hareketinin Final Yapısı

Welzel'e göre, insanın bütün hayatı, diğer varlıklardan farklı olarak, amaçlı faaliyetleri üzerine kuruludur. Hayatını fiilleri vasıtasıyla biçimlendiren insan, faaliyetlerinde öncelikle kendisine bir hedef belirler. İlliyet konusundaki bilgisi temelinde hareketlerinin sonuçlarını belirli ölçüde öngörür ve hedefi için gerekli araçları seçer. Daha sonra bunları amacının bilincinde olarak hedefi istikametinde planlı bir şekilde sevk eder. İşte bu amaçlı faaliyete fiil denir. İnsan hareketi, amaçlı faaliyetin icrasıdır. Bu yüzden “gai/final”dir, salt illi bir olgu

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Vecdi Aral, “Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi”, *İÜHF*, 40 (1974), s. 524 vd.; Elif Çetinkıran Balcı, “Hartmann’da Değer ve Değerlendirme Problemi”, *KFD*, 3/2017, s. 108 vd.

¹⁹ Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 210-211.

²⁰ Welzel, *ZStW* 51 (1931), s. 709; Steinbach, *Problematis*, s. 33; Gropp, *AT*⁴, § 2, kn. 98.

²¹ Nicolai Hartmann, *Ethik*, 4. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1962, s. 192 vd.

²² Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 8. Aufl., Frankfurt, 2004, § 113.

²³ Maurach, *AT*³, s. 151; Ozansü, *Kast*, s. 42.

²⁴ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 41; Roxin, *AT/I*⁴, § 8, kn. 18.

²⁵ Roxin, *AT/I*⁴, § 7, kn. 18; Özgenç, *Genel*¹⁵, s. 168; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel*¹⁰, s. 201-202.

değildir²⁶. İnsan hareketi her zaman bir amacı takip eder ve asla amaçsız olamaz²⁷. Gailik fiilin belirleyici ve vazgeçilmez unsurudur.

Gai oluşuyla varlığın ayrı bir kategorisine ait olan fiil²⁸, salt doğa olaylarından ve hayvan hareketlerinden de bu yönüyle ayrılır. Zira doğa olaylarında belirli bir hedefe ulaşma konusunda bilinçli bir yönlendirme yoktur. Aksine bunlarda kör bir illilik içinde gerçekleşen hareket söz konusudur. Yine hayvan hareketleri amaca uygun olmalarına karşın amaç bilinciyle değil içgüdüyle gerçekleştirildiklerinden bunlar da fiil olarak nitelendirilmez²⁹.

Bir hedef belirleme ve illiyet konusundaki bilgisi temelinde bu hedefi (amacı) plana uygun şekilde gerçekleştirebilme yeteneği sadece insana özgüdür. Sadece insan, amacının bilincine sahip hareketin icrası için ehil olduğundan, ceza hukuku da emir ve yasaklarında sadece insanı muhatap alır. Ceza hukuku normlarının çerçevesi insanın muhtemel amaçlı faaliyetleri dairesinde sınırlanır³⁰. İnsan hareketinin final yapısı, ceza hukuku normları bakımından bütünüyle kurucu niteliktedir. Hukuk normları, yani hukukun emir ve yasakları, kör illi süreçleri değil, sadece geleceği amaçlı hareketlerle şekillendirmeye muktedir olan fiili muhatap alır. Normlar sadece amaçlı bir faaliyet olan davranışları yasaklayabilir veya emredebilir³¹. Ceza hukuku normlarının

²⁶ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 30, 33; Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 502; Welzel, **ZStW 51 (1931)**, s. 718; Maurach, **AT**³, s. 135; Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 7; Freidrich Schaffstein, "Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre", **MDR**, 1951, s. 198; Wiedow, **Rechtfertigung**, s. 53; ayrıca bkz. H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 124; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 211; Roxin, **AT/I**⁴, § 7, kn. 18; Haft, **AT**⁹, s. 23-24; Gropp, **AT**⁴, § 2, kn. 95; Steinbach, **Problematis**, s. 33-34; Lang-Hinrichsen, **JR 5/1952**, s. 188; Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 168; Ozansü, **Kast**, s. 42; Baba, **Haksızlık**, s. 27.

²⁷ Heinrich, **AT**⁵, § 7, kn. 103.

²⁸ Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 211; Haft, **AT**⁹, s. 24.

²⁹ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 30; Maurach, **AT**³, s. 151; Schaffstein, **MDR 1951**, s. 198.

³⁰ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 30-31; Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 5.

³¹ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 37; ayrıca bkz. Krauß, **ZStW 76 (1964)**, s. 39; Günter Stratenwerth, "Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht", **SchwZStr**, 79 (1963), s. 245; E. J. Lampe, **Unrecht**, s. 43; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 105-106; Ozansü, **Kast**, s. 43. Welzel, suçun ve haksızlığın yapısına ilişkin yaptığı açıklamalarda hareketin final yapısını öne çıkarmakta, buna karşılık emredici teoriye açık bir göndermede ya da izahlarında normun belirleyici ve değerlendirici fonksiyonlarından bahisle bir gerekçelendirmede bulunmamaktadır. Ancak finalist suç öğretisinde de emredici teoriden hareket edildiğinde bir tereddüt yoktur. Final

konusu, insanın belirli bir amaca sahip iradi yönlendirmesi altındaki bedensel faaliyeti veya faaliyetizliği anlamındaki davranışdır³².

İrade tarafından hakim olunmayan bir beden hareketiyle illi sürece dahil olduğunda, kişi sadece mekanik anlamda bir şeye sebep olur ya da (gerçek anlamda) bir refleks hareketi gerçekleştirir. Ki bu refleks harekette bedeni-psikolojik dürtüler bilincin etkisi olmaksızın harekete geçer. Salt bir doğa olayı olarak veya refleks şeklinde ortaya çıkan bu beden hareketleri ceza hukuku bakımından fiil olarak nitelendirilmediklerinden değerlendirme dışı bırakılır. Ceza hukuku bakımından fiilin varlığı iradi olmasına bağlıdır. Nitekim illi hareket öğretisi bakımından da hareketin iradi olması gerekir³³. Ancak illi hareket öğretisinin temel hatası, yönlendirici iradenin fiil bakımından kurucu nitelikteki fonksiyonunu yanlış değerlendirmesi, hatta yok sayması ve fiili yönlendirici iradeden ari/soyutlanmış bir illi sürece indirgemesidir. Halbuki, final hareket anlamında iradilik, illi hareket öğretisinde olduğu gibi, hareketin salt icrasıyla sınırlandırılmaz. Harekete fiil vasfını kazandıran içerikten yoksun bir irade değildir. İradilik, amaçlı faaliyetin icrası kapsamında, bedeni aktiviteye veya pasiviteye, diğer bir ifadeyle, icrada veya ihmalde bulunmaya hakim olunabilirliktir³⁴. İradenin içeriğinin, yani neyin istendiğinin hareketten ayrılması söz konusu olamaz³⁵. İrade, sebepleri görerek onları da içine alan, geleceği görerek planlayan ve yön veren, kontrol eden, güden insan iradesidir³⁶. Sadece sonuçlarını önceden sezen irade içeriğinin dış olguları yönlendirici faktör

hareketi muhatap alan normlar, kişiyi belirli şekilde davranma veya davranmama hususunda yönlendirmeyi amaçlayan belirleyici normdur (Christos Mylonopoulos, **Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht**, 1. Aufl., Carl Heymanns, Köln Berlin Bonn München, 1981, s. 6-7; Ebert/Kühl, **Jura** 1981, s. 229; Paul, **Einwilligung**, s. 18; ayrıca bkz. Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 49 vd.).

³² Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 31; Welzel, **ZStW** 58 (1939), s. 518.

³³ Gropp, **AT**³, § 3, kn. 62.

³⁴ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 31, 40. Final hareket öğretisinin ihmali suçlarla bağlantılı olarak eleştirisi için bkz. Gallas, **ZStW** 67 (1955), s. 8 vd.; Roxin, **AT/I**⁴, § 8, kn. 19; Heinrich, **AT**⁵, § 7, kn. 106.

³⁵ Niese, **Finalität**, s. 9; H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 122, 125.

³⁶ Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 101; Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 168.

olarak yer aldığı hareket kavramı anlamlı bir süreç olarak fiili anlaşılabilir kılar³⁷.

Kişi, illiyet konusundaki ön bilgisi temelinde, faaliyetinin her bir parçasını öyle yönlendirir ki, dış dünyaya ait illi olguları amacı doğrultusunda sevk eder ve bu olguları gai bir biçimde bir araya getirir. Salt illi meydana gelmeler, belirli bir hedefe yönlendirilmemiştir ve var olan her bir koşulun tesadüfi sonucudur. Buna karşılık, gai faaliyet, bilinçli olarak hedefe yöneliktir. Bu yüzden, gailik gören, illilik ise kördür³⁸.

Gailik, iradenin belirli ölçüde illi faaliyetin sonuçlarını önceden görme ve böylece bu müdahaleyi hedefine ulaşma istikametinde planlı olarak yönlendirme yeteneğine dayandığından, hedef bilincine sahip ve illi oluşumu yönlendiren irade, final hareketin omurgasını oluşturur³⁹. Sadece final/gai olan hareketler fiildir. Bu irade, dış dünyada gerçekleşen illi olayı birçok etkeni bir araya getirerek belirleyen (*überdeterminieren*) ve onu hedefe yönelmiş harekete dönüştüren yönlendirici faktördür. Bu irade olmadan, hareket kendi maddi yapısı içinde parçalanır ve kör bir illi sürece indirgenir. Bu yüzden, final irade harici meydana geliş objektif olarak şekillendirdiğinden ve şekillendirdiği sürece, bütünleyici faktör olarak fiile aittir⁴⁰.

Hareketin final yönlendirilmesi iki aşamada gerçekleşir. Bu aşamalardan ilki tamamen zihinde gerçekleşirken, diğeri tabii alemde, diğeri bir ifadeyle, realitede gerçekleşir. Zihinde gerçekleşen aşama da yine kendi içinde iki aşamadan oluşur. Bunlar, hedefin belirlenmesi ve hedefe ulaşmak için gerekli araçların seçimidir. Kişi önce hedefini, sonra ise illiyet konusundaki bilgisi temelinde, bu hedeften geriye doğru, gerekli illi faktörleri belirler. Bu belirleme,

³⁷ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 41; ayrıca bkz. Welzel, *ZStW* 51 (1931), s. 717-718, 720.

³⁸ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 33; Welzel, *ZStW* 58 (1939), s. 502; Maurach, *AT*³, s. 151; Haft, *AT*⁹, s. 24.

³⁹ Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 101; Steinbach, *Problematic*, s. 33; Stollwerck, *Tatbestandsmerkmale*, s. 105.

⁴⁰ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 34; Niese, *DRiZ* 1951, s. 222; ayrıca bkz. Lang-Hinrichsen, *JR* 5/1952, s. 188; H. Lampe, *Unrechtsbegriff*, s. 123-124.

hedeften bütün illi seriyi harekete geçirecek olan beden hareketine kadarki kısım bakımından yapılır. Hareketin yönlendirilmesindeki ikinci aşama ise, hedefin zihinsel olarak belirlenmesi, araçların seçimi ve yan neticelerin dikkate alınması doğrultusunda, fiilin gerçek dünyada plana uygun olarak icra edilmesidir⁴¹. Bu ikinci aşama fiilin harici alemde gerçekleşen illi süreci ifade etmektedir. Zihinde gerçekleşen final belirlenim sonucunda gerçek dünyaya aktarılan fiilin herhangi bir sebeple başarıya ulaşmadığı durumda ise teşebbüsten söz edilecektir⁴².

Fiilin karakteristik özelliği dış dünyaya hakim olan ve gailik olarak nitelendirilen iç yönünde bulunur. Gailik hem zihindeki irade oluşumu aşamasına hem de harici alemde gerçekleşen illi sürece hükmeder. Böylece final hareket öğretisi, illi hareket öğretisinin anlayışını aşan, illi süreci de içine alarak, onu fiilin bir bileşeni olarak kabul eden, kapsayıcı bir yapıya sahiptir⁴³.

Welzel'e göre, final yönlendirme, hareketin kendisinin haricen gerçekleştirilmesine ilişkin de olabilir. Oynama, gezinme, ata binme, dans etme gibi tipik olmayan fiiller veya yemin etme, cinsel davranışta bulunma, sövme gibi tipik fiiller de bizatihi final olarak yönlendirilmiş fiillerdir⁴⁴. Bu bakımdan, gerçekleştirme iradesinin hareketten ayrı bir neticeye yönelmiş olması öğreti bakımından zorunlu değildir.

Final hareket öğretisine göre her fiil belirli bir amaca yönelmiş olduğundan ve amaçsız bir fiilden bahsedilemeyeceğinden, amacın yani gayenin suçun yapısı içerisindeki anlamının ve konumunun belirlenmesi gerekir.

⁴¹ Krş. Hartmann, **Ethik**⁴, s. 194.

⁴² Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 34-35; Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 502-504; ayrıca bkz. Niese, **DRiZ 1951**, s. 222; H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 122-123; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 19; Ozansü, **Kast**, s. 42-43.

⁴³ Niese, **Finalität**, s. 9; Lang-Hinrichsen, **JR 5/1952**, s. 188; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 101.

⁴⁴ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 36.

Öğretiyle ilgili olarak dile getirilen hususlardan biri gayenin kasta tekabül ettiği ve gaye ile kastın eşit tutulduğu⁴⁵, gaye kasta tekabül ettiğinden ve gayesiz bir fiilin varlığından söz edilemeyeceğinden, fiilin ancak kasıtlı olabileceği, kasıtlı olmayan bir fiilden söz edilemeyeceğidir. Yine final hareket öğretisine göre sadece belirli bir suç tipinin gerçekleştirilmesine yönelik kasıtlı fiilin varlığı halinde ceza hukuku anlamında hareketten söz edilebileceği de söylenmektedir⁴⁶.

Ancak gayenin kasta tekabül etmesi ve kasıtlı olmayan fiillerden söz edilemeyecek olması, ancak kastın genel olarak ve günlük dilde kullanılması durumunda doğrudur. Kastın, bir suç tipinde yer alan maddi unsurların gerçekleşeceğinin bilinmesi ve istenmesi anlamında, yani tipikliğin gerçekleştirilmesi kastı anlamında kullanılması halinde ise bu ifade hatalıdır. Nitekim, kast bir ceza hukuku kavramı olarak kullanıldığında, onun konusu bir suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların, yani tipikliğin objektif unsurlarının gerçekleştirilmesidir. Ceza hukuku anlamında kast sadece suç tipinin gerçekleştirilmesine yönelmiş hareket iradesidir. Her hareket gayelidir. Ancak bu gayenin herhâlde suç tipinde yer alan maddi unsurların gerçekleştirilmesine yönelmiş olması gerekmez. Bunun sonucu olarak, tipik anlamda kasıtlı olmayan, yani hareket iradesinin bir suç tipini gerçekleştirmeye yönelmediği gai hareketler de vardır. Mesela, hayatın olağan akışı içerisinde gerçekleştirilen, yemek yeme, dans etme, yürüme gibi fiiller böyledir. Nitekim görüleceği üzere taksirli fiiller de gayenin tipiklik kastına karşılık gelmediği fiiller grubuna dahildir. Zira taksirli fiillerde hareket iradesi tipe uygun neticenin gerçekleştirilmesine yönelmemiştir⁴⁷. Sadece belirli bir suç tipinin gerçekleştirilmesine yönelik kasıtlı fiilin varlığı halinde ceza hukuku anlamında hareketten söz edilebileceği düşüncesi de doğru değildir.

⁴⁵ Haft, **AT**⁹, s. 24; Heinrich, **AT**⁵, § 7, kn. 103; Paul, **Einwilligung**, s. 17; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, **Genel**¹⁴, s. 309. Özgenç ise gayenin kasta taalluk ettiğinden söz etmektedir (Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 168).

⁴⁶ Heinrich, **AT**⁵, § 7, kn. 103.

⁴⁷ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 65.

Öğretinin önemli temsilcilerinden *Niese*'ye göre, kast suç tipinin gerçekleştirilmesine yönelmiş, ceza hukuku bakımından önemli gailiktir. Ceza hukuku bakımından önemli olma ise tipiklikle temellendirildiğinden ve sınırlandırıldığından, kast tipikliğin gerçekleştirilmesine yönelmiş, yani tipe uygun gailiktir (*tatbestandsmäßige Finalität*)⁴⁸. Kast gailiğin belirli özellikleri haiz bir alt türü olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁹. Bu itibarla, doğru olan ifade gayenin kasta tekabül ettiği değil, kastın gayeye tekabül ettiğidir.

Dış dünyadaki hareket ve onun iç yönünü oluşturan gailiği bir bütün halinde fiili oluşturmaktadır. Gailik fiilin bir parçası, diğer bir ifadeyle, unsuru olduğundan ve ceza hukuku bakımından önemli gailikler de kasta tekabül ettiğinden, kasıtlı suçlarda kast kusur alanından çıkarılarak bir unsur olarak tipik fiile dahil edilmiştir⁵⁰. Zira kast, ceza hukuku alanında da gailik ontolojik kategorisinin ifadesi olmaktan başka bir şey değildir⁵¹.

Her fiil gibi taksirli fiiller de gai hareketlerdir. Bu suçlarda gailik tipe uygun neticeden başka ve çok defa ceza hukuku bakımından önemsiz bir neticeye yönelmiştir⁵². Ancak bu gayeli hareketin icrası aynı zamanda taksirli suçun tipikliğini de gerçekleştirir. Mesela, bir hastayı tedavi veya teskin etmek isteyen hemşire yanlışlıkla çok ağır ve öldürücü etkisi bulunan bir morfini hastaya enjekte eder. Hemşirenin ilaç enjekte etmesi fiili gayeli bir harekettir. Zira, hem hastayı iyi etme amacıyla hareket etmekte hem de elindeki ilacı hastaya enjekte fiilini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektedir. Fakat bu gayeli

⁴⁸ Niese, **Finalität**, s. 56, 10, 12, 53; Niese, **DRiZ 1951**, s. 222; Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 5-6, 7; ayrıca bkz. Steinbach, **Problematik**, s. 38.

⁴⁹ Niese, **Finalität**, s. 58, dn. 77.

⁵⁰ Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 505; Schaffstein, **MDR 1951**, s. 199.

⁵¹ Niese, **Finalität**, s. 9; Heinrich, **AT**⁵, § 7, kn. 103; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 9, 15; Steinbach, **Problematik**, s. 38; Meraklı, **Kusur**, s. 149.

⁵² Niese, **Finalität**, s. 58; Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 65; Maurach, **AT**³, s. 135, 152; Taira Fukuda, "Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe", **JZ**, 1958, s. 147; ayrıca bkz. Roxin, **AT/I**⁴, § 8, kn. 21; Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 10. *Welzel*, taksirli fiillerin gailiğini önceleri aktüel ve potansiyel gailik üzerinden açıklamaya çalışmasına karşın (Hans Welzel, **Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen**, 1. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1947, s. 22), daha sonra bu görüşünden vazgeçmiştir (Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 129; Ayrıca bkz. Roxin, **AT/I**⁴, § 8, kn. 20; Meraklı, **Kusur**, s. 156).

hareket, dikkat veya özensizliği yüzünden hastanın ölümüne sebep olmuştur. Taksirli öldürme olarak nitelendirilecek olan hemşirenin fiili hedeflenenden başka bir neticeye sebebiyet vermiş gayeli bir harekettir⁵³. Yine bir kamyon şoförü bir an önce varış noktasına ulaşmak ister ve ulaşır. Ancak aynı zamanda aşırı hız yüzünden bir kişiyi ezer ve onun ölümüne sebebiyet verir. Şoförün gayeli bir şekilde gerçekleştirdiği kamyonu sevk ve idare etme fiili hedeflenmeyen tipik bir neticeye sebebiyet vermiştir. Taksirli suçlarda kanun koyucu tipiklikte yer almayan bir amaca yönelmiş fiillerin istemeden ceza hukuku bakımından önemli bazı neticelere sebebiyet vermesini tipik hale getirmiş olduğundan, taksirli suçlar tasvip edilmeyen bir neticenin gerçekleştirilmesinin cezalandırıldığı, ancak tasvip edilmeyen bir gailikten sarfı nazar edildiği suçlardır⁵⁴.

Düşüncemize göre, taksirli suçların da gayeli hareket olduğunu göstermesi bakımından şu misal de oldukça açıklayıcıdır. Fail A, öldürmek amacıyla B'ye üç el ateş eder. Fakat gerekli dikkat ve özeni göstermediği için o sırada oradan geçmekte olan C'yi görmez ve C'nin de yaralanmasına sebebiyet verir. Bu misalde, A'nın davranışı B'nin ölüm neticesine yönelmiş final bir harekettir. Fakat, aynı zamanda fiiliyle final bağlantıda olmayan C'nin yaralanmasına da sebebiyet vermiştir. Şu halde, final hareket, gerçekleşen birçok netice bakımından farklı anlam içeriklerine sahip olabilir⁵⁵.

Failce belirlenen hedefin yanında, hedefe göre belirlenen illi faktörlere bağlı olarak ortaya çıkabilecek olan yan neticelerin dikkate alınması hareketin gailiğinin kapsamı bakımından ayrıca önemlidir. Yine zihinde gerçekleşen bu süreç, illi faktörlerin belirlenmesinden farklı olarak, hedeften geriye doğru değil, aksine ileriye doğru gerçekleşir. Bu yan neticelerin dikkate alınmasıyla fail

⁵³ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 36.

⁵⁴ Niese, **Finalität**, s. 58-59; Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 36; Fukuda, **JZ 1958**, s. 147. Taksirli fiillerin gailiğinin, bu suçlarda gayenin, yani iradenin içeriğinin tipiklikte yer almayan, çok defa da ceza hukuku bakımından önemsiz bir neticeye yönlendirilmiş olmasıyla izah edilmeye çalışılmasının en azından bu suçlar bakımından illi hareket kavramına tekrar dönülmesi anlamına geleceği yönünde bkz. Roxin, **AT/I**⁴, § 8, kn. 21. Final hareket öğretisinin taksirli suçlarla bağlantılı olarak eleştirisi için bkz. Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 8; Roxin, **AT/I**⁴, § 8, kn. 20 vd.; Heinrich, **AT**⁵, § 7, kn. 105.

⁵⁵ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 36.

çeşitli şekillerde davranabilir. Mesela, o ana kadarki seçtiği araçları sınırlandırabilir, bu yan neticelerin meydana gelmesini engelleyici ilave tedbirler alabilir veya yan neticeden kaçınmaya yönelik başka bir hareketini yönlendirebilir. Bu ihtimallerde, hedefe ulaşmaya yönlendirilmiş olan hareket iradesi aynı zamanda yan neticelerden kaçınmaya da yönlendirilmiştir. Failin gerçekleşmeyeceğine güvenerek hareket ettiği muhtemel yan neticeler final bağlantının dışında kalır (bilinçli taksir). Diğer taraftan, hedefine ulaşmada bu yan neticelerin zorunlu veya muhtemel olarak ortaya çıkabileceğini öngören failin bunların meydana gelmesini de hareket etme iradesine eklemesi ve bunları kabullenmesi söz konusu olabilir. Bu ikinci grupta, failin gayeli gerçekleştirme iradesi yan neticelerin gerçekleşmesini de kapsamaktadır (ikinci dereceden doğrudan kast ve olası kast)⁵⁶.

Mesela, failler A ve B, C'nin karşı koyma imkanını ortadan kaldırdıktan sonra onu soymak isterler. Bunun için araç olarak öncelikle bir kemer kullanmayı ve bu kemerle C'nin boğazını sıkmayı düşünürler. Ancak bunun onu boğup öldürebileceğini hesaba katarak bundan vazgeçerler. Onun yerine küçük bir kum torbasıyla vurarak C'yi bayıltmaya karar verirler ve hareketi gerçekleştirirler. Bu ihtimalde, A ve B muhtemel yan neticeden kaçınmak için kullanacakları aracı değiştirmişler ve seçtikleri aracın bu yan neticeden kaçınmaya yeterli olacağına güvenerek hareket etmişlerdir. Fiil belirli bir amaca ulaşmaya, ancak aynı zamanda muhtemel yan neticeden de kaçınmaya yöneliktir. C'nin kum torbasıyla vurma sonucunda ölmesi durumunda, meydana gelen bu yan netice faillerin amacı dışında kalır. Diğer bir anlatımla, fiilin gailiği bu yan neticeyi kapsamamaktadır. Failler kasıtlı değil bilinçli taksirle hareket etmiş olurlar. İkinci bir ihtimalde ise, kum torbası C'yi bayıltmaya yetmez. Bunun üzerine A ve B, önceki tasarladıkları araca, yani kemeri kullanma fikrine geri dönerler. Kemeri C'nin boğazına dolar ve C bilincsiz hale gelene kadar sıkırlar. C bilincini kaybedince de kemeri tokasını tuttururlar ve yağmalayacakları şeyleri toplayana kadar C'yi o halde bırakırlar. İşleri bitip

⁵⁶ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 34-35.

kemeri gevşettiklerinde C boğularak ölmüştür. A ve B, ilk planladıkları sırada kemeri kullanmaları halinde bunun ölüm neticesini doğurabileceğini hesaba katmış olduklarından ve fakat ulaşmak istedikleri hedef karşısında yan neticeyi göze aldıklarından, fiili gerçekleştirme iradelerinin, fiilin sonucunda ortaya çıkan ölüm şeklindeki yan neticeyi de kapsadığı söylenecektir. Bu durumda, meydana gelen ölüm neticesi fiilin gailiğinin kapsamında, dolayısıyla da (olası) kast kapsamındadır⁵⁷.

Hukuk düzeni, kural olarak, gerçekleştirme iradesinin sosyal bakımdan istenilmeyen durumlara veya olaylara (netice) yöneldiği hareketlerin icrasını yasakladığından, burada meydana gelen neticenin hareketin hedefi, aracı veya yan sonucu olması bakımından bir fark yoktur. Bütün bu ihtimaller kasıtlı suç olarak kabul edilir⁵⁸.

2. Haksızlık Anlayışı ve Haksızlığın Yapısı

Final hareket öğretisiyle birlikte, suçun yapısına ilişkin o zamana kadar benimsenmiş olan sistem yeniden şekillenmiş ve final hareket öğretisi temelinde yeni bir suç öğretisi ortaya çıkmıştır. Keza insan hareketinin final yapısı haksızlığın yapısında da esaslı değişikliklere sebep olmuştur.

a. Kastın Haksızlık Tipine Dahil Olması

Suçun yapısında meydana gelen değişimin ilk basamağını kastın bütün kasıtlı suçlar bakımından haksızlığın subjektif unsuru olarak tipiklik içerisinde konumlandırılması oluşturmaktadır (tipikliğin subjektif unsuru)⁵⁹. Bu durum hareketin final yapısının doğal bir sonucudur ve kendiliğinden gerçekleşir. Amaçlı faaliyetlerin icrası şeklinde ifade edilen fiil, hareketin haricen

⁵⁷ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 35-36.

⁵⁸ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 37; Ozansü, **Kast**, s. 43. Fiilin yan neticeleri için ayrıca bkz. Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 67 vd.

⁵⁹ Niese, **Finalität**, s. 25; Niese, **DRiZ 1951**, s. 222-223; Maurach, **AT**³, s. 194; Schaffstein, **MDR 1951**, s. 199; Diehl, **Unrechtsausschließungsgründe**, s. 8; ayrıca bkz. Heinrich, **AT**⁵, § 7, kn. 103; Lang-Hinrichsen, **JR 5/1952**, s. 187; Schmitt, **JuS 1963**, s. 68; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 15; Baba, **Haksızlık**, s. 28.

gerçekleştiriliş biçimini ve bunun amaca uygun olarak yönlendirilmesini, diğer bir ifadeyle, yönlendirici iradeyi (gailiği) de içeren bir bütün olarak anlaşılır. İradenin içeriğini, yani kastı fiilden ayrı düşünme imkanı yoktur. Hukuki değer ihlaline yönelmiş gai hareketin yasaklandığı tipiklik fiilin bütün unsurlarını, bu arada belirli bir amaca yönelmiş hareket iradesini de kapsamalıdır. Böylece, tipe uygun gailik anlamında kast da tipikliğin bir unsuru haline gelmiştir⁶⁰. Kast kusur alanından çıkarılmış ve haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olarak, neoklasik öğretilde olduğu gibi sadece teşebbüs aşamasında kalmış suçlar bakımından değil, tamamlanmış suçlar bakımından da tipikliğe dahil edilmiştir. Kast artık kusura ait değildir⁶¹. Kusurun bir unsuru veya türü olarak görülmemektedir. Haksızlığın genel bir unsurudur ve tipe uygun haksızlığın iç yönünü oluşturmaktadır⁶². Tipiklik hareketin objektif ve subjektif unsurlarını kapsamaktadır⁶³.

Final hareket öğretisi, kastın kusur alanından çıkarılarak haksızlık tipine dahil edilmesi bakımından bir temel oluşturmaktadır⁶⁴. Burada ceza hukukunun gereklerinden veya ihtiyaçlarından kaynaklanan bir değişim söz konusu değildir. Değişimin esasını insan hareketinin ontolojik doğası, final yapısı içerisinde insan hareketinin var oluş biçimi oluşturmaktadır⁶⁵.

İnsan hareketinin final yapısı, kastın niteliği ve mahiyeti bakımından da belirleyici olmaktadır. İfade edildiği üzere, öğretilere göre hareketin final yönlendirmesi, zihinde gerçekleşen final belirlemeler ve bu belirlemelerin sonucunda hareketin tabii alemde gerçekleştirilmesi, yani realiteye aktarılması

⁶⁰ Maurach, **AT**³, s. 152; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 114; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 211-212, 241; Roxin, **AT/I**⁴, § 8, kn. 18; Haft, **AT**⁹, s. 24; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel**¹⁰, s. 202.

⁶¹ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 61; Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 519; Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 7; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 229; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 105; Steinbach, **Problematis**, s. 33; Paul, **Einwilligung**, s. 17; Ozansü, **Kast**, s. 45.

⁶² Niese, **Finalität**, s. 10-11, 13, 25, 58; E. J. Lampe, **Unrecht**, s. 41; Steinbach, **Problematis**, s. 38.

⁶³ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 53.

⁶⁴ Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 105.

⁶⁵ Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 6; Meraklı, **Kusur**, s. 152.

şeklinde iki aşamadan oluşmaktadır. Her bilinçli hareket belirli bir hareket kararı tarafından taşınır. Kast olarak nitelendirilen bu hareket kararı ise iki temel unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan birincisi, hareketin zihinde gerçekleşen aşamasıyla ilgili olarak, failin gerçekleştirmek istediği şeyin bilincidir. Bu bilinç kastın bilme unsurunu ifade eder (*das intellektuelle Moment*). Diğeri ise, hareketin tabii aleme aktarılması aşamasını da kapsayan kastın irade/isteme unsurudur (*das voluntative Moment*). Bu her iki unsur, gerçek bir tipe uygun hareketi şekillendiren faktör olarak kastı birlikte meydana getirir. Sonuç olarak kast hareketin bütününe hakim olan, tipikliğin gerçekleştirilmesinin bilinmesi ve istenmesi olarak anlaşılmaktadır. Böylece tabii alemde ortaya çıkan objektif hareket, kastın amaçlı bir şekilde icra edilmesi anlamına gelir. Burada bütün fiil sadece kasıtlı olarak istenmez, aynı zamanda kasıtlı olarak icra edilir. Kast hareketin bütününe kapsayıcı final bir unsurdur. Salt hareket kararı olarak kast, ceza hukuku bakımından bir anlam ifade etmemektedir. Zira ceza hukuku failin salt zihniyetiyle ilgilenmez. Kast ancak gerçek bir fiile dönüştüğünde ve ona hakim olduğunda ceza hukuku bakımından bir önem kazanmaktadır⁶⁶.

Kast, fail ile fiili arasındaki psişik bağı ifade etmektedir ve tabii anlamda kast (*natürlicher Vorsatz*) olarak anlaşılmaktadır⁶⁷. Kast sadece tipikliğin objektif unsurlarının gerçekleştirilmesiyle sınırlıdır. Sadece tipikliğin objektif unsurlarını kapsar. Tipe uygun davranışın hukuka aykırılığı kastla ilişkili değildir⁶⁸. Fail ile hukuk düzeni arasındaki psişik bağı ifade eden ve klasik ve neoklasik öğretilerde bazı yazarlarca kastın bir unsuru olarak görülen haksızlık bilinci kasttan ayrılmıştır. Zira hukuka aykırılık fiilin bir koşulu değildir. Aksine tipikliğin değerlendirilmesidir ve tipikliğin gerçekleştirilmesi ile hukukun gerekleri/talepleri arasındaki uyumsuzluğu ifade eder. Kast bir değer yargısı içermezken, haksızlık bilinci fiil üzerinde bir değer yargısında bulunmayı gerektirir. Fiilin hukuka aykırı olduğu hususundaki bilinç, yani

⁶⁶ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 64-65; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 102-103.

⁶⁷ Welzel, *ZStW* 58 (1939), s. 505; Maurach, *AT*³, s. 152.

⁶⁸ Maurach, *AT*³, s. 195.

haksızlık bilinci tipiklik kastına ait değildir. Kusurun, yani kınanabilirliğin bir unsurudur. Failin, fiilin haksızlık teşkil edip etmediği hususundaki bilgisi, bağımsız bir unsur olarak kusur alanında bırakılmıştır⁶⁹.

Burada değinilmesi gereken bir husus da kusur alanından haksızlık alanına (tipikliğe) aktarılan kastın kusur alanındaki fonksiyonunu bütünüyle yitirip yitirmediği, diğer bir anlatımla, ayrıca kusura özgü yönlerinin de bulunup bulunmadığıdır. Kastın kusur alanındaki fonksiyonu, finalist suç öğretisini benimseyenlerce reddedilmektedir. Buna göre, kast sadece haksızlık alanında fonksiyon icra eder ve kusur alanında bir işlevi haiz değildir⁷⁰.

Finalist suç öğretisine göre, belirli suç tiplerinde kastın yanında aranan mal edinme/yarar sağlama amacı gibi subjektif nitelikteki unsurlar da tipiklik içerisinde değerlendirilmektedir. Bu husus, esas itibarıyla neoklasik suç öğretisinde haksızlığın subjektif unsurlarının kabul edilmesiyle ceza hukukuna kazandırılmış olup, finalist suç öğretisi tarafından da benimsenmektedir. Kastın yanında tipiklikte yer alan ve çok defa tipik fiile belirli anlamda sosyal-etik içeriğini kazandırma fonksiyonu icra eden bu unsurlar, tipik fiilin haksızlık içeriğini ve failin hukuki değer ihlaline yönelen hareket iradesini daha ayrıntılı olarak karakterize etme ve suç tipinde yer alan harici haksızlık tanımına dahili değer vurgusu verme işlevi görür. *Welzel* tarafından söz konusu unsurlar; amaç unsuru (*die Absicht*), özel hareket temayülleri (*die besondere Handlungstendenz*) ve özel zihniyet unsurları (*die besondere Gesinnungsmomente*) şeklinde sınıflandırılmıştır⁷¹.

⁶⁹ Hans Welzel, “Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns”, *SJZ*, 1948, s. 371-372; Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 77; Niese, *Finalität*, s. 33; ayrıca bkz. Gropp, *AT*⁴, § 2, kn. 95; Roxin, *AT/I*⁴, § 7, kn. 18; Lang-Hinrichsen, *JR 5/1952*, s. 188; Meraklı, *Kusur*, s. 157-158.

⁷⁰ Welzel, *ZStW 58 (1939)*, s. 533; Niese, *Finalität*, s. 13; ayrıca bkz. Stollwerck, *Tatbestandsmerkmale*, s. 118.

⁷¹ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 77-79; Ebert/Kühl, *Jura 1981*, s. 231-232; ayrıca bkz. Gropp, *AT*³, § 3, kn. 62; Meraklı, *Kusur*, s. 153-154.

Sonuç olarak, finalist suç öğretisinde haksızlık tipi, bütün kasıtlı suçlar bakımından objektif ve subjektif tipiklik unsurlarından müteşekkildir⁷². Haksızlık tipinin objektif unsurlarını hareketin gerçekleşme biçimi ve bu arada hareketin işleniş şekline ilişkin özel belirlemeler, suçun kanuni tanımında arandığı hallerde netice ve failin belirli nitelikleri haiz olmasının suç tipinde belirtildiği hallerde bu objektif faillik niteliği; subjektif unsurlarını ise kast ve haksızlığın özel nitelikteki subjektif unsurları oluşturmaktadır⁷³.

b. Hareket ve Neticenin Haksızlığı

Ortaya çıkan bu yeni haksızlık tasarımı, haksızlığın, klasik ve neoklasik öğretide olduğu gibi⁷⁴, neticenin haksızlığıyla sınırlı olmadığını göstermektedir⁷⁵. Haksızlık tipi içerisinde yer alan objektif ve subjektif nitelikteki unsurların, değersizlik yargıları içerisinde tasnifi ve haksızlık kalıplarının yeniden belirlenmesi gerekmektedir.

Welzel'e göre, iyi veya kötü her bir insan fiili iki çeşit değer yaklaşımına tabidir. İlk olarak, insan fiili sebep olduğu neticeye göre değerlendirilir (*Erfolg- oder Sachverhaltwert*). İkinci olarak ise, neticeye ulaşmasından bağımsız olarak, gerçekleştirilen böyle bir faaliyetin anlamına göre değerlendirilir (*Aktwert*). Söz gelimi, çalışma fiili, sonucunda elde edilen neticeye göre pozitif bir değeri haizdir (*Erfolg- oder Sachverhaltwert der Arbeit*). Arzu edilen sonucun elde edilememesi durumunda dahi çalışmak, pozitif bir sonuca yönelmiş faaliyet olarak bu anlamını ve değerini muhafaza eder (*Aktwert der Arbeit*). Aynı durum

⁷² Schaffstein, **MDR 1951**, s. 199; Diehl, **Unrechtsausschliessungsgründe**, s. 9; Schmitt, **JuS 1963**, s. 68.

⁷³ Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 522. Ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 62 vd.

⁷⁴ İlgili bölümde açıklandığı üzere, klasik ve neoklasik öğretide haksızlık yargısı, dış dünyada gerçekleştirilen hareketin sonucunda meydana gelen neticenin veya ortaya çıkan durumun negatif değerlendirmesi olarak anlaşıyordu. Bu itibarla haksızlık, objektif nitelikteki hukuki değer ihlaliyle, yani neticenin haksızlığıyla sınırlandırılmıştı (Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 231). Her ne kadar neoklasik öğretide istisnai olarak haksızlığın subjektif unsurlarına yer verilmiş olsa da, bu durum haksızlığın objektif olarak belirlenmesinde ve netice haksızlığıyla sınırlı olmasında esaslı bir fark meydana getirmiyordu.

⁷⁵ Niese, **Finalität**, s. 25; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 212.

negatif bakımdan da geçerlidir. İcra edilen fiilin değersizliği ilk olarak, meydana getirdiği tasvip edilmeyen neticede görülebilir (*Erfolgsunwert der Handlung*). Bunun yanında fiil, gerçekleştirilmek istenen neticeye ulaşmasından bağımsız olarak, tasvip edilmeyen bir neticeye yönelmiş olması dolayısıyla da olumsuz bir değeri haizdir (*Aktunwert der Handlung*)⁷⁶. Belirli bir neticeye yönelmişlik anlamında gailik, yönelinen neticenin meydana gelip gelmediğinden bağımsız olarak, harekete bizatihi bir değerlilik veya değersizlik vasfı kazandırmaktadır. Buna göre, suç olarak nitelendirilen haksızlık, hareketin ve neticenin değersizliğinden, diğer bir ifadeyle, hareketin haksızlığı ve neticenin haksızlığından meydana gelmektedir⁷⁷.

Haksızlık failin şahsından soyutlanmış, salt neticeye sebep olmayla sınırlı değildir. Aksine fiil ancak belirli bir failin işi olarak hukuka aykırı olabilir. Failin dış dünyada gerçekleştirilen objektif fiiline hangi hedefi verdiği, fiilini hangi tasavvurla işlediği, bunların yanında hangi yükümlülüklerinin olduğu, muhtemel hukuki değer ihlali yanında suçun haksızlığını birlikte belirleyen hususlardır. Değersizlik insandan ileri gelen olmadıkça tanımlanamaz. Hukuka aykırılık daima belirli bir faille ilişkilendirilen fiilin tasvip edilmemesidir. Haksızlık, faili (de) esas alan şahsi haksızlıktır (*täterbezogenes, personales Unrecht*)⁷⁸. Böylece finalist öğretiyile birlikte şahsi haksızlık kavramına ulaşılmıştır⁷⁹.

İnsan hareketinin final yapısı, haksızlığın unsurlarının değersizlik kalıpları içerisinde tasnifi bakımından da belirleyici olmaktadır. Birbiri içinde eriyen gai ve illi faktörlerin birliği olarak anlaşılan fiilin yapısında yer alan

⁷⁶ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 1-2.

⁷⁷ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 62; Ebert/Kühl, *Jura 1981*, s. 229; ayrıca bkz. E. J. Lampe, *Unrecht*, s. 42; Gropp, *AT*⁴, § 2, kn. 100; Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 128-129; Perron, *Rechtfertigung*, s. 58.

⁷⁸ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 62; ayrıca bkz. H. Lampe, *Unrechtsbegriff*, s. 127; Krauß, *ZStW 76 (1964)*, s. 39-40; Roxin, *AT/I*⁴, § 8, kn. 26; Stollwerck, *Tatbestandsmerkmale*, s. 106-107.

⁷⁹ Niese, *Finalität*, s. 26; Udo Ebert, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2001, s. 30; ayrıca bkz. Lang-Hinrichsen, *JR 5/1952*, s. 187; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 102; Gropp, *AT*⁴, § 2, kn. 95; Salimi, *Rechtfertigungselement*, s. 19.

objektif ve subjektif nitelikteki unsurlar birbirinden ayrılamayacaklarından, bu unsurlar hareketin haksızlığını da birlikte şekillendirir⁸⁰. Hareketin değersizliği hareketin haricen işleniş şekli ve şahsi bileşenlerden meydana gelir⁸¹.

Hareketin haksızlığının ilk bileşenini, suçun kanuni tanımında yer alan fiilin haricen işleniş şekli oluşturmaktadır (*die Handlungsmodalitäten/ äußere Begehungsweise*)⁸². Haksızlık hukuki değer ihlalinin yanında, hukuki değer ihlal ediliş biçimiyle birlikte inşa edilmektedir. Kanun koyucu bazı hukuki değerleri ceza hukuku bakımından sadece belirli saldırı biçimlerine karşı koruma altına almıştır. Bu suçlarda hareketin icra ediliş şekli haksızlığı temellendirici bir işleve sahiptir. Diğer bazı suç tiplerinde ise hukuki değer ihlalinin gerçekleştiriliş biçimi haksızlığın derecesinin yükselmesine sebep olmaktadır. Her iki durum da hareketin icra tarzının, hareketin haksızlığının esaslı bir bileşeni olduğunu göstermektedir. Mesela, ceza hukuku bakımından malvarlığı her türlü zarara karşı değil, belirli özel nitelikteki zarar verme biçimlerine karşı korunmaktadır. Söz gelimi, dolandırıcılık suçunda hileli davranışlarla bir kimse aldatılarak (TCK m. 157), yağma suçunda tehdit veya cebir kullanarak (TCK m. 148) bir malvarlığı zararına sebep olunmalıdır. Bu suçlarda hareketin icra ediliş şekli bu suçların haksızlığını kurucu mahiyettedir ve benzer hukuki değerlerin korunduğu çeşitli suç tiplerini birbirlerinden ayırma fonksiyonu görür. Kasten yaralama suçunda silah kullanılması (TCK m. 86/3-e), kasten öldürme suçunun eziyet çektirerek işlenmesi daha ağır ceza verilmesini gerektirmektedir. Bu suçlar bakımından ise hareketin icra ediliş biçimi haksızlığın derecesini yükselten bir niteliği haizdir. Hukuki değeri ihlal eden fiilin icra tarzı, hareketin haksızlığı içinde fiilin esas alındığı kısmını oluşturmaktadır (*der tatbezogene*

⁸⁰ Niese, **Finalität**, s. 25; Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 51; Hans Joachim Hirsch, “Handlungs-, Sachverhalts-, und Erfolgsunwert”, **Gedächtnisschrift für Dieter Meurer**, Ed.: Eva Gaul, Gerhard Wolf, Walter de Gruyter, Berlin, 2002, s. 11 vd.; ayrıca bkz. Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 7, 10; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 106; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 102; Krauß, **ZStW 76 (1964)**, s. 38; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 212.

⁸¹ Ayrıca bkz. Stratenwerth, **SchwZStr 79 (1963)**, s. 236.

⁸² Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 63; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 231.

Teil des Handlungsunrechts/ Verhaltensunrechts). Hareketin haksızlığının bu bileşeni objektif ve failin şahsından soyutlanmış bir mahiyettedir⁸³.

Failin şahsından soyutlanmış bu unsurların yanında, haksızlık failin esas alındığı şahsi unsurlar (*die täterbezogene, personale Elemente*) tarafından da şekillendirilir. Hareketin haksızlığının failin esas alındığı kısmını (*der täterbezogene Teil des Handlungsunrechts*) oluşturan bu unsurlar, haksızlığın şahsi unsurları (*die personale Unrechtselemente*) olarak da ifade edilmektedir. Bunlar da objektif ve subjektif şahsi haksızlık unsurları olarak birbirinden ayrılmaktadır⁸⁴.

Hareketin haksızlığının objektif nitelikteki şahsi unsurlarını (*objektiv-täterschaftliche Merkmale*), suçun kanuni tanımında arandığı hallerde, fiili icra eden kişi olarak failin sahip olduğu belirli nitelikler oluşturmaktadır. Bunlar da yine, faili ancak kamu görevlisi olabilen zimmet (TCK m. 247), irtikap (TCK m. 250), görevi kötüye kullanma (TCK m. 257) suçlarında olduğu gibi haksızlığı kurucu mahiyette olabileceği gibi, kasten yaralama suçunda (TCK m. 86/3-d) olduğu gibi haksızlığın derecesini yükseltici nitelikte de olabilir. Aynı fiil sürecinin haksızlığı suça katılan farklı kişiler bakımından farklı ağırlıklarda olabilir. Bir kamu görevlisi görevini icra ettiği sırada kamu görevlisi olmayan bir kimseyle müştereken kasten yaralama suçunu işlediğinde, kamu görevlisi, bu sıfatı haiz olmayan suç ortağına nazaran daha ağır cezalandırılmaktadır. Bu ise ancak şahsi haksızlık düşüncesiyle açıklanabilir. Keza aynı fiil süreci suça katılan bir kişi bakımından hukuka aykırı iken, suça katılan diğer bir kişi bakımından hukuka uygun olabilir. Tipikliğin asıl fail tarafından hukuka uygun olarak gerçekleştirildiği ancak dolaylı failin hukuka aykırı olarak hareket ettiği dolaylı faillik buna misal gösterilebilir. Mesela, iftira veya yalan tanıklık dolayısıyla mağdurun tutuklanması halinde iftira veya yalan tanıklıkta bulunan kişi dolaylı fail olarak hukuka aykırı hareket etmesine karşın (TCK m. 267/4,

⁸³ Ebert, AT³, s. 30; Ebert/Kühl, Jura 1981, s. 229.

⁸⁴ Stollwerck, Tatbestandsmerkmale, s. 107; Ebert, AT³, s. 30; Paul, Einwilligung, s. 18.

272/5), tutuklama kararı veren hakim veya kararı uygulayan görevliler bakımından fiil hukuka uygundur⁸⁵.

Hareketin haksızlığının subjektif nitelikteki şahsi unsurları ise kast ve suç tipinde özel olarak arandığı hallerde amaç unsurudur (*die subjektive Unrechtselemente*). Özellikle kast haricindeki bu subjektif unsurlar bazı suç tiplerinde haksızlığı temellendirici işlevi haizken (TCK m. 141), diğer bir kısım suçlarda haksızlığın derecesini artırıcı niteliktedir (TCK m. 82/1-h). Haksızlığın subjektif unsuru olarak hukuki değer ihlaline yönelmiş tipe uygun gailik, hareketin haksızlığı içerisinde kastın ifade ettiği değersizliği oluşturmaktadır (*Intentionsunrecht/-unwert*)⁸⁶.

Bunun yanında, çoğu suç tipinde hukuki değer objesinin zarar veya tehlikeye uğraması da aranmaktadır. Bu suçlarda haksızlık neticenin değersizliğine de bağlıdır. Neticenin değersizliği (haksızlığı) (*Erfolgsunwert/-unrecht*) ise zarar veya tehlike biçiminde ortaya çıkan hukuki değer ihlaliyle ortaya çıkar. Öğretide, neticenin haksızlığı, suçun maddi unsuru olarak tipik neticenin değersizliğiyle sınırlandırılmıştır. Sırf hareket suçlarında ve teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda (özellikle elverişsiz teşebbüs halinde) neticenin haksızlığından söz edilemez. Bu ihtimallerde haksızlık sadece hareketin haksızlığından ibarettir⁸⁷.

Welzel, haksızlık içerisinde neticenin haksızlığına da yer vermiş olmakla birlikte, ceza hukuku haksızlığının temellendirilmesini esas itibarıyla hareketin değersizliği üzerine koymuştur. Hareketin ve neticenin haksızlığı birbirinden bağımsızdır. Biri olmadan da diğerinden söz edilebilir. Fakat ceza hukukunun birincil nitelikteki konusu hareketin haksızlığıdır. Zira ancak hareketin değersizliği sosyal-etik değersizliğin taşıyıcısı olabilir. Haksızlık faili

⁸⁵ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 62-64, 104-105; Ebert, *AT*³, s. 30.

⁸⁶ Ebert, *AT*³, s. 30; Ebert/Kühl, *Jura* 1981, s. 229; ayrıca bkz. Stollwerck, *Tatbestandsmerkmale*, s. 107; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 212; Paul, *Einwilligung*, s. 18; Gropp, *AT*⁴, § 2, kn. 95, 100.

⁸⁷ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 62-63; Welzel, *ZStW* 58 (1939), s. 523-524; Niese, *Finalität*, s. 58; Hirsch, *GS-Meurer*, s. 5; Stratenwerth, *SchwZStr* 79 (1963), s. 237.

esas alan, şahsi hareket haksızlığıdır (*täterbezogenes, personales Handlungsunrecht*)⁸⁸.

İlk olarak, bazı suç tiplerinde haksızlık neticenin değersizliğine de bağlı olmakla birlikte, neticenin değersizliği ceza hukuku haksızlığı için tek başına yeterli değildir. Hukuki değer ihlali (neticenin değersizliği), ceza hukuku bakımından sadece, şahsi ve hukuka aykırı hareket dahilinde (hareketin haksızlığı dahilinde) bir önemi haizdir. Böylece şahsi hareket haksızlığı bütün suçların genel değersizliğine dönüşmüştür. Şayet somut olayda hareketin değersizliği söz konusu değilse, neticenin değersizliği gerçekleşmiş olsa da, ortada (cezalandırılabilir) bir ceza hukuku haksızlığı yoktur. Neticenin değersizliğinin cezalandırılması, hareketin değersizliğinin varlığına bağlıdır (*unselbständiges Moment*). Sırf illi manada bir neticeye sebep olma buna göre bir önemi haiz değildir⁸⁹.

c. Sosyal-Etik Değersizlik Yargısı Olarak Hareketin Kast Değersizliğinin Öne Alınması

Finalist öğretinin şahsi haksızlık kavramının içeriği ve yapısı yukarıda açıklandığı gibi olmakla birlikte, öğretinin haksızlık anlayışı bununla sınırlı değildir. Hukuki değerlerin daimi ve daha güçlü bir şekilde korunmasını temin

⁸⁸ Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 523-524; Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 62; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 105, 107; Ozansü, **Kast**, s. 43; Meraklı, **Kusur**, s. 148; *Hirsch*'e göre ise, kast gai bir bileşen olarak tipik fiile dahil olduğundan ve netice de bu final bağlantıda kastın hedefini oluşturduğundan, tipik netice hareketin değersizliğine aittir. Netice değersizliği hareketin değersizliği içerisinde yer alır ve ondan bağımsız değildir. Netice gerçekleştiğinde, hareketin değersizliği de içerik olarak tamamlanmış olur (Hirsch, **GS-Meurer**, s. 11 vd., 14-15, 21). *Hirsch*'in görüşü için ayrıca bkz. Rehr-Zimmermann, **Struktur**, s. 53 vd.

⁸⁹ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 62; Niese, **Finalität**, s. 58; Hirsch, **GS-Meurer**, s. 4; Krauß, **ZStW 76 (1964)**, s. 39; ayrıca bkz. E. J. Lampe, **Unrecht**, s. 41; Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 11-12; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 102; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 19; Meraklı, **Kusur**, s. 148, dn. 211. *Welzel*'in, hareketin ve neticenin haksızlığının birbirinden bağımsız olduğu ve biri olmadan da diğerinin olabileceği şeklindeki ifadesi ile bu haksızlığın cezalandırılabilirliği hususunu ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Söz gelimi *Welzel*, hakim anlayışa göre, meşru savunmada haksız saldırıyı, hareketin haksızlığının bulunmadığı ancak neticenin haksızlığının söz konusu olduğu hale misal olarak göstermektedir (Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 524). Haksız saldırıdan söz edebilmek için neticenin haksızlığının (hukuki değer bakımından mevcut bir tehlike arz etmesi) varlığı aransa da, bu saldırı kasten veya taksirle işlenmiş olmak zorunda olmadığından cezalandırılabilir olmayabilir.

amacıyla, ceza hukukunun görevi ve sosyal-etik fonksiyonundan hareketle, hareketin haksızlığının ön plana alınması gerekli görülmektedir⁹⁰.

*Welzel'e göre*⁹¹, ceza hukukunun görevi, toplum yaşamının temel değerlerini korumaktır. Ceza hukuku öncelikle kişilerin hayatı, sağlığı, özgürlüğü ve malvarlığı gibi temel değerleri, bunlara zarar verilmesine belirli hukuki sonuçlar bağlayarak korumak ister. Fakat ceza hukukunun birincil görevi hukuki değerlerin aktüel olarak korunması, yani neticenin değersizliğinin önlenmesi değildir. Zira değer ihlaline yönelmiş hareketin icrasına geçildiği aşama, bu değerlerin korunması bakımından oldukça geç bir aşamadır. Ceza hukukunun görevinin aktüel hukuki değerlerin korunmasında bulunduğu düşüncesi genel olarak kabul edildiğinde, bu, ceza hukukunun sosyal-etik fonksiyonu bakımından yeterli olmadığı gibi, ceza hukukunun faydacı bir karaktere bürünmesine de sebep olur. Nitekim bu görüşe göre, hareketin haklılığı veya haksızlığı, sonuçlarının sosyal bakımdan faydalılığına veya zararlılığına (neticenin değerliliğine ve değersizliğine) göre belirlenmiş olur. Bu ise sadece katı bir faydacılaşmaya değil, aynı zamanda değer takdirinin güçlü bir şekilde aktüel hale gelmesine sebep olur. Yani neticesinin aktüel fayda veya zararı hareketin değerini belirlemiş olur. Bu da hareketin müspet neticesinin (yani hukukun arzu ettiği neticenin), müspet hareket etme temayülünden daha az önemli olduğunun gözden kaçırılması anlamına gelecektir.

Ceza hukuku, hukuki değerlerin korunmasını bu değerlerin ihlaline yönelen belirli türdeki hareketleri yasaklayarak veya hukuki değeri koruyucu hareketleri emrederek sağlamaktadır. Bu emir ve yasakların arkasında ise temel sosyal-etik yükümlülükler (hareket değerleri) bulunur. Yalnızca münferit hukuki değerlerden bağımsız olarak, bu hukuki değerlere saygı duymak ve onları ihlal

⁹⁰ Krauß, *ZStW* 76 (1964), s. 39.

⁹¹ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 1-5; Hans Welzel, "Das Gesinnungsmoment im Recht", *Festschrift für Julius von Gierke, zu seinem goldenen Doktorjubiläum*, Walter de Gruyter, Berlin, 1950, s. 296 vd.; aynı yönde bkz. Schaffstein, *MDR* 1951, s. 199-200; Niese, *DRiZ* 1951, s. 223; ayrıca bkz. Wiedow, *Rechtfertigung*, s. 41 vd.; H. Lampe, *Unrechtsbegriff*, s. 128 vd.; Krauß, *ZStW* 76 (1964), s. 39; Hirsch, *GS-Meurer*, s. 9 vd.; Mylonopoulos, *Verhältnis*, s. 6-7; Sözüer, *Teşebbüs*, s. 101; krş. Hartmann, *Ethik*⁴, s. 251 vd., 261, 266 vd.

etmemek şeklindeki hukuka sadık zihniyet değerinin geçerliliği (sosyal-etik uygun hareket değeri) korunduğunda ve bu zihniyet değerinden fiilen faaliyete dökülmüş sapmalar dışlanıp cezalandırılarak vatandaşların sosyal-etik değer yargıları şekillendirildiğinde hukuki değerlerin korunması da kalıcı ve kapsamlı bir şekilde sağlanmış olur. Hukuki değerlerin korunması amacıyla sosyal-etik değerlerin korunması, ki bu halde hukuki değerlerin korunması öne alınmış olmaktadır, sadece hukuki değerlerin korunması düşüncesine nazaran daha derin ve güçlü bir koruma sağlar. Söz gelimi öldürme yasağının arkasında başkalarının hayatına saygı gösterilmesini güvence altına alma düşüncesi yatmaktadır. Yalnızca münferit yaşamların değerinden bağımsız olarak, başkalarının hayatına saygı gösterme şeklindeki hukuka sadık zihniyet değeri garanti altına alındığında, herkesin güvenliği yeterli şekilde sağlanmış olur. Bu sebeple, hukuki değerlere saygı göstermenin, diğer bir ifadeyle, hareketin müspet değerinin geçerliliğinin güvence altına alınması, aktüel münferit olayda müspet neticeye ulaşılmasından daha önemlidir. Her bir somut hukuki değerlerin korunmasından daha önemli olan görev, hukuka uygun zihniyette bulunan hareket değerinin fiili geçerliliğinin garanti altına alınmasıdır. Hareketin değersizliğinin cezalandırılmasıyla neticenin değersizliğinin önlenmesi temin edilmektedir. Sonuç olarak, ceza hukukunun görevi temel sosyal-etik zihniyet (hareket) değerlerini korumaktır ve bireylerin münferit hukuki değerlerinin korunması ancak bunun içinde yer alabilir.

Ceza hukukunun görevinin içeriğinin vatandaşların hukuka sadık zihniyetlerinin garanti altına alınması şeklindeki sosyal-etik zihniyet değerinin korunması olarak belirlenmesiyle birlikte, haksızlık anlayışı hareketin final yapısıyla belirlenen çerçevenin de ötesine geçmektedir⁹². Cezalandırılabilir haksızlığın asgari sınırları anlamında sadece netice değersizliğinden vazgeçilmemekte, yukarı da çerçevesi ayrıntılı olarak çizilen ve hareketin final yapısı içerisinde objektif ve subjektif unsurların birliğinden oluşan hareketin haksızlığının objektif yönünden de vazgeçilmektedir. Böylece cezalandırılabilir

⁹² Krauß, ZStW 76 (1964), s. 39.

haksızlığın asgari sınırları herhangi bir hukuki değer ihlali olmaksızın kast değersizliğine kadar indirilmekte, hukuka aykırılık yargısının konusu hukuka sadık olmayan zihniyetteki subjektiviteye oturtulmaktadır. Bunun ceza hukukundaki en önemli sonucu, korunan hukuki değer bakımından bir tehlike dahi oluşturmayan elverişsiz teşebbüsün bizatihi bir haksızlık olarak nitelendirilmesine ve cezalandırılmasına bir temel ve imkan verilmiş olmasıdır^{93,94}.

d. Taksirli Suçların Haksızlığı

Kastın haksızlık tipine dahil olmasıyla birlikte, taksir de haksızlığın diğer bir gerçekleştiriliş şekli olarak kabul edilmiştir⁹⁵. Böylece kasıtlı ve taksirli suçlar haksızlık tipinde birbirinden ayrılır⁹⁶.

⁹³ Krş. Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 62; Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 524; ayrıca bkz. Meraklı, **Kusur**, s. 148; Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 10; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 229; Paul, **Einwilligung**, s. 18. Burada *Welzel*'in terminolojisindeki birkaç hususa dikkat çekmek gerekir. *Welzel*, bir yandan netice değersizliğini tipik neticenin değersizliğiyle sınırlandırırken, diğer yandan olgu değersizliği (*Sachverhaltsunwert*) kavramını yer yer netice değersizliği kavramının yerine kullanmaktadır. İkinci olarak, bir yandan hareket değersizliğini, hareketin objektif-subjektif değersizliği olarak ifade ederken, sosyal-etik değere aykırılık olarak ortaya çıkan salt kast değersizliğini (*Intensionsunwert*) de hareket değersizliği olarak nitelendirmektedir. Kast değersizliğinin de hareketin değersizliği içerisinde yer alması ve hareket değersizliğinin objektif bileşenlerinin bulunmaması halinde de eksik de olsa bir hareket değersizliğinin söz konusu olması sebebiyle, bu ikinci durumda bir uyumsuzluk görünmemektedir. Fakat bu terminoloji oldukça kafa karıştırıcıdır. *Welzel*'in terminolojisi hakkında ayrıca bkz. Hirsch, **GS-Meurer**, s. 6.

⁹⁴ Böylece, teşebbüsün cezalandırılmasının gerekçesi de farklı şekilde açıklanmış olmaktadır. Buna göre, teşebbüs hareketin hukuki değer bakımından arz ettiği tehlikeliliği sebebiyle değil, bu değer ihlaline yönelmiş sosyal-etik aykırı hareket değersizliği sebebiyle, yani hareketin bizatihi haksızlık teşkil etmesi sebebiyle cezalandırılmaktadır. Klasik ve neoklasik öğretilerde, kanun koyucunun teşebbüsün cezalandırılmasını öngördüğü hallerde hukuki değer koruma alanını hareketin tehlikeliliği yönünde genişlettiği kabul edilirken (von Liszt, **Lehrbuch**¹⁰, s. 180 vd.; Mezger, **Lehrbuch**³, s. 396), finalist öğretide, hukuki değer daha iyi korunması amacıyla, sorumluluk alanının sosyal-etik değersizliğin cezalandırılması yönünde genişletilmesi söz konusudur. Ayrıca bkz. ve krş. Sözüer, **Teşebbüs**, s. 101, 103; Ozansü, **Kast**, s. 43-44. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 2. Teşebbüsün Cezalandırılma Sebebini Açıklayan Teoriler ve Kast Değersizliğinin Cezalandırılabilirliği başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁹⁵ Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 212; Sözüer, **YD 4/1995**, s. 471.

⁹⁶ Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 519; Fukuda, **JZ 1958**, s. 147; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 117-118

Taksirli fiiller de yine gai hareketlerdir. Hukuk düzeni final hareketlerle her zaman ve sadece, kasıtlı suçlarda olduğu gibi, bu hareketin hedefi bakımından ilgilenmez. Hukuk düzeni final hareketlerle aynı zamanda failin hareketini yönlendirmesinde ve kontrolünde sosyal bakımdan istenmeyen belirli neticelerin gerçekleşmeyeceğine güvenmesi veya bu neticelerin gerçekleşebileceğini düşünmemesi bakımından da ilgilenir. Bu çerçevede, hukuk düzeni failce belirlenen ve ulaşılmak istenen hedef bakımından gerekli araçların seçiminde ve hareketin dış dünyadaki icrasında, asgari bir ölçüye riayet edilmesini ve bununla hareketin sosyal bakımdan arzu edilmeyen yan neticelerinden kaçınılmasını da bekler. Bu asgari ölçü kişilerin faaliyetlerinde göstermeleri gereken objektif dikkat ve özen yükümlülüğüdür. Kişilerden hayatın akışı içerisinde gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket etmeleri istenir. Bu yükümlülüğe riayet edilmeksizin gerçekleştirilen hareketler yasaklanır ve bunların icrası sırasında hukuk düzenince arzu edilmeyen neticelerin meydana gelmesi halinde kişi cezalandırılır⁹⁷. Taksirli fiillerin esası salt bir neticeye sebep olmada değil, hareketin belirli şekilde, yani dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleştirilmesinde görülmektedir⁹⁸.

Taksirli suçların tipikliği, failin ya gerçekleşmeyeceğini düşündüğü (bilinçli taksir) ya da gerçekleşeceğini hiç düşünmediği (basit taksir) neticeler bakımından final hareketin icrasıyla sınırlıdır. Diğer bir anlatımla, bu neticelerden kaçınmak için gerekli objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal eden hareketin icrası olarak anlaşılır. Taksirli suçlar bakımından belirleyici olan neticeye sebep olan bir irade değil, hareketin dikkat ve özene uygun veya aykırı icra ediliş biçimidir. Taksirli suçlarda final hareketin somut olarak yerine getirilmesi ya da somut olarak yönlendirilmesi, sosyal bakımdan istenmeyen neticelerin gerçekleşmesinden kaçınmaya yönelik, olması gereken ölçüdeki

⁹⁷ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 37-38; ayrıca bkz. Ozansü, **Kast**, s. 44.

⁹⁸ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 129; ayrıca bkz. Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 169; Meraklı, **Kusur**, s. 156. İfade etmek gerekir ki, objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin neticenin yanında taksirli fiilin haksızlığını birlikte belirlediği görüşü ilk defa finalist öğretiyle ortaya çıkmış bir husus değildir. Ancak bu husus özellikle finalist öğretiyle birlikte yeni bir taksir öğretisi olarak ortaya çıkmıştır (Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 212-213).

model bir davranışla ilgilidir. Failin hareketi bu model davranışla karşılaştırılarak bir sonuca ulaşılır. Kişi bu model davranışa uygun olarak hareket ederse, tipik netice gerçekleşmiş olsa bile, dikkat ve özen yükümlülüğüne ve hukuka uygun bir davranış söz konusudur. Model davranışa aykırılık halinde ise taksirli suçun tipikliği gerçekleşmiş olur⁹⁹. Böylece, taksirli suçlarda objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık, hareketin değersizliği içinde tipiklik kastının yerini alır¹⁰⁰.

Taksirli suçun tipikliğinin ilk unsuru bir hareketin varlığıdır. İkinci unsuru objektif ve normatif bir kavram olan dikkat ve özen yükümlülüğü oluşturur. Bu dikkat ve özen yükümlülüğü somut olayda ihlal edilmiş olmalıdır. Hareketten başka netice olgusunun gerçekleşmesi de taksirli suçun tipikliğine aittir. Tipik hareket hukuki değeri zarara uğratmalı veya tehlike altına koymalıdır. Böylece dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket hukuki değer ihlalinde vücut bulur. Neticenin objektif olarak öngörülebilir olması da taksirin tipikliğine ait bir gerekliliktir¹⁰¹. Bu itibarla, taksirli suçun haksızlığı objektif niteliktedir¹⁰².

Taksirli suçlarda da haksızlık, hareketin ve neticenin değersizliğinden oluşmaktadır. Buna karşılık, bu suçlarda neticenin değersizliğinin hareketin değersizliğine ait olduğu kabul edilmektedir. Netice değersizliği hareketin değersizliği içerisinde değerlendirilir ve fonksiyonunu da burada yerine getirir. Zira bu suçlarda hareketin tipik neticeye yönelmemiş olması ve harekete haksızlık niteliğini veren dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın neticenin gerçekleşmesinden bağımsız olması, çok defa tesadüfi olarak ortaya çıkan neticenin gerçekleşip gerçekleşmemesinin hareketin değersizliği üzerinde bir

⁹⁹ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 130, 41; Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 169; Meraklı, **Kusur**, s. 156; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 118.

¹⁰⁰ Paul, **Einwilligung**, s. 18.

¹⁰¹ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 135-136.

¹⁰² Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 58; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 118; krş. Meraklı, **Kusur**, s. 171. *Roxin*, finalist öğretide taksirli suçların haksızlığının hareketin yönlendirilmesindeki eksiklik dolayısıyla şahsi haksızlık olduğunu ifade etmektedir (Roxin, **AT/I**⁴, § 8, kn. 26).

etkisinin bulunmadığını göstermektedir. Her bir dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış bizatihi norma aykırıdır ve bu aşamada hareketin bir neticede vücut bulması önemsizdir. Fakat tipik neticede vücut bulmasıyla hareketin ceza hukuku bakımından önemli olma durumunu ihraz etmesi, neticeyi ceza hukuku bakımından tipe uygun haksızlığın fiili temeli haline getirir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın ceza hukuku bakımından önemli olup olmadığını veya hangi (suç tipi bakımından) önemi haiz olduğunu belirlemesi bakımından netice, hareketin değersizliği içerisinde bir ayıklama fonksiyonu icra/eda etmektedir¹⁰³.

3. Saf Normatif Kusur Anlayışı

Kast ve taksirin haksızlık alanında konumlandırılmasıyla kusur, psikolojik unsurlardan arındırılmış ve daha fazla normatif ve objektif hale gelerek salt kınanabilirlik yargısına dönüştürülmüştür. Bu sebeple finalist öğretinin kusur anlayışı “saf/salt normatif kusur anlayışı” olarak da anılmaktadır¹⁰⁴.

Haksızlığın şahsi haksızlık olarak kabulüyle birlikte, haksızlık ve kusur arasındaki temel ayrımın ne şekilde yapılacağı hususu yeniden önem kazanmıştır. Hukuka aykırılık, tipikliğin¹⁰⁵ gerçekleştirilmesinin hukuk düzeninin bütünüyle çelişki halinde bulunmasıdır. Hukuka aykırılık yargısı

¹⁰³ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 136.

¹⁰⁴ Gropp, **AT**³, § 3, kn. 62; Roxin, **AT/I**⁴, § 7, kn. 18; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 106; Meraklı, **Kusur**, s. 147, 144; *Maurach* ise finalist öğretinin kusur anlayışını gerçek normatif kusur anlayışı olarak nitelendirmektedir (Maurach, **AT**³, s. 307).

¹⁰⁵ Welzel’e göre, *Belting*’in değer yargısı barındırmayan tipiklik anlayışında değere kayıtsız bir varoluş sürecinin tasvirinden ibaret görülen tipikliğe tipleştirmenin hukuk devleti ilkesinin bir gerekliliği olması yönüyle şekli bir nitelik verilmiştir. Tipik kavramına yüklenen bu anlam onun esas fonksiyonunun gözden kaçılmasına sebep olmaktadır. Hareketin tipe uygunluğunun tespiti değerden yoksun (*wertneutral*) değildir. Tipiklik daha ziyade insanın çok sayıdaki fiilleri arasından ceza hukuku bakımından önemli olanları ayırma işlevi görür. Söz konusu fiiller hukuka aykırı veya uygun olabilir, ancak değerden yoksun değildir. Hareketin tipe uygunluğunun tespiti, onun ceza hukuku bakımında değer taşıdığını gösterir. Tipiklik ceza hukuku haksızlığını temellendiren unsurları haiz fiilin somut tasviri olarak yasağın konusunu oluşturur. Bu açıdan tipikliğin gerçekleştirilmesi, hareketin hukuka aykırılığına karine oluşturur (Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 53).

bütün bir hukuk düzeninin fiil üzerindeki genel bir değer yargısı olması sebebiyle objektiftir. Bu yargının konusu ise final yapısı içerisinde tipik fiilin objektif ve subjektif bütün unsurlarıdır. Hukuka aykırılık yargısında failin ferdi sorumluluğu göz ardı edilir¹⁰⁶.

Kusur alanında ele alınan konu ise failin hangi durumda hukuka aykırı (haksızlık teşkil eden) fiili dolayısıyla sorumlu tutulabileceğidir. Kusur, gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla fail hakkındaki değersizlik yargısıdır. Haksızlık teşkil eden bir fiili işlemeyebilecek olmasına karşın işlemesi failin şahsi kınanabilirliğini temellendirir. Fail, hukukun olması gereken konusundaki taleplerini takip edebilecek durumda olmasına rağmen, kendisinden beklenen şekilde hareket etmemiş, kendisini norma uygun olarak motive edebilme imkanına sahipken bunu yapmamıştır. Bu yüzden kusurludur ve cezalandırılmalıdır. Kusurun esas hukuka aykırı irade oluşumunun failin elinde olmasında (*Dafür-Können*) bulunur. Kusur yargısı, hukuka aykırı irade oluşumu süreciyle ilgili olup, faili esas alır. Burada failin içinde bulunduğu mevcut koşullar itibarıyla normun gerektirdiği gibi irade oluşturup oluşturamayacağı değerlendirilir. Kusur öğretisinin görevi de, hukuka aykırı davranışı dolayısıyla kınanabileceği koşulları tasvir etmektir¹⁰⁷. Hukuka aykırılık yargısının konusu gibi kusur yargısının konusu da, failin iç dünyasındaki subjektif durumu ile dış dünyada yer alan ve failin irade oluşumu üzerinde etkide bulunan objektif koşulların birliğidir¹⁰⁸.

İşlediği haksızlık dolayısıyla fail hakkında kınama yargısında bulunulabilmesi iki temel koşulun varlığına bağlıdır. Bunlar kusurun unsurlarını oluşturur ve birinin yokluğu halinde, haksızlık kasıtlı olarak dahi

¹⁰⁶ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 50-51, 53; Niese, **Finalität**, s. 28; Maurach, **AT**³, s. 248 vd.

¹⁰⁷ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 138, 141; Niese, **Finalität**, s. 16, 28-29; Fukuda, **JZ 1958**, s. 147; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 107; Gropp, **AT**⁴, § 2, kn. 96; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 15.

¹⁰⁸ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 41; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 230; ayrıca bkz. Lang-Hinrichsen, **JR 5/1952**, s. 189; Meraklı, **Kusur**, s. 151; Ozansü, **Kast**, s. 45.

gerçekleştirilse, failin kusurlu olmadığı ve cezalandırılmayacağı sonucuna ulaşılır.

Bu unsurlardan birincisi failin isnat yeteneğine sahip olmasıdır. Failin kendisini norma uygun olarak motive edebilecek, hukuka uygun irade oluşturabilecek zihni güce malik olması gerekir. Yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi isnat yeteneğinin bulunmadığı hallerde faile kusur isnadında bulunulamaz¹⁰⁹.

Kusurun ikinci unsuru ise final hareket öğretisinin kastı bir değer yargısı içermeyen tabii anlamda kast olarak haksızlık alanına tahsisıyla birlikte zorunlu olarak kasttan ayrılan ve kusur içerisinde bırakılan haksızlık bilincinin (*Unrechtsbewußtsein*) varlığıdır. Fail, davranışının haksızlık teşkil ettiğini idrak edebilme imkanına sahip olmalıdır. Kişi davranışının bir haksızlık oluşturabileceği hususundaki bilince sahip değilse, yani davranışının haksızlık oluşturduğunu idrak edemeyecek durumda ise, davranışını hukuka aykırı olan yerine hukuka uygun olana yönlendirme imkanını da haiz olmayacaktır. Böyle bir imkana sahip olmayan failin hatalı/tasvip edilmeyen irade oluşumu, diğer bir ifadeyle, hukuka aykırı davranmayı tercih etmesi sebebiyle kınanması da söz konusu olamaz¹¹⁰.

İsnat yeteneği ve haksızlık bilincinin varlığı, kusurun temellendirilmesi için yeterlidir. Fakat bunların varlığı, hukuk düzeni tarafından her durumda faile kusur isnadında bulunulabileceği anlamına gelmez. Zira bir takım sıra dışı motivasyon halleri (*außergewöhnliche Motivationslagen*) faile kusur isnadından vazgeçilmesini gerektirebilir. Bu hallerde fail, her ne kadar isnat yeteneği ve haksızlık bilinci bulunması dolayısıyla kusurlu ise de, kendisini norma uygun motive etme imkanı çok ağır bir şekilde zarar görmüş, kusuru büyük ölçüde

¹⁰⁹ Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 504. İsnat yeteneği hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 152 vd.

¹¹⁰ Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 504; ayrıca bkz. Lang-Hinrichsen, **JR 5/1952**, s. 189; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 212. Haksızlık bilinci hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 157 vd.

azalmıştır. Söz gelimi zorunluluk halinde, içinde bulunduğu ıztırar dolayısıyla, failden norma uygun irade oluşturmaması ve iradesini bu istikamette yönlendirmesi beklenemez. Sıra dışı motivasyon halleri isnat yeteneğinin veya haksızlık bilincinin bulunmaması gibi kusuru ortadan kaldıran bir sebep değildir. Sadece fiili/gerçek mazeret sebepleridir (*faktische Entschuldigungsgründen*). Bu hallerde hukuk düzeni, fail kusurlu olmasına rağmen, kusur isnadından vazgeçmekte ve faile müsamaha göstermektedir. Mazeret sebeplerinin bir diğer özelliği de kusurun yanında haksızlık alanında da etkili olmasıdır. Fail tarafından takip edilen objektif amaç, mesela zorunluluk halinde tehdit altında bulunan hukuki değeri kurtarma amacı, hareketin objektif değersizliğinde de bir azalmaya yol açmaktadır. Ancak hareketin objektif değersizliğindeki bu azalma, fiili hukuka uygun hale getirecek ölçüde değildir. Mazeret sebepleri kusurun bir unsuru olmadığı gibi, ne kusuru ne de haksızlığı ortadan kaldırır. Sadece faile kusur isnadında bulunmayı engelleyen sebeplerdir¹¹¹.

Kasten işlenen suçlardan farklı olarak, taksirli suçlarda haksızlık, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir fiille objektif olarak öngörülebilir tipik neticeye sebep olunması şeklinde objektif olarak gerçekleşmektedir. Gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla failin kınanabilirliği de yine kasten işlenen suçlardan belirli noktalarda farklılık gösterir. Esas itibarıyla, kusur isnadının temel prensipleri genel olarak taksirli suçlarda da geçerlidir. Söz gelimi isnat yeteneğinin bulunmaması halinde, failin kusurundan söz edilemez. Taksirli suçların hukuka aykırılığı, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıkla temellendirilirken, objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün fail tarafından şahsen bilenebilir/öngörülebilir olması, kusurun bir unsurudur. Bu açıdan, objektif olarak öngörülebilir olmakla birlikte, objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ve dolayısıyla neticenin fail tarafından şahsen öngörülebilir olmaması halinde, fail hakkında kınama yargısında bulunulamaz. Keza bir

¹¹¹ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 178-179; Welzel, *ZStW* (58) 1939, s. 536; ayrıca bkz. Adem Sözüer, “Türk Ceza Kanunu’nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar”, *HPD*, 6/2006, s. 231; Selman Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, *GÜHFD*, 2/2014, s. 205, dn. 2; Meraklı, *Kusur*, s. 159-160.

mazeret sebebinin varlığı dolayısıyla, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket edilememiş olması, faile kusur isnadına engel olacaktır¹¹².

4. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin bütün hukuka uygunluk sebepleri bakımından genel olarak temellendirilmesi ve kabulü ilk defa finalist suç öğretisi içerisinde gerçekleşmiştir¹¹³.

Finalist suç öğretisine göre, fail eğer yasak normunda tanımlanan fiili objektif ve subjektif unsurlarıyla gerçekleştirirse, tipe uygun ve dolayısıyla norma aykırı davranmış olur. Tipe uygunluk ve norma aykırılık, fiilin hukuka aykırılığına karine oluşturur. Norma aykırılık ile hukuka aykırılık aynı anlama gelmemektedir. Norma aykırılık, tipikliğin gerçekleştirilmesinin münferit ve soyut bir yasak normuyla çelişki halinde olmasını ifade eder. Buna karşılık, hukuka aykırılık tipikliğin gerçekleştirilmesinin bir bütün halinde hukuk düzeniyle çelişki halinde olmasını ifade etmektedir. Bazı hallerde, yasak normlarının karşısında tipik davranışa izin veren bir kural bulunur (*Erlaubnissätze*). İzin veren kurallar, genel ve soyut yasak normunun somut hukuki yükümlülüklerle dönüşmesini engeller ve tipikliğin gerçekleştirilmesine izin verilir. Tipe uygun davranışa izin veren bu kurallara hukuka uygunluk sebepleri denilmektedir¹¹⁴.

Finalist suç öğretisinde, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği iki şekilde temellendirilmeye çalışılmaktadır. İlkinde, subjektif unsurların gerekliliği hareketin final yapısından yola çıkılarak temellendirilmektedir. İkincisinde ise şahsi haksızlık anlayışından hareket edilmektedir.

¹¹² Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 130, 175, 178 vd.; ayrıca bkz. Meraklı, **Kusur**, s. 157.

¹¹³ Maurach, **AT**³, s. 258; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 19 vd.

¹¹⁴ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 50-51, 80, 82.

Final hareket öğretisinden yapılan temellendirmeye göre, final hareketin norm bakımından kabul edilen anlamı, haksızlık alanında olduğu gibi, hukuka uygunluk alanında da kendini göstermektedir. Yasak normunun emir ve yasakları gibi, izin veren kuralların izinleri de ancak geleceği amaçlı hareketlerle şekillendirmeye muktedir olan fiili muhatap alabilir. Hareketin final yapısı, izin veren kurallar bakımından da kurucu niteliktedir¹¹⁵. Fiilin illi-gai bütünlüğü hukuka uygunluk alanında da varlığını sürdürür. Böylece gailik, her bir hukuka uygunluk sebebinin yapısına kadar uzanır¹¹⁶. Bir hukuka uygunluk sebebinin tipikliğinde yer alan fiil de final bir harekettir ve sadece final hareketler haksızlığın ortadan kaldırılmasının konusunu oluşturabilir¹¹⁷. Bu itibarla, hukuka uygunluk sebepleri, ancak failin hukuka uygunluk amacına yönelmiş olması halinde etkili olabilir¹¹⁸. Tipe uygun davranışın hukuka uygunluğu, hareketin objektif olarak tasvip edilen neticesinin, failin bu neticeyi hedefleyen iradesi tarafından taşınmasına bağlıdır¹¹⁹. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsuru, hukuka uygunluk alanında hareketin gailiğiyle aynı anlama gelir ve bu gailik, fiilin bütün illi süreçlerini, yani hareketin hedefini ve bu hedefe ulaşmada seçilen araçların tamamını kapsamalıdır¹²⁰. Söz gelimi, meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin kanuni tanımında yer alan “savunma” kavramı final bir hareketi ifade etmektedir¹²¹. Kavramın, ifade ettiği anlama uygun yorumuna göre (*sinn gemäße Auslegung*) ancak saldırıyı bertaraf etme

¹¹⁵ Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 103.

¹¹⁶ Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 19.

¹¹⁷ Hirsch, **LK¹¹**, vor § 32, kn. 51; Frisch, **FS-Lackner**, s. 118.

¹¹⁸ Hirsch, **LK¹¹**, vor § 32, kn. 53; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 19.

¹¹⁹ Maurach, **AT³**, s. 259.

¹²⁰ Hans Joachim Hirsch, **Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen**, 1. Aufl., Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1960, s. 252, dn. 84, 252.

¹²¹ Welzel, **Strafrecht¹¹**, s. 86; Niese, **Finalität**, s. 17 vd. *Niese* hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsurlarını, hareketin final yapısına dayandırmakla birlikte, aynı zamanda, subjektif unsurların gerekliliğinin hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin kanuni düzenlemelerin lafzından da anlaşıldığını ifade etmekte ve bunu final hareket öğretisinin haklılığına delil olarak göstermektedir (Aynı yer); ayrıca bkz. H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 210; Diehl, **Unrechtsausschlussgründe**, s. 19 vd., 34.

amacını haiz bir hareketin varlığı halinde savunma hareketinden söz edilebilir (*finaler Abwehrakt*)¹²².

Hareketin final yapısının sonucu olarak, haksızlık gibi, hukuka uygunluk sebepleri de objektif ve subjektif unsurlardan meydana gelir. Tipe uygun fiilin hukuka uygun olarak ortaya çıkabilmesi için, hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının gerçekleşmiş olması yeterli değildir. Fail hukuka uygunluk sebebini doğuran durumu bilmeli ve ayrıca ilgili hukuka uygunluk sebebine göre özel bir hukuka uygunluk eğilimine (*spezielle subjektive Rechtfertigungstendenzen*), yani hukuka uygunluk amacına sahip olmalıdır. Mesela, meşru savunmada fail mevcut saldırıyı bilmeli ayrıca savunma iradesiyle/amacıyla hareket etmelidir¹²³. Hakkın kullanılması çerçevesinde gerçekleştirilen yakalamada (CMK m. 90/1) fail, yakalanan kişinin kimliğinin tespit edilmesi veya kolluğa teslim edilmesi amacıyla hareket etmelidir¹²⁴. İlgilinin rızasında fail açıklanmış olan rızayı bilmeli ve bu rıza sebebiyle hareket etmelidir (*aufgrund der erteilten Einwilligung*)¹²⁵. Hukuka uygunluk amacıyla hareket eden failin bunun yanında, söz gelimi intikam alma gibi, başkaca bir motivasyona da sahip olması mümkündür¹²⁶. Eşlik eden bu başka motivasyon,

¹²² Wilhelm Gallas, “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”, **Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag**, Ed.: Arthur Kaufmann, Günter Bemmman, Detlef Krauss, Klaus Volk, C.H. C.H. Beck, München, 1979, s. 176; Thomas Hillenkamp/Kai Cornelius, **32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil**, 15. Auf., Franz Vahlen, Münschen, 2017, s. 35; ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 108-109; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 19.

¹²³ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 83-84, 86; Hirsch, **LK**¹¹, vor § 32, kn. 57; H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 209, 213; Wiedow, **Rechtfertigung**, s. 56 vd.; krş. Heiner Alwart, “Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht – am Beispiel der subjektiven Rechtfertigungselemente und des Mordmerkmals Habgier”, **GA**, 1983, s. 433 vd.

¹²⁴ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 94.

¹²⁵ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 97; Hirsch, **LK**¹¹, vor § 32, kn. 57.

¹²⁶ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 86; Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 176, dn. 56. Alman İmparatorluk Mahkemesinin önüne gelen bir olayda, bir orman denetçisi ve orman işçisi kaçak avlanan sanığı fark ederler ve takibe başlarlar. Takip sırasında her iki taraf arasında karşılıklı silah atışı yapılır. Sanık tarafından yapılan atışlardan biri orman işçisine isabet eder ve orman işçisi yaralanır. Orman işçisinin kaçak avlanan kişileri yakalama yetkisi bulunmasına karşın ateşli silah kullanma yetkisi bulunmamaktadır. Kararda mahkeme sanığın sadece hukuka uygun olarak gerçekleştirilen takipten kaçmaya çalışmadığı, aynı zamanda orman işçisi tarafından hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen ateşli silah kullanımına karşı kendisini savunduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, hukuka aykırı saldırıyı bertaraf etme iradesi (*der Wille der Abwehr*) meşru

failin hukuka uygunluk amacını geri plana itmedikçe, hukuka uygunluk üzerinde etkili değildir. Bilme unsuruna ek olarak hukuka uygunluk amacı da gerekli olduğundan, subjektif unsurun içeriği bakımından olası kast yeterli değildir¹²⁷.

Haksızlık alanında tipikliğin objektif ve subjektif unsurlarının uyum (*Kongruenz*) içerisinde olması asıldır. Uyumsuzluk halinde (*Inkongruenz*) bunun iki sonucu vardır. Objektif unsurlardaki eksiklikte teşebbüsten söz edilir. Subjektif unsurdaki eksiklikte ise tipiklik hatası vardır. Tipiklik nasıl objektif ve subjektif unsurlarının uyumunu gerektiriyorsa, tipikliğin karşı göstergesi (*Gegenindikation*) olan hukuka uygunluk sebeplerinin tipikliğinde de objektif ve subjektif unsurların uyumu gereklidir (uyum tezi/ *Kongruenzthese*)¹²⁸.

Eğer bilme veya hukuka uygunluk amacı şeklindeki subjektif unsurlardan biri eksikse, bu durumda, objektif unsurlarının varlığına rağmen hukuka uygunluk sebebi gerçekleşmez¹²⁹. Bu anlayışta, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları, ilgili hukuka uygunluk sebebinin varlığı

savunma hukuka uygunluk sebebinin vazgeçilmez koşuludur. Ancak sanığın aynı zamanda takipten kaçma amacını taşıyor olması, savunma iradesinin varlığına engel değildir (**RGSt**, 54, 196 vd., 199; karar için ayrıca bkz. Steinbach, **Problematic**, s. 92, dn. 2). Alman Federal Yüksek Mahkemesinin önüne gelen bir olayda ise, saldırıya uğrayan bir kişi, saldırgana karşı kendisini bıçakla savunur ve saldırganı 14 bıçak darbesiyle öldürür. Mahkeme meşru savunmanın sadece gerekli savunma iradesinin bulunması halinde var olacağını ifade etmiştir. Buna karşılık mahkeme, sanığın fiilinin kendisini savunma iradesine dayanması koşuluyla, sanığın ayrıca öfke gibi başkaca bir motivasyonla hareket etmesinin tek başına meşru savunmanın kabul edilmesine engel olmadığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre, bir fiil savunma amacını tamamen geri plana atmadığı sürece ayrıca fail başka bir amacı takip ettiğinde de hukuka uygun olabilir (BGH, **NStZ** 1983, 117 vd.).

¹²⁷ Hirsch, **LK**¹¹, vor § 32, kn. 53. Bilme unsurunu yeterli gören bir görüş için bkz. Diehl, **Unrechtsausschliessungsgründe**, s. 19-20, 33-34, 98.

¹²⁸ Maurach, **AT**³, s. 260, 199-200; Diehl, **Unrechtsausschliessungsgründe**, s. 97-98. Niese ise hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarını, haksızlığın subjektif unsurlarının simetrik karşılığı olarak (*Gegenstück eines subjektiven Unrechtselements*) ifade etmektedir (Niese, **Finalität**, s. 17). Uyum tezi kavramı ve ayrıntılı bilgi için bkz. Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 154 vd.; ayrıca bkz. Steinbach, **Problematic**, s. 294 vd.

¹²⁹ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 84; ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 278-279; Steinbach, **Problematic**, s. 293; Graul, **JuS-Lernbogen 2000**, L 42; Hyon, **CHKD 1/2017**, s. 67.

kendisine bağı olan gerçek anlamda bir unsur olarak (*echtes subjektives Rechtfertigungselement*) görülmüştür¹³⁰.

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları sadece hareketin değersizliğinin telafisi için değil, aynı zamanda neticenin değersizliğinin telafisi için de gereklidir. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmesi, tek başına neticenin değersizliğini telafi edemez¹³¹.

Hukuka uygunluk sebebinin etki doğurabilmesi objektif veya subjektif unsurlarının birlikte gerçekleşmesi halinde mümkün olduğundan, bunlardan birinin mevcut olmaması halinde, hukuka uygunluk sebebi hiç yokmuş gibi değerlendirilir. Bunun tabii sonucu olarak, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde fail tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılmalıdır¹³².

¹³⁰ Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 177. Kavram için ayrıca bkz. Waider, **Rechtfertigungselementen**, s. 95.

¹³¹ Gallas'a göre, bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş bir hukuka uygunluk sebebi faile hareket yetkisi (*Handlungserlaubnis*) vermenin yanında, korunan hukuki değerin objesine müdahale yetkisi (*Eingriffsbefugnis*) de verir. Netice değersizliğinin telafisiyle ilgili olan müdahale yetkisi, hareket değersizliğinin telafisiyle ilgili olan hareket izniyle aynı şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Eğer hareket izni yoksa, müdahale izni de yoktur. Hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsuru hareket iznini temellendirir. Bu sebeple, netice değersizliğinin telafisi için de hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsurlarının varlığı gereklidir (Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 173 vd., 166 vd.). Ayrıca bkz. Michael Köhler, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 1. Aufl., Springer, Berlin Heidelberg, 1997, s. 239; Nowakowski'ye göre ise hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının varlığı neticenin değerliliğinin varlığı için yeterli değildir. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının varlığı anlamında hareketin değerliliği söz konusu olmadıkça neticenin değerliliğinden ve dolayısıyla neticenin değersizliğinin telafisinden söz edilemez (Nowakowski, **ÖJZ 1977**, s. 578 vd.).

¹³² Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 97; Niese, **Finalität**, s. 17-18; Hirsch, **Tatbestandsmerkmalen**, s. 254; Hirsch, **LK**¹¹, vor § 32, kn. 59, 51a; Maurach, **AT**³, s. 261; Diehl, **Unrechtsausschliessungsgründe**, s. 20, 23, 96; H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 212-213, 232; Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 174; Nowakowski, **ÖJZ 1977**, s. 578 vd.; Köhler, **AT**, s. 321-323; ayrıca bkz. Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 154; Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 260-261; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 103, 279; Steinbach, **Problematis**, s. 293; Schmid, **Verhältnis**, s. 30; Prittwitz, **Jura 1984**, s. 76; Rolf D. Herzberg, "Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage" **JA**, 4/1986, s. 190; bkz. ve krş. Alwart, **GA 1983**, s. 454-455. Hukukumuzda failin tamamlanmış suçtan cezalandırılacağı görüşünü benimseyen yazarlar için bkz. Öztürk/Erdem, **Uygulamalı**, kn. 441 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel**¹⁰, s. 279; Hakeri, **Genel**²¹, s. 317; Ozansü, **Kast**, s. 112 vd.; Ersan, **Savunma** s. 50 vd.; Kazaker, **Teşebbüs**, s. 258 vd. Alman Federal Yüksek Mahkemesi içtihatlarında subjektif unsurun yokluğu halinde ekseriyetle tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırma görüşünü benimsemektedir (Bkz. **RGSt**, 54, 199 vd.; **BGHSt**, 2, 114; BGH, **NStZ 1983**, 117 vd.; BGH,

Taksirli suçlarda da hukuka uygunluk için hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları gereklidir. Taksirli suçların hukuka uygunluğunda aranan subjektif unsurlar, kasıtlı suçlarda olandan farklı değildir. Burada da fail ilgili hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının gerçekleştiğini bilmeli ve ayrıca hukuka uygunluk amacıyla hareket etmelidir¹³³. Mesela, bıçağını çekerek saldırı amacıyla B'nin üzerine yürüyen A, C tarafından daha önce dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak yere konulmuş ve orada unutulmuş dikenli tele ayağı takılarak yaralanır. A amaçladığı saldırıyı gerçekleştiremez. C'nin davranışı, A'nın B'ye karşı gerçekleştirdiği haksız saldırıyı engellemiş olmasına rağmen, C üçüncü kişi lehine meşru savunmadan yararlanamaz. Buna karşılık, uyarı atışı yapmadan silah kullanma yetkisinin bulunduğu bir saldırı olayında kolluk görevlisi A uyarı atışı yapmak için silahını kaldırdığı sırada silah ateş alır ve saldırgan yaralanır. Yine A kendisine saldırıda bulunan B'ye ateş eder. B'ye isabet etmeyen kurşun, o anda B'ye yardıma gelen C'ye isabet eder. Bu iki olayda ise, fail tipe uygun neticenin gerçekleşeceğini düşünmemiş olsa da savunma amacıyla hareket etmekte olduğundan hukuka uygunluk sebebinden yararlanır¹³⁴.

Buna karşılık, az sayıda da olsa, finalist suç öğretisini benimsemekle birlikte, subjektif unsurların gerekliliğinin temellendirilmesinde şahsi haksızlık anlayışından hareketle unsurlar arası telafi modeline başvuran yazarlar¹³⁵ da bulunmaktadır. Ancak bu yazarların görüşleri şahsi haksızlık öğretisini benimseyen yazarların görüşleriyle aynı olduğundan burada zikredilmeyecektir¹³⁶.

NStZ 1996, 29 vd.; BGH, **NStZ 2005**, 332 vd.; BGH, **NStZ 2007**, 325 vd.; BGH, **NStZ-RR 2012**, 84). Ancak uygulama, subjektif unsurun gerekliliğinin temellendirilmesinde olduğu gibi yokluğuna bağlanacak sonuçların da gerekçelendirmesini yapmamaktadır (Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 286; Steinbach, **Problematisierung**, s. 293).

¹³³ Hirsch, **LK**¹¹, vor § 32, kn. 58; Maurach, **AT**³, s. 469; Nowakowski, **ÖJZ 1977**, s. 579-580.

¹³⁴ Maurach, **AT**³, s. 469-470; ayrıca bkz. Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 155 vd.

¹³⁵ Bkz. Schaffstein, **MDR 1951**, s. 199.

¹³⁶ Bu konuda bkz. İkinci Bölüm, I, B, 3. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi başlığı altında yapılan açıklamalar.

B. Şahsi Haksızlık Öğretisi

Klasik öğretinin objektif haksızlık anlayışı, neoklasik öğretilerde bazı suç tipleri bakımından haksızlığın subjektif unsurlarının kabul edilmesiyle terk edilmeye başlanmıştır. Final hareket öğretisiyle birlikte ise şahsi haksızlık anlayışına ulaşılmıştır. Hareketin değersizliğinin neticenin değersizliği yanında veya elverişsiz teşebbüste olduğu gibi bazı durumlarda onun yerine haksızlık alanına dahil edildiği bu anlayış ceza hukuku dogmatikğinde ağırlık kazanarak büyük ölçüde kabul görmüştür¹³⁷.

Finalist öğretinin şahsi haksızlık kavramı ve bundan etkilenen kusur anlayışı, üzerine inşa edildiği final hareketle sıkı bir ilişki içerisinde¹³⁸. Fakat final hareket öğretisi birçok açıdan eleştiriye uğramıştır. Özellikle basit taksir ve ihmalle işlenen suçları açıklamakta yaşanan güçlük, keza suçun yapısına ilişkin açıklamaların final hareketle bağlı olması, ancak final hareketin ceza hukuku sisteminin yapıtaşı olarak elverişli olmadığı düşüncesi, bu öğretinin önemini git gide yitirmesine sebep olmuştur¹³⁹.

Final hareket öğretisinin büyük ölçüde terk edilmesine rağmen, şahsi haksızlık anlayışı bundan bağımsız olarak gelişmeye ve hakim öğreti olarak konumu korumaya devam etmiştir¹⁴⁰. Bu çerçevede, neoklasik öğretille ulaşılan ceza hukuku dogmatikği temelinde, haksızlık öğretisine müracaat edilerek ve haksızlığa şahsi bir dönüşüm verilerek, final hareket öğretisi esas alınmadan da bu öğretille aynı sonuçlara ulaşılabileceği kabul edilmiştir. Böylece, final hareket öğretisinin karşılaştığı itirazlarla karşılaşmadan ve hareket öğretileri

¹³⁷ Lenckner, S/S²⁶, vor §§ 13, kn. 52; Hans-Joachim Rudolphi, "Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre", **Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag**, Ed.: Friedrich-Christian Schroeder, Heinz Zipf, C.F. Müller, Karlsruhe, 1972, s. 51; Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 18.

¹³⁸ Steinbach, **Problematik**, s. 48.

¹³⁹ Roxin, **AT/I**⁴, § 8, kn. 19.

¹⁴⁰ Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 118; Meraklı, **Kusur**, s. 143.

arasındaki bitmek tükenmek bilmeyen tartışmalardan bağımsız olarak şahsi haksızlık öğretisi (*personale Unrechtslehre*) geliştirilmiştir¹⁴¹.

Şahsi haksızlık öğretisiyle şekillendirilen ve bugün Alman ceza hukuku literatüründe de hakim konumunda olan bu suç sistemi, finalist öğretinin suç sistemine ilişkin ulaştığı sonuçlara kastın da haksızlık tipine dahil edilerek neoklasik öğretinin tamamlanması suretiyle ulaşılması dolayısıyla, neoklasik-finalist sentezci suç öğretisi olarak da anılmaktadır¹⁴².

1. Haksızlık Anlayışı ve Haksızlığın Yapısı

a. Kastın Bütün Kasıtlı Suçlar Bakımından Haksızlığın Subjektif Unsuru Olarak Kabulü

Neoklasik öğretilerde belirli suç tipleri bakımından haksızlığın subjektif unsurlarının varlığı zaten kabul edilmiştir. Ayrıca kastın gai bir anlamı haiz olduğu final hareket öğretisini reddedenler tarafından da kabul edilmektedir. Tartışmalı olan husus gai bir niteliği haiz olan kastın haksızlık alanına nasıl dahil edileceğidir¹⁴³.

¹⁴¹ Haft, *AT*⁹, s. 24; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 210, 213; Reip, *Täterhandeln*, s. 119; Mylonopoulos, *Verhältnis*, s. 18; Baumann/Weber, *AT*⁹, s. 287, dn. 21; Heinrich, *AT*⁵, § 7, kn. 105. “Şahsi haksızlık öğretisi” şeklindeki isimlendirme, bugün için oldukça geniş bir çerçevede ve farklı kapsamlarda kullanılmaktadır. Şahsi haksızlık öğretisi kavramı, bir önceki başlık altında incelenen finalist öğretinin haksızlık anlayışı, bu başlık altında incelenen neoklasik-finalist sentezci suç öğretisinin haksızlık anlayışı ve bir sonraki başlık altında incelenecek olan monist-subjektivist haksızlık anlayışını da kapsayacak şekilde geniş anlamda da kullanılmaktadır. Bu üç öğretinin haksızlık anlayışlarının da şahsi haksızlık olduğu hususunda bir tereddüt yoktur. Buna karşılık, her üç öğretinin haksızlık anlayışlarının temellerinin farklı esaslara dayanması sebebiyle, biz şahsi haksızlık öğretisi kavramını dar anlamda şahsi haksızlık öğretisi olarak sadece neoklasik-finalist sentezci öğretinin şahsi haksızlık anlayışıyla sınırlı kullanacağız. Aynı yönde olmak üzere Reip şahsi haksızlık öğretilerinden kastın “dar anlamda şahsi haksızlık öğretisi (*die personale Unrechtslehre in einem engeren Sinne*)” olduğunu ifade etmekte ve *Welzel*’in şahsi haksızlık anlayışını bunun dışında tutmaktadır (Reip, *Täterhandeln*, s. 79, dn. 209). *Zielinski* ise geliştirmiş olduğu subjektif haksızlık öğretisi için “şahsi haksızlık öğretisi” kavramını bilinçli olarak kullanmadığını ifade etmektedir (*Zielinski, Unrechtsbegriff*, s. 5, dn. 1).

¹⁴² Roxin, *AT/I*⁴, § 7, kn. 23-24; Özgenç, *Genel*¹⁵, s. 171 vd.; Meraklı, *Kusur*, s. 180-181.

¹⁴³ Gallas, *ZStW* 67 (1955), s. 32; Stollwerck, *Tatbestandsmerkmale*, s. 114; Ebert/Kühl, *Jura* 1981, s. 231.

Finalist öğreti kastı fiilin failik unsuru olarak haksızlık tipine dahil etmektedir. Kastın şahsi bir bileşen olarak haksızlık alanına aktarılması ve şahsi haksızlığın özünü oluşturması suçun yapısına ilişkin hukuki çözümleme veya değerlendirmelerin bir gereği olarak değil, hareketin ontolojik yapısından kaynaklanan zorunlu bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır¹⁴⁴.

Ancak şahsi haksızlık öğretisine taraf olan yazarlara göre, kastın nerede konumlandırılacağı sadece fiile ilişkin ontolojik mülahazalara bağlı olarak açıklanamaz¹⁴⁵. Kastın konumu daha ziyade bir değerlendirme problemidir ve suç tipinin ifade ettiği haksızlığın anlamına (*Unrechtssinn des Deliktstypus*) müracaat etmeksizin belirlenemez. Şayet tipik fiilden veya tipik haksızlığın mahiyetinden kaynaklanan bir gereklilik söz konusuysa, sadece final değil herhangi bir diğer hareket öğretisi ve hatta illi hareket öğretisi kabul edilerek de kastın haksızlık tipine dahil olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu açıdan, kastın haksızlık tipine dahil edilmesi için final hareket öğretisine taraftar olmak gerekli değildir¹⁴⁶.

Kastın haksızlık alanına aidiyeti birçok sebebe dayandırılmıştır. Belirtmek gerekir ki, aşağıda incelenecek olan argümanların bir kısmı final hareket öğretisinin savunucuları tarafından geliştirilmiş ve öğretinin haklılığını kanıtlamak için ileri sürülmüştür¹⁴⁷. Buna karşılık, söz konusu argümanlar şahsi haksızlık öğretisini benimseyen yazarlar tarafından kastın konumuna ilişkin bağımsız ve finalist öğretiye alternatif argümanlar olarak kullanılmıştır.

¹⁴⁴ Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 5-6.

¹⁴⁵ Final hareket öğretisinin kastın tipikliğe tahsisi bakımından yeterli ve elverişli olmadığı yönünde eleştiriler için bkz. Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 32; Roxin, **AT/I**⁴, § 10, kn. 67; Meraklı, **Kusur**, s. 165.

¹⁴⁶ Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 32-33; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 232; Steinbach, **Problematik**, s. 37; Meraklı, **Kusur**, s. 165-166; Paul, **Einwilligung**, s. 18.

¹⁴⁷ Krauß, **ZStW 76 (1964)**, s. 39.

(1) Ceza Normunun Çifte Fonksiyonu

Bu görüşe göre, kastın haksızlık tipine dahil olması ceza normunun yapısından kaynaklanmaktadır. Burada yine emredici teoriden hareket edilir. Ceza hukuku normları emredici normlardır ve biri değerlendirci diğeri ise belirleyici norm olmak üzere çifte fonksiyona sahiptir.

Objektif nitelikteki değerlendirci norm, kişilerin davranışları ve bu davranışların sonuçları üzerinde hukuk noktai nazarından bir değer yargısında bulunur. Bu norm herhangi bir kişiye yönelmemiştir. Genel olarak, hukuk düzeninin olması gerekene ilişkin yargısını bildirir. Bir davranış ve buna bağlı olarak dış dünyada ortaya çıkan netice, diğeri bir ifadeyle, bir bütün halindeki olay veya durum hukuken tasvip edilen veya tasvip edilmeyen olarak değerlendirilir. Dış dünyada meydana geliş şekli itibarıyla hukuken tasvip edilmeyen olarak nitelendirilen hareket ve neticeler, değerlendirci norma aykırılık teşkil etmesi dolayısıyla hukuka aykırılığı temellendirir ve bunlar haksızlık olarak ortaya çıkar¹⁴⁸.

Ancak ceza hukuku normlarının fonksiyonu bununla sınırlı değildir. Ceza hukuku normları belirleyici fonksiyona da sahiptir. Belirleyici norm, kişinin isnat yeteneği bulunup bulunmadığı veya kendisini şahsen motive edebilirliği dikkate alınmaksızın hukuka tabi olan her bir ferdi muhatap alır ve değerlendirci norm tarafından tasvip edilmeyen olarak nitelendirilen tipe uygun hukuki değer ihlallerinden kaçınma konusunda kişilerin davranışlarını belirleyen bir emir veya yasağı içerir. Normun muhataplarından, emir veya yasak karşısında kendilerini içerik olarak hukuka uygun olana göre motive etmeleri istenir. Belirleyici norm bu yönüyle bir yükümlülük normudur. Failin kendisini hukuka aykırı olandan, yani bir haksızlığı gerçekleştirmekten yana motive

¹⁴⁸ Jescheck/Weigend, AT⁵, s. 236-237; Lenckner, S/S²⁶, vor §§ 13, kn. 49; Steinbach, Problematik, s. 51.

etmesi ve bu itibarla da iradesini bir suç tipinin objektif unsurlarını gerçekleştirmeye yöneltmesi, yükümlülüğe aykırılık olarak değerlendirilir¹⁴⁹.

Değerlendirici norma aykırılık gibi belirleyici norma aykırılık da bir norma aykırılık olarak hukuka aykırılığı temellendirir ve haksızlık teşkil eder. Belirleyici norma aykırılık, normatif-psikolojik kusur öğretisinde kabul edilenin¹⁵⁰ aksine kusur alanında değil haksızlık alanında sonuç doğurur. Belirleyici norm doğrudan doğruya failin iradesi ve iradesinin içeriğiyle ilgili olduğundan, tipe uygun hareket iradesi, yani kast, kusurun değil haksızlığın bir unsuru haline gelir ve şahsi hareket değersizliğinin çekirdeğini oluşturur (kast değersizliği/*Intentionsunwert*)¹⁵¹.

Normun çifte fonksiyonu taksirli suçlar bakımından da önemi haizdir. Bu suçlarda belirleyici norm, kişilerden hayatın akışı içerisinde gerçekleştirdikleri fiillerde dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayı emreder ve bu yükümlülüğe aykırılık, taksirli suçların hukuka aykırılığını ve şahsi hareket değersizliğini şekillendirir. Böylece kast ve taksir haksızlık tipi içerisinde birbirinden ayrılır¹⁵².

(2) Suça Teşebbüsün Belirlenmesine İlişkin Zorunluluğun Genelleştirilmesi

Haksızlığın subjektif unsurlarına yer verilmeyen klasik suç öğretisinde teşebbüs aşamasında kalmış suçların haksızlığını açıklamanın mümkün olmaması sebebiyle, neoklasik suç öğretisinde kast, fiilin teşebbüs aşamasında kalmış olmasıyla sınırlı olarak, istisnaen haksızlığın subjektif unsuru olarak

¹⁴⁹ Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 156; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 237; Lenckner, **S/S**²⁶, vor §§ 13, kn. 49; Steinbach, **Problematik**, s. 50, 60-61; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 114; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 232.

¹⁵⁰ Bkz. Birinci Bölüm, I, B, 3. Normatif-Psikolojik Kusur Anlayışı başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁵¹ Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 238, 242; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 232; Lenckner, **S/S**²⁶, vor §§ 13, kn. 54/55; Steinbach, **Problematik**, s. 50-51; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 114; Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 18; Meraklı, **Kusur**, s. 166.

¹⁵² Lenckner, **S/S**²⁶, vor §§ 13, kn. 54/55; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 242; Steinbach, **Problematik**, s. 60; Reip, **Täterhandeln**, s. 119.

kabul edilmiş, ancak suçun tamamlanması durumunda genel kurala sadık kalınarak kusur içerisinde konumlandırılmıştır¹⁵³.

Şahsi haksızlık öğretisi taraftarlarına göre de, teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda tipe uygun haksızlık kastın gai içeriğine müracaat etmeksizin temellendirilemez. Teşebbüs başarıya ulaşmamış salt bir illi süreçten ibaret değildir. Elverişli teşebbüs hallerinde hukuki değerin tehlikeye düşürülmüş olması da teşebbüsün haksızlığını açıklayamaz. Zira hukuki değerin salt tehlikeye düşürülmüş olması, en fazla failin hukuka aykırı bir neticeye sebep olduğunu gösterir. Ancak suç tipi veya zarar tipi (*Verletzungstatbestand*) anlamında bir haksızlık gerçekleştirdiğini göstermez. Teşebbüs failin belirli bir neticeyi hedefleyen, tamamlanmış suçun kasıtlı olarak işlenmesine yönelmiş iradesi tarafından taşınan bir hareketidir. İradenin içeriği, yani kast teşebbüsün haksızlığı bakımından kurucu niteliktedir¹⁵⁴. Mesela, 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, fiilinin 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 zahirten aynı olan davranışın cezalandırılabilirliğinde ortaya çıkan bu fark, failin suç tipini gerçekleştirmeye yönelik iradesinin teşebbüs aşamasında kalmış suçların haksızlığını temellendirmek için vazgeçilemez olduğunu göstermektedir¹⁵⁵.

¹⁵³ Bkz. Birinci Bölüm, I, B, 2, b, (4) Teşebbüs Aşamasında Kalmış Suçlar başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁵⁴ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 41; Gallas, *ZStW* 67 (1955), s. 34-35; Niese, *Finalität*, s. 21; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 242; Steinbach, *Problematic*, s. 61.

¹⁵⁵ Gallas, *ZStW* 67 (1955), s. 35; Niese, *Finalität*, s. 24; Roxin, *AT/I*⁴, § 10, kn. 64.

Kastın teşebbüsün haksızlığına dahil olduğu, teşebbüse ilişkin kanuni düzenlemelerden de anlaşılmaktadır. Nitekim söz konusu düzenlemelerde suç işleme *kararından* (e.AI.CK § 43), suç teşkil eden fiile ilişkin *tasavvurdan* (AI.CK § 22) veya işlemeye *kast* edilen bir suçtan (TCK m. 35) söz edilerek, failin tipikliği gerçekleştirme iradesinin teşebbüsün haksızlığı bakımından kurucu niteliği açıkça belirtilmiş olmaktadır¹⁵⁶.

Teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda tipe uygun haksızlık sadece kastın gai içeriği yardımıyla temellendirilebiliyor ve kastın haksızlığa ait bir unsur olduğu kabul ediliyorsa, kast ile haksızlık tipi arasındaki bu ilişkinin suçun tamamlanmasıyla neden değiştiğini izah etmeye ve kastın suçun yapısı içerisindeki konumu ve rolünü tamamlanmış suçlar bakımından farklı düşünmeye imkan yoktur. Zira bütün tamamlanmış suçlar teşebbüs aşamasından geçerek tamamlanır. Bu geçiş, suçun harici yönünde ve çok defa tesadüflere ve failin tam olarak iktidarında olmayan illi faktörlere bağlı olarak gerçekleşir. Ancak fiilin iç yönünde, yani gailikte değişen bir şey yoktur. Gailik bu haksızlık niteliğini suçun teşebbüs aşamasından tamamlanmış suç aşamasına geçerken kaybetmez ve kusur içeriğine dönüşmez. Bu itibarla, kast tamamlanmış suçlarda da tipikliğe ait bir unsurdur¹⁵⁷ ve hareketin kast değersizliğini temellendirir¹⁵⁸. Suçun tamamlanması veya tipik neticenin gerçekleşmesi, diğer bir ifadeyle, iradenin içeriğinin dış dünyada kamilen realize olması hareketin kast değersizliği üzerinde etkili olmaz. Sadece olgu değersizliğini temellendirir¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Niese, **Finalität**, s. 21; Niese, **DRiZ 1951**, s. 222; Krauß, **ZStW 76 (1964)**, s. 39, 54.

¹⁵⁷ *Engisch* bu argümanın yapmacık olduğu ve ikna edici olmadığını ifade etmektedir (Engisch, **FS-DJT/I**, s. 436).

¹⁵⁸ Krauß, **ZStW 76 (1964)**, s. 39, 54; Niese, **Finalität**, s. 21-22, 25; Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 41, 61; H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 142-143; Steinbach, **Problematisierung**, s. 54, 62; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 229; Lenckner, **S/S**²⁶, vor §§ 13, kn. 54/55; Roxin, **AT/I**⁴, § 10, kn. 64; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 46. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2016, § 5, kn. 199; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 116; Sözüer, **Teşebbüs**, s. 103.

¹⁵⁹ Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 35.

(3) Kastın Kanun Koyucu Tarafından Haksızlığın Subjektif Unsuru Olarak Kabul Edilmesi

Kastın haksızlığın bir unsuru olması aynı zamanda kanun koyucunun bir tercihi olarak ortaya çıkmakta ve kanuni düzenlemelerden de anlaşılmaktadır¹⁶⁰.

Alman Ceza Kanunun tipiklik hatasını düzenleyen 16. paragrafında fiilin işlenmesi sırasında suçun kanuni tanımına ait unsurları bilmeyen kişinin kasten hareket etmiş olmayacağı belirtilmiş, yasak hatasını düzenleyen 17. paragrafında ise failin fiili icra ettiği sırada haksızlık işlediğinin idrakinde olmaması ve bu hatanın kaçınılmaz olması halinde kusurlu hareket etmemiş olduğu ifade edilmiştir. Benzer şekilde Türk Ceza Kanunun 30. maddesinin 1. fıkrasında fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kişinin kasten hareket etmiş olmayacağı, 4. fıkrasında ise işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir. 4. fıkranın gerekçesinde ise kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu her iki kanunda da şahsi haksızlık anlayışının bir sonucu olarak hata hükümleri bakımından kastın tipikliğe ve haksızlık bilincinin kusura ait olduğu kusur teorisinin benimsendiğini göstermektedir¹⁶¹.

Yine Alman Ceza Kanunun azmettirmeyi düzenleyen 26. paragrafında, bir başkasını kasten işlenen hukuka aykırı bir fiil için kasten azmettiren kişinin faille aynı şekilde cezalandırılacağı, yardım etmeyi düzenleyen 27. paragrafında ise, bir başkasına kasten işlenen hukuka aykırı bir fiil için kasten yardımda bulunan kişinin yardım eden olarak cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Türk Ceza

¹⁶⁰ Hans-Joachim Hirsch, “Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, **ZStW**, 93 (1981), s. 839; Schünemann, **GA 1985**, s. 371; Steinbach, **Problematic**, s. 56.

¹⁶¹ Hirsch, **ZStW 93 (1981)**, s. 839; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 108; Schünemann, **GA 1985**, s. 371, dn. 122; Tunç, **Hata**, s. 125.

Kanunun bağıllık kuralına ilişkin 40. maddesinde ise suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir fiilin varlığı gerekli ve yeterli görülmüştür. Madde gerekçesinde ise failin bu fiil sebebiyle kusurlu olmasının gerekli olmadığı ifade edilmiştir. Böylece her iki kanunda da şeriklerin sorumluluğunun tespiti bakımından sınırlı bağıllık kuralı (*limitierter Akzessorietät*) benimsenmiştir¹⁶².

Sınırlı bağıllık kuralına göre şerikliğin cezalandırılabilmesi için tipe uygun ve hukuka aykırı bir asıl fiilin varlığı gerekli ve yeterlidir. Kast ve taksirin tipikliğe ait olmayıp kusurun unsurları olarak görülmesi halinde, fiilin tipe uygunluğu ve hukuka aykırılığı, kasten veya taksirle işlenmesinden bağımsız olarak ortaya çıkar. Bu durumda ise şeriklik bakımından asıl fiilin kasten veya taksirle işlenmesinin bir önemi bulunmaz. Bu da taksirle, hatta kaza veya tesadüfün bir eseri olarak ortaya çıkan asıl fiile kasıtlı olarak iştirak etmenin mümkün olması anlamına gelir. Bu açıdan, her iki kanunda da benimsenmiş olan sınırlı bağıllık kuralı, ancak kast ve taksirin haksızlık tipinde birbirinden ayrıldığı şahsi haksızlık anlayışı esas alındığında kullanılabilir¹⁶³.

Kanun koyucunun kast ve taksirin haksızlık tipine aidiyetini kabul ettiğini gösteren bir diğer kanuni düzenleme olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 223. maddesi gösterilebilir. Maddenin 2. fıkrasının c bendinde, yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması halinde beraat kararı verileceği, 3. fıkrasında ise failin kusurunun bulunmaması halinde ceza verilmesine yer olmadığı kararının verileceği düzenlenmiştir. Böylece kanun koyucu kast ve taksiri kusurdan ayırmış ve haksızlık tipine dahil etmiştir¹⁶⁴.

¹⁶² Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 112 vd.; Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band II, 1. Aufl., C.H. Beck, München, 2003, § 26, kn. 32 vd.; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 655-656; Koca/Üzülmüş, **Genel**¹², s. 474 vd.

¹⁶³ Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 546; Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 36; Roxin, **AT/II**, § 26, kn. 32, 35; Hirsch, **ZStW 93 (1981)**, s. 839; Schünemann, **GA 1985**, s. 371, dn. 122; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 108; Meraklı, **Kusur**, s. 342; Tunç, **Hata**, s. 125.

¹⁶⁴ Aynı yönde bkz. Meraklı, **Kusur**, s. 341.

(4) Fiilin Niteliğinin Belirlenmesinden Kaynaklanan Zorunluluk

Şahsi haksızlık öğretisi taraftarlarına göre, kastın haksızlık tipinde değerlendirilmemesi çeşitli sorunları da beraberinde getirir. İlk olarak, objektif olarak bakıldıklarında hem haklı hem de haksız olarak nitelendirilebilecek çok sayıdaki durumun varlığı sebebiyle, davranışın tipe uygun veya haksız olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. İkinci olarak, gerçekleşmesi muhtemel suç tiplerinden hangisinin ihlal edildiğinin ve hangi suç dolayısıyla inceleme yapılacağının tespiti de güçleşmektedir¹⁶⁵.

Geç saatte apartmana gelen A üst komşusunun kapısını açmaya çalışır. Objektif olarak bakıldığında aynı olan bu fiilin, failin kastına göre; konut dokunulmazlığını ihlal suçuna veya hırsızlık suçuna teşebbüs olarak değerlendirilmesi ya da sadece kapıları karıştırmış olması halinde hiçbir suç tipinin gerçekleştirmemiş olması mümkündür¹⁶⁶.

A tarafından yapılmış bir silah atışı sonucunda B ölür. Objektif haksızlık anlayışı kabul edildiğinde, kasten ve taksirle işlenen suçların haksızlık içeriğinde herhangi bir fark söz konusu olamayacağından, haksızlık alanında A'nın kasten öldürme suçunun mu, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin mi yoksa taksirle öldürme suçunun mu tipikliğini gerçekleştirdiği birbirinden ayrılamaz. A'nın hangi suç tipini ihlal ettiği ancak kusur alanında belirlenebilir¹⁶⁷.

Yine suça teşebbüs ve iştirake ilişkin hükümler sadece kasten işlenen fiillere uygulanabilir olduğundan, suçun bu özel görünüş biçimleri bakımından

¹⁶⁵ Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 229, 232; Steinbach, **Problematic**, s. 52-53.

¹⁶⁶ Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 243; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 232; Steinbach, **Problematic**, s. 53; Reip, **Täterhandeln**, s. 119.

¹⁶⁷ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 61; Niese, **DRiZ 1951**, s. 222; Steinbach, **Problematic**, s. 58-59.

değerlendirme, ancak kusur sorunu hakkında karar verildikten sonra yapılabilecektir¹⁶⁸.

Kastın tipikliği inşa edici bir unsur olarak, suç tipinin profilini çıkarma, karakteristik ana hatlarını belirleme, suç tiplerini ve ceza hukuku bakımından önemli olan ile olmayan hareketleri birbirinden ayırma ve haksızlığı derecelendirme fonksiyonları vardır. Bu sebeple, kast ilk defa kusur alanında ele alınamaz, tipikliğin bir unsurudur¹⁶⁹.

(5) Bazı Suç Tanımlarında Kasıtlı (Final) Fiilin Varlığını Gerektiren İfadelerin Kullanılmış Olması

Kastın haksızlık tipine aidiyeti konusunda ileri sürülen bir diğer argüman da, bir çok suç tipinde yer alan ve ancak gai bir faaliyet olarak anlaşılabilir ifadelerin (*finaler Tätigkeitsworte*) kullanılmış olmasıdır. Bu ifadeler Türkiye ve Alman Ceza Kanunlarındaki “direnmek/*Widerstand leisten*” (TCK m. 265; Aİ.CK § 113), “aldatmak/*vorspiegeln*” (TCK m. 157; Aİ.CK § 263), “kaçırmak/*entführen*” (TCK m. 234; Aİ.CK § 239a), “uydurmak/*vortäuschen*” (TCK m. 271; Aİ.CK § 145d), “yardım etmek/*Hilfe leisten*” (TCK m. 98; Aİ.CK § 323c), “sahte olarak düzenlemek/*verfälschen*” (TCK m. 204; Aİ.CK § 267), “cinsel davranışta bulunmak/*sexuelle Handlungen vornehmen*” (TCK m. 102-103; Aİ.CK § 174 vd.), “zorlamak/*nötigen*” (TCK m. 107; Aİ.CK § 240), “bulunduğu yerden almak/*wegnehmen*” (TCK m. 141; Aİ.CK § 242) misal gösterilebilir¹⁷⁰.

Bu görüşe göre, söz konusu ifadeler gai bir faaliyeti gerektirir ve illi olarak yorumlanmaları tipik anlam içeriklerini yitirmelerine sebep olur. İradenin

¹⁶⁸ Steinbach, **Problematisierung**, s. 53.

¹⁶⁹ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 61; Hellmuth von Weber, “Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund”, **JZ**, 1951, s. 262; Niese, **DRiZ** 1951, s. 222; Roxin, **AT/I**⁴, § 10, kn. 62 vd.; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**⁴⁶, § 5, kn. 195.

¹⁷⁰ von Weber, **Aufbau**, s. 12, 9 vd.; Hellmuth von Weber, **Grundriss des Deutschen Strafrechts**, 2. Aufl., Ferd. Dümmlers Verlag, Bonn, 1948, s. 54 vd., 63 vd.; Gallas, **ZStW** 67 (1955), s. 33; Steinbach, **Problematisierung**, s. 51-52; Ebert/Kühl, **Jura** 1981, s. 232; Roxin, **AT/I**⁴, § 10, kn. 65.

içeriği, yani failin kastı dikkate alınmaksızın tipikliğe ilişkin bir değerlendirmede bulunmak mümkün olmadığından, bu suç tiplerinde kastın haksızlığı kurucu nitelikte olduğu sonucuna ulaşılır¹⁷¹.

Ancak ileri sürülen bu argümanın neoklasik öğretide bazı suç tipleri bakımından kabul edilen haksızlığın subjektif unsurlarını aştığı söylenebilirse de, kastın tipikliğe aidiyeti konusunda bütün suç tiplerini şamil bir etkisinin olmadığını belirtmek gerekir.

(6) Haksızlık Teşkil Eden Ancak Kusurlu Olarak İşlenmemiş Fiillerden Dolayı Güvenlik Tedbirlerine Hükmedilmesi

Son olarak, kusurlu olarak işlenmeyen fiiller bakımından da kanun koyucunun güvenlik tedbiri nev'inden yaptırımlar öngörmüş olmasının, kastın tipikliğe ait bir unsur olduğunu gösterdiği ileri sürülmüştür. Kusurlu olmaması dolayısıyla failin cezalandırılmadığı ancak fail hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilen durumlarda da failin en azından belirli bir tipik fiili gerçekleştirmeye yönelmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu sebeple, kast ilk defa kusur alanında ele alınamaz¹⁷².

Düşüncemize göre, objektif haksızlık anlayışı esas alındığında güvenlik tedbirlerinin salt haksızlığın gerçekleştirilmesine dayandırılmayacağı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Objektif haksızlık anlayışında kaza veya tesadüf eseri olarak ortaya çıkan neticeler bakımından da tipik haksızlığın gerçekleştiği kabul edilecektir. Fail hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi en azından kasten veya taksirle bir haksızlığın gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır. Fakat bu durum kast veya taksirin illaki

¹⁷¹ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 63; Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 33; Lenckner, **S/S**²⁶, vor §§ 13, kn. 54/55; Steinbach, **Problematis**, s. 51-52, 63; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 232; Roxin, **AT/I**⁴, § 10, kn. 65; Stratenwerth/Kuhlen, **AT**⁶, § 8, kn. 53 vd.; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 114-115.

¹⁷² Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 243; Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 36.

haksızlık alanına tahsis edilmesini de gerektirmez. Zira isnat yeteneğinin kusurun, diğer bir ifadeyle, kast ve taksirin ön koşulu olduğu psikolojik kusur anlayışında her ne kadar isnat yeteneği bulunmayanların kasten veya taksirle de hareket edemeyecekleri sonucuna ulaşılsa da, normatif-psikolojik kusur anlayışı benimsendiğinde kişinin kasten veya taksirli olarak bir haksızlığı gerçekleştirmesi ve fakat isnat yeteneğinin bulunmaması veya bir mazeret sebebinin bulunması dolayısıyla kusurlu olmadığı pekala söylenebilir.

b. Hareket ve Neticenin Haksızlığı

Şahsi haksızlık öğretisinde kast yukarıda açıklanan çok sayıdaki argümana dayanılarak, final hareket öğretilmesine taraftar olmaya gerek olmaksızın, haksızlık alanına tahsis edilmiştir. Ceza hukuku haksızlığı salt objektif bir şekilde anlaşılamaz. Haksızlığın belirlenmesinde ne objektif ne de subjektif unsurlardan vazgeçilebilir¹⁷³. Böylece, şahsi haksızlık öğretisinde haksızlığın bileşenleri, diğer bir anlatımla unsurları finalist suç öğretisinde olduğu gibi şekillenmiştir.

Haksızlığın şahsi nitelikteki ilk bileşenini kast oluşturmaktadır. Kast, tipikliğin gerçekleştirilmesine yönelmiş hareket iradesi olup, bütün kasıtlı suçlar bakımından haksızlığın genel subjektif unsurunu ve şahsi hareket haksızlığının çekirdeğini oluşturur¹⁷⁴.

Bunun yanında bazı suç tiplerinde suçun temel veya nitelikli halleri bakımından aranan belirli amaçlar da haksızlığın özel nitelikteki subjektif unsurları olarak kabul edilmektedir. Şahsi nitelikteki bu unsurların görevi failin

¹⁷³ Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 229; Steinbach, **Problematisierung**, s. 38, 87; Stratenwerth, **SchwZStr 79 (1963)**, s. 252, 255.

¹⁷⁴ Lenckner, **S/S**²⁶, vor §§ 13, kn. 52; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 242; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 229; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 103; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 16.

hukuki değ er ihlaline yönelmiş hareket iradesini karakterize etmek ve suç tipinde bulunan harici haksızlık tanımına dahili değ ersizlik vurgusu vermektir¹⁷⁵.

Yine belirli suç tiplerinde suçun temel veya nitelikli hali bakımından hususiyet arz eden failin niteliğine ilişkin unsurlar da haksızlığın objektif ve şahsi bileşenleridir. Bunlar farklı nitelikteki failler tarafından gerçekleştirilen fiillerin farklı haksızlık içeriklerine sahip olmalarını açıklamak bakımından önemlidir. Haksızlık alanında bu tür şahsi bir bileşene yer verilmemesi halinde, bir kamu görevlisi ile sıradan bir kişinin, işledikleri aynı fiil dolayısıyla farklı şekillerde cezalandırılmalarını izah etmek mümkün olmayacaktır. Bu ancak haksızlık alanında söz konusu şahsi bileşenlerin kabul edilmesiyle m mk nd r¹⁷⁶.

Birçok suç tipinde haksızlık, salt tipik neticeye sebep olunması değil, aynı zamanda fiilin i lenme biçimiyle de inşa edilmektedir. Mesela, mal varlığına karşı suçlar ele alındığında, malvarlığının ceza hukukunda her türlü zarara u ratma fiillerine karşı korunmadığı görülecektir. Ceza hukuku malvarlığını ancak belirli saldırı biçimlerine karşı korumaktadır. Yine genel anlamda tek bir malvarlığını zarara u ratma suçundan da söz edilemez. Güvenin ihlali, cebir, tehdit, hile gibi belirli davranış biçimleriyle gerçekleştirilen malvarlığı ihlalleri çeşitli suç tiplerinin haksızlığını oluşturmaktadır. Bu itibarla, tipik neticenin yanında, hukuki değ eri ihlal eden belirli hareket biçimleri de objektif bir bileşen olarak haksızlığa dahildir¹⁷⁷.

Son olarak, birçok suç tipinde aranan ve hareketle illi bir bağlantı içerisinde ve ondan ayrı gerçekleşen tipik netice de haksızlığın objektif bir bileşeni olarak kabul edilmektedir¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 241; Steinbach, **Problematik**, s. 49, 89; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 126.

¹⁷⁶ Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 233.

¹⁷⁷ Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 240; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 231.

¹⁷⁸ Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 161; Lenckner, **S/S**²⁶, vor    13, kn. 56; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 240.

Finalist suç öğretisinde değersizlik kalıpları hareketin final yapısı tarafından şekillendirilmektedir. İlli ve gai unsurların birliği olarak anlaşılan hareketin objektif ve subjektif unsurları birbirinden ayıramaz. Hareketin değersizliği, onun haricen işleniş şekli ve şahsi bileşenlerden oluşur. Netice değersizliği ise tipik neticenin değersizliğiyle sınırlıdır¹⁷⁹. Şahsi haksızlık öğretisinde de haksızlık hareketin ve neticenin haksızlığından oluşmakta, keza hareketin haksızlığı haksızlık kavramının çekirdeğini oluşturmaktadır¹⁸⁰. Buna karşılık, bu değersizlik kalıplarının içeriklerinin ne olduğu, hangi bileşenlerin hareketin haksızlığını hangilerinin ise neticenin haksızlığını şekillendirdiği hususu oldukça tartışmalıdır¹⁸¹.

(1) Hareketin Haksızlığını Salt Subjektif Bileşenlerden İbaret Gören Görüş

Bir görüşe göre, hareketin haksızlığı salt belirleyici norma aykırılık olarak ortaya çıkar. Kasıtlı suçlarda hareketin haksızlığı, yönelinen olgu değersizliğinin gerçekleşmesinden bağımsız olarak, tipikliğin gerçekleştirilmesine yönelik, olgu değersizliğini amaçlayan iradenin değersizliğidir. Diğer bir anlatımla, belirleyici norma aykırılık anlamında objektif olarak icrasına başlanan hareketin kast değersizliğinden (*Intentionsunwert*) ibarettir. Hareketin değersizliği, teşebbüsün tamamlandığı an değil, onun başladığı anda vardır. Hareketin haksızlığı, yani kast değersizliği, elverişsiz teşebbüsün değersizliğidir. Kast değersizliğinden söz edilebilmesi için her ne kadar fiilin icrasına başlanmış olması gerekli ise de, bu sadece hareketin

¹⁷⁹ Bkz. İkinci Bölüm, I, A, 2, b. Hareket ve Neticenin Haksızlığı başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁸⁰ Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 239; Ebert/Kühl, *Jura* 1981, s. 233.

¹⁸¹ Gallas, *FS-Bockelmann*, s. 155 vd.; Rudolphi, *FS-Maurach*, s. 54; Lenckner, *S/S*²⁶, vor §§ 13, kn. 52, 56; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 240-241; Steinbach, *Problematik*, s. 40; Rehr-Zimmermann, *Struktur*, s. 15 vd.; Baba, *Haksızlık*, s. 28 vd.

varlığı anlamındadır. Hareketin haksızlığında hareketin objektif haksızlık içeriği yoktur¹⁸².

Neticenin haksızlığı ise değerlendirci norma aykırılık olarak ortaya çıkar ve hareketle gerçekleştirilen olgu değersizliğinin (*Sachverhaltsunwert*) kendisidir. Neticenin değersizliği, ilgili hukuki değer niteliği ve niceliğine, zarar veya tehlikenin türü ve ağırlığına göre ortaya çıkan durumun hukuken tasvip edilmemesidir. Neticenin değersizliğine sadece hareketin objesinin uğradığı zarar veya tehlike biçiminde ortaya çıkan tipik netice değil, şahsi ve harici bütün objektif olgular dahildir. Neticenin haksızlığı, tipik neticenin, hareketin haricen işleniş biçiminin ve objektif faillik niteliğinin değersizliğinin bütününden oluşur. Neticenin değersizliği elverişsiz teşebbüsün başladığı an ile suçun tamamlandığı an arasındaki farka göre belirlenir. Tipik neticenin aranmadığı sırf hareket suçlarında ise neticenin haksızlığı, sadece son iki objektif değersizlikle şekillenir¹⁸³. Sonuç olarak bu görüş, hareketin ve neticenin haksızlığı ayrımını büyük ölçüde tipikliğin objektif (maddi) ve subjektif (manevi) unsurlarına göre yapmaktadır¹⁸⁴.

¹⁸² Rudolphi, **FS-Maurach**, s. 65; Lenckner, **S/S²⁶**, vor §§ 13, kn. 56-57; Stratenwerth, **SchwZStr 79 (1963)**, s. 249; Günter Stratenwerth, “Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, **Festschrift für Friedrich Schaffstein, zum 70. Geburtstag**, Ed., Gerald Grünwald, Olaf Miehe, Hans-Joachim Rudolphi, Hans-Ludwig Schreiber, Otto Schwarz, Göttingen, 1975, s. 178; Rönnau, **JuS 2009**, s. 595; Manfred Burgstaller, **Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht**, 1. Aufl., Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1974, s. 175; Reip, **Täterhandeln**, s. 120; Eva Graul, “Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß”, **JuS-Lernbogen**, 1995, L 41-43; ayrıca bkz. Hirsch, **GS-Meurer**, s. 6, 10; Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 156-157; Jakobs, **AT²**, 6. Ab., kn. 76; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 236; Steinbach, **Problematik**, s. 41; Rehr-Zimmermann, **Struktur**, s. 13-14; Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 21-22.

¹⁸³ Lenckner, **S/S²⁶**, vor §§ 13, kn. 57; Stratenwerth, **FS-Schaffstein**, s. 178; Burgstaller, **Fahrlässigkeitsdelikt**, s. 175; Graul, **JuS-Lernbogen 1995**, L 41-43; Ayrıca bkz. Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 156; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 236; Steinbach, **Problematik**, s. 41.

¹⁸⁴ Jakobs, **AT²**, 6. Ab., kn. 76; Rehr-Zimmermann, **Struktur**, s. 13-14. Hareketin ve neticenin haksızlığının sırasıyla haksızlığın objektif ve subjektif yönü olarak veya belirleyici norma aykırılık ve değerlendirci norma aykırılık olarak birbirinden ayrılması, literatürde yine sırasıyla yükümlülük ihlali ve hukuki değer ihlali şeklinde de ifade edilmektedir (Lenckner, **S/S²⁶**, vor §§ 13, kn. 8 vd., 48 vd.; Rehr-Zimmermann, **Struktur**, s. 58).

(2) Hareketin Haksızlığının Objektif ve Subjektif Bileşenlerden Oluştuğunu Kabul Eden Görüş

Finalist öğretinin hareketin ve neticenin haksızlığı ayrımıyla içerik olarak aynı olan diğer bir görüşe göre ise, hareketin ve neticenin haksızlığı, bu kavramların ifade ettiği anlama göre belirlenmelidir. Neticeden anlaşılması gereken, hareketin illi sonucu olarak, korunan hukuki değerın objesinin uğradığı zarar veya tehlike biçiminde ortaya çıkan tipik neticedir. Neticenin değersizliği bu neticenin gerçekleşmesinde, korunan objenin zarar veya tehlikeye uğramasında bulunur¹⁸⁵ (*Erfolgswert als Unwert des Erfolgs*)¹⁸⁶. Bu açıdan, neticenin değersizliği kavramının içerik ve kapsamı, teşebbüsün tamamlanmasıyla sona eren yasağa aykırı hareket ile bu hareketle birleşen birçok illi faktörün sonucunda meydana gelen tipik neticenin gerçekleşmesi arasındaki farka göre belirlenir¹⁸⁷.

Hareketin haksızlığı yasaklanan hareketin bütün halindeki kendi değersizliğidir (*Handlungswert als Unwert der Handlung*)¹⁸⁸ ve hareketin haricen işleniş şekli ile diğer şahsi bileşenlerin bütününden oluşur. Şahsi bileşenler, tipikliğin gerçekleştirilmesi kararı olarak kast ve diğer özel subjektif unsurlar ile objektif özel faillik niteliğidir. Böylece hareketin haksızlığı hem fiili hem de faili esas alır¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 240; Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 155 vd., 161, 163; ayrıca bkz. Steinbach, **Problematisik**, s. 39, 89; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 16-17.

¹⁸⁶ Rehr-Zimmermann, **Struktur**, s. 16.

¹⁸⁷ Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 161, 166; Ayrıca bkz. Hirsch, **GS-Meurer**, s. 11; Rehr-Zimmermann, **Struktur**, s. 42 vd.

¹⁸⁸ Rehr-Zimmermann, **Struktur**, s. 14.

¹⁸⁹ Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 156-157, 161; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 240-241; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 231, 233; ayrıca bkz. Steinbach, **Problematisik**, s. 39-40, 89; Rehr-Zimmermann, **Struktur**, s. 47; Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 20; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 16; Elvan Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, **CHD**, 21 (2013), s. 28. Bu anlayışın hareketi illi-gai anlam birliği olarak anlayan final hareket öğretisinin anlayışıyla uyum içerisinde olduğunu ve bu yönüyle kısmen final hareket öğretisinden etkilenen yazarlarca savunulduğunu ifade etmek gerekir (krş. Gallas, **FS-Bockelmann**, s.161; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 236).

Her ne kadar neticenin değersizliği salt değerlendirici norma aykırılık olarak belirlense de, hareketin değersizliği sadece belirleyici norma aykırılık olarak anlaşılamaz. Ceza normu tipik fiili yasaklarken, sadece failin iradesini yasaklamamaktadır. Aynı zamanda onun icra edilmesini de değerlendirmekte ve tasvip edilmeyen olarak yasaklamaktadır. Hareketin değersizliği hem belirleyici ve hem de değerlendirici norma aykırılık olarak ortaya çıkar. Bu sebeple de salt kast değersizliğine inhisar edilemez. Bu görüşe göre, sırf hareket suçlarının haksızlığında neticenin değersizliği bulunmaz, bu suçların haksızlığı objektif ve subjektif unsurlarıyla hareketin haksızlığıdır¹⁹⁰.

Bu görüşte olanlara göre, hareketin haksızlığının kast değersizliğine indirgenmesi isabetli değildir¹⁹¹. İlk olarak, bu görüş hareketin haksızlığında hukuki değer ihlaline yönelmiş iradenin dışı vurumuyla yetinmektedir. Bu ise elverişsiz teşebbüsün haksızlığına tekabül eder. Halbuki elverişsiz teşebbüs istisnai bir durum olup ceza hukuku haksızlığının prototipi olarak tasvir edilemez¹⁹².

İkinci olarak, hareketin haricen işleniş şekli hukuki değerle ilişkilendirilerek neticenin değersizliğine tahsis edilmektedir. Ceza kanununun belirli davranış biçimlerini kendi özel tehlikelilikleri bakımından korunan hukuki değeri de nazara alarak cezalandırdığı doğrudur. Mesela, dolandırıcılık suçunda hileli hareketlerin mağduru savunmasız kılmasının malvarlığı zararıyla da ilgili olduğu kabul edilebilir. Fakat aynı zamanda failin aldatmaya yönelik hileli davranışı, sosyal-etik bakımından bir bayağılık teşkil etmektedir. Bu bayağılık, hukuki değerden bağımsız olarak kendi özel kötülüğü dolayısıyla bizatihi değersizlik ifade etmektedir¹⁹³.

¹⁹⁰ Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 158, 160.

¹⁹¹ Bu görüşün eleştirisi için ayrıca bkz. Hirsch, **GS-Meurer**, s. 11.

¹⁹² Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 236.

¹⁹³ Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 236.

Üçüncü olarak, failin niteliğine ilişkin objektif unsurlar da münhasıran hukuki değerle ilişkili olarak yorumlanamaz. Bu unsurlar daha ziyade failin şahsi yükümlülüğüyle ilgilidir. Bu yükümlülük ihlali ise hareketin haksızlığıyla ilişkili olarak anlaşılmalıdır. Zira bu yükümlülükler karşısında yükümlülüğün taşıyıcısı olan failin davranışı diğer insanların fiillerine nazaran özel olarak sosyal-etik değersizlik taşımaktadır¹⁹⁴.

(3) Hareketin Haksızlığı ve Netice Haksızlığı Kavramlarının Terminolojik Olarak Sorunlu Olduğu Görüşü

Yukarıda incelenen iki farklı görüş, hareketin ve neticenin haksızlığı veya değersizliği kavramlarının içeriklerini farklı şekillerde belirleseler de, bu görüşler arasında haksızlığı temellendiren unsurların ne olduğu ve haksızlık tipinin gerçekleşme süreci bakımından bir fark bulunmadığını belirtmek gerekir. Yine tipikliğin objektif ve subjektif unsurları ayırımında da herhangi bir fark söz konusu değildir¹⁹⁵.

Hareketin haksızlığını kast değersizliğinden ibaret gören birinci görüş, tipikliğin objektif ve subjektif unsurlarına ilişkin ayırma uygundur. Ancak hareket ve netice kavramlarını tipik anlamlarından farklı bir şekilde ele almaktadır. Zira harekete veya faile ait bir kısım unsurlar ve bu arada tipik netice olgu değersizliği olarak anlaşılan netice değersizliği içerisinde ele alınmaktadır.

Diğer yandan, hareketin haksızlığını kast değersizliği, hareketin haricen gerçekleştiriliş biçimi ve failin niteliğine ilişkin objektif unsurlardan müteşekkil gören ikinci görüşün, hareket ve netice kavramlarını tipik anlamları içerisinde doğru şekilde belirlediğini ifade etmek gerekir. Zira kast gibi hareketin gerçekleştirilme biçimi de harekete ait bir hususiyettir. Fakat bu görüş tarafından kabul edilen değersizlik kalıplarının tipikliğin objektif ve subjektif unsurları

¹⁹⁴ Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 236.

¹⁹⁵ Walter Gropp, “An der Grenze der Lehre vom personalen Unrecht – Eine Skizze zum Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements”, **Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag**, Ed.: Martin Heger, Grigitte Kelker, Edward Schramm, C.H. Beck, München, 2014, s. 251; Jakobs, **AT²**, 6. Ab., kn. 76.

ayrımıyla uyuşmadığı da söylenmelidir. Zira hareketin harici işleniş biçimi, netice (keza bu ikisi arasındaki illiyet) ve objektif faillik niteliği tipikliğin objektif, yani maddi unsurlarına aittir. Buna karşılık tipik hareket iradesi olarak kast ve haksızlığın diğer subjektif unsurları tipikliğin subjektif unsurlarına, yani manevi unsurlarına aittir.

Bu sebeple, değersizlik kalıplarını tipikliğin unsurlarına uygun olarak ele alan ve bu yönüyle de, başta *Frister* olmak üzere, birinci gruba dahil olan bir kısım yazarlar, hareketin ve neticenin haksızlığı veya değersizliği kavramlarının yanlış anlamalara sebebiyet verdiğini ifade etmişlerdir. Bu yazarlara göre, tipikliğin objektif unsurları haksızlığın dış dünyada meydana gelişiyile ilgilidir. Tipikliğin subjektif unsurları ise failin psişğine ait unsurları ve onun iç dünyasında gerçekleşen motivasyon sürecini ifade etmektedir. Bu sebeple, hareketin ve neticenin haksızlığından/değersizliğinden değil, olay haksızlığı/değersizliği (*Geschehensunrecht/-unwert*) ve motivasyon haksızlığı/değersizliği (*Motivationsunrecht/-unwert*) kavramlarının tercih edilmesi daha isabetlidir¹⁹⁶.

Düşüncemize göre, hareketin ve neticenin haksızlığı/değersizliği kavramlarının, ikinci görüşte olduğu gibi, kavramların tipik anlamlarına uygun olarak kullanılması gerekir. Böylece yanlış anlamaların da önüne geçilmiş olur. Ancak bu aynı zamanda tipikliğin objektif ve subjektif unsurları biçimindeki tipikliğin yapısına uygun bir ayrımın da yapılmasına engel değildir. Şu halde, biz de, haksızlık tipinin objektif unsurlarının ifade ettiği değersizliğe karşılık olgu değersizliği (*Sachverhaltsunwert*), haksızlık tipinin subjektif unsurlarının ifade ettiği değersizliğe karşılık kast değersizliği (*Intentionsunwert*) kavramlarını kullanmanın isabetli olduğunu düşünüyoruz¹⁹⁷. Zira aşağıda inceleneceği üzere, şahsi haksızlık anlayışında hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin temellendirilmesinde ve yokluğuna

¹⁹⁶ Frister, AT⁷, Kap. 8, kn. 13-14; Gropp, FS-Kühl, s. 251-252; ayrıca bkz. Dursun/Bozbayındır, İÜHFM 1/2015, s. 69, dn. 24.

¹⁹⁷ Krş. Jakobs, AT², 6. Ab., kn. 76.

bağlanan sonuçların belirlenmesinde başvuru telafi modeli (*Kompensationsmodell*) bakımından bu ayırım, özellikle Türk hukuk literatüründe sıkça karşılaşılan yanlış anlamaların da önüne geçecektir.

2. Çifte Fonksiyona Dayalı Kusur Anlayışı

Şahsi haksızlık öğretisine taraf olan yazarlar arasında kusur anlayışı bakımından bir yeknesaklık söz konusu değildir¹⁹⁸. Buna karşılık, öğretiyi benimseyen yazarların ekseriyet itibarıyla çifte fonksiyona dayalı kusur anlayışını esas aldıkları söylenebilir. Türk hukukunda da¹⁹⁹ kendisine taraftar bulan bu anlayış, bugün için Alman ceza hukuku öğretisinde de hakim konumdadır²⁰⁰.

Çifte fonksiyona dayalı kusur anlayışı, finalizmin saf normatif kusur anlayışıyla özünde büyük farklılık göstermemektedir²⁰¹. Her iki kusur anlayışı arasında kastın kusur içerisindeki işlevi bakımından bir farklılık vardır. Saf normatif kusur anlayışında kastın haksızlık alanına dahil edilmesiyle artık kusur içerisinde bir işlevinin bulunmadığı ve sadece tipikliğin subjektif unsuru olduğu kabul edilmektedir²⁰². Ancak çifte fonksiyona dayalı kusur anlayışına taraf olan yazarlarca, suç sistematigi içerisinde bir unsurun bir yere dahil edilmesiyle sadece burada tüketilmesinin gerekmediği, suçun yapısı içerisinde her bir aşamada farklı bir bakış açısının söz konusu olduğu ve kastın haksızlık alanında

¹⁹⁸ Şahsi haksızlık öğretisini benimsemekle birlikte fonksiyonel kusur anlayışına taraftar olan yazarlar için bkz. Jakobs, *AT*², 17. Ab., kn. 18 vd.; Roxin, *AT/I*⁴, § 19, kn. 33 vd. Etkileşime dayalı kusur anlayışı için bkz. Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2017, s. § 21, kn. 9. Kusur anlayışları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Meraklı, *Kusur*, s. 180 vd.

¹⁹⁹ Erman, *Yanılma*, s. 378; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel*¹⁰, s. 426; Koray Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2015, s. 196 vd.

²⁰⁰ Aynı yönde bkz. Wessels/Beulke/Satzger, *AT*⁴⁶, § 5, kn. 200; Haft, *AT*⁹, s. 24; Meraklı, *Kusur*, s. 182.

²⁰¹ Aynı yönde bkz. Meraklı, *Kusur*, s. 183.

²⁰² Bkz. İkinci Bölüm, A, 3. Saf Normatif Kusur Anlayışı başlığı altında yapılan açıklamalar. Ayrıca bkz. Lenckner, *S/S*²⁶, vor §§ 13, kn. 120/121; Meraklı, *Kusur*, s. 182.

olduğu gibi kusur alanında da işlev gördüğü kabul edilmektedir²⁰³. Keza bu durum taksirli suçlar bakımından da geçerlidir. Objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ve neticenin objektif öngörülebilirliği haksızlığın bir unsuru iken, objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün fail tarafından şahsen bilinebilir ve yerine getirilebilir olması ve neticenin şahsi öngörülebilirliği kusur alanında değerlendirilmekte, böylece taksirli suçlarda da çifte fonksiyondan söz edilmektedir²⁰⁴.

Kasten veya taksirle işlenmesine göre haksızlığın türü ve ağırlığı, kusurun derecesi ve yoğunluğu bakımından da etkilidir. Bu durum finalist öğretinin saf normatif kusur anlayışında da haksızlık bilinci bağlamında göz önünde bulundurulmakta ve hukuka aykırı davranışın bilinçli olarak icra edilmesi kusur isnadının en yoğun halini teşkil ederken, davranışın hukuka aykırılığının subjektif dikkat ve özene aykırılık ya da kaçınılabılır bir hata dolayısıyla bilinmediği durumlarda kusurun daha az bir yoğunlukta ortaya çıktığı kabul edilmektedir²⁰⁵.

Çifte fonksiyona dayalı kusur anlayışına taraftar olan yazarlarca, saf normatif kusur anlayışında kınama yargısının esasını failin başka türlü davranma imkanına sahip olmasına rağmen hukuka aykırı davranmayı tercih etmesi (*Dafür-Können* veya *Andershandelnkönnen*) oluşturduğu, ancak failin hukuka aykırı davranışı bilinçli olarak tercih etmesi ile subjektif özene aykırılık veya haksızlık hatası içerisinde icra etmesi arasında başka türlü hareket etme imkanı bakımından bir fark ortaya konulamayacağı ifade edilmektedir. Buna göre, söz konusu farklılık ancak kusur yargısının konusuna, normatif bir bağlantı noktası olarak, failin kaçınılabılır bir şekilde hatalı irade oluşumuyla ortaya çıkan zihniyeti ilave edilmelidir. Bu durumda, kusur isnadı sadece failin başka türlü hareket etme imkanı varken hukuka aykırı olanı tercih etmesi sebebiyle fiilinden

²⁰³ Lenckner, *S/S*²⁶, vor §§ 13, kn. 54/55, 120/121; Wessels/Beulke/Satzger, *AT*⁴⁶, § 5, kn. 200; Stollwerck, *Tatbestandsmerkmale*, s. 118; Haft, *AT*⁹, s. 24; Meraklı, *Kusur*, s. 187.

²⁰⁴ Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 576 vd., 594 vd.; Lenckner, *S/S*²⁶, vor §§ 13, kn. 52, 54/55.

²⁰⁵ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 164-165.

dolayı kınanması olarak değil, buna ilave olarak failin hukuken tasvip edilmeyen zihniyetinin dikkate alınmasıyla fiilinden dolayı kınanması olarak anlaşılmalıdır²⁰⁶. Şüphesiz burada tasvip edilmeyen zihniyetle failin şahsi niteliği, yani şahsi tehlikeliliği değil, hukuk karşısında somut fiilde aktüel hale gelen tutumunun değersizliği kast edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, failin fiiliyle ilgili olarak hukuk düzeni karşısındaki tutumu değerlendirmeye dahil edilmektedir²⁰⁷.

Failin fiilini kasıtlı veya taksirli olarak işlemesi haksızlığın türü ve ağırlığı bakımından olduğu gibi, kusur isnadının türü ve ağırlığı bakımından da bir fark oluşturur. Kast ve taksir bir yandan haksızlık üzerinde etkili olurken diğer yandan kusurda da etkili olmakta²⁰⁸, kasıtlı ve taksirli haksızlık söz konusu olabileceği gibi kasıtlı ve taksirli kusur da söz konusu olmaktadır²⁰⁹.

Buna göre, kast çifte fonksiyonu haizdir. Bir yandan hareketi tipik hale getirirken, diğer yandan kusuru tipik hale getirir. Haksızlık alanında failin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarıyla psikik ilişkisini ifade eder (doğal kast) ve hareketin amacının taşıyıcısı (*Träger des Handlungssinns*) olarak hareketin değersizliğini temellendirir. Kusur alanında ise kusurun bağımsız bir unsuru olarak tipikliği gerçekleştirme iradesini bilinçli bir şekilde oluşturmanın, hukuk düzeninden yana tavır almamanın ve hukuka düşman zihniyetin değersizliğinin taşıyıcısı (*Träger des Gesinnungsunwerts*) olarak ortaya çıkmaktadır²¹⁰.

Buna göre, haksızlık alanında failin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları kasten gerçekleştirip gerçekleştirmediği değerlendirilir (tipiklik kastı). Kusur alanında ise failin neden kasten hareket ettiği ve bu kastın hukuken tasvip

²⁰⁶ Lenckner, S/S²⁶, vor §§ 13, kn. 119; ayrıca bkz. Wessels/Beulke/Satzger, AT⁴⁶, § 5, kn. 201; Meraklı, **Kusur**, s. 184-185, 188.

²⁰⁷ Gallas, ZStW 67 (1955), s. 45.

²⁰⁸ Jescheck/Weigend, AT⁵, s. 243.

²⁰⁹ Lenckner, S/S²⁶, vor §§ 13, kn. 120/121.

²¹⁰ Gallas, ZStW 67 (1955), s. 45, 45, dn. 89; Gallas, FS-Bockelmann, s. 170; Lenckner, S/S²⁶, vor §§ 13, kn. 120/121; Jescheck/Weigend, AT⁵, s. 430; Wessels/Beulke/Satzger, AT⁴⁶, § 5, kn. 202; Stollwerck, Tatbestandsmerkmale, s. 118.

edilmeyen bir tasavvur temelinde bulunup bulunmadığı incelenmektedir. Şayet failin hukuk düzeni karşısında bilinçli olarak tavır aldığı ve tipikliği bu sebeple kasten gerçekleştirdiği sonucuna ulaşırsa, kasten işlenen haksızlığa uygun kast kusurunun (*Vorsatzschuld*) da varlığı sonucuna ulaşılır²¹¹.

Aynı durum taksirli suçlarda da söz konusudur. Buna göre, objektif dikkat ve özen yükümlülüğü taksirli suçun tipik hareketinin değersizliğini temellendirir. Buna karşılık, objektif dikkat ve özen yükümlülüğü ihlalinin failin kişisel yeteneği nazara alındığında faile isnat edilip edilemeyeceği ve meydana gelen neticenin fail bakımından öngörülebilir olup olmadığı, dolayısıyla failin hukuk düzenine karşı özensiz tutumu açısından taksir kusuru (*Fahrlässigkeit*) temellendirilmektedir²¹². Kast kusuru daha ağır bir kusur basamağını oluştururken, taksir kusuru buna nazaran daha düşük bir kusur basamağını oluşturur. Kusur alanındaki bu derecelendirme failin kusuruna uygun bir ceza verilmesi imkanını da sağlamaktadır²¹³.

Kusur alanında failin zihniyet değersizliğinin göz önünde bulundurulmasıyla kast ve taksir kusuru biçiminde bir derecelendirme yapılmasının, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde önemli sonuçları bulunmaktadır²¹⁴.

3. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi

Şahsi haksızlık öğretisinde hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği, haksızlığın yapısı ve unsurlar arası telafi öğretisiyle (*die Lehre von der elementweisen Kompensation*)²¹⁵ veya kısaca telafi modeliyle

²¹¹ Stollwerck, *Tatbestandsmerkmale*, s. 119; Wessels/Beulke/Satzger, *AT*⁴⁶, § 5, kn. 203.

²¹² Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 430; Meraklı, *Kusur*, s. 183. Olası kast ve bilinçli taksir hallerinde kusurun derecelendirilmesi bakımından ayrıca bkz. Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 300, 430.

²¹³ Wessels/Beulke/Satzger, *AT*⁴⁶, § 5, kn. 201.

²¹⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, D, 2, d. Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi başlığı altında yapılan açıklamalar.

²¹⁵ Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 92 vd.

(*das Kompensationsmodell*)²¹⁶ temellendirilmektedir. Telif modeli aynı zamanda mahsup modeli (*das Saldierungsmodell*)²¹⁷ olarak da anılmaktadır.

Telif modeli ise temelde ayırım tezine (*die These der getrennten Rechtfertigung*²¹⁸/ *die These von der inkongruenten Rechtfertigung*²¹⁹) dayanmaktadır. Ayırım tezine göre, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif ve subjektif unsurları haksızlık üzerinde birbirinden ayrı olarak etkide bulunur. Diğer bir anlatımla, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları, subjektif unsurların varlığına bağlı olmaksızın etkilidir²²⁰.

Ayırım tezi ilk defa ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinde kabul edilmiştir. İlgili, açıklamış olduğu rızayla üzerinde tasarruf yetkisi bulunan hukuki değerin korunmasından şahsi olarak vazgeçmektedir. Bu sebeple, meydana gelen hukuki değer ihlalinde ortaya çıkan objektif durum, hukuk düzeniyle çelişki halinde değildir. Fail objektif olarak hukuka uygun hareket etmekte ve olgu değersizliği gerçekleşmemektedir. Ancak rızanın varlığından haberdar olmayan fail, tipikliği hukuka aykırı olarak gerçekleştirmeye yönelmiştir. Failin iradesi hukuk düzeniyle çelişki halinde olup, kast değersizliği varlığını devam ettirmektedir. Subjektif teşebbüs anlayışının benimsendiği ve elverişsiz teşebbüsün cezalandırıldığı bir hukuk düzeninde ise kast değersizliği elverişsiz teşebbüsün haksızlığının temelini oluşturur. Elverişsiz teşebbüsün haksızlığının telifisi için hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsurlarının varlığı gereklidir²²¹.

²¹⁶ Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 17 vd.

²¹⁷ Ingeborg Puppe, “Zur Struktur der Rechtfertigung”, **Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag**, Ed.: Wilfried Küper, Jürgen Welp, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, s. 183; Rönna, **JuS 2009**, s. 595.

²¹⁸ Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 148 vd.; Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 260.

²¹⁹ Steinbach, **Problematik**, s. 298.

²²⁰ Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 148; Reip, **Täterhandeln**, s. 126.

²²¹ Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 148. Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, II, C. Hukuka Uygunluğun Genel Prensiplerinden Hareketle Temellendirme başlığı altında yapılan açıklamalar.

İlgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi bakımından kabul edilen ayırım tezi, ilk defa tipikliğin negatif unsurları öğretisi içerisinde *von Weber*²²² ve *Schaffstein*²²³ tarafından bütün hukuka uygunluk sebepleri bakımından geçerli olacak şekilde kabul edilmiş ve unsurlar arası telafi modeline dönüştürülmüştür²²⁴.

Ayırım tezinin bütün hukuka uygunluk sebepleri için geçerli olduğu düşüncesinin iki temel gerekçesi vardır. Buna göre, ilgilinin rızası dahil bütün hukuka uygunluk sebepleri aynı fonksiyonu haizdir. Her bir hukuka uygunluk sebebinin farklı objektif durum ve esaslara dayanmakta olması, bunların fonksiyonlarının aynı olduğu gerçeğini değiştirmez. Diğer taraftan, hukuka uygunluk sebepleri yapıları itibarıyla da birbirlerinden farklı değildir. Keza hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata, ki bu hata tipikliğin negatif unsurları öğretisine göre kast üzerinde etkilidir, nasıl bütün hukuka uygunluk sebepleri bakımından aynı etkiyi doğuruyorsa, bunun tersi bir hatayı ifade eden, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı ve fakat subjektif unsurlarının yokluğu da aynı şekilde bütün hukuka uygunluk sebepleri bakımından aynı etkiyi doğurmalıdır. Şu halde, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının tek başlarına etkide bulunabileceği düşüncesi bütün hukuka uygunluk sebepleri bakımından geçerli olmalıdır²²⁵.

Bu anlayışta hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları, hukuka uygunluğun varlığı kendisine bağlı olan gerçek bir unsur olarak görülmez. Haksızlığın hareketin ve neticenin değersizliği şeklindeki bileşenlerden meydana geldiği kabul edildiğinde ve haksızlık bunlar üzerine inşa edildiğinde,

²²² von Weber, **Aufbau**, s. 17.

²²³ Schaffstein, **MDR 1951**, s. 199.

²²⁴ Finalist suç öğretisinin öncülerinden sayılan *von Weber* kastı tipikliğin bir unsuru olarak görerek şahsi haksızlık anlayışını benimsemektedir (von Weber, **Aufbau**, s. 16, 8 vd.). *Schaffstein* ise *Welzel*'in final hareket öğretisini ve şahsi haksızlık anlayışını benimsemektedir (Schaffstein, **MDR 1951**, s. 196 vd.). Ancak her iki yazar da tipikliğin negatif unsurları öğretisini savunmaktadır. Telafi modelinin tipikliğin negatif unsurları öğretisi içerisinde ilk defa *von Weber* tarafından geliştirilmesi hakkında ayrıca bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 52; Reip, **Täterhandeln**, s. 89, 121.

²²⁵ Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 150-152.

haksızlığın ortadan kaldırılması sorunu da her bir bileşen bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır²²⁶.

Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif ve subjektif unsurlarının birbirlerinden bağımsız olarak etkide bulunacağının kabul edildiği ayrım tezi, tipikliğin negatif unsurları öğretisinde hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın kastı kaldırdığı öncülüyle birlikte, unsurlar arası telafi modeline dönüşmüştür. Buna göre, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları olgu değersizliği anlamında neticenin değersizliğini, subjektif unsurları ise kast değersizliği anlamında hareketin değersizliğini telafi eder²²⁷.

Telafi modelini esas alan şahsi haksızlık öğretisine göre de, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları, olgu değersizliği anlamında haksızlığın objektif yönünü telafi eder. Bu durumda, objektif olarak bir haksızlık söz konusu değildir. Ancak kast değersizliği, kast edilen olgu değersizliğinin fiilen gerçekleşmesine bağlı olmadığından, var olmaya devam eder ve elverişsiz teşebbüsün cezalandırıldığı bir hukuk düzeninde elverişsiz teşebbüsün haksızlığını temellendirir. Kast değersizliğiyle temellendirilen elverişsiz teşebbüsün haksızlığının ortadan kaldırılması için hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının varlığı gereklidir²²⁸. Bu sebeple, hukuka uygunluk

²²⁶ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 260; Schlehofer, **MüKo**, vor § 32, kn. 93 vd.; Graul, **JuS-Lernbogen 1995**, L 44.

²²⁷ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi başlığı altında yapılan açıklamalar.

²²⁸ Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 151-153; Rudolphi, **FS-Maurach**, s. 58; Hans-Joachim Rudolphi, "Rechtfertigungsgründe im Strafrecht", **Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann**, Ed.: Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee, Diethart Zielinski, Carl Heymann, Köln Berlin Bonn München, 1989, s. 380; Stratenwerth, **FS-Schaffstein**, s. 179; Prittwitz, **Jura 1984**, s. 76; Steinbach, **Problematis**, s. 90; Frisch, **FS-Lackner**, s. 126; Rönna, **JuS 2009**, s. 595; Thomas Rönna, "vor § 32", **LK**, Band 2, 12. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 2006, kn. 82; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 17-18, 31; Graul, **JuS-Lernbogen 1995**, L 42-43; Graul, **JuS-Lernbogen 2000**, L 42-43; Jürgen Baumann/ Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. Aufl., Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016, § 14, kn. 46, 55; Burgstaller, **Fahrlässigkeitsdelikt**, s. 175; Reip, **Täterhandeln**, s. 80, 90, 94, 124, 126 vd.; Ralf Krack, "Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente – insbesondere zum Irrtum über die Zielrichtung des Angriffs", **Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung**, Ed.: Heinz Koriath, Ralf Krack, Hennig Radtke, Jörg-Martin Jehle, Universitätsverlag, Göttingen, 2010, s. 146; Armin Engländer, "Der Verteidigungswille bei

sebeplerinin de haksızlıkla aynı yapıda olması gerektiği kabul edilir (*die spiegelbildliche Konstruktion*)²²⁹.

Açıklandığı üzere, şahsi haksızlık öğretisinde hareketin ve neticenin haksızlığı kavramlarının içeriklerinin ne olduğu tartışmalıdır. Ancak bu içerik farklılığının hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları sorunu bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Hareketin işleniş biçimi ve failin niteliği gibi objektif mahiyetteki unsurların hareketin haksızlığı veya neticenin haksızlığı içerisinde değerlendirilmesi, tamamen terminolojik bir sorundur²³⁰. Zira burada önemli olan, bir bütün halinde haksızlığın hangi bileşenlerden oluştuğu ve telafi modelinde hukuka uygunluk sebeplerinin hangi unsurlarının haksızlığın hangi bileşenlerini telafi edeceğidir. Bu konuda ise bu iki anlayış arasında bir farklılık söz konusu değildir. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları tipikliğin objektif unsurlarının karşısında, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları ise tipikliğin subjektif unsurlarının karşısında bulunur. Buna göre, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları haksızlığın objektif bileşenlerini, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları ise haksızlığın subjektif bileşenlerini telafi eder. Şayet hareketin haksızlığı salt kast değersizliğinden ibaret görülürse, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları netice değersizliğini, subjektif unsurları ise hareketin değersizliğini ortadan kaldırır. Hareketin haksızlığının objektif ve subjektif bileşenlerden ve netice haksızlığının ise salt tipik neticenin değersizliğinden ibaret görülmesi durumunda ise, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları neticenin değersizliğinin yanında, ayrıca hareketin objektif değersizliğini de ortadan kaldıracaktır. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları ise hareketin

Notwehr uns Notwehrexzess”, **HRRS**, 2013, s. 390; Nikolaus Bosch, “Erfordernis eines Verteidigungswillens bei Notwehr und Notwehrexzess”, **Jura**, 2016, s. 702; Perron, **Rechtfertigung**, s. 97, dn. 88; Schlehofer, **MüKo**, vor § 32, kn. 95; Gaede, **FS-Rengier**, s. 27-28; ayrıca bkz. Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 260-261; Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 172-173; Guido Rohrer, “Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente”, **JA**, 1986, s. 364; Maurach, **AT**³, s. 258; Nowakowski, **ÖJZ** 1977, s. 574 vd.; Karaaslan, **LHD** 2017, s. 1703; krş. Göktürk, **CHD** 27 (2015), s. 18; Comoglu, **Rechtfertigungselement**, s. 52.

²²⁹ von Weber, **Aufbau**, s. 17; Prittwitz, **Jura** 1984, s. 76; Steinbach, **Problematik**, s. 91; Streng, **FS-Otto**, s. 470; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 18.

²³⁰ Steinbach, **Problematik**, s. 48, dn. 4.

kast değersizliğini ortadan kaldırır²³¹. Bu sebeple, telafi modelinde hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının olgu değersizliğini, subjektif unsurlarının ise kast değersizliğini telafi ettiğini söylemek terminolojik açıdan daha doğrudur.

Telafi modeli hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının sadece gerekliliğini temellendirmemekte, aynı zamanda subjektif unsurun içeriği konusunda da belirleyici olmaktadır. Buna göre, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları, kast değersizliğini telafi ettiğinden, subjektif unsurların içeriği bakımından kastla paralel bir değerlendirme yapılmaktadır²³². Ancak burada da kastın unsurları çerçevesinde subjektif unsurun içeriğinin ne olduğu hususu tartışmalıdır.

Ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, subjektif unsurun içeriği bakımından hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının somut olayda gerçekleştiğinin bilinmesi yeterlidir. Ancak bu bilmenin mahiyeti tartışmalıdır. Bilmeyi yeterli gören görüşler içeriğinde yine ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, bu bilmenin doğrudan kast anlamında kesin bir bilgi olması gerekmez, olası kast da yeterlidir. Failin hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının somut olayda gerçekleştiğini muhtemel addetmesi (*Für-Möglich-Halten*) ve ayrıca bu unsurların gerçekleştiğine güvenmesi (*Darauf-Vertrauen*) yeterlidir²³³. Bilmeyi yeterli gören diğer bir görüşe göre ise, buradaki bilme kesin bir bilgi

²³¹ Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 173; Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 261.

²³² Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 34 vd.; Rudolphi, **GS-Arm. Kaufmann**, s. 380; Krack, **Inhalt**, s. 147-148; Göktürk, **CHD 27 (2015)**, s. 20 vd. Subjektif unsurların içeriğinin haksızlık alanındaki kastla paralel bir değerlendirme sonucunda belirlenmesinin eleştirisi için bkz. Rönna, **JuS 2009**, s. 596.

²³³ Frisch, **FS-Lackner**, s. 133-134; Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Aufl., Franz Vahlen, München, 2017, § 7, kn. 132; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **AT¹²**, § 14, kn. 47; Burgstaller, **Fahrlässigkeitsdelikt**, s. 176; Schlehofer, **MüKo**, vor § 32, kn. 95. Bu görüşte olanlara göre, failin hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığını sadece muhtemel addetmesi anlamında olası kast yeterli değildir. Zira bu durumda objektif unsurların varlığı gibi yokluğu da fail tarafından muhtemel addedilmiş olur. Bu da hareketin olası kasta dayalı değersizliğinin varlığını devam ettirmesi anlamına gelir (Rönna, **JuS 2009**, s. 596; Streng, **FS-Otto**, s. 471; Burgstaller, **Fahrlässigkeitsdelikt**, s. 176-177).

(*sichere Kenntniss*) olmalıdır²³⁴. Bilmenin yeterli olmadığını ifade eden diğer bir görüşe göre ise, subjektif unsurun içeriği haksızlık alanında kastın bilme ve isteme unsurlarına paralel olarak belirlenmelidir. Failin hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının somut olayda gerçekleştiğini bilmesinin yanında bunları gerçekleştirmeyi istemesi de gerekir^{235,236}. Subjektif unsurun varlığı halinde, failin ayrıca nefret veya intikam hislerini tatmin amacı gibi başkaca amaçları da takip etmesinin bir önemi bulunmaz. Bu hallerde de hukuka uygunluk gerçekleşir. Zira bu tür takip edilen amaçların kast değersizliğiyle bir ilişkisi bulunmamaktadır²³⁷.

Subjektif unsurların gerekliliği subjektif teşebbüs anlayışı ve elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasıyla temellendirildiğinden, subjektif unsurun yokluğu halinde fail elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır²³⁸. Ancak

²³⁴ Wessels/Beulke/Satzger, **AT**⁴⁶, § 8, kn. 404; Volker Krey/Robert Esser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2016, § 13, kn. 457 vd.; Kindhäuser, **AT**⁸, § 15, kn. 9; Rönna, **JuS** 2009, s. 596; Engländer, **HRRS** 2013, s. 391; Gaul, **JuS-Lernbogen** 2000, L 42.

²³⁵ Steinbach, **Problematisik**, s. 290, 292, 350-351; Prittwitz, **GA** 1980, s. 384 vd.; Prittwitz, **Jura** 1984, s. 79 vd.; Göktürk, **CHD** 27 (2015), s. 23-24.

²³⁶ Subjektif unsurun içeriği hakkındaki görüşler için ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 141 vd.; Steinbach, **Problematisik**, s. 129 vd.; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 33 vd.; Loos, **FS-Oehler**, s. 227 vd.; Krack, **Inhalt**, s. 145 vd.; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**⁴⁶, § 8, kn. 402 vd.

²³⁷ Rudolphi, **FS-Maurach**, s. 57. Subjektif unsurun içeriği bakımından “bilme”yi yeterli gören bir kısım yazarlara göre, hukuka uygun hareket ettiğinden söz edebilmek için failin ayrıca belirli bir amaç veya motivasyonla hareket etmesinin aranması, özellikle failin müdahale yükümlülüğünün de bulunması halinde, bir açmazı da beraberinde getirecektir. Söz gelimi üçüncü kişiye yönelik mevcut ve haksız bir saldırının varlığını bilen ve fakat savunma amacı veya motivasyonunu haiz olmayan, aksine saldırıya karşı intikam duygusunu haiz olan kolluk görevlisi üçüncü kişi lehine gerekli savunma hareketini gerçekleştirdiğinde savunma amacıyla hareket etmemesi sebebiyle sorumlu tutulacakken, müdahale etmemesi durumunda ise görevini ihmal etmesi sebebiyle sorumlu tutulacaktır (Bkz. ve krş. Loos, **FS-Oehler**, s. 231 vd.; Krack, **Inhalt**, s. 148 vd.). Ayrıca bkz. Gaede, **FS-Rengier**, s. 28 vd.

²³⁸ Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 153; Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 173; Stratenwerth, **FS-Schaffstein**, s. 179, 189; Steinbach, **Problematisik**, s. 303 vd.; Herzberg, **JA** 4/1986, s. 192-193; Rolf D. Herzberg, “Subjektive Rechtfertigungselemente?”, **JA**, 11/1986, s. 542; Frisch, **FS-Lackner**, s. 138-139; Rudolphi, **FS-Maurach**, s. 58; Nowakowski, **ÖJZ** 1977, 578; Roxin, **AT**¹⁴, § 14, kn. 104; Reip, **Täterhandeln**, s. 147-148; Rönna, **JuS**, s. 596; Rönna, **LK**¹², vor § 32, kn. 90; Frister, **AT**⁷, Kap. 23, kn. 13; Prittwitz, **Jura** 1984, s. 76-77; Gaul, **JuS-Lernbogen** 1995, L 44; Gaul, **JuS-Lernbogen** 2000, L 43; Kristian Kühl, “§ 22”, **L/K**, 29. Aufl., C.H. Beck, München, 2018, kn. 16; Kühl, **AT**⁸, § 7, kn. 16; Reinhart Maurach/Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 1, 8. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 1992, § 25, kn. 34; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 330; Streng, **FS-Otto**, s. 482; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**⁴⁶, § 8, kn. 401, 406; Christian Jäger, “§ 22”, **SK**, Band 1, 9. Aufl., Carl Heymanns, Köln, 2017, kn. 50;

bu görüşte olan yazarlar arasında, elverişsiz teşebbüse ilişkin hükmün (Al.CK § 22) doğrudan mı, kıyasen mi uygulanacağı hususu tartışmalıdır²³⁹.

Hukukumuzda şahsi haksızlık öğretisini benimseyen ve telafi modelinden hareket eden yazarlar, failin TCK m. 35'e göre elverişli teşebbüs dolayısıyla cezalandırılacağını ifade etmektedirler²⁴⁰. Bununla birlikte, bu yazarlardan bir kısmı²⁴¹ subjektif unsurun yokluğu haline teşebbüse ilişkin hükmün doğrudan uygulanmasını kabul ederken, diğer bir kısmı²⁴² ise hükmün ancak kıyasen uygulanabileceğini ifade etmektedir.

Burgstaller, **Fahrlässigkeitsdelikt**, s. 177; Thomas Hillenkamp, “§ 22”, **LK**, Band 1, Walter de Gruyter, Berlin, 2007, kn. 200; Theodor Lenckner/Detlev Sternberg-Lieben, “vor §§ 32”, **S/S**, 29. Aufl., C.H. Beck, München, 2014, kn. 15; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **AT**¹², § 14, kn. 55; Klaus Geppert, “Die subjektiven Rechtfertigungselemente”, **Jura**, 1995, s. 104 vd.; Schlehofer, **MüKo**, vor § 32, kn. 104; Engländer, **HRRS 2013**, s. 391-392; ayrıca bkz. Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 262; Hirsch, **LK**¹¹, § vor 32, kn. 60; Rohrer, **JA 1986**, s. 365 vd.; Hoven, **GA 2016**, s. 17. Celle Yüksek Eyalet Mahkemesinin önüne gelen bir olayda, dizinden yeni ameliyat olmuş olan A, saat 21'e gelirken evinin zemin katına izinsiz bir şekilde giren S, Y, K, Kh ve Ki'nin saldırısına uğrar. A koltuk değneğiyle evden kaçır. Ancak Ki, A'nın üzerine çullanır ve A'yı yere yatırır, sonra da sürükleyerek eve sokar. Saldırganlar A'ya parasını sakladığı yeri sorar. Kh ve S, A'nın kollarından tutarak paranın yerini söylemesi için A'ya bağırır. A parayı sakladığı yeri söylemek zorunda kalır. Saldırganlar evin ikinci katındaki para kasasını bulurlar. Tam para kasasını açacakları sırada dışarıdan kulakları sağır edencesine bir gürültü duyulur. Saldırganlar korkarlar ve panikle teras kapısından çıkarak bahçeden arabalarına doğru koşarlar. Bu sırada A silahını alır ve saldırganlara doğru çok sayıda ateş eder. Kurşunlardan biri S'nin sırtına isabet eder ve S ölür. S evde bulunduğu sırada diğer saldırganlar ve A fark etmeden A'nın cüzdanından 2000 Euro civarı parayı almıştır. Yüksek Eyalet Mahkemesi olayda meşru savunmanın objektif unsurlarının varlığının neticenin haksızlığını ortadan kaldıracağını, ancak meşru savunmanın subjektif unsurlarının bulunmaması sebebiyle A'nın kasten öldürmeye elverişsiz teşebbüsten cezalandırılması gerektiğini kabul etmiştir (OLG Celle, **BeckRS 2013**, 07170). Karar ve değerlendirme için ayrıca bkz. Jahn, **JuS 2013**, s. 1042 vd.

²³⁹ Bu konudaki tartışma için bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 4. Elverişsiz Teşebbüsten Cezalandırma Görüşünün Eleştirisi başlığı altında yapılan açıklamalar.

²⁴⁰ Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 482; Koca/Üzülmez, **Genel**¹², s. 270; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, **Genel**¹⁴, s. 650; Akbulut, **Genel**⁶, s. 471-472; Karakurt, **CHD 10 (2009)**, s. 128; Neslihan Göktürk, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği”, **CHD**, 26 (2014), s. 20-21; Göktürk, **CHD 27 (2015)**, s. 27; Şenol, **THD 149 (2019)**, s. 67; Bulut, **Netice**, s. 238.

²⁴¹ Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 482; Koca/Üzülmez, **Genel**¹², s. 270; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, **Genel**¹⁴, s. 650; Akbulut, **Genel**⁶, s. 471-472; Karakurt, **CHD 10 (2009)**, s. 128; Şenol, **THD 149 (2019)**, s. 67.

²⁴² Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 22; Göktürk, **CHD 27 (2015)**, s. 28.

Subjektif unsurlarının gerekliliğini şahsi haksızlık öğretisi ve telafi modelinden hareketle temellendiren yazarlar arasında, taksirli suçlarda bu unsurların gerekliliği hususu tartışmalıdır²⁴³.

Subjektif unsurların gerekliliğini taksirli suçlarda da kabul eden görüşe göre, hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının varlığı halinde, taksirli suçun netice değersizliği telafi edilir. Ancak dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıkla temellendirilen hareketin değersizliği varlığını devam ettirir. Taksirli suçlarda hareketin değersizliği kast değersizliğiyle temellendirilmediğinden ve taksirli suçlara teşebbüs cezalandırılmadığından, hareketin varlığı devam eden bu değersizliği cezalandırılabilir bir haksızlık teşkil etmez. Ancak fiil her ne kadar cezalandırılmasa da hukuka aykırı olmaya devam edecektir. Fiilin hukuka uygunluğu hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsurlarının varlığına bağlıdır²⁴⁴.

Bu görüşte olan yazarlar arasında, subjektif unsurun içeriğinin ne olduğu konusu ihtilaflıdır. Bir görüşe göre, failin hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının varlığını bilmesi gerekir. Subjektif unsurun içeriği konusunda kasıtlı suçlar ile taksirli suçlar arasında bir fark yoktur²⁴⁵. Diğer bir görüşe göre, failden kasıtlı suçlarda olduğu gibi hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığını bilmesi istenemez. Zira bu durumda, özellikle basit taksirle işlenen suçlarda, hukuka uygunluktan söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, failin söz gelimi meşru savunmada gerekli bir

²⁴³ Bu konudaki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 79 vd.; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 307 vd. Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 111 vd.; Geppert, **Jura 1995**, s. 107. Bu başlık altında sadece taksirli suçlarda hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini kabul eden görüşler açıklanacaktır. Bu görüşlerin eleştirisi ve subjektif unsurun gerekliliğini reddeden görüşler için bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 7. Taksirli Suçlarda Subjektif Unsurların Gerekliliği Bakımından Değerlendirme başlığı altında yapılan açıklamalar.

²⁴⁴ Burgstaller, **Fahrlässigkeitsdelikt**, s. 179, 181; Roxin, **AT/I**⁴, § 24, kn. 102-103; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **AT**¹², § 14, kn. 56, 59; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**⁴⁶, § 18, kn. 973; Prittwitz, **Jura 1984**, s. 78; Rudolf Rengier, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., C.H. Beck, München, 2017, § 52, kn. 78 vd.; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 114 vd.; Rönau, **JuS 2009**, s. 596.

²⁴⁵ Burgstaller, **Fahrlässigkeitsdelikt**, s. 180; Rengier, **AT**⁹, § 52, kn. 78; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 121 vd.

savunma hareketini gerçekleştirdiği yönündeki tasavvur tarafından fiili işlemeye sevk edilmiş olması²⁴⁶ ya da genel bir savunma iradesinin varlığı²⁴⁷ yeterlidir. Yine subjektif unsurun içeriğinin kasıtlı suçlardakiyle aynı olamayacağını ifade eden diğer bir görüşe göre ise, kastın aksine taksirde tipikliğin objektif unsurlarının öngörülebilir veya bilinebilir olması gerekli ve yeterlidir. Bu açıdan, subjektif unsurun içeriği konusunda basit taksir ve bilinçli taksir arasında ayırım yapılmalıdır. Basit taksir halinde hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının fail tarafından en azından bilinebilir olması gerekir. Bilinçli taksir halinde ise fail söz konusu objektif unsurları ya bilmeli ya da en azından muhtemel addetmelidir²⁴⁸.

Subjektif unsurun gerekliliğini taksirli suçların neticeli bir suç mu sırf hareket suçu mu olduğuna göre farklı değerlendiren görüşe göre, taksirli suçun neticeli bir suç olması durumunda hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının varlığı hukuka uygunluk için yeterlidir. Zira neticeli taksirli suçlarda hareketin değersizliği, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışın korunan hukuki değer bakımından tehlikeliliğiyle birlikte temellendirilir. Ancak hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının varlığı halinde, hareketin değersizliğinin tehlike boyutu eksiktir. Buna karşılık, sırf hareket suçu biçiminde bir taksirli suçun varlığı halinde, hareketin değersizliği salt dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıkla temellendirilir. Böyle bir haksızlığın ortadan kaldırılması ise hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının yanında subjektif unsurlarının da varlığına bağlıdır²⁴⁹. Ancak herhangi bir tehlike oluşturmayan ve kasten işlenen suçlarda elverişsiz teşebbüsle

²⁴⁶ Roxin, **AT/I**⁴, § 24, kn. 102.

²⁴⁷ Wessels/Beulke/Satzger, **AT**⁴⁶, § 18, kn. 973.

²⁴⁸ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **AT**¹², § 14, kn. 56-58; krş. Burgstaller, **Fahrlässigkeitsdelikt**, s. 180.

²⁴⁹ Frisch, **FS-Lackner**, s. 130-133; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 589; Stratenwerth/Kuhlen, **AT**⁶, § 15, kn. 40-42; Rönna, **JuS** 2009, s. 596.

karşılaştırılabilecek olan böyle bir taksirli haksızlığın, yürürlükte olan hukuka yabancı olduğu da ifade edilmektedir²⁵⁰.

Taksirli suçlarda subjektif unsurların gerekliliğini, hukuka uygunluk sebeplerinin faile müdahale hakkı mı yoksa hareket yetkisi mi verdiğine göre ayrı ayrı değerlendiren bir görüşe²⁵¹ göre ise, şayet ilgili hukuka uygunluk sebebi, meşru savunma veya ilgilinin rızasında olduğu gibi faile gerçek müdahale hakkı (*echtes Eingriffsrecht*) veren bir hukuka uygunluk sebebiyse, bu durumda ilgilinin bu hukuka uygunluk sebebi karşısında katlanma yükümlülüğü vardır²⁵². Neticenin değersizliği üzerinde etkili olan müdahale hakkı failin hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığını bilip bilmemesinden bağımsız olarak bulunur. Müdahale hakkının varlığı *ex post* bir değerlendirmeyle belirlenir. Fakat subjektif unsurun yokluğu halinde var olmaya devam eden hareketin haksızlığı, taksirli suçlara teşebbüsün mümkün olmaması sebebiyle, cezalandırılabilir bir haksızlık teşkil etmez. Bu sebeple, subjektif unsurun gerekliliğinden sarfi nazar edilir²⁵³. Buna karşılık, ilgili hukuka uygunluk sebebi, varsayılan rızada veya izin verilen riskte olduğu gibi, faile sadece hareket yetkisi (*schlichte Handlungsbefugnis*) veriyorsa, ilgilinin katlanma yükümlülüğü bulunmaz²⁵⁴. Bu hukuka uygunluk sebeplerinde neticenin değersizliğinin hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları tarafından telafi edilmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan hareketin değersizliğini telafi eden hareket yetkisinin varlığıdır. Bu ise *ex ante* bir değerlendirmeyle belirlenir. Hareket yetkisinin varlığı için failin hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının varlığını bilmesi ve bu bilginin

²⁵⁰ Frisch, **FS-Lackner**, s. 133.

²⁵¹ Bu görüş ve eleştirisi için ayrıca bkz. Jungelaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 123 vd.; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 334, dn. 97; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 119 vd.

²⁵² Lenckner/Sternberg-Lieben, **S/S**²⁹, vor §§ 32, kn 10a-10b.

²⁵³ Lenckner/Sternberg-Lieben, **S/S**²⁹, vor §§ 32, kn. 99.

²⁵⁴ Lenckner/Sternberg-Lieben, **S/S**²⁹, vor §§ 32, kn 11.

titiz/özenli bir değerlendirmeye (*pflchtgemäße Prüfung*) dayanması gereklidir²⁵⁵.

C. Subjektif Haksızlık Öğretisi

Final hareket öğretisi temelinde *Welzel* tarafından geliştirilen şahsi haksızlık anlayışı, bir yandan final hareket öğretilerinden bağımsız olarak gelişmeye ve hakim haksızlık öğretisi olarak kabul görmeye devam ederken (dar anlamda şahsi haksızlık öğretisi), diğer yandan *Welzel*'in öğrencilerinden *Arm. Kaufmann* ve *Zielinski*, final hareket öğretisi ve *Welzel*'in finalizminin temel düşüncelerinden hareketle, finalist haksızlık öğretisinin bir devamı olarak, subjektif haksızlık öğretisini geliştirmişlerdir²⁵⁶.

Subjektif haksızlık öğretisi taraftarlarına göre de fiil, ancak final hareket olarak anlaşılabilir ve ceza hukukunda değerlendirmenin konusunu sadece final hareketler oluşturur²⁵⁷. Bu açıdan subjektif haksızlık öğretisi, *Welzel*'in final hareket öğretisini esas almaktadır.

Welzel'in finalizminden farklı olarak, subjektif haksızlık öğretisi *Arm. Kaufmann*'ın normlar teorisi üzerine inşa edilmiş²⁵⁸ ve normun emredici

²⁵⁵ Lenckner/Sternberg-Lieben, S/S²⁹, vor §§ 32, kn 100.

²⁵⁶ Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 105; Jescheck/Weigend, AT⁵, s. 214. Subjektif haksızlık öğretisini benimseyen diğer yazarlar için bkz. Eckhard Horn, **Konkrete Gefährdungsdelikte**, 1. Aufl., Dr. Otto Schmidt, Köln, 1973, s. 78 vd.; Marcelo A. Sancinetti, **Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch**, 1. Aufl., Carl Heymanns, Köln Berlin Bonn München, 1995, s. 27; Rodrigo Fabio Suarez Montes, "Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?", **Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag**, Ed.: Günter Stratenwerth, Ermin Kaufmann, Gerd Geilen, Hans Joachim Hirsch, Hans-Ludwig Schreiber, Günther Jakobs, Fritz Loos, Walter de Gruyter, Berlin New York, 1974, s. 382; Santiago Mir Puig, "Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand", **Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann**, Ed.: Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee, Diethart Zielinski, Carl Heymann, Köln Berlin Bonn München, 1989, s. 264; Klaus Lüderssen, "Die strafrechtsgestaltende Kraf des Beweisrechts", **ZStW**, 85 (1973), s. 291 vd.

²⁵⁷ Armin Kaufmann, **Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie**, Otto Schwartz, Göttingen, 1. Aufl., 1954, s. 107 vd.; Armin Kaufmann, "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", **Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag**, Ed.: Günter Stratenwerth, Ermin Kaufmann, Gerd Geilen, Hans Joachim Hirsch, Hans-Ludwig Schreiber, Günther Jakobs, Fritz Loos, Walter de Gruyter, Berlin New York, 1974, s. 395 vd.; Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 120.

²⁵⁸ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 121.

karakteri, diğer bir ifadeyle, belirleyici fonksiyonu mutlaklaştırılarak salt subjektif bir haksızlık anlayışına ulaşılmıştır²⁵⁹. Bu sebeple öğreti, subjektivist haksızlık öğretisi (*subjektivistische Unrechtslehre*)²⁶⁰, saf subjektif haksızlık kavramı (*rein subjektiver Unrechtsbegriff*)²⁶¹ veya tekçi-subjektif haksızlık kavramı (*monistisch-subjektiver Unrechtsbegriff*)²⁶² şeklinde de isimlendirilmektedir. Ayrıca öğreti *Bonn Okulu (Bonner Schule)*²⁶³ olarak da zikredilmektedir.

Öğretinin haksızlık anlayışı finalist suç öğretisinden farklı olmakla birlikte, kusur anlayışı finalist öğretinin saf normatif kusur anlayışıyla temelde aynıdır²⁶⁴.

1. Haksızlık Anlayışı ve Haksızlığın Yapısı

a. Birincil ve İkincil Değer Yargıları Sistemi

Subjektif haksızlık öğretisi *Arm. Kaufmann*'ın normlar teorisine dayanmaktadır. Bu normlar teorisinin temelinde ise yine yazarın birincil ve ikincil değer yargıları sistemi (*System primärer und sekundärer Werturteile*) bulunmaktadır²⁶⁵.

Arm. Kaufmann'a göre, değer yargıları sistemi içerisinde ilk değerlendirme daima pozitiftir. Değerler sisteminin temelinde, kişilerin yaşam, vücut bütünlüğü, mülkiyet hakkı gibi, hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunmak istenen hukuki değerler yer alır. Hukuken arzu edilen durumu ifade

²⁵⁹ Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 155.

²⁶⁰ Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 20; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 111.

²⁶¹ Steinbach, **Problematik**, s. 69.

²⁶² Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 155; Roxin, **AT/I⁴**, § 10, kn. 94.

²⁶³ Hirsch, **GS-Meurer**, s. 9; Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 30; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 122.

²⁶⁴ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 145 vd., 204 vd.

²⁶⁵ *Arm. Kaufmann*, **Normentheorie**, s. 77; Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 123; ayrıca bkz. Steinbach, **Problematik**, s. 42, 72; Rehr-Zimmermann, **Struktur**, s. 22; Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 30 vd.

eden hukuki değerlerin objesi üzerinde, bunların var ve muhafaza altında olmaları bakımından, pozitif bir değer yargısında bulunulur. Birincil pozitif değer yargısı olgu değerliliğini (*Sachverhaltswert*) ifade eder ve kendisini takip eden değer yargıları için değerlendirme ölçüsü verir²⁶⁶.

Birincil pozitif değer yargısından ise birincil negatif değer yargısı türetilir. Buna göre, hukuki değer objesinin zarar görmesi veya olumsuz yönde etkilenmesi hukuk düzeni tarafından negatif olarak değerlendirilir. Birincil negatif değer yargısı olgu değersizliği (*Sachverhaltsunwert*) olarak nitelendirilir²⁶⁷.

Birincil değer yargılarından ise insanın birincil değer yargılarını gerçekleştiren fiili üzerindeki ikincil değer yargılarına ulaşılmaktadır. Pozitif olarak değerlendirilen durumu muhafaza etmeye, hukuki değer objesini korumaya yönelmiş hareketler yine pozitif olarak değerlendirilir ve bunlar ikincil pozitif değer yargısının konusunu oluşturur. İkincil pozitif değer yargısı aynı zamanda hareketin değerliliği (*Handlungswert*) anlamına gelir. Buna karşılık, hukuki değer objesine zarar vermeye yönelen hareketler negatif olarak değerlendirilir ve bu hareketler ikincil negatif değer yargısının konusunu oluşturur. İkincil negatif değer yargısı hareketin değersizliğine (*Handlungsunwert*) karşılık gelmektedir²⁶⁸.

Birincil değer yargılarının konusu dış dünyadaki durum veya olayken, ikincil değer yargılarının konusu birincil değer yargılarının konusunu gerçekleştirmeye yönelmiş final harekettir. Bu açıdan birincil ve ikincil değer yargılarının konuları birbirinden farklıdır²⁶⁹.

²⁶⁶ Arm. Kaufmann, **Normentheorie**, s. 69-70; Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 123.

²⁶⁷ Arm. Kaufmann, **Normentheorie**, s. 70; Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 123; ayrıca bkz. Steinbach, **Problematik**, s. 71.

²⁶⁸ Arm. Kaufmann, **Normentheorie**, s. 69-72; Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 123-124; ayrıca bkz. Steinbach, **Problematik**, s. 72.

²⁶⁹ Arm. Kaufmann, **Normentheorie**, s. 71 vd.; Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 123, dn. 150-151.

Konuları itibarıyla farklılık göstermekle birlikte birincil ve ikincil değer yargıları zorunlu olarak birbirleriyle ilişkilidir. Zira değerliliği veya değersizliği kendisinden olan bir hareket mevcut değildir. Bir hareket değerliliğini veya değersizliğini daima kendisine yöneldiği hedefin, yani neticenin/olgunun değerliliği veya değersizliğinden alır. Haksızlık bakımından neticenin değersizliğinin önemi de burada bulunmaktadır. Bir netice değersizliği söz konusu olmadan, hareketin değersizliğinden söz etmek mümkün değildir²⁷⁰. Değersizliği bir hukuki değerle ilişkili olmayan haksızlık hareketi yoktur. Nitekim her bir ceza hukuku emir veya yasağı bir hukuki değer korunmasına hizmet etmektedir. Bu neticeli suçlar bakımından olduğu gibi, sırf hareket suçları ve soyut tehlike suçları bakımından da böyledir²⁷¹. Bu yönüyle, netice, hareketin değersizliği bakımından bir referans/bağlantı noktası oluşturur²⁷².

Birincil ve ikincil değer yargıları birbirleriyle ilişkili olmakla beraber, aynı zamanda birbirinden bağımsızdır. Negatif olarak değerlendirilen netice, değere aykırı hareket olmaksızın, tesadüfün bir eseri olarak meydana gelebileceği gibi, negatif olarak değerlendirilen hareket de neticesiz kalabilir. Bu açıdan, hareket değersizliği gerçekleşmeksizin netice değersizliği gerçekleşebileceği gibi, netice değersizliği gerçekleşmeksizin de hareket değersizliği gerçekleşmiş olabilir. Zira hareket, değersizliğini daima neticeye yönelmiş olmasından, yani failin olgu değersizliğine yönelik kastından aldığından, netice gerçekleşmemiş olsa da kast varlığını devam ettirir²⁷³.

b. Normun Belirleyici Fonksiyonunun Mutlaklaştırılması

Zielinski'ye göre, ceza hukuku düzeni, *Arm. Kaufmann* tarafından geliştirilen normlar teorisinde olduğu gibi, normlar sistemi olarak anlaşılır.

²⁷⁰ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 124; ayrıca bkz. Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 106.

²⁷¹ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 125.

²⁷² Steinbach, *Problematik*, s. 73.

²⁷³ Arm. Kaufmann, *Normentheorie*, s. 71 vd.; Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 124; ayrıca bkz. Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 106; Steinbach, *Problematik*, s. 73.

Hukuk düzeni sadece değerlendirici fonksiyona sahip değildir. Aksine aynı zamanda belirleyici fonksiyonu da vardır. İnsanların toplu haldeki yaşamlarını şekillendirmek ve korumak isteyen hukuk düzeni, bunu, normlar aracılığıyla insanların iradesine yönelerek gerçekleştirir²⁷⁴.

Birincil negatif değer yargısı, ceza hukuku düzeninin hukuki değer ihlallerinin gerçekleşmemesi şeklindeki hedefini ortaya koyarken, ikincil negatif değer yargıları bu hedefe ulaşmanın yolunu tarif eder ve kişilerden hukuki değer ihlaline yönelmiş hareketlerden kaçınmalarını talep eder. Hukuki değeri ihlal eden hareketlerin yapılmamasını veya hukuki değeri muhafaza eden hareketlerin yapılmasını sağlamak için başvurulacak araç ise belirleyici normdur²⁷⁵.

Hukuki değer ihlali olarak ortaya çıkan netice, final harekete ek olarak birçok harici etkenin de dahil olmasıyla meydana geldiğinden ve çok defa tesadüflere bağlı olduğundan, insanın final kudretinin ve hareketin final bağlantısının dışında yer alır. Normun muhatabı olarak insandan ancak onun kudreti sınırları dahilinde olan bir hareketi yapmak veya yapmamak talep edilebilir. Norm, muhatabı tarafından bilinmeyen objektif bir kısım koşullar altında fiili gerçekleştirmemeyi emreder. Emrin konusu ancak final bağlantının bileşenleri olabilir. Bu sebeple, ceza hukuku normları değere aykırı bir neticenin meydana getirilmesini yasaklayamaz veya getirilmemesini emreder. Ceza hukuku normunun içeriği veya emir ve yasağın konusu netice değil sadece hukuki değer ihlaline yönelmiş final hareketler olabilir²⁷⁶.

²⁷⁴ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 121.

²⁷⁵ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 125-126; ayrıca bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 107.

²⁷⁶ Arm. Kaufmann, **Normentheorie**, s. 107, 71 vd.; Horn, **Gefährdungsdelikte**, s. 79 vd., 97 vd.; Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 137, 139, 205 vd.; ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 112; Steinbach, **Problematisierung**, s. 70; Stratenwerth, **FS-Schaffstein**, s. 182-183; Rehr-Zimmermann, **Struktur**, s. 23; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 122; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 20; Bulut, **Netice**, s. 136. Final hareket öğretisi temelinde subjektif haksızlık anlayışını benimseyen yazarların bu görüşünün çok daha eskiye dayandığını ifade etmek gerekir. Bkz. ve karşılaştırma Oskar Adolf Germann, **Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs**, 1. Aufl., H.R. Sauerländer, 1914, s. 129. Germann'ın görüşü için ayrıca bkz. Stratenwerth, **SchwZStr** 79 (1963), s. 244; Sözüer, **Teşebbüs**, s. 83.

Ceza hukuku normlarının içeriğinin sadece birincil negatif değer yargısının gerçekleştirilmesine yönelen, yani onu kasteden final hareket olabileceğinin kabul edilmesiyle, normun konusu sadece ikincil negatif değer yargısının konusuna indirgenmiş olmaktadır²⁷⁷. Birincil negatif değer yargısının konusu normun içeriği değildir. Bu açıdan normun değerlendirici fonksiyonu bulunmamaktadır. Ceza hukuku normları sadece belirleyici norm olarak anlaşılır²⁷⁸.

Hukuk düzeninin dış dünyadaki olgular üzerinde bir değer yargısı olarak birincil değer yargıları, ikincil değer yargılarının hedefini oluşturduğundan ve normun içeriği sadece ikincil değer yargılarının konusuyla sınırlandırıldığından, değerlendirici fonksiyon normun yapısından çıkarılmış ve normun temelinde yatan bir düşünce olarak hukuk düzeninin fonksiyonu haline getirilmiştir. Şu halde sadece belirleyici norm olarak anlaşılan ceza hukuku normları, muhataplarından belirli final hareketleri gerçekleştirmelerini ve belirli final hareketlerden de kaçınmalarını talep eden salt emir ve yasaklardır²⁷⁹.

c. Haksızlığın Hareketin Değersizliğine İndirgenmesi

Ceza hukukunun amacı belirleyici normla kişilerin iradelerine yönelerek ikincil negatif değer yargısının konusunun gerçekleştirilmesinin engellenmesi ve böylece dolaylı olarak hukuki değerlerin korunmasına hizmet edilmesidir. Yasaklanmış olan final hareketi icra eden veya emredilmiş olan final hareketi ihmal eden kişi normu ihlal eder ve ikincil negatif değer yargısının konusunu ve ceza hukuku haksızlığını gerçekleştirmiş olur²⁸⁰.

²⁷⁷ Arm. Kaufmann, **Normentheorie**, s. 75; Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 136; ayrıca bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 107.

²⁷⁸ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 126-127; ayrıca bkz. Steinbach, **Problematic**, s. 41, 72.

²⁷⁹ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 121-124, 127; ayrıca bkz. Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 234; Steinbach, **Problematic**, s. 41, 70; Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 106.

²⁸⁰ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 127; ayrıca bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s.107.

Zielinski'ye göre, korunan hukuki değer ihlalinin, herhangi bir değere aykırı hareket olmaksızın gerçekleşmiş olmasının (hareketin değersizliği olmaksızın olgu değersizliğinin) haksızlık olarak nitelendirilmesi mümkün ise de, bu, ceza hukuku bakımından mantıklı değildir. Zira birincil negatif değer yargısı olarak netice değersizliği hiçbir şekilde doğrudan belirleyici normla ilgili değildir. Ceza hukukunun görevi belirleyici norm aracılığıyla insanların davranışlarını düzenlemek olduğundan, böyle bir hukuki değer ihlali ceza hukuku reaksiyonunun sebebi olamaz. Belirli bir normla ilişkili olarak haksızlık daima ve sadece belirli bir hukuki değer ihlaline yönelmiş final harekettir. Hukuki değer ihlal edilmiş olması, diğer bir ifadeyle, hukuki değer objesinin zarar görmüş veya tehlike altına konulmuş olması, sadece hukuken arzu edilmeyen bir olaydır ve tek başına haksızlık değildir. Bu açıdan neticenin değersizliği haksızlığı temellendiremez²⁸¹.

Yazara göre, neticenin değersizliğinin, tek başına haksızlığı temellendiremeye de, haksızlığın derecesini yükselten bir fonksiyonu olduğu düşünülebilir. Bu ise ancak iki şekilde mümkündür. Neticenin değersizliği ya haksızlığı inşa edici olan hareketin değersizliğini ziyadeleştirir ya da hareketin haksızlığının yanında, müstakil ancak ondan bağımsız olmayan bir rol üstlenir²⁸². Ancak norm tarafından engellenmek istenen hareketin gailiğinin kapsamı dışında olan hususlar, normun konusu olamayacağından ve neticenin gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi salt tesadüfe veya failden yahut gailikten tamamen bağımsız koşullara dayanabileceğinden, neticenin gerçekleşmesi, hareketin *ex post* olarak değerlendirildiğinde neticeyi gerçekleştirme kudretini haiz olması veya objektif bir gözlemcinin nazarında *ex ante* değerlendirildiğinde hareketin neticeye sebep olma konusunda uygun olması, hareketin değersizliği üzerinde belirleyici olamaz. Hareketin değersizliği üzerinde belirleyici olan, failin hareketin icra edildiği zamanki subjektif *ex ante* değerlendirmesinde hareketinin neticeyi gerçekleştirmeye uygun, yani elverişli olmasıdır. Bu açıdan,

²⁸¹ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 127-128; ayrıca bkz. Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 106; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 112.

²⁸² Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 128.

harekette bulunması gereken neticeye uygunluk, gailikte realize olan suç işleme kastından başka bir şey değildir²⁸³. Hareketin objektif olarak elverişli olmasının haksızlık bakımından hiçbir önemi yoktur²⁸⁴. Haksızlık sadece hareketin haksızlığıdır. Hareketin değersizliği tek başına haksızlığı oluşturur. Neticenin haksızlığı olmadığı gibi, işlenen haksızlığın derecesini yükselten fonksiyonu da bulunmamaktadır²⁸⁵.

Şu halde, ceza hukuku haksızlığı, belirleyici norm tarafından muhataplarına emir veya yasak biçiminde tahmil edilen yükümlülüğe aykırı final harekettir ve sadece budur²⁸⁶. Yükümlülüğe aykırı hareketi gerçekleştiren kişi haksızlığı işlemiş olur²⁸⁷. Hareketin değersizliği haksızlığı tek başına inşa eder. Haksızlık final hareketin değersizliğinden ibaret olduğundan ve final harekete değersizliğini veren ise hukuki değer ihlaline yönelmiş olması olduğundan, kasıtlı suçlarda kast haksızlığın yegane kurucu unsurudur²⁸⁸. Böylece subjektif haksızlık öğretisinde kasıtlı suçların haksızlığı kast değersizliğine (*Intentionsunwert*) indirgenmiştir²⁸⁹.

İmkan teorisine (*Möglichkeitstheorie*)²⁹⁰ taraftar olan Zielinski'ye göre, kast tipikliğin gerçekleştirilmesinin bilinmesi ve istenmesi olarak anlaşılmaz.

²⁸³ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 129-134.

²⁸⁴ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 143.

²⁸⁵ Arm. Kaufmann, *FS-Welzel*, s. 403; Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 200; ayrıca bkz. Ebert/Kühl, *Jura 1981*, s. 234; 143; Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 107; Steinbach, *Problematic*, s. 74; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 112; Roxin, *AT/I*⁴, § 7, kn. 18; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 214, 239; Stollwerck, *Tatbestandsmerkmale*, s. 122.

²⁸⁶ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 143; ayrıca bkz. Ebert/Kühl, *Jura 1981*, s. 234; Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 107.

²⁸⁷ Arm. Kaufmann, *FS-Welzel*, s. 410-411; Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 209.

²⁸⁸ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 127-128; 143; ayrıca bkz. Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 107; Stratenwerth, *FS-Schaffstein*, s. 183; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 281.

²⁸⁹ Gallas, *FS-Bockelmann*, s. 155, 157; Hirsch, *GS-Meurer*, s. 6-7; Steinbach, *Problematic*, s. 41, 69, 296; Stollwerck, *Tatbestandsmerkmale*, s. 123; Rehr-Zimmermann, *Struktur*, s. 22; Mylonopoulos, *Verhältnis*, s. 35; Baba, *Haksızlık*, s. 28.

²⁹⁰ İmkan teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Detlev Sternberg-Lieben/Frank Schuster, “§ 15”, *S/S*, 29. Aufl., C.H. Beck, München, 2014, kn. 75; Kristian Kühl, “§ 15”, *L/K*, 29. Aufl., C.H. Beck, München, 2018, kn. 27; Roxin, *AT/I*⁴, § 12, kn. 41 vd.; Ozansü, *Kast*, s. 152 vd.;

Kast hareketin tipik olarak önemli addedilen işlenme biçimlerinin ve sonuçlarının bilgisi dahilinde hareket planını icra etme kararıdır. Tipik tehlikenin bilgisiyle hareket eden kişi kasten hareket etmiştir²⁹¹. Kastın isteme unsuru yoktur, sadece bilme unsuru vardır²⁹².

Öğretide haksızlığın kast değersizliğine indirgenmesinin çeşitli sonuçları vardır. İlk olarak, haksızlık hareketin haksızlığıyla ve haksızlık bakımından önemli olan hususlar da final bağlantı içinde yer alan unsurlarla sınırlandırıldığında, norm tarafından önlenmek istenen hareketin gailiği dışındaki unsurlar normun konusu olamaz. Final bağlantı içinde bulunmak için ise bir unsurun gerçekte objektif olarak var olması gerekmemektedir. Tipiklikte yer alan unsurların fiilin işlendiği sırada fail tarafından var kabul edilmesi tek başına gerekli ve yeterlidir²⁹³. Söz gelimi, somut olayda suçun konusunun bulunması gerekmez. Boş bir yatağa ateş eden kişi de insan öldürme hareketini aktüel hale getirmiştir. İnsan öldürme kastı harekette realize edilmişse, hareketin netice bakımından elverişli olmasının bir önemi yoktur²⁹⁴. Objektif olarak elverişsiz dahi olsa, birincil negatif değer yargısının konusunu gerçekleştirmeye yönelmiş final hareketin dış dünyada gerçekleştirilmesiyle, ceza hukuku haksızlığı tamamlanır²⁹⁵.

İkinci olarak, haksızlık değersizliğini kasttan alan final hareketten ibaret görüldüğünde, tamamlanmış suçun belirleyici normunun konusu ile, hareket elverişsiz dahi olsa, teşebbüs aşamasında kalmış suçun belirleyici normunun konusu aynı final hareket olacaktır. Norm, tamamlanmış suçta olduğu gibi, elverişli veya elverişsiz teşebbüs hallerinde de aynı şekilde ihlal edilmekte,

Ali Emrah Bozbayındır, **Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2018, s. 118 vd.

²⁹¹ Diethart Zielinski, “§§ 15, 16”, **Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare)**, Band 1, 1. Aufl., Luchterhand, Neuwied Darmstadt, 1990, kn. 18.

²⁹² Zielinski, **AK**, §§ 15, 16, kn. 19 vd., 27 vd. 72 vd.; ayrıca bkz. Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 166 vd., 152 vd.

²⁹³ Arm. Kaufmann, **Normentheorie**, s. 72; Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 144, 137.

²⁹⁴ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 139.

²⁹⁵ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 140.

elverişli veya elverişsiz teşebbüsün faili tamamlanmış suçun failiyle aynı haksızlığı işlemektedir²⁹⁶. Zira bütün bu hallerde hareketin gailiği aynı olduğundan, hukuki değerın objesi bakımından hiçbir şekilde tehlikeli olmayan bir hareket ile tehlikeli veya tipik neticeyi gerçekleştiren hareket hakkında aynı değersizlik yargısında bulunulmaktadır²⁹⁷.

Şu halde, haksızlık alanında tamamlanmış suç ile teşebbüs aşamasında kalmış suç arasında ayırım yapmak anlamsızdır. Bütünıyla gerçekleştirilmiş her bir final hareket, yükümlülüğe aykırıdır ve normu aynı şekilde ihlal eder. Hareketin hedefine ulaşmış olup olmadığı veya ulaşmaya objektif olarak elverişli olup olmadığı ikincil değer yargıları bakımından önemsizdir. Tamamlanmış suç ile elverişsiz dahi olsa tamamlanmış teşebbüs (tam teşebbüs) aynı haksızlık içeriğini haizdir. Buna karşılık, final hareketin bütünıyla gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, yani hareketin tamamlanıp tamamlanmadığı ikincil değer yargıları bakımından önemlidir. Zira belirleyici fonksiyonu içerisinde hukuk düzeni, hukuki değerin objesine zarar verme temayülünün bütünıyla gerçekleştiği hareketlerin engellenmesiyle ilgilenmektedir. Hareketin tamamlanmasından önce, normun temelinde yatan ikincil negatif değer yargısının konusunun bütünıyla gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tespit edilemez. Bu sebeple, sadece tamamlanmış final hareketler bütünıyla gerçekleşmiş bir haksızlıktır. Tamamlanmamış teşebbüs (eksik teşebbüs) halinde tam olarak realize olmuş bir hareket değersizliği mevcut değildir. Bu açıdan, haksızlık alanında tamamlanmış ve teşebbüs aşamasında kalmış suç arasında değil, tamamlanmış ve tamamlanmamış teşebbüs arasında

²⁹⁶ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 136-138; ayrıca bkz. Steinbach, **Problematic**, s. 70; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 123; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 240.

²⁹⁷ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 188-189; Arm. Kaufmann, **FS-Welzel**, s. 403.

bir ayırım yapılabilir²⁹⁸. Tamamlanmamış teşebbüsün hareket haksızlığı, tamamlanmış teşebbüsün hareket haksızlığına göre daha azdır²⁹⁹.

Kastın bilme unsurundan ibaret görülmesi ve olası kast ile bilinçsiz taksir arasında bilme unsuru bakımından bir fark bulunmaması sebebiyle³⁰⁰, olası kast ve bilinçli taksir arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Taksir sadece bilinçsiz taksir olarak anlaşılır³⁰¹. Bilinçsiz taksirin belirleyici normu muhataplarına final hareketlerle gerçekleştirdikleri faaliyetlerinde objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket etmeyi emretmektedir. Objektif dikkat ve özen yükümlülüğünden ise belirli bir neticeyle ilişkili olmaksızın soyut dikkat ve özen yükümlülüğü anlaşılmaktadır (*ohne-zu-Komponente*). Soyut dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık taksirli suçun haksızlığını tek başına temellendirir. Kasıtlı suçlarda olduğu gibi taksirli suçlarda da neticenin haksızlık bakımından hiçbir önemi bulunmamaktadır³⁰². Böylece taksirli suçlarda haksızlık, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı final hareketten ibaret görülen hareketin haksızlığına indirgenmiş olmaktadır.

d. Neticenin Suçun Yapısı İçerisindeki Konumu ve Fonksiyonu

Subjektif haksızlık öğretisinde haksızlık normun yapısından kaynaklanmakta ve belirleyici norm tarafından tahmil edilen yükümlülüğü aykırı davranış haksızlık olarak nitelendirilmektedir³⁰³. Haksızlığın temellendirilmesinde veya derecelendirilmesinde herhangi bir rolü

²⁹⁸ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 144; ayrıca bkz. Steinbach, *Problematik*, s. 70; Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 107; Stratenwerth, *FS-Schaffstein*, s. 186; Stollwerck, *Tatbestandsmerkmale*, s. 123; Herzberg, *JA 4/1986*, s. 197.

²⁹⁹ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 216-217; Arm. Kaufmann, *FS-Welzel*, s. 404.

³⁰⁰ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 158.

³⁰¹ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 162 vd.

³⁰² Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 168 vd., 191.; Arm. Kaufmann, *FS-Welzel*, s. 410; ayrıca bkz. Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 108; Rehr-Zimmermann, *Struktur*, s. 23; Stollwerck, *Tatbestandsmerkmale*, s. 123; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 240.

³⁰³ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 141.

bulunmadığından, netice ile kusur arasında da herhangi bir bağlantı yoktur. Diğer bir anlatımla, netice haksızlık bakımından olduğu gibi kusur bakımından da tamamen önemsizdir³⁰⁴.

Haksızlığın tespiti, aynı zamanda cezaya layık bir fiilin işlendiğini göstermektedir. Ancak haksızlık teşkil eden fiilin cezalandırılabilirliği, norm ihlalden bağımsız olarak, fiilin cezaya muhtaçlığına da bağlıdır. Cezaya muhtaçlık ise haksızlık ve kusurun dışındaki faktörler tarafından etkilenir³⁰⁵.

Subjektif haksızlık öğretisinde neticeye fiilin cezaya muhtaçlığını göstermek bakımından bir rol verilmiştir. Nitekim gerek kasıtlı suçlarda gerekse de taksirli suçlarda neticeden bağımsız bir haksızlık anlayışının benimsenmesi, neticenin cezalandırılabilirlik bakımından dikkate alınmasına engel değildir³⁰⁶. Failin iç dünyasında kalan suç işleme kararı hukuk bakımından önemsizdir. Hukukun değerlendirme alanına dahil olması bu kararın tipik fiil şeklinde dışa vurulmuş olmasını gerektirir. Haksızlık farklı yoğunluklarda dışa vurulmuş olabilir ve buna bağlı olarak hukuki barış farklı yoğunluklarda sarsılmış olabilir³⁰⁷.

Bu çerçevede neticenin fiilin cezaya muhtaçlığı bakımından iki temel fonksiyonu bulunmaktadır. İlk olarak netice, haksızlığın toplum tarafından idrak edilmesine aracılık eder (*Vermittlungsfunktion*). İkinci olarak ise her ne kadar haksızlığın gerçekleştiği hususunda bir delil olmasa da, prensip olarak haksızlığın ispatını kolaylaştırmaktadır (*Indizfunktion*). Netice toplum tarafından göz ardı edilemeyecek şekilde bir haksızlığın işlendiğini göstermekte

³⁰⁴ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 201.

³⁰⁵ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 208.

³⁰⁶ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 203; ayrıca bkz. Salimi, *Rechtfertigungselement*, s. 20.

³⁰⁷ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 208.

ve ona sebep olan hareketin anlamının belirlenmesine vesile olarak, fiilin cezaya muhtaçlığını göstermektedir³⁰⁸.

Bu sebeple, literatürde çok sayıdaki yazar, subjektif haksızlık öğretisinde neticeye objektif cezalandırabilme koşulu olarak yer verildiğini ifade etmektedir³⁰⁹. Ancak düşüncemize göre burada bilinen anlamda bir objektif cezalandırabilme koşulu söz konusu değildir. Zira öyle olması durumunda söz gelimi kasten öldürme suçuna teşebbüs halinde objektif cezalandırabilme koşulu olarak ölüm neticesi gerçekleşmediğinden failin cezalandırılması da söz konusu olamayacaktır. Öğretiye göre ise netice cezalandırmanın genel önleme amacı içerisinde bir konumu haizdir. Özel önleme bakımından ise bir önemi bulunmamaktadır³¹⁰. Bu sebeple, neticenin gerçekleşmemesi cezalandırmaya engel teşkil etmez. Keza *Zielinski*'ye göre, Alman Ceza Kanunu teşebbüse ilişkin hükmünde (§§ 22, 23) cezaya muhtaçlığın sınırını da belirlemiştir³¹¹. Burada toplumun temel değerlerinin ihlali anlamında netice, objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değil, daha ziyade ceza hukukunun parçalı karakteri içerisinde suç ihdası bakımından cezaya muhtaçlığın bir kıstası olarak ele alınmaktadır³¹². Kişi cezalandırılmalıdır, zira *öldürme*, *yaralama* neticelerine yönelmiştir. Ancak öğretilde, taksirli suçlarda tipik neticenin bilinen anlamda objektif cezalandırma koşulu olarak işlev gördüğü sonucuna varılabilir³¹³.

³⁰⁸ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 207 vd., 263; ayrıca bkz. Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 107; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 239.

³⁰⁹ Gallas, *FS-Bockelmann*, s. 155; Hirsch, *GS-Meurer*, s. 6; Stratenwerth, *FS-Schaffstein*, s. 187; Steinbach, *Problematik*, s. 41, 69; Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 108; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 111; Roxin, *AT/I*⁴, § 7, kn. 18; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 214, 239; Stollwerck, *Tatbestandsmerkmale*, s. 122-123; Salimi, *Rechtfertigungselement*, s. 20; Keçelioğlu, *CHD 21 (2013)*, s. 29; Meraklı, *Kusur*, s. 148, dn. 212; Baba, *Haksızlık*, s. 28; Elif Bekar, *Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar*, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 43-44.

³¹⁰ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 214.

³¹¹ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 217.

³¹² Bkz. Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 205 vd. Aynı yönde değerlendirme için bkz. Lenckner, *S/S*²⁶, vor §§ 13, kn. 59.

³¹³ Bkz. Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 217, 201; Arm. Kaufmann, *FS-Welzel*, s. 411; Horn, *Gefährdungsdelikte*, s. 97; Mylonopoulos, *Verhältnis*, s. 36; krş. Koca/Üzülmüş, *Genel*¹², s. 208; Uğur Ersoy, "Hareketin ve Neticenin Haksızlığı Kavramları Işığında Taksirli Suçlarda

2. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi

Subjektif haksızlık öğretisinde haksızlığın temellendirilmesi bakımından esas alınan temel düşünceler, haksızlığın ortadan kaldırılması alanında da belirleyici olmaktadır. Nitelim *Zielinski*'ye göre, hukuka uygunluk öğretisi haksızlık anlayışının bir sonucu olarak ortaya çıkar ve bu ikisi arasında bir paralellik söz konusudur³¹⁴.

Tipik uygun bir hareket, normla çelişki halinde olması dolayısıyla bizatihi norma aykırıdır. Ancak olayda tipik harekete izin veren bir kuralın (*Erlaubnissatz*), yani bir hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyeti halinde norma aykırı olan bu hareket hukuka aykırı olmayacaktır. Şayet norm bir yasak olarak ele alınacak olursa, hukuka uygunluk sebebi bu yasağın yükümlülüğe dönüşmesini engelleyerek somut olayda geçersiz hale getirir. Böylece norma aykırı olmakla birlikte, yasaklanmış bir davranıştan değil, izin verilmiş bir davranıştan söz edilir³¹⁵.

Tipik fiile izin veren istisnai nitelikteki kurallar olarak hukuka uygunluk sebepleri, normu temellendiren aynı değer yargılarından türetilir. Bu sebeple, her ikisi de aynı konu ve yapıyı haizdir. Normun emrinin konusu (*Gebotsmaterie der Norm*), birincil negatif değer yargısının konusu olmayıp, onu gerçekleştirmeye yönelmiş final hareketler olduğu gibi, tipik fiile izin veren kuralların konusu (*Erlaubnismaterie*) da birincil pozitif değer yargısının konusu olmayıp, onu gerçekleştirmeye, diğer bir anlatımla, hukuki değerın objesini korumaya yönelmiş final hareketlerdir³¹⁶. Final hareket üzerindeki ikincil

Meydana Gelen Sonucun/Neticenin Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme”, *CHD*, 36 (2018), s. 59 vd.

³¹⁴ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 221, 223, dn. 17.

³¹⁵ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 224, 266; ayrıca bkz. Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 110.

³¹⁶ Tipik fiile izin veren kurallar, normun aksine belirleyici fonksiyonu haiz değildir. Bu sebeple, bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde hareket yükümlülüğünden değil hareket izninden söz edilir (Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 228; ayrıca bkz. Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 110).

negatif değer yargısı hareketin değersizliğini ifade ederken ve haksızlığın esasını oluştururken, ikincil pozitif değer yargısı hareketin değerliliğini ifade eder ve hukuka uygunluğun esasını oluşturur³¹⁷.

Aynı şekilde birincil negatif değer yargısının konusu olarak hukuk düzeni tarafından tasvip edilmeyen neticenin haksızlık bakımından bir önemi bulunmadığı gibi, hukuk düzeni tarafından arzu edilen neticenin de hukuka uygunluk bakımından bir önemi yoktur³¹⁸. Zira hareketin değersizliğinin somutlaşması bakımından geçerli olan kurallar, aynı şekilde hareketin değerliliğinin somutlaşması bakımından da geçerlidir. Tipik fiile izin veren kurallar, daima hukuki değerın objesini savunmaya veya kurtarmaya, kısaca onu muhafazaya yönelmiş bir hareketle ilgilidir. Ancak söz gelimi kurtarma neticesi, izin verilen hareketin bir parçası değildir ve ortaya çıkan bu pozitif neticenin izin üzerinde bir etkisi yoktur. Somut olayda bir savunma veya kurtarma hareketinin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, yani hukuka uygun bir davranışın söz konusu olup olmadığı sadece failin kastına göre belirlenebilir³¹⁹. Böylece öğretide hareketin kast değersizliği haksızlığı tek başına temellendirirken, hareketin kast değerliliği (*Intentionswert*) de hukuka uygunluğun yegane kurucu unsuru olarak ortaya çıkmaktadır³²⁰.

Tipikliğin negatif unsurları öğretisinin aksine, subjektif haksızlık öğretisine göre de tipik fiile izin veren kurallar olarak hukuka uygunluk sebepleri normun bir parçası değildir. Hukuka uygunluk sebepleri genel yasağın genel bir sınırlamasını oluşturmaz. Söz konusu kurallar normun yanında ve ondan bağımsız niteliktedir³²¹. Bunun sonucu olarak, final hareket tipe uygun olması

³¹⁷ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 228-229; ayrıca bkz. Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 110; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 113.

³¹⁸ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 223.

³¹⁹ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 232.

³²⁰ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 222 vd; 235, 263; ayrıca bkz. Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 109; Steinbach, *Problematic*, s. 74-75, 86, 296; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 113, 281; Rehr-Zimmermann, *Struktur*, s. 105; Salimi, *Rechtfertigungselement*, s. 20-21.

³²¹ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 224, 228.

dolayısıyla bir yandan normu ihlal ederken, aynı zamanda bu harekete, hukuka uygunluk sebebinin koşullarının gerçekleşmiş olması dolayısıyla, izin verilmiş olabilmektedir. Tipe uygun hareket norma aykırıdır ve failin hukuki değerin objesine zarar vermeye yönelmiş olması dolayısıyla hareketin değersizliği gerçekleşir. Ancak diğer yandan aynı hareket, failin bir başka hukuki değeri muhafaza etmeye yönelmiş olması dolayısıyla hareketin değerliliğini de gerçekleştirmektedir³²². Burada negatif ve pozitif olarak değerlendirilen iki gailik tek bir harekette birleşir. Norm hareketin söz konusu bütüncül gailiği içerisinde sadece tipe uygun gailikle ilgilenir. Norm tarafından seçilen bu gailik, hukuki değerin objesine zarar vermeye yönelmiş olması dolayısıyla norma aykırılığı ve hareketin değersizliğini temellendirmektedir. Bu anlamda, hukuka uygunluk sebebinin hareketin değersizliği üzerinde doğrudan etkisi bulunmaz. Olayda bir hukuka uygunluk sebebi bulunsa dahi hareketin değersizliği varlığını devam ettirir. Ancak hareket bir hukuki değerin objesini muhafaza etmeye de yönelmiş olması dolayısıyla aynı zamanda hareketin değerliliğini de realize etmektedir³²³.

Şu halde hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde, norm ve harekete izin veren kuralın değer yaklaşımları arasında bir çatışma söz konusu olmaktadır. Ancak bir hareket hem yasaklanmış hem de izin verilmiş olamayacağından, uygulanabilir durumdaki norm ile izin veren kuraldan birinin geri çekilmesi gerekmektedir. Norm veya izin veren kuraldan hangisinin geri çekileceği ve çatışmanın ne şekilde çözümleneceği hususu yürürlükte olan hukuka göre belirlenir. Söz konusu çatışmanın çözümü olarak haksızlığın ortadan kaldırılmasında belirleyici olan ise hukuki değeri ihlal eden hareketin, diğer hukuki değerin korunması için gerekli olmasıdır. Haksızlığın ortadan kaldırılmasının, yani hukuka uygunluğun temel prensibini bu gereklilik ve ihlaline yönelinen hukuki değer ile korunmasına yönelinen hukuki değer

³²² Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 229.

³²³ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 231; ayrıca bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 110; Rehr-Zimmermann, **Struktur**, s. 105.

arasındaki değer tartımı, diğer bir ifadeyle, değerler dengesi oluşturur³²⁴. Gereklilik, bütün hukuka uygunluk sebeplerinin genel ve zorunlu koşuludur. Bu konuda kasıtlı suçlar ve taksirli suçlar arasında bir fark yoktur³²⁵.

Ancak, gerekliliğe veya değerler arasındaki dengeye ilişkin değerlendirme objektif ve fiilen var olan durumdan hareketle yapılamaz. Hareketin objektif olarak gerekliliği ve objektif değer tartımı, harekete ek olarak fail tarafından bilinmeyen bir kısım ilave koşullara ve tesadüflere bağlı olması sebebiyle, hareketin gailik bağlantısının dışında yer aldığından hareketin bir parçası değildir. Bu yönüyle de, hukuka uygunluk neticesinin veya hareketin bu netice bakımından objektif gerekliliğinin hareketin değerliliği ve hukuka uygunluğu bakımından herhangi bir etkisi veya belirleyiciliği yoktur³²⁶. Fail, kendisi tarafından var sayılan tehlikenin, yine kendisi tarafından varsayılan durum içerisinde hukuki değeri ihlal eden hareket gerçekleştirilmeksizin bertaraf edilemeyeceği yönünde bir kastla fiili gerçekleştirmişse, haksızlığın ortadan kaldırılması için aranan gereklilik koşulu sağlanmış olur³²⁷.

Gerçekte kurtarılabilecek bir hukuki değer bulunmasa veya fail tarafından tehlikenin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak gerçekleştirilen ve yine fail tarafından bu tehlikenin ortadan kaldırılması için elverişli görülen hareket gerçekte elverişsiz olsa bile fail hukuka uygun hareket etmiş olacaktır. Şu halde, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının (maddi şartlarının) gerçekleşmiş olup olmamasının hukuka uygunluk üzerinde bir etkisi yoktur. Failin (subjektif) *ex ante* olarak bu koşulların gerçekleştiğini kabul etmesi ve hukuki değerini korumaya yönelik hareketi gerekli addederek gerçekleştirmesiyle ortaya çıkan hareketin baskın gelen değerliliği, aynı anda

³²⁴ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 229-230, 235; ayrıca bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 110.

³²⁵ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 266; Arm. Kaufmann, **FS-Welzel**, s. 401.

³²⁶ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 235 vd; 251-252; ayrıca bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 111.

³²⁷ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 267; ayrıca bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 111.

gerçekleşen ve kendisine baskın gelinen hareketin değersizliğini telafi eder ve haksızlığın ortadan kalkması sonucunu doğurur. Bu sebeple hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hata halinde de tam ve gerçekleşmiş bir hukuka uygunluk sebebi söz konusudur³²⁸. Sonuç olarak, kast değersizliği şeklinde ortaya çıkan hareketin değersizliğini telafi eden, hukuki değeri muhafazaya yönelmiş kast değerliliği şeklindeki hareketin değerliliği olduğundan, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsuru, bütün hukuka uygunluk sebepleri bakımından asıl ve inşa edici yegane unsurdur³²⁹. Böylece, haksızlık gibi haksızlığın ortadan kaldırılması da salt subjektif olarak temellendirilmektedir³³⁰.

Mesela, banka soyguncusu B bir bankayı soymaya teşebbüs eder. Kasiyer C'yi dolu olan silahla tehdit eder. Tesadüfen orada bulunan polis memuru A silahını çeker ve B'den silahını atmasını ister. B silahını A'ya doğrulttuğunda A ateş eder ve B ağır şekilde yaralanır. Daha sonra B'nin silahında yapılan incelemede B'nin silahının kurusıkı mermiyle dolu olduğu ortaya çıkar. B yanlışlıkla kurusıkı mermi satın almıştır. *Zielinski*'ye göre, polis memuru A'nın silahın dolu olduğunu ve gerçekleştirdiği atışın fiili

³²⁸ *Zielinski*'ye göre, failin, (subjektif) *ex ante* olarak, bir hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının gerçekleştiği hususundaki kabulü hukuka uygunluk için yeterlidir. Ancak bunun için failin söz konusu kabulü hukuka uygunluğa esas teşkil eden olgular üzerinde titiz/özenli bir değerlendirmeye (*gewissenhafte Prüfung*) dayanmalıdır. Failin değerlendirmesinde özensiz davranması, her ne kadar fail hukuki değerinin objesine kasten zarar vermiş olsa da, taksirli suçun haksızlığını temellendirecektir (*Zielinski*, **Unrechtsbegriff**, s. 268 vd.). Yazarın, bu görüşüyle sınırlı kusur teorisine taraf olduğu ifade edilmiş ise de (*Magdalena Grupp*, **Das Verhältnis von Unrechtsbegründung und Unrechtsaufhebung bei der versuchten Tat**, 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2008, s. 251 vd.), bizce de yazarın kendine özgü bu görüşünü sınırlı kusur teorisi içinde değerlendirmek pek mümkün görünmemektedir (aynı yönde bkz. *Rinck*, **Deliktsaufbau**, s. 160-161).

³²⁹ *Zielinski*, **Unrechtsbegriff**, s. 233, 266; *Arm. Kaufmann*, **FS-Welzel**, s. 398-299, 401; ayrıca bkz. *Jungclaussen*, **Rechtfertigungselemente**, s. 110-111; *Steinbach*, **Problematik**, s. 74, 86; *Rath*, **Rechtfertigungselement**, s. 113-114; *Stratenwerth*, **FS-Schaffstein**, s. 181; *Jürgen Baumann*, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Aufl., Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1977, s. 308; *Herzberg*, **JA** 4/1986, s. 197.

³³⁰ *Zielinski*, **Unrechtsbegriff**, s. 267; ayrıca bkz. *Jungclaussen*, **Rechtfertigungselemente**, s. 105.

gerçekleştirdiği sırada *ex ante* olarak gerekli olduğunu düşünmesi fiilinin hukuka uygun kabul edilmesi için yeterlidir³³¹.

Hukuka uygunluk sebebinin varlığı bakımından gerekli tek koşul olarak söz konusu subjektif unsurun içeriği de yine haksızlık alanındakinden farklı değildir. Zira burada da bütün hareketlerin gailiğinde olduğu gibi hareket edilir. Buna göre, hukuka uygunluk için ilgili hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının gerçekleştiği yönündeki bilgi, diğer bir anlatımla, failin bu koşulların gerçekleştiğini subjektif *ex ante* olarak tasavvur etmesi yeterlidir. Ancak söz konusu objektif koşulların gerçekte var olması gerekmez. Hatalı bile olsa bu bilgiyle hareket eden failin, hangi amaç veya motivasyonla hareketini gerçekleştirdiğinin ise önemi bulunmamaktadır³³².

Hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurları önemsiz olduğundan ve subjektif unsurunun varlığı tek başına yeterli ve gerekli olduğundan, somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin objektif koşullarının gerçekleşmiş olması ve fakat failin bunu bilmemesi durumunda, hareketin değerliliği gerçekleşmez. Hareketin değersizliği hiçbir şekilde telafi edilemez. Haksızlık bütünüyle vücut bulur. Bu sebeple, hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsurunun yokluğu halinde fail tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılmalıdır³³³.

Kasıtlı ve taksirli haksızlıklar yasağın konusu yönünden birbirinden ayrılmaz. Her iki haksızlık türünde de yasağın konusu final harekettir. Bu haksızlık türleri arasındaki ayrım, normun yükümlülüğe dönüşmesinin koşulları bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Kasıtlı ve taksirli suçların haksızlığı aynı yapıyı haiz olduğuna göre, haksızlığın ortadan kaldırılmasının yapısı da her iki haksızlık türünde birbirine uygun olmalıdır. Taksirli suçlarda da yasağın konusu final hareket ise, taksirli suçlarda haksızlığın ortadan kaldırılmasının konusu da

³³¹ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 241 vd.

³³² Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 234; ayrıca bkz. Jungclaussen, *Rechtfertigungselemente*, s. 110.

³³³ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 266; ayrıca bkz. Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 281; Steinbach, *Problematik*, s. 296.

yine final hareket olacaktır. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olması dolayısıyla bizatihi yasaklanmış ve değersiz olan hareket, aynı zamanda hukuken pozitif olarak değerlendirilen bir neticeye yönelmiş olması dolayısıyla hareketin değerliliğini realize edecek ve hareketin değersizliğini telafi ederek haksızlığı ortadan kaldıracaktır³³⁴.

Belirli bir hedefe yönelmemiş bir hareketten söz edilemez. Ancak belirli bir hedefe yönelmiş hareket aynı zamanda kastedilmemiş ancak objektif olarak kaçınılabilir bir şekilde bir hukuki değerın objesine zarar vermiş olabilir. Söz gelimi bir hukuki değerin objesini içinde bulunduğu tehlikeden kurtarmaya yönelmiş bir hareket, aynı zamanda objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil ediyor olabilir ve taksirli olarak bir hukuki değeri ihlal etmiş olabilir. Bu durumda kurtarma hareketinin gerekli olduğu düşüncesiyle hareket eden fail, hareketin değeriğinin gerçekleşmiş olması sebebiyle hukuka uygun hareket etmiş olur³³⁵.

Mesela, banka soygunu olayında, polis memuru A'nın, yaralamanın savunma için yeterli olacağını düşünmesine ve bunun için gerekli olduğunu düşündüğü atışı gerçekleştirmesine rağmen, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması sonucu B'nin ölümüne sebebiyet vermesi halinde, A'nın davranışı, banka soygununu engelleme veya kendisini ve başkalarını savunmaya yönelmiş olması dolayısıyla hukuka uygun olacaktır³³⁶.

Bu açıdan, hukuka uygunluk sebepleri bakımından kasıtlı suçlarda aranan bütün koşullar taksirli suçlarda da aranmakta ve bu iki haksızlık türünde hukuka uygunluk bakımından bir ayırım yapılmamaktadır.

³³⁴ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 255; ayrıca bkz. Stratenwerth, *FS-Schaffstein*, s. 190 vd.

³³⁵ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 256-257.

³³⁶ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 255.

II. SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİ KABUL EDEN MÜNFERİT GÖRÜŞLER

A. Tipikliğin Negatif Unsurları Öğretisi

Klasik suç öğretisinin ortaya çıkışından bugüne kadar suçun yapısı ve unsurlarının tasnifi konusunda çeşitli öğretiler tarafından çok sayıda görüş ileri sürülmüş, gerek kastın konumu özelinde, gerekse haksızlık ve kusurun yapısı ve unsurları genelinde derin dogmatik tartışmalar yürütülmüş olmasına karşın, öğretilerde üzerinde ağırlıklı olarak uzlaşma sağlanmış ve belki de en az tartışmalı olan husus suçun üç basamaklı yapısıdır. *von Liszt* ve *Beling* tarafından geliştirilen suç öğretisinin “klasik” olarak adlandırılmasının sebebi de yazarlar tarafından ortaya konulan ve devamında çok sayıdaki yazarın katkısıyla tekamül eden öğretilerde suçun tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur şeklinde üç ayrı bağımsız unsur altında incelenmesi ve bu tasnifin, unsurların içerikleri konusundaki tüm farklı yaklaşımlara rağmen, bugüne kadar geçerliliğini devam ettirmesidir³³⁷.

Buna karşılık, suçun üç basamaklı yapısıyla aynı tarihi süreç içerisinde suçu temelde tipiklik ve kusur olmak üzere iki aşamada inceleyen tipikliğin negatif unsurları öğretisi (*die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*) de ortaya çıkmıştır³³⁸. İlk olarak *Adolf Merkel*³³⁹ tarafından ileri sürülen ve özellikle *Frank*³⁴⁰ tarafından geliştirilen öğretisi, yaygın olarak kabul görmese de, çok sayıdaki yazar³⁴¹ tarafından çeşitli varyasyonlarda savunulmuştur.

³³⁷ Bkz. Birinci Bölüm, I, A. Klasik Suç Öğretisi başlığı altında yapılan açıklamalar.

³³⁸ Tipikliğin negatif unsurları öğretisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hans Müller, “**Der Irrtum über negative Tatbestände**”, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes, 1958, s. 8 vd.; Hirsch, **Tatbestandsmerkmalen**, s. 13 vd.; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 21 vd.

³³⁹ Adolf Merkel, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 1. Aufl., Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1889, s. 82 vd.

³⁴⁰ Frank, **Schuldbegriff**, s. 15 vd.

³⁴¹ Alexander Löffler, “Besprechung der 5. Aufl. des Lehrbuchs von Franz v. Liszt”, **Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart**, 20 (1892), s. 767 vd.; Stirtz, **Notwehr**, s. 14 vd.; Arthur Baumgarten, **Der Aufbau der Verbrechenslehre**, 1. Aufl., J.C.B.

Tipikliğin negatif unsurları öğretisi suçun unsurlarının en temel tasnifinde bir farklılık göstermekle beraber, öğretinin suç genel teorisi içerisinde ifade ettiği anlamı açıklığa kavuşturulmalıdır. Öğreti, klasik, neoklasik veya finalist suç öğretisi gibi bir suç öğretisi olmadığı gibi, objektif, şahsi veya subjektif haksızlık öğretileri gibi bir haksızlık öğretisi de değildir. Nitekim anılan bu suç veya haksızlık öğretileriyle birlikte benimsenmesi mümkündür³⁴².

Öğretinin karakteristik özelliği, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarını tipikliğe dahil etmesi ve tipiklik ile hukuka aykırılık arasındaki ilişkiyi genel kabul gören anlayıştan (tipikliğin hukuka aykırılığa karine teşkil etmesi) farklı şekilde açıklıyor olmasıdır. Bu açıdan öğretisi, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarının konumuna ve tipiklik ile hukuka aykırılık arasındaki ilişkiye dair bir öğretilerdir³⁴³.

Tipikliğin negatif unsurları öğretisi, kast veya kusur teorilerine alternatif de değildir. Nitekim her iki teoriyle de birlikte savunulmuştur³⁴⁴.

Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1913, s. 183, 212 vd.; Karl Engisch, **Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht**, 1. Aufl., Otto Liebmann, Berlin, 1930, s. 5 vd.; Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 164 vd.; von Weber, **Aufbau**, s. 5 vd., 17; Hellmuth von Weber, “Negative Tatbestandsmerkmale”, **Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag**, Ed.: Karl Engisch, Reinhart Maurach, C.H. Beck, München Berlin, 1954, s. 183 vd.; von Weber, **JZ** 1951, s. 260 vd.; Schaffstein, **MDR** 1951, s. 196 vd.; Dietrich Lang-Hinrichsen, “Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes”, **JZ**, 1953, s. 362 vd.; Dietrich Lang-Hinrichsen, “Tatbestandslehre und Verbotsirrtum”, **JR**, 8/1952, s. 302 vd.; Dietrich Lang-Hinrichsen, “Tatbestandslehre und Verbotsirrtum”, **JR**, 9/1952, s. 356 vd.; Arthur Kaufmann, “Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen”, **JZ**, 1954, s. 653; Arthur Kaufmann, “Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum”, **JZ**, 1956, s. 353 vd.; Zimmerl, **Tatbestand**, s. 64; Müller, **Tatumstände**, s. 20 vd.; Claus Roxin, **Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale**, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1970, s. 173 vd.; Schünemann, **GA** 1985, s. 347 vd.; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 309 vd.

³⁴² Klasik suç öğretisiyle birlikte benimsenmesi için bkz. Frank, **Schuldbegriff**, s. 1 vd. Neoklasik suç öğretisiyle birlikte benimsenmesi için bkz. Lang-Hinrichsen, **JR** 5/1952, s. 190; Müller, **Tatumstände**, s. 50 vd.; Zimmerl, **Tatbestand**, s. 66. Finalist suç öğretisiyle birlikte benimsenmesi için bkz. Schaffstein, **MDR** 1951, s. 196, 198 vd., 200. Şahsi haksızlık öğretisiyle birlikte benimsenmesi için bkz. Schaffstein, **MDR** 1951, s. 199; Schünemann, **GA** 1985, s. 349, 360 vd.; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 57 vd.

³⁴³ Bkz. Schmid, **Verhältnis**, s. 20; Walo Früh, **Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes**, 1. Aufl., P.G. Keller, Winterthur, 1962, s. 60 vd.; Schünemann, **GA** 1985, s. 347.

³⁴⁴ Kast teorisiyle birlikte savunulması için bkz. Stirtz, **Notwehr**, s. 18; Frank, **Schuldbegriff**, s. 10-12, 19; Lang-Hinrichsen, **JR** 8/1952, s. 306 vd.; Lang-Hinrichsen, **JR** 9/1952, s. 356 vd.; Baumgarten, **Aufbau**, s. 210, 241. Kusur teorisiyle birlikte savunulması için bkz. von Weber,

Ancak öğretinin özellikle hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata konusundaki sonuçlarının, kusur teorilerinin suçun üç basamaklı yapısıyla birlikte savunulması halindeki sonuçlarından farklı olduğu ifade edilmelidir³⁴⁵.

İfade edildiği gibi tipikliğin negatif unsurları öğretisi klasik suç öğretisinin ortaya çıkışından bugüne çeşitli suç ve haksızlık öğretileriyle birlikte benimsenegelmiştir. Öğretinin bütün varyasyonlarını açıklamak hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekçelendirilmesini izah bakımından gerekli olmadığından ve konumuz itibarıyla esaslı bir fark da doğurmadığından, aşağıda ağırlıklı olarak öğretinin *Art. Kaufmann* tarafından savunulan biçimi üzerinde durulacak, bazı farklı yaklaşımlara ise sadece değinilmekle yetinilecektir.

1. Öğretinin Açıklanması

Ceza hukuku öğretisinde hâkim konumda olan suçun üç basamaklı yapısına göre, tipiklik, emir veya yasak normu olarak, hangi davranışların ceza hukuku bakımından önemli olduğunu göstererek cezalandırmaya layık haksızlığı temellendiren unsurları tarif eder. Failin tipiklikte belirtilen fiili işlemesi norma aykırılık oluşturur. Tıpe uygunluk, fiilin norma aykırılığı anlamına gelir. Fiilin norma aykırılığı, onun kural olarak hukuka aykırı olduğu ve haksızlık teşkil ettiğini gösterir. Bu anlamda haksızlığın çekirdeğini (*Kern des Unrechts*) oluşturan tipiklik hukuka aykırılığa karine teşkil eder. Ancak bu karine mutlak değildir. Tıpe uygun olarak gerçekleştirilen fiile izin veren bir kuralın, yani bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde, bizatihi norma aykırı olan fiil hukuka uygun olarak ortaya çıkacaktır. Yasak normu (*Verbotnorm*) ve tipik fiile izin veren istisnai nitelikteki kural (*Erlaubnissatz*) arasındaki bu ayrımın ve tipik fiile izin veren kuralların, normun bir parçası

JZ 1951, s. 261 vd.; Schaffstein, **MDR 1951**, s. 196 vd.; Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 653 vd.; Müller, **Tatumstände**, s. 37 vd., 19; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 74 vd.

³⁴⁵ Benzer yönde bkz. Erman, **Yanılma**, s. 324.

olmamasının sonucu olarak, tipiklik ve hukuka aykırılık, farklı iki değerlendirme kategorisi oluşturur³⁴⁶.

Ancak tipikliğin negatif unsurları öğretisinin taraftarlarına göre, tipikliğin haksızlık bakımından bir değerlendirmeyi ifade ettiği ve haksızlık teşkil eden fiilin sınırlarını çizdiği³⁴⁷ kabul edildiğinde, tipikliğin neden haksızlığı tayin eden koşulların sadece bir kısmını içerdiği, buna karşılık, diğer bir kısım olan hukuka aykırılık kategorisinin bundan mahfuz tutulduğu bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim tipikliğin haksızlığı temellendiren unsurları ile hukuka uygunluk sebeplerinin haksızlığı ortadan kaldıran unsurları fiilin haksızlığı üzerindeki yargıyı birlikte ve birbirlerini tamamlayarak şekillendirdiklerinden ve bu anlamda aynı fonksiyonu haiz olduklarından, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının tipikliğe dahil edilerek bunların tek bir suç kategorisinde bir araya getirilmeleri gerekir³⁴⁸. Tipikliğin görevi şayet haksızlığı tipleştirerek ve sınırlarını tarif ederek onun çerçevesini çizmekse, aynı görevi tipikliğin pozitif unsurlarının aynadaki yansıması misali tersten yerine getiren hukuka uygunluk sebeplerinin tipikliğine ait unsurlara, tipikliğin negatif unsurları olarak suç tipinde yer verilmelidir³⁴⁹.

Nitekim *Art. Kaufmann*'a göre, hukuka aykırılık, fiil üzerindeki bir yargıdır. Ancak yargının konusu değildir. Haksızlığı temellendiren objektif nitelikteki unsurlar hukuka aykırılık yargısından farklı olarak bu yargının konusunu oluşturmaktadır. Aynı şekilde hukuka uygunluk da bir yargıdır. Ancak yargının konusu değildir. Fiili hukuka uygun hale getiren hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları da hukuka uygunluk yargısından farklı olarak bu

³⁴⁶ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 53 vd., 80 vd.; Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 224 vd.; Hirsch, *LK*¹¹, vor § 32, kn. 6.

³⁴⁷ von Weber, *FS-Mezger*, s. 185.

³⁴⁸ Lang-Hinrichsen, *JZ* 1953, s. 363; Roxin, *AT/I*⁴, § 10, kn. 13; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 249; Schmid, *Verhältnis*, s. 20-21; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 82-83.

³⁴⁹ Schünemann, *GA* 1985, s. 347; Lang-Hinrichsen, *JZ* 1953, s. 363; ayrıca bkz. Erman, *Yanılma*, s. 324-325; Göktürk, *CHD* 26 (2014), s. 9-10.

yargının konusunu oluşturmaktadır³⁵⁰. Hukuka aykırılık ve hukuka uygunluk birbirine zıt yargılar olarak bir arada bulunamaz. Bir fiil ya hukuka aykırıdır ya da hukuka uygundur. Hukuka aykırılık yargısına fiil üzerinde bütüncül bir değerlendirme yapılarak ulaşılabilir. Bu ise bir yandan haksızlığı temellendiren objektif nitelikteki unsurların varlığının tespitini gerekli kılarken, diğer yandan bu yargının reddedilmesini gerektiren objektif nitelikteki unsurların yokluğunun tespitini gerektirmektedir. Şu halde, haksızlığı temellendiren deskriptif ve normatif nitelikteki objektif unsurlar nasıl tipikliğe aitse, hukuka uygunluk sebeplerinin deskriptif ve normatif nitelikteki objektif unsurları (şartları) da negatif unsur olarak haksızlık tipine aittir³⁵¹.

Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının tipikliğe dahil edilmesiyle, tipikliğin objektif unsurları pozitif ve negatif unsurlardan teşekkül eder³⁵². Fiilin tipe uygunluğu ve hukuka aykırılığı, pozitif unsurların varlığının ve negatif unsurların yokluğunun tespitiyle mümkündür. Hukuka uygunluk sebebinin varlığı sadece hukuka aykırılığın değil tipikliğin de reddedilmesi

³⁵⁰ Bu açıdan tipikliğin negatif unsurları öğretisi de değerlendirmenin konusu (*Objekt der Wertung*) ile konunun değerlendirmesi (*Wertung des Objekts*) arasındaki ayrıma dayanmaktadır (Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 654,656; von Weber, **FS-Mezger**, s. 190). Değerlendirmenin konusu ve konunun değerlendirmesi ayrımı ilk olarak *Graf zu Dohna* tarafından ortaya konulmuş (Graf zu Dohna, **Aufbau**⁴, s. 11 vd.) ve çeşitli öğretiler tarafından esas alınmıştır. Ancak neyin değerlendirmenin konusuna neyin konunun değerlendirmesine dahil olduğu konusunda görüş birliği yoktur.

³⁵¹ Stirtz, **Notwehr**, s. 14-15; Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 655-656; von Weber, **Aufbau**, s. 16; Lang-Hinrichsen, **JR 5/1952**, s. 186; Lang-Hinrichsen, **JR 8/1952**, s. 304-305; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 148; Schmid, **Verhältnis**, s. 16; Michael Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2005, s. 160; Früh, **Rechtfertigungsgrundes**, s. 55; Scheffler, **Jura 1993**, s. 618; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 23.

³⁵² Öğreti kastın konumu bakımından belirleyici değildir. Kast tipikliğin subjektif unsuru olarak haksızlığa dahil edilebileceği gibi, kusurun bir unsuru olarak da görülebilir. İlk halde, tipiklik objektif ve subjektif unsurlardan, tipikliğin objektif unsurları ise pozitif ve negatif unsurlardan oluşacaktır (Art. Kaufmann, **JZ 1956**, s. 356; von Weber, **Aufbau**, s. 10-11, 16, 25. Bu yönde ayrıca bkz. Heinrich, **AT**⁵, § 7, kn. 108). İkinci ihtimalde ise tipiklik sadece pozitif ve negatif objektif unsurlardan müteşekkil kabul edilecek, kast kusurun bir unsuru olarak ele alınacaktır.

sonucunu doğurur³⁵³. Nitekim, tipikliğin pozitif unsurları ile negatif unsurları arasında herhangi bir mahiyet farkı yoktur³⁵⁴.

Öğretide tipiklik, haksızlık için önemli olan bütün unsurları bünyesine dahil eden bütüncül haksızlık tipi olarak anlaşılmaktadır (*Gesamtunrechtstatbestand*)³⁵⁵. Bütüncül haksızlık tipi, fiilin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi sonucunu doğuran bütün unsurları kapsadığından, tipikliğin gerçekleştiğinin tespiti, bizatihi (*eo ipso*) ve nihai olarak, fiilin hukuka aykırı olduğunu ve haksızlığın gerçekleştiğini gösterir. Hukuka aykırılığın haksızlığın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti bakımından tipikliğin yanında ve ondan ayrı bir anlamı yoktur. Tipiklik hukuka aykırılığın bilinmesi (*ratio cognoscendi*) sebebi değil, onun varlık sebebidir (*ratio essendi*). Hukuka aykırılık olmadan tipe uygunluk olamayacağı gibi, tipe uygunluk olmadan da hukuka aykırılık olamaz. Hukuka aykırılık, bütüncül haksızlık tipinin gerçekleştirilmesi üzerindeki değersizlik yargısıdır. Suçun bağımsız bir unsuru değil, zorunlu niteliğidir³⁵⁶.

Fiilin tipe uygunluğu ile hukuka aykırılığı aynı anlama gelir³⁵⁷. Tipe uygunluk ve hukuka aykırılık birbirine özdeş ve tek bir değerlendirme aşaması

³⁵³ Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 657; von Weber, **FS-Mezger**, s. 184; Schaffstein, **MDR 1951**, s. 197; Müller, **Tatumstände**, s. 17, 20; ayrıca bkz. Roxin, **AT/I⁴**, § 10, kn. 14; Schmid, **Verhältnis**, s. 20; Herzberg, **JA 4/1986**, s. 191; Erman, **Yanılma**, s. 329.

³⁵⁴ Stirtz, **Notwehr**, s. 15; Schaffstein, **MDR 1951**, s. 197; von Weber, **JZ 1951**, s. 262; von Weber, **FS-Mezger**, s. 185; Fukuda, **JZ 1958**, s. 144.

³⁵⁵ Lang-Hinrichsen, **JR 8/1952**, s. 307; Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 657; Art. Kaufmann, **JZ 1956**, s. 356; Müller, **Tatumstände**, s. 15-16; ayrıca bkz. Herzberg, **JA 4/1986**, s. 191; Heuchemer, **Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 160. Bütüncül haksızlık tipi kavramı, klasik anlayışın dar anlamda tipiklik kavramından geniş, geniş anlamda tipiklik kavramından ise dar bir tipikliği ortaya koymaktadır. Böylece tipikliğe haklı ile haksız arasındaki sınırı nihai olarak belirleme fonksiyonu yüklenmiş olmaktadır (Steinbach, **Problematic**, s. 11).

³⁵⁶ Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 656-657; Art. Kaufmann, **JZ 1956**, s. 354, 356; Lang-Hinrichsen, **JR 8/1952**, s. 307; Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 165-166; Engisch, **Untersuchungen**, s. 11-12; von Weber, **FS-Mezger**, s. 186; Frank, **Schuldbegriff**, s. 18; Müller, **Tatumstände**, s. 12-13, 16, 20; Schmid, **Verhältnis**, s. 20; Früh, **Rechtfertigungsgrundes**, s. 56, 60; Erman, **Yanılma**, s. 327-328.

³⁵⁷ Müller, **Tatumstände**, s. 20.

oluşturur. Böylece birinci basamağın bütüncül tipiklik ve ikinci basamağın kusur olduğu iki basamaklı suç yapısına ulaşılır³⁵⁸.

Bu durumda, haksızlığı temellendiren unsurlardan müteşekkil tipe uygun davranışın kural olarak hukuka aykırı olduğu, ancak hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde fiilin istisnai olarak hukuka uygun hale geldiği düşüncesi isabetli değildir. Pozitif unsurlardan müteşekkil tipikliğin hukuka aykırılığa karine teşkil etmesi, bunun geçici olması ve bir hukuka uygunluk sebebinin varlığıyla fiilin hukuka aykırı olduğu yönündeki karinenin ortadan kalkması söz konusu olamaz. Hukuka uygunluk sebepleri hukuka aykırılığı herhangi bir şekilde ortadan kaldırmaz, aksine tipikliği sınırlandırır ve bunların varlığıyla haksızlık baştan itibaren gerçekleşmemiş olur³⁵⁹.

Öğretinin bu anlayışı, yasak normu (dar anlamda tipik ya da garanti tipine uygun) ile fiile izin veren kurallar, yani hukuka uygunluk sebepleri arasında norm teorisi bakımından bir fark görülmemesinin ve izin veren kuralların da normun yapısına dahil edilmesinin sonucudur³⁶⁰. Yasak normu ile fiile izin veren kurallar, kural ve istisna ilişkisi içerisinde tipikliği tayin eden normu birlikte şekillendirmektedir. Bu açıdan, fiilin garanti tipi tarafından hiç yasaklanmamış olması ile yasaklanmış ancak bir hukuka uygunluk sebebi dolayısıyla hukuka uygun olması arasında bir değersizlik farkı bulunmamaktadır³⁶¹.

Öğretinin taraftarlarına göre, ceza kanunun özel hükümlerinde düzenlenen suç tiplerinin kanuni tanımlarında zikredilmemiş olmaları tipikliğin

³⁵⁸ Steinbach, **Problematik**, s. 11; Schünemann, **GA 1985**, s. 347; Roxin, **AT/I⁴**, § 10, kn. 14; Herzberg, **JA 4/1986**, s. 191-192; Heinrich, **AT⁵**, § 7, kn. 108; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 83; Jescheck/Weigend, **AT⁵**, s. 249; Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 41-42; Scheffler, **Jura 1993**, s. 618; Erman, **Yanılma**, s. 324.

³⁵⁹ Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 655, 657; Engisch, **Untersuchungen**, s. 11; Jescheck/Weigend, **AT⁵**, s. 249; Erman, **Yanılma**, s. 327.

³⁶⁰ Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 224 vd.; Welzel, **Strafrecht¹¹**, s. 80 vd.; Schünemann, **GA 1985**, s. 348.

³⁶¹ von Weber, **Aufbau**, s. 17; von Weber, **JZ 1951**, 262; von Weber, **FS-Mezger**, s. 188; Art. Kaufmann, **JZ 1956**, s. 355; Schünemann, **GA 1985**, s. 348, 349; Schmid, **Verhältnis**, s. 20; Erman, **Yanılma**, s. 325-325.

negatif unsurlarının kabul edilmesine engel değildir. Zira tipikliği sınırlandıran negatif unsurlar, bunları her bir suç tanımında tekrar etmenin kanun yapma tekniği bakımından uygun olmaması sebebiyle, münferit suç tiplerinin kanuni tanımlarından çıkarılarak her bir suç tipi bakımından geçerli olacak şekilde parantez³⁶² önüne alınmış ve genel hükümler içerisinde düzenlenmiştir³⁶³. Buna göre, her ne kadar kasten öldürme suçunun kanuni tanımında (TCK m. 81) bir insanı kasten öldüren kişinin cezalandırılacağı hükmüne yer verilmiş olsa da, hüküm söz gelimi meşru savunmaya ilişkin hükümle (TCK m. 25/1) birlikte “gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı bir biçimde defetmek zorunluluğu haricinde bir insanı kasten öldüren kişi cezalandırılır” şeklinde okunmalıdır. Bu durum yazılı veya yazılı olmayan bütün hukuka uygunluk sebepleri bakımından geçerlidir³⁶⁴.

Suç tipinin bir parçası olarak kabul edilen hukuka uygunluk sebeplerinin sınırlı sayıda olmaması ve sadece bir kısmına genel hükümlerde yer verilmesi kanunilik ilkesi bakımından da bir sorun oluşturmaz. Zira kanunilik ilkesi bakımından tipikliğin garanti fonksiyonu, suç tiplerinde haksızlığı temellendiren unsurların tanımlanmış olmasıyla sağlanmaktadır. Kanunda garanti tipi (*Garantietatbestand*) olarak da ifade edilen tipikliğin pozitif

³⁶² Parantez önüne alma, bir kanun yapma tekniği olarak ceza kanunlarında genel hükümlere yer verilmesinin genel mantığını oluşturmaktadır (bkz. Rengier, **AT**⁹, § 1, kn. 2). Ancak düşüncemize göre, parantez önüne alma sadece genel hükümlerin bütün suçlar bakımından geçerli olduğu anlamına gelir. Tipikliğin kapsamına ilişkin bir belirleyiciliği ise yoktur. Bu itibarla, tipikliğin negatif unsurları öğretisinin kabul edilmesi halinde, tipikliğin negatif unsurlarının neden özel hükümlerde düzenlenen suç tiplerinde zikredilmediğini izah bakımından imkan verebilir. Buna karşılık, tipikliğin negatif unsurlarının kabul edilmesi bakımından bir gerekçe oluşturmaz.

³⁶³ *Radbruch*’a göre, bazı suç tiplerinde mesela “rızası olmadan” (TCK m. 141) gibi ifadelerle negatif unsurlara açıkça yer verilmiş olmasına karşılık, diğer bazı suç tiplerinden bunlara yer verilmemiş olması sadece suç tipinin redaksiyonuna ilişkin bir farklılık oluşturur. Bu farklılık tipikliğin negatif unsurlarının kabul edilmesine engel değildir. Yazar birincileri tipikliğin özel negatif unsurları olarak ifade ederken, ikinci durumda genel negatif unsurlardan söz etmektedir. Özel ve genel negatif unsurlar arasında teorik veya pratik açıdan bir farklılık bulunmamaktadır (Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 164-165; ayrıca bkz. Frank, **Schuldbegriff**, s. 18).

³⁶⁴ Art. Kaufmann, **JZ** 1954, s. 656-657; Schaffstein, **MDR** 1951, s. 197; von Weber, **JZ** 1951, s. 262; Lang-Hinrichsen, **JR** 8/1952, s. 306; Lang-Hinrichsen, **JZ** 1953, s. 363; Frank, **Schuldbegriff**, s. 17; Müller, **Tatumstände**, s. 10; ayrıca bkz. Roxin, **AT/I**⁴, § 10, kn. 14; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 249; Schmid, **Verhältnis**, s. 20-21; Erman, **Yanılma**, s. 325-326.

unsurlarının gösterilmiş olması gerekli ve yeterlidir. Hukuka uygunluk sebeplerinin unsurlarının tipiklikte ayrıca gösterilmiş olması zorunlu değildir³⁶⁵.

Haksızlığı sınırlandıran sebeplerin unsurlarının parantez önüne alınmış olması ve ilgili suç tipinin kanuni tanımında ayrıca düzenlenmemiş olması kastın kapsamı bakımından önemli değildir³⁶⁶. Kast sadece garanti tipini kapsamaz. Kastın hangi unsurları kapsaması gerektiği hususunda belirleyici olan, bütüncül haksızlık tipine, yani yasağın konusuna neyin ait olduğudur. Bu itibarla, kastın tanımında yer alan “suçun kanuni tanımındaki unsurlar” (TCK m. 21; Aİ.CK § 16/I) ibaresine tipikliğin negatif unsurları da dahildir³⁶⁷.

Hukuka aykırılık yargısı, tipikliğin pozitif unsurlarının varlığı ve negatif unsurlarının yokluğu üzerindeki değersizlik yargısı olduğundan, pozitif unsurların yanında negatif unsurlar da doğrudan doğruya kastın kapsamına dahildir³⁶⁸. Yani kasten hareket ettiğinden söz edebilmek için failin haksızlığı temellendiren unsurların gerçekleştiğini bilmesi yeterli değildir. Fail ayrıca hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarının gerçekleşmediğini de bilmelidir³⁶⁹. Bu sebeple, öğretide kast bütüncül haksızlık kastı (*Gesamtthatbestandsvorsatz*) olarak da ifade edilmektedir³⁷⁰. Ancak hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarının gerçekleşmediği hususundaki bilgi, her

³⁶⁵ Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 656-657; Art. Kaufmann, **JZ 1956**, s. 355; Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 165; Schünemann, **GA 1985**, s. 350; Lang-Hinrichsen, **JR 8/1952**, s. 306-307; Müller, **Tatumstände**, s. 15; Erman, **Yanılma**, s. 324.

³⁶⁶ Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 657.

³⁶⁷ Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 656. Aksi görüşte olan *Müller*, “suçun kanuni tanımındaki unsurlar” ifadesinin sadece özel hükümlerindeki suç tanımlarında yer alan unsurları, diğer bir anlatımla garanti tipini kapsadığını, tipikliğin negatif unsurlarını ya da bütüncül haksızlık tipini şamil olmadığını ifade etmekte, ancak bunun, negatif unsurların kastın kapsamında olmasına engel oluşturmadığını söylemektedir (Müller, **Tatumstände**, s. 22, 24).

³⁶⁸ Tipikliğin negatif unsurlarının kıyasen kastın kapsamına alınması yönündeki görüş için bkz. Lang-Hinrichsen, **JZ 1953**, s. 363, 366.

³⁶⁹ Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 655; Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 164; Schaffstein, **MDR 1951**, s. 197; von Weber, **JZ 1951**, s. 262; Frank, **Schuldbegriff**, s. 16; Baumgarten, **Aufbau**, s. 187; Schünemann, **GA 1985**, s. 348; Lang-Hinrichsen, **JR 8/1952**, s. 306; ayrıca bkz. Schmid, **Verhältnis**, s. 20; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 83; Heinrich, **AT⁵**, § 7, kn. 109; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 23.

³⁷⁰ Lang-Hinrichsen, **JR 8/1952**, s. 307.

bir hukuka uygunluk sebebinin şartlarıyla ilgili münferit bir bilgi olarak değil, ilk bakışta olayda herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığı hususundaki genel bilinç olarak anlaşılmaktadır³⁷¹.

Tipikliğin negatif unsurlarının kabulü ve bunların doğrudan kastın kapsamına dahil edilmesinin en önemli sonucu hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde ortaya çıkmaktadır. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartları tipikliğin unsuru olduğundan, bu unsurların varlığı hususundaki hata kastı kaldıran tipiklik hatasıdır³⁷². Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın tipiklik hatasından ayrı bir anlamı yoktur. Tipikliğin pozitif unsurlarında hata ile negatif unsurlarında hata arasında maddi bir farklılık bulunmaz³⁷³. Bu sebeple, bu hata türünde tipiklik hatasına ilişkin hükümler (TCK m. 30/1; A1.CK § 16/I) doğrudan uygulanmaktadır. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarının gerçekleşmediklerinin bilinmemesi veya gerçekleştiklerinin kabul edilmesi halinde kast söz konusu değildir³⁷⁴. Bu durumda, kasıtlı suçun hareket haksızlığı gerçekleşmez. Ancak hatanın kaçınılabilir (taksirli) olması halinde failin taksirli suçtan sorumluluğu devam

³⁷¹ Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 657, dn. 37; Art. Kaufmann, **JZ 1956**, s. 357; ayrıca bkz. Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 164. *Müller* ise tipikliğin negatif unsurları bakımından kastı, hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarının varlıklarının tasavvur edilmemesi olarak anlamakta, bu şartların negatif unsurların yokluklarının bilinmesi veya tasavvur edilmesini gerekli görmemektedir (Müller, **Tatumstände**, s. 33-34).

³⁷² Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 657; Schaffstein, **MDR 1951**, s. 197, 199; von Weber, **JZ 1951**, s. 261-262; von Weber, **FS-Mezger**, s. 183, 187, 191; Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 164; Frank, **Schuldbegriff**, s. 15, 19; Lang-Hinrichsen, **JR 8/1952**, s. 306; Müller, **Tatumstände**, s. 20-21; ayrıca bkz. Schmid, **Verhältnis**, s. 20; Jescheck/Weigend, **AT⁵**, s. 249; Heinrich, **AT⁵**, § 7, kn. 109; Heuchemer, **Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 159; Früh, **Rechtfertigungsgrundes**, s. 55. Tipikliğin pozitif ve negatif unsurları üzerindeki hatanın tipiklik hatası olması bakımından, hatanın konusu olan unsurun deskriptif veya normatif unsur olması önemli değildir. Hem pozitif hem de negatif unsurların hukuk ile ilişkileri de tipiklik hatasıdır. Bu itibarla, bulunduğu yerden aldığı malın başkasına ait olduğunu bilmeyen kişi, kasten hareket etmediği gibi, saldırının hukuka aykırı olduğunu düşünen kişi de kasten hareket etmiş olmaz (von Weber, **Aufbau**, s. 24).

³⁷³ Müller, **Tatumstände**, s. 23.

³⁷⁴ Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 655; Schaffstein, **MDR 1951**, s. 197; Müller, **Tatumstände**, s. 35; Schünemann, **GA 1985**, s. 348, 373; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 148, 152; ayrıca bkz. Schmid, **Verhältnis**, s. 16; Heuchemer, **Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 160; Roxin, **AT/I⁴**, § 14, kn. 54; Scheffler, **Jura 1993**, s. 618; Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 10.

edecektir³⁷⁵. Hatanın kaçınılmaz olmaması halinde, diğer bir ifadeyle taksirli dahi olmaması halinde, failin herhangi bir şekilde sorumluluğu söz konusu olmaz³⁷⁶.

Bunun yanında, tipiklik hatası ile haksızlık hatasının birbirinden ayrılması gerekir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartları tipikliğin negatif unsurudur. Ancak hukuka uygunluğun kendisi tipikliğin negatif unsuru değildir. Aynı şekilde hukuka aykırılık da tipikliğin pozitif unsuru değildir³⁷⁷. Zira tipiklik, hukuka aykırılık değerlendirmesinin konusudur. Hukuka aykırılık ise bu konu üzerindeki değerlendirmedir. Konu üzerindeki değerlendirmenin, aynı zamanda değerlendirmenin konusu olması mümkün olmadığından³⁷⁸, hukuka aykırılık tipikliğe ait olmayıp, tipe uygun fiilin objektif değersizliğini ifade eden salt değer yargısıdır³⁷⁹. Bu değer yargısı üzerindeki hata, diğer bir anlatımla, tipikliğin gerçekleştirilmesinin hukuka aykırılık niteliği üzerindeki hata, tipiklik hatası değil, haksızlık hatasıdır³⁸⁰.

Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarının gerçekleşmemiş olduğunun bilgisi kastın kapsamına dahilken, fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmış olduğunu ifade eden hukuka aykırılığın kendisi, tipikliğin unsuru olmaması sebebiyle, kastın kapsamına dahil değildir³⁸¹. Diğer bir ifadeyle, hukuka aykırılık bilinci kastın bir bileşeni değildir³⁸². Kasten hareket ettiğinden

³⁷⁵ Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 658; Frank, **Schuldbegriff**, s. 19; von Weber, **FS-Mezger**, s. 191; von Weber, **JZ 1951**, s. 261; Erman, **Yanılma**, s. 330.

³⁷⁶ Schaffstein, **MDR 1951**, s. 199-200.

³⁷⁷ Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 654-655; Früh, **Rechtfertigungsgrundes**, s. 55.

³⁷⁸ Müller, **Tatumstände**, s.13.

³⁷⁹ Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 656; Art. Kaufmann, **JZ 1956**, s. 354; Müller, **Tatumstände**, s. 16, 17, dn. 1, 20; Früh, **Rechtfertigungsgrundes**, s. 55.

³⁸⁰ Müller, **Tatumstände**, s. 20.

³⁸¹ Schaffstein, **MDR 1951**, s. 197. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarının aksine, hukuka aykırılığın tipikliğe ait olmaması, öğretinin kusur teorisiyle birlikte savunulması halinde söz konusudur. Ancak kast teorisinde kast, *dolus malus* olarak kabul edildiğinden, öğretiyi kast teorisiyle birlikte savunanlar hukuka aykırılığın kendisini de tipikliğin negatif unsuru olarak görmüşlerdir (bkz. Frank, **Schuldbegriff**, s. 16, 19; Baumgarten, **Aufbau**, s. 174).

³⁸² von Weber, **Aufbau**, s. 12, 16; von Weber, **FS-Mezger**, s. 189; aksi yönde bkz. Lang-Hinrichsen, **JR 8/1952**, s. 307.

söz edebilmek için failin haksızlık bilincine sahip olması gerekmez. Şu halde gerçekte var olmayan bir hukuka uygunluk sebebinin var kabul edilmesi ya da hukuka uygunluk sebebinin somut olayda uygulanabilirliğinin kabul edilmesi halinde hata, haksızlık bilincini ortadan kaldırır. Bu hata kastı kaldıran tipiklik hatası olarak değil, kusuru kaldıran haksızlık hatası olarak değerlendirilir³⁸³. Mesela, gerçekte var olmamasına rağmen kendisine yönelik bir saldırı gerçekleştirdiğine inandığı kişiye vuran fail, hareketini yasak olana götüren objektif şartları bilmemekte ve kasten hareket etmemektedir. Buna karşılık, halihazırda mevcut olmayan, geçmişte gerçekleşmiş ve bitmiş bir saldırı dolayısıyla intikam almanın hukuka uygun olduğunu düşünen fail, hukuka uygunluk sebebinin unsurlarında değil, varlığında hataya düşmüş olduğundan, hatası kastı kaldıran tipiklik hatası olarak değil, kusuru kaldıran haksızlık hatası olarak değerlendirilir³⁸⁴.

Şu halde tipiklik hatası ile haksızlık hatası, konularında birbirlerinden ayrılmaktadır. Değerlendirmenin konusu üzerinde hata tipiklik hatası iken, konunun değerlendirmesi üzerinde hata haksızlık hatasıdır³⁸⁵.

Hukuka uygunluk sebeplerinin sınırında hata hallerinin hangi hata türünü oluşturduğu da benzer şekilde belirlenmektedir. Hukuka uygunluk sebeplerinin fiili sınırında hataya düşülmesi hali de tipiklik hatasıdır. Zira bu ihtimalde tipikliğin (negatif unsurlarının), fiili hukuka uygun hale getiren durumu nasıl sınırladığı ile ilgili bir hata vardır. Bu da hatanın tipiklik hatası olduğunu göstermektedir. Mesela, saldırının devam ettiği ya da şiddeti konusunda yanılan fail, savunmanın gerekliliği hususunda ve dolayısıyla tipikliğe ait fiili koşullarda hataya düşmüş olur³⁸⁶.

³⁸³ Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 654-655; Art. Kaufmann, **JZ 1956**, s. 353-354; Schaffstein, **MDR 1951**, s. 196-197; von Weber, **Aufbau**, s. 24; von Weber, **JZ 1951**, s. 261, 263; von Weber, **FS-Mezger**, s. 191; Müller, **Tatumstände**, s. 21, 38; Früh, **Rechtfertigungsgrundes**, s. 55-56.

³⁸⁴ Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 658; von Weber, **Aufbau**, s. 23-24.

³⁸⁵ Müller, **Tatumstände**, s. 20-21; von Weber, **FS-Mezger**, s. 191.

³⁸⁶ Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 658.

Buna karşılık, hukuka uygunluk sebebinin hukuki sınırında hata haksızlık hatasıdır³⁸⁷. Mesela, meşru savunmada, savunmanın, saldırıyı bertaraf etmek için gerekli olan ölçüyle sınırlı olmadığına inanan kişinin hatası haksızlık hatasıdır³⁸⁸. Av kurallarına uyulup uyulmadığını denetlemekle görevli memurun, ruhsatsız avlanan ve dur ihtarına rağmen kaçmaya çalışan bir avcıyı yakalamak için silah kullanmaya yetkili olduğunu düşünmesi ve ateş etmesi halinde haksızlık hatası vardır. Zira bu durumda fail kural üzerinde hataya düşmüştür³⁸⁹.

2. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi

Tipikliğin negatif unsurları öğretisinde hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları, özünde aynı esaslara dayanmakla birlikte, iki şekilde temellendirilmektedir.

İlk olarak, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleştiğinin fail tarafından bilinmemesi şeklinde ortaya çıkan hata halinden hareket edilmektedir. Açıklandığı üzere, öğretide, hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının, yani tipikliğin negatif unsurlarının somut olayda var olmamasına rağmen fail tarafından var kabul edilmesi, kastı kaldıran tipiklik hatası olarak nitelendirilmektedir. Bunun tersi durumda, yani hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının somut olayda gerçekleşmiş olmasına rağmen, failin bunu bilmemesi halinde ise tersine tipiklik hatası söz konusudur. Tipiklik hatası nasıl kastı kaldıran hata olarak değerlendiriliyorsa, tersine tipiklik hatası

³⁸⁷ von Weber, **JZ** 1951, s. 261, 263; Schaffstein, **MDR** 1951, s. 196; Früh, **Rechtfertigungsgrundes**, s. 55-56.

³⁸⁸ Schaffstein, **MDR** 1951, s. 196.

³⁸⁹ von Weber, **JZ** 1951, s. 263.

da kastı temellendirir³⁹⁰. Şu halde hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde failin kasten hareket ettiği sonucuna ulaşılır.

Diğer taraftan, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde, tipikliğin unsurlarındaki eksiklik dolayısıyla, bütüncül haksızlık tipi tamamlanamaz. Tipikliğin tamamlanma imkanının bulunmaması ve fakat failin bu hususta kasten hareket etmesi elverişsiz teşebbüse vücut verir³⁹¹. Subjektif teşebbüs anlayışının benimsendiği bir hukuk düzeninde (Al.CK § 22) elverişsiz teşebbüs hali fiilin hukuka aykırılığını temellendirmektedir. Sonuç olarak fiilin hukuka uygunluğu, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının yanında subjektif unsurlarının varlığına, diğer bir ifadeyle, objektif unsurların fail tarafından bilinmesine bağlıdır³⁹².

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının bu gerekçelendirme biçimi, şahsi haksızlık anlayışının benimsenmesini gerektirmemekte, bütüncül tipiklik ve subjektif teşebbüs anlayışlarının birlikte benimsenmesinin tabii bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

İkinci olarak, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğine, yine tipikliğin negatif unsurları öğretisiyle birlikte şahsi haksızlık anlayışının ve telafi düşüncesinin benimsenmesiyle de ulaşılmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, şahsi haksızlık anlayışı ve telefi düşüncesiyle yapılan temellendirmede ileri sürülen argümanlar, yukarıda açıklamış olduğumuz gerekçelendirmeyi de bünyesinde barındırır.

İlgili kısımda açıklandığı üzere³⁹³, telafi düşüncesi ilk olarak tipikliğin negatif unsurları öğretisi içerisinde *von Weber* tarafından ortaya konulmuş ve

³⁹⁰ von Weber, **FS-Mezger**, s. 192; Müller, **Tatumstände**, s. 37, 40-41; Schmid, **Verhältnis**, s. 30.

³⁹¹ von Weber, **FS-Mezger**, s. 192; Müller, **Tatumstände**, s. 41-42; Schmid, **Verhältnis**, s. 30; Scheffler, **Jura 1993**, s. 622.

³⁹² Müller, **Tatumstände**, s. 41; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 83; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 23; Ayrıca bkz. Stirtz, **Notwehr**, s. 19 vd., 38 vd.

³⁹³ Bkz. İkinci Bölüm, I, B, 3. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi.

Schaffstein tarafından geliştirilmiştir. Buna göre, bütüncül tipiklik, tipikliğin pozitif ve negatif nitelikteki objektif unsurları ve bu ikisiyle bağlantılı subjektif unsurlarından oluşmaktadır³⁹⁴. Tipikliğin haksızlığı temellendiren objektif unsurlarının karşısında hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları yer almaktadır. Yine tipikliğin haksızlığı temellendiren subjektif unsurlarının karşısında ise hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları bulunur. Kasıtlı suçlarda ancak hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarıyla birlikte subjektif unsurlarının da bulunması halinde hukuka uygunluktan söz edilir. Söz gelimi meşru savunmada saldırıya uğrayan kişi, hem objektif olarak saldırıyı bertaraf etme gerekliliğiyle hareket etmelidir hem de meşru savunmayı doğuran durumu bilmelidir³⁹⁵.

Zira, hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının var olmamasına rağmen fail tarafından var kabul edilmesi nasıl kastı ortadan kaldırıyor ve kasıtlı suçun hareket değersizliği telafi ediliyorsa, hukuka uygunluk sebebinin var olan objektif unsurları netice değersizliğini telafi eder. Ancak hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsurunun yokluğu sebebiyle kasta dayalı hareket değersizliği varlığını devam ettirir³⁹⁶. Subjektif teşebbüs anlayışının benimsendiği³⁹⁷ bir hukuk düzeninde kasta dayalı şahsi hareket değersizliği (kast değersizliği) elverişsiz teşebbüsün hukuka aykırılığını temellendirdiğinden, fiilin hukuka uygunluğu için bu değersizliğin de hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsurları dolayısıyla telafi edilmesi ve şahsi hareket değersizliğinin ortadan kaldırılması gerekir³⁹⁸.

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurunun içeriğinin ne olduğu konusu tipikliğin negatif unsurları öğretisinde tartışmalı değildir. Zira hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları tipikliğin negatif unsurları

³⁹⁴ Schaffstein, **MDR 1951**, s. 199; Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 42.

³⁹⁵ von Weber, **Aufbau**, s. 17; Schaffstein, **MDR 1951**, s. 199; Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 42; Früh, **Rechtfertigungsgrundes**, s. 85.

³⁹⁶ von Weber, **FS-Mezger**, s. 190-191.

³⁹⁷ von Weber, **Aufbau**, s. 15, 12 vd.

³⁹⁸ Schaffstein, **MDR 1951**, s. 199; von Weber, **Aufbau**, s. 17.

olduğundan, bunlar bakımından failin psikik bağı kastta olandan farklı değildir. Bu da hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının bilinmesinin yeterli olduğunu gösterir. İlave bir subjektif unsur aranmamaktadır³⁹⁹.

Yapmış olduğumuz açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde fail sadece elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırılabilir⁴⁰⁰. Mesela, bir asker karanlıkta posta kutusunu kontrol etmekte olan bir kişiyi komutanı zannederek öldürür. Ancak öldürdüğü kişi aslında komutanı değil, düşman askerlerinin keşif kolundan bir kişidir. Bu durumda fail, kasten öldürme suçuna elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırılacaktır⁴⁰¹.

Keza hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde, kastı kaldıran tipiklik hatasına ilişkin hüküm nasıl doğrudan uygulanıyorsa, burada da elverişsiz teşebbüse ilişkin hüküm doğrudan uygulanacaktır. Bu her iki belirleme de tipikliğin negatif unsurları öğretisinin tabii ve zorunlu sonucudur. Zira hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının varlığıyla tipiklik tamamlanmamakta, tamamlanması imkanı da bulunmamaktadır⁴⁰².

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurunun yokluğu halinde fail sadece ilgili suça elverişsiz teşebbüs dolayısıyla cezalandırılabileceğinden ve taksirli suçlara teşebbüs mümkün olmadığından, taksirli suçlarda subjektif unsurların yokluğu halinde cezalandırılabilir bir haksızlık söz konusu değildir⁴⁰³.

³⁹⁹ Müller, **Tatumstände**, s. 52 vd, 112-113; von Weber, **Grundriss**², s. 88; ayrıca bkz. Otto Triffterer, “Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe”, **Festschrift für Dietrich Oehler, zum 70. Geburtstag**, Ed.: Rolf Dietrich Herzberg, Carl Heymanns, Köln Berlin Bonn München, 1985, s. 221.

⁴⁰⁰ von Weber, **Aufbau**, s. 17; von Weber, **JZ 1951**, s. 263; von Weber, **FS-Mezger**, s. 192; Schaffstein, **MDR 1951**, s. 199; Müller, **Tatumstände**, s. 42; Schünemann, **GA 1985**, s. 373; Hirsch, **Tatbestandsmerkmalen**, s. 251; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 246, 209.

⁴⁰¹ von Weber, **JZ 1951**, s. 263; Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 43.

⁴⁰² Schünemann, **GA 1985**, s. 373; ayrıca bkz. Herzberg, **JA 4/1986**, s. 192; Hirsch, **LK**¹¹, vor § 32, kn. 60; Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 174-175; Steinbach, **Problematis**, s. 312, dn. 1.

⁴⁰³ Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 283 vd.; ayrıca bkz. von Weber, **Grundriss**², s. 88.

B. Kanunun Lafzından Hareketle Temellendirme

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin temellendirilmesinde özellikle Alman ve Avusturya hukukunda ileri sürülen bir argümana göre, subjektif unsurların gerekliliğine kanunda düzenlenmiş olan hukuka uygunluk sebeplerinin lafzından hareketle ulaşılabilir⁴⁰⁴.

Mesela, Al.CK § 32/II’de⁴⁰⁵, “Meşru savunma, kişinin kendisine veya bir başkasına yönelik, mevcut ve hukuka aykırı bir saldırıyı bertaraf etmek için gerekli olan savunmadır”,

Hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin⁴⁰⁶ düzenlendiği Al.CK § 34’te⁴⁰⁷, “Suç teşkil eden fiili, kendisine veya bir başkasına yönelik, hayat, vücut bütünlüğü, özgürlük, şeref, malvarlığı veya bir başka hukuki değer bakımından mevcut ve başka türlü bertaraf etme imkanı bulunmayan bir tehlike altında ve bu tehlikeyi bertaraf etmek için işleyen kişi, hukuka aykırı hareket etmiş olmaz. ...”,

Haklı menfaatlerden yararlanma hukuka uygunluk sebebinin düzenlendiği Al.CK § 193’te⁴⁰⁸, “... hakların kullanılması veya savunulması ya da haklı menfaatlerden yararlanmak için yapılan açıklamalar ... sadece

⁴⁰⁴ Bu argüman hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Waider, **Rechtfertigungselementen**, s. 72 vd., 91 vd.; Rath, **Rechtfertigungselemente**, s. 77 vd.; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 24 vd.; Frisch, **FS-Lackner**, s. 116 vd.

⁴⁰⁵ Hükmün orijinal metni, “*Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden*” şeklindedir.

⁴⁰⁶ Alman Ceza Kanunu zorunluluk halini hukuka uygunluk sebebi (§ 34) ve mazeret sebebi (§ 35) olarak iki ayrı şekilde düzenlemektedir.

⁴⁰⁷ Hükmün orijinal metni, “*Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, ...*” şeklindedir.

⁴⁰⁸ Hükmün orijinal metni, “*... Äußerungen, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden, ... sind nur insofern strafbar, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht*” şeklindedir.

açıklamanın biçiminden veya açıklamanın yapıldığı durumlardan hakaretin varlığının anlaşıldığı hallerde cezalandırılabilir”,

Yine meşru savunmanın düzenlendiği Av.CK § 3/1’te⁴⁰⁹, “Kendisine veya bir başkasına yönelik, hayat, sağlık, vücut bütünlüğü, cinsel dokunulmazlık ve cinsel davranışlar bakımından karar verme özgürlüğü, kişi özgürlüğü veya malvarlığı bakımından mevcut veya doğrudan doğruya tehdit edici bir saldırıyı bertaraf etmek için gerekli olan savunmaya başvuran kişi hukuka aykırı hareket etmiş olmaz” düzenlemelerine yer verilmiştir.

Bu görüşte olan yazarlara göre, söz konusu hükümlerin lafzında yer alan “saldırıyı bertaraf etmek için”, “tehlikeyi bertaraf etmek için”, “hakların kullanılması veya savunulması ya da haklı menfaatlerden yararlanmak için” şeklindeki amaç bildiren yapılarla kanun koyucu, en azından bu hukuka uygunluk sebepleri bakımından subjektif unsurlarının gerekliliğine işaret etmektedir⁴¹⁰.

Yine öğretide savunulan bir görüşe göre, kanunda düzenlenmiş olan hukuka uygunluk sebeplerinde, hukuka uygunluğun her fırsatta subjektif unsurların varlığı şartına bağlanmış olması, kanun koyucunun genel iradesinin bu yönde olduğunu göstermektedir. Şu halde kanunda düzenlenmeyen hukuka uygunluk sebepleri bakımından da subjektif unsurların gerekliliği sonucuna ulaşılmalıdır⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Hükmün orijinal metni, “*Nicht rechtswidrig handelt, wer sich nur der Verteidigung bedient, die notwendig ist, um einen gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff auf Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, sexuelle Integrität und Selbstbestimmung, Freiheit oder Vermögen von sich oder einem anderen abzuwehren*” şeklindedir.

⁴¹⁰ Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 283; Baumann, **AT**⁸, s. 361; Niese, **Finalität**, s. 17-18; Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 176, 178, dn. 59; Hirsch, **LK**¹¹, vor § 32, kn. 51; Steinbach, **Problematis**, s. 214 vd.; Haft, **AT**⁹, s. 70, 92; Köhler, **AT**, s. 324; Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 234, dn. 26; Bosch, **Jura 2016**, s. 702; Loos, **FS-Oehler**, s. 235-236; ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselemente**, s. 77-78; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 24; Rönnau, **JuS 2009**, s. 594-595.

⁴¹¹ Niese, **Finalität**, s. 18; ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselemente**, s. 78, dn. 218; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 24.

Bundan başka, söz konusu kanuni düzenlemelerde kullanılan kelimelerin de subjektif unsurların gerekliliğine işaret ettiği savunulmaktadır. Özellikle meşru savunma hukuka uygunluk sebebine ilişkin hükümdeki (Al.CK § 32/II; Av.CK § 3/1; TCK m. 25/1) “savunma (*Verteidigung*)” kavramı subjektif unsurun gerekliliği lehine yorumlanmaktadır. Buna göre, ancak savunma iradesi tarafından taşınan, yani subjektif olarak da saldırıyı bertaraf etmeye yönelik bir hareketin varlığı halinde “savunma”dan söz edilebilir⁴¹². Salt objektif bir savunma hareketi yoktur. Başkasına ait bir hukuki değere müdahalede bulunan ve fakat bununla kendisine veya bir başkasına ait bir hukuki değere yönelik saldırıyı bertaraf ettiğini bilmeyen ve savunma iradesi bulunmayan bir kişi, meşru savunmadan yararlanamaz⁴¹³.

Hukukumuzda ise Özgenç meşru savunmaya ilişkin düzenlemede (TCK m. 25/1) yer alan “haksız bir saldırı” ibaresinin bu hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsuruna işaret ettiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, haksız bir davranış olmaksızın bir saldırıdan söz etmek mümkün değildir. O halde, madde metninde saldırı ibaresi kullanıldıktan sonra ayrıca haksızlıktan söz edilmiş olması, meşru savunmada bulunan kişinin amacı bakımından bir önemi haizdir. Bu da meşru savunma halinde bulunan kişinin, kendisine veya bir başkasına karşı işlenen fiilin haksız olduğunu bilmesi ve ayrıca bu saldırıyı defetmek amacıyla savunma hareketini gerçekleştirmesi gerekliliğini ifade etmektedir⁴¹⁴.

⁴¹² İlgili kısımda açıklandığı üzere, final hareket öğretisini savunan yazarlarca “savunma” hareketinin final bir hareket olduğu ve ancak savunma amacının varlığı halinde bir savunma hareketinden söz edilebileceği ileri sürülmüştür. Burada zikrettiğimiz argümanda ise hareketin final yapısından kaynaklanan bir temellendirme söz konusu değildir. Daha ziyade münferit olarak savunma kavramının yorumundan, bu hareketin final bir anlamı olduğu sonucu çıkarılmaktadır. Nitekim bu görüşü savunan yazarlar ekseriyet itibarıyla final hareket öğretisini de benimsememektedirler.

⁴¹³ von Liszt/Schmidt, *Lehrbuch*²⁶, s. 198; Baumann, *AT*⁸, s. 297, 306-307, 314; Graf zu Dohna, *Aufbau*⁴, s. 32; Sieverts, *Beiträge*, s. 208-209; Sauer, *Strafrechtslehre*³, s. 118; Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt*, s. 176; Triffterer, *FS-Oehler*, s. 222-223; Hakeri, *Genel*²¹, s. 344. Bu argüman içi ayrıca bkz. Staab, *Elemente*, s. 31 vd.; Blanke, *Rechtfertigungselemente*, s. 90; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 80, dn. 225; Salimi, *Rechtfertigungselement*, s. 26-27; Herzberg, *JA* 4/1986, s. 190.

⁴¹⁴ Özgenç *Genel*¹⁵, s. 368 vd.

Zafer'e göre, meşru savunmayı ilişkin hükümde failin “saldırısı ... defetmek zorunluluğu ile” hareket etmesi koşulu, meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin subjektif yönünü ifade etmektedir. Yazara göre fail meşru savunma kastıyla hareket ettiğinde bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilecektir⁴¹⁵.

Şenol ise meşru savunmaya ilişkin düzenlemenin (TCK m. 25/1), hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğine ilişkin tek doğrudan düzenleme olduğundan ve kanunun meşru savunma için savunma amacının gerekliliğini açıkça aradığından söz etmekte ise de, hükümden bu sonuca nasıl ulaştığını açıklamamaktadır⁴¹⁶.

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini kanunun lafzından hareketle temellendiren yazarlar arasında, bu unsurun içeriğinin ne olduğu veya subjektif unsurun yokluğu halinde buna ne sonuç bağlanacağı hususlarında görüş birliği bulunmamaktadır. Bir kısım yazarlara⁴¹⁷ göre, failin hukuka uygunluk sebebini doğuran durumu bilmesi yeterlidir. Diğer bir kısım yazarlara⁴¹⁸ göre ise, failin bilme dışında ayrıca hukuka uygunluk amacıyla hareket etmesi de gerekir. Yine bir kısım yazarlar⁴¹⁹, subjektif unsurların yokluğu halinde tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırma görüşünü benimserken, diğer bir kısım yazarlar⁴²⁰, elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırma görüşüne taraftar olmaktadır.

⁴¹⁵ Zafer, **Genel**⁷, s. 362, dn. 34; aynı yönde bkz. Mahmut Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **CHD**, 1 (2006), s. 122.

⁴¹⁶ Şenol, **THD 149 (2019)**, s. 67.

⁴¹⁷ von Liszt/Schmidt, **Lehrbuch**²⁶, s. 198; Baumann, **AT**⁸, s. 307; Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 234.

⁴¹⁸ Niese, **Finalität**, s. 17-18; Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 175-176; Özgenç **Genel**¹⁵, s. 369; Şenol, **THD 149 (2019)**, s. 67.

⁴¹⁹ Niese, **Finalität**, s. 17-18; Baumann, **AT**⁸, s. 296-297, 306-307, 361; von Liszt/Schmidt, **Lehrbuch**²⁶, s. 198.

⁴²⁰ Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 285. Özgenç ve Şenol ise elverişli teşebbüsten dolayı cezalandırma görüşünü savunmaktadır (Özgenç **Genel**¹⁵, s. 482; Şenol, **THD 149 (2019)**, s. 67).

C. Hukuka Uygunluğun Genel Prensiplerinden Hareketle Temellendirme

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği öğretideki az sayıda yazar tarafından hukuka uygunluğun genel prensiplerine dayandırılmaktadır⁴²¹.

Tipe uygun davranışın hukuka uygun olarak ortaya çıkmasının arkasındaki esasları, diğer bir anlatımla, tipe uygun ve bu sebeple kural olarak haksız (hukuka aykırı) olan davranışı haklı kılan şeyin ne olduğunu açıklamaya ve bunları bir veya birkaç prensip etrafında sistemleştirmeye çalışan düşüncelere hukuka uygunluğun genel prensipleri denilmektedir⁴²². Bu prensipler ise tekçi görüşler (*monistische Ansätze*) ve çoğulcu görüşler (*pluralistische Ansätze*) olarak sınıflandırılmaktadır.

Tekçi görüşler hukuka uygunluğu tek bir prensibe dayandırmaktadır. Ancak tekçi görüşler içerisinde bu prensibin ne olduğu hususunda birlik bulunmamaktadır. Bunlara misal olarak, haklı amaç için haklı araç prensibi (*rechtes Mittel zu rechtem Zwecke*), zarardan daha fazla yarar prensibi (*das Mehr-Nutzen-als-Schaden-Prinzip*), hukuki değerlere riayet edilmesinin hukuki değer ihlaline önceliği prensibi (*das Prinzip des Vorgehens der Gutsbeachtung vor der Gutsverletzung*), değerlerin tartılması suretiyle çözümlenen değer çatışmasının varlığı veya kısaca hukuki değerlerin tartılması prensibi (*das Prinzip des Vorliegens einer durch Wertabwägung zu lösenden Wertkollision/Güterabwägungsprinzip*) gösterilebilir⁴²³.

⁴²¹ Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 89 vd.; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 22.

⁴²² Frisch, **FS-Lackner**, s. 119-120; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 89; Gropp, **AT**⁴, § 5, kn. 28 vd.; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 325 vd.; Eberhard Schmidhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil (Lehrbuch)**, 2. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1975, Kap. 9, kn. 13; Perron, **Rechtfertigung**, s. 94 vd.

⁴²³ Haft, **AT**⁹, s. 67; Gropp, **AT**⁴, § 5, kn. 29; Kindhäuser, **AT**⁸, § 15, kn. 3; Schmidhäuser, **AT**², Kap. 9, kn. 14; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 90; Rönau, **LK**¹², vor § 32, kn. 79; Kangal, **Zorunluluk**, s. 215 vd.

Çoğulcu görüşler ise, mümkün olduğunca az sayıda olmasına gayret edilmekle birlikte, hukuka uygunluk sebeplerini doğuran durumların çeşitliliği ve hukuka uygunluk sebeplerinin amaçlarının farklılığı dolayısıyla, hukuka uygunluğun esasını birden fazla prensibe dayandırmaktadır. Bunlardan en önemlisi, hukuka uygunluğu baskın gelen menfaatler (*das Prinzip des überwiegenden Interesses*) ve menfaat yokluğu (*das Prinzip des mangelnden Interesses*) olmak üzere iki temel prensibe dayandıran görüştür⁴²⁴.

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini hukuka uygunluğun genel prensiplerine dayandıran görüşlerin hareket noktasını, hukuka uygunluğun temelinde yatan maddi düşüncenin, yani tipe uygun fiili hukuka uygun kılan şeyin mahiyetinin subjektif unsuru gerekli kılması oluşturmaktadır⁴²⁵.

Belirtmek gerekir ki, aşağıda görüşlerini zikredeceğimiz yazarlar, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının temellendirilmesinde sadece hukuka uygunluğun genel prensiplerine dayanmamakta, çok defa başkaca bir veya birkaç argümana da dayanmaktadır⁴²⁶.

Ayrıca özellikle çoğulcu görüşleri benimseyen yazarlardan bazıları, ilgili hukuka uygunluk sebebinin dayandığı prensibe göre, hukuka uygunluk sebepleri arasında ayırım yapmakta ve bir kısım hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsurları gerekli görürken, diğer bir kısım hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsuru reddedebilmektedir. Diğer bir kısım yazarlar ise, bütün hukuka uygunluk sebepleri bakımından subjektif unsurları gerekli görürken, bunların gerçekleşmemesine bağlanan sonuçların ne olacağı hususunda hukuka uygunluk sebepleri arasında ayırım yapmaktadır.

⁴²⁴ Haft, **AT**⁹, s. 67; Gropp, **AT**⁴, § 5, kn. 30; Kindhäuser, **AT**⁸, § 15, kn. 4; Schmidhäuser, **AT**², Kap. 9, kn. 14; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 90; Rönna, **LK**¹², vor § 32, kn. 79.

⁴²⁵ Frisch, **FS-Lackner**, s. 119-120; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 89.

⁴²⁶ Krş. İkinci Bölüm, II, B. Kanunun Lafzından Hareketle Temellendirme başlığı altında yapılan açıklamalar.

Çoğulcu görüşlerin ilk temsilcisi olan *Mezger*'e göre, bütün haksızlıkların maddi içeriğini hukuki değer ihlali oluşturur⁴²⁷. Bu yüzden bir hukuka uygunluk sebebinin kabul edilebilmesi ve haksızlık teşkil eden bir fiilin haklı kılınması için iki temel esas söz konusudur. Bu iki esas sebebiyle hukuka uygunluk sebepleri iki grup altında toplanır. Yazara göre, hukuka uygunluk halinde ya haksızlık teşkil eden fiil tarafından ihlal edilen hukuki menfaat ortadan kalkmıştır (menfaat yokluğu prensibi) ya da bir hukuki menfaat karşısında ondan daha yüksek bir değeri haiz başka bir menfaat bulunur (baskın gelen menfaat prensibi)⁴²⁸.

Baskın gelen menfaat prensibine göre, hukuka uygunluk, tipiklikte ihlal edildiği düşünülen menfaatin somut olayda daha yüksek değerdeki bir menfaatle karşı karşıya gelmesi ve daha yüksek değerde olan menfaatin, daha düşük değerde olan menfaati geri itmesi dolayısıyla ortaya çıkar. Baskın gelen menfaat dolayısıyla ortaya çıkan hukuka uygunluk sebepleri üç başlık altında toplanmaktadır. Bunlar, baskın gelen hareket yükümlülüğü (hukuka uygun emrin ifası, kanunun hükmünü icra, yükümlülük çatışması, tedip hakkı, tıbbi müdahaleler), özel hareket yetkisi (meşru savunma) ve genel değer tartımı prensibidir⁴²⁹.

Mezger, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği sorununu özel hareket yükümlülükleri bakımından ayrı ayrı değerlendirmektedir. Buna göre, kanunun emrini icra hukuka uygunluk sebebi kural olarak objektif kriterlere göre belirlenir. Ancak kanun koyucunun özel bir kısım durumlarda hukuka uygunluğu subjektif kriterlere bağlaması mümkündür⁴³⁰.

⁴²⁷ Bkz. Birinci Bölüm, I, B, 2, c. Maddi Hukuka Aykırılık başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴²⁸ *Mezger, Lehrbuch*³, s. 205.

⁴²⁹ *Mezger, Lehrbuch*³, s. 206-207.

⁴³⁰ *Mezger, Lehrbuch*³, s. 225-226.

Tedip hakkında da hukuka uygunluk objektif olarak belirlenir. Ancak haklı ile haksız olanın ayrımının objektif olarak belirlenemediği durumlarda failin hangi amaçla hareket ettiği göz önünde bulundurulacaktır⁴³¹.

Tıbbi müdahaleler ve yükümlülük çatışması halinde de hukuka uygunluk objektif olarak belirlenir. Bu hukuka uygunluk sebepleri bakımından failin subjektif durumu önemsizdir⁴³².

Meşru savunma bakımından ise, kişinin kendisine veya bir başkasına yönelmiş saldırıyı bertaraf etmek için gerekli olan bir savunma hareketi söz konusudur. Savunma kavramı subjektif unsurlardan bağımsızdır ve tamamen harici duruma göre belirlenir. Failin subjektif durumu ise önemsizdir. Meşru savunma için ne saldırının bilgisi ne de savunma amacı gereklidir. Savunma kavramı hareketin objektif amacına göre belirlenir. Şu halde meşru savunmayı gerektiren durumun objektif olarak varlığı ve bu duruma, yani saldırıya karşı yönelmiş objektif bir savunmanın gerçekleştirilmiş olması yeterlidir⁴³³.

Hukuki değerlerin tartımıyla belirlenen hukuka uygunluk sebepleri bakımından da hukuka uygunluk objektif olarak belirlenecektir. Subjektif unsurların hukuka uygunluk bakımından bir belirleyiciliği yoktur⁴³⁴.

Menfaat yokluğu prensibine göre ise, hukuka uygunluk, tipiklikte ihlal edildiği düşünülen iradenin, yani menfaat sahibinin iradesinin somut olayda geri çekilmesi dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Menfaat yokluğu dolayısıyla hukuka uygunluğun klasik misalini ilgilinin rızası oluşturmaktadır. Zira burada ilgili kişi bilinçli olarak menfaatinden vazgeçmektedir⁴³⁵.

⁴³¹ Mezger, **Lehrbuch**³, s. 228.

⁴³² Mezger, **Lehrbuch**³, s. 173.

⁴³³ Mezger, **Lehrbuch**³, s. 235-236.

⁴³⁴ Mezger, **Lehrbuch**³, s. 240, 173.

⁴³⁵ Mezger, **GS 89 (1924)**, s. 270 vd.; Mezger, **Lehrbuch**³, s. 206, 208. Yazarın ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinde iradenin yönü teorisini benimsediğini de belirtmek gerekir (Mezger, **Lehrbuch**³, s. 209).

İlgilinin rızası objektif olarak, yani failin rızanın varlığı hususundaki bilgisi dikkate alınmaksızın etkisini doğurur. Rıza ilgili kişi tarafından açıklandığında, fail bu konuda herhangi bir bilgiyi haiz olmasa bile hukuka uygunluk gerçekleşir⁴³⁶. Buna karşılık, *Mezger* ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi bakımından, diğer hukuka uygunluk sebeplerinden farklı bir yol izlemektedir. Yazara göre, şayet subjektif teşebbüs anlayışı kabul edilecek olursa, rızanın varlığından haberdar olmayan fail elverişsiz teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılacaktır. Ancak yazar, objektif teşebbüs anlayışına taraftar⁴³⁷ olduğundan bu sonucu kabul etmemektedir⁴³⁸.

Baumann'a göre ise dayandıkları esasların ve amaçlarının farklı olması dolayısıyla bütün hukuka uygunluk sebeplerinin bir kalıba konulması düşünülemez. Bu sebeple, bütün hukuka uygunluk sebeplerini tek bir esasa dayandırmak ve tek bir bakış açısından görmeye çalışmak isteyen tekçi teoriler başarılı olamamıştır⁴³⁹. Farklı prensiplerle açıklanmak zorunda olmaları ve heterojen yapıları gereği, bütün hukuka uygunluk sebepleri bakımından subjektif unsurların gerekliliğinden söz edilemez. Subjektif unsurların gerekliliği ancak münferit bazı hukuka uygunluk sebepleri için söz konusu olabilir⁴⁴⁰.

Açıklandığı üzere *Baumann* özellikle meşru savunma hukuka uygunluk sebebi bakımından subjektif unsurun gerekliliğine savunma kavramının yorumundan hareketle de ulaşmakta ve subjektif unsurun yokluğu halinde failin

⁴³⁶ *Mezger*, **GS 89 (1924)**, s. 273 vd.; *Mezger*, **Lehrbuch**³, s. 209.

⁴³⁷ *Mezger*'in teşebbüs anlayışı için bkz. *Mezger*, **GS 89 (1924)**, s. 266 vd.; *Mezger*, **Lehrbuch**³, s. 396-398, 387 vd.; ayrıca bkz. Rainer Zaczky, **Das Unrecht der versuchten Tat**, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1989, s. 61.

⁴³⁸ *Mezger*, **GS 89 (1924)**, s. 275. *Mezger*'in görüşü için ayrıca bkz. Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 45-46; Peter von Blomberg, **Das Bewußtsein des Täters vom Vorhandensein der Einwilligung**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität, München, 1963, s. 11-12; Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 40-41. Bir kararında menfaat yokluğu prensibinden hareket eden Alman İmparatorluk Mahkemesi, rızanın varlığından haberdar olmayan failin ilgili suça elverişsiz teşebbüsten cezalandırılacağını kabul etmiştir (**RGSt**, 53, 336 vd.). Alman İmparatorluk Mahkemesinin bu konudaki görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Wiedow, **Rechtfertigung**, s. 16-17.

⁴³⁹ *Baumann*, **AT**⁸, s. 301-302.

⁴⁴⁰ *Baumann*, **AT**⁸, s. 307; ayrıca bkz. Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 29.

tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılacağını ifade etmektedir⁴⁴¹. Bunun yanında, yazara göre, meşru savunmanın esası, karşı karşıya gelen hukuki değerler arasındaki değer tartımına veya değerlere riayet edilmesinin değer ihlaline önceliği prensibine dayandırılmaz. Meşru savunmayı hukuka uygun kılan failin içinde bulunduğu zor halidir. Bu itibarla, meşru savunma bakımından hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsurlarının gerekliliğinde tereddüt yoktur. Söz konusu subjektif unsurun bulunmaması halinde meşru savunma hukuka uygunluk sebebi gerçekleşmez⁴⁴².

Ancak yazara göre, ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi bakımından farklı düşünmek gerekir. Zira ilgilinin rızasında hukuka uygunluk zorda kalma haline değil, ilgilinin hukuki değer korunmasından vazgeçmesine ve kendisinden vazgeçilebilir hukuki değerlerin korunmaya layık olmayışına dayanmaktadır (*die Schutzunwürdigkeit des verzichtbaren Rechtsgutes*). Bu sebeple, fail rızanın varlığından haberdar olmasa dahi hukuka uygunluk sebebi söz konusudur. Burada fail, ihlali hukuk düzeni tarafından önemsenmeyen bir hukuki değeri ihlal etmektedir. İlgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi objektif olarak belirlenecektir. Buna karşılık, rızanın varlığından haberdar olmayan fail, subjektif teşebbüs anlayışının bir sonucu olarak elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır⁴⁴³. Subjektif teşebbüs anlayışının ve elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin reddedilmesi halinde ise fail cezalandırılmayacaktır⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ Baumann, **AT**⁸, s. 296, 306; ayrıca bkz. İkinci Bölüm, II, B. Kanunun Lafzından Hareketle Temellendirme başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴⁴² Baumann, **AT**⁸, s. 339, 303; aynı yönde bkz. Hirsch, **LK**¹¹, vor § 32, kn. 51.

⁴⁴³ Baumann, **AT**⁸, s. 307. Yazara göre, şayet meşru savunma hukuka uygunluk sebebinde subjektif unsur gerekli görülmeseydi, meşru savunmanın objektif unsurlarının gerçekleştiğini bilmeyen failin elverişsiz teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması gerekirdi (Baumann, **AT**⁸, s. 306). Zira bu ihtimalde, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmesi dolayısıyla fail hukuka uygun hareket etmiş olacaktır. Buna karşılık, aynı zamanda hukuka aykırı olanı gerçekleştirmeye de teşebbüs etmiştir. Bu sebeple, subjektif teşebbüs anlayışına göre elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırılır (Baumann, **AT**⁸, s. 296).

⁴⁴⁴ Baumann, **AT**⁸, s. 307, 339; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 29. Yazar diğer hukuka uygunluk sebepleri bakımından açıkça bir şey söylememektedir (Baumann, **AT**⁸, s. 306 vd.).

Hukuka uygunluk sebeplerini baskın gelen menfaatler ve menfaat yokluğu prensiplerine dayandıran *Haft*⁴⁴⁵ ise, kanunun lafzından hareketle meşru savunmada failin meşru savunma halini bilmesi ve savunma iradesiyle hareket etmesi gerektiğini ve subjektif unsurların yokluğu halinde failin tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılacağını ifade etmektedir⁴⁴⁶. Buna karşılık, menfaat yokluğu prensibine dayandırdığı ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinde, failin ilgilinin rızasının objektif unsurlarını bilmesi ve rıza dolayısıyla hareket etmesi gerektiğini kabul ederken, subjektif unsurların yokluğu halinde failin elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırılacağını söylemektedir⁴⁴⁷.

Hukuki değerlere riayet edilmesinin hukuki değer ihlaline önceliği prensibinden hareket eden *Schmidhäuser*'e göre ise, bütün hukuka uygunluk sebepleri⁴⁴⁸ tek bir prensip altına yerleştirilse bile, bunlar birbirlerinden farklı yapıları haizdir. Bir kısım hukuka uygunluk sebeplerinde hukuki değerleri ihlal eden hareketlere belirli harici koşullar altında genel olarak izin verilmektedir. Zira bu harici koşullar altında söz konusu hareketler, hukuki değerlerin fertlerden bağımsız olarak dikkate alınmasına (*überindividuelle Gutsbeachtung*) uygundur⁴⁴⁹. Yazar bu yapıdaki hukuka uygunluk sebeplerinde davranışın hukuka uygunluğunu fertler üstü amaçlılıktan kaynaklanan hukuka uygunluk olarak (*Rechtfertigung aus überindividueller Zweckhaftigkeit*) nitelendirmektedir. Fertler üstü amaçlılıktan kaynaklanan hukuka uygunluk sebeplerinde, toplumsal yaşamın fertler üstü amaçları dolayısıyla, hukuki değerleri ihlal eden hareketlere failin şahsi olarak takip ettiği amacı dikkate alınmaksızın izin verilmektedir. Bu hukuka uygunluk sebeplerinde hareketin değerliliği, yani fail tarafından korunan hukuki değere riayet edilmesinin yine

⁴⁴⁵ Haft, AT⁹, s. 68.

⁴⁴⁶ Haft, AT⁹, s. 79, 257.

⁴⁴⁷ Haft, AT⁹, s. 73, 79. Yazar diğer hukuka uygunluk sebepleri bakımından bir şey söylememektedir (Haft, AT⁹, s. 106 vd., 70-71).

⁴⁴⁸ Yazar, ilgilinin rızasını tipikliği kaldıran bir sebep olarak kabul etmekte ve hukuka uygunluk sebebi olarak görmemektedir. Bu sebeple, ilgilinin rızasını bu tartışmanın dışında bırakmaktadır (Schmidhäuser, AT², Kap. 9, kn. 17, Kap. 8, kn. 123 vd.).

⁴⁴⁹ Schmidhäuser, AT², Kap. 9, kn. 16.

fail tarafından ihlal edilen hukuki değer karşısındaki önceliği, hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurları olarak nitelendirilen harici olguların bir araya gelmesiyle ortaya çıkmaktadır. Burada failin hangi amacı takip ettiğinin bir önemi bulunmaz. Söz gelimi, davranışın sosyal bakımdan uygunluğu, savaş sırasında gerçekleştirilen hareketler böyledir. Bu tarz hareketlerde ihlal edilen hukuki değer karşısında öncelenen hukuki değerler, toplum yaşamı için mutlaktır. Bu hukuka uygunluk sebeplerinde failin subjektif amacı veya sair subjektif unsurlar hukuka uygunluk bakımından önemli değildir⁴⁵⁰.

Buna karşılık, bir kısım hukuka uygunluk sebeplerinde harekete, kendi değer çeşitliliğinin sonucu olarak, hukuki değer ferdi olarak dikkate alınması halinde (*individuelle Gutsbeachtung*) izin verilebilir⁴⁵¹. Bu tarz hukuka uygunluk sebeplerinde hareketin hukuka uygunluğu, failin fert olarak bir amacı takip etmesinden kaynaklanmaktadır (*Rechtfertigung aus individueller Zweckverfolgung*). Zira burada harici olguların iki anlamlılığı söz konusudur ve ancak fail, hukuki değer ihlalinin öncelikli hukuki değeri muhafaza etme amacıyla gerçekleştirdiğinde hareketin hukuka uygunluğundan söz edilebilir. Burada hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının yanında failin subjektif amacı fiili hukuk düzeniyle uyumlu hale getirir. Söz gelimi, meşru savunma, tedip hakkı gibi hukuka uygunluk sebepleri böyledir⁴⁵².

Meşru savunma hukuka uygunluk sebebinde, sadece saldırıya uğrayan objenin uğrayacağı zararın bertaraf edilmesi değil, ayrıca saldırının bertaraf edilmesiyle hukuk düzeninin ampirik geçerliliğinin muhafaza edilmesi söz konusudur⁴⁵³. Bu sebeple, savunmanın hukuka uygunluğu failin savunma iradesiyle hareket etmesine bağlıdır. Failin savunma iradesiyle hareket ettiği hallerde, bundan başka hangi amaçları taşıdığının önemi yoktur. Objektif olarak savunmada bulunan, ancak savunma iradesi bulunmayan kişi, diğer bir ifadeyle,

⁴⁵⁰ Schmidhäuser, AT², Kap. 9, kn. 25, 17.

⁴⁵¹ Schmidhäuser, AT², Kap. 9, kn. 16.

⁴⁵² Schmidhäuser, AT², Kap. 9, kn. 48, 17.

⁴⁵³ Schmidhäuser, AT², Kap. 9, kn. 84, 101.

tesadüfen bir savunma hareketini gerçekleştiren kişi hukuka aykırı hareket etmiş olur.

Yazara göre, subjektif unsurların gerekli olduğu hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsurun yokluğu halinde, fail tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılmalıdır⁴⁵⁴. Yine yazara göre, hukuka uygunluk sebepleri bakımından kasıtlı suçlarla taksirli suçlar arasında bir ayrım yapılamaz. Zira yazar, kast ve taksiri haksızlığın gerçekleştiriliş biçimleri olarak değil kusurun unsurları olarak değerlendirmektedir⁴⁵⁵.

Gallas'a göre ise, hukuk düzeni meşru savunma kurumuyla sadece failin saldırı karşısında kendisini veya üçüncü bir kişiyi koruma ihtiyacını hesaba katmaz. Ayrıca, devletin zor kullanma gücü yerine ikame olarak, haksızlık karşısında hakkı koruma ve hukuk düzeninin geçerliliğini temin etme fonksiyonunu da gözetir. Saldırıya uğrayan kişi, final anlamda bir savunma iradesiyle ve saldırının hukuka aykırılığı bilinciyle hareket etmelidir. Zira sadece hukuka aykırı saldırıyı kendisi veya bir başkası için bertaraf etme amacıyla hareket eden kişi haksızlık karşısında hakkı korumuş ve hukuk-etik bakımdan üstün konumda bulunmuş olur. Failin meşru savunmanın objektif unsurlarının bilicini haiz olmaması ve final anlamda savunma amacıyla hareket etmemesi halinde gerçekleştirdiği objektif savunma hareketi, saldırganın hukuki değerini ihlale yönelmiş olmada bulunan değersizliği telafi edebilecek değerliliği haiz olmaz ve saldırganın failin savunma hareketine katlanma yükümlülüğü söz konusu olmaz. Bu itibarla, final anlamda savunma iradesi meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin gerçek subjektif unsurudur (*echtes subjektives Rechtfertigungselement*). Savunma iradesinin yokluğu halinde failin müdahale yetkisi yoktur ve buna bağlı olarak netice değersizliğinin ortadan kaldırılması

⁴⁵⁴ Schmidhäuser, AT², Kap. 9, kn. 17. Yazara göre, subjektif unsurun yokluğu halinde, netice değersizliği de varlığını devam ettirmektedir (bkz. Aynı yer).

⁴⁵⁵ Schmidhäuser, AT², Kap. 9, kn. 18.

söz konusu olmaz. Bu halde fail tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılmalıdır⁴⁵⁶.

Hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsurlarının gerekli olduğu hukuka uygunluk sebeplerinde, subjektif unsurun yokluğu halinde netice değersizliğinin de telafi edilemeyeceğini ifade eden *Gallas*'a göre, ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi bakımından farklı düşünmek gerekir. Zira ilgilinin rızasında failin müdahale yetkisi, münhasıran ilgilinin tasarruf alanında bulunur. İlgilinin hukuki değerinin korunmasından kendisinin vazgeçmesi, failin hukuki değere müdahalesinin haksızlık teşkil etmesine engel olur. Rızanın varlığının bilgisini haiz olmayan failin suç işleme kararı bu durumu değiştirmez. Rızanın varlığı hususunda failin bilgisizliğinin, ilgilinin neden hukuki değerinden kendi seçimiyle vazgeçmiş olmasının sonuçlarını taşıma yükümlülüğünden kurtaracağı izah edilebilir değildir. İlgili, suç işleme kastıyla gerçekleştirilen ve fakat objektif olarak hukuka uygun bir müdahaleye karşı meşru savunmada bulunamaz. Rızanın varlığı hususundaki bilgisizliği dahilinde failin suç işleme kastı ancak fail bakımından değerlendirilebilir. Burada failin kastı, subjektif hareket değersizliğini temellendirir. Bu da ancak elverişsiz teşebbüs dolayısıyla cezalandırmaya imkan sağlar (*Handlungsversuchsunwert*). Rızanın varlığını bilmeyen kişi, elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır⁴⁵⁷. Yazara göre, hukuka uygunluğun genel olarak subjektif unsurların da varlığına bağlı olduğu yönündeki anlayış isabetli değildir⁴⁵⁸.

D. Hata Hükümlerinin Mefhumu Muhalifinden Hareketle Temellendirme

Az sayıda taraftar bulmuş bu argümana göre, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğine, kastı kaldıran hata hallerinin

⁴⁵⁶ Gallas, *FS-Bockelmann*, s. 177; Hillenkamp/Cornelius, *Probleme*, s. 35; ayrıca bkz. Frisch, *FS-Lackner*, s. 120; Salimi, *Rechtfertigungselement*, s. 22.

⁴⁵⁷ Gallas, *FS-Bockelmann*, s. 174.

⁴⁵⁸ Gallas, *FS-Bockelmann*, s. 175.

mefhumu muhalifinden çıkarımla (*Umkehrschluss; argumentum e contrario*) ulaşılır. Bu görüş, Alman hukukunda *Baumann, Geppert* ve *Hillenkamp/Cornelius*, Avusturya hukukunda ise *Steininger* tarafından savunulmaktadır.

Kastı kaldıran tipiklik hatasına ilişkin kanuni düzenlemenin (Al.CK § 16/I)⁴⁵⁹ hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya kıyasen uygulanması gerektiğini kabul eden *Baumann*'a⁴⁶⁰ göre, suçun kanuni tanımındaki objektif unsurları bilmeyen bir kişi, bu unsurlar bakımından kasten hareket etmiş olmaz ve bunlar failin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde hesaba katılmaz. Keza, hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının gerçekleştiği hususundaki hata kastı kaldıran tipiklik hatasına ilişkin hükmün kıyasen uygulanması sonucu kastı kaldırır. Bu hükmün mefhumu muhalifinden

⁴⁵⁹ Tipiklik hatasının düzenlendiği Al.CK § 16'ya göre; "(1) Fiilin icrası sırasında kanundaki suç tipine ait olan bir bilmeyen kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Taksirli davranış sebebiyle cezalandırılabilirlik saklıdır. (2) Fiilin icrası sırasında, daha hafif ceza öngören bir kanundaki suç tipine vücut verecek unsurların var olduğunu hataen kabul eden kimse, kasten işlenen suçtan dolayı, sadece daha hafif ceza öngören kanuna göre cezalandırılabilir".; Haksızlık hatasının düzenlendiği Al.CK § 17'ye göre ise, "Fiilin icrası sırasında bir haksızlık gerçekleştirdiği bilincini haiz olmayan fail, bu hatasının kaçınılmaz olmaması halinde kusurlu olarak hareket etmiş olmaz. Failin hatasının kaçınılmaz olması halinde ceza § 49'un birinci fıkrasına göre indirilebilir".

⁴⁶⁰ Burada yazarın tipiklik hatası, haksızlık hatası ve hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya ilişkin görüşlerine kısaca yer vermek gerekir. Esas itibarıyla normatif-psikolojik kusur öğretisini benimseyen *Baumann*'a göre, kast kusurun bir unsurudur (*Baumann, AT⁸, s. 367 vd.*). Eserinin daha önceki basılarında kast teorisini benimsemiş olan yazar, haksızlık hatasını düzenleyen Al.CK § 17 hükmünün, kastın kapsamını suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilme ve istemeyle sınırladığını, bu sebeple hukuka aykırılık bilincinin kastın kapsamında olamayacağını ifade etmektedir (*Baumann, AT⁸, s. 409*). Şu halde Al.CK § 16/I hükmü sadece suçun maddi unsurlarında hata halinde doğrudan uygulanabilir (*Baumann, AT⁸, s. 428*). Ancak § 16/II'de yer alan düzenleme faile daha az ceza verilmesini gerektiren hallerde hatanın da dikkate alınacağını kabul ettiğinden, cezayı ortadan kaldıran hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarında hata haline Al.CK § 16/I hükmünün kıyasen uygulanması evleviyetle kabul edilmelidir (*Baumann, AT⁸, s. 433*). Normatif-psikolojik kusur öğretisini benimseyen yazar, Al.CK § 17 hükmü dolayısıyla kusur teorisini de benimsemektedir. Buna göre, kastı kusurun bir unsuru olarak görmekle birlikte, hukuka aykırılık bilincini kasttan ayırmakta ve kusurun bağımsız bir unsuru haline getirmektedir (*Baumann, AT⁸, s. 445*). Hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarında hata kastı ortadan kaldırırken, hukuka aykırılık bilincinin bulunmadığı, yani fiilin yasaklanmış olduğunun bilinmediği hallerde haksızlık hatası söz konusudur ve kast varlığını devam ettirir (*Baumann, AT⁸, s. 410*). Ancak her iki halde de kusur ortadan kalkmaktadır.

çıkarılacak sonuç, hukuka uygunluk sebeplerinin fail tarafından bilinmeyen objektif unsurlarının fail yararına değerlendirilmemesi gerektiğidir⁴⁶¹.

Hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının gerçekleşmiş olması fiilin hukuka uygun kabul edilmesi için yeterli değildir. Fail ayrıca bunların varlığını da bilmelidir. Bu açıdan söz konusu subjektif unsurun içeriği bilmeden ibarettir⁴⁶².

Yazara göre, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğuna bağlanacak sonuç yeknesaklık arz etmez. Burada her bir hukuka uygunluk sebebi ayrı ayrı ele alınmalıdır. Mesela, meşru savunmayı düzenleyen hükmün lafzında yer alan “savunma” kavramı, meşru savunmanın subjektif unsuruna açıkça işaret etmektedir. Bu unsurun yokluğu halinde meşru savunma gerçekleşmeyeceğinden, fail tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılmalıdır. Buna karşılık, ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinde subjektif unsurdan açıkça söz edilmemektedir. İlgilinin rızası halinde korunan bir hukuki değer söz konusu olmadığından, tipe uygun fiil bir hukuki değeri ihlal etmez ve objektif olarak hukuka aykırı değildir. Ancak hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata kastı kaldırdığından, bunun mefhumu muhalifine göre, tersine hata kastı temellendirir. Bu da yazar tarafından benimsenen subjektif teşebbüs anlayışına göre⁴⁶³, failin elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırılması sonucunu doğurur⁴⁶⁴.

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini esas itibarıyla şahsi haksızlık öğretisi ve telafi düşüncesinden hareketle kabul eden *Geppert*’e göre ise, bu görüş kanunun kendisi tarafından da desteklenmektedir.

⁴⁶¹ Baumann, *AT*⁸, s. 296; Hillenkamp/Cornelius, *Probleme*, s. 35. Bu görüş için ayrıca bkz. Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 84; Dursun/Bozbayındır, *İÜHFM* 1/2015, s. 71.

⁴⁶² Baumann, *AT*⁸, s. 296, 307.

⁴⁶³ Baumann, *AT*⁸, s. 499.

⁴⁶⁴ Baumann, *AT*⁸, s. 306-307. Ancak, yazar eserinin bir sonraki basısında hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini hata hükümlerinin mefhumu muhalifinden hareketle temellendirme argümanını terk etmiş ve bütün hukuka uygunluk sebepleri bakımından subjektif unsurun yokluğu halinde elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırma görüşünü benimsemiştir (Baumann/Weber, *AT*⁹, s. 284, 293).

Zira, şayet Al.CK § 16/I hükmüne göre, fail tipikliğin objektif unsurlarını bilmediğinde ona kasıtlı fiil isnat edilemiyorsa, failin objektif koşullarının gerçekleştiğini bilmediği hukuka uygunluk sebebinden yararlanmaması da makul bir sonuç olacaktır⁴⁶⁵. Subjektif unsurun içeriğini hukuka uygunluk amacı olarak belirleyen yazara göre, subjektif unsurun yokluğu halinde fail elverişsiz teşebbüs dolayısıyla cezalandırılmalıdır⁴⁶⁶.

Şahsi haksızlık öğretisi ve telafi düşüncesinden hareket eden⁴⁶⁷ *Steininger*'e göre ise, hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsurun gerekliliği sonucuna, Avusturya Ceza Kanunu § 8'de⁴⁶⁸ yer alan hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata düzenlemesinin mefhumu muhalifinden ulaşılabilir. Söz konusu hükümde kanun her ne kadar failin hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarıyla subjektif bağlantısının var olduğu, ancak bu objektif unsurların gerçekte bulunmadığı bir hata halini düzenlemekte ise de, bu, hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarıyla psikolojik bağlantıdan başka bir anlama gelmemektedir. Bu da aynı zamanda hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsurunun gerekli olduğu anlamına gelir. Zira, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının kastla ilişkilendirilmiş olması, hükümde düzenlenmiş olan hata halinin tersi durumun, diğer bir ifadeyle, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında tersine hatanın, kastı temellendireceğini göstermektedir⁴⁶⁹. Kast değersizliği biçiminde ortaya çıkan hareket değersizliğinin telafi edilmesi, ancak hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsurunun varlığı halinde mümkündür⁴⁷⁰.

⁴⁶⁵ Geppert, **Jura 1995**, s. 104.

⁴⁶⁶ Geppert, **Jura 1995**, s. 104-105.

⁴⁶⁷ Einhard Steininger, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 2. Aufl., Linde, Wien, 2013, Kap. 10, kn. 4 vd.

⁴⁶⁸ “Hukuka uygunluk durumunun hatalı kabulü” başlıklı Av.CK § 8'e göre; “Her kim, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir durumun varlığını hataen kabul ederse, kasıtlı fiilden dolayı cezalandırılmaz. Şayet hata kişinin taksirine dayanıyor ve taksirli fiil de kanunda cezalandırılıyorsa, bu durumda kişi taksirli fiilinden dolayı cezalandırılabilir”.

⁴⁶⁹ Steininger, **AT/I²**, Kap. 10, kn. 11. Bu görüş için ayrıca bkz. Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 28.

⁴⁷⁰ Steininger, **AT/I²**, Kap. 10, kn. 4.

Hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsurun gerekliliğinin temellendirilmesinde kastı kaldıran hata haline dayanıldığından, bu subjektif unsurun içeriği, psikolojik bir kategori olarak kastın (Av.CK § 5) içeriğinden (doğrudan kast ve olası kast şeklinde olabilir) farklı değildir. Bu sebeple, failin ayrıca hukuka uygunluk motivasyonu ile hareket etmesi gerekli değildir⁴⁷¹.

Yazar, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurunun yokluğu haline cezasızlık sonucunu bağlamaktadır. Zira, bu durumda netice değersizliğinin hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı, diğer bir ifadeyle, neticenin değerliliği dolayısıyla telafi edilmiş olduğunu ve tamamlanmış suçun değersizliğinin gerçekleşmediğini kabul etmektedir. Diğer taraftan, objektif olarak isnat edilebilir bir şekilde meydana gelen netice dogmatik olarak görmezden gelinemeyeceğinden, teşebbüse ilişkin düzenlemelerin (Av.CK § 15/1) söz konusu duruma doğrudan uygulanması mümkün değildir. Teşebbüse ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanması ise kıyas yasağı ve kanunilik ilkesine (Av.CK § 1) aykırılık oluşturur. Şu halde, her ne kadar kasta dayalı hareket değersizliği varlığını devam ettirse de, fail cezalandırılmayacaktır⁴⁷².

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurunun temellendirilmesinde şahsi haksızlık öğretisi ve telafi düşüncesinden hareket eden⁴⁷³ Koca/Üzülmez ise, yukarıda açıklamış olduğumuz gerekçelendirme biçimini açıkça benimsemiş olmamakla birlikte, benzer bir çıkarım yolunu tersinden işletmekte ve hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsurun gerekliliği kabulünün mefhumu muhalifinden, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata haline, suçun maddi unsurlarında hataya ilişkin hükmün uygulanması gerektiği sonucuna varmaktadır⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ Steininger, **AT/I**², Kap. 10, kn. 11.

⁴⁷² Steininger, **AT/I**², Kap. 10, kn. 14, 4.

⁴⁷³ Koca/Üzülmez, **Genel**¹², s. 267 vd.

⁴⁷⁴ Yazarlara göre, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata TCK'nın 30. maddesinin 1. fıkrasına göre ele alınmalıdır. Esasen hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif



unsurları teorisi kabul edildiğinden, somut olayda failin bu şartları bilmesi gerekir. Dolayısıyla bu çerçevede hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya ilişkin herhangi bir hüküm bulunmasa dahi hatanın kastı ortadan kaldıracağı sonucuna varılacaktır (Koca/Üzölmez, **Genel**¹², s. 300; ayrıca bkz. Koca, **CHD 1 (2006)**, s. 123).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİ KABUL EDEN GÖRÜŞLERİN ELEŞTİRİSİ

I. SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİ KABUL EDEN MÜNFERİT GÖRÜŞLERİN ELEŞTİRİSİ

A. Kanunun Lafzından Hareketle Temellendirmenin Eleştirisi

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini temellendirmek bakımından kanunun lafzına müracaat edilmesi ve ilgili hükmün yorumundan hareketle subjektif unsurların gerekçelendirilmeye çalışılması ilk bakışta en akla yatkın argüman olarak görünmektedir. Zira bir hukuki sorunun cevaplanmasında ve problemin çözümünde gerek literatür gerek uygulama bakımından ilk olarak kanunun yorumlanması yoluna gidilmesi hukuki düşüncenin tabiatı gereğidir¹.

Kanunun lafzından hareketle temellendirme, her ne kadar akla yatkın görünse de, bu gerekçelendirmenin birçok açıdan sınanmaya muhtaç olduğunu belirtmek gerekir. İlk olarak, kanunda hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğine işaret eden veya edebilecek bir ifadeye yer verilip verilmediği incelenmelidir. İkinci olarak, böyle bir ifade varsa bunun subjektif unsurların gerekli olduğu yönünde yorumlanmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Üçüncü olarak ise, kanun koyucunun ele alınan problemin cevaplanması hususunda ne kadar yetkili olduğu, diğer bir ifadeyle, kanun

¹ Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 78-79.

koyucunun bu konuda yapacağı belirlemelerin bağlayıcı etki doğurup doğurmayacağı sorunu ele alınmalıdır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin düzenlemelerden subjektif unsurların gerekliliği sonucu çıkarılsa dahi, bu sadece ilgili hukuka uygunluk sebebi için geçerli olabilir. Buradan subjektif unsurların, kanunda düzenlenmiş olsun veya olmasın, bütün hukuka uygunluk sebepleri bakımından aranan bir unsur olduğu şeklinde bir genellemeye gidilemez. Zira bütün hukuka uygunluk sebepleriyle ilgili bir problem münferit hukuka uygunluk sebebine ilişkin kanuni düzenlemenin yorumundan yola çıkarak çözüme kavuşturulamaz. Aslında kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğu varsayımından hareketle bir genelleme ne haksızlık alanında ne de hukuka uygunluk alanında mümkündür².

Hukuka uygunluk sebepleri, TCK'nın genel hükümleri içerisinde 24 ila 26. maddelerinde düzenlenmiştir. Bunun yanında, özel hükümler içerisinde suç tipleriyle bağlantılı olarak hukuka uygunluk sebeplerinin özel görünüm şekillerine ve TCK haricindeki ceza mevzuatında veya diğer hukuk alanlarına ilişkin kanunlarda da hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin düzenlemelere rastlanmaktadır.

Kanunun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebinin düzenlendiği TCK'nın 24. maddesinin 1. fıkrasında “Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez”³,

Hukuka uygun emrin ifası hukuka uygunluk sebebinin düzenlendiği

² Aynı yönde bkz. Waider, **Rechtfertigungselementen**, s. 167; Frisch, **FS-Lackner**, s. 116; Steinbach, **Problematik**, s. 126; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 210; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 28.

³ Kanunun emrini icra hukuka uygunluk sebebinin bir görünümü olarak, herkes tarafından veya kolluk tarafından kendiliğinden yakalama yetkisi CMK'nın 90. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında “(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. (2) Kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler” şeklinde düzenlenmiştir.

TCK'nın 24. maddesinin 2. fıkrasında “Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz”,

Meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin düzenlendiği TCK'nın 25. maddesinin 1. fıkrasında “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez”⁴,

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin düzenlendiği TCK'nın 26. maddesinin 1. fıkrasında “Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez”⁵.

İlgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinin düzenlendiği TCK'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” düzenlemelerine yer verilmiştir.

Yine hukuka uygunluk sebeplerinin toplu halde düzenlendiği Türk Borçlar Kanununun “Hukuka aykırılığı kaldıran hâller” başlıklı 63. maddesinde “Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz./ Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması

⁴ Türk Medeni Kanununun 981. maddesinde zilyetliğin korunması bağlamında meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin özel bir görünümü olarak savunma hakkı “Zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir./ Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak, zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır” şeklinde düzenlenmiştir.

⁵ TCK'nın “iddia ve savunma dokunulmazlığı” başlıklı 128. maddesinde hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin bir görünümü olarak iddia ve savunma dokunulmazlığı “Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir” şeklinde düzenlenmiştir.

veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz” hükmü yer almaktadır.

Söz konusu kanun hükümleri incelendiğinde, kanunun lafzında herhangi bir amaç bildiren yapıya veya subjektif unsurun gerekliliğine ilişkin bir ifadeye yer verilmediği ve Türk kanun koyucusunun hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarını tarif ve tasvir etmekle yetindiği görülmektedir⁶.

Diğer taraftan, amaç bildiren yapıların yer aldığı Alman ve Avusturya ceza kanunlarında da bu amacın niteliğinin ne olduğu tartışmalıdır.

Özellikle meşru savunmaya ilişkin düzenlemelerde (Al.CK § 32/II; Av.CK § 3/1) “saldırımı bertaraf etmek için gerekli” olmadan söz edilmesi dolayısıyla, buradaki amaç bildiren yapının açıkça savunma hareketinin gerekliliğiyle ilgili olduğu, izin verilen savunma hareketinin sadece saldırıyı önleme objektif amacını, yani savunma hareketinin objektif sınırını belirleme işlevini gördüğü ve failin amacıyla ilgili olmadığı haklı olarak ifade edilmektedir⁷.

Kanunun lafzında amaç bildiren yapılara yer verilen diğer hukuka uygunluk sebepleri bakımından da bunların hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarına işaret etmediği, en azından subjektif unsurların gerekliliği hususunda bir zorunluluğu ifade etmediği kabul edilmektedir. Zira, söz gelimi “tehlikeyi bertaraf etmek için”, “hakların kullanılması veya savunulması ya da haklı menfaatlerden yararlanmak için” şeklindeki amaç bildiren cümle yapılarının failin subjektif amacı (*finis operantis*) yerine, kanun koyucunun hareketin izin verilen objektif ölçütlerini, diğer bir ifadeyle, hareketin objektif amacını (*finis operis/objektive Zweckhaftigkeit*) ortaya koyma ve bunları

⁶ Krş. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 31; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 207; Kangal, **Zorunluluk**, s. 203.

⁷ Schmitt, **JuS** 1963, s. 65; Rohrer, **JA** 1986, s. 367; Frisch, **FS-Lackner**, s. 117; Spindel, **LK**¹¹, § 32, kn. 139, dn. 281; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 80; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 24-25, 31; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 209; Triffterer, **FS-Oehler**, s. 223; Gaede, **FS-Rengier**, s. 34.

formüle etme çabası olarak anlaşılması da pekala mümkündür. Bu açıdan, söz konusu ifadelerden subjektif unsurun gerekliliği sonucuna varılamayacağı kabul edilmektedir⁸.

Özgenç'in meşru savunmaya ilişkin düzenlemede (TCK m. 25/1) yer alan "haksız bir saldırı" ibaresinin bu hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsuruna işaret ettiği yönündeki görüşünün⁹ isabetli olmadığını belirtmek gerekir.

Esas itibarıyla, yazarın hukuka uygunluk alanında ileri sürdüğü bu görüşünün ardında, haksızlık alanında fiilin hukuka aykırı olarak işlenmesinin suçun kanuni tanımında özel olarak zikredildiği hallerde kastın kapsamına ve türüne ilişkin benimsediği görüşün yattığı veya yazarın en azından her iki alan arasında bir paralellik kurduğu anlaşılmaktadır.

Nitekim yazara göre, suçun kanuni tanımında "hukuka aykırı olarak" gibi ifadelere yer verilerek fiilin hukuka aykırılığına özel olarak işaret edildiği hallerde kanun koyucu failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesini, yani işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu hususunda doğrudan kastla hareket etmesini aramaktadır. Hukuka aykırılığın ilgili suç tanımında özellikle vurgulandığı bu gibi durumlarda failin suçun maddi unsurlarının yanı sıra fiilinin hukuka aykırılığının da bilincinde olması gerekir. Bu bilincin yokluğu halinde failin kastından söz edilemez. Bu itibarla yazar, kanuni tanımında fiilin hukuka aykırılığına özel olarak işaret edildiği suçlar bakımından hukuka aykırılık bilincini kastın kapsamına dahil etmekte, hatta bu suçların ancak doğrudan kastla işlenebileceğini kabul etmektedir¹⁰.

⁸ Frisch, **FS-Lackner**, s. 117; Rohrer, **JA 1986**, s. 364; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 31, 81; Waider, **Rechtfertigungselementen**, s. 94; Schmitt, **JuS 1963**, s. 65; Spindel, **FS-Bockelmann**, s. 250; Spindel, **LK¹¹**, § 32, kn. 139, dn. 281; Rönnau, **JuS 2009**, s. 595; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 31; Streng, **FS-Otto**, s. 469; Burgstaller, **Fahrlässigkeitsdelikt**, s. 176; Nowakowski, **ÖJZ 1977**, s. 575, dn. 38; Kangal, **Zorunluluk**, s. 204.

⁹ Bkz. İkinci Bölüm, II, B. Kanunun Lafzından Hareketle Temellendirme başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁰ Özgenç, **Genel¹⁵**, s. 320-321; aynı yönde bkz. Koca, **CHD 1 (2006)**, s. 118-119.

Düşüncemize göre, suçun kanuni tanımında fiilin “hukuka aykırı olarak” işlenmesinin özel olarak ifade edilmesi, kastın kapsamı veya türü bakımından bir önemi haiz değildir. Suçun kanuni tanımında fiilin “hukuka aykırı olarak” işlenmesinden özel olarak söz edilmiş olduğu hallerde (TCK m. 124/1, 133/3), hukuka aykırılık fiilin bütünü üzerinde bir değerlendirmeyi gerektiren suçun bağımsız bir unsurudur (*gesamtatbewertende Merkmal*). Bu durumda hukuka aykırılık tipikliğin bir unsuru olmadığı gibi, failin fiilinin hukuka aykırılık teşkil ettiğini bilmesi de kastın bir unsuru değildir. Hukuka aykırılık bilinci sadece kusur bakımından önem arz eder. Burada kanun koyucu somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olabileceğine özel olarak dikkat çekmekte ve hakimi bu konuda uyarmaktadır. Söz konusu ifadelerin bundan başka bir anlamı yoktur¹¹.

Buna karşılık, bu ifadelere bir anlam yüklenecekse dahi, Özgenç’in buna bağladığı sonuçların TCK’nın benimsediği kast ve hata öğretisiyle uyuşmadığını ifade etmek gerekir. Zira bu görüşüyle yazar, her ne kadar diğer suçlar bakımından kusur teorisine (sınırlı kusur teorisi) taraftar olmakta ise de¹², hukuka aykırılıktan özel olarak söz edildiği durumlarda kast teorisine dönüş yapmaktadır¹³.

Halbuki TCK m. 30/4 hükmüyle haksızlık bilincinin hiçbir durumda kastın kapsamında olamayacağı, kusurun bağımsız bir unsuru olduğu kabul edilmiş ve kast teorisi mutlak anlamda terk edilmiştir. Bu itibarla, söz konusu ifadelere bir anlam yüklenecekse, bu, sadece bu suç tipleriyle sınırlı olmak kaydıyla, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının negatif unsur olarak tipikliğe ve kastın kapsamına dahil edilmesi, dolayısıyla bu unsurların gerçekleşmediklerine ilişkin bilincin kastın varlığı için gerekli olması ve

¹¹ Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 248, 296; Roxin, **AT/I**⁴, § 10, kn. 45 vd., 50; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**⁴⁶, § 7, kn. 354, § 14, kn. 713; Heinrich, **AT**⁵, § 13, kn. 322; Neslihan Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, **İÜHFD**, 1/2016, s. 426 vd.; Öztürk/Erdem, **Uygulamalı**, kn. 436; Zafer, **Genel**⁷, s. 365; Koca/Üzülmez, **Genel**¹², s. 267.

¹² Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 479, 485.

¹³ Aynı yönde bkz. Göktürk, **İÜHFD** 1/2016, s. 429.

haksızlık bilincinin ise her halükarda kusurun bir unsuru olarak kabul edilmesi şeklinde olabilir. Diğer bir anlatımla, kusur teorisiyle birlikte tipikliğin negatif unsurları öğretisini benimseyen yazarlarca ileri sürülen görüşlerin, sadece bu suç tipleriyle sınırlı olarak kabul edilmesi gerekir. Bu durumda da, suç doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilecektir. Ayrıca, bu halde, somut olayda hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının varlığını bilmeyen failin hatası, tersine tipiklik hatası oluşturacaktır. Bu hata ise ancak elverişsiz teşebbüsün cezalandırıldığı bir sistemde haksızlığa esas olabilir ve ancak bu durumda subjektif unsurların gerekliliğinden söz edilebilir. TCK’da ise elverişsiz teşebbüs cezalandırılmamaktadır¹⁴.

Diğer taraftan, yazar tarafından ileri sürülen haksızlık alanındaki bu mülahazalar, kusur ilkesi ve buna uygun olarak TCK’nın 21. maddesi gereği, kastın suçun varlığı bakımından zorunlu bir unsur olması ön koşuluna bağlıdır. Zira suçun kanuni tanımında zikredilen hususların kastın kapsamına dahil olup olmadığı, dahilse ne tür bir kastın aranacağı, kastın suçun zorunlu bir unsuru olduğu postulatına dayanmaktadır¹⁵. Meşru savunmaya ilişkin düzenlemede “haksız bir saldırı”dan söz edilmiş olması şayet yazarın ifade ettiği şekilde bir anlamı haiz olacak ise, bu hukuka uygunluk kastının veya hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsurlarının varlığının bir postulat olarak kabul edilmesi halinde mümkündür. Ancak bu durumda, hukuka uygunluk için failin neyi bilmesi veya hangi amaçla hareket etmesi gerektiğine ilişkin bir tartışma yürütülebilir. Bu itibarla, “haksız bir saldırı” ifadesi tek başına hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini temellendirmek bakımından bir delil oluşturmaz. Ancak subjektif unsurun gerekliliğinin başka bir sebeple kabul

¹⁴ Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 6. Kast Değersizliğinin Haksızlığı Temellendirebilirliği Bakımından Değerlendirme başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁵ Objektif sorumluluğun kabul edildiği bir sistemde suçun oluşması için kastın varlığı gerekli olmayacağından, suçun kanuni tanımında “hukuka aykırı olarak” şeklinde bir ifadenin yer alması böyle bir tartışmaya da mahal vermez veya bu suçların ancak belirli bir kastla işlenebileceği iddiasını gerekçelendiremezdi.

edilmesi halinde, bunun kapsamı ve içeriği bakımından yapılacak tartışmada rol oynayabilir.

Düşüncemize göre, “haksız bir saldırı” ifadesi, meşru savunmanın normatif unsuru olarak saldırının, diğer bir ifadeyle, objektif olarak failin hukuki değerini ihlale yönelmiş hareketin haksız olması gerekliliğinin ve hukuki değerın objesine hukuka uygun olarak gerçekleştirilen müdahalelere karşı meşru savunma olamayacağının vurgulanmasından başka bir anlam taşımamaktadır.

Meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin özel bir görünümü olarak Türk Medeni Kanunun 981. maddesinde düzenlenen “savunma hakkı”nda “gasp” ve “saldırı”dan söz edilmiş, ayrıca bunların “haksız”lığından söz edilmemiştir. Diğer taraftan, aynı hukuka uygunluk sebebinin farklı kanunlarda farklı şekillerde düzenlenmesi de söz konusu olabilmektedir. Bu da hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin kanunun lafzında yer alan bu gibi ifadelerden yola çıkarak temellendirmenin isabetli olmadığını göstermektedir¹⁶.

Zafer tarafından ileri sürülen, meşru savunmaya ilişkin düzenlemede (TCK m. 25/1) “saldırımı ... defetmek zorunluluğu ile” hareket etmeden söz edilmiş olmasının bu hukuka uygunluk sebebinin subjektif yönünü ifade ettiği ve failin meşru savunmadan yararlanabilmek için savunma kastıyla hareket etmesinin gerektiği görüşünün¹⁷ de isabetli olmadığını söylemek gerekir. Nitekim, hükümde yer alan “zorunluluk”la kastedilenin kişinin saldırımı başka türlü bertaraf etme imkanının bulunmaması, savunmada bulunmadan veya en azından o şekilde bir savunma hareketine başvurmadan saldırımı def etmek imkanının varlığı halinde meşru savunmadan yararlanılamayacağı olduğu, bizce de haklı olarak, ifade edilmektedir¹⁸. Bu itibarla, “saldırımı ... defetmek

¹⁶ Bu konuda Alman hukuku bakımından bkz. Frisch, **FS-Lackner**, s. 117; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 210; Steinbach, **Problematik**, s. 126).

¹⁷ Bkz. İkinci Bölüm, II, B. Kanunun Lafzından Hareketle Temellendirme başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁸ Özen, **Müdafaa**, s. 113; Kartal, **Gereklilik**, s. 54; Ersan, **Savunma**, s. 38.

zorunluluğu ile” hareket etme, meşru savunmanın subjektif unsurunu değil, objektif bir kriterini işaret etmektedir. Diğer taraftan, “zorunluluk” kavramına psikolojik zor olarak subjektif bir anlam yüklemenin, bu hukuka uygunluk sebebini mazeret sebebine dönüştüreceği ve kusur sorunu haline getireceği kanaatindeyiz¹⁹.

Meşru savunmada (TCK m. 25/1) “savunma” kavramının savunma iradesini gerektirdiği düşüncesinin de isabetli olmadığı söylenmelidir. Zira saldırının bertaraf edilmesi bakımından objektif olarak gerekli olan hareketin sadece fail tarafından da olay anında (subjektif *ex ante*) gerekli görülmesi halinde değil, ayrıca gerek olay anında gerek olaydan sonra üçüncü kişilerce (objektif *ex ante/ex post*) hareketin saldırıyı bertaraf etmek için gerekli görülmesi halinde de savunma hareketi söz konusudur. Bu açıdan, savunmanın varlığı failin subjektif durumuna göre değil, subjektif unsurlardan bağımsız olarak harici duruma ve hareketin objektif olarak amaca uygunluğuna göre belirlenir. Diğer bir anlatımla, savunma hareketi, saldırı anında objektif olarak onun savuşturulmasına hizmet eden, savunmada bulunanın subjektif olarak uygun bir savunma iradesine sahip olmak zorunda olmadığı bir davranıştır. Meşru savunmanın objektif koşullarının gerçekleşmesi halinde, fail savunma iradesiyle veya savunma bilinciyle hareket etmese de bir savunma hareketi vardır²⁰.

“Savunma” kavramının savunma iradesini gerektirdiği görüşüne karşı, saldırının objektif niteliğinden hareketle de itiraz edilmektedir. Buna göre, gerek literatürün genelinde gerek hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının

¹⁹ Bkz. ve krş. Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 166; Engisch, **Untersuchungen**, s. 10; Art. Kaufmann, **JZ 1956**, s. 353; Kartal, **Gereklilik**, s. 45.

²⁰ Spengel, **FS-Bockelmann**, s. 249-250; Spengel, **LK¹¹**, § 32, kn. 138, 139, 144; Mezger, **Lehrbuch³**, s. 235-236; von Hippel, **Strafrecht/II**, s. 210, dn. 8; Staab, **Elemente**, s. 32; H. Mayer, **AT**, s. 209, dn. 45; Schmitt, **JuS 1963**, s. 65; Rohrer, **JA 1986**, s. 364; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 207, 209; Klaus Himmelreich, **Notwehr und unbewußte Fahrlässigkeit**, 1. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin New York, 1971, s. 95 vd.

gerekliliğini savunan yazarlar arasında baskın görüşe²¹ göre, haksız saldırıdan söz edilebilmesi için saldırının objektif olarak varlığı yeterlidir. Saldırganın saldırı iradesiyle hareket etmesi veya bir saldırı gerçekleştirdiğini bilmesi gerekmemektedir. Şu halde, meşru savunmanın saldırı unsurunda olduğu gibi, savunma unsuru da objektif olarak belirlenmelidir. Zira savunma kavramı saldırı kavramından farklı değildir. Bu sebeple, saldırı hareketinin karşısında bulunan savunma hareketinin savunma iradesiyle gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Savunma iradesiyle hareket eden bir kişinin fiili diğer bir kişiye karşı (zorunluluk hali içerisinde gerçekleştirilse de) objektif olarak saldırı niteliğinde olabilir. Aynı şekilde, saldırı iradesiyle hareket eden failin fiilinin objektif olarak savunma niteliğinde olması da mümkündür²².

Buna karşılık, saldırının objektif nitelikte olması dolayısıyla savunmanın da objektif nitelikte olması gerektiği argümanının isabetli olmadığı ileri sürülmüştür. Zira bir hukuki müessesenin bir kısım unsurlarının salt objektif olması ve fakat diğer bir kısım unsurlarının objektif ve subjektif hususların birliğinden müteşekkil olması pekala mümkündür. Diğer bir anlatımla, meşru savunmanın bir unsurunun objektif olması, diğer unsurlarının da objektif olmasını tek başına gerektirmez. Zira hukuka uygunluk sebebini doğuran durumun niteliği, talep edilen subjektif unsurlardan tamamen farklıdır²³.

Düşüncemize göre de, saldırı ve savunma kavramlarının niteliklerinin ve varlık koşullarının farklı kabul edilmesi tek başına bir eleştiri konusu olamaz. Zira her iki kavramın meşru savunma içerisindeki işlevleri aynı değildir. Saldırı kavramı bakımından önemli olan ne tür davranışlara karşı savunmada bulunulabileceği, ne tür davranışların savunmaya esas teşkil edebileceğidir. Bu aşamada saldırının cezalandırılabilir olup olmaması bakımından bir değerlendirme yapılmamaktadır. Savunma kavramı bakımından ise tipe uygun

²¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve görüşler için bkz. Andreas Lange, **Zum Berwertungssirrtum über die Rechtswidrigkeit des Angriffs bei der Notwehr**, 1. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994, s. 54 vd.

²² Spindel, **LK¹¹**, § 32, kn. 138, 139, 144; Schmitt, **JuS 1963**, s. 65; Rohrer, **JA 1986**, s. 367.

²³ Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 11; Rinck, **Delikttaufbau**, s. 210.

bir davranışa meşru savunma kapsamında hangi hallerde izin verileceği değerlendirilmektedir. Bu açıdan, her iki kavramın mutlaka aynı nitelikte olduğunun kabulü zorunlu değildir. Her bir kavram kendi işlevi bakımından değerlendirilir. Nitekim meşru savunmaya esas teşkil eden bir saldırının cezalandırılabilirliğinin değerlendirilmesinde, tipikliğin subjektif unsurları çerçevesinde hareketin farklı nitelikleri haiz olması da aranacaktır.

Ancak savunma kavramının savunma iradesini gerektirir şekilde yorumlanması, öncesinde böyle bir yorumu temellendirecek ve haklı gösterecek bir gerekçenin²⁴ varlığı halinde mümkündür. Tek başına savunma kavramının kendisinden subjektif unsurun gerekliliği sonucu çıkarılamaz²⁵.

Pozitivist bir yaklaşım olarak, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının kanunun lafzından hareketle temellendirilmesi çabası karşısında, kanun koyucunun bu konuda düzenleme yapma yetkisinin olup olmadığı da değerlendirilmelidir.

Literatürde bir görüşe göre²⁶, kanunun lafzından hareketle yapılan temellendirme kanun koyucunun hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarını ihdas etme veya hukuka uygunluk için gerekli olandan daha yüksek

²⁴ Savunma kavramının savunma iradesini gerektirdiğinin bu anlamda gerekçelendirilmesi çabasına misal olarak final hareket öğretisi taraftarları gösterilebilir. Bu konudaki değerlendirme için bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 1. Final Hareket Öğretisinden Hareketle Temellendirmenin Eleştirisi başlığı altında yapılan açıklamalar.

²⁵ Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 80, dn. 225; Prittwitz, **Jura 1984**, s. 79-80; Prittwitz, **GA 1980**, s. 383; Waider, **Rechtfertigungselementen**, s. 92, 72 vd.; Schmitt, **JuS 1963**, s. 65; Geilen, **Jura 1981**, s. 202; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 207; Steinbach, **Problematisierung**, s. 113. Meşru savunma anlamında bir savunma hareketinin varlığının veya yokluğunun *ex post* bir değerlendirmeye objektif olarak belirleneceğini ifade eden *Staab*'a göre, savunma kavramının subjektif unsurları da içerdiğini veya kanunun savunma kavramını subjektif olarak anladığını gösteren bir dayanak noktası bulunmamaktadır. Günlük dilde genel anlamda savunma kelimesinin subjektif unsurları da içerdiği kabul edilse dahi, bunun bir hukuka uygunluk sebebi olarak meşru savunmadaki savunma kavramı bakımından bağlayıcı olduğu söylenemez. Zira hukuki kavramlar doğrudan doğruya ve başkaca bir temellendirmeye gerek olmaksızın dilin günlük kullanımından türetilemez. Bu açıdan savunma kelimesinin yorumundan meşru savunmada savunma kavramının subjektif unsurları da barındırdığı sonucu çıkarılamaz (*Staab, Elemente*, s. 32-33).

²⁶ Frisch, **FS-Lackner**, s. 117-118; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 79-80; ayrıca bkz. Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 27.

kriterler belirleme yetkisinin olup olmadığı sorusunu da beraberinde getirmektedir. Nitekim kanun koyucunun subjektif unsurların gerekliliği veya gereksizliği konusunda karar verme yetkisi ya gerekçelendirilmeksizin kabul edilmekte ya da bu konu üzerinde yeterince durulmamakta, sanki kanun koyucu bu konu hakkında karar verebilirmiş ve bunu kanunda formüle edebilirmiş gibi hareket edilmektedir²⁷. Halbuki kanun koyucunun düzenleme alanının ve yetkisinin de sınırları vardır. Söz gelimi; anayasa hükümleri, düzenleme yapılacak konunun doğası ve temel ontolojik konular yasama organının düzenleme yetkisinin sınırlarını oluşturmaktadır. Bu itibarla, kanun koyucunun hukuka uygunluk sebeplerinin unsurlarını belirleme konusunda mutlak yetkili olmadığı ifade edilmektedir.

Şüphesiz yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereği, kural olarak, kanunla düzenleme alanı konu itibarıyla sınırlandırılmış değildir. Yasama organı, anayasaya aykırı olmamak kaydıyla (*intra legem*), her konuda düzenleme yapabileceği gibi, bir konuyu dilediği kadar ayrıntılı olarak da düzenleyebilir²⁸.

Buna karşılık, düşüncemize göre de kanun koyucu hukuka uygunluk sebeplerinin şartlarını belirleme konusunda mutlak anlamda yetkili değildir. Neoklasik suç öğretisinde maddi hukuka aykırılık anlayışının ortaya çıkmasından bu yana hukuka uygunluk sebeplerinin kanunda yazılı olanlarla sınırlı (*numerus clausus*) olmadığı, kanunda düzenlenmeyen hukuka uygunluk sebeplerinin de yaratılabileceği²⁹, hatta tek bir olay için dahi bir hukuka uygunluk sebebinin üretilabileceği kabul edilmektedir³⁰.

²⁷ Bkz. Nowakowski, **ÖJZ** 1977, s. 577, 580; Triffterer, **FS-Oehler**, s. 221-222; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 28.

²⁸ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, Yetkin, Ankara, 2016, s. 213-214.

²⁹ Gallas, **ZStW** 67 (1955), s. 3; Roxin, **AT/I**⁴, § 14, kn. 6 vd.; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 206; Haft, **AT**⁹, s. 22; Göktürk, **İÜHFD** 1/2016, s. 419, dn. 54.

³⁰ Engisch, **Untersuchungen**, s. 10; Haft, **AT**⁹, s. 66.

Hukuka uygunluk sebeplerinin dayanağı veya varlık sebebi kanun değil, özelde hukuka uygunluğun genel prensipleri ve genelde ise hukukun genel ilkeleridir. Bu anlamda hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin kanunda yer alan düzenlemeler ihdas edici değil, tespit edici niteliktedir. Mesela, kanunun hükmünü yerine getirmenin (TCK m. 24/1), hukuka uygun emrin icrasının (TCK m. 24/2) ve hakkın kullanılmasının (TCK m. 26/1) hukuka uygunluğu, bu hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin kanuni düzenlemelerin değil, hukuk düzeninin tekliği ve çelişmezliği ilkesinin sonucudur³¹. İlgilinin rızası (TCK m. 26/1), kişinin üzerinde mutlak anlamda tasarruf etme yetkisini haiz olduğu bir hakkından vazgeçmesi (menfaat yokluğu prensibi)³² dolayısıyla, meşru savunma ise hakkın haksızlık karşısında boyun eğmek zorunda olmayışı ve hukuki değerlerin korunmasının başka türlü mümkün olmaması dolayısıyla hukuka uygunluk sebebidir³³. Kanunda bu hukuka uygunluk sebepleri düzenlenmese dahi, bu hukuka uygunluk sebepleri kapsamında gerçekleştirilen fiillerin hukuka uygun olduğu kabul edilir.

Şu halde, kanun koyucunun açıkça hukuka uygunluk için gerekli olandan daha yüksek kriterler belirlemesi halinde dahi, bu kriterleri sağlamayan ancak genel prensiplere göre hukuka uygunluk için gerekli koşulları haiz olan davranışın hukuka uygun olduğuna karar vermek gerekir. Bu itibarla, kanun koyucunun hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğine ilişkin yapacağı düzenlemelerin bağlayıcı olmadığı söylenmelidir.

Kanun koyucunun subjektif unsurun gerekli olmadığına ilişkin açık düzenleme yapması halinde³⁴ ise, bunun kişilere tanınmış bir hak teşkil etmesi dolayısıyla bağlayıcı etki doğuracağı kanaatindeyiz.

³¹ Bkz. Zafer, **Genel**⁷, s. 392, 367, 369.

³² Mezger, **Lehrbuch**³, s. 206, 208; Baumann, **AT**⁸, s. 307; Haft, **AT**⁹, s. 73.

³³ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 84. Meşru savunmanın hukuki esası hakkında ayrıntılı bilgi ve görüşler için bkz. Özen, **Müdafaa**, s. 29 vd.; Kartal, **Gereklilik**, s. 10 vd.; Demirbaş, **Genel**¹⁴, s. 286 vd.

³⁴ Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekli olmadığına ilişkin açık bir düzenlemeye İtalyan Ceza Kanununun 59. maddesinin 1. fıkrasında yer verilmiştir. Hükme göre,

Subjektif unsurların gerekliliğinin kanunun lafzından hareketle temellendirilememesi, bunların gerekli olmadığına dair açık bir düzenleme de olmadığından, kanun koyucunun subjektif unsurların gerekliliğinin kabul edilmesine imkan tanımadığı anlamına da gelmemektedir³⁵. Bu daha ziyade, kanun koyucunun bu konuyla meşgul olmadığı ve ne subjektif unsurların gerekliliğinin temellendirilmesinde ne de reddedilmesinde kanunun lafzına dayanılabileceği anlamına gelmektedir. Sonuç olarak, gerek TCK’da gerek diğer kanunlarda yer alan düzenlemelerin lafzından subjektif unsurların gerekliliği sonucuna varılamayacağı gibi, gerekli olmadığı sonucuna da varılamaz³⁶.

Diğer taraftan, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekli olup olmadığı sorunu kanunun yorumlanması meselesi değildir. Hukuka uygunluğun genel prensiplerine, suçun ve haksızlığın yapısına ilişkin bir meseledir³⁷.

B. Hukuka Uygunluğun Genel Prensiplerinden Hareketle Temellendirmenin Eleştirisi

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının hukuka uygunluğun genel prensiplerinden hareketle temellendirilebileceği düşüncesi öğretide çok az sayıda taraftar bulmuştur. Bunda etkili olan hususlardan ilki, subjektif unsurların bütün hukuka uygunluk sebepleri bakımından gerekli olduğunun kanıtlanması çabasıdır. Tekçi görüşler içerisinde bütün hukuka uygunluk sebepleri bakımından subjektif unsurların gerekliliğini ortaya koyan bir prensip söz konusu değildir. Çoğulcu görüşlerde ise hukuka uygunluk sebeplerinin heterojen yapısı ve köklerinin farklı maddi esaslara dayandırılması,

“Cezayı kaldıran sebepler fail tarafından bilinmese veya mevcut olmadıkları zannedilse bile, bunlar daima onun lehine olarak nazara alınır” (Toroslu, **Zaruret**, s. 157; Özen, **Müdafa**, s. 142; Katoğlu, **Aykırılık**, s. 88, dn. 431).

³⁵ Schmitt, **JuS 1963**, s. 65.

³⁶ Waider, **Rechtfertigungselementen**, s. 91-92; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 211; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 82; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 25; Steinbach, **Problematik**, s. 113. Ayrıca bkz. Ve krş. H. Mayer, **AT**, s. 174, 176, dn. 7.

³⁷ Waider, **Rechtfertigungselementen**, s. 101.

böyle bir kanıtlamaya tabiatı gereği imkan vermemektedir. Nitekim, hukuka uygunluğun genel prensiplerinden temellendirme girişiminde bulunan yazarlarca da subjektif unsurların gerekliliği, özellikle meşru savunma bakımından kabul edilirken, ilgilinin rızası bakımından açıkça reddedilmektedir³⁸.

İkincisi, hukuka uygunluğun genel prensipleri esas itibarıyla objektif niteliği haiz olan hukuki değerler perspektifinden şekillendirilmiştir. Hukuka uygunluk öğretisinin konusu, somut ve gerçek bir hukuki değer ihlaline veya buna sebep olan davranışa izin verilmiş olup olmadığı sorunudur. Bu sorun ise korunmak istenen hukuki değer ile ihlaline izin verilen hukuki değer arasındaki ilişki ve bu ilişkiye temel oluşturan, hukuka uygunluk sebebini doğuran fiili koşullar değerlendirilerek çözülmektedir. Özellikle, zarardan daha fazla yarar, hukuki değerlere riayet edilmesinin hukuki değer ihlaline önceliği, hukuki değerlerin tartılması, baskın gelen menfaat prensiplerinde hukuka uygunluk, karşı karşıya gelen hukuki değerler arasındaki çatışmanın biri lehine çözümlmesine dayanmaktadır. Failin subjektif durumunun karşı karşıya gelen hukuki değer veya menfaatler üzerinde bir etkisinin bulunmaması sebebiyle, bu prensiplerin teşekkülü subjektiviteden bağımsız olarak tamamen objektif alanda gerçekleşmiştir³⁹.

Graf zu Dohna tarafından geliştirilen ve *von Liszt/Schmidt* tarafından da benimsenen haklı amaç için haklı araç prensibine göre, hukuka uygunluktan, hukuken tanınan haklı bir amaca ulaşmak için gerçekleştirilen davranışın bu amaca uygun ve yine hukuk tarafından tanınan haklı bir araç olması halinde söz edilir. Burada öncelikle ulaşılmak istenen amacın haklı bir amaç olup olmadığı, daha sonra ise bu amaca ulaşmak için başvuru araçlarının uygunluk ve haklılığı değerlendirilmektedir⁴⁰. “*Haklı amaç*”la kastedilen ise, genel olarak, devlet

³⁸ Frisch, **FS-Lackner**, s. 120-121; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 89; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 22.

³⁹ Frisch, **FS-Lackner**, s. 121-122; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 91-92.

⁴⁰ Alexander Graf zu Dohna, **Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen**, 1. Aufl., Waisenhauses, Halle, 1905, s. 48, 38 vd.; von

tarafından bir düzene bağlanmış toplum yaşamının birlik içindeki varlığının devamlılığı, özel olarak ise, bunu temin eden menfaatlerin korunmasıdır⁴¹. Bu açıdan, söz konusu prensipte de hukuka uygunluk failin subjektif durumundan bağımsız olarak objektif esaslara dayandırılmıştır⁴².

Menfaat yokluğu prensibinde hukuka uygunluk, ilgilinin, üzerinde mutlak anlamda tasarruf yetkisini haiz olduğu bir hukuki değerden vazgeçmesine ve hukuki değere müdahaleye izin vermesine dayandırılmaktadır. İlgilinin rıza açıklamasında bulunarak hukuki değerinin korunmasından vazgeçmiş olması failin müdahalesini hukuka uygun hale getirir. Failin subjektif durumunun müdahalenin hukuka uygunluğu, diğer bir ifadeyle, olgu değersizliğinin ortadan kalkması üzerinde bir etkisi bulunmaz. Bu sebeple, menfaat yokluğu prensibini benimseyen yazarlarca ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinde subjektif unsurun gerekliliği, hukuka uygunluk sebebinin gerçek bir unsuru olma anlamında, reddedilmektedir.

Buna karşılık, rızanın varlığını bilmeyen failin hukuki değer üzerinde hukuka aykırı bir müdahale gerçekleştirme kastının, hukuka uygunluk sebebinden bağımsız olarak, elverişsiz teşebbüsün subjektif hareket değersizliğini temellendireceği ve failin elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiği kabul edilmektedir. Elverişsiz teşebbüs dolayısıyla cezalandırılmaması her ne kadar failin rızanın varlığını en azından bilmesine bağlı görülmekte ise de, burada failin bilgisi, ilgilinin rızasının hukuka uygunluk etkisi doğurabilmesi için gerekli olan gerçek bir (subjektif) unsuru değildir. Daha ziyade, kast değersizliği biçiminde ortaya çıkan ve subjektif teşebbüs

Liszt/Schmidt, **Lehrbuch**²⁶, s. 187; ayrıca bkz. Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 21-22; Kangal, **Zorunluluk**, s. 215 vd.; krş. Wiedow, **Rechtfertigung**, s. 12.

⁴¹ Graf zu Dohna, **Rechtswidrigkeit**, s. 61; von Liszt/Schmidt, **Lehrbuch**²⁶, s. 187.

⁴² Jungclaussen, **Rechtfertigungselemente**, s. 22-24; krş. Wiedow, **Rechtfertigung**, s. 57. *Graf zu Dohna*'nın tıbbi müdahaleler, meşru savunma, zorunluluk hali ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebeplerinin objektif olarak belirleneceği hususundaki görüşleri için bkz. Graf zu Dohna, **Rechtswidrigkeit**, s. 95 vd., 121 vd., 141 vd. Yazar görevin ifası hukuka uygunluk sebebi (*Amtsübung*) bakımından, görevin ifası kapsamında gerçekleştirilen müdahalelerin haklı bir araç teşkil etmesi için kamu görevlisinin görevinin ve hukuk düzeninin amaçlarının bilincinde olması gerektiğini ileri sürmektedir (Graf zu Dohna, **Rechtswidrigkeit**, s. 134).

anlayışıyla temellendirilen elverişsiz teşebbüsün hareket değersizliğinin telafi edilmesi bakımından aranan bir husustur ve hukuka uygunluk sebeplerinin gerçek olmayan subjektif unsurunu oluşturmaktadır⁴³.

Schmidhäuser'e göre, hukuka uygunluk sebepleri fertler üstü amaçlılıktan kaynaklanan ve fert olarak bir amacı takip etmeden kaynaklanan hukuka uygunluk sebepleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Fertler üstü amaçlılıktan kaynaklanan hukuka uygunluk sebeplerinde hareketin değerliliği harici koşullara göre belirlenebilirken, fert olarak bir amacı takip etmeden kaynaklanan hukuka uygunluk sebeplerinde harici koşulların iki anlamlılığı failin subjektif amacının dikkate alınmasını gerektirmektedir. Yazarın bu ayrımı, bizce de haklı olarak, eleştirilmiştir. Buna göre, birinci grupta yer alan hukuka uygunluk sebeplerinde hareketin değerliliği açık ve objektif olarak tespit edilebilir kabul edilirken, ikinci grupta yer alan hukuka uygunluk sebeplerinde hareketin değerliliğinin neden objektif olarak belirlenemediği ve iki anlamlılığın söz konusu olduğu, diğer bir ifadeyle, hareketin değerliliğinin failin subjektif amacı dikkate alınmaksızın neden ortaya konulamadığı izah edilebilmiş değildir⁴⁴.

Yine *Schmidhäuser* ve *Gallas* tarafından ileri sürülen, meşru savunmayla sadece saldırıya uğrayan hukuki değerin değil, hukuk düzeninin geçerliliğinin de korunduğu ve ancak hukuka aykırı saldırıyı bertaraf etme amacıyla hareket eden ve böylece hukuk-etik bir pozisyonda bulunan failin

⁴³ Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının, failin subjektif durumundan bağımsız olarak hukuka uygunluk etkisi doğuracağı ve olgu değersizliğini ortadan kaldıracağı, ancak subjektif teşebbüs anlayışı dolayısıyla failin kastının elverişsiz teşebbüsün hareket haksızlığını temellendireceği, bunun telafi edilmesi için ise hukuka uygunluk sebeplerinin (gerçek olmayan) subjektif unsurlarının gerekliliği düşüncesinin ilk olarak, menfaat yokluğu prensibi çerçevesinde ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinde ortaya çıkmış olduğu ve daha sonra bütün hukuka uygunluk sebepleri bakımından kabul edilerek telafi modelini oluşturduğu yukarıda açıklanmıştı (Bkz. İkinci Bölüm, I, B, 3. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi başlığı altında yapılan açıklamalar). Bu düşünce hakkındaki eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. Üçüncü Bölüm, II, C. Şahsi Haksızlık Öğretisi Bağlamında Telafi Modelinin ve Teşebbüs Çözümünün Eleştirisi başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴⁴ Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 135-136.

hukuk düzeninin koruyucusu olarak kabul edilebileceği düşüncesi de eleştirilmelidir.

Her ne kadar somut olayda meşru savunmanın objektif unsurlarının gerçekleştiğini bilmeyen ve hukuka aykırı bir şeyi gerçekleştirme iradesiyle veya hukuk karşısında özensiz bir tutumla hareket eden kişinin aynı zamanda hukuk düzeninin koruyucusu olması veya hukuk düzenine hizmet ettiğinin düşünülmesi ilk bakışta tutarsız gibi görünse de, hukuk düzeninin korunmasıyla ulaşılmak istenen toplum menfaati, hukuk düzeniyle çelişki halinde ve dolayısıyla haksız bir saldırının sadece objektif olarak bertaraf edilmesiyle de temin ve tatmin edilir. Failin gerçekleştirdiği şey hakkında bilgi sahibi olmaması veya tamamen aksi bir iradeyle hareket ediyor olması, failin fert ve topluma ait menfaatlerin somut olarak zarar görmesini engellemiş olduğu gerçeğini değiştirmez. Keza fail davranışıyla bir amaca tesadüfen ulaştığında, bunun neden bu amaca hizmet etme ya da bu amacı yerine getirme olarak değerlendirilemeyeceğini veya neden sadece ahlaken de değerli hareket eden kişinin hukuk düzeninin korunmasına hizmet etmiş olacağını hukuken izah etmek pek mümkün değildir⁴⁵. Bu açıdan, hukuk düzeninin saldırıyla ihlal edilecek olan hukuki değerler noktai nazarından her halükarda korunmuş olduğu söylenmelidir. Şayet tesadüfen bir hukuki değere yönelik saldırıyı bertaraf etmiş olan failin tasvip edilmeyen irade veya tutumuna bir değer atfedilecekse bu ayrıca ele alınması gereken bir konudur⁴⁶.

⁴⁵ Düşüncemize göre burada her ne kadar Kant'çı ahlak anlamında yükümlülüğe ve dolayısıyla ahlaka aykırılık söz konusu ise de (bkz. Immanuel Kant, **Grudlegung zur Metaphysik der Sitten**, 2. Aufl., Felix Meiner, Hamburg, 2016, s. 15 vd.), hukuk-ahlak ayırımında Kant'çı ahlak anlayışına hukuk bakımından olduğu gibi geçerlilik tanımak mümkün değildir.

⁴⁶ Frisch, **FS-Lackner**, s. 120-121; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 136; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 22; Staab, **Elemente**, s. 35-36; Spindel, **FS-Oehler**, s. 203. *Staab*'a göre, meşru savunmanın hukuka uygunluğu sadece hukuk düzeninin, hukuku ihlal etmesi dolayısıyla, saldırganı hukuki menfaatlerinin korunmasından mahrum bırakmasına dayanmaktadır. Bu sebeple, objektif olarak savunmada bulunan kişinin hukuki barışı bozması mümkün değildir. Savunmada bulunan kişinin iç tutumunun fiilinin hukuka aykırılığı veya uygunluğu bakımından bir önemi yoktur. Savunmada bulunan kişi buna uygun bir iradeyle saldırıyı bertaraf etmese de hukuka aykırı hareket etmemektedir (Staab, **Elemente**, s. 83-84). Düşüncemize göre failin tasvip edilmeyen tutumu ancak bir ahlak sorunu olarak ele alınabilir. Buna karşılık, subjektif unsurların yokluğuna elverişsiz teşebbüsten cezalandırma sonucunu

Daha önce de kısmen açıklandığı üzere, psikolojik bir zorda kalma haline hukuken değer atfedilen durumlarda, bunu doğuran durumun fail tarafından bilinmesi veya en azından var sayılması tabii olarak gereklidir. Ancak psikolojik bir zor hali hukuka uygunluk alanında değil, failden hukuken tasvip edilen davranışı gerçekleştirme yönünde irade oluşturmalarının beklenemezliği dolayısıyla, kusur alanında (mazeret sebepleri) etki doğurur. Bu açıdan, *Baumann*'ın özellikle meşru savunma bakımından hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini psikolojik zor haline işaret ederek açıklamaya çalışması isabetli değildir. Şayet meşru savunma failin psikolojik olarak zorda kalma haline dayandırılarak izah edilir ve bunun tabii sonucu olarak zorda kalma halini doğuran durumun bilinmesi gerekliliğinden söz edilirse, bu durumda bir hukuka uygunluk sebebinden değil mazeret sebebinden söz etmek gerekecektir. Bu açıdan, bu argümanın isabetli olmadığını ifade etmek gerekir⁴⁷.

Düşüncemize göre de, kural olarak hukuka aykırı olan davranışları istisnai olarak hukuka uygun hale getirenin ne olduğunu ve hukuka uygunluk sebeplerinin dayandığı genel esasları ortaya koymaya çalışan hukuka uygunluğun genel prensiplerine dayanan görüşler, bütün çabalara rağmen, subjektif unsurların neden hukuka uygunluk sebeplerinin mahiyetine özgü bir gereklilik ve hukuka uygunluğun vazgeçilmez bir koşulu olduğunu izah edebilmiş değildir. Bu itibarla, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif

bağlayan yazarlarca bu duruma, hukuki değerler ve hukuk düzeninin korunmasından bağımsız olarak, hukuken bir değer atfedilmektedir. Bu görüş hakkındaki eleştirilerimiz için bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 4. Elverişsiz Teşebbüsten Cezalandırma Görüşünün Eleştirisi başlığı ve devamı başlıklar altında yapılan açıklamalar.

⁴⁷ Bkz. Radbruch, **FG-Frank/I**, s. 166; Engisch, **Untersuchungen**, s. 10; Art. Kaufmann, **JZ 1956**, s. 353. *Kartal*'a göre, meşru savunmanın hukuki esasının psikolojik teoriye dayandırılması, meşru savunmayı kişinin kusur yeteneğini etkileyen bir hal haline getirecek ve kusuru kaldıran bir sebebe dönüştürecektir (*Kartal*, **Gereklilik**, s. 45). Düşüncemize göre yazarın ulaştığı sonuç doğru olmakla birlikte, psikolojik zor hali kusur yeteneğiyle değil, beklenebilirlikle ilgili olarak kusur üzerinde etkilidir.

unsurlarının gerekliliğinin temellendirilmesinde inandırıcı ve elverişli bir dayanak noktası sağlamamaktadır⁴⁸.

C. Tipikliğin Negatif Unsurları Öğretisinden Hareketle Temellendirmenin Eleştirisi

Tipikliğin negatif unsurları öğretisi gerek hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya bağlanan sonuçlar, gerek hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin temellendirilmesi, gerekse de subjektif unsurların gerçekleşmemesine bağlanan sonuçların gerekçelendirilmesi bakımından kendi içinde oldukça tutarlıdır.

Her ne kadar dayandığı esaslar bakımından birçok açıdan eleştiriye açık olsa da, öğretide hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının tipikliğin negatif unsurları olarak değerlendirilmesi, bu unsurlar üzerinde hatanın tipiklik hatası olarak ortaya çıkması sonucunu doğurmaktadır. Negatif nitelikte tipiklik unsurları olmaları dolayısıyla, bunların gerçekleşmediği hususundaki bilgi kasta dahil olmakta, gerçekleştiği hususundaki hata ise kastı kaldırmaktadır. Burada kastı kaldıran hataya ilişkin hükmün doğrudan uygulanmasında da herhangi bir sorunla karşılaşılmamaktadır. Yine hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının tipikliğe dahil edilmeleri, tipikliğin kastın bağlantı noktası olma fonksiyonunu koruması dolayısıyla dogmatik açıdan bir problemi de beraberinde getirmemektedir.

Öğreti hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin temellendirilmesi bakımından da kendi içinde tutarlıdır. Buna karşılık, öğreti subjektif unsurların gerekliliğini tek başına temellendiremez veya bunların gerekliliğini zorunlu hale getirmez. Ayrıca başka öncüllere de ihtiyaç duyulmaktadır⁴⁹. Öğretinin bu konudaki rolü, subjektif unsurların gerekliliğinin

⁴⁸ Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 89-90; Frisch, **FS-Lackner**, s. 120-121; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 30-31.

⁴⁹ Ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 83; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 24, 31.

temellendirilmesinde belirleyici olan öncüllerle bir araya getirildiğinde herhangi bir uyumsuzluk doğurmamasıdır.

Tersine tipiklik hatası halinde, tipiklik gerçekleşemediğinden ve fakat gerçekleştirilmesi hususunda kasten hareket edildiğinden ve subjektif teşebbüs anlayışında tipikliğin tamamlanması bakımından fiilin elverişli olması aranmadığından, failin hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleştiğini bilmemesi, fiilin, elverişsiz teşebbüse ilişkin hükümle ve dolayısıyla hukuk düzeniyle çatışması sebebiyle, hukuka aykırı olarak ortaya çıkması ve cezalandırılması sonucunu doğuracaktır. Öğretinin buradaki işlevi, subjektif unsurların yokluğu halini, subjektif teşebbüs anlayışında cezalandırılabilirliği bakımından üzerinde ihtilaf bulunmayan tersine tipiklik hatasına dönüştürmesidir. Bu açıdan, elverişsiz teşebbüse ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanmasında da herhangi bir sorunla karşılaşılmamaktadır.

Yine, açıklandığı üzere⁵⁰, subjektif unsurların temellendirilmesinde başvuru telafi düşüncesi, ilk defa tipikliğin negatif unsurları öğretisine taraftar olan yazarlarca ve bu öğreti içerisinde geliştirilmiştir. Buna göre, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde kast değersizliği telafi edilmekte, ancak olgu değersizliği varlığını devam ettirmektedir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında tersine hata halinde ise olgu değersizliği telafi edilmekte, fakat kast değersizliği varlığını devam ettirmektedir. Tipikliğin negatif unsurları öğretisinde hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın kastı kaldıran tipiklik hatası, subjektif unsurun yokluğunun ise tersine tipiklik hatası olarak ortaya çıkması, telafi düşüncesinin söz konusu simetrik önermeleriyle tam bir uyum içerisinde. Bu açıdan, telafi modelinin uygulanmasına imkan vermekte veya en azından telafi modelinin önermeleriyle çatışmamaktadır.

⁵⁰ Bkz. İkinci Bölüm, I, B, 3. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi başlığı altında yapılan açıklamalar.

Ancak öğreti bakımından subjektif unsurların gerekliliğinin temellendirilebilmesi, subjektif teşebbüs anlayışının benimsenmesi ve dolayısıyla elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin kabul edilmesine bağlıdır. Mutlak elverişsiz veya tehlikesiz elverişsiz teşebbüs hallerinin cezalandırılmadığı bir hukuk düzeninde, ister doğrudan tersine tipiklik hatasına dayanılsın ister telafi modeline dayanılsın, subjektif unsurların gerekliliğinin temellendirilmesi mümkün değildir. Şu halde elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmadığı TCK bakımından tipikliğin negatif unsurları öğretisinden hareketle subjektif unsurların gerekliliğinin temellendirilemeyeceği söylenmelidir⁵¹.

Tipikliğin negatif unsurları öğretisi, çıkış noktası itibarıyla dikkate değer dayanakları haiz ve birçok açıdan kendi içinde tutarlı olmasına karşın, az sayıda taraftar bulmuştur. Ceza hukuku bakımından önemli hukuki değer ihlallerini tasvir eden ve haksızlığı temellendiren tipikliğin (pozitif nitelikteki) objektif unsurları ile karşı karşıya gelen hukuki değerler arasındaki çatışmanın belirli koşullar altında biri lehine çözülmesini ifade eden hukuka uygunluk sebepleri arasında mahiyet farkı görmemesi ve bunları bütüncül tipiklik içerisinde eşit şekilde değerlendirmesi, fiilin garanti tipi tarafından hiç yasaklanmamış olması ile yasaklanmış ancak bir hukuka uygunluk sebebi dolayısıyla hukuka uygun olması arasındaki değersizlik farkını göz ardı etmesi, hukuka uygunluk sebeplerini genel yasağın genel bir sınırlaması olarak görmesi ve buna bağlı olarak tipikliğin uyarı fonksiyonunu⁵² ortadan kaldırması

⁵¹ Tipikliğin negatif unsurları öğretisinin hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini tek başına temellendiremeyeceği yönünde ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 83; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 31. Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmaması halinde, tipikliğin negatif unsurları öğretisinde subjektif unsurların gerekliliğinin temellendirilip temellendirilemeyeceği hususunda bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 6. Kast Değersizliğinin Haksızlığı Temellendirebilirliği Bakımından Değerlendirme başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵² Tipikliğin uyarı fonksiyonu (*die Appellfunktion des Tatbestandes*) veya daha doğru bir ifadeyle tipiklik kastının uyarı fonksiyonu (*die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes*) bağımsız birer kategori olarak tipiklik ile hukuka aykırılık arasındaki maddi ayrıma dayanmaktadır. Bu açıdan, tipiklik ve hukuka aykırılığın tek bir değerlendirme aşaması kabul edildiği tipikliğin negatif unsurları öğretisinde tipikliğin uyarı fonksiyonundan söz edilemez. Tipiklik ile hukuka aykırılık ayırımında fiilin tipe uygunluğu norma aykırılık oluşturur ve hukuka aykırı olmasından bağımsız olarak bizatihi değersizlik ifade eder. Bir hukuka uygunluk

eleştirilmiş ve haklı olarak öğretinin dogmatik açıdan kabul görmemesinde etkili olmuştur⁵³.

Tipikliğin negatif unsurları öğretisinin TCK'nın benimsemiş olduğu sistemle uyumlu olup olmadığı ve normatif açıdan kabul edilebilirliği ise ayrıca değerlendirilmelidir.

TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasında “Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir” şeklinde tanımlanmış, 30. maddesinin 1. fıkrasında ise “Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır” düzenlemesine yer verilmiştir. Öğretide, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları da tipikliğin objektif unsurları olarak görüldüğünden, TCK'nın genel hükümleriyle birlikte ele alındığında, suçun kanuni tanımındaki unsurlara hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının da dahil olduğu ileri sürülebilir. Bu itibarla, öğretinin söz konusu iki hükümle çelişmediği söylenebilir.

TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasında ise “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda

sebebinin varlığı halinde de fiil, hukuka aykırı olmasa da, tipe uygun olması sebebiyle, norma aykırı ve değersizdir. Bu değersizliğin gerçekleştirilmesine (hukuki değer ihlali), hukuka uygunluk sebebinin varlığı dolayısıyla sadece somut olayda istisnai olarak izin verilmiştir. Tipiklik hukuka aykırılığa karine oluşturduğu gibi, tipiklik kastı faile fiilin hukuka aykırı olabileceğini bilme imkanı verir. Yani tipiklik kastının varlığı halinde haksızlık bilincinin varlığından söz edebilmek için gerekli olan, maddi vakıanın tasavvuruna ilişkin koşullar vardır. Bu da hukuken değersiz bir iş yaptığının bilincinde olan faile, fiilini istisnaen hukuka uygun hale getiren şartların varlığını titiz/özenli bir şekilde sına/inceleme yükümlülüğü (*gewissenhafte/sorgfältige Prüfung*) yüklemektedir. Tipiklik kastı hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarının gerçekleştiği hususunda hataya düşmüş olan faile adete “Dikkat et! Hukuken değersiz bir şey yapıyorsun ve fiilini istisnaen hukuka uygun hale getiren şartlar somut olayda gerçekleşmemiş olabilir” uyarısında bulunmaktadır (Yoshikatsu Naka, “Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes”, *JZ*, 1961, s. 210; Reip, *Täterhandeln*, s. 82-83).

⁵³ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 81; Fukuda, *JZ* 1958, s. 145 vd.; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 250 vd.; Roxin, *AT/I*⁴, § 10, kn. 16 vd.; Gallas, *ZStW* 67 (1955), s. 27 vd.; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 83; Scheffler, *Jura* 1993, s. 618; Salimi, *Rechtfertigungselement*, s. 23 vd.; Göktürk, *ÜHFD* 1/2016, s. 425; Göktürk, *CHD* 26 (2014), s. 14, dn. 23. Öğretinin eleştirisi için ayrıca bkz. Hirsch, *Tatbestandsmerkmalen*, s. 220 vd.; Schmid, *Verhältnis*, s. 21 vd.; Heuchemer, *Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 161 vd.; Erman, *Yanılma*, s. 331 vd.; Karaaslan, *LHD* 2017, s. 1692-1693.

kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” hükmüne yer verilmiştir. TCK’nın 24 ila 34 maddelerinin yer aldığı birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümünün başlığı “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan sebepler” olup, bu bölümde hukuka uygunluk sebepleri ve kusuru etkileyen haller birlikte düzenlenmiştir. Bu açıdan, 30. maddenin 3. fıkrasında hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata ve kusuru etkileyen sebeplerin maddi şartlarında hata halleri hüküm altına alınmıştır. Tipikliğin negatif unsurları öğretisinde hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata, tipiklik hatası olduğundan, 30. maddenin 1. fıkrasına tabi olması gerekirdi ve bu konuda bir ayırım yapılamazdı. Bu sebeple, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın tipiklik hatasından ayrılarak kusuru etkileyen hata halleriyle birlikte özel olarak düzenlenmesi, TCK’nın tipikliğin negatif unsurları öğretisi aleyhine karar vermiş olduğunu göstermektedir⁵⁴. Şu halde, öğretinin Türk ceza hukukunda benimsenmesi önünde normatif bir engel söz konusudur.

Ayrıca, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın 30. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiş olması, 30. ve 21. maddelerin 1. fıkralarındaki “suçun kanuni tanımı” ifadesinin münhasıran garanti tipi olarak tipikliğin (pozitif nitelikteki) objektif unsurlarını ifade ettiğini de göstermektedir.

*Koca’ya göre*⁵⁵, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata TCK’nın 30. maddesinin 1. fıkrasına göre ele alınmalı, 30. maddenin 3. fıkrasında sadece kusurluluğu etkileyen hallerin maddi şartlarında hatanın düzenlendiği kabul edilmelidir. Yazar, hükmün bu hata haline uygulanmasında kıyasa başvurmamakta, doğrudan uygulama yolunu tercih etmektedir.

İlk olarak, tipikliğin negatif unsurları öğretisi benimsenmeksizin “suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar”a ilişkin hata halini düzenleyen söz konusu hükmün hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya

⁵⁴ Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 9, dn. 5.

⁵⁵ Koca, **CHD 1 (2006)**, s. 125-126; ayrıca bkz. Koca/Üzülmez, **Genel**¹², s. 300; aynı yönde bkz. Demirel, **Amirin**, s. 183.

doğrudan uygulanması imkanı bulunmamaktadır. Tipikliğin negatif unsurları öğretisini benimsemeyen yazarın⁵⁶ görüşü bu açıdan çelişkili olup⁵⁷, isabetli değildir⁵⁸.

İkinci olarak, hukuka uygunluk sebeplerinin kanunda düzenlendiği yer ve kanunun herhangi bir tereddüde ve yoruma mahal vermeyecek şekilde açık hükmü karşısında, “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” ibaresinin neden hukuka uygunluk sebeplerini kapsamadığını izah etmek mümkün değildir. Böyle bir izah kanunu yorumlamak değil, göz ardı etmek olacaktır⁵⁹. Diğer taraftan, hukuka uygunluk sebepleri ile kusuru etkileyen hallerin nitelikleri ve suçun yapısı içerisinde ifade ettikleri anlamlar farklı olsa da, bu, bunların hiçbir paydada buluşamayacakları ve aynı hükümde düzenlenemeyecekleri sonucu vermez. Nitekim hem hukuka uygunluk sebepleri hem de kusuru etkileyen haller nihai olarak ceza sorumluluğu üzerinde etkili olmaktadır⁶⁰. Bu sebeple, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata

⁵⁶ Koca, **CHD 1 (2006)**, s. 112 vd.; ayrıca bkz. Koca/Üzülmez, **Genel**¹², s. 262 vd. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata haline TCK’nın 30. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması gerektiğini ifade eden *Demirel* ise, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarının (objektif unsurlarının) tipiklik kapsamında değerlendirilmesinin gerekliliğinden söz etmektedir (Demirel, **Amirin**, s. 183 vd., 183, dn. 167).

⁵⁷ Krş. Erman, **Yanılma**, s. 383.

⁵⁸ Ayrıca bkz. Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 25, dn. 57; Erman, **Yanılma**, s. 387-388; Tunç, **Hata**, s. 267-268. *Grünwald*, tipiklik hatasının düzenlendiği A1.CK § 16/I’de münhasıran “suçun kanuni tanımı”ndan söz edildiğini, bunun ise ceza tehdidi tipikliğini (*Strafandrohungstatbestand*) ifade ettiğini, bu sebeple, tipikliğin negatif unsurları öğretisi benimsendiğinde dahi, tipiklik hatasına ilişkin hükmün hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya doğrudan uygulanamayacağını, ancak kıyasen uygulama yapılacağını söylemektedir (Gerald Grünwald, “Zu den Varianten der eingeschränkten Schuldtheorie”, **Gedächtnisschrift für Peter Noll**, Ed.: Robert Hauser, Jörg Rehberg, Günter Stratenwerth, Schultless Polygraphischer Verlag, Zürich, 1984, s. 187-188).

⁵⁹ Elvan Keçelioğlu, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayırımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBBD**, 87 (2010), s. 314 vd.

⁶⁰ Erman, **Yanılma**, s. 385-186; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1696.

halinde uygulanacak hüküm 30. maddenin 3. fıkrasıdır⁶¹. Nitekim madde gerekçesi de bu hususu destekler niteliktedir⁶².

Tipikliğin negatif unsurları öğretisine göre, hukuka uygunluk sebepleri, genel yasağın genel bir sınırlamasını oluşturur. Hukuka uygunluk sebeplerinin söz konusu olduğu fiiller suçun kanuni tanımına dahil değildir. Bu açıdan, söz gelimi, meşru savunma halinde bir insanın öldürülmesi suçun kanuni tanımının dışında kalır, tipik değildir ve dolayısıyla suçtan söz edilmez. CMK'nın 223. maddesinin 2. fıkrasının a. bendinde “Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması”ndan söz edilirken, d. bendinde “Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması”ndan söz edilmiştir. Kanun koyucu tipik olmayan fiiller ile tipik ancak hukuka uygun fiiller arasında bir ayırım yapmaktadır. Bu da kanun

⁶¹ Aynı yönde bkz. Claus Roxin/Osman Isfen, “Der Allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches”, **GA**, 2005, s. 238-239; Erman, **Yanılma**, s. 379; Veli Özer Özbek, “Türk Ceza Kanununda Hata (m. 30)”, **CHD**, 7 (2008), s. 90; Karakurt, **CHD 10 (2009)**, s. 125 vd.; Keçelioğlu, **TBBD 87 (2010)**, s. 314; Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 8; Değirmenci, **TBBD 110 (2014)**, s. 174, 177; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1698; Şenol, **THD 149 (2019)**, s. 62; Tunç, **Hata**, s. 260, 267; Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 482-483; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, **Genel**¹⁴, s. 647; Sarıgül, **AHBVÜ-HFD 3/2020**, s. 326 vd.; Y.CGK., 20.12.2011, 5-230/273; Y.CGK., 25.02.2014, 2013/14-563, 2014/95.

⁶² TCK'nın kanunlaştırılma sürecinde 30. maddenin 3. fıkrası, Adalet Bakanlığınca hazırlanan ve T.B.M.M. Başkanlığına arzı Bakanlar Kurulu'na 14.04.2003 tarihinde kararlaştırılan Türk Ceza Kanunu Tasarısının 23. maddesinin 3. fıkrasında “Kendisine kusur olarak isnadı mümkün olmayan bir hata dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerine ait koşullara uyduğunu sanan kimseye ceza verilmez” şeklinde önerilmiş, maddenin gerekçesinde ise “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, yanlışlığı kendisine isnadı olanaklı bir kusura dayanmadığında, ceza verilmeyecek, kişi hukuka uygunluk nedeninden tam olarak yararlanacaktır” açıklamasına yer verilmiştir. Buna göre, fıkra sadece hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata düzenlenmek istenmiştir. Ancak tasarının söz konusu maddesinde değişikliğe gidilerek fıkra kusuru etkileyen hallerin maddi şartlarında hata da eklenmiştir. Nitekim 30. maddenin 3. fıkrasının gerekçesinde “Hükümet Tasarısının 23. maddesinin 3. 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” açıklaması yer almaktadır. Ayrıca gerekçede hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz ve kaçınılabılır hataya ilişkin açıklamalar da yer almaktadır. Bu açıdan, maddenin metnindeki açıklık gibi, maddenin kanunlaştırılma süreci de hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya 30. maddenin 3. fıkrasının uygulanacağını göstermektedir. Aynı yönde bkz. Keçelioğlu, **TBBD 87 (2010)**, s. 310.

koyucunun tipikliğin negatif unsurları öğretisi aleyhine karar vermiş olduğunun ve suçun üç basamaklı yapısını benimsediğinin bir diğer göstergesidir⁶³.

Tipikliğin negatif unsurlarıyla ilgili olarak ele alınması gereken diğer bir konu ise, bazı suçların kanuni tanımında “hukuka aykırı olarak”, “hukuka aykırı bir yolla” veya “rızası olmadan/ rızası olmaksızın/ rızasına aykırı olarak” gibi ifadelerle yer verilmiş olmasıdır.

Yukarıda, suçun kanuni tanımında fiilin “hukuka aykırı olarak” işlenmesinden özel olarak söz edilmiş olduğu hallerde hukuka aykırılığın fiilin bütününe değerlendirici bir unsur olduğu, tipikliğin bir unsuru olmadığı, hukuka aykırılık bilincinin kastın kapsamına dahil edilemeyeceği, suç tanımında yer alan bu ifadelerin olayda bir hukuka uygunluk sebebi bulunabileceği hususunda bir uyarı fonksiyonu gördüğü, şayet bu ifadelerle bir anlam yüklenecekse, bunun kanun koyucu tarafından sadece bu suç tipleriyle sınırlı olarak tipikliğin negatif unsurları öğretisini benimsediğinin ileri sürülebileceği ifade edilmiştir⁶⁴.

Suçun kanuni tanımında “hukuka aykırılık”tan tipikliğin objektif unsurlarından biriyle ilişkili olarak da söz edilmiş olabilir. Bu durumda, söz konusu hukuka aykırılık, failin fiilinin hukuka aykırılığını ifade etmemektedir. Sadece tipikliğin ilgili objektif unsurunun niteliğidir ve tipikliğin normatif unsuru olarak kastın kapsamındadır⁶⁵.

Mesela, organ veya doku ticareti suçunda (TCK m. 91/5) “Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişi”nin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Burada “hukuka

⁶³ Krş. Keçelioğlu, **TBBD 87 (2010)**, s. 310.

⁶⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, A. Kanunun Lafzından Hareketle Temellendirmenin Eleştirisi başlığı altında yapılan açıklamalar. Özel hukuka aykırılık hallerinin kabul edilmesinin, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarını bu suçlar bakımından tipikliğin negatif unsurları haline getireceği yönünde bkz. Engisch, **Untersuchungen**, s. 11; Lang-Hinrichsen, **JR 5/1952**, s. 185.

⁶⁵ Heinrich, **AT**⁵, § 13, kn. 321; Göktürk, **İÜHFD 1/2016**, s. 427-428; Zafer, **Genel**⁷, s. 364-365; Koca/Üzülmez, **Genel**¹², s. 266.

aykırı yollarla elde edilmiş” olma suçun konusunun bir niteliğidir⁶⁶ ve suçun konusu bağlamında tipikliğin normatif unsurunu oluşturur. Bir başka anlatımla, organ veya doku ticareti suçunda organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olması ile söz gelimi hırsızlık suçunda taşınır malın başkasına ait olması arasında suçun yapısındaki işlevi bakımından bir farklılık yoktur. Organ veya dokunun, kim tarafından olursa olsun, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olması, failin fiilinin hukuka aykırılığı bakımından kurucu niteliktedir. Ancak organ veya doku hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olsa dahi, olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması ve failin fiilinin hukuka uygun olarak ortaya çıkması mümkündür.

Şu halde, “hukuka aykırılık”ın bu şekilde tipikliğin normatif unsuru olması halinde, bunun failin fiili bakımından değerlendirilecek hukuka uygunluk sebepleriyle bir ilişkisi bulunmadığından, bu suçlar bakımından hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının tipikliğin negatif unsuru olduğu söylenemez.

Öğretide gittikçe daha fazla taraftar bulan azınlıktaki bir görüşe göre (tekçi görüş), ilgilinin rızası, sadece bir hukuka uygunluk sebebi olmayıp, rızanın yokluğundan suçun kanuni tanımında söz edilip edilmediği önemli olmaksızın, tipikliği de kaldıran bir sebeptir (*Einwilligung als Tatbestandsausschließungsgrund*)⁶⁷. Tipikliği de kaldıran bir sebep olarak görülmesi halinde ilgilinin rızasının objektif unsurları tipikliğin negatif unsurları olarak değerlendirilmiş olur. Gerçekte var olmayan bir rızanın objektif unsurlarının somut olayda var olduğu inancıyla hareket edilmesi halinde hata, kastı kaldıran tipiklik hatasıdır. Bu hata halinde kasıtlı suçun hareket değersizliği

⁶⁶ Göktürk, **İÜHFD 1/2016**, s. 427.

⁶⁷ Schmidhäuser, **AT²**, Kap. 8, kn. 123 vd.; Maurach/Zipf, **AT/I⁸**, § 17, kn. 30 vd.; Roxin, **AT/I⁴**, § 13, kn. 12 vd.; Kindhäuser, **AT⁸**, § 12, kn. 2 vd. Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Ekici-Şahin, **Rıza**, s. 78 vd.; Göktürk, **İÜHFD 1/2016**, s. 436 vd. Dogmatik açıdan isabetli bulmakla birlikte, ilgilinin rızasının düzenlendiği TCK’nın 26. maddesinin 2. fıkrası, hükmün kanunda “Ceza sorumluluğunu kaldırır veya azaltan sebepler” içerisinde düzenlenmiş olması ve 30. maddenin 3. fıkrası göz önünde bulundurulduğunda, bu görüşün TCK’nın hükümleri karşısında kabul edilmesinin izahında bir kısım güçlükleri barındırdığını ifade etmek gerekir. 25. maddenin gerekçesinde ise sadece “ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni”nden söz edilmiştir.

kalkar. Ancak taksirli suçtan dolayı sorumluluk koşullarının varlığı halinde devam eder (TCK m. 30/1). Somut olayda rızanın objektif unsurları gerçekleşmiş olduğu halde, gerçekleşmediği inancıyla hareket edilmesi halinde ise tersine tipiklik hatası söz konusudur. Bu ikinci ihtimalde, kast değersizliği varlığını devam ettirir. Failin davranışı elverişsiz teşebbüse vücut verir⁶⁸. Zira rızanın objektif unsurlarının varlığı tipikliğin tamamlanmasına engel olmaktadır.

Hakim öğretiyeye göre ise (düalist görüş), rıza esas itibarıyla sadece bir hukuka uygunluk sebebidir. Buna karşılık, suçun kanuni tanımında açıkça (TCK m. 116, 141) veya zımnen (TCK m. 102) rızanın yokluğundan söz edildiği hallerde ilgilinin rızası tipikliği de kaldıran bir sebeptir (*das tatbestandsausschließende Einverständnis*)⁶⁹. Bu hallerde ilgilinin rızasının objektif unsurları tipikliğin negatif unsurlarını oluşturur⁷⁰. İlgilinin rızasının tipikliğe dahil olduğu bu belirli suç tipleri bakımından rızanın objektif unsurları üzerindeki hata, tekçi görüşle aynı şekilde değerlendirilir. Rızanın objektif unsurlarının gerçekleştiği hususundaki hata kastı kaldıracaktır. Taksirli suçtan sorumluluk saklıdır (TCK m. 30/1). Rızanın objektif unsurlarının gerçekleşmiş olmasına karşın failin bunu bilmemesi durumunda ise tersine tipiklik hatası ve elverişsiz teşebbüs söz konusudur⁷¹. İlgilinin rızasının sadece hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği hallerde ise rızanın objektif unsurları üzerinde hata genel kurala göre çözümlenecektir (TCK m. 30/3)⁷².

⁶⁸ Maurach/Zipf, **AT/I**⁸, § 17, kn. 61 vd.; Roxin, **AT/I**⁴, § 13, kn. 118; Schmidhäuser, **AT**², Kap. 8, kn. 144; Kindhäuser, **AT**⁸, § 12, kn. 6.

⁶⁹ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 95; Paul Bockelmann/Klaus Volk, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Aufl., C.H. Beck, München, 1987, s. 102; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**⁴⁶, § 11, kn. 538 vd.; Rengier, **AT**⁹, § 23, kn. 7 vd., 40 vd.; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 372 vd.; Önder, **Genel/II-III**, s. 210; Ekici-Şahin, **Rıza**, s. 70 vd.; Göktürk, **İÜHFD 1/2016**, s. 438 vd., 443-444.

⁷⁰ Triffterer, **FS-Oehler**, s. 219 vd.; Ansgar Ohly, “**volenti non fit iniuria**” **Die Einwilligung im Privatrecht**, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, s. 124; Horst Schlehofer, “vor § 32”, **MüKo**, Band 1, 3. Aufl., C.H. Beck, München, 2017, kn. 47; Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 374; Göktürk, **İÜHFD 1/2016**, s. 440.

⁷¹ Wessels/Beulke/Satzger, **AT**⁴⁶, § 11, kn. 549; Triffterer, **FS-Oehler**, s. 221, 224; Ekici-Şahin, **Rıza**, s. 176-177.

⁷² İlgilinin rızasının sadece hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği suçlarda subjektif unsurların gerekliliği sorunu bakımından çalışmamızın genelindeki görüşler geçerlidir.

İlgilinin rızasının tipikliği kaldıran bir sebep olarak kabul edildiği her iki görüş⁷³ bakımından da subjektif unsurların gerekli olup olmadığı problemi, yukarıda tipikliğin negatif unsurları öğretisi bakımından yapmış olduğumuz açıklamalarla aynı şekilde cevaplanacaktır. Subjektif teşebbüs anlayışının benimsenmediği ve elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmadığı TCK bakımından, ilgilinin rızasının objektif unsurlarının tipikliğe dahil olmasından hareketle, subjektif unsurların gerekliliği temellendirilemez⁷⁴.

D. Hata Hükümlerinin Mefhumu Muhalifinden Hareketle Temellendirmenin Eleştirisi

1. Temellendirmenin Eleştirisi

Mefhumu muhalifinden çıkarım yöntemi (*Umkehrschluss; argumentum e contrario*)⁷⁵, hata öğretisi bakımından ilk defa Alman İmparatorluk Mahkemesinin 1908 tarihli kararında⁷⁶ kullanılmıştır⁷⁷. Mahkemeye göre, tipikliğin objektif unsurlarında hata (fiili hata) e.Al.CK § 59’a göre (şimdiki § 16/I) kastı (kusuru) kaldırıyorsa, bu hatanın tersi hata da, yani tipikliğin objektif unsurlarının gerçekte var olmamasına karşın var kabul

⁷³ Her iki görüş bakımından da ilgilinin rızası, suçun kanuni tanımındaki yasağın genel bir sınırlamasını oluşturmaktadır (Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 250).

⁷⁴ Krş. Ekici-Şahin, **Rıza**, s. 89 vd., 175-176. Yargıtay 13. Ceza Dairesi bir kararında ilgilinin rızasının objektif olarak varlığını hukuka uygunluk için yeterli görmüştür: “5237 sayılı TCK.’nın 26/2. maddesi uyarınca ‘ilgilinin rızası’ hukuka uygunluk nedenleri arasında sayılmış olup, şikayetçinin 11.10.2012 tarihli duruşmada ‘ben zarar verilmeden önce evimin yanındaki bahçede bulunan ağaçlarımdaki meyvelerden komşularımın faydalanmalarına müsaade etmiştim’ diye belirtmiş olması, suça sürüklenen çocuğun şikayetçinin konutunun eklentisi olan bahçesine kiraz yemek amacıyla gündüz saatlerinde girmesi fiilinde ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin somut olayda mevcut olması sebebiyle suça sürüklenen çocuğun 5271 sayılı CMK.’nın 223/2-d bendi gereğince atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,” (Yarg. 13. CD., 05.03.2015, 2014/16390 2015/3661). Konut dokunulmazlığının ihlali suçu bir kimsenin konutuna veya konutunun eklentilerine “rızasına aykırı olarak” girmekle veya “rıza ile girdikten sonra” buradan çıkmamakla işlendiğinden (TCK m. 116), düalist görüşe göre de ilgilinin rızasının bu suçta tipikliğin negatif unsurunu oluşturduğu tekrarlanmalıdır.

⁷⁵ Yöntem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yasemin Işıktaç/Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, 2. Baskı, Filiz, İstanbul, 2010, s. 245 vd.

⁷⁶ **RGSt**, 42, 92 vd. Karar için ayrıca bkz. Thomas Heidingsfelder, **Der umgekehrte Subsumtionsirrtum**, 1. Aufl., Duncker & Humblot, 1991, s. 48 vd.

⁷⁷ Ingeborg Puppe, “Der Umkehrschluss”, **ZStW**, 128 (2016), s. 301.

edilmesi de, failin aleyhine değerlendirilir. Yine ceza kanunun varlığında veya kapsamında hata (hukuki hata) kastı kaldırmıyorsa, bunun tersi hata da, yani gerçekte fiiline uygun bir ceza hükmünün bulunmamasına karşın failin böyle bir hükmün varlığına inanması da kastı temellendiremez. Mahkeme birinci durumun elverişsiz teşebbüse, ikinci durumun ise mefruz suça vücut vereceğini ifade etmiştir⁷⁸.

Hata gerçeklik ve tasavvur arasındaki farklılığı, yani uyumsuzluğu ifade etmektedir. Hata iki şekilde ortaya çıkabilir. Bunlar yanlış bilme veya bilmemedir. Yanlış bilmede hatanın konusu hakkında yanlış bir pozitif tasavvur söz konusudur. Bilmemede ise hatanın konusu hakkında sadece doğru bir tasavvurun bulunmaması söz konusudur (*ignorantia facti*). Hatanın bu iki görünüm biçimi, aynı zamanda tersine hata halleri bakımından da önemlidir. Eğer bir hata türünde doğru tasavvurun bulunmaması, yani bilmeme yeterli ise, bu hata türünün tersine hatasından söz edebilmek için yanlış bir pozitif tasavvurun varlığı gereklidir. Eğer bir hata türünde doğru tasavvurun bulunmaması yeterli değilse ve hatadan söz edebilmek için yanlış bir tasavvurun varlığı gerekli ise, bu durumda bu hatanın tersine hatasından söz edebilmek için hatanın konusu hakkında doğru tasavvurun bulunmaması yeterlidir. Söz gelimi tipiklik hatasında hatanın konusu üzerinde doğru bir tasavvurun yokluğu yeterlidir. Tipiklik hatasında failin tipikliğin objektif unsurlarını bilmemesi yeterli görülür. Failin bundan başka neyi tasavvur ettiğinin önemi yoktur. Mesela, kasten öldürme suçunun tipikliğinde hata halinde failin söz gelimi ateş ettiği şeyin bir insan olduğunu bilmemesi yeterlidir. Ateş ettiği şeyin bir ağaç, duvar ya da hayvan olduğunu bilmesi gerekmez. Buna karşılık, tersine tipiklik hatasında failin ateş ettiği şeyin insan olduğu düşüncesiyle hareket etmesi gerekir. Aynı şekilde hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatada failin hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları gerçekleşmemiş olmasına karşın bunun gerçekleştiği hususunda yanlış bir pozitif tasavvur gereklidir. Dolayısıyla hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında tersine hatadan söz

⁷⁸ RGSt, 42, (92 vd.), 94.

edebilmek için failin hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurları somut olayda gerçekleşmiş olmasına karşın, bunu bilmemesi, yani doğru tasavvurun yokluğu yeterlidir⁷⁹.

Hata öğretisi bağlamında mefhumu muhalifinden çıkarım şu dört temel önermeyle uygulanmaktadır⁸⁰:

1. Eğer bir hata failin ceza sorumluluğunu kaldırıyorsa, tersine hata cezalandırılabilirliği temellendirir.
2. Eğer bir hata failin ceza sorumluluğunu temellendiriyorsa, tersine hata ceza sorumluluğunu kaldırır.
3. Eğer bir hata failin ceza sorumluluğunu kaldırmıyorsa, tersine hata ceza sorumluluğunu temellendirmez.
4. Eğer bir hata failin ceza sorumluluğunu temellendirmiyorsa, tersine hata ceza sorumluluğunu kaldırmaz.

Bu dört önermeden ise hata türleri bakımından kasıtlı suçların haksızlığıyla ilişkili olarak şu beş önerme⁸¹ çıkarılmıştır:

1. Tipikliğin objektif unsurlarının tasavvur edilmemesi cezalandırılabilirliği ortadan kaldırıyorsa, bu unsurların tasavvur edilmesi cezalandırılabilirliğin zorunlu koşuludur. Eğer tipikliğin objektif unsurlarının tasavvur edilmesi cezalandırılabilirliğin zorunlu koşulu ise, bu tasavvurun yokluğu cezalandırılabilirliği ortadan kaldırır.
2. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının tasavvur edilmesi cezalandırılabilirliği ortadan kaldırıyorsa, bu unsurların tasavvur

⁷⁹ Ingeborg Puppe, “Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses”, **Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag**, Ed.: Wilfried Küper, Walter de Gruyter, Berlin New York, 1987, s. 203-204.

⁸⁰ Puppe, **FS-Lackner**, s. 202; Scheffler, **Jura 1993**, s. 622; Hans-Ulrich Paeffgen/Benno Zabel, “vor §§ 32”, **NK**, Band 1, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2017, kn. 110.

⁸¹ Puppe, **FS-Lackner**, s. 214-215. Diğer hata halleri için bkz. Aynı yer.

edilmemesi cezalandırılabilirliğin zorunlu koşuludur. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının tasavvur edilmemesi cezalandırılabilirliğin zorunlu koşulu ise, bunların tasavvur edilmesi cezalandırılabilirliği ortadan kaldırır.

3. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının tasavvur edilmesi cezalandırılabilirliği ortadan kaldırmıyorsa, bu unsurların tasavvur edilmemesi cezalandırılabilirliğin zorunlu bir koşulu değildir. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının tasavvur edilmemesi cezalandırılabilirliğin zorunlu koşulu değil ise, bunların tasavvur edilmesi cezalandırılabilirliği ortadan kaldırmaz.

4. Haksızlık bilincinin yokluğu cezalandırılabilirliği ortadan kaldırıyorsa, haksızlık bilinci cezalandırılabilirliğin zorunlu koşuludur. Haksızlık bilinci cezalandırılabilirliğin zorunlu koşulu ise, haksızlık bilincinin yokluğu cezalandırılabilirliği ortadan kaldırır.

5. Haksızlık bilincinin yokluğu cezalandırılabilirliği ortadan kaldırmıyorsa, haksızlık bilinci cezalandırılabilirliğin zorunlu bir koşulu değildir. Haksızlık bilinci cezalandırılabilirliğin zorunlu koşulu değilse, haksızlık bilincinin yokluğu cezalandırılabilirliği ortadan kaldırmaz.

Mefhumu muhalifinden çıkarım yönteminde hata öğretisi teşebbüs öğretisinin tersi bir durum olarak nitelendirilmektedir. Hatanın kast üzerinde mi kusur üzerinde mi etkili olduğu, tersine hatanın elverişsiz teşebbüse mi yoksa mefruz suça mı vücut vereceğini belirler. Kastı kaldıran tipiklik hatası ile elverişsiz teşebbüs arasında ve kusuru kaldıran haksızlık hatası ile mefruz suç arasında karşılıklı bir ilişki vardır. Tersine tipiklik hatası elverişsiz teşebbüse vücut verirken, tersine haksızlık hatası mefruz suç olarak nitelendirilir. Bu sebeple, mefhumu muhalifinden çıkarım yöntemi, literatürde ve uygulamada sıkça eleştirilmekle birlikte, elverişsiz teşebbüs ile mefruz suçun birbirinden

ayrımında bir kriter olarak uygulanmaktadır⁸².

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının temellendirilmesinde mefhumu muhalifinden çıkarım yönteminin uygulanması öncelikle ayırım tezinin kabulünü gerektirmektedir⁸³. Buna göre, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları subjektif unsurlarından bağımsız olarak hukuka uygunluk etkisinde bulunabilmeli ve subjektif unsurlar gerçekleşmeksizin olgu değersizliğini telafi edebilmelidir. Nitekim şahsi haksızlık öğretisinde subjektif unsurların temellendirilmesinde başvuru telafi modeli, telafisi hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurunu gerektiren kast değersizliğinin temellendirilmesinde kastı kaldıran hatanın mefhumu muhalifinden çıkarıma dayanmaktadır. Uyum tezinin kabulü halinde bu yöntem uygulama imkanı bulmaz.

Mefhumu muhalifinden çıkarım yöntemi, şekli mantığa dayılı bir akıl yürütmedir⁸⁴. Yöntemin mantıki-mekanik bir niteliği vardır⁸⁵. Bu sebeple, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin hata hükümlerinin mefhumu muhalifinden hareketle temellendirilmesi, şekli mantık açısından eleştirilmektedir. Buna göre, A unsur grubunda yer alan unsurların bilinmemesinin failin ceza sorumluluğunu kaldırması, B unsur grubunda yer alan unsurların bilinmesinin kişinin ceza sorumluluğunun ortadan kaldırılması için gerekli olduğu sonucuna götürmez⁸⁶. Haksızlık alanında haksızlığı temellendiren objektif unsurlar bakımından kastın gerekliliği, haksızlığın ortadan kaldırılması alanında hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları bakımından kastın veya bu unsurların sadece bilinmesinin gerekliliği sonucunu doğurmaz. Haksızlığın subjektif unsurları ile hukuka uygunluk sebeplerinin

⁸² Claus Roxin, “Die Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt”, **JZ**, 1996, s. 984 vd.; Scheffler, **Jura 1993**, s. 622-623. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kazaker, **Teşebbüs**, 65 vd.; Gözde Kazaker, “Elverişsiz Teşebbüs ve Mefruz Suç Ayrımı”, **SSRJ**, 1/2020, s. 129 vd.

⁸³ Bkz. Puppe, **FS-Lackner**, s. 201-202, 205; Scheffler, **Jura 1993**, s. 623; Paefgen/Zabel, **NK**⁵, vor §§ 32, kn. 110.

⁸⁴ Puppe, **FS-Lackner**, s. 243, 201 vd.

⁸⁵ Scheffler, **Jura 1993**, s. 623.

⁸⁶ Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 84.

subjektif unsurları arasında doğrudan bir bağlantı olmadığı gibi, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın kastı kaldırması ve tersine hatanın kastı temellendirmesi ile hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği arasında da doğrudan ve zorunlu bir bağlantı yoktur. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın kast üzerinde etkili olması halinde dahi, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif nitelikte olduğu ve subjektif unsurların gerekli olmadığı sonucuna varılabilir⁸⁷.

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin hata hükümlerinin mefhumu muhalifinden çıkarılması, mutlaka maddi ve normatif gerekçelere ve bu gerekçelendirmenin temelini oluşturacak başkaca öncüllere bağlıdır. Bu öncüllerin yokluğunda hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmesi tipik fiilin hukuka uygun olarak ortaya çıkması için yeterlidir⁸⁸.

Gerekli olan öncüllerden ilki, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın kastı kaldırmasıdır. Bu yukarıdaki beşli önerme grubunda yer alan iki ve üçüncü önermelerle ilgilidir. Buna göre, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleştiği hususundaki hatalı tasavvur kastı kaldırıyorsa, bu unsurların gerçekleşmediğinin bilinmesi kastın bir unsuru olur. Eğer hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmediğinin bilinmesi kastın kapsamına dahil değilse hata kastı kaldırmaz. Hata kastı kaldırmıyorsa, tersine hata kastı temellendirmez⁸⁹.

Kanunda hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın kastı kaldıracağına ilişkin bir hükmün varlığı düşünüldüğünde, bu, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmediği bir olayda failin bu gerçekleşmeyen unsurlarla subjektif bağlantısına kanun koyucu tarafından önem verildiğini gösterir, ki bu hata halinde subjektif bağlantı var olan yegane

⁸⁷ Aynı yönde bkz. Karaaslan, **LHD** 2017, s. 1709.

⁸⁸ Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 84.

⁸⁹ Puppe, **FS-Lackner**, s. 235-236.

hususur. Ancak böyle bir düzenleme dahi, bunun tersi durumda, yani objektif unsurların gerçekte var olması halinde de, bu gerçekleşen unsurlarla subjektif bir bağlantının önemli olduğu anlamına gelmez. Nitekim böyle bir durumda hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları gerçekleşmiştir ve sadece bu gerçekleşmenin fiili hukuka uygun hale getireceği ve subjektif unsurların gerekli olmadığı söylenebilir⁹⁰.

Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın kastı kaldırması tek başına subjektif unsurların gerekliliği sonucuna götürmez. Zira tersine hata kastı temellendirse dahi, kast tek başına haksızlığı temellendiremez. Kast değersizliğinin haksızlığı temellendirmesi, ikinci bir öncül olarak, hukuk düzeninin herhangi bir şekilde kast değersizliğini cezalandırılabilirlik bakımından yeterli kabul etmesi, yani hukuk düzeninde tehlikesiz elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması halinde mümkündür. Eğer cezalandırılabilirlik bakımından kast değersizliğinin yanında olgu değersizliğinin de gerçekleşmesi gerekiyorsa, kast değersizliği haksızlığı temellendiremez ve temellendirilemeyen haksızlığın telafi edilmesi için hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinden söz edilemez. Diğer yandan kast değersizliğinin tek başına cezalandırılabilir haksızlığı temellendirmesi ise bu değersizlikten elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliği sonucunun çıkarılabilmesine, yani hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında tersine hatanın elverişsiz teşebbüsün tipikliğine uygun olmasına bağlıdır⁹¹.

Böyle bir çıkarımın, elverişsiz teşebbüsün cezalandırıldığı bir hukuk düzeninde tipikliğin negatif unsurları öğretisinin kabulüyle mümkün olduğu hususunda tereddüt yoktur. Zira, bu öğretilde hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmesiyle tipiklik tamamlanmamış olur. Hata

⁹⁰ Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 28-29; Puppe, **FS-Lackner**, s. 209.

⁹¹ Bkz. Puppe, **FS-Lackner**, s. 205, 212-213, 236. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 4. Elverişsiz Teşebbüsten Cezalandırma Görüşünün Eleştirisi ve 6. Kast Değersizliğinin Haksızlığı Temellendirebilirliği Bakımından Değerlendirme başlıkları altında yapılan açıklamalar.

hükümlerinin mefhumu muhalifinden çıkarım tipikliğinin negatif unsurları öğretisiyle uyumludur⁹².

Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmadığı bir hukuk düzeninde ise, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu sebebiyle varlığı devam eden kast değersizliği cezalandırılabilir bir haksızlık teşkil etmediği gibi genel olarak haksızlık da teşkil etmez. Bu halde, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmesi hukuka uygunluk için yeterli olacaktır⁹³. TCK'da ise elverişsiz teşebbüs cezalandırılmamaktadır.

Subjektif unsurların gerekliliğinin temellendirilmesinde mefhumu muhalifinden çıkarım yönteminin Türk ceza hukuku bakımından uygun olmayışını göstermek bakımından tipiklik hatası ve tersine tipiklik hatasının cezalandırılabilirliği önem arz etmektedir. Nitekim, tipiklik hatası kastı kaldırdığı gibi (TCK m. 30/1), tersine tipiklik hatasının elverişsiz teşebbüs oluşturduğu hususunda da bir tereddüt yoktur. Ancak elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmıyor olması sebebiyle, tersine tipiklik hatasında fiil hukuk düzeniyle çelişki halinde olmayacaktır. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın kastı kaldırdığı kabul edilse dahi, tersine hatanın haksızlığı ve dolayısıyla subjektif unsurların gerekliliğini temellendirmesi mümkün değildir⁹⁴.

Sonuç olarak, hata hükümlerinin mefhumu muhalifinden çıkarım yöntemi, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin temellendirmesinde tek başına yeterli bir argüman değildir. Daha ziyade birçok öncülün varlığı sonucunda ortaya çıkabilecek subjektif unsurların gerekliliğinde, gerekçelendirilmiş ve sistematize edilmiş sonuçların, elverişsiz teşebbüs-mefruz

⁹² Reip, *Täterhandeln*, s. 91, 94; Scheffler, *Jura* 1993, s. 623.

⁹³ Puppe, *FS-Lackner*, s. 212-213, 236.

⁹⁴ Türk ceza hukuku literatüründe hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini kabul eden yazarlarca dahi tersine tipiklik hatası bağlamında salt kast değersizliğinin, fail icra ettiği davranışla ahlaki redet içinde olsa da, haksızlık teşkil etmediği kabul edilmektedir (Özgenç, *Genel*¹⁵, s. 476; Koca/Üzülmez, *Genel*¹², s. 258; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel*¹⁴, s. 642; Akbulut, *Genel*⁶, s. 423).

suç ayırımında olduğu gibi, kısa ve öz bir formülasyonda (*der kurze und triviale Schluss*) ifade edilebilme işlevi görecektir⁹⁵.

2. Suçun Üç Basamaklı Yapısında Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hata ve Hata Teorileri Bağlamında Subjektif Unsurların Gerekliliğinin Temellendirilmesinin Eleştirisi

Tipikliğin negatif unsurları öğretisinde hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları tipikliğin unsuru olduğundan, bu unsurlar üzerindeki hata tipiklik hatasıdır ve tipiklik hatasına ilişkin kurallara göre çözümlenir. Suçun tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur olmak üzere üç bağımsız unsurdan müteşekkil olduğu suçun üç basamaklı yapısında ise hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları tipikliğin bir unsuru değildir. Tipiklik, çerçevesi ilk defa *Beling*⁹⁶ tarafından çizilen tasviri tipiklik (Leitbildtatbestand) ve sadece garanti tipi olarak anlaşılır. Tipikliğin objektif unsurlarına sadece haksızlığı temellendiren objektif unsurlar dahildir⁹⁷.

Tasviri tipiklik anlayışına göre, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata tipiklik hatası değildir. Buna karşılık, söz konusu hatanın tipiklik hatasına ilişkin kurallara göre mi bir sonuca bağlanacağı, yoksa sadece haksızlık hatası olarak mı değerlendirileceği, bu bağlamda hatanın kast üzerinde mi yoksa kusur üzerinde mi etkili olduğu tartışmalıdır⁹⁸.

Belirtmek gerekir ki, haksızlık alanında ortaya çıkan bütün hata halleri nihayetinde haksızlık hatasıdır. Bu anlamda, tipikliğin objektif unsurlarının somut olayda gerçekleşmediği hususunda hata da özünde haksızlık hatasıdır. Söz

⁹⁵ Krş. Puppe, **FS-Lackner**, s. 201.

⁹⁶ Beling, **Verbrechen**, s. 20 vd.; ayrıca bkz. Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 52 vd.; Roxin, **AT/I**⁴, § 10, kn. 1 vd.

⁹⁷ Lang-Hinrichsen, **JR 9/1952**, s. 356; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 170; Schmid, **Verhältnis**, s. 16.

⁹⁸ Erman, **Yanılma**, s. 299.

gelimi, ateş ettiği şeyin insan değil de bir sincap olduğu inancıyla hareket eden fail de fiilin haksızlık teşkil etmediğini düşünmektedir. Buna karşılık, kusur haksızlığa bağlı olduğundan ve haksızlık olmaksızın kusurdan söz edilemeyeceğinden, hatanın kast üzerinde etkili olması ve kasıtlı suçun hareket haksızlığını ortadan kaldırması durumunda, kusur üzerinde etkili olan haksızlık hatasından söz edilemez. Bu sebeple, kusur teorisinde kastı kaldıran hata halleri bağımsız ve haksızlık hatasından önde konumlandırılır. Kastı kaldıran hata söz konusu ise haksızlık hatasına gidilmez. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın kast üzerinde etkili olmadığı tespit edilirse, artık bu hatanın haksızlık hatası olduğu kabul edilir⁹⁹.

Suçun üç basamaklı yapısında hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın kast üzerinde etkili olduğu ve kastı kaldıracağı iki şekilde kabul edilmektedir. İlk olarak, kast teorisi benimsenmekte ve hukuka aykırılık bilinci kastın bir unsuru olarak görülmektedir. İkinci olarak ise, sınırlı kusur teorisi benimsenmekte, hukuka uygunluk sebepleri üzerinde fiili ve hukuki hata ayrımı yapılarak, fiili hata halinde kastı kaldıran tipiklik hatasına ilişkin kuralların kıyasen uygulanması yoluna gidilmektedir¹⁰⁰.

Katı kusur ve hukuki sonuçlarıyla sınırlı kusur teorilerine göre ise, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata haksızlık hatası olarak görülmekte ve kusur üzerinde etkili olmaktadır. Ancak bu iki teorinin kaçınılmaz hata halinde verdiği sonuçlar farklıdır¹⁰¹.

Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya ilişkin olarak şüphesiz zikretmiş olduğumuz bu teorilerden başka teoriler¹⁰² de vardır. Ancak

⁹⁹ Schaffstein, **MDR 1951**, s. 198.

¹⁰⁰ Schmid, **Verhältnis**, s. 16.

¹⁰¹ Erman, **Yanılma**, s. 299.

¹⁰² Bu teoriler için bkz. Schmid, **Verhältnis**, s. 25 vd.; Heuchemer, **Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 187 vd.; Scheffler, **Jura 1993**, s. 619; Erman, **Yanılma**, s. 361 vd.; Tunç, **Hata**, s. 256 vd.

aşağıda öğretide çok sayıda taraftar bulmuş ve uygulamada da kabul görmüş temel önemi haiz bu dört teori üzerinde durulacaktır.

a. Kast Teorisi

Kast ve taksirin kusurun unsurları olduğu klasik ve neoklasik suç öğretilerinde savunulan kast teorisine göre, kast suçun kanuni tanımındaki objektif unsurların bilgisi yanında hukuka aykırılık bilincini de kapsamaktadır. Bu açıdan, kast tipiklik kastı ve hukuka aykırılık kastından müteşekkil kümülatif bir kavramdır (*dolus malus*)¹⁰³.

Teoriye göre, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata tipiklik kastı üzerinde etkili değildir. Ancak kastın diğer bir bileşeni olan hukuka aykırılık bilincini ortadan kaldırır. Bu da kastı kaldırır¹⁰⁴. Burada hatanın kaçınılabilir veya kaçınılamaz olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak özensizliği sebebiyle fiilinin hukuka aykırı olduğu hususunda kaçınılabilir hataya düşmüş olması halinde, koşulları varsa, failin taksirli suçtan dolayı sorumluluğu devam eder¹⁰⁵.

Nitekim *Belting*'e göre, hukuka aykırılık bilinci kastın bir unsurudur. Buna göre, fail davranışının herhangi bir normu ihlal ettiğini, yani davranışına hukuken izin verilmediğini bilmelidir¹⁰⁶. Mesela, mala zarar verme suçunu

¹⁰³ Mezger, *Lehrbuch*³, s. 330 vd.; von Hippel, *Strafrecht/II*, s. 342-343, 337 vd.; Schmidhäuser, *AT*², Kap. 10, kn. 57, 59; Spendel, *LK*¹¹, § 32, kn. 342; Yüce, *Dersleri*, s. 329; Ayrıca bkz. Art. Kaufmann, *JZ* 1954, s. 653; Früh, *Rechtfertigungsgrundes*, s. 31; Schmid, *Verhältnis*, s. 17; Rinck, *Deliktsaufbau*, s. 145-146. Kast teorisini benimseyen yazarlar arasında hukuka aykırılık bilincinin içeriği hususu ihtilaflıdır. Katı kast teorisine (*strenge Vorsatztheorie*) göre, hukuka aykırılık bilinci aktüel hukuka aykırılık bilincidir. Sınırlı kast teorisine (*gemäßigte Vorsatztheorie*) göre ise, kast için aranan hukuka aykırılık bilinci, potansiyel hukuka aykırılık bilincidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Früh, *Rechtfertigungsgrundes*, s. 31 vd., 41 vd.; Schmidhäuser, *AT*², Kap. 10, kn. 59; Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht*, 7. Aufl., Walter de Gruyter, 2004, § 15, kn. 12 vd.; Sözüer, *YD* 4/1995, s. 476; Erman, *Yanılma*, s. 323 vd.

¹⁰⁴ Mezger, *Lehrbuch*³, s. 319 vd., 238; von Hippel, *Strafrecht/II*, s. 339 vd.; Schmid, *Verhältnis*, s. 17; Schaffstein, *MDR* 1951, s. 196.

¹⁰⁵ Spendel, *LK*¹¹, § 32, kn. 342-343; Schaffstein, *MDR* 1951, s. 196; Lang-Hinrichsen, *JZ* 1953, s. 362; Müller, *Tatumstände*, s. 5; Erman, *Yanılma*, s. 323.

¹⁰⁶ Beling, *Verbrechen*, s. 182 vd.; Beling, *Grundzüge*¹¹, s. 43 vd.

işleyen bir kişi ancak hukuka aykırılık bilinciyle hareket ettiği zaman kasten mala zarar verme suçundan sorumlu olur¹⁰⁷. Kusur ve bu arada kast, sadece fail ile tipik fiil arasındaki psişik bağdan ibaret değildir. Aksine tipik ve hukuka aykırı fiil ile fail arasındaki psişik bağdır¹⁰⁸. Kast iki kısımdan oluşur. Birincisi, failin tipiklik unsurları ile psişik ilişkisi, ikincisi ise failin hukuka aykırılıkla psişik ilişkisidir. Bunların ikisi bir arada kastı oluşturdıklarından birinin yokluğu halinde kasttan söz edilemez. Ancak taksirli sorumluluk devam edebilir¹⁰⁹. Kanun koyucunun hukuka aykırılığa tipiklik içerisinde yer vermiş olduğu hallerde, hukuka aykırılık da tipikliğin unsurlarından biri haline geleceğinden, kural olarak kastın ikinci kısmına dahil olan haksızlık bilinci, bu suçlarda kastın birinci kısmında, yani tipiklik ile fail arasındaki psişik ilişkide yer alır¹¹⁰. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarının gerçekleştiği hususunda hataya düşen ve davranışının hukuka uygun olduğu düşüncesiyle hareket eden fail, hukuka aykırılığın suçun genel unsuru olması ihtimalinde, her ne kadar tipiklik bakımından kasten hareket etse de hukuka aykırılık bakımından kastı bulunmadığından, kasten hareket etmemiş olacaktır. Diğer ihtimalde ise, hukuka aykırılık tipikliğin bir unsuru olduğundan, fiilinin hukuka uygun olduğu zannıyla hareket eden fail, tipiklik bakımından kasten hareket etmediğinden yine kasten hareket etmemiş olacaktır¹¹¹.

¹⁰⁷ Beling, **Verbrechen**, s. 185.

¹⁰⁸ Beling, **Verbrechen**, s. 180, 185.

¹⁰⁹ Beling, **Verbrechen**, s. 195.

¹¹⁰ Beling, **Verbrechen**, s. 189, 185 vd.

¹¹¹ Beling, **Verbrechen**, s. 327-328; Kastı kaldıran hata halleri için ayrıca bkz. Beling, **Grundzüge**¹¹, s. 46. Klasik öğretinin kurucularından olan *von Liszt*'e göre ise, kusurun tespitinde hukuka aykırılık bilincinin aranmasına gerek yoktur. Hukuka aykırılık bilinci, ne bilimsel olarak ne de pozitif hukuk bakımından kastın bir unsurudur. Eğer fail suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştirdiğini biliyorsa, fiilinin ayrıca bir hukuk normunu da ihlal ettiğini bilip bilmemesi kastının varlığı (kusur) bakımından önemsizdir¹¹¹. Kusur, kural olarak, sadece fail ile tipe uygun fiil arasındaki psişik bağdan ibarettir. Bu sebeple, failin, fiilinin hukuka uygun olduğu düşüncesiyle hareket ettiği hallerde, diğer bir anlatımla, gerçekte hukuka aykırı olan fiilin fail tarafından hukuka aykırı olduğunun bilinmediği hallerde bu hata dikkate alınmaz ve kast üzerinde etkili değildir (von Liszt, **Lehrbuch**¹⁰, s. 154). Ancak kanun koyucu bazı suç tiplerinde açıkça hukuka aykırılığa da yer vermektedir. Tipiklikte özel olarak zikredildiği hallerde, hukuka aykırılık da tipikliğin bir unsuru haline gelir. Bu suçlar bakımından haksızlık bilinci istisnai olarak kasta dahildir ve kastın varlığı için fiilin hukuka aykırı olduğunun fail tarafından bilinmesi gerekir. Bu sebeple, söz konusu istisnai suç tiplerinde, failin hukuka uygunluk sebeplerinin

Hukuka aykırılık bilinci kastın bir unsuru olduğundan, kast teorisinde tipiklik hatası ile haksızlık hatası sadece teorik olarak birbirinden ayrılır. Ancak sonuçları bakımından bir farklılık söz konusu değildir. Tipiklik hatası, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında, varlığında veya hukuki sınırlarında hata arasında bir ayrım gözetilmez. Bütün bu hallerde kast ortadan kalkar¹¹².

Kendi içinde ve bağlı olduğu suç öğretileri bakımından oldukça tutarlı olan¹¹³ kast teorisi, kastın haksızlık alanına tahsisi ve haksızlık bilincinin kasttan ayrılarak kusurun bir unsuru olarak kabul edilmesiyle dogmatik olarak terk edilirken, haksızlık hatasına tipiklik hatasının yanında ve ondan ayrı olarak ceza kanunlarında yer verilmesiyle birlikte, normatif olarak da terk edilmiştir¹¹⁴.

maddi şartlarının gerçekleştiği hususundaki hatası kastı kaldırır (von Liszt, **Lehrbuch**¹⁰, s. 120, 159). Bu görüş hakkında bilgi için ayrıca bkz. Schmid, **Verhältnis**, s. 28-29, 31. *Welzel*'e göre, (suçun kanuni tanımında özel olarak hukuka aykırılıktan söz edilmediği hallerde dahi olsa) hukuka aykırılık bilincinin önemsiz addedilmesi kusur ilkesiyle bağdaşmamaktadır (Welzel, **SJZ 1948**, s. 372). Hukukumuzda ağırlıklı olarak 765 sayılı TCK döneminde klasik suç öğretisini benimseyen yazarlarca savunulan bir görüşe göre ise, haksızlık bilinci, kural olarak, kastın bir unsuru değildir. Failin kasten hareket ettiğinden söz edebilmek için tipikliğin objektif unsurlarını bilmesi ve istemesi yeterlidir. Ancak suçun kanuni tanımında hukuka aykırılıktan özel olarak söz edilmiş olduğu hallerde failin davranışının hukuka aykırı olduğunu bilmesi de gerekir. Özel hukuka aykırılık olarak isimlendirilen bu hallerde haksızlık bilinci kasta dahil olmaktadır. Özel hukuka aykırılığın söz konusu olduğu suç tiplerinde haksızlık bilinci kastın bir unsuru olduğundan, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata kastı kaldırır. Genel hukuka aykırılık durumunda ise hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata kast üzerinde etkili değildir. Ancak bu, hatanın bir etkisinin olmadığı anlamına gelmez. Fiili hata niteliğindeki bu hatanın esaslı olması halinde, fiil her ne kadar objektif olarak hukuka aykırı ise de subjektif olarak değildir. Bu durumda, hukuka uygunluk sebebi varmış gibi hareket edilir ve fiilin hukuka uygun olduğu sonucuna varılır (Dönmezer/Erman, **Genel/II**¹¹, kn. 694, 699; İçel/Sokullu-Akinci/Özgenç/Sözür/Mahmutoğlu/Ünver, **Suç**³, s. 110-114; Soyaslan, **Genel**⁸, s. 405-406, 440-441; Alacakaptan, **Suçun**, s. 99-100). Genel hukuka aykırılık durumunda hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığını subjektif *ex ante* değerlendiren bu görüşü isabetli bulmadığımızı ifade etmek gerekir.

¹¹² von Weber, **FS-Mezger**, s. 190; Schaffstein, **MDR 1951**, s. 196; Müller, **Tatumstände**, s. 7, 21; Art. Kaufmann, **JZ 1954**, s. 653; Sözüer, **YD 4/1995**, s. 474-475.

¹¹³ Aynı yönde bkz. Schmid, **Verhältnis**, s. 29; Erman, **Yanılma**, s. 376.

¹¹⁴ Schmid, **Verhältnis**, s. 18; Scheffler, **Jura 1993**, s. 618; Streng, **FS-Otto**, s. 477. Uyarlanmış kast teorisini (*modifizierte Vorsatztheorie*) ortaya koyan ve kast teorisini tipiklik hatası ve haksızlık hatası ayrımı içerisinde yeniden ele alan *Otto*'ya göre, kast, final bir haksızlık unsuru olarak tipiklik kastı ve davranışın sosyal bakımdan zararlılığını bilme anlamında maddi haksızlık bilincinden oluşur. Davranışın yasaklanmışlığının bilinmesi anlamında şekli haksızlık bilinci ise kusurun bir unsurudur. Buna göre, tipiklik hatası gibi, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata (fiili hata) da kastı kaldırır ve bu halde tipiklik hatasına ilişkin hüküm kıyasen uygulanır. Davranışın yasaklanmışlığı üzerindeki hata ise şekli haksızlık bilincinin bulunmaması sebebiyle haksızlık hatası olarak değerlendirilir (Otto, **Grundkurs**⁷, § 15, kn. 5 vd.).

TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasında kast, doğal kast olarak tanımlanmış, 30. maddesinin 3. fıkrasında hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata, 4. fıkrasında ise haksızlık hatası tipiklik hatasından ayrı olarak düzenlenmiştir. Böylece, haksızlık bilincinin kastın değil, kusurun bir unsuru olduğu kabul edilmiştir. Bu sebeple, kast teorisinin yürürlükteki TCK bakımından kabul edilebilir olmadığı söylenmelidir¹¹⁵.

Kast teorisinin savunulduğu klasik suç öğretisinde haksızlık tamamen objektifken, neoklasik suç öğretisinde kural olarak objektiftir. Kast ise her iki öğreti bakımından da her halükarda kusurun unsuru olduğundan, burada zikredilen bütün hata halleri gibi hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata da kusurla ilgili olup, fiil tipik ve hukuka aykırı olma özelliğini sürdürür. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata haksızlığın oluşumuna engel olmadığı gibi, bu hatanın tersi durum da haksızlığı temellendiremez. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmesi, failin bunu bilip bilmemesinden bağımsız olarak haksızlığı ortadan kaldırır¹¹⁶.

Failin hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmediğini düşünmesi, her ne kadar kastı temellendirse de, haksızlık gerçekleşmemiş olduğundan, kusurla ilgili bir değerlendirme yapma imkanı da bulunmamaktadır. Bu sebeple, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın mefhumu muhalifinden hareketle temellendirilmesi kast teorisi bakımından mümkün değildir¹¹⁷. Böyle bir temellendirme ancak hukuka aykırı olmayan cezalandırılabilir hareketlerin de varlığının kabul edilmesiyle¹¹⁸ ya da neoklasik

¹¹⁵ Aynı yönde bkz. Erman, **Yanılma**, s. 376, 382; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1691; Tunç, **Hata**, s. 251.

¹¹⁶ Neoklasik suç öğretisinde hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini kabul eden görüşler bulunmakla birlikte, bu görüşlerin haksızlığın yapısından hareket etmediklerini hatırlatmak gerekir.

¹¹⁷ Aynı yönde bkz. Puppe, **FS-Lackner**, s. 236; Scheffler, **Jura 1993**, s. 622.

¹¹⁸ Bkz. Birinci Bölüm, II, A. Hukuka Aykırı olmayan Cezalandırılabilir Fiiller Görüşü başlığı altındaki açıklamalar.

öğretide olduğu gibi teşebbüs aşamasında kalan suçlarda kastın haksızlık alanına aktarılması halinde mümkün olur. Ancak her iki durum da elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasını gerektirmektedir¹¹⁹. TCK'da ise elverişsiz teşebbüs cezalandırılmamaktadır.

b. Katı Kusur Teorisi

Katı kusur teorisi, finalist suç öğretisi içerisinde *Welzel* tarafından geliştirilmiştir. Final hareket öğretisiyle birlikte tipe uygun gailik anlamında kast kusur alanından çıkarılarak bütün kasıtlı suçlar bakımından haksızlığın subjektif unsuru olarak tipikliğe dahil edilmiştir. Final hareketin hukuk öncesi bir kavram olması ve ontolojik doğası gereği, hukuka aykırılık bilinci kasttan ayrılarak kusurun bağımsız bir unsuru olarak kabul edilmiştir¹²⁰. Kastın haksızlığın, haksızlık bilincinin ise kusurun unsuru olmasıyla, o zamana kadar geçerli olan hata öğretisi esaslı biçimde değişmiş ve tipiklik hatası ile haksızlık hatası birbirinden ayrılmıştır¹²¹.

Katı kusur teorisi tarafından da esas alınan tipiklik anlayışına göre, tipiklik ceza hukuku normu tarafından yasaklanmış olan davranışın somut tasviridir (*Leitbildtatbestand*). Tipiklik yasağın konusunu (*Verbotsmaterie*) oluşturur ve suçun kanuni tanımında yer alan objektif ve subjektif unsurlarla sınırlıdır. Yasağın konusu olarak tipiklik hukuka aykırılıktan ayrılır. Davranışın tipe uygunluğu, onun norma aykırılığını gösterir. Hukuka aykırılık ise norma aykırı davranışın, yani yasağın konusu olarak tipikliğin gerçekleştirilmesinin

¹¹⁹ Krş. Scheffler, **Jura** 1993, s. 622.

¹²⁰ Schmid, **Verhältnis**, s. 27; Lang-Hinrichsen, **JR** 9/1952, s. 356; Paul, **Einwilligung**, s. 18. Krş. Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 120. Bkz. İkinci Bölüm, I, A, 2, a. Kastın Haksızlık Tipine Dahil Olması başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹²¹ Lang-Hinrichsen, **JR** 5/1952, s. 188-189; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 212; Müller, **Tatumstände**, s. 7; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 147; Haft, **AT**⁹, s. 24; Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 169.

hukuk düzeninin bütünüyle çelişki halinde olmasını ifade eden negatif bir değer yargısıdır¹²².

Tipikliğin objektif unsurları, suçun kanuni tanımındaki objektif unsurlarla sınırlı olduğundan, kastın konusu suçun kanuni tanımındaki objektif unsurların gerçekleştirilmesinin bilinmesi ve istenmesidir ve bununla sınırlıdır. Bu açıdan, kast tipiklik kastıdır (*Tatbestandsvorsatz*)¹²³. Suçun kanuni tanımındaki objektif unsurları bilmeyen kişi, kasten hareket etmiş olmaz. Sadece kastın kapsamında olan unsurlar üzerindeki hata (tipiklik hatası) kastı kaldırır. Zira kastın kapsamında olmayan unsurlar üzerindeki hata, kast üzerinde etkili değildir¹²⁴.

Hareketin hukuka aykırılığı hiçbir zaman tipikliğin bir unsuru değildir. Aksine tipikliğin, yani yasağın konusunun değerlendirilmesidir. Tipikliğin gerçekleştirilmesi ile hukukun gerekleri arasındaki uyumsuzluktur. Bu yüzden, failin tipiklik hakkındaki bilgisinden kaynaklanan ve hukuk düzeniyle psikolojik bağı ifade eden hukuka aykırılık bilinci tipiklik kastına ait değildir. Sadece kusurun, yani kınanabilirliğin bir unsurudur¹²⁵.

Tipikliğin gerçekleştirilmesi hususunda tam bir bilgiyle hareket eden failin, işlediği fiilin hukuka aykırılığı üzerinde hataya düşmesi halinde haksızlık hatası söz konusudur¹²⁶. Haksızlık hatasında fail davranışının bir suç tipini gerçekleştirdiğinin bilincindedir. Tipiklik kastı vardır ve ne yaptığını

¹²² Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 49-51; ayrıca bkz. Schmid, *Verhältnis*, s. 26-27; Rinck, *Deliktsaufbau*, s. 77.

¹²³ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 64-65; Lang-Hinrichsen, *JR 9/1952*, s. 356; Früh, *Rechtfertigungsgrundes*, s. 44; Karaaslan, *LHD 2017*, s. 1686-1687.

¹²⁴ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 76-77; Fukuda, *JZ 1958*, s. 146; Schaffstein, *MDR 1951*, s. 196; Heuchemer, *Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 200; Rinck, *Deliktsaufbau*, s. 77, 147; Sözüer, *YD 4/1995*, s. 477; Erman, *Yanılma*, s. 303; Göktürk, *CHD 26 (2014)*, s. 10; Şenol, *THD 149 (2019)*, s. 63.

¹²⁵ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 77; Niese, *Finalität*, s. 33; Schmid, *Verhältnis*, s. 27; Früh, *Rechtfertigungsgrundes*, s. 44.

¹²⁶ Heuchemer, *Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 200; Schmid, *Verhältnis*, s. 27; Früh, *Rechtfertigungsgrundes*, s. 44. *Welzel*'e göre, sadece fiilin hukuka uygun olduğu yönündeki hatalı tasavvur halinde değil, hukuka aykırı olduğunun tasavvur edilmemesi halinde de haksızlık hatası vardır (Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 166).

bilmektedir. Buna karşılık, yaptığı şeye izin verilmiş olduğunu düşünmektedir¹²⁷.

Hukuka aykırılık yargısı gibi, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları da tipikliğin bir unsuru olmadığından, bu unsurların gerçekleştiği hususundaki hata kast üzerinde etkili değildir. Tipikliğin gerçekleştirilmesi hukuka aykırılığa karine oluşturur. Hukuka aykırılık yargısına ancak hukuka uygunluk sebeplerinin unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hakkında yapılan inceleme sonucunda varılabilir. Hukuka uygunluk sebeplerin objektif unsurları değerlendirmenin konusuna ait değildir. Aksine yasağın konusu, yani tipikliğin gerçekleştirilmesi üzerinde yapılacak hukuka aykırılık değerlendirmesinin bir parçasıdır. Fail, tam bir hukuka uygunluk içerisinde hareket ettiği hallerde de kasten hareket eder. Aynı şekilde, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleştiği hususunda hata halinde de kast vardır. Söz gelimi gerçekte bir saldırı söz konusu olmamasına karşın, bir saldırı altında bulunduğunu düşünerek, mefruz saldırı bakımından gerekli savunma hareketini gerçekleştiren ve bir insanı öldüren kişi, bir insanı öldürdüğünün bilincindedir ve değerlendirmenin konusu bakımından ne yaptığını bilmektedir. Ancak saldırının varlığı konusunda düştüğü hata sebebiyle davranışına izin verildiğini düşünmektedir. Bu ise bir değerlendirme hatasıdır. Failin hatası kast ve tipe uygunluk üzerinde değil, haksızlık bilinci ve kusur üzerinde etkilidir¹²⁸.

Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleştiği hususundaki hatalı kabul haksızlık hatasının söz konusu olduğu hallerden birini oluşturmaktadır¹²⁹. Failin bir hukuka uygunluk sebebinin varlığında, hukuki

¹²⁷ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 166.

¹²⁸ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 169; Hans Welzel, “Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund”, **NJW**, 1952, s. 564; Hirsch, **Tatbestandsmerkmalen**, s. 331, 336 vd.; Fukuda, **JZ 1958**, s. 146-147; Schmid, **Verhältnis**, s. 27; Lang-Hinrichsen, **JR 5/1952**, s. 189; Müller, **Tatumstände**, s. 5; Reip, **Täterhandeln**, s. 25; Roxin, **AT/I**⁴, § 14, kn. 61; Scheffler, **Jura 1993**, s. 620; Erman, **Yanılma**, s. 303; Şenol, **THD 149 (2019)**, s. 63.

¹²⁹ Fukuda, **JZ 1958**, s. 146; Lang-Hinrichsen, **JZ 1953**, s. 362-363; Schaffstein, **MDR 1951**, s. 196; Heuchemer, **Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 200; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 76-77; Schmid, **Verhältnis**, s. 26; Roxin, **AT/I**⁴, § 14, kn. 61; Erman, **Yanılma**, s. 301-302; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1686.

sınırlarında veya maddi şartlarında hataya düştüğü bütün bu hallerde kasten gerçekleştirdiği davranışın hukuka aykırı olduğu hususunda hataya düşmüş olacaktır. Bu açıdan, her üç hata türü de haksızlık hatasıdır¹³⁰. Haksızlık hatası fiili veya hukuki hata şeklinde gerçekleşebilir. Failin hukuka uygunluk sebebinin varlığında veya hukuki sınırında hatası, hukuki hata şeklinde gerçekleşen haksızlık hatası iken, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata fiili hataya dayanan haksızlık hatasıdır¹³¹.

Kusurun bağımsız bir unsur olarak aranan haksızlık bilinci potansiyel haksızlık bilincidir. Haksızlık bilincinin fail bakımından ulaşılabilir olması (*Erlangbarkeit*) kusurunun varlığından söz edebilmek için yeterlidir¹³². Bunun sonucu olarak, kaçınılmaz haksızlık hatası halinde haksızlık bilinci yoktur ve kusur ortadan kalkar (Al.CK § 17; TCK m. 30/3). Failin hukuka aykırılığı bilmediği, ancak gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bilebilecek durumda olduğu kaçınılabılır hata halinde ise haksızlık bilinci vardır. Ancak kaçınılabılırlığın ölçüsüne göre kusurun yoğunluğu ve derecesi azalmıştır. Bu sebeple faile, kusurun en yoğun haline, yani hukuka aykırılığı bildiği ve hukuka aykırı davranışını bilinçli olarak icra ettiği duruma nazaran daha az ceza verilir. Bu durum cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınacaktır (Al.CK § 17, 49/I; TCK m. 61/1-f)^{133,134}.

¹³⁰ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 166, 168; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 77, 147; Maurach/Zipf, **AT/I**⁸, § 37, kn. 16; Sözüer, **YD 4/1995**, s. 477; Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 10, dn. 11.

¹³¹ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 167; Maurach, **AT**³, s. 262; Schmid, **Verhältnis**, s. 27.

¹³² Paul, **Einwilligung**, s. 18; Sözüer, **YD 4/1995**, s. 481; Erman, **Yanılma**, s. 226; Sarıgül, **AHBVÜ-HFD 3/2020**, s. 337.

¹³³ Welzel, **SJZ 1948**, s. 371-372; Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 164-166, 169, 89, 98; Müller, **Tatumstände**, s. 5; Schaffstein, **MDR 1951**, s. 196; von Weber, **JZ 1951**, s. 261; Werner Niese, “Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe”, **DRiZ**, 1953, s. 20; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 78; Roxin, **AT/I**⁴, § 14, kn. 61; Früh, **Rechtfertigungsgrundes**, s. 44-45; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 212.

¹³⁴ Türk ceza hukuku literatüründe katı kusur teorisini benimseyen yazarlar için bkz. Keçelioğlu, **TBBD 87 (2010)**, s. 315. Esas itibarıyla katı kusur teorisini benimseyen bir kısım yazarlar ise, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hatanın kast üzerinde etkili olmadığını kabul etmekle birlikte, hatanın kaçınılmaz olması dolayısıyla failin hukuka uygunluk sebebinden varmış gibi yararlanacağını ve fiilin hukuka uygun olarak ortaya çıkacağını kabul etmekte, kaçınılabılır hata halinde ise failin kusurunun var ama azalmış olduğundan söz etmektedirler (Zafer, **Genel**⁷, s. 415-416, 461; Şenol, **THD 149 (2019)**, s. 64; Tunç, **Hata**, s.

Katı kusur teorisi de gerek kendi içinde gerek dayandığı kast ve kusur anlayışları bakımından tutarlı bir çözüm ortaya koymaktadır¹³⁵. Teorinin en çok eleştirildiği husus, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılabilir hata halinde, kusuru azalmış olması dolayısıyla faile hatanın söz konusu olmadığı hale nazaran daha az ceza verilecek olsa da, failin kasıtlı suçtan dolayı sorumlu tutulmasının adaletsiz olacağıdır¹³⁶. Düşüncemize göre, böyle bir eleştiri, suç politikası bakımından bir anlam ifade etse de, teorinin iç tutarlılığını veya doğruluğunu zedelemes. Zira katı kusur teorisi, belirli bir kast ve tipiklik anlayışının tabii sonucu olarak ortaya çıkmakta, kusur içerisinde haksızlık bilincine yer verilmesiyle de yumuşatılmaktadır. Dolayısıyla, başta kastın kapsamına ilişkin kabuller değiştirilmeksizin, bunun sonuçları üzerinde değişikliğe gitmek sadece tutarsızlığa sebep olacaktır. Teorinin failin daha yüksek cezayla cezalandırılmasının adaletsiz olduğundan bahisle terk edilerek, sonuçları daha makul addedilen bir teorinin benimsenmesi mümkün değildir. Bunun için, kastın kapsamı ve mahiyeti de dahil olmak üzere teorinin öncüllerinin yeniden yapılandırılması gerekir. Diğer taraftan, kanun koyucunun söz konusu öncüllere ilişkin ve bunun sonucunda ortaya çıkan katı kusur

268). Düşüncemize göre, böyle bir değerlendirme, kaçınılmaz hata halinde hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının subjektif *ex ante* olarak varlığının yeterli görülmesi anlamına geleceğinden, yerinde değildir. Zira böyle bir kabul, fiil hukuka uygun olarak ortaya çıkacağından, kaçınılmaz hataya düşmesi sebebiyle savunma hareketi gerçekleştirdiğini düşünen ve fakat gerçekte haksız bir saldırıda bulunan faile karşı asıl saldırıya uğrayanın meşru savunmada bulunamamasına sebebiyet verir. Halbuki, kaçınılmaz hata sadece failin ceza sorumluluğu bakımından etkili olabilir. Failin subjektif durumunun, yani kusurunun bulunmamasının objektif olarak gerçekte bir saldırı altında bulunan kişinin böyle bir saldırıya katlanma yükümlülüğünü doğurması mümkün değildir. Bu sebeple, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı, bu unsurların hale ilişkin (*real*) veya ileriye dönük, yani istikbale ilişkin (*prognostisch*) unsurlar olmasına göre sırasıyla *ex post* ve objektif *ex ante* olarak belirlenir. Hale ilişkin unsurlar, söz gelimi meşru savunmada haksız bir saldırının bulunması, *ex post* bir değerlendirmeyle, buna karşılık, ileriye dönük unsurlar, söz gelimi meşru savunmada savunma hareketinin gerekliliği, objektif *ex ante* bir değerlendirmeyle belirlenmelidir (Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 178-179; Perron, **S/S**²⁹, § 32, kn. 27, 34; Roxin, **AT/I**⁴, § 14, kn. 88; Diehl, **Unrechtsausschliessungsgründe**, s. 24). Bu konudaki tartışma için ayrıca bkz. Rudolphi, **GS-Arm. Kaufmann**, s. 381 vd.; Jesús-María Silva Sánchez, “Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe, Versuch einer Differenzierung”, **ZIS**, 2014, s. 546 vd.

¹³⁵ Schmid, **Verhältnis**, s. 29; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1691; Değirmenci, **TBBD 110 (2014)**, s. 175.

¹³⁶ Hermann Blei, **Strafrecht I. Allgemeiner Teil**, 18. Aufl., C.H. Beck, München, 1983, s. 205; Scheffler, **Jura 1993**, s. 620; Erman, **Yanılma**, s. 387; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1692; Şenol, **THD 149 (2019)**, s. 64; Tunç, **Hata**, s. 253; Sarıgül, **AHBVÜ-HFD 3/2020**, s. 344.

teorisinden yana bir tercihte bulunması durumunda, bu, kanun koyucunun adaletsiz addedilen çözümden yana irade ortaya koyduğunu gösterir. Bu itibarla, söz konusu eleştiri dogmatik konuları yeniden düşünmeye sevk etmesi bakımından değerli olsa da, teorinin reddinde tek başına bir anlam ifade etmez.

TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasında yer alan kast tanımı katı kusur teorisinin esas aldığı tipiklik kastıyla aynıdır. Bu da hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının yokluğunun kastın bilme unsuruna dahil olmadığını göstermektedir. Kastın kapsamında olmayan bir hususta düşülen hatanın kast üzerinde etkili olması düşünülemez¹³⁷.

Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasında, kusuru etkileyen hallerin maddi şartlarında hatayla birlikte düzenlenmiştir. Buna göre, “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”. Hükümde, hatadan yararlanma hatanın kaçınılmaz olmasına bağlanmıştır. Bu da hatanın, 21. maddenin 1. fıkrasına da uygun olarak, kast üzerinde etkili olmadığını göstermektedir.

Zira kast her halükarda aktüel bir bilmeyi gerektirir. Kusur içinse potansiyel bir bilme yeterlidir. Kaçınılabilirlik potansiyel bir bilmeyi, yani bilinebilir olmayı ifade etmektedir. Kastı kaldıran hatada kaçınılmazlık/kaçınılabilirlik değerlendirmesi yapılamazken, kusuru kaldıran

¹³⁷ Früh, *Rechtfertigungsgrundes*, s. 16-17.

hatada yapılabilir¹³⁸. Diğer bir ifadeyle, kaçınılmazlık/kaçınılabilirlik kusuru etkileyen hata hallerine ilişkin bir kriterdir¹³⁹.

TCK'nın 30. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında kaçınılmaz hataya etkililik tanınması, bu fıkralarda düzenlenen hata hallerinin kusuru kaldıran hata olduğunu göstermektedir. Her ne kadar taksirli haksızlık bakımından da potansiyel bir bilmeden söz edilebilirse de¹⁴⁰, taksirli suçun hareket haksızlığında kurucu nitelikte olan, objektif öngörülebilirliktir. Kusur alanında haksızlık bilinci bakımından aranan potansiyel bilme ise şahsi/subjektif öngörülebilirliktir¹⁴¹. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın düzenlendiği 30. maddenin 3. fıkrasında, kastı kaldıran ve koşulları gerçekleştiğinde taksirli sorumluluğu doğurabilen hatanın düzenlendiği 1. fıkrasındakine benzer bir formülasyon yerine, kusuru kaldıran hata olduğu hususunda bir tereddüt bulunmayan 4. fıkrasındakine paralel bir düzenleme yapılmış olması, 3. fıkradaki kaçınılmazlığın/kaçınılabilirliğin de subjektif mahiyette olduğunu ve kusuru kaldıran hataya ilişkin bir kriter olarak ihdas edildiğini göstermektedir¹⁴². Zira kanun koyucunun kavram kullanımında bilinçsiz bir tercihte bulunmayacağı ve bir kavramı gelişi güzel değil aynı anlama gelecek şekilde kullanması asıldır.

¹³⁸ Göktürk'e göre, tipikliğin objektif unsurlarında hatada kaçınılmazlık/kaçınılabilirlik ayrımının mümkün olmaması, tipikliğin haksızlığın yapısındaki olumlu (pozitif) fonksiyonundan ileri gelmektedir. Hukuka uygunluk sebepleri bakımından ise, haksızlığın yapısında zıt fonksiyon icra etmeleri sebebiyle böyle bir ayrım yapılması zorunludur (Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 25, dn. 57). Belirtmek gerekir ki, hatanın etkililiği bakımından kaçınılmazlık/kaçınılabilirlik ayrımının yapılmasının hatanın konusunun haksızlık içerisinde ne yönde fonksiyon icra ettiğiyle bir ilgisi yoktur. Tipikliğin objektif unsurlarında hatada böyle bir ayrıma gidilemezken hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatada gidilmesinin sebebi, kastın varlığı için aktüel bir bilmenin gerekli, kusur bakımından ise potansiyel bir bilmenin yeterli olmasıdır. Dolayısıyla hatanın etkililiği bakımından böyle bir ayrıma gitmenin lüzumu, hatanın suçun yapısı içerisinde nerede veya ne üzerinde etki doğuracağıyla ilgilidir. Benzer durum, kastı kaldıran hata hallerinde taksirli suçtan sorumluluğun saklı olduğu durum bakımından da geçerlidir.

¹³⁹ Koca/Üzülmez, **Genel**¹², s. 300.

¹⁴⁰ Ayrıca bkz. Schmidhäuser, **AT**², Kap. 10, kn. 57.

¹⁴¹ Aynı yönde bkz. Değirmenci, **TBB 110 (2014)**, s. 146-147; Sarıgül, **AHBVÜ-HFD 3/2020**, s. 338.

¹⁴² Aynı yönde bkz. Şenol, **THD 149 (2019)**, s. 64.

Diğer taraftan, 3. fıkra hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata ve kusuru etkileyen hallerin maddi şartlarında hata birlikte düzenlenmiştir. Kavramın içeriğinin objektif esaslardan hareketle doldurulması halinde, aynı fıkra kusuru etkileyen hallerin maddi şartlarında hata da düzenlenmiş olduğundan, fıkra geçen kavram iki farklı anlama gelecek şekilde yorumlanacak ve hatanın konusuna göre aynı hükümden iki farklı sonuç çıkarılmış olacaktır. Bu ise hukuk tekniği bakımından mümkün değildir¹⁴³. Düşüncemize göre, kaçınılmazlık/kaçınılabilirlik belirlemesinde, hatanın maddi vakıaya ilişkin olması sebebiyle, taksirli suçların kusurunda olduğu gibi şahsi öngörülebilirlikten hareket edilmesi gerekir¹⁴⁴. TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasına göre de hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hata kusuru kaldırır¹⁴⁵. Bu yönüyle, TCK'nın 21. ve 30. maddeleri arasında tam bir uyum söz konusudur.

Fıkra kaçınılabilir hataya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hükmün mefhumu muhalifinden hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılabilir hatanın kusuru kaldırmayacağı anlaşılmaktadır. Ancak bu, failin kaçınılabilir hata dolayısıyla azalan kusurunun temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmasına engel değildir. Bütün bu açıklamalar, TCK'nın hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata bakımından katı kusur teorisini esas aldığını ve bu hata türünü bir değerlendirme hatası olarak kabul ettiğini göstermektedir. Söz konusu fıkraya ilişkin madde gerekçesinde yer alan “Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda

¹⁴³ Koca, **CHD 1 (2006)**, s. 126; Keçelioğlu, **TBBD 87 (2010)**, s. 315-316; krş. Erman, **Yanılma**, s. 383 vd.; Sarıgül, **AHBVÜ-HFD 3/2020**, s. 331. *Göktürk*'e göre, hukuka uygunluk sebepleri ve kusuru etkileyen sebepler, suç teorisi içindeki konumları ve bunlara bağlanan sonuçlar birbirinden tamamen farklı olduğundan, bu sebeplere ait maddi şartlarda hatanın ortak şekilde düzenlenmeleri ve bunlara ortak sonuç bağlanmaları mümkün değildir (Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 9). Düşüncemize göre, hukuka uygunluk sebepleri ve kusuru etkileyen hallerin suçun yapısı içerisindeki konumlarının ve bunların gerçekleşmelerine bağlanan sonuçların farklı olması, bunların maddi şartlarında hatanın aynı sonucu doğurmasına engel değildir. Dolayısıyla aynı sonuçların bağlandığı hata hallerinin, konularının farklı olmasından bahisle ortak şekilde düzenlenemeyecekleri söylenemez.

¹⁴⁴ Krş. Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 25, dn. 57.

¹⁴⁵ Aynı yönde bkz. Şenol, **THD 149 (2019)**, s. 64.

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” şeklindeki açıklama da bunu doğrular niteliktedir¹⁴⁶.

Katı kusur teorisinde hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata haksızlık bilincini ortadan kaldırması sebebiyle haksızlık hatası olarak değerlendirildiğinden, ayırım tezi kabul edildiğinde, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında tersine hata, tersine haksızlık hatasıdır ve mefruz suça vücut verir¹⁴⁷. Bu durumda ise hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin temellendirilemeyeceği ve katı kusur teorisinin hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği düşüncesiyle uyumlu olmadığı sonucuna ulaşılır¹⁴⁸.

Ayırım tezi kabul edildiğinde, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığının olgu değersizliğini telafi edeceği hususunda bir tereddüt yoktur. Burada cevaplanması gereken asıl soru, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif ve subjektif unsurlarıyla gerçekleştiği tam bir hukuka uygunluk halinde dahi varlığını devam ettiren kastın, subjektif teşebbüs anlayışının kabul edildiği bir hukuk düzeninde, subjektif unsurların yokluğu halinde neden elverişsiz teşebbüsün haksızlığına vücut vermediği ve mefruz suçun söz konusu olduğudur. Diğer bir anlatımla, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında tersine hata halinde de kastın varlığını devam ettirdiği göz önünde

¹⁴⁶ Aynı yönde bkz. Roxin/Isfen, **GA 2005**, s. 239; Koca, **CHD 1 (2006)**, s. 125-126; Özbek, **CHD 7 (2008)**, s. 91; Erman, **Yanılma**, s. 379-380; Karakurt, **CHD 10 (2009)**, s. 130; Keçelioğlu, **TBB 87 (2010)**, s. 315-316; Meraklı, **Kusur**, s. 159, 171-172; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1698; Şenol, **THD 149 (2019)**, s. 64; Tunç, **Hata**, s. 266; Sarıgül, **AHBVÜ-HFD 3/2020**, s. 343; Comoglu, **Rechtfertigungselement**, s. 52.

¹⁴⁷ Heinrich Foth, “Neuere Kontroversen um den Begriff des Wahnverbrechens”, **JR**, 1965, s. 369, 366 vd.; Roxin, **Tatbestände**, s. 160; ayrıca bkz. Rolf Dietrich Herzberg, “Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH”, **JuS**, 1980, s. 480; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 291; Scheffler, **Jura 1993**, s. 623.

¹⁴⁸ Puppe, **FS-Lackner**, s. 236; Puppe, **FS-Stree/Wessels**, s. 196 vd.; Puppe, **ZStW 128 (2016)**, s. 308; Puppe, **AT³**, § 13, kn. 24.

bulundurulduğunda ve haksızlık bilinci de hata dolayısıyla temellendirilmiş olduğunda, neden cezalandırılabilir bir elverişsiz teşebbüsün varlığından ya da en azından elverişsiz teşebbüsün haksızlığından söz edilememektedir¹⁴⁹?

Zira böyle bir düşüncenin kabul edilmesi, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif ve subjektif unsurlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda da, kastın varlığını devam ettirmesi sebebiyle elverişsiz teşebbüsün haksızlığının gerçekleşmesi, ancak failin haklılık bilinciyle hareket etmesi dolayısıyla kusurunun bulunmaması sonucunu doğuracaktır¹⁵⁰. Bu ise hukuka uygunluk sebeplerinin haksızlığı değil, kusuru kaldıran sebepler olduğu anlamına geleceğinden kabul edilemez.

Şu halde, katı kusur teorisinde, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları olgu değersizliğinin yanında kast değersizliğini de telafi etmektedir. Bu, katı kusur teorisinde kast değersizliğinin içeriğiyle ilgilidir. Nitekim, katı kusur teorisinde kastın varlığı için hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmediğinin bilinmesi gerektirmediğinden ve sadece tipikliğin objektif unsurlarının gerçekleştiğinin bilinmesi yeterli olduğundan, tipikliğin gerçekleştirilmesinin haksızlık teşkil ettiği hususundaki bilgi kastın kapsamı dışında kalır. Kastın tipiklik kastından ibaret olması halinde kast değersizliği, hukuka aykırı, yani haksızlık teşkil eden bir olgu değersizliğine yönelmenin değil, suçun üç basamaklı yapısının bir sonucu olarak, hukuka uygunluk halinde dahi varlığını devam ettiren tipikliğin gerçekleştirilmesinin değersizliğine yönelmenin değersizliğidir. Böyle bir kast değersizliğinin telafisi için hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarına ihtiyaç duyulmaz. Nitekim hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının değerliliği ile böyle bir kast değersizliği arasında ilişki de kurulamamaktadır. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı, tipiklik kastının değersizliğini telafi için yeterlidir.

¹⁴⁹ Krş. Herzberg, **JuS 1980**, s. 480.

¹⁵⁰ Puppe, **FS-Lackner**, s. 236, dn. 36.

Ayrım tezinin doğurduğu bu sonuçtan kaçınmak isteyen katı kusur teorisi taraftarları, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif ve subjektif unsurlarının ancak bir arada bulunması halinde etki doğurabileceğinin kabul edildiği uyum tezini esas almış, böylece mefhumu muhalifinden çıkarım yöntemine uygulanma imkanı tanımayarak ve subjektif unsurun gerekliliğini final hareket öğretisinden temellendirme yoluna giderek, subjektif unsurun yokluğuna tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırma sonucunu bağlamışlardır¹⁵¹.

c. Sınırlı Kusur Teorisi

Katı kusur teorisi kusur teorilerinin ilkidir. Diğer kusur öğretilerinin geliştirilmesinden önce “katı” kusurdan değil sadece kusur teorisinden söz edilmektedir¹⁵². Diğer kusur teorilerinin ortaya çıkışıyla birlikte, haksızlık alanında gerçekleşen ve tipiklik hatası dışındaki bütün hata hallerini haksızlık hatası olarak kabul eden kusur teorisi “katı kusur teorisi” olarak isimlendirilmiştir¹⁵³. Buna karşılık, haksızlık hatasını hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatayı dışarıda bırakarak sınırlandıran kusur teorisi sınırlı kusur teorisi olarak anılmaktadır^{154,155}.

Sınırlı kusur teorisi de suçun üç basamaklı yapısı içerisinde geliştirilmiştir. Teoriye göre de tipiklik tasviri tipikliktir. Sadece suçun kanuni

¹⁵¹ Paeffgen/Zabel, **NK**⁵, vor §§ 32, kn. 111; Ayrıca bkz. Puppe, **FS-Lackner**, s. 237; Puppe, **FS-Stree/Wessels**, s. 199; Puppe, **ZStW 128 (2016)**, s. 309; Scheffler, **Jura 1993**, s. 623; Herzberg, **JuS 1980**, s. 480.

¹⁵² Bkz. Müller, **Tatumstände**, s. 7; Lang-Hinrichsen, **JZ 1953**, s. 362; Schaffstein, **MDR 1951**, s. 196; von Weber, **JZ 1951**, s. 261.

¹⁵³ Roxin, **AT/I**⁴, § 14, kn. 61.

¹⁵⁴ Bu başlık altında ana hatlarıyla açıkladığımız sınırlı kusur teorisi birçok yazar tarafından farklı şekillerde savunulmuştur. Teorinin benimsenen çeşitli varyasyonları için bkz. Grünwald, **GS-Noll**, s. 183 vd.; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 149 vd.

¹⁵⁵ Türk ceza hukuku literatüründe sınırlı kusur teorisini benimseyen yazarlar için bkz. Sözüer, **YD 4/1995**, s. 481-482; Koca, **CHD 1 (2006)**, s. 123; Özbek, **CHD 7 (2008)**, s. 90-91; Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 14 vd.; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1694 vd.; Karakurt, **CHD 10 (2009)**, s. 130-131; Değirmenci, **TBBD 110 (2014)**, s. 176 vd.; Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 479 vd.; Koca/Üzülmüş, **Genel**¹², s. 298 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, **Genel**¹⁴, s. 648; Sarıgül, **AHBVÜ-HFD 3/2020**, s. 346.

tanımındaki unsurlar tipikliğe aittir¹⁵⁶. Hukuka aykırılık, tipikliğin yanında ve ondan bağımsız olarak haksızlığın bir unsurudur. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları tipikliğe ait değildir, aksine hukuka aykırılık unsurunun bir parçasıdır. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata tipiklik hatası olarak görülmemekte¹⁵⁷, tipiklik hatasına ilişkin hükümler (Al.CK § 16/I; TCK m. 30/1) bu hata haline doğrudan uygulanamamaktadır¹⁵⁸.

Sınırlı kusur teorisini benimseyen yazarlara göre, ceza hukuku haksızlığı tipikliğin gerçekleşmesinin yanında bir hukuka uygunluk sebebinin müdahalesinin bulunmamasına bağlı olduğundan, olgu değersizliğinin (objektif haksızlık) ortaya çıkması tipikliğin objektif unsurlarının varlığına olduğu gibi, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının yokluğuna da aynı şekilde bağlıdır. Tipikliğin objektif unsurları ile hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının haksızlığın objektif yönü bakımından ifade ettikleri önem birbirinden farklı değildir. Kast sadece objektif haksızlığı temellendiren unsurlarla sınırlı olarak tipiklik kastı şeklinde anlaşılamaz. Haksızlığın belirlenmesi için önemli olan bütün objektif unsurlar kastın kapsamına dahil edilmelidir. Kast, tipiklik kastından daha geniş ve tipiklik kastını da içine alan haksızlık kastı olarak anlaşılmaktadır. Sınırlı kusur teorisinin haksızlık kastının konusu, tipikliğin negatif unsurları öğretisinin bütüncül haksızlık tipinden farklı değildir¹⁵⁹. Kastının varlığından söz edebilmek için failin tipikliğin objektif unsurlarının gerçekleştiğini bilmenin yanında, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmediğini de bilmesi gerekir¹⁶⁰. Haksızlık kastı,

¹⁵⁶ Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 143-144, 170.

¹⁵⁷ Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 464; Tunç, **Hata**, s. 253-254; Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 12 vd.

¹⁵⁸ Roxin, **AT/I**⁴, § 14, kn. 55; Schmid, **Verhältnis**, s. 22; Heuchemer, **Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 167; Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 27.

¹⁵⁹ Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 171, 173.

¹⁶⁰ Haksızlık kastı bağlamında hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmediğinin bilinmesi, somut olayda var olmayan bir hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının tek tek gerçekleşmediklerine ilişkin somut bir bilgi değildir. Gerekli olan, tipiklik kastının yanında ve buna ek olarak, olayda bir hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının gerçekleşmediğine ilişkin genel bir bilinç (*Mitbewusstsein*) veya en azından bu unsurların gerçekleştiklerine ilişkin bilginin yokluğudur (Roxin, **AT/I**⁴, § 14, kn. 71).

olgu değersizliğini gerçekleştirmeye yönelmiş olmayla aynı anlama gelmektedir¹⁶¹.

Kastın haksızlık kastı olarak anlaşılması, kastı kaldıran hata hallerinin tipiklik hatasıyla sınırlı olmaması sonucunu doğurmaktadır. Suçun kanuni tanımındaki objektif unsurları bilmeyen kişi kasten hareket etmiş olmaz. Tipiklik hatasının söz konusu olduğu bu ihtimalde fail suç tipiyle korunan hukuki değeri ihlal ettiğini bilmemektedir. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmediğine ilişkin bilgi de kasta dahil olduğundan, bir hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının gerçekleştiği hususunda düşülen hata da kast üzerinde etkilidir. Bu ihtimalde ise fail, davranışının bir hukuki değeri ihlal ettiğinin bilincindedir. Ancak hukuki değer ihlaline hukuk düzeni tarafından izin verildiğini düşünmektedir. Failin maddi olgular üzerindeki hatalı bilgisi temelinde belirlemiş olduğu hedefi ile hukuk düzeninin objektif yargısı tam bir uyum içerisindedir. Diğer bir anlatımla, failin tasavvurunda var olduğuna inandığı şartların gerçekte var olması halinde, bu şartlar altında gerçekleştirilen fiil hukuk düzeniyle çatışma halinde olmayacaktır. Fail haklı olan ile haksız olan arasındaki ayrımı doğru idrak etmektedir. Ancak haksızlığın bağlı olduğu maddi şartlarda hataya düşmüş olduğundan, gerçekte ne yaptığını bilmemektedir¹⁶². Tipiklik hatasında olduğu gibi, hukuka sadıktır¹⁶³. Olgu değersizliğini

¹⁶¹ Roxin, *AT/I*⁴, § 14, kn. 70; Rudolphi, *FS-Maurach*, s. 59; Erman, *Yanılma*, s. 339, 343; Göktürk, *CHD* 26 (2014), s. 12, 15-16, 17, dn. 30; Koca, *CHD* 1 (2006), s. 125.

¹⁶² Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde, katı kusur teorisine göre fail ne yaptığını bilmemektedir; sınırlı kusur teorisine göre ise ne yaptığını bilmemektedir. Teoriler arasındaki bu farklılık, değerlendirmenin konusunun farklı kapsamlarda ele alınmasından kaynaklanmaktadır. Katı kusur teorisinde değerlendirmenin konusu münhasıran tipiklik olduğundan, failin yaptığı şeyi bilmesi için tipikliğin objektif unsurlarını gerçekleştirdiğini bilmesi yeterlidir. Sınırlı kusur teorisinde ise değerlendirmenin konusu tipiklikle sınırlı olmadığından, fail tipikliğin objektif unsurlarını gerçekleştirdiğini bilmesine karşın, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmediğini bilmediğinden, ne yaptığını bilmemektedir.

¹⁶³ *Puppe*, hukuka sadık olmanın şekli anlamda anlaşılması gerektiğini, zira haksızlık hatasında da failin şekli anlamda hukuka sadık olduğunu, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde failin tasavvuru ile geçerli olan hukukun içeriğinin uyum içinde olduğunu ve bu sebeple hukuka sadık olmanın içerik olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir (Ingeborg Puppe, “vor § 16”, *NK*, Band 1, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2017 kn. 137).

gerçekleştirmeye yönelmemiş olduğundan, haksızlık kastıyla hareket etmemektedir¹⁶⁴.

Hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata halinde de kast ortadan kalkar ve kasıtlı suçun hareket değersizliği gerçekleşmez¹⁶⁵. Bunun için failin hatasının kaçınılmaz olması gerekmez. Kaçınılabılır hata halinde de kasttan söz edilemez¹⁶⁶. Ancak failin, gerekli objektif dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, olayda bir hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının gerçekleşmediğini bilebilecek olması durumunda taksirli suçun hareket değersizliği varlığını devam ettirir. Kanunda düzenlenmiş olması halinde fail taksirli suçtan dolayı cezalandırılacaktır¹⁶⁷.

Tipiklik hatasına ilişkin hüküm (Al.CK § 16/I; TCK m. 30/1), her ne kadar hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata haline doğrudan uygulanamasa da, bu iki hata türü arasında değer bakımından bir farklılık bulunmamakta, her iki hata halinde de fail davranışının olgusal temelini hatalı olarak değerlendirmektedir. Aradaki tek fark, fail, tipiklik hatasında haksızlığı temellendiren maddi şartlarda hataya düşerken, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde haksızlığı ortadan kaldıran maddi şartlarda hataya düşmektedir. Söz konusu benzerlikler dolayısıyla, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya tipiklik hatasına ilişkin hüküm kıyasen uygulanmalıdır¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Roxin, *AT/I*⁴, § 14, kn. 62, 64, 70; Rudolphi, *FS-Maurach*, s. 59; Schmid, *Verhältnis*, s. 23; Heuchemer, *Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 167-168; Rinck, *Deliktsaufbau*, s. 92, 143, 171; Kristian Kühl, “§ 17”, *L/K*, 29. Aufl., C.H. Beck, München, 2018, kn. 10; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 464; Reip, *Täterhandeln*, s. 27; Erman, *Yanılma*, s. 340-341; Göktürk, *CHD 26 (2014)*, s. 22; Karaaslan, *LHD 2017*, s. 1688-1689, 1699; Özgenç *Genel*¹⁵, s. 479.

¹⁶⁵ Rinck, *Deliktsaufbau*, s. 92; Scheffler, *Jura 1993*, s. 618; Erman, *Yanılma*, s. 342; Özgenç *Genel*¹⁵, s. 479-480.

¹⁶⁶ Rinck, *Deliktsaufbau*, s. 147; Karaaslan, *LHD 2017*, s. 1694.

¹⁶⁷ Roxin, *AT/I*⁴, § 14, kn. 64; Rudolphi, *FS-Maurach*, s. 59; Puppe, *NK*⁵, vor § 16, kn. 138; Schmid, *Verhältnis*, s. 23; Sözüer, *YD 4/1995*, s. 482; Özbek, *CHD 7 (2008)*, s. 90; Erman, *Yanılma*, s. 340-342; Göktürk, *CHD 26 (2014)*, s. 11-12, 23-24; Karaaslan, *LHD 2017*, s. 1694; Tunç, *Hata*, s. 254-255.

¹⁶⁸ Roxin, *AT/I*⁴, § 14, kn. 55; Puppe, *NK*⁵, vor § 16, kn. 138; Schmid, *Verhältnis*, s. 22; Streng, *FS-Otto*, s. 478; Heuchemer, *Erlaubnistatbestandsirrtum*, s. 167; Rinck, *Deliktsaufbau*, s.

Hukuka uygunluk sebepleri üzerindeki hatanın somut olguların yanlış tasavvurundan değil de tipik fiile izin veren kuralların varlığının veya hukuki sınırlarının hatalı değerlendirilmesine dayanması halinde ise haksızlık hatası vardır. Haksızlık hatasında fail ne yaptığıının bilincindedir. Ancak yaptığı şeye hukuk düzenince izin verildiğine inanmaktadır. Failin subjektif tasavvuru ile hukuk düzeninin objektif yargıları arasında uyum yoktur. Diğer bir anlatımla, failin var olduğuna inandığı hukuka uygunluk sebebi hukuk düzeni tarafından ya hiç tanınmamaktadır ya da failin içinde bulunduğu durumu kapsamamaktadır. Haksızlık hatasının kaçınılmaz olması durumunda haksızlık bilinci kalkar. Kaçınılabılır hata halinde ise haksızlık bilinci vardır. Ancak yoğunluğu azalmıştır. Bu da kusurun derecesinin azaldığını gösterir. Kaçınılabılır haksızlık hatası, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır (Al.CK § 17, 49/I; TCK m. 61/1-f)¹⁶⁹.

Sonuç olarak, teoriye göre, hukuka uygunluk sebepleri üzerindeki hata halleri fiili ve hukuki hata olmak üzere birbirinden ayrılmakta, fiili hatanın kast ve kasıtlı suçun haksızlığı üzerinde etkili olduğu kabul edilirken, hukuki hatanın haksızlık bilinci ve dolayısıyla kusur üzerinde etkili olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁰.

Sınırlı kusur teorisi, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata bakımından tipikliğin negatif unsurları öğretisiyle aynı sonuçlara ulaşmaktadır¹⁷¹. Bu ise gerek tipikliğin negatif unsurları öğretisinde gerek sınırlı kusur teorisinde kastın haksızlık kastı olarak anlaşılmasının sonucudur. Sınırlı kusur teorisinde hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmemiş olduğu bilgisinin kasta dahil edilmesi, tipikliğin negatif unsurları öğretisinin temellendirilmesinde ileri sürülenden farklı gerekçelere

143, 170; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 464; Kühl, *L/K*²⁹, § 17, kn. 10; Scheffler, *Jura* 1993, s. 619; Erman, *Yanılma*, s. 338, 340; Göktürk, *CHD* 26 (2014), s. 12-13; Karaaslan, *LHD* 2017, s. 1694; Tunç, *Hata*, s. 254.

¹⁶⁹ Roxin, *AT/I*⁴, § 14, kn. 70, § 21, kn. 21 vd.; Sözüer, *YD* 4/1995, s. 482-483; Erman, *Yanılma*, s. 343; Göktürk, *CHD* 26 (2014), s. 11, 28; Özgenç *Genel*¹⁵, s. 479.

¹⁷⁰ Schmid, *Verhältnis*, s. 16, 22-23.

¹⁷¹ Rinck, *Deliktsaufbau*, s. 145; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 464.

dayanmamaktadır. Bu açıdan, sınırlı kusur teorisi, sadece sonuçları bakımından değil, aynı zamanda temellendirme bakımından da tipikliğin negatif unsurları öğretisiyle aynı kabullere dayanmaktadır¹⁷².

Sınırlı kusur teorisi, hem temellendirme hem de sonuçları bakımından tipikliğin negatif unsurları öğretisinden farklı olmadığına göre, tipikliğin negatif unsurları öğretisinin neden ve nasıl reddedildiği soruları önem arz etmektedir.

Sınırlı kusur teorisine taraftar olan yazarlarca tipikliğin negatif unsurları öğretisinin benimsenmemesinin sebebi, tipikliğin uyarı fonksiyonundan¹⁷³ vazgeçmeme ve öğretinin eleştiri konusu olan olumsuz yönlerinden¹⁷⁴ kaçınmak istenmesi olarak ifade edilmektedir¹⁷⁵.

Tipikliğin negatif unsurları öğretisinin nasıl reddedildiği sorusunun cevabı ise, esas itibarıyla tipikliğin negatif unsurları öğretisinde hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının neden tipikliğe dahil edildiği sorusunun cevabıyla ilgilidir. İlk olarak, tipiklik değerlendirmenin konusu ve konunun değerlendirmesi ayrımında değerlendirmenin konusunun çerçevesini çizme işlevi görür. Tipiklik değerlendirmenin konusudur. Hukuka aykırılık ise konunun, yani tipikliğin değerlendirmesidir. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları değerlendirmenin konusuna dahil edildiğinde, tipikliğin negatif unsurları haline gelir¹⁷⁶. İkinci olarak, tipiklik kastın bağlantı noktasını oluşturur¹⁷⁷. Bir unsur kastın kapsamında değerlendirilecekse, tipikliğe dahil edilmelidir.

¹⁷² Aynı yönde bkz. Şenol, **THD 149 (2019)**, s. 63.

¹⁷³ Bkz. Üçüncü Bölüm, dn. 52'de yapılan açıklamalar.

¹⁷⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, C. Tipikliğin Negatif Unsurları Öğretisinden Hareketle Temellendirmenin Eleştirisi başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁷⁵ Schmid, **Verhältnis**, s. 23.

¹⁷⁶ Bkz. İkinci Bölüm, II, A. Tipikliğin Negatif Unsurları Öğretisi başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁷⁷ Lang-Hinrichsen, **JZ 1953**, s. 367; Heidingsfelder, **Subsumtionsirrtum**, s. 40.

Sınırlı kusur teorisinin tipikliğin negatif unsurları öğretisinden farkı ise burada ortaya çıkmaktadır. Sınırlı kusur teorisinde hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları değerlendirmenin konusuna dahil edilmekle birlikte, tipikliğe dahil edilmemektedir. Tipiklik ve hukuka aykırılık, suçun üç basamaklı yapısına sadık kalma adına, birbirinden bağımsız unsurlar olarak görülmeye devam edilmektedir.

Ancak bunun, sınırlı kusur teorisini dogmatik açıdan sorunlu hale getirdiği belirtilmelidir. Zira tipiklik tasviri tipiklik olarak kaldığından, değerlendirmenin konusu tipikliği aşmakta ve hukuka aykırılık unsuru içerisinde de yer almaktadır. Hukuka aykırılık tipiklik üzerindeki değersizlik yargısı olma özelliğini kaybetmekte, tipikliğin yanında haksızlığın pozitif bir unsuruna dönüşmektedir¹⁷⁸. Diğer bir anlatımla, suçun kanuni tanımındaki objektif unsurlar ve bunların gerçekleştiğinin bilinmesi ve istenmesinden müteşekkil tipikliğin yanında, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmemesi ve bu unsurların gerçekleşmediğinin bilinmesi ve istenmesinden müteşekkil ayrı bir hukuka aykırılık tipikliği daha ortaya çıkmaktadır. Bu ise tipikliğin, haksızlığın çerçevesini çizme işlevini yitirmesine sebep olmaktadır. Diğer taraftan, tipiklik tasviri tipiklik ve kast haksızlık kastı olarak anlaşıldığından, tipiklik kastın bağlantı noktası olma işlevini de yitirmektedir. Bu itibarla, sınırlı kusur teorisinin, uyarı fonksiyonunu koruma adına, tipikliğin suçun yapısında icra ettiği birçok temel fonksiyondan vazgeçtiği söylenmelidir¹⁷⁹. Nitekim, literatürde, bizce de haklı olarak, sınırlı kusur

¹⁷⁸ Krş. Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 14-15. Sınırlı kusur teorisıyla ilişkili olmamakla birlikte, hukuka aykırılığın haksızlığın pozitif unsuru olarak kabul edilmesinin eleştirisi için bkz. Herzberg, **JA 4/1986**, s. 192; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 239.

¹⁷⁹ Hukuka uygunluk sebeplerinin değerlendirme aracı olmak yerine değerlendirmenin konusuna ve hukuka aykırılığın ise tipiklik yanında haksızlığın pozitif unsuruna dönüşmesi, tipikliğin hukuka aykırılığa karine teşkil ettiği düşüncesini de zedelemektedir (krş. Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 200). Böyle bir durumda tipikliğin uyarı fonksiyonunun korunması da pek mümkün olmadığını düşünüyoruz. Sınırlı kusur teorisinin hukuk dogmatığına değil, suç politikasına ilişkin öncüllere dayandığı yönünde bkz. Otto, **Grundkurs**⁷, § 15, kn. 19.

teorisinin tipikliğin negatif unsurları öğretisinin sistematik sonuçları olmaksızın savunulmasının dogmatik olarak mümkün olmadığı ifade edilmektedir¹⁸⁰.

Dogmatik olarak tutarsız olmasının yanında, sınırlı kusur teorisinin TCK'nın düzenlemeleriyle uyuşup uyuşmadığının da incelenmesi gerekir.

Teorinin ortaya çıkmasında etkili olan Alman Ceza Kanunu kastı tanımlamadığı gibi hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya ilişkin özel bir düzenlemeye de yer vermemiştir. Kanunun 16. paragrafında tipiklik hatası, 17. paragrafında ise haksızlık hatası düzenlenmiştir. Şayet kast haksızlık kastı olarak anlaşılabilecek olursa, 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 sürülebilir. Buna karşılık, TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasında kast suçun kanuni tanımındaki objektif unsurların bilinmesi ve istenmesi şeklinde tipiklik kastı (doğal kast) olarak tanımlanmıştır. Hükme göre, kast sadece tipikliğin objektif unsurlarının gerçekleştirilmesini kapsamaktadır. Ancak bunların gerçekleştirilmesinin ifade ettiği değersizliği kapsamamaktadır. Bu durumda kast haksızlık kastı olarak anlaşılamaz¹⁸¹. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları kastın kapsamında olmadığından, bir hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının gerçekleştiği hususunda düşülen hatanın kast üzerinde etkili olması mümkün değildir. TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrası sınırlı kusur teorisi karşısında normatif bir engel teşkil etmektedir.

¹⁸⁰ Schünemann, **GA 1985**, s. 348, 350, 351; Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 169. Yine literatürde, sınırlı kusur teorisinin tipikliğin negatif unsurları öğretisinden farklı olmadığı ifade edildiği gibi (Schmid, **Verhältnis**, s. 23), teorisinin pratik olarak tipikliğin negatif unsurları öğretisine götürdüğü de ifade edilmektedir (Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 169, dn. 36). Ayrıca, teoride her ne kadar suçun üç basamaklı yapısı korunmaya çalışılmış olsa da, gerek değerlendirmenin konusu gerek haksızlık kastının içeriği göz önünde bulundurulduğunda, tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarının sadece görünüşte birbirinden ayrıldığı, esas itibarıyla bunların tek bir değerlendirme aşaması oluşturduğu (Kühl, **L/K**²⁹, § 17, kn. 10; Erman, **Yanılma**, s. 339-340) ve bu yönüyle de teorisinin tipikliğin negatif unsurları öğretisinden farklı olmadığı söylenmelidir. Ayrıca bkz. Maurach, **AT**³, s. 395.

¹⁸¹ Bkz. Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 169; Krş. Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 15-17; Erman, **Yanılma**, s. 348-349.

Hukukumuzda sınırlı kusur teorisini benimseyen yazarlar, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın düzenlendiği TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasındaki kaçınılmazlık/kaçınılabirlik kavramlarını taksirli suçların haksızlığında olduğu gibi objektif esaslara göre değerlendirmekte ve dolayısıyla kaçınılabir hatanın taksirli suçun haksızlığına vücut vereceğini düşünmektedirler¹⁸². Katı kusur teorisiyle ilgili yapılan açıklamalarda ifade edildiği üzere, kaçınılmazlık/kaçınılabirlik kavramları kusura ait bir kriter olup, failin şahsi öngörebirliği çerçevesinde belirlenmelidir. Bu, TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasının tabii sonucu olduğu gibi, aynı kritere yer veren 30. maddesinin 4. fıkrasıyla da uyumlu olacaktır.

Yine sınırlı kusur teorisini benimseyen yazarlarca, 30. maddenin 3. fıkrasında hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hatanın düzenlendiği, ancak buna bağlanan sonucun ne olduğunun belirtilmediği, kaçınılabir hatadan ise hiç söz edilmediği, bu sebeple, kanunda boşluk olduğu ve söz konusu boşlukların sırasıyla 30. maddenin 1. fıkrasının 1. ve 2. cümlelerinden kıyas yapılarak doldurulması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸³. Şüphesiz böyle bir kıyas failin lehine olacağından¹⁸⁴, aleyhe kıyas yasağı bakımından buna bir engel yoktur.

Buna karşılık, kaçınılmazlık/kaçınılabirlik kavramlarına ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar karşısında, kanunda kaçınılmaz hataya bağlanan sonucun ne olduğu konusunda bir boşluk yoktur. Kaçınılmaz hata halinde faile kusur isnat edilemez. Kanunda hüküm bulunan hallerde kıyas mümkün olmadığından, kaçınılmaz hata bakımından kıyasa başvurulamaz¹⁸⁵. Kanunda kaçınılabir hata düzenlenmemiş, fıkra gerekçesinde kaçınılabir hatanın temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağı ifade edilmiştir. Gerekçe her ne kadar

¹⁸² Özbek, **CHD 7 (2008)**, s. 90; Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 25, dn. 57; Değirmenci, **TBBĐ 110 (2014)**, s. 176; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1694; Özgenç, **Genel¹⁵**, s. 483; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, **Genel¹⁴**, s. 649; Sarıgül, **AHBVÜ-HFD 3/2020**, s. 346-347.

¹⁸³ Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 8, 27; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1696.

¹⁸⁴ Aynı yönde bkz. Tunç, **Hata**, s. 254; Sarıgül, **AHBVÜ-HFD 3/2020**, s. 334.

¹⁸⁵ Ayrıca bkz. Erman, **Yanılma**, s. 349.

hüküm ifade etme bakımından bağlayıcı olmasa da, kanundaki boşluğun niteliği hakkında belirleyici olabilir. Gerekçede kaçınılabilir hataya ilişkin açıklamalara yer verilmiş olması, kanun koyucunun kaçınılabilir hatayı gözden kaçırmadığını ve bu konuda bilinçli olarak sustuğunu göstermektedir. Bilinçli boşluk halinde ise kıyas yapılarak boşluk doldurulamaz. Bunun anlamı, kaçınılmaz hatanın aksine, kaçınılabilir hata halinde failin hatasından yararlanamayacağıdır. Ancak bu, kaçınılabilir hatanın temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim madde gerekçesi de bundan farklı bir şey söylememektedir.

Düşüncemize göre, 30. maddenin 3. fıkrasına ilişkin getirilen eleştiriler, normun kendisinden kaynaklanmamakta, daha ziyade, TCK'nın benimsemiş olduğu anlayışın sınırlı kusur teorisine uygun olmaması sebebiyle, normu aşmaya yönelik gayretlerden kaynaklanmaktadır¹⁸⁶.

Sınırlı kusur teorisine göre hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata kastı kaldırdığından, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında tersine hata kastı temellendirir. Bunun ise elverişsiz teşebbüse vücut vereceği ifade edilmektedir¹⁸⁷. Bu durumda, elverişsiz teşebbüsün haksızlığının ortadan kaldırılması, diğer bir ifadeyle, kast değersizliğinin telafisi için hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekli olduğu sonucuna varılmaktadır¹⁸⁸.

Ancak subjektif unsurların gerekliliğinin bu şekilde temellendirilebilmesi, ifade edildiği gibi, salt kast değersizliğinin haksızlık olarak nitelendirilebilmesine bağlıdır. Söz konusu hata hali her ne kadar kast değersizliğini temellendirse de, bu kast değersizliğinin haksızlığı

¹⁸⁶ Sınırlı kusur teorisini benimseyen *Karaaslan* ise, 30. maddenin 3. fıkrasında yer alan düzenlemenin teorik olarak yanlış olmasının başka bir husus, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatayı düzenlemeyen Alman Ceza Kanunu çerçevesinde yapılan tartışmaların ve buradan çıkarılan teorilerin, kanun koyucunun açık iradesine rağmen, kanuna yorum yoluyla monte edilmeye çalışılmasının ise başka bir husus olduğunu ifade etmektedir (*Karaaslan*, **LHD** 2017, s. 1698).

¹⁸⁷ Puppe, **FS-Lackner**, s. 242; Scheffler, **Jura** 1993, s. 623.

¹⁸⁸ Ayrıca bkz. Tunç, **Hata**, s. 263.

temellendirebilmesi tehlikesiz elverişsiz teşebbüsün kanunda cezalandırılmasına bağlıdır. Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmadığı bir hukuk düzeninde kast değersizliği haksızlık teşkil etmediğinden, sınırlı kusur teorisi kabul edilse dahi subjektif unsurların gerekliliği temellendirilemez. Yine bu hata hali dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi ise, kanunda elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasına ek olarak, bu hata halinden elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin çıkarılabilmesine, yani söz konusu hata halinin elverişsiz teşebbüsün tipikliğine uygun olmasına bağlıdır. Söz konusu hata hali her ne kadar kast değersizliğini temellendirmekte ve bu kast değersizliği de elverişsiz teşebbüsün cezalandırıldığı bir hukuk düzeninde elverişsiz teşebbüsün haksızlık içeriğine karşılık gelmekte ise de, bu hata sebebiyle ortaya çıkan durumun elverişsiz teşebbüsün tipikliğine uygun olup olmadığı sorunuyla karşılaşılacaktır¹⁸⁹.

TCK'da elverişsiz teşebbüs cezalandırılmadığından, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu cezalandırılmayacağı gibi genel olarak haksızlık da teşkil etmeyecektir¹⁹⁰.

d. Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi

Hukuki sonuçlarıyla sınırlı kusur teorisi¹⁹¹, çifte fonksiyona dayalı kusur anlayışıyla temellendirilmektedir. Bu anlayışa göre, kast sadece haksızlık alanıyla sınırlı olarak fonksiyon icra etmez. Kusur içerisinde de işlevi vardır. Haksızlık alanında tasviri tipikliğin subjektif unsuru olan kast, gailiğin taşıyıcısı olarak suçun kanuni tanımındaki objektif unsurların bilinmesi ve istenmesidir ve kasıtlı suçun hareket değersizliğini temellendirir. Doğal kast olarak anlaşılan tipiklik kastı sadece tipikliğin objektif unsurlarını kapsar, ancak bunların gerçekleştirilmesinin ifade ettiği değersizliği kapsamaz. Kast, olgu

¹⁸⁹ Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 4. Elverişsiz Teşebbüsten Cezalandırma Görüşünün Eleştirisi başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁹⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 6. Kast Değersizliğinin Haksızlığı Temellendirebilirliği Bakımından Değerlendirme başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁹¹ Türk ceza hukuku literatüründe hukuki sonuçlarıyla sınırlı kusur teorisini benimseyen yazarlar için bkz. Erman, **Yanılma**, s. 378; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel**¹⁰, s. 426; Doğan, **Neticesi**², s. 196 vd.

değersizliğini gerçekleştirmeye yönelmiş olma değil, bu değersizliği temellendiren olguları gerçekleştirmeye yönelmiş olma anlamına gelir. Kusur alanında ise hukuk düzeninden yana tavır almama biçiminde ortaya çıkan zihniyetin değersizliğinin taşıyıcısı olarak kast kusurunu temellendirmektedir¹⁹².

Kasıtlı suçun hareket haksızlığını temellendiren kastın tespiti, kural olarak, failin kendisini hukuk düzeni karşısında konumlandırıncı olduğunun ve kast kusurunun varlığının tespiti için yeterlidir. Tipiklik kastı, kast kusurunun varlığı bakımından bir karine oluşturur. Bu çürütülebilir bir karinedir. İstisnai bazı hallerde kişinin, haksızlık bakımından kasten hareket etmesine karşın, kast kusuru bulunmayabilir. Bu hallerden birini de hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata oluşturmaktadır¹⁹³.

Kastın haksızlık içerisindeki kapsamı ve mahiyeti, katı kusur teorisinde olduğundan farklı değildir. Sadece tasviri tipikliğin objektif unsurları üzerindeki hata kastı kaldıran tipiklik hatasıdır. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde tipiklik kastı ortadan kalkmaz. Tipikliğin objektif unsurları gibi subjektif unsurları da gerçekleşmiştir. Söz gelimi kendisine karşı bir saldırı gerçekleştirilmekte olduğuna inanarak bir kimseyi öldüren kişi, bir insan öldürdüğünün bilincindedir. Ancak hatalı olarak kabul ettiğı koşullar altında buna izin verildiğini düşünmektedir. Bu ise tipiklikte bir hata değil, somut olgu hatası dolayısıyla ortaya çıkan bir haksızlık hatasıdır¹⁹⁴.

Haksızlık alanında ortaya çıkan hata hallerinin tasnifi bakımından hukuki sonuçlarıyla sınırlı kusur teorisi ile katı kusur teorisi arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Bir hukuka uygunluk sebebinin varlığında veya hukuki sınırlarında hata gibi maddi şartlarında hata da haksızlık hatasıdır. Ancak katı

¹⁹² Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 45, dn. 89; Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 169; Lenckner, **S/S²⁶**, vor §§ 13, kn. 120/121; Wessels/Beulke/Satzger, **AT⁴⁶**, § 5, kn. 203; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 93; Erman, **Yanılma**, s. 351-352. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm, I, B, 2. Çifte Fonksiyona Dayalı Kusur Anlayışı başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁹³ Jescheck/Weigend, **AT⁵**, s. 430; Wessels/Beulke/Satzger, **AT⁴⁶**, § 5, kn. 203.

¹⁹⁴ Gallas, **ZStW 67 (1955)**, s. 45, dn. 89; Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 169; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 91-92; Heuchemer, **Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 182; Roxin, **AT/I⁴**, § 14, kn. 57; Schmid, **Verhältnis**, s. 23; Erman, **Yanılma**, s. 350.

kusur teorisinden farklı olarak, somut olgu hatasına dayanması sebebiyle, haksızlık hatasının özel bir türünü oluşturur¹⁹⁵. Bu hatanın haksızlık hatasının diğer görünüm şekillerinden farkı, failin hukuken hatalı değerlendirmede bulunmaması ve var olduğuna inandığı koşulların gerçekte var olması halinde fiilinin gerçekten hukuka uygun olarak ortaya çıkacak olmasıdır¹⁹⁶.

Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hata halinde ne kast kusuru ne de taksir kusuru vardır. Fail kusurlu değildir. Kaçınılabılır hata halinde kusur varlığını devam ettirir. Ancak fail, davranışıyla hukuk düzeninin sınırları dışına çıkmayı istememektedir. Faile hukuk düzeni karşısında bilinçli olarak tavır alma ve bilinçli olarak hukuka riayet etmeme biçimindeki zihniyet değersizliğini ifade eden kast kusuru isnat edilemez. Haksızlık her ne kadar kasten gerçekleştirilmiş olsa da kasıtlı suçun kusuru bakımından tipik olan zihniyet değersizliği eksiktir. İşlenen haksızlık dolayısıyla cezalandırma, kusurun türü ve ağırlığına uygun olmak zorunda olduğundan, haksızlık kasten gerçekleştirilmiş olsa da faile kasıtlı suçun cezası verilemez¹⁹⁷.

Fail, içinde bulunduğu koşulları özensiz bir şekilde değerlendirmiş olması sebebiyle, hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının gerçekleştiği inancıyla hareket etmiştir. Suçun kanuni tanımındaki objektif unsurları gerçekleştirme iradesinin oluşumu, yani kastın inşasını sonuçlayan motivasyon taksirli olarak uyandırılmıştır. Bu ise taksir kusurunu temellendirmektedir.

¹⁹⁵ Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın hukuki sonuçlarıyla sınırlı kusur teorisinde ne tipiklik hatası ne de haksızlık hatası olduğu, aksine kendine özgü bir hata türü olduğu yönündeki görüş için bkz. Art. Kaufmann, **JZ 1956**, s. 356; Tunç, **Hata**, s. 256.

¹⁹⁶ Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 169; Jescheck/Weigend, **AT⁵**, s. 464; Lenckner, **S/S²⁶**, vor §§ 13, kn. 120/121; ayrıca bkz. Scheffler, **Jura 1993**, s. 619-620; Erman, **Yanılma**, s. 351; Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 13; Meraklı, **Kusur**, s. 189; Tunç, **Hata**, s. 257. Teoriye göre, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde failin hukuka uygunluk bilinciyle hareket etmesi dolayısıyla kasıtlı suçun hareket haksızlığının da azaldığı ve bunun haksızlık hatasının diğer görünüm biçimlerinden (dolaylı haksızlık hatasından) farklılık oluşturduğu ifade edilmektedir (Jescheck/Weigend, **AT⁵**, s. 464; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 92-93; Erman, **Yanılma**, s. 351; Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 13).

¹⁹⁷ Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 169-170; Jescheck/Weigend, **AT⁵**, s. 465; Lenckner, **S/S²⁶**, vor §§ 13, kn. 120/121; Wessels/Beulke/Satzger, **AT⁴⁶**, § 14, kn. 704; Maurach/Zipf, **AT/I⁸**, § 37, kn. 43; ayrıca bkz. Art. Kaufmann, **JZ 1956**, s. 356; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 91-92; Heuchemer, **Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 182; Schmid, **Verhältnis**, s. 23-24; Erman, **Yanılma**, s. 352, 356; Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 13; Meraklı, **Kusur**, s. 189.

Kanunda ayrıca düzenlenmiş olması kaydıyla fail, kasıtlı olarak işlediği suçun taksirli halinden cezalandırılır¹⁹⁸. Bu açıdan, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata sadece cezalandırmayla ilgili sonuçları bakımından kastı kaldıran hataya benzerlik göstermekte ve bu durumda kastı kaldıran hatada taksirli suçtan sorumluluğun saklı olduğuna ilişkin hükmün (Al.CK § 16/I-2. c.; TCK m. 30/1-2. c.) kıyasen uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁹⁹.

Teorinin önemli temsilcilerinden *Gallas*, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılabilir hata halinde kast kusurunun yokluğu ve taksir kusurunun varlığı sebebiyle kasten işlenmiş olan suça taksirli suç tipinin cezasının uygulanmasının, yani kasıtlı haksızlık ve taksir kusuru kombinasyonunun, ancak bu teorinin ortaya çıkmasına sebep olmuş 1962 tarihli Alman Ceza Kanunu Tasarısının 20. paragrafında²⁰⁰ olduğu gibi, bir kanuni temele ihtiyaç duyduğunu ifade etmektedir²⁰¹. Böyle bir kanuni temelin bulunmaması halinde, faili taksirli suç tipi dolayısıyla cezalandırma, taksirli suça ilişkin koşulların varlığı halinde mümkündür. Yazara göre, fail her ne kadar kasten hareket etmekte ise de, tipikliğin objektif unsurlarını gerçekleştirme kararını sonuçlayan taksiri, failin iç dünyasındaki sürecin tamamına sirayet etmekte, haksızlığın kasıtlı ve taksirli görünüm şekilleri birlikte gerçekleşmektedir. Kaçınılabilir hata dolayısıyla kast kusuru söz konusu olmadığından, haksızlığın birincil nitelikteki kasıtlı görünüm şekli

¹⁹⁸ Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 171-172; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 464-465; Lenckner, **S/S**²⁶, vor §§ 13, kn. 120/121; Roxin, **AT/I**⁴, § 14, kn. 57; Schmid, **Verhältnis**, s. 24; Meraklı, **Kusur**, s. 189-190.

¹⁹⁹ Wessels/Beulke/Satzger, **AT**⁴⁶, § 14, kn. 704; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 464; Maurach/Zipf, **AT/I**⁸, § 37, kn. 43; Scheffler, **Jura 1993**, s. 619; Heuchemer, **Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 182; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 91; Tunç, **Hata**, s. 256.

²⁰⁰ Tasarının “Hukuka uygunluk sebeplerinin veya mazeret sebeplerinin maddi şartlarında hata” başlıklı 20. paragrafında “(1) Fiili işlediği sırada, fiili hukuka uygun hale getiren veya mazur kılan maddi şartların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, kasıtlı suçtan dolayı cezalandırılmaz. (2) Ancak bu hatası dolayısıyla kınanabildiği ve kanunda da fiilin taksirli halinin cezalandırıldığı hallerde, kişi suçun taksirli halinden dolayı cezalandırılır.” Hükmüne yer verilmiştir.

²⁰¹ *Schmid* ise hukuki sonuçlara atıfta bulunmanın, diğer bir anlatımla, belirli bir suç tipine başka bir suç tipinin sonuçlarını uygulamanın kanunun uygulanmasına ilişkin bir teknik değil, kanun yapma tekniği olduğunu ifade etmektedir (Schmid, **Verhältnis**, s. 24).

cezalandırmaya esas olmamakta, ikincil nitelikteki taksirli biçimi öne çıkararak, taksir kusuruyla birlikte failin taksirli suç tipinden dolayı cezalandırılması sonucunu doğurmaktadır²⁰².

Hukuki sonuçlarıyla sınırlı kusur teorisine göre, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılabılır veya kaçınılamaz hata hallerinde tipiklik kastı gerçekleşmiş olduğundan, bağlılık kuralında (TCK m. 40) olduğu gibi, kasıtlı haksızlığın gerçekleşmesinin gerekli olduğu haller mümkün görülmektedir²⁰³.

Katı kusur teorisine göre, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılabılır hata haksızlık bilincinin yoğunluğu üzerinde etkili olmakta ve failin kusurunun azalmış olduğu kabul edilmektedir. Ancak kusurda meydana gelen azalmanın ölçüsü konusunda bir derecelendirme kriteri ortaya konulmamakta, bu husus cezanın belirlenmesinde hakimın takdirine bırakılmaktadır. Buna karşılık, hukuki sonuçlarıyla sınırlı kusur teorisinin, kast ve taksir kusuru ayırımına bağlı olarak, kaçınılabılır hataya düşen failin kusurunda meydana gelen azalmanın ölçüsü konusunda daha somut bir derecelendirme yapmaya imkan sunması, teorisinin olumlu bir yönü sayılabilir²⁰⁴.

Teorinin kastı tipiklik kastı olarak anlaması, TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasıyla uyumludur. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatayı haksızlık hatası olarak değerlendirmesi sebebiyle, teorisinin TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasıyla da çelişmediği söylenmelidir²⁰⁵.

²⁰² Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 171-172.

²⁰³ Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 172; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 465; Lenckner, **S/S**²⁶, vor §§ 13, kn. 120/121; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 93; Heuchemer, **Erlaubnistatbestandsirrtum**, s. 182-183; Meraklı, **Kusur**, s. 190; Tunç, **Hata**, s. 257; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1690.

²⁰⁴ Aynı yönde bkz. Erman, **Yanılma**, s. 377-378.

²⁰⁵ *Erman*'a göre, TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasının f. bendinde temel cezanın belirlenmesinde "failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını"n da ölçü olarak alınacağından söz edilmiş olması, hukuki sonuçlarıyla sınırlı kusur teorisine işaret etmektedir. Zira kastın sadece haksızlık alanında bulunduğu benimsenecek olursa, failin kusurunun kasta dayalı olması bir anlam ifade etmeyecektir. Söz konusu hüküm, ancak tipiklik kastı yanında bir de kast kusurunun varlığının, yani kastın çifte fonksiyonunu kabul edilmesi durumunda anlam

Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılabılır hatanın tipiklik kastı üzerinde etkili olmaması ve kasıtlı haksızlığın varlığını devam ettirmesine karşılık, faile kast kusurunun isnat edilememesi ve fakat taksir kusurunun varlığını devam ettirmesi her ne kadar dogmatik açıdan kendi içinde tutarlı ve yürürlükteki hukukla da çelişmez görünmekteyse de, teoride, gerçekleşen bir suç tipine (söz gelimi kasten öldürme suçuna), gerçekleşmemiş bir suç tipine (söz gelimi taksirle öldürme suçuna) ilişkin cezanın uygulanmasına dogmatik açıdan makul bir izah getirilebilmiş değildir²⁰⁶.

Kast ve taksir, yapıları ve unsurları itibarıyla tamamen birbirinden bağımsız kavramlar olup, biri diğərinin ikamesi değildir. Aksine söz konusu kavramlar birbirlerini dışlayıcı nitelikte olup (*aliud*) haksızlığın kendine özgü bağımsız görünüm şekilleridir (*selbstständige Erscheinung*). Kast varsa taksirin, taksir varsa da kastın bulunmadığından söz edilir. Kasten işlenen bir suçun, suçun taksirli halini de içinde barındırdığı söylenemez²⁰⁷.

Kasten işlenmiş bir haksızlığın varlığı halinde taksirli suçla ilişkin koşullar gerçekleşmeyeceğinden, suçun kasıtlı halinden cezalandırılabilmesinden bahisle faili suçun taksirli halinden cezalandırmak mümkün değildir. Böyle bir uygulama, ancak kanunda açık bir düzenlemenin bulunması halinde mümkündür. Fakat TCK’da hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata bakımından bu konuda genel bir düzenleme bulunmamaktadır.

kazanacaktır (Erman, **Yanılma**, s. 387). Düşüncemize göre, kast ve taksirin kusur isnadının konusunu oluşturması (Welzel, **Strafrecht**¹¹, s.; 175; Früh, **Rechtfertigungsgrundes**, s. 44) ve katı kusur teorisinde de haksızlığın kast ve taksirle işlenmiş olmasının haksızlık bilinci bağlamında kusurun derecesi üzerinde etkili olacak olması (Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 164-165) sebebiyle, söz konusu hüküm hukuki sonuçlarıyla sınırlı kusur teorisi benimsenmeden de anlam ifade edecektir.

²⁰⁶ Aynı yönde bkz. Schünemann, **GA 1985**, s. Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 27; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1693.

²⁰⁷ Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 2, 8. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2014, § 42, kn. 45; Elvan Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatığı**, 1. Baskı, Turhan, Ankara, 2015, s. 37-38.

Bu konudaki tek düzenleme, TCK'nın 27. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Hükme 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 kadar indirilerek hükmolunur”. Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması esas itibarıyla hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata niteliğindedir²⁰⁸. Hukuka uygunluk sebebinin hale ilişkin, yani *ex post* olarak değerlendirilecek unsurlarının var olması ve fakat ileriye dönük unsurlarında, yani objektif *ex ante* olarak değerlendirilecek unsurlarında ölçünün aşılması halinde sınırın aşılmasından söz edilir. Bu da kast olmaksızın sınırın aşılması ile hukuka uygunluk sebeplerinin hiçbir unsurunun gerçekleşmemesi arasında, gerek haksızlık içeriğinde²⁰⁹ gerek kusurun içeriğinde azalma sebebiyle, fark doğurmaktadır. Söz konusu farkı dikkate alan kanun koyucu, sınırın aşılmasını maddi şartlardaki diğer hata hallerinden ayrı olarak düzenlemiş ve hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatada katı kusur teorisinden yana tercihte bulunurken, hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın kast olmaksızın aşılması bakımından hukuki sonuçlarıyla sınırlı kusur teorisinden yana karar vermiştir²¹⁰. Şu halde, hukuka uygunluk sebebinde sınırın kast olmaksızın (kaçınılabılır hata) aşılması halinde, failin kasıtlı suçun haksızlığını gerçekleştirdiği, ancak kast kusurunun bulunmaması ve fakat taksir kusurunun varlığını devam ettirmesi sebebiyle faile suçun taksirli halinin cezası verilecek ve cezada belirtilen oranda indirimle gidilecektir.

Hukuki sonuçlarıyla sınırlı kusur teorisinde hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata haksızlık hatasının özel bir görünüm şekli

²⁰⁸ Koca/Üzülmez, **Genel**¹², s. 308. Bu konuda değerlendirme için ayrıca bkz. Ersan, **Savunma**, s. 67 vd.

²⁰⁹ Ersan, **Savunma**, s. 70.

²¹⁰ Krş. Erman, **Yanılma**, s. 381. Ancak kanunda böyle bir düzenlemeye yer verilmeyerek fıkarda düzenlenen sınırın aşılması halinin TCK m. 30/3 hükmüne göre çözümlenmesinin ve haksızlık ve kusurun içeriğine ilişkin söz konusu farklılığın yine temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

olduğundan, tersine hata kastı temellendirmeyecek ve mefruz suça vücut verecektir²¹¹.

Hukuki sonuçlarıyla sınırlı kusur teorisinin içinde geliştirildiği şahsi haksızlık öğretisinde hukuka uygunluk sebeplerinin unsurlarının etkililiği bakımından ayırım tezi esas alınmakta ve hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının subjektif unsurlardan bağımsız olarak etki doğurabileceği kabul edilmektedir. Bu durumda, mefruz suç sonucundan kaçınma imkanı da bulunmamaktadır. Bu açıdan, subjektif unsurların temellendirilmesiyle ilgili olarak katı kusur teorisi başlığı altında yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir.

Buna karşılık, hukuki sonuçlarıyla sınırlı kusur teorisi taraftarları, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında tersine hata haline elverişsiz teşebbüse ilişkin hükmün kıyasen uygulanmasını kabul etmektedirler²¹². Ancak böyle bir kıyas, failin aleyhine olması sebebiyle, mümkün değildir²¹³.

Sonuç olarak, hukuki sonuçlarıyla sınırlı kusur teorisi kabul edildiğinde, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya ilişkin hükümlerin mefhumu muhalifinden hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının temellendirilmesi mümkün değildir²¹⁴.

²¹¹ Scheffler, **Jura 1993**, s. 623; ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 295.

²¹² Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 330; Maurach/Zipf, **AT/I**⁸, § 25, kn. 34; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**⁴⁶, § 14, kn. 406; Lenckner, **S/S**²⁶, vor §§ 13, kn. 60. Mefruz suça elverişsiz teşebbüse ilişkin hükmün kıyasen uygulanması (*die Annahme eines Wahndelikts mit den Rechtsfolgen eines untauglichen Versuch*) hakkında değerlendirmeler için bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 294.

²¹³ Scheffler, **Jura 1993**, s. 623; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 294 vd.

²¹⁴ Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 29.

II. SUBJEKTİF UNSURLARIN GEREKLİLİĞİNİN SUÇ ÖĞRETİLERİ VE HAKSIZLIĞIN YAPISINDAN HAREKETLE TEMELLENDİRİLMESİNİN ELEŞTİRİSİ

A. Finalist Suç Öğretisi

1. Final Hareket Öğretisinden Hareketle Temellendirmenin Eleştirisi

Final hareket öğretisine göre, insan hareketinin final yapısı ceza hukuku normları bakımından bütünüyle kurucu niteliktedir. Ceza hukuku normlarının emir ve yasakları sadece geleceği amaçlı faaliyetlerle şekillendirmeye muktedir olan fiili muhatap alır. Normlar sadece final hareketleri emredebilir veya yasaklayabilir. Final hareketi muhatap alan bu normlar ise şüphesiz kişiyi belirli şekilde davranma veya davranmama hususunda yönlendirmeyi amaçlayan belirleyici normdur²¹⁵.

Belirleyici normun muhatabı failin iradesi olduğundan, normun belirleyici fonksiyonu belirli ölçüde iradenin hesaba katılmasını gerektirir²¹⁶. Bu açıdan, belirleyici norm kasıtlı suçlarda kastı ihdas edici bir fonksiyonu haizdir. Ancak belirleyici normun kastın suçun yapısı içerisindeki konumunu belirleme fonksiyonu yoktur. Yani belirleyici norm kastın suçun yapısında mutlaka belirli bir yerde konumlandırılmasını gerektirmez. Belirleyici norma aykırılığın kusuru temellendirdiği kabul edildiğinde kast kusurun bir unsuru olurken²¹⁷, haksızlığı temellendirdiği kabul edildiğinde kast haksızlığın ve dolayısıyla tipikliğin unsuru haline gelir²¹⁸.

²¹⁵ Bkz. İkinci Bölüm, I, A, 1. Hareketin Final Yapısı başlığı altında yapılan açıklamalar.

²¹⁶ Bkz. Birinci Bölüm, II, B, 3. Kusurun Yükümlülük Emrine Aykırılıkla Temellendirilmesi başlığı altında yapılan açıklamalar.

²¹⁷ Bkz. Birinci Bölüm, I, B, 3. Normatif-Psikolojik Kusur Anlayışı başlığı altında yapılan açıklamalar.

²¹⁸ Bkz. İkinci Bölüm, I, B, 1, (1) Ceza Normunun Çifte Fonksiyonu başlığı altındaki açıklamalar.

Final hareket öğretisini benimseyen yazarlara göre, final hareketin norm bakımından kabul edilen bu anlamı, haksızlık alanında olduğu gibi, hukuka uygunluk alanında da kendini göstermektedir. Yasak normunun emir ve yasakları gibi, izin veren kuralların izinleri de ancak final hareketleri muhatap alabilir. Hareketin final yapısı izin veren kurallar, yani hukuka uygunluk sebepleri bakımından da kurucu niteliktedir²¹⁹.

Düşüncemize göre, şayet tipe uygun davranışa izin veren kuralların emredici nitelikte ve belirleyici fonksiyonu haiz olduğu kabul edilecek olsaydı, bu durumda hukuka uygunluk sebeplerinde failin iradesinin hesaba katılması gerekirdi. Bu da hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekli olduğu anlamına gelirdi. Ancak emredici teoriyi benimseyen yazarlarca da kabul edildiği üzere, izin veren kurallar emredici nitelikte olmayıp belirleyici fonksiyonu haiz değildir. Aksine bu kurallar yasak normu tarafından yasaklanmış olan davranışa izin veren ve faile yasak normunun konusunu gerçekleştirme hususunda hareket yetkisi tanıyan kurallardır (*gewährende Rechtssätze/ Gewärungen/ Bewilligungen*). İzin veren kurallar yasak normunun emir ve yasaklarını sınırlandırma ve bunların yükümlülüğe dönüşmesini engelleme işlevi görür²²⁰. Şu halde, izin veren kuralların final hareketlerin varlığını şart koştuğu kabul edilse dahi, söz konusu kurallar ile final hareket arasındaki bu ilişkiden hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği çıkarılamaz²²¹.

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin temellendirilmesinde ileri sürülen, fiilin illi-gai bütünlüğünün hukuka uygunluk alanında da varlığını sürdürdüğü, gailiğin her bir hukuka uygunluk sebebinin

²¹⁹ Bkz. İkinci Bölüm, I, A, 4. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi başlığı altında yapılan açıklamalar.

²²⁰ Oehler, **Zweckmoment**, s. 23-26; Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 228, 224, 266; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 322 vd. Emredici normlar ile izin veren normlar arasındaki ilişki hakkında ayrıca bkz. Karl Engisch, **Auf der Suche nach der Gerechtigkeit**, 1. Aufl., R. Piper & Co. Verlag, München, 1971, s. 46-50; Rupert Schreiber, **Die Geltung von Rechtsnormen**, 1. Aufl., Springer Verlag, Berlin Heidelberg New York, 1966, s. 40-41, 36 vd.

²²¹ Ayrıca bkz. ve krş. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 108.

yapısına kadar uzandığı, sadece final hareketlerin haksızlığın ortadan kaldırılmasının konusunu oluşturabileceği ve failin ancak hukuka uygunluk amacına yönelmiş olması, hareketin objektif olarak tasvip edilen neticesinin failin bu neticeyi hedefleyen iradesi tarafından taşınması halinde hukuka uygunluktan söz edilebileceği düşüncesi²²² de isabetli değildir.

İnsan hareketinin final bir yapıyı haiz olduğu ve sadece final hareketlerin fiil olarak tavsifi dolayısıyla, yine sadece final hareketlerin haksızlığın ortadan kaldırılmasının konusunu oluşturacağı pekala kabul edilebilir. Ancak insan hareketinin final yapısının ceza hukuku bakımından normatif olarak bağlayıcı bir potansiyeli haiz olup olmadığı, diğer bir ifadeyle, insan davranışının ontolojik yapısına ilişkin ortaya konulan ve olanı ifade eden bu kabullerden, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği gibi normatif açıdan olması gerekene dair bağlayıcı bir sonucun çıkarılıp çıkarılamayacağı ayrı bir husustur²²³.

Normun belirleyici fonksiyonunun aksine, insan hareketinin final yapısının kastı ihdas etme fonksiyonu bulunmamaktadır. Gailik, her ne kadar fiilin varlığı için gerekli ontolojik bir kategoriye ifade etse de, bu, normatif bir gereklilik olarak kastın varlığını zorunlu hale getirmez. Buna karşılık, kastın gerekliliğine ilişkin normatif bir öncülün varlığı halinde insan hareketinin final yapısı, kastın suçun yapısı içerisinde nerede konumlandırılacağı konusunda belirleyici olmaktadır.

Nitekim öğretiyeye göre, kast ceza hukuku bakımından önemli gailik olduğundan ve gaye kasta değil, kast gayeye tekabül ettiğinden, her hareket gayeli olmak zorunda olsa da, bu gayenin her halde hukuken önem atfedilen olgulara yönelik olması gerekmemektedir²²⁴.

²²² Bkz. İkinci Bölüm, I, A, 4. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi başlığı altında yapılan açıklamalar.

²²³ Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 105-106; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 20; ayrıca bkz. Sözüer, **Teşebbüs**, s. 105.

²²⁴ Bkz. İkinci Bölüm, I, A, 1. Hareketin Final Yapısı başlığı altında yapılan açıklamalar.

Kastın suçun oluşması için gerekli oluşu, kusur ilkesinin ve buna uygun olarak TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasının sonucudur. Kast suçun oluşması için gerekli olduğunda, final hareket öğretisi kastın konumunu haksızlık olarak belirlemekte ve kast tipikliğin bir unsuru haline gelmektedir. Bu itibarla, söz gelimi kusur ilkesinin kabul edilmediği ve objektif sorumluluk esasına dayanan bir ceza hukuku sisteminde final hareket öğretisinin suçun oluşmasında kastın gerekliliği bakımından hiçbir belirleyiciliği olmayacaktır.

Bu durum, kastın suçun oluşması bakımından gereklilik arz etmediği durumlarda daha açık bir şekilde kendini göstermektedir. Taksirli suçlar da gai hareketlerle işlenmektedir. Ancak taksirli suçlarda failin iradesinin hukuken tasvip edilmeyen bir olgu ya da neticeye yönelmiş olması gerekmemekte, aksine hukuken önemli olmayan bir neticeye yönelmiş olduğu kabul edilmektedir. Bu da final hareket öğretisinin, insan hareketin final yapısına rağmen, bu hareketin hangi kısmının hukuken önemli olduğu hususunda hiçbir şey söylemediğini ve taksirli suçlarda olduğu gibi, hareketin gai olmayan yönüne de önem atfedilebileceğini göstermektedir²²⁵.

Bu itibarla, final hareket öğretisinin dayanağını oluşturan ontolojik kabullerin ve bu anlamda insan hareketinin final yapısının ceza hukuku bakımından normatif olarak bağlayıcı bir potansiyeli haiz olmadığı ve olana ilişkin bu kabullerden olması gerekene dair sonuçlar çıkarılamayacağı söylenmelidir²²⁶.

Sonuç olarak, ilgili hukuka uygunluk sebebi kapsamında gerçekleştirilen hareketlerin gai nitelikte olduğu ve sadece final hareketlerin haksızlığın ortadan kaldırılmasının konusunu oluşturabileceği kabul edilse dahi, final hareket öğretisi, gayenin hukuken önemli olanla ilişkisini zorunlu kılmadığından, failin iradesinin hukuka uygunluk sebeplerinin objektif

²²⁵ Frisch, **FS-Lackner**, s. 119; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 20. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm, I, A, 1. Hareketin Final Yapısı başlığı altında yapılan açıklamalar.

²²⁶ Frisch, **FS-Lackner**, s. 118; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 106-107; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 20.

unsurlarının gerçekleştirilmesine yönelmiş olmasını gerektirmemektedir. Final hareket öğretisi hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini temellendirmede yeterli değildir²²⁷. Burada final hareket öğretisinin muhtemel rolü, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin başkaca argümanlarla temellendirilebilmesi durumunda, bu unsurların hukuka uygunluk sebeplerinin tipikliğine ait olacağını belirlemekten ibaret olabilir²²⁸.

Hareketin gailiğinin hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarıyla aynı anlama gelmediği ortaya konulduktan sonra, hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin düzenlemelerde yer alan ve ilgili hukuka uygunluk sebebi kapsamında gerçekleştirilecek olan hareketi ifade eden kavramların insan hareketinin final yapısına uygun yorumlarının isabetli olmadığı da söylenmelidir²²⁹. Mesela, savunma kapsamında gerçekleştirilecek olan hareketin final bir hareket olması gerektiği pekala söylenebilir. Ancak bu hareketin savunma amacına yönelmiş olması gerekli değildir. Hareket başka bir amaca veya hukuken önemsiz bir şeye yönelmiş final bir hareket de olabilir. Bu sebeple, meşru savunmada “savunma” kavramının ancak saldırıyı bertaraf etme amacını haiz bir hareketin varlığı halinde söz konusu olabileceği düşüncesi yerinde değildir²³⁰. Savunma kavramının insan hareketinin final yapısına uygun şekilde yorumlanmak zorunda olması halinde, savunma kavramının karşısında bulunan saldırı kavramının aynı şekilde yorumlanması gerekecek ve meşru savunmadan söz edebilmek için saldırı amacıyla gerçekleştirilen bir hareketin varlığı

²²⁷ Frisch, **FS-Lackner**, s. 118-119; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 107-108; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 20.

²²⁸ Ancak hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini kabul eden görüşler arasında, söz konusu subjektif unsurların hukuka uygunluk sebeplerinin yapısı içerisindeki konumunun neresi olduğu hususunda bir tartışma bulunmadığını ifade etmek gerekir. Bu husustaki tek istisnanın *Oehler*’in subjektif unsurları hukuka uygunluk sebeplerinin dışında bırakan görüşü olduğu söylenebilir. *Oehler*’in görüşü için bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4. Subjektif Unsurların Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Dışında Bırakılması başlığı altında yapılan açıklamalar.

²²⁹ Frisch, **FS-Lackner**, s. 118-119.

²³⁰ Ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 108-109, 80, dn. 225.

aranacaktır²³¹. Buna karşılık, başta final hareket öğretisini benimseyen yazarlar olmak üzere hakim öğretiye²³² göre, meşru savunmaya esas teşkil eden saldırı kavramı hukuki değerlere karşı gerçekleştirilen ve ilgisinin katlanma yükümlülüğü altında bulunmadığı her türlü müdahale olarak nitelendirilmekte ve objektif olarak anlaşılmaktadır²³³.

Nitekim *Welzel*'e göre, meşru savunma anlamında bir saldırıdan söz edebilmek için insan davranışıyla tehdit edilen bir hukuki değer ihlalinin varlığı yeterlidir ve ilgilinin hukuki değerini ihlale yönelmiş final bir hareketin, diğer bir ifadeyle, kasıtlı bir saldırının varlığı gerekli değildir²³⁴. Yine *Welzel*, meşru savunmada saldırının haksızlığını, hareketin değersizliğinin söz konusu olmadığı ancak olgu değersizliğinin bulunduğu hallere (*Sachverhaltsunwert ohne Handlungsunwert*) misal olarak göstermektedir²³⁵. *Schaffstein*'a göre, meşru savunma anlamında saldırının hukuka aykırılığı (haksızlığı) hareketin değersizliğinden değil, netice değersizliğinden ya da olgu değersizliğinden hareketle belirlenmelidir. Saldırıya uğrayan kişinin katlanmak yükümlülüğü bulunmadığı her türlü saldırı hukuka aykırıdır. Bu anlamda, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hataya düşen bir kişinin fiili de, hareketin haksızlığı söz konusu olmasa ve cezalandırılabilir bir haksızlıktan söz edilemese bile, meşru savunma anlamında haksız bir saldırı oluşturur²³⁶.

Finalist suç öğretisinde, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin temelinde, esas itibarıyla ceza hukukunun görevi bağlamında ve hukuki değerlerin daha iyi korunması adına, hareketin sosyal-etik değersizliğinin, yani kast değersizliğinin engellenmesi düşüncesi yer

²³¹ Krş. Spendel, **LK¹¹**, § 32, kn. 25.

²³² Bu konuda ayrıntılı bilgi ve görüşler için bkz. Lange, **Berwertungssirrtum**, s. 54 vd.

²³³ von Weber, **JZ 1951**, s. 263; Spendel, **LK¹¹**, § 32, kn. 24-25.

²³⁴ Welzel, **Strafrecht¹¹**, s. 84.

²³⁵ Welzel, **ZStW 58 (1939)**, s. 524; ayrıca bkz. Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 162, dn. 19, 21.

²³⁶ Schaffstein, **MDR 1951**, s. 200; aynı yönde bkz. H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 213-215; Diehl, **Unrechtsausschliessungsgründe**, s. 17.

almaktadır²³⁷. Ancak ceza hukukuna yüklenen bu görev, daha önce de açıklandığı üzere final hareket öğretisini aşan bir husustur ve insan hareketinin final yapısının sonucu değildir. Bu görev, *Hartmann*'ın etik (ahlak felsefesi) anlayışı temelinde, final hareket öğretilisine ek olarak ortaya çıkmaktadır. Final hareket öğretisinin bu konudaki tek işlevi, kastı haksızlık alanına aktararak, haksızlığın kast değersizliği üzerinde temellendirilmesine imkan vermesidir²³⁸. Ancak ne insan hareketinin final yapısı ne de kastın haksızlık alanına aktarılması, ceza hukukunda kast değersizliğinin cezalandırılması gerekliliğini ya da hukuka aykırılığını temellendirememektedir. Sosyal-etik değersizliği temellendirmeye yeterli olmayan final hareket öğretisi, aynı şekilde hukuka uygunluk sebepleri anlamında hareketin sosyal-etik değerliliğini temellendirmek için de yeterli değildir. Aksine insan hareketinin ontolojik karakteri, özellikle katı kusur teorisi anlamında haksızlık bilincinin kasttan ayrılarak kusurun bağımsız bir unsuru haline gelmesi sebebiyle, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğunun cezalandırılmasına ve subjektif unsurların gerekliliğine engel oluşturmaktadır²³⁹. Finalist suç öğretisini benimseyen yazarlar, bu engeli aşmak için tek çıkış yolunu, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarını, uyum tezini kabul ederek, gerçek bir unsur olarak hukuka uygunluk sebeplerinin yapısına dahil etmekte bulmuşlardır. Ancak bunun sun'î bir dahil etme olduğu ve dogmatik açıdan bir dayanağının bulunmadığı ifade edilmelidir²⁴⁰.

2. Uyum Tezi ve Tamamlanmış Suçtan Cezalandırma Görüşünün Eleştirisi

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde failin tamamlanmış suçtan cezalandırılması gerektiği görüşüne göre, söz konusu

²³⁷ Bkz. H. Lampe, *Unrechtsbegriff*, s. 210-211.

²³⁸ Bkz. İkinci Bölüm, I, A, 2, c. Sosyal-Etik Değersizlik Yargısı Olarak Hareketin Haksızlığının Öne Alınması başlığı altında yapılan açıklamalar.

²³⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, D, 2, b. Katı Kusur Teorisi başlığı altında yapılan açıklamalar.

²⁴⁰ Aynı yönde bkz. Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 107-109.

subjektif unsurlar hukuka uygunluk sebeplerinin gerçek anlamda unsurlarıdır. Sadece objektif unsurlarının var olması halinde, hukuka uygunluk sebebi gerçekleşmez ve objektif unsurlar herhangi bir etki doğurmaz. Bu durumda, hukuka aykırılık var olmaya devam edeceği gibi, tamamlanmış suçun haksızlığı da gerçekleşir. Fail tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılmalıdır²⁴¹.

Tamamlanmış suçtan cezalandırma görüşü, içinde geliştiği suçun üç basamaklı yapısı göz önünde bulundurulduğunda ilk bakışta akla daha yatkın bir çözüm olarak görünmektedir²⁴². Zira, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları tipikliğin bir bileşeni olmadığından, objektif unsurların varlığına rağmen tipiklik ve tamamlanmış suç anlamında norma aykırılık gerçekleşmektedir. Suçun unsurlarına ilişkin incelemenin ikinci basamağı olan hukuka aykırılık değerlendirmesinde ise tipe uygun davranışa izin veren kuralların müdahale edip etmediği sorunu bulunmaktadır. Uyum tezinin kabul edildiği bu anlayışta hukuka uygunluk etkisi, hukuka uygunluk sebeplerinin tipikliğini oluşturan objektif ve subjektif unsurların birlikte gerçekleşmesini gerektirmektedir. Subjektif unsurların bulunmaması halinde, tipe uygun davranışa izin veren istisna ortadan kalkar ve davranışın hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılır. Diğer taraftan, haksızlığın çekirdeğini oluşturan tipiklik tamamlanmış olduğundan, tamamlanmış suçun haksızlığı varlığını olduğu gibi devam ettirir²⁴³.

Düşüncemize göre, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleştiği hallerde de tipikliğin tamamlanmış olduğu gerçeği suçun üç basamaklı yapısının tabii sonucudur. Tamamlanmış suçtan cezalandırma çözümünü benimseyen yazarların tipikliğin tamamlanmış olması sebebiyle teşebbüs hükümlerine artık başvurulamayacağı yönündeki görüşleri

²⁴¹ Bkz. İkinci Bölüm, I, A, 4. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi başlığı altında yapılan açıklamalar.

²⁴² Ayrıca bkz. Rinck, *Deliktsaufbau*, s. 245; Dursun/Bozbayındır, *İÜHFM 1/2015*, s. 86.

²⁴³ Herzberg, *JA 4/1986*, s. 191.

isabetlidir²⁴⁴. Ancak bu görüşün dayandığı diğer bir sac ayağı olan uyum tezinin, yani hukuka uygunluk sebeplerinin etki doğurabilmesi için objektif unsurların yanında subjektif unsurların da gerçekleşmesi ve bunların bir arada bulunması gerekliliğinin ikna edici bir şekilde temellendirilemediğini ve bu konuda haklı bir gerekçe bulunmadığını ifade etmek gerekir²⁴⁵.

Tipiklik haksızlığın çekirdeğini oluşturmakla birlikte, haksızlığın derecelendirilmesinde tek belirleyici değildir²⁴⁶. Ayrıca tipikliğin gerçekleşen unsurları hakkında hukuka aykırılık yargısında bulunulabilmesi de gerekir. Şayet gerçekleşmiş olan tipikliğin haksızlığı şekillendiren bileşenlerinden bir veya birkaçı hakkında, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı dolayısıyla, hukuka aykırılık yargısında bulunulamaz ise bu durumda tipikliğin tamamlandığından ve hukuka aykırılığın gerçekleştiğinden söz edilebilirse de, tamamlanmış suçun haksızlığından söz edilemez. Diğer bir ifadeyle, haksızlığın objektif ve subjektif bileşenlerden oluştuğunun kabul edildiği haksızlık anlayışında uyum tezinin reddedilmesi ve ayırım tezine geçerlilik tanınması, subjektif unsurun yokluğu sebebiyle failin tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılmasına engel olur.

Uyum tezinin kabul edilebilmesi ve subjektif unsurların yokluğunun tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırma sonucunu doğurması, gerek haksızlık alanında gerek hukuka uygunluk alanında objektif unsurların etkililiğinin ancak subjektif unsurların varlığı halinde mümkün olduğunun kabul edilmesine bağlıdır²⁴⁷. Bu ise kasıtlı suçlar bakımından haksızlık alanında kast değersizliği olmaksızın olgu değersizliğinin, hukuka uygunluk alanında ise kast değerliliği olmaksızın olgu değerliliğinin söz konusu olamayacağı anlamına gelir. Nitekim uyum tezini benimseyen yazarlar tarafından, nasıl tipiklik objektif ve subjektif

²⁴⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 4, b. Teşebbüse İlişkin Hükümün Kıyasen Uygulanması Görüşü Bakımından Değerlendirme başlığı altında yapılan açıklamalar.

²⁴⁵ Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 279; Steinbach, **Problematic**, s. 306.

²⁴⁶ Ayrıca bkz. Reip, **Täterhandeln**, s. 126-127.

²⁴⁷ Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 279.

unsurların uyumunu gerektiriyorsa tipikliğin karşı göstergesi olan hukuka uygunluk sebeplerinin tipikliğinin de objektif ve subjektif unsurların uyumunu gerektirdiği argümanıya, ileri sürülen de budur.

Ancak haksızlık alanında tipikliğin unsurlarının uyumuna ilişkin bu çıkış noktasının kendi içinde de hatalı olduğu ve cezalandırılabilir haksızlığa ilişkin prensiplerin haksızlık öğretisinin bütününe teşmil edildiği söylenmelidir. Failin, işlediği bir fiil dolayısıyla cezalandırılabilirliği, fiilin ilgili suç tipine uygun olmasına bağlıdır. Tipik haksızlığı oluşturan unsurların tam halde bulunması gerekir. Bu unsurlardaki bir eksiklik failin cezalandırılmamasına sebep olur. Bunun istisnasını teşebbüs gibi ceza sorumluluğunu genişleten düzenlemeler oluşturmaktadır. Suça teşebbüste failin davranışı her ne kadar ilgili suçun tipikliğini gerçekleştirmemekte ise de kanun bu suça teşebbüs edilmesini belirli koşullar altında cezalandırmaktadır. Şayet teşebbüs gibi cezalandırma alanını genişleten bir düzenleme olmasaydı bu durumda tipikliğin objektif unsurlarındaki eksiklik failin cezalandırılmaması sonucunu doğururdu²⁴⁸. Tipiklik alanındaki bu uyumun gerekliliği, cezalandırılabilir haksızlığın sınırlarının belirlenmesiyle ilgilidir.

Haksızlığın objektif ve subjektif unsurlarının varlığı ve bir arada bulunması cezaya layık haksızlığın oluşması için gereklidir. *Ultima ratio* ilkesi bağlamında kanun koyucu tarafından öngörülen cezaya layık haksızlık, suçun kanuni tanımında belirtilen bileşenlerin bir arada bulunmasına bağlıdır. Ancak bu, haksızlığın bileşenlerinin birbirlerine bağlı oldukları anlamına gelmez. Bütün bu bileşenler, kural olarak, cezalandırılabilir haksızlığın varlık koşuludur. Bileşenlerin kendileri birbirlerinin varlık koşulu değildir. Bu bileşenler diğeri olmadan da varlığını devam ettirebilir. Ancak bunların tek başına cezalandırılabilirlikleri ayrı bir sorundur.

²⁴⁸ *Frisch*'e göre, haksızlığın objektif ve subjektif unsurlardan oluştuğu ve bunların daima bir arada bulunmaları gerektiği kabul edildiğinde, bu iki zorunlu bileşenden birinin eksikliği halinde haksızlığın da gerçekleşmediği kabul edilmelidir (Frisch, **FS-Lackner**, s. 122-123).

Söz gelimi, kasten öldürme suçunda kast sebebiyet verilen ölüm neticesinin cezalandırılması için gereklidir ve kast olmaksızın bir insanın öldürülmesi cezalandırılmaz. Bu durumda, meydana gelen olgu değersizliğinin cezalandırılabilir haksızlık bakımından kast değersizliğine bağlı olduğu söylenir. Ancak bu, insan öldürme biçimindeki olgu değersizliğinin tek başına bir haksızlık teşkil etmediği anlamına gelmez. Eğer böyle olmasaydı, ne finalist suç öğretisinin Alman literatüründeki temsilcilerince cezalandırılabilirliği kabul edilen ve kast değersizliği biçiminde ortaya çıkan elverişsiz teşebbüsten ne de meşru savunmada haksız bir saldırıya esas teşkil etmek bakımından yeterli görülen olgu değersizliğinden söz edilebilirdi²⁴⁹. Nitekim hareket ve neticenin haksızlığının birbirinden bağımsız olduğu ve biri olmadan da diğlerinin olabileceği, öğretinin temsilcileri tarafından da kabul edilmektedir²⁵⁰.

Kast değersizliğine dayanan hareketin değersizliği olmadan da olgu değersizliğinin varlığını devam ettirdiği ve tipikliğin objektif ve subjektif unsurları üzerindeki değersizlik yargılarının yatay biçimde birbirlerinden ayrıldıkları kabul edildiğinde, bu değersizlik yargıları üzerinde şekillenen haksızlığın ortadan kaldırılması bakımından hukuka uygunluk sebeplerinin objektif ve subjektif unsurlarının da birbirlerinden bağımsız olarak etkide bulunabileceği kabul edilecektir²⁵¹. Diğer taraftan, cezalandırılabilir haksızlık bakımından bağlayıcı nitelikteki kanunilik ve kusur ilkelerinin haksızlığın ortadan kaldırılması alanında söz konusu olmaması da, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının tek başına etki doğurması önünde bir engel olmadığını göstermektedir.

Finalist suç öğretisinin düalist şahsi haksızlık anlayışında da olduğu gibi, ceza hukuku normunun belirleyici ve değerlendirici fonksiyonlarının bulunduğu kabul edilmesi ve belirleyici norma aykırılık olmadan da

²⁴⁹ Ayrıca bkz. Rudolphi, **FS-Maurach**, s. 58.

²⁵⁰ Bkz. İkinci Bölüm, I, A, 2, b. Hareket ve Neticenin Haksızlığı başlığı altında yapılan açıklamalar.

²⁵¹ Bkz. Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 243; Frisch, **FS-Lackner**, s. 123; Graul, **JuS-Lernbogen 1995**, L 43.

değerlendirici norma aykırılığın mümkün olması, ki değerlendirici norm belirleyici normun dayanağını oluşturmaktadır, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının tek başına etkili olabilmesi sonucunu doğurur. Zira hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde, değerlendirici normun fiili olgular üzerindeki negatif değerlendirmesi, diğer bir ifadeyle, değersizlik yargısı da mümkün olmaz. Bu durum, uyum tezini ve tamamlanmış suçtan cezalandırma görüşünü benimseyenler tarafından dikkate alınmamakta ve failin davranışının ve bunun neticelerinin objektif olarak hukuk düzeniyle uyum içerisinde olduğu göz ardı edilmektedir²⁵².

Uyum tezinin eleştirilmesi gereken bir diğer yönü ise, uyum tezinde hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmesi ile gerçekleşmemesi arasında hiçbir fark görülmemesi ve söz konusu objektif unsurların varlığının ifade ettiği değerliliğin dikkate alınmamasıdır²⁵³. Mesela, saldırının farkında olmaksızın üçüncü kişi lehine meşru savunmada bulunan ve saldırganı öldürme kastıyla yaralayan kişi, her ne kadar suç işleme iradesiyle hareket etse de, gerçekte hukuken arzu edilen bir neticeye de sebebiyet vermekte ve saldırıya uğrayanın yaşama hakkını korumaktadır. Uyum tezi, failin savunma iradesi bulunmaması sebebiyle, ortaya çıkan bu olgu değerliliğini hesaba katmamaktadır. Bu ise olgu değersizliğine de yer verilen haksızlık anlayışında çelişkili bir durumdur. Bu sebeple, uyum tezinin haksızlığın yapısını dikkate almadığı ve fiilin haksızlık içeriğine uygun bir esnekliği haiz olmadığı ifade edilmektedir²⁵⁴. Nitekim, tamamlanmış suçtan cezalandırma görüşünü benimseyen *Hirsch*, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde haksızlık içeriğinin azaldığından ve temel cezanın belirlenmesinde failin cezasında indirimle gidilebileceğinden (Al.CK § 49/I), taksirli suçlarda ise haksızlık içeriğinin ceza hukuku bakımından önemli olan seviyenin altına inmesi

²⁵² Steinbach, **Problematisierung**, s. 311, 319; Rudolphi, **FS-Maurach**, s. 53.

²⁵³ Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 155; Herzberg, **JA** 4/1986, s. 191; Steinbach, **Problematisierung**, s. 305; Dursun/Bozbayındır, **İÜHF** 1/2015, s. 86.

²⁵⁴ Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 154-155; Steinbach, **Problematisierung**, s. 301, 310.

durumunda faile ceza verilmeyeceğinden söz etmektedir²⁵⁵. Ancak hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının haksızlık içeriğini etkilediği kabul edildiğinde bu ancak haksızlığın objektif yönünün ortadan kalkması anlamına gelir ve başka türlü bir derecelendirme imkanı da yoktur. Bu da fiilin haksızlık içeriği göz önünde bulundurulduğunda uyum tezinin artık kabul edilemeyeceği anlamına gelir.

Sonuç olarak, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde, tipiklik gerçekleşmiş olsa da, objektif unsurlarının varlığı sebebiyle, tipikliğin gerçekleşmiş olan objektif unsurları üzerinde değersizlik yargısında bulunulamamakta ve tamamlanmış suçun haksızlığı gerçekleşmemektedir. Bu sebeple, failin tamamlanmış suçtan cezalandırılması mümkün değildir²⁵⁶.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, finalist suç öğretisini benimseyen yazarları uyum tezini kabul etmeye iten sebep, kast değersizliği anlamında hareketin sosyal-etik değersizliğinin cezalandırılmasını temin etme düşüncesi, ve fakat kastın ontolojik niteliği ve haksızlık bilincinin bir bütün halinde kusur alanında değerlendirilmesinin, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığının hukuka uygunluk için yeterli olması sonucuna götürmesidir. Zira, özellikle finalist suç öğretisinde benimsenen katı kusur teorisi, hareketin veya failin elverişsizliği yahut suçun konusunun yokluğu hallerinde ortaya çıkan kast değersizliğinin cezalandırılabilirliğine imkan verirken, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde varlığı devam ettiği düşünülen kast değersizliğinin cezalandırılmasına dogmatik açıdan imkan vermemektedir²⁵⁷.

²⁵⁵ Hirsch, **LK**¹¹, vor § 32, kn. 59.

²⁵⁶ Herzberg, **JA** 4/1986, s. 193; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 280; Rudolphi, **FS-Maurach**, s. 53; Graul, **JuS-Lernbogen 2000**, L 42.

²⁵⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, D, 2, b. Katı Kusur Teorisi başlığı altında yapılan açıklamalar.

Bunun yanında, uyum tezi ve tamamlanmış suçtan cezalandırma görüşü, sonuçları itibarıyla da haklı olarak eleştirilmektedir.

İlk olarak, subjektif unsurların yokluğu sebebiyle, tamamlanmış suçun haksızlığının gerçekleştiği kabul edildiğinde, failin objektif olarak hukuka uygun olan davranışından haberdar olan ve failin müdahalesini bertaraf eden gerçek saldırganın fiili meşru savunma dolayısıyla hukuka uygun olacaktır²⁵⁸. Zira failin müdahale yetkisi subjektif unsurların varlığına bağlandığında, gerçek saldırganın buna katlanma yükümlülüğü de failin subjektif durumuna bağlanmış olur.

Gerçek saldırganın meşru savunmada bulunmasına imkan tanınması, ilk olarak failin hukuk düzenince arzu edilen kurtarma neticesini gerçekleştirmesine engel olur²⁵⁹. İkinci olarak ise, asıl saldırgana böyle bir imkan tanınması, hukuk düzeninin mümkün olan en az menfaat ihlaliyi sağlama zorunluluğuyla da çelişkili olacaktır. Hukuk düzeni, kişilere ve topluma ait hukuki değerleri en iyi ölçüde korumalı ve ceza hukuku alanında geliştirilen sonuçlar, hukuk düzeninin bu hukuki değerleri koruma hedefiyle çelişmemelidir. Sadece subjektif olarak da değerli olan hareketlere karşı katlanma yükümlülüğünün kabul edilmesi, aynı zamanda failin katlanma yükümlülüğünün bulunduğu bir hukuki değer ihlaline imkan vereceğinden, hukuk düzenin bu hedefiyle çelişir. Burada failin kötü iradesinin cezalandırılabilirlik bakımından incelenmesi ise farklı bir husustur. Zira failin hukuki değerinin etkili bir şekilde korunması ile davranışının cezalandırılabilirliği birbirinden ayrı hususlardır²⁶⁰.

Diğer taraftan, hukuk düzeni, savunma amacını haiz olmada olduğu gibi, iyi hareketlerde mutlak bir değer görmemektedir. Bu hukuk ve ahlak arasındaki ayrımın sonucudur. Hukuk düzeni failin hukuka aykırı iradesini

²⁵⁸ Rohrer, **JA** 1986, s. 367; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 206.

²⁵⁹ Jakobs, **AT**², 11. Ab., kn. 22; Dursun/Bozbayındır, **İÜHFM** 1/2015, s. 86.

²⁶⁰ Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 231-232.

cezalandırmayı seçtiğinde, kişilerin yönlendirildiği, hukuk düzenince tasvip edilen irade, sadece objektif menfaatlerin mümkün olan en az şekilde ihlal edilmesi hedefine ulaşmak için yardımcı bir değerdir. Bu itibarla, söz konusu menfaatlerin korunmasının değerliliği, bir kimsenin objektif olarak hukuka uygun hareketlerin bu değerli etkisini bilerek işlemesinden bağımsızdır. Dolayısıyla, failin gerçek saldırganı müdahalesine izin verilmiş olup olmadığı, hareketin objektif etkisine bağlıdır²⁶¹.

Kaldı ki, böyle bir durum kabul edildiğinde dahi, gerçek saldırganın failin subjektif durumundan haberdar olması mümkün olmadığından, failin müdahalesine karşı koyup koymayacağı hususunda karar vermesi de mümkün değildir.

Uyum tezi ve tamamlanmış suçtan cezalandırma görüşünün kabul edilemez bir diğer sonucu da, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleştiğini bilen kişinin, bundan haberdar olmayan diğer bir kişiye yardım etmesi durumunda, yardım eden olarak sorumlu tutulabilecek olmasıdır²⁶².

Son olarak, ayırım tezi kabul edildiğinde, taksirli suçlara teşebbüs de mümkün olmadığından, taksirli suçlarda subjektif unsurların gerekliliğinden söz edilemezken, uyum tezi taksirli suçlarda da subjektif unsurların gerekliliğine imkan vermekte, bu durumda ise tabiatı gereği taksirli suçlarda hukuka uygunluk çok dar bir çerçevede kabul edilmekte, genel anlamda ise hukuka uygunluk pek mümkün olmamaktadır²⁶³.

²⁶¹ Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 232.

²⁶² Jakobs, **AT**², 11. Ab., kn. 22; Steinbach, **Problematic**, s. 302; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 290; ayrıca bkz. Dursun/Bozbayındır, **İÜHFM** 1/2015, s. 86.

²⁶³ Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 159 vd.; Rohrer, **JA** 1986, s. 367; Karaaslan, **LHD** 2017, s. 1708-1709; krş. Schmitt, **JuS** 1963, s. 66; Dursun/Bozbayındır, **İÜHFM** 1/2015, s. 86.

B. Subjektif Haksızlık Öğretisi

Subjektif haksızlık öğretisinin haksızlık tasarımı karşısında, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğine, hatta hukuka uygunluk sebeplerinin sadece subjektif unsurlardan müteşekkil olduğuna ilişkin ulaşılan sonuçların kendi içinde tutarlı olduğunu söylemek gerekir. Yine subjektif unsurların yokluğu halinde failin tamamlanmış suçtan cezalandırılması, haksızlığın kast değersizliğine indirgenmesinin ve tamamlanmış suçun haksızlığı ile elverişsiz teşebbüsün haksızlığı arasındaki derece farkının ortadan kaldırılmasının tabii sonucudur. Bu açıdan, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının hem gerekliliğine ilişkin temellendirmenin hem bunların yokluğuna bağlanan sonuçların doğruluğunun sınanması ancak bunların temelinde yatan haksızlık anlayışının doğruluğunun sınanmasıyla mümkündür. Şayet böyle bir haksızlık anlayışı benimsenebilir değilse, bunun sonuçları da benimsenebilir değildir ve reddedilmelidir²⁶⁴.

Subjektif haksızlık öğretisi birçok açıdan eleştirilmiş, öğretinin ceza hukuku dogmatığının gerçekleriyle ve ceza hukuku alanındaki normatif düzenlemelerle uyumlu olmadığı söylenmiştir. Bu çerçevede, neticenin değersizliğinin haksızlığın yapısından dışlanması ve haksızlığın salt subjektif esaslara dayandırılması, suçun teşebbüs aşamasında kalması ile tamamlanması arasında fiilin haksızlık içeriği ve derecesi bakımından farklılığının ortadan kaldırılması ve bunların temelinde yatan neticenin tesadüfiliği, başlıca eleştiri konuları olarak ortaya çıkmaktadır.

²⁶⁴ Herzberg, **JA 4/1986**, s. 197; Steinbach, **Problematik**, s. 306, 308-309; ayrıca bkz. Blanke, **Rechtfertigungselemente**, s. 155.

1. Neticenin Değersizliğinin Haksızlık Bakımından Önemi ve Haksızlığın Yapısından Dışlanmasının Eleştirisi

Neticenin değersizliğinin haksızlığın yapısından dışlanması literatürde yoğun itirazlarla karşılaşmış ve tasvip edilemez bir görüş olarak reddedilmiştir²⁶⁵.

Gerek genelde hukukun gerek özelde ceza hukukunun toplum düzeninin sağlanmasında zorunlu oluşu, insan davranışlarının dış dünyadaki mevcut ve gerçek etkilerinden yola çıkılarak izah edilebilir. Böyle bir etki olmaksızın bir hukuki ilişkinin varlığından söz edilemeyeceğinden, neticenin değersizliğinin haksızlığın yapısından dışlanması da düşünülemez²⁶⁶.

Subjektif haksızlık öğretisinde haksızlığın sadece hareketin kast değersizliğinde bulunabileceğinin ve neticenin değersizliğinin, daha doğru bir ifadeyle, olgu değersizliğinin haksızlık bakımından hiçbir rolünün bulunmadığının kabul edilmesi ceza hukukunun birçok fonksiyonunu yitirmesine sebep olur.

Ceza kanununda düzenlenen her bir suç tipi belirli hukuki değerlerin korunmasına yönelmiştir. Bu bağlamda, ceza hukukunun kişilere ve topluma ait hukuki değerleri koruma ve toplum barışını sağlama fonksiyonu vardır. Bu fonksiyon ancak münferit hukuki değerlerin fiilen teminat altına alınmasıyla gerçekleşir²⁶⁷.

Subjektif haksızlık öğretisi de esas itibarıyla hukuki değerlerin korunmasını hedeflemektedir²⁶⁸. Keza subjektif haksızlık anlayışının üzerinde

²⁶⁵ Hirsch, **GS-Meurer**, s. 7; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 115; Stratenwerth, **FS-Schaffstein**, s. 192; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 234-235; Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 157-158; Steinbach, **Problematik**, s. 76, 307; Lenckner, **S/S**²⁶, vor §§ 13, kn. 59; Keçelioğlu, **CHD 21 (2013)**, s. 30.

²⁶⁶ Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 115.

²⁶⁷ Steinbach, **Problematik**, s. 81-82, 307.

²⁶⁸ Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 114.

temellendirildiği ve failin iradesine yönelen belirleyici norm hukuki değer ihlalinin kaçınma konusunda bir emir ihtiva etmekte, bu emre aykırılık haksızlık olarak nitelendirilmekte ve cezalandırılmaktadır. Ancak haksızlığın salt belirleyici norma aykırılıkla temellendirilmesi, ceza hukukunun bu önleyici fonksiyonunu sadece potansiyel failleri etkileyerek ve onları hukuki değer ihlalinin sakındırarak gerçekleştirebileceği anlamına gelir. Bu ise mümkün değildir. Ceza hukuku potansiyel failleri hukuki değer ihlalinin sakındırmanın yanında asıl önemli fonksiyonunu bu hukuki değerlerin ihlali sebebiyle ve söz konusu ihlalden sonra icra etmektedir²⁶⁹.

Bu da, eğer emredici teoriden hareket edilecekse, ceza hukuku normlarının sadece belirleyici norm olarak anlaşılamayacağını, aynı zamanda değerlendirici fonksiyonunun da kabul edilmesi gerektiğini gösterir. Bir yandan ceza hukukunun görevi birincil değer yargısının konusunu oluşturan hukuki değerlerin korunması olarak belirlenirken, diğer yandan bu hukuki değerlerin ihlalinin haksızlık alanından dışlanması çelişkilidir. Belirleyici norm tarafından yasaklanan hareketlerin yasaklanma sebebi hukuk tarafından tasvip edilmeyen neticelere başka türlü engel olunamayacak olmasıdır. Bir hareket sırf kendisi uğruna yasaklanamaz ve haksızlık sadece normun emrine karşı gelmeyle temellendirilemez. Aksine haksızlık, davranışın sosyal bakımdan meydana getirdiği zarar veya tehlikeyle birlikte temellendirilir. Birincil negatif değer yargısının konusu da haksızlığın bileşeni olarak kabul edilmek zorundadır²⁷⁰.

İlgili hukuki değer ihlalinin tarif edildiği tipikliğin objektif unsurları bütün suçların gerçek özünü oluşturur. Suç sadece tipik anlamda kötü irade değildir. Aksine harici aleme aktarılan kötü iradedir. Tipikliğin objektif yönünü oluşturan harici olgular suçun dogmatik yapısının temelini oluşturur²⁷¹. Buna karşılık, haksızlık kast değersizliğine indirgenğinde, haksızlık anlamında faile sadece dış dünyada faaliyete dökülen iradesi isnat edilmiş olur. Ancak sebep

²⁶⁹ Stratenwerth, **FS-Schaffstein**, s. 185; Steinbach, **Problematis**, s. 76-77.

²⁷⁰ Steinbach, **Problematis**, s. 79; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 240.

²⁷¹ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 62-63.

olunan şeyin kendisi isnat edilmez. Halbuki subjektif haksızlık öğretisinde neticenin haksızlığın yapısındaki objektif gerekliliği, sadece sosyal-psikolojik gerekliliğe dönüşmekte ve neticenin gerçekliğinden sarfı nazar edilmektedir²⁷².

Cezalandırılabilir davranışlar ile cezalandırılabilir olmayan davranışlar arasındaki ayrımın sadece kast değersizliğiyle belirlenmesi ve objektiviteye hiçbir şekilde değer atfedilmemesi isabetli değildir²⁷³. Burada ceza hukukunun parçalı karakteri önem arz etmektedir. Sosyal kontrolün son çaresi (*ultima ratio*) olarak ceza hukuku sapma teşkil eden davranışlar için başvurulacak en son araçtır. Bu ilke, insanların genel olarak özgürlüklerini garanti altına almayı amaçladığından, ceza hukuku yaptırımlarına ancak toplumun korunması için kaçınılmaz olduğunda başvurulur²⁷⁴. Ancak dış dünyada faaliyete dökülmüş iradenin belirleyici norma aykırılığı olarak ortaya çıkan bir haksızlık tasarımı, salt psikolojik bir gereklilik olarak kalan netice, cezaya layık haksızlığın sınırlarını belirlemede yeterli olmayacaktır. Bu açıdan, neticenin değersizliğinin cezalandırılabilir davranışlar ile cezalandırılmayan davranışları makul bir şekilde birbirinden ayırma fonksiyonu vardır²⁷⁵.

Diğer taraftan, çok defa suç tiplerinin birbirinden ayrılması neticenin değersizliği ve bu değersizliğin derecesi göz önünde bulundurularak gerçekleştirilir ve çeşitli suç tipleri bakımından ceza yaptırımının ölçüsü buna göre belirlenir. Söz gelimi kasten öldürme suçu ile kasten yaralama suçu arasındaki ayrım ancak neticenin değersizliği hesaba katılarak somutlaştırılabilir²⁷⁶.

Neticenin değersizliğinin haksızlığın yapısındaki önemi taksirli suçlarda daha da belirgin bir şekilde görünmektedir. Subjektif haksızlık anlayışına göre taksirli suçların haksızlığı sadece dikkat ve özen yükümlülüğüne

²⁷² Hirsch, **GS-Meurer**, s. 5, 7.

²⁷³ Herzberg, **JA 4/1986**, s. 197.

²⁷⁴ Steinbach, **Problematis**, s. 84.

²⁷⁵ Prittwitz, **Jura 1984**, s. 78.

²⁷⁶ Steinbach, **Problematis**, s. 307, 82; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 235.

aykırı davranış olarak hareketin değersizliğiyle temellendirilmekte, netice objektif cezalandırılabilme şartı olarak haksızlık ve kusurun dışına itilmektedir.

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışın varlığı halinde hareketin değersizliğinden ve bir haksızlıktan pekala söz edilebilir. Ancak taksirli suçun kanuni tanımında yer verilen netice ve bu neticenin değersizliği gerçekleşmedikçe tipik ve dolayısıyla bir ceza hukuku haksızlığından söz edilemez²⁷⁷.

Taksirli suçlarda neticenin değersizliğinin haksızlığın yapısında çıkarılması halinde, taksirli suçun cezası dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin derecesine/ölçüsüne göre belirlenmek durumunda kalınır. Ancak bu, kasıtlı suçlarda olandan daha çarpıcı sonuçlar doğuracaktır²⁷⁸. Söz gelimi, trafikte hız sınırının üzerinde araç kullanmak dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranıştır. Ancak bu davranış herhangi bir zarar veya tehlikeye sebebiyet vermedikçe bir kabahat olarak değerlendirilir (2918 s.lı KTK m. 51). Aynı davranış kast olmaksızın bir kişinin yaralanmasına sebep olduğunda ise taksirle yaralama suçundan söz edilir (TCK m. 89). Bu açıdan, netice suç teşkil eden ile etmeyen özene aykırı davranışların birbirinden ayrılabilmesi için gereklidir²⁷⁹. Neticenin değersizliğine haksızlık içinde yer verilmediğinde bu ayırım yapılamaz.

Yine neticenin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanan ve ceza yaptırımına altına alınan çeşitli haksızlıkları birbirinde ayırma fonksiyonu da vardır²⁸⁰. Neticenin değersizliğine haksızlığın yapısında yer verilmediğinde taksirle yaralama (TCK m. 89) ile taksirle öldürme (TCK m. 85) suçları arasında bir ayırım yapılamaz. Zira her iki neticenin de aynı dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış sonucunda gerçekleşmesi mümkündür. Şayet

²⁷⁷ Stratenwerth, **FS-Schaffstein**, s. 179-180; Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 235.

²⁷⁸ Stratenwerth, **FS-Schaffstein**, s. 187-188; Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 54-55.

²⁷⁹ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 136; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 21.

²⁸⁰ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 136; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 583.

ceza kanunu aynı dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış sebebiyle meydana gelen yaralanma ve ölüm neticeleri arasında bir fark gözetiyorsa, bu ancak neticeye uygun bir ceza yaptırımını öngörülmesi ve dolayısıyla neticenin değersizliğine haksızlığın yapısında yer verilmesiyle mümkündür²⁸¹.

Şu halde, neticenin değersizliğinin haksızlığın yapısından dışlanması halinde, taksirli suçlar birbirinden ayrılamayacağından, ya kanunda tek bir dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık suçundan ya da çeşitli dikkat ve özen yükümlülüklerine aykırılık suçlarından söz edilebilir. Bu ise başta Türk Ceza Kanunu olmak üzere ceza kanunlarının mevcut düzenlemeleriyle bağdaşmamaktadır.

Keza bu halde salt hızlı araç kullanma veya hatalı sollama ile bu fiiller neticesinde çok sayıda kişinin ölümüyle sonuçlanan bir kan banyosuna sebebiyet verilmesi arasında, haksızlığın veya kusurun derecesi ya da faile verilecek cezanın ölçüsü bakımından bir farklılık söz konusu olmayacaktır²⁸².

Taksirli suçlarda neticeye objektif cezalandırabilme şartı olarak yer verilmesi de, bu sayılan sakıncaları ortadan kaldırmaz. Zira cezalandırılabilir fiilleri ayırma/eleme fonksiyonu (*Auswahlfunktion*) gören objektif cezalandırabilme şartları cezanın miktarında bir derecelendirme yapamaz. Objektif cezalandırabilme şartları haksızlık veya kusurun içeriğinde etkili olmadığından, bu şartların varlığı veya yokluğuna göre faile ya ceza verilir ya da verilmez²⁸³.

Objektif cezalandırabilme şartı olarak kabulü halinde neticenin öngörülmüş olup olmadığının veya öngörülebilir olup olmadığının bir önemi

²⁸¹ Stratenwerth, **FS-Schaffstein**, s. 188; Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 67-68; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 21; Robert Seiler, “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. 79.

²⁸² Stratenwerth, **SchwZStr** 79 (1963), s. 236; Stratenwerth, **FS-Schaffstein**, s. 188; Steinbach, **Problematik**, s. 78.

²⁸³ Stratenwerth, **FS-Schaffstein**, s. 188; Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 67-68.

bulunmayacaktır. Bu da neticenin kusur ilkesinin dışına çıkarılması anlamına gelir²⁸⁴. TCK'da “Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımındaki neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir” (m. 22/2) şeklinde tanımlanmış, yine “Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır” (m. 22/3) denilmiştir. Buna göre, basit taksirden söz edebilmek için objektif olarak öngörülebilir bir neticenin dikkat ve özen yükümlülüğü sebebiyle öngörülmemiş olması veya bilinçli taksirde öngörülmüş olan neticenin istenmemiş olması gerekir. Bu da TCK'da neticenin objektif cezalandırabilme şartı olarak kusur ilkesinin dışında bırakılmadığını, haksızlığın objektif unsuru olarak görüldüğünü göstermektedir.

Ayrıca neticenin objektif cezalandırabilme şartı olarak kabulü halinde, somut olayda hangi taksirli suçun oluştuğunun tespiti tipiklik alanında değil, ancak tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur değerlendirmesinden sonra belirlenebilir. Bu durumda, öncesinde hangi taksirli suçun tipikliğin gerçekleşip gerçekleşmediğinin inceleneceği sorunuyla karşılaşılır.

Neticenin haksızlık alanından dışlanması gönüllü vazgeçme (TCK m. 36) bakımından da bir kısım sorunları beraberinde getirmektedir. Zira kusurun derecesi ve ağırlığı haksızlığın derecesi ve ağırlığına da bağlı olduğundan, haksızlık içerisinde neticenin değersizliğine yer verildiğinde tamamlanmamış teşebbüs (eksik teşebbüs) halinde gönüllü vazgeçmede failin kusuru sadece suç işleme iradesindeki değişikliğe değil, aynı zamanda hareketin ve neticenin değersizliğindeki eksiklik sebebiyle haksızlık içeriğindeki azlığa da bağlı olarak azalmış olur. Bu da gönüllü vazgeçme halinde faile teşebbüsten dolayı ceza verilmemesini daha izah edilebilir kılmaktadır. Buna karşılık, netice haksızlık alanından dışlandığında, gönüllü vazgeçme halinde failin kusurunda, suç işleme iradesindeki değişikliğe ek olarak sadece hareketin değersizliğindeki eksiklik sebebiyle haksızlık içeriğinin ve dolayısıyla kusurun azaldığından söz edilebilir. Bu da gönüllü vazgeçmede faile neden suça teşebbüs sebebiyle ceza

²⁸⁴ Seiler, **FS-Maurach**, s. 79; Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 46.

verilmediğinin izahını güçleştirmektedir. Diğer taraftan, neticenin haksızlık alanından dışlanması durumunda, tamamlanmış teşebbüs (tam teşebbüs) halinde tipiklik tamamlanmış olacağından artık gönüllü vazgeçmeden söz edilemeyecektir²⁸⁵.

Yine neticenin haksızlık alanından dışlanması halinde, tamamlanmış teşebbüs hallerinde tipiklik gerçekleşmiş olacağından, netice henüz gerçekleşmemiş olsa da artık suça iştirak edilemez²⁸⁶.

Subjektif haksızlık öğretisinde netice ne haksızlık ne de kusur bakımından etkili olduğundan²⁸⁷, neticenin cezanın belirlenmesinde etkisi olmayacaktır²⁸⁸. Bu durum subjektif haksızlık öğretisinin cezanın belirlenmesinde “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı” (TCK m. 61/1-e) gibi olgu değersizliğini dikkate alan Türk Ceza Kanunuyla uyumlu olmadığını göstermektedir.

Diğer taraftan, neticeye haksızlık alanında yer vermeksizin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları (TCK m. 23) veya söz gelimi “malın değerinin azlığı” (TCK m. 145) gibi haksızlık içeriğinde etkili olan objektif değerlendirme ölçütlerini izah etmek mümkün değildir²⁸⁹.

2. Teşebbüs Aşamasında Kalmış Suç ile Tamamlanmış Suç Arasındaki Fiilin Haksızlık İçeriği ve Derecesi Bakımından Farklılığın Ortadan Kaldırılmasının Eleştirisi

Subjektif haksızlık öğretisinde neticenin değersizliğinin haksızlık bakımından önemsiz görülmesi ve haksızlığın kast değersizliğine indirgenmesi,

²⁸⁵ Krş. Mylonopoulos, *Verhältnis*, s. 50-51.

²⁸⁶ Mylonopoulos, *Verhältnis*, s. 51-52.

²⁸⁷ Bkz. İkinci Bölüm, I, C, 1, d. Neticenin Suçun Yapısı İçerisindeki Konumu ve Fonksiyonu başlığı altında yapılan açıklamalar.

²⁸⁸ Mylonopoulos, *Verhältnis*, s. 55 vd.

²⁸⁹ Mylonopoulos, *Verhältnis*, s. 57, 68; Maurach/Zipf, *AT/I*⁸, § 17, kn. 4.

Zielinski tarafından da açıkça ifade edildiği üzere; tehlikeli olmayan elverişsiz teşebbüs, elverişli teşebbüs ve tamamlanmış suç arasında haksızlık bakımından bir fark olmaması ve bu her üç halde de fiilin aynı ölçüde cezaya layık kabul edilmesi²⁹⁰ sonucunu doğurmaktadır²⁹¹. Bu ise hem ceza adaleti bakımından hem de ceza kanunlarının mevcut düzenlemeleri bakımından kabul edilebilir değildir.

Söz gelimi, öldürücü bir zehir olduğu inancıyla hasmına şeker veren bir kişinin veya hasmı silahının atış menziline kilometrelerce uzakta olmasına rağmen hedef gözeterek hasmına ateş eden bir kişinin ya da insan olduğu düşüncesiyle bir ağaç kütüğüne ateş eden kişinin fiili ile hasmını öldürücü bir zehir enjekte ederek ya da başına silahla ateş ederek öldüren kişinin fiili arasında haksızlık bakımından bir fark söz konusu olmayacak, bütün bu hallerde fail, tamamlanmış kasten öldürme suçunun cezasıyla, yani müebbet hapis cezasıyla cezalandırılacaktır²⁹².

Ceza kanunlarında suça teşebbüse ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olması ve tamamlanmış suç ile teşebbüs aşamasında kalmış suçlar arasında faile verilecek cezada fark gözetilmesi neticenin değersizliğinin haksızlık bakımından önem arz ettiğini göstermekte ve subjektif haksızlık anlayışı önünde normatif bir engel teşkil etmektedir. Zira neticenin değersizliği dikkate alınmadan ne haksızlığın ne de buna uygun olarak faile verilecek cezanın derecelendirilmesi ve farklılaşması mümkün değildir²⁹³.

Burada dikkat çekilmesi gereken diğer bir husus da, Alman Ceza Kanunu ile Türk Ceza Kanunu arasında cezalandırılabilir davranışın asgari

²⁹⁰ Zielinski, *Unrechtsbegriff*, s. 216.

²⁹¹ Stratenwerth, *SchwZStr* 79 (1963), s. 235-236; Stratenwerth, *FS-Schaffstein*, s. 186; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 240.

²⁹² Stratenwerth, *SchwZStr* 79 (1963), s. 250; Steinbach, *Problematik*, s. 77; Mylonopoulos, *Verhältnis*, s. 48. *Stratenwerth*, bunun barbarca bir sonuç olacağını ifade etmektedir (Stratenwerth, *FS-Schaffstein*, s. 186).

²⁹³ Hirsch, *GS-Meurer*, s. 7-8; Stratenwerth, *SchwZStr* 79 (1963), s. 251; Ebert/Kühl, *Jura* 1981, s. 235; Steinbach, *Problematik*, s. 80, 83-84, 307; Stollwerck, *Tatbestandsmerkmale*, s. 124; Keçelioğlu, *CHD* 21 (2013), s. 30; Bulut, *Netice*, s. 139 vd.

sınırlarındaki farklılıktır. Alman Ceza Kanunu, içeriği kast değersizliği olarak belirlenen tehlikeli olmayan teşebbüs, yani mutlak elverişsiz teşebbüs hallerini de cezalandırmaktadır (Al.CK § 22). Ayrıca kanunda, elverişsiz teşebbüs de dahil, suça teşebbüs hallerinde faile daha az ceza verilebileceği hüküm altına alınmaktadır (Al.CK § 23/2). Buna göre, Alman Ceza Kanunu subjektif haksızlık öğretisinde haksızlığın yegane kurucu unsuru olarak görülen kast değersizliğinin en azından cezalandırılabilirliğini düzenlemekte ve fakat tamamlanmış suç ile teşebbüs aşamasında kalmış suç arasında fark gözeterek neticenin değersizliğinin önemini göstermektedir. Buna karşılık, Türk Ceza Kanunu, ancak elverişli teşebbüsün cezalandırılabilirliğini düzenleyerek, subjektif haksızlık öğretisinde tamamlanmış suçun haksızlığını tek başına inşa ederek şekillendiren kast değersizliğini suça teşebbüs olarak dahi cezalandırmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, subjektif haksızlık öğretisinde tamamlanmış suçun haksızlığı, Türk Ceza Kanununda cezalandırılabilir bir haksızlık dahi teşkil etmemektedir. Türk Ceza Kanununda cezalandırılabilir bir fiilin asgari sınırı her halükarda kast değersizliğinin yanında olgu değersizliğinin varlığını gerektirmektedir. Subjektif haksızlık öğretisinin Türk ceza hukukunda herhangi bir karşılığı yoktur.

3. Neticenin Tesadüfiliği Görüşünün Eleştirisi

Subjektif haksızlık anlayışında gerek normun belirleyici fonksiyonunun mutlaklaştırılmasında gerek neticenin değersizliğinin haksızlığın yapısından dışlanması neticenin tesadüfiliği önemli bir argüman olarak ileri sürülmektedir²⁹⁴. Ancak neticenin hareketten bağımsız ve tesadüfün bir eseri olarak ortaya çıktığının kabulü isabetli değildir²⁹⁵.

Bir kimse diğer bir kimseyi öldürme kastıyla hedef alarak ateş ettiğinde, veya bir kimse diğer bir kimsenin başını baltayla kesip ayırdığında ve ölüm

²⁹⁴ Bkz. İkinci Bölüm, C, 1, b. Normun Belirleyici Fonksiyonunun Mutlaklaştırılması ve c. Haksızlığın Hareketin Haksızlığına İndirgenmesi başlıkları altında yapılan açıklamalar.

²⁹⁵ Ebert/Kühl, **Jura 1981**, s. 234.

neticesi meydana geldiğinde, meydana gelen bu neticenin tesadüfün bir eseri olduğu söylenemez. Bu netice daha ziyade fail tarafından istenen ve gerçekleşmesi beklenen ya da hesaba katılan bir neticedir. Bu açıdan, failin neticenin gerçekleşmesi bakımından hiçbir şey yapamayacağı ya da failin neticenin gerçekleşmesinde bir belirleyiciliğinin olmadığı ileri sürülemez. Teşebbüs aşamasında kalan suçların pek çoğunda failin gerekli enerjiyi harcamaması veya gerekli ihtimamı göstermemesi söz konusudur. Şayet fail bir kimsenin öldürülmesini itinalı bir şekilde planlar ve daha sonra bu plana uygun olarak fiili gerçekleştirirse, bunun sonucunda meydana gelen netice bir tesadüf değildir. Aksine çok defa planlanan ve icrasına başlanan hareketin failin elinde olmayan bir sebeple akim kalmasında bir tesadüf söz konusudur. Söz gelimi, failin bütün ayarlamaları yaparak gerçekleştirdiği bir atışın aniden çıkan bir rüzgar sebebiyle isabet bulmaması ya da yaralanan mağdurun oradan geçmekte olan bir ambulansla sağlık kuruluşuna kaldırılması ve müdahale sonucu kurtarılması durumunda, neticenin meydana gelmemesi tesadüf olarak nitelendirilebilir²⁹⁶.

Zielinski'ye göre, neticenin tesadüfi oluşu sebebiyle, tamamlanmış suç ile tamamlanmış teşebbüs (tam teşebbüs) arasında bir ayrım yapılamaz. Aksine tamamlanmış teşebbüs ile tamamlanmamış teşebbüs (eksik teşebbüs) arasında ayrım yapılabilir. Ancak bu gerekçelendirme çelişkilidir. Zira kast edilen bir neticenin tesadüfiliğinden söz edilebiliyorsa, pekala icra hareketlerinin tamamlanmasının tesadüfiliğinden de söz edilebilir. Mesela, özel eğitimli bir keskin nişancının mağduru öldürmek üzere pusuya yatması ve tam ateş edeceği sırada, tesadüfen oradan geçmekte olan bir polis memuru tarafından etkisiz hale getirilmesi halinde de tesadüf etkilidir²⁹⁷.

Subjektif haksızlık öğretisi, final hareket öğretisiyle temellendirilmektedir. Ancak final hareket öğretisi kabul edildiğinde, artık

²⁹⁶ Hirsch, **GS-Meurer**, s. 8; Stratenwerth, **FS-Schaffstein**, s. 183-184; Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 74; Steinbach, **Problematik**, s. 76.

²⁹⁷ Steinbach, **Problematik**, s. 85; Stollwerck, **Tatbestandsmerkmale**, s. 124.

neticenin tesadüfiliğinden söz edilemez. Hareketin final yönlendirmesi ile tesadüfilik bir arada bulunamaz. Zira hareketin final yönlendirmesi, illi süreçler hakkında, diğer bir ifadeyle, sebep-sonuç ilişkisi hakkında bilgiyi gerektirir. Kişi illiyet konusundaki ön bilgisi temelinde harici alemdeki illi faktörleri belirleyerek bir araya getirir (*überdeterminieren*) ve plana uygun olarak fiilini icra eder²⁹⁸. Neticenin tesadüfiliği ile illi faktörlerin belirlenmesi birbirine zıt olgulardır. Bu sebeple, final hareket öğretisinde neticenin tesadüfiliğinden değil, planlı bir şekilde meydana getirilmesinden söz edilebilir²⁹⁹.

Benzer bir durum taksirli suçlarda da söz konusudur. Taksirli suçlarda suçun kanuni tanımında yer alan neticenin failin objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışının bir sonucu olarak meydana gelmesi gerekir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ile meydana gelen netice arasında yükümlülüğe aykırılık bağlantısı olmalıdır (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*). Bu da dikkat ve özen yükümlülüğü ile tasvip edilmeyen neticeler arasında, dikkat ve özen yükümlülüğünün varlık sebebinin tasvip edilmeyen neticelerin önlenmesi olması anlamında, bir ilişkinin bulunduğunu gösterir. Taksirli suçtan sorumluluk için dikkat ve özen yükümlülüğüne uyularak netice önlenabilir olmalıdır. Halbuki neticenin tesadüfiliği kabul edildiğinde bu ilişki reddedilmek durumundadır³⁰⁰. Şüphesiz dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış sonucunda tasvip edilmeyen neticelerden hangisinin gerçekleşeceği hususunda kısmi de olsa bir tesadüfilikten söz edilebilir. Mesela, fail gerekli önlemleri almaksızın çatıda kiremit değişimi yaparken kiremitlerden biri çatıdan düşmüş olabilir. Düşen bu kiremit parçasının kaldırımında yürümekte olan bir kimseye isabet etmesi halinde bu kişinin yaralanması ya da ölmesi neticelerinden birinin meydana gelmesi belirli ölçüde tesadüfe bağlıdır. Ancak burada dikkat ve özene aykırılık ile meydana gelen netice arasındaki ilişki reddedilemeyeceği gibi, ceza

²⁹⁸ Bkz. İkinci Bölüm, I, A, 1. Hareketin Final Yapısı başlığı altında yapılan açıklamalar.

²⁹⁹ Hirsch, **GS-Meurer**, s. 8, 13; Stratenwerth, **FS-Schaffstein**, s. 184.

³⁰⁰ Hirsch, **GS-Meurer**, s. 17-18; Stratenwerth, **FS-Schaffstein**, s. 184

kanununun kısmen tesadüfe de dayansa böyle bir neticeye haksızlık bakımından değer atfettiği de belirtilmelidir³⁰¹.

Neticenin tesadüfiliğinin kabulü halinde, failin fiili ile meydana gelen netice arasındaki illiyetin ve neticenin fiilinin bir eseri olarak faile objektif isnadiyetinin ceza sorumluluğu bakımından önemini yitireceği, bu durumda neticenin objektif olarak varlığının yeterli görüleceği, neticenin failin veya üçüncü bir kişinin fiilinin veya bir doğa olayının sonucunda meydana gelmesinin bir fark doğurmayacağı, yine illiyet üzerindeki hatanın bir sonucunun olmayacağı ifade edilmektedir³⁰².

4. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurları Bakımından Değerlendirme

Subjektif haksızlık öğretisinin haksızlık alanında ulaştığı sonuçların kabul edilebilir olmadığı ortaya konulduğunda, artık hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının bu sonuçlar üzerinden temellendirilmesi de aynı ölçüde kabul edilebilir değildir³⁰³. Bunun yanında, haksızlık gibi hukuka uygunluğun da salt subjektif esaslara dayandırılması ayrıca eleştirilmelidir.

Haksızlık alanında failin davranışının dış dünyadaki etkilerinden sarfı nazar edilemeyeceği gibi, hukuka uygunluk alanında da failin davranışının dış dünyadaki olumlu etkilerinden sarfı nazar edilemez. İnsan davranışının hukuki ilişkiye vücut veren dış dünyadaki olumsuz etkileri yasak normu bakımından kurucu nitelikte olduğu gibi, olumlu etkileri de izin veren kurallar bakımından kurucu niteliktedir. Failin davranışının dış dünyadaki olumlu etkileri dikkate

³⁰¹ Krş. Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 72-73.

³⁰² Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 46-47, 53.

³⁰³ Subjektif haksızlık öğretisinde hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının eleştirisi için ayrıca bkz. Stratenwerth, **FS-Schaffstein**, s. 189 vd.; Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 281 vd. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin temellendirilmesinde subjektif haksızlık öğretisinin karakteristik özellikleri haricinde ileri sürülebilecek argümanların eleştirisinde finalist suç öğretisi kapsamında yapmış olduğumuz açıklamaların aynı şekilde geçerli olduğunu ifade etmek gerekir.

alınmaksızın haksızlığın ortadan kaldırılması izah edilemez³⁰⁴. Bu itibarla, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarından vazgeçilemez.

Kast değersizliğinin haksızlığın yegane kurucu unsuru olması sebebiyle, bu değersizliğin telafisi için gerekli subjektif unsurların, yani failin hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmiş olduğu hususundaki salt kabulünün hukuka uygunluk sebeplerinin yegane unsuru olduğunun kabul edilmesi, sonuçları itibarıyla da kabul edilebilir değildir. Zira bu durumda failin hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleşmiş olduğu hususundaki kaçınılmaz hatası, sadece failin bundan yararlanması ve cezalandırılmaması sonucu doğurmaz. Aynı zamanda failin karşısında bulunan kişinin buna katlanma yükümlülüğünü de doğurur. Halbuki, failin karşısında bulunan kişiden, ancak hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının fiilen varlığı halinde hukuki değerine müdahaleye katlanması beklenebilir. Mesela, A, hatalı olarak, arkasından gelen ve evine gitmekte olan B'nin kendisine saldırıda bulunmak üzere olduğunu düşünür ve silahını çekerek B'yi yaralar. Subjektif haksızlık öğretisine göre, bu durumda A hukuka uygun hareket etmiş olacağı gibi, B de gerçekte saldırıda bulunan A'nın davranışına katlanmakla yükümlü olacak ve meşru savunmada bulunamayacaktır. Böyle bir kabulün hukuki güvenlik açısından son derece mahzurlu olduğu açıktır³⁰⁵.

Zielinski bu eleştiriye karşı her ne kadar haksızlığın ortadan kaldırılmasının sadece belirli bir yasak normuyla ilgili olduğunu, bu belirli yasak normu bakımından haksızlığın ortadan kalktığının kabulü halinde hiçbir haksızlığın söz konusu olmadığına söylenemeyeceğini, haksızlığın ortadan kalkmasının hukuk düzeninin hareketin sonuçlarına da rıza gösterdiği anlamına gelmediğini, saldırının hukuka aykırılığının suçun genel bir unsuru olan hukuka aykırılıkla özdeş olmadığını, bu sebeple hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hata halinde hukuka uygunluktan söz edilse de, fiilin

³⁰⁴ Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 116-117.

³⁰⁵ Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 167; Steinbach, **Problematic**, s. 86-87; Rudolphi, **GS-Arm. Kaufmann**, s. 388; Mylonopoulos, **Verhältnis**, s. 94-95.

gerçekte herhangi bir saldırıda bulunmayan kişiye karşı hukuka aykırı/haksız olmaya devam ettiğini ifade etse de, gerek hukuka aykırılık kavramının aynı konuya karşı aynı fiil bakımından bu şekilde ayrıma tabi tutulamayacak olması ve hukuka uygunluğun katlanma yükümlülüğü doğurma özelliği karşısında *Zielinski*'nin bu argümanına geçerlilik tanınamaz³⁰⁶.

Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hata halinde hukuka uygunluk sebebinin varlığı kabul edildiğinden, olayda bir hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının gerçekleşmediğini bilerek faile yardım eden kişi, “hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin” (TCK m. 40/1) yokluğu sebebiyle, yardım eden olarak (TCK m. 39) cezalandırılmaz³⁰⁷.

C. Şahsi Haksızlık Öğretisi Bağlamında Telafi Modelinin ve Teşebbüs Çözümünün Eleştirisi

1. Telafi Modelinin Eleştirisi

Unsurlar arası telafi modeline³⁰⁸ göre, haksızlığın objektif yönü hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları tarafından, subjektif yönü ise hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları tarafından telafi edilmektedir. Tam bir hukuka uygunluk (*regulärer Rechtfertigungsgrund*³⁰⁹), daha doğru bir ifadeyle, haksızlığın bütünüyle ortadan kaldırılması (*volle Rechtfertigungswirkung*³¹⁰), hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının varlığı yanında subjektif unsurlarının varlığını da gerektirmektedir³¹¹.

³⁰⁶ Mylonopoulos, *Verhältnis*, s. 95.

³⁰⁷ Mylonopoulos, *Verhältnis*, s. 48, 51.

³⁰⁸ Telafi modeli ve eleştirisi için ayrıca bkz. Wolfgang Röttger, *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1993, s. 15 vd., 150 vd.; Grupp, *Verhältnis*, s. 63 vd.

³⁰⁹ Gallas, *FS-Bockelmann*, s. 167, 173.

³¹⁰ Krack, *Inhalt*, s. 146.

³¹¹ Bkz. İkinci Bölüm, I, B, 3. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi başlığı altında yapılan açıklamalar.

Ayrım tezine göre, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif ve subjektif unsurları birbirlerinden bağımsız olarak haksızlığın bileşenleri üzerinde hukuka uygunluk etkisi gösterdiklerinden, ayrım tezine dayandırılan telafi modelinde hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı ve fakat subjektif unsurlarının yokluğu halinde olgu değersizliği telafi edilmekte, ancak hareketin kast değersizliği varlığını devam ettirmektedir. Bunun tersi durumda, yani hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsurlarının varlığı ve fakat objektif unsurlarının yokluğu halinde ise hareketin kast değersizliği telafi edilmekte ancak olgu değersizliği varlığını devam ettirmektedir³¹².

Ancak böyle bir telafi ilişkisinin, suçun yapısına ilişkin her dogmatik tasarımda geçerli olup olmadığı veya hangi tasarımlarda geçerli olduğu ayrıca değerlendirilmelidir. Bugün için, ayrım tezinin kabul edilmesi durumunda, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının haksızlığın objektif unsurlarını telafi edeceği hususunda bir ihtilaf yoktur. Buna karşılık, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının etkisi bakımından aynı görüş birliği bulunmamaktadır.

Telafi modeli, ilk defa içinde geliştirildiği tipikliğin negatif unsurları öğretisiyle bütünüyle uyumludur. Zira tipikliğin negatif unsurları öğretisinde hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları negatif unsurlar olarak tipikliğe ait olduğundan, bu unsurların gerçekleşmediklerine ilişkin bilgi de kasta dahildir. Kastın haksızlık kastı olarak anlaşılması sebebiyle, failin hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleştiği hususundaki bilgisi veya bu konudaki hatalı tasavvuru hareketin kast değersizliğini telafi etmektedir³¹³.

³¹² Bkz. İkinci Bölüm, I, B, 3. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi başlığı altında yapılan açıklamalar.

³¹³ Bkz. İkinci Bölüm, II, A. Tipikliğin Negatif Unsurları Öğretisi ve İkinci Bölüm, I, B, 3. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi başlıkları altında yapılan açıklamalar.

Telafi modeli, dogmatik açıdan tutarsızlığına rağmen, kastın yine haksızlık kastı olarak anlaşıldığı sınırlı kusur teorisiyle de uyumludur. Zira sınırlı kusur teorisinde hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları her ne kadar tipikliğe dahil edilmese de, bunların gerçekleşmemesi değerlendirmenin konusuna dahil olmakta, kastın varlığı bu unsurların gerçekleşmediği bilgisini veya en azından gerçekleştiği bilgisinin yokluğunu gerektirmektedir. Böylece, failin hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleştiği hususundaki bilgisi veya bu konudaki hatalı tasavvuru hareketin kast değersizliğini telafi etmektedir³¹⁴.

Kastın, tipikliğin gerçekleştirilmesi iradesi (*Vorsatz als Verwirklichungswille*) olarak anlaşıldığı doğal kast anlayışında ise hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları ile kast arasında bir ilişki bulunmadığından ve bu unsurlar değerlendirmenin konusuna değil, konunun değerlendirmesine ait olduğundan, bunların varlığına ilişkin bilgi veya hatalı tasavvur hareketin kast değersizliğini telafi etmez. Bu açıdan, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları, böyle bir kast anlayışının benimsendiği katı kusur teorisinde haksızlık bilinci üzerinde etkiliyken, hukuki sonuçlarıyla sınırlı kusur teorisinde kast kusuru üzerinde etkili olmaktadır. Bu da unsurlar arası telafi modelinin kastın tipikliğin gerçekleştirilmesi iradesi olarak anlaşıldığı tasarımlarla uyumlu olmadığını göstermektedir³¹⁵. Şu halde, tipikliğin gerçekleştirilmesi iradesine dayanan kast değersizliğinin telafisi için hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığının yeterli olduğu ve subjektif unsurların yokluğu halinde de haksızlığın bütünüyle ortadan kalktığı sonucuna varılmalıdır³¹⁶.

TCK’da kast, “suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” olarak tanımlandığından, tipikliğin

³¹⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, D, 2, c. Sınırlı Kusur Teorisi başlığı altında yapılan açıklamalar.

³¹⁵ Röttger, *Unrechtsbegründung*, s. 160-161, 161, dn. 44; Schünemann, *GA 1985*, s. 374; ayrıca bkz. Hirsch, *LK¹¹*, § vor 32, kn. 52.

³¹⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, D, 2, b. Katı Kusur Teorisi ve d. Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi başlıkları altında yapılan açıklamalar.

gerçekleştirilmesi iradesini ifade etmektedir. Bu açıdan, telafi modelinin TCK'yla uyumlu olmadığı ve ayırım tezi kabul edildiğinde TCK'nın benimsemiş olduğu anlayışta hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinden söz edilemeyeceği söylenmelidir³¹⁷.

Bu açıdan, kastın haksızlık alanına aktarılması ve tipikliğin objektif ve subjektif unsurlardan oluştuğunun kabul edilmesi, hukuka uygunluk sebeplerinin tipikliğinin de bununla paralel olarak objektif ve subjektif unsurlardan oluşacağı şeklindeki çıkarımı³¹⁸ zorunlu kılmamaktadır. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği, tipikliğin subjektif unsurlarının kabul edilmesinin, yani şahsi haksızlık anlayışının tabii sonucu değildir. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği, ancak objektif unsurlarının haksızlığı telafi etmede yetersiz kalması halinde mümkün olabilir. Bu ise, doğrudan tipikliğin ya da haksızlığın yapısından değil, haksızlığın bileşenlerinin ve bu arada kast değersizliğinin tek başına haksızlık oluşturduğunun kabulünden kaynaklanabilir. Diğer taraftan, hukuka uygunluk sebepleri tipe uygun davranışa izin veren istisnai kurallar olduğundan, bunların kendisine istisna teşkil ettiği haksızlığın yapısıyla aynı olması zorunlu değildir³¹⁹.

Kast değersizliğinin haksızlık kastına dayandırılması durumunda³²⁰ ve telafi modelinden hareket edildiğinde hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin temellendirilip temellendirilemeyeceği veya subjektif unsurların yokluğu halinde failin cezalandırılabilip cezalandırılmayacağı aşağıda ayrıca incelenecektir.

³¹⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, D, 2, b. Katı Kusur Teorisi ve d. Hukuki Sonuçlarıyla Sınırlı Kusur Teorisi başlıkları altında yapılan açıklamalar. Krş. Koca, **CHD 1 (2006)**, s. 118.

³¹⁸ Wiedow, **Rechtfertigung**, s. 41, 56-57; Diehl, **Unrechtsausschliessungsgründe**, s. 2-4, 14; Reip, **Täterhandeln**, s. 126; Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 18.

³¹⁹ Triffterer, **FS-Oehler**, s. 222; Erman, **Yanılma**, s. 388; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1710 vd.

³²⁰ Krş. Graul, **JuS-Lernbogen 2000**, L 42.

2. Teşebbüsün Cezalandırılma Sebebini Açıklayan Teoriler ve Kast Değersizliğinin Cezalandırılabilirliği

a. Eski Objektif Teori (Soyut Tehlike Teorisi)

Eski objektif teoriye göre (*die ältere objektive Theorie*), teşebbüsün cezalandırılmasının ve cezaya layıklığının hukuki sebebi, onun objektif tehlikeliliğinde bulunur. Buna göre, ancak hareketin korunan hukuki değerini objesi üzerinde objektif bir tehlike oluşturması halinde cezalandırılabilir bir teşebbüsten söz edilebilir³²¹.

Hareketin tehlikeliliğinin illiyet üzerinden açıklanmaya çalışıldığı teoride, şart teorisinde hareket ile netice arasındaki illiyetin tespitinde olduğu gibi, tehlikeliliğin tespitinde de olaydan sonra ve olaya etki eden bütün şartlar dikkate alınarak (*ex post*) bir değerlendirme yapılır³²². Fakat fiilin işlendiği zamanki somut ilişki durumundan soyutlanarak *ex post* olarak yapılan incelemede olaya etki eden bütün şartlar dikkate alındığından ve aynı şartlar altında ne kadar gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin netice meydana gelmeyeceğinden, hareketin her halükarda elverişsiz ve dolayısıyla somut olarak tehlikesiz olduğu sonucuna varılacaktır³²³.

Bu sebeple, eski objektif teoride somut tehlike kavramı değil, soyut tehlike kavramı esas alınmıştır. Soyut tehlikelilik ise hareketin elverişsizliğinin mutlak mı yoksa nispi mi olduğuna göre belirlenmektedir. Şayet somut olayda

³²¹ von Hippel, *Strafracht/II*, s. 418-419, 403-404; Sözüer, *Teşebbüs*, s. 50 vd.; Doğan Soyaslan, *Teşebbüs Suçu*, 1. Baskı, Kazancı, Ankara, 1994, s. 26; Koray Doğan, “Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası”, *Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan*, Cilt 1, Beta, İstanbul, 2014, s. 202; Kazaker, *Teşebbüs*, s. 123.

³²² Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 192; Grupp, *Verhältnis*, s. 92; Sözüer, *Teşebbüs*, s. 51; Pervin Aksoy İpekçioğlu, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2009, s. 37; Kazaker, *Teşebbüs*, s. 132.

³²³ von Hippel, *Strafracht/II*, s. 422; Hans Joachim Hirsch, “Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht”, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Ed.: Bernd Schünemann, Hans Achenbach, Wilfried Bottke, Bernd Haffke, Hans-Joachim Hirsch, Walter de Gruyter, Berlin New York, 2001, s. 720; Uğur Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 1. Baskı, AÜHFY, ty., s. 75; Sözüer, *Teşebbüs*, s. 51-52, 59.

başvurulan hareket ve dolayısıyla kullanılan araç veya hukuki değerin objesinin durumu hedefe ulaşmak için herhangi bir tereddüde mahal vermeyecek şekilde ve istisnasız olarak yetersizse, bu durumda hareket mutlak anlamda elverişsizdir. Buna karşılık, diğer hallerde, yani hareketin hedefe ulaşmada genel olarak yeterli olduğu, ancak somut olayda bir engel sebebiyle yetersiz kaldığı hallerde, hareket nispi anlamda elverişsizdir. Mutlak elverişsizlikte hareket objektif olarak tehlikesizdir. Mutlak elverişsiz teşebbüs cezalandırılmaz. Buna karşılık, nispi elverişsizlikte hareketin objektif olarak tehlikeli olduğu kabul edilir. Nispi elverişsiz teşebbüs cezalandırılabilir kabul edilir³²⁴.

Teoriye göre, teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin temelini hareketin objektif tehlikeliliği oluşturduğundan, salt kast değersizliği haksızlık teşkil etmez. Teşebbüsün cezalandırılabilirliği ve haksızlığı, kast değersizliğine ek olarak, tamamlanmış suça göre eksik de olsa olgu değersizliğini de gerektirmektedir³²⁵. Bu eksik olgu değersizliği, hareketin değersizliğinin içeriğinin nasıl anlaşıldığına göre, hareketin objektif değersizliği ya da eksik netice değersizliği olarak nitelendirilebilir³²⁶. Bu açıdan, eski objektif teoride teşebbüsün haksızlığı, belirleyici norma aykırılığın yanında değerlendirici norma aykırılığı da gerektirmekte ve teşebbüsün haksızlığı bu her iki norma aykırılıkla birlikte temellendirilmektedir.

Bu teoriye göre, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu sebebiyle varlığı devam eden kast değersizliği, mutlak elverişsiz teşebbüste olduğu gibi, haksızlık teşkil etmeyecektir.

³²⁴ von Hippel, **Strafacht/II**, s. 417-419; Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 192; Zaczyk, **Unrecht**, s. 43-44; Maurach/Gössel/Zipf, **AT/2**⁸, § 40, kn. 192; Grupp, **Verhältnis**, s. 92; Roxin, **AT/II**, § 29, kn. 29; Alacakaptan, **İşlenemez**, s. 67-68; Sözüer, **Teşebbüs**, s. 51-52, 60; Önder Tozman, **Suçta Teşebbüs**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2015, s. 25-26; Doğan, **Teşebbüs**, s. 203-204; Kazaker, **Teşebbüs**, s. 132.

³²⁵ Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 159-161; Rudolphi, **FS-Maurach**, s. 71; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, **AT**¹², § 22, kn. 23; Frister, **AT**⁷, Kap. 23, kn. 1; Kazaker, **Teşebbüs**, s. 123-124.

³²⁶ Krş. Grupp, **Verhältnis**, s. 158.

b. Yeni Objektif Teori (Somut Tehlike Teorisi)

Eski objektif teorinin *ex post* değerlendirme biçiminin objektif tehlikelilik kavramını açıklamakta yetersiz kalması sebebiyle, yeni objektif teori geliştirilmiştir³²⁷. Yeni objektif teori (*die neuere objektive Theorie*), tehlike teorisi (*Gefährlichkeitstheorie*) olarak da anılmaktadır³²⁸.

Bu teoriye göre de teşebbüsün cezalandırılmasının ve cezaya layıklığının hukuki sebebi hareketin korunan hukuki değer üzerindeki objektif tehlikeliliğidir. Bu yönüyle, eski objektif teori ile yeni objektif teori arasında bir fark yoktur³²⁹. Ancak eski objektif teoriden farklı olarak, yeni objektif teoriye göre, tehlikelilik sonradan gerçekleştirilen *ex post* bir değerlendirmeye ve keyfi bir genellemeyle tespit edilemez. Hareket soyut olarak değil, aksine diğer eşlik eden bütün şartlarla birlikte değerlendirildiğinde somut olarak tehlikeli olmalıdır. Teşebbüsün cezalandırılabilirliği için gerekli olan somut tehlikeliliktir³³⁰.

İcra hareketlerinin tehlikeli olup olmadığı, yine eski objektif teoriden farklı olarak, hareketin gerçekleştirildiği andan bakılarak ve bu anda failin durumundaki objektif ve deneyimli bir kişi tarafından genel olarak bilinebilir veya fail tarafından bilinen şartlar değerlendirmeye dahil edilerek (*ex ante*) belirlenir. Ancak hareketin gerçekleştirilmesinden sonraki süreçte öğrenilen şartlar değerlendirmeye dahil edilmez³³¹. Teoride tehlikeliliğin tespiti,

³²⁷ Sözüer, **Teşebbüs**, s. 61.

³²⁸ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 192; von Hippel, **Strafrecht/II**, s. 425; Mezger, **Lehrbuch**³, s. 393; Grupp, **Verhältnis**, s. 92; Soyaslan, **Teşebbüs**, s. 29; Doğan, **Teşebbüs**, s. 206.

³²⁹ von Liszt, **Lehrbuch**^{21/22}, s. 193, 200; von Hippel, **Strafrecht/II**, s. 428, 403-404.

³³⁰ von Liszt, **Lehrbuch**^{21/22}, s. 200; von Hippel, **Strafrecht/II**, s. 425; Maurach/Gössel/Zipf, **AT/2**⁸, § 40, kn. 193; Grupp, **Verhältnis**, s. 93; Alacakaptan, **İşlenemez**, s. 76; Soyaslan, **Teşebbüs**, s. 29; Sözüer, **Teşebbüs**, s. 62; İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 37-38; Doğan, **Teşebbüs**, s. 206-207.

³³¹ von Liszt, **Lehrbuch**^{21/22}, s. 200; von Hippel, **Strafrecht/II**, s. 426-427, 419, 422; Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 192; Roxin, **AT/II**, § 29, kn. 27; Zaczyk, **Unrecht**, s. 45-46; Maurach/Gössel/Zipf, **AT/2**⁸, § 40, kn. 193; Grupp, **Verhältnis**, s. 93; Alacakaptan, **İşlenemez**, s. 76-77; Sözüer, **Teşebbüs**, s. 61; İpekçioğlu, **Teşebbüs**, s. 38-39; Tozman, **Teşebbüs**, s. 29; Kazaker, **Teşebbüs**, s. 150.

“sonradan gerçekleştirilen bir tahmin” (*nachträgliche Prognose*) olarak ifade edilmektedir³³². Tehlikeliliğin tespiti sonradan (*nachträglich*) gerçekleştirilir. Zira incelenen hareket geçmişte kalmıştır. Tehlikeliliğin tespiti bir tahmindir (*Prognose*). Zira hakim, hareketin icra edildiği zamanki objektif olarak bilinebilir veya fail tarafından bilinen şartları yeniden oluşturarak *ex ante* bir yargıda bulunur³³³.

Böyle bir değerlendirmede hareketin hedefine ulaşması muhtemel addedilebiliyorsa, bu durumda hareket tehlikelidir ve elverişli teşebbüsten söz edilir. Elverişli teşebbüs ise cezaya layıktır. Hedefine ulaşması ihtimal dahilinde değilse, hareket tehlikesizdir ve elverişsiz teşebbüs söz konusudur. Elverişsiz teşebbüs ise cezalandırılmaz³³⁴. Bu teoride, *ex ante* değerlendirme sebebiyle, mutlak ve nispi elverişsiz teşebbüs ayrımı yapılmamaktadır³³⁵.

Ancak “ihtimal” genel anlamda yüzde yüzden yüzde sıfıra kadar olan bir aralığı ifade etmektedir. Teşebbüsün tehlikeliliğinin belirlenmesinde böyle bir aralık uygun değildir. Tehlikeli teşebbüsten söz edilebilmesi için ciddi bir ihtimal (*ernsthafte Möglichkeit*) söz konusu olmalıdır³³⁶.

Eski objektif teoride olduğu gibi, yeni objektif teoride de teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin temelini hareketin objektif tehlikeliliği oluşturduğundan, elverişli teşebbüsün haksızlığı bakımından bu iki teori arasında bir fark yoktur. Bu teoriye göre de teşebbüsün haksızlığı kast

³³² von Liszt, *Lehrbuch*^{21/22}, s. 200.

³³³ von Hippel, *Strafracht/II*, s. 427. Yeni tehlike teorisinde tehlikeliliğin tespiti ile uygun illiyet ve objektif isnadiyet teorilerinde hareketin tehlikeliliğinin tespitinde esas alınan kriterlerler bakımından paralellik ve birbirlerine uygunluk bulunduğunu belirtmek gerekir (Roxin, *AT/II*, § 29, kn. 27; Sözüer, *Teşebbüs*, s. 65 vd.).

³³⁴ von Liszt, *Lehrbuch*^{21/22}, s. 200; von Hippel, *Strafracht/II*, s. 426-427; Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 192; Mezger, *Lehrbuch*³, s. 393; Roxin, *AT/II*, § 29, kn. 27; Grupp, *Verhältnis*, s. 93; Soyaslan, *Teşebbüs*, s. 29; Kazaker, *Teşebbüs*, s. 151.

³³⁵ von Hippel, *Strafracht/II*, s. 429; Sözüer, *Teşebbüs*, s. 61-62; Tozman, *Teşebbüs*, s. 27-29.

³³⁶ von Hippel, *Strafracht/II*, s. 428. *von Hippel*, tehlikeli ve tehlikesiz teşebbüs ayrımını ifade etmek için şöyle bir misal vermektedir. Dışardan bakan bir kimse neticenin gerçekleşmesi ihtimali karşısında faile “yapma” (*Laß das!*) diyebiliyorsa teşebbüs tehlikelidir. Buna karşılık, aynı durumda faile “seni ahmak” (*Du Dummkopf!*) deniliyorsa, bu durumda teşebbüs tehlikesizdir (Aynı yer).

değersizliği ve eksik olgu değersizliğinden oluşur. Kast değersizliği tek başına haksızlık teşkil etmez. Failin fiili belirleyici normun yanında değerlendirici norma da aykırı olmalıdır. Bu teoriye göre, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde varlığı devam eden kast değersizliği, tehlikesiz elverişsiz teşebbüste olduğu gibi haksızlık teşkil etmez³³⁷.

c. Subjektif Teşebbüs Teorisi

Subjektif teşebbüs teorisine (*die subjektive Versuchstheorie*) göre, teşebbüsün cezalandırılmasının ve cezaya layıklığının hukuki sebebi, objektif teorilerin aksine onun objektif tehlikeliliğinde değil, failin hukuka düşman iradesinin faaliyetinde (*Betätigung des rechtsfeindlichen Willens*) bulunur³³⁸.

Teoriye göre, failin hareketinin korunan hukuki değer in objesi bakımından objektif olarak tehlikeli olması gerekmez. Tipikliği gerçekleştirme iradesinin icra hareketlerinde faaliyete dökülmesiyle cezalandırılabilir teşebbüsten söz edilir. Failin objektif olarak hedefine ulaşabilecek olup olmaması, diğer bir anlatımla, hareketinin tipikliği gerçekleştirmek bakımından elverişli olup olmaması önemli değildir. Failin, icra hareketlerine başladığı anda kendi tasavvuruna göre (subjektif *ex ante*) hareketinin tipikliği gerçekleştirmeye uygun olduğuna inanması yeterlidir. Böyle bir inanç veya tasavvurun yokluğunda failin kastından da söz edilemeyeceğinden, teşebbüsün cezalandırılabilirliği bakımından kastın varlığı yeterlidir³³⁹.

Korunan hukuki değerin objesi bakımından hiçbir şekilde tehlike oluşturmayan davranışların da teşebbüs dolayısıyla cezalandırılması

³³⁷ von Liszt, *Lehrbuch*^{21/22}, s. 199.

³³⁸ von Hippel, *Strafracht/II*, s. 420; Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 192; Rudolphi, *FS-Maurach*, s. 71; Gallas, *FS-Bockelmann*, s. 159; Frisch, *FS-Lackner*, s. 128; Steinbach, *Problematis*, s. 316; Rinck, *Deliktsaufbau*, s. 220; Maurach/Gössel/Zipf, *AT/2*⁸, § 40, kn. 194; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *AT*¹², § 22, kn. 23; Sözüer, *Teşebbüs*, s. 81; Soyaslan, *Teşebbüs*, s. 30-31; Doğan, *Teşebbüs*, s. 202, 205.

³³⁹ von Hippel, *Strafracht/II*, s. 421, 424; Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 192; Rudolphi, *FS-Maurach*, s. 71; Gallas, *FS-Bockelmann*, s. 159-160; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 242-243; Sözüer, *Teşebbüs*, s. 102; Soyaslan, *Teşebbüs*, s. 30-31.

mümkündür. Teoride tehlikeli veya tehlikesiz, elverişli veya elverişsiz yahut mutlak veya nispi elverişsiz teşebbüs gibi ayrımlar yapılmaz. Bütün bu hallerde teşebbüs cezalandırılır³⁴⁰.

Subjektif teşebbüs teorisinde teşebbüsün haksızlığı, sosyal-etik değersizlik anlamında, hareketin kast değersizliğinden ibarettir. Hareketin kast değersizliği ise salt belirleyici norma aykırılıkla temellendirilir. Teşebbüsün haksızlığı bakımından değerlendirici norma aykırılığın ve olgu değersizliğinin önemi yoktur³⁴¹. Teşebbüsün objektif unsuru olarak, tipikliği gerçekleştirmek için hareketin doğrudan doğruya icrasına başlanmış olması (*zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzen*) gerekli³⁴² ise de, bu, icra hareketinin varlığı anlamındadır. Ancak bu hareketin objektif değersizliği gerekli değildir³⁴³.

Bu teoriye göre, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde varlığı devam eden kast değersizliği, haksızlık içeriği bakımından cezalandırılabilir teşebbüsün haksızlığına karşılık gelir³⁴⁴.

d. Etki Teorisi

Etki teorisi (*Eindruckstheorie*)³⁴⁵, esas itibarıyla subjektif teşebbüs teorisinden hareket etmektedir. Ancak subjektif teşebbüs teorisine ek olarak bu

³⁴⁰ von Weber, **Aufbau**, s. 15, dn. 14; von Hippel, **Strafracht/II**, s. 420, 424; Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 469; Rudolphi, **FS-Maurach**, s. 71; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 513; Maurach/Gössel/Zipf, **AT/2**⁸, § 40, kn. 194 vd.; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 208; Frister, **AT**⁷, Kap. 23, kn. 3; Sözüer, **Teşebbüs**, s. 82; Doğan, **Teşebbüs**, s. 202, 205.

³⁴¹ Steinbach, **Problematik**, s. 316; Röttger, **Unrechtsbegründung**, s. 37, dn. 35; Frister, **AT**⁷, Kap. 23, kn. 1; Sözüer, **Teşebbüs**, s. 100, 102, 104.

³⁴² Teorinin ilk halinde doğrudan doğruya icra hareketlerine başlama gerekli görülmemiş, failin suç işleme iradesinin herhangi bir davranışla dış dünyada tezahür etmesi teşebbüsün varlığı için yeterli kabul edilmiştir. Ancak bu anlayış zamanla terk edilmiştir (Sözüer, **Teşebbüs**, s. 81 vd.). Ayrıca bkz. Wiedow, **Rechtfertigung**, s. 15.

³⁴³ Rudolphi, **FS-Maurach**, s. 53, 71, 73; Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 159, 173; Hirsch, **FS-Roxin 2001**, s. 723; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 208-209. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm, B, 1, b, (1) Hareketin Haksızlığını Salt Subjektif Bileşenlerden İbareten Gören Görüş başlığı altında yapılan açıklamalar.

³⁴⁴ Ayrıca bkz. Rönau, **JuS 2009**, s. 595; Streng, **FS-Otto**, s. 482.

³⁴⁵ Teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zaczek, **Unrecht**, s. 21 vd.

teoride teşebbüsün cezalandırılmasının hukuki sebebi, hukuka düşman iradenin faaliyetinin toplumda hukuk düzeninin geçerliliğine duyulan güveni sarsıcı ve hukuki barışı zedeleyici sosyal-psikolojik etkisinde, kısaca hukuku sarsıcı etkisinde (*rechtserschütternde Eindruck*) bulunur³⁴⁶.

Subjektif teşebbüs teorisinde “hukuka düşman iradenin faaliyeti” olarak ifade edilen teşebbüsün cezalandırılma sebebi, etki teorisinde failin davranışının hukuku sarsıcı etkisi gibi objektif bir kriterle sınırlandırılmıştır. Bu sebeple etki teorisine objektif-subjektif karma teori (*die gemischt subjektiv-objektive Theorie*)³⁴⁷ olarak da anılmaktadır. Ancak teoride, failin davranışının korunan hukuki değer üzerindeki tehlikeliliği teşebbüsün cezalandırılması bakımından önemsizdir³⁴⁸. Diğer bir anlatımla, cezalandırılabilir teşebbüsün haksızlığı bakımından korunan hukuki değerle bağlantılı olarak bir olgu değersizliği gerekli değildir. Teşebbüsün haksızlığı yine kast değersizliğine dayanır. Bu ise elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasını mümkün kılmaktadır³⁴⁹.

Bu itibarla, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde varlığı devam eden kast değersizliği, bu teoride de, haksızlık içeriği bakımından, cezalandırılabilir teşebbüsün haksızlığına denk gelmektedir.

³⁴⁶ Roxin, *AT/II*, § 29, kn. 46; Grupp, *Verhältnis*, s. 103; Kindhäuser, *AT*⁸, § 30, kn. 9-10; Wessels/Beulke/Satzger, *AT*⁴⁶, § 17, kn. 843; Albin Eser/Nikolaus Bosch, “vor § 22”, *S/S*, 29. Aufl., C.H. Beck, München, 2014, kn. 22; Sözüer, *Teşebbüs*, s. 109-110, 134; Tozman, *Teşebbüs*, s. 37; İpekçioğlu, *Teşebbüs*, s. 42; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Genel*¹⁰, s. 459; Doğan, *Teşebbüs*, s. 202-203, 209; Kazaker, *Teşebbüs*, s. 153.

³⁴⁷ Wessels/Beulke/Satzger, *AT*⁴⁶, § 17, kn. 843. Hukuka düşman iradenin faaliyetinin hareketin icrasına doğrudan doğruya başlama şeklinde faaliyete dökülmesi arandığından, literatürde subjektif teşebbüs teorisinin de objektif-subjektif teori olarak anıldığı (Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 513) ifade edilmelidir.

³⁴⁸ Hans Joachim Hirsch, “Die subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS-Strafrechtsdoktrin”, *JZ*, 2007, s. 499; Eser/Bosch, *S/S*²⁹, vor § 22”, kn. 22; Doğan, *Teşebbüs*, s. 209.

³⁴⁹ Grupp, *Verhältnis*, s. 103-104; Salimi, *Rechtfertigungselement*, s. 23; Kazaker, *Teşebbüs*, s. 152-153.

3. Elverişli Teşebbüsten Cezalandırma Görüşünün Eleştirisi

Hukukumuzda az sayıda yazar tarafından hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde failin ilgili suça elverişli teşebbüsten cezalandırılacağı görüşü ileri sürülmüştür³⁵⁰. Bu sebeple, subjektif unsurların yokluğu halinde elverişli teşebbüsten söz edilip edilemeyeceği ve failin TCK'nın 35. maddesine göre cezalandırılıp cezalandırılmayacağı değerlendirilmelidir.

Suçta teşebbüs TCK'nın 35. maddesinde “(1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. (2) Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ... cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

Buna göre, maddenin 1. fıkrasında teşebbüsün cezalandırılabilirliği, ilgili suç tipi kapsamında gerçekleştirilen hareketin elverişli olmasına bağlanmış, 2. fıkrasında ise faile verilecek cezanın ölçüsünün meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre belirleneceği düzenlenmiştir.

Hareketin elverişliliğinden söz edildiğinde, bu, hareketin ulaşılmak istenen hedef bakımından objektif olarak elverişli olmasını ifade eder. Şüphesiz subjektif teşebbüs anlayışında da hareketin elverişliliğinden söz edilebilir. Ancak bu, hareketin failin zihninde elverişli olması anlamındadır³⁵¹. Subjektif *ex ante* elverişlilik failin kastı bakımından zorunludur. Hareketinin söz gelimi tipik neticeyi meydana getirmek için elverişli olmadığını düşünen bir kişinin netice bakımından kasten hareket ettiğinden söz edilemez. Elverişliliğin subjektif *ex ante* belirlenmesi halinde, maddede suça teşebbüs için kastın varlığına ek olarak ayrıca elverişlilikten söz edilmesi abesle iştigal olacaktır.

³⁵⁰ Bkz. Bkz. İkinci Bölüm, I, B, 3. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi başlığı altında yapılan açıklamalar.

³⁵¹ Mezger, **Lehrbuch**³, s. 387.

Zira bu durumda bütün hareketler elverişli olacağından, elverişli-elverişsiz teşebbüs ayrımı da yapılamaz. Maddede elverişlilikten söz edilmiş olması, TCK'da subjektif teşebbüs anlayışının benimsenmediğini, aksine objektif teşebbüs anlayışının esas alındığını göstermektedir. Nitekim faile verilecek cezanın ölçüsünün meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre belirleneceğinin ifade edilmesi de bunun sonucudur.

TCK'nın benimsemiş olduğu anlayışta hangi objektif tehlike teorisinin esas alındığı ise ayrı bir sorundur. Tehlike kavramını açıklamakta yetersiz olması ve *ex post* değerlendirme biçiminin elverişliliğe kavram olarak uygun olmaması sebebiyle, eski objektif teorisinin de TCK'nın 35. maddesiyle uyumlu olmadığı belirtilmelidir. Bu açıdan, cezalandırılabilir teşebbüsün belirlenmesinde yeni objektif teorisinin esas alındığı söylenmelidir. Nitekim, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde failin elverişli teşebbüsten cezalandırılması gerektiğini ileri süren yazarlar da yeni objektif teoriyi, yani tehlike teorisini esas almaktadır³⁵².

Tehlike teorisinde ise teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi hareketin objektif tehlikeliliği olduğundan, cezalandırılabilir teşebbüsün haksızlığı kast değersizliğinin yanında olgu değersizliğini de gerektirmektedir. Bu teoride kast değersizliği tek başına haksızlık teşkil etmemektedir. Sonuç olarak, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde TCK bakımından cezalandırılabilir bir haksızlıktan söz edilemeyeceği gibi, genel olarak haksızlıktan da söz edilemez³⁵³.

³⁵² Bkz. Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 508-509; Koca/Üzülmez, **Genel**¹², s. 423 vd., 426 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, **Genel**¹⁴, s. 695; Akbulut, **Genel**⁶, s. 621, 631; ayrıca bkz. Doğan, **Teşebbüs**, s. 219 vd.

³⁵³ Aynı yönde bkz. Dursun/Bozbayındır, **İÜHFM 1/2015**, s. 85; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1714 vd.; Kangal, **Zorunluluk**, s. 205; Zafer, **Genel**⁷, s. 361-362. Ayrıca bkz. ve krş. Puppe, **FS-Lackner**, s. 212-213, 236; Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 284, dn. 8; Jakobs, **AT**², 11. Ab., kn. 18, dn. 29; krş. Hyon, **CHKD 1/2017**, s. 69-70. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 6. Kast Değersizliğinin Haksızlığı Temellendirebilirliği Bakımından Değerlendirme başlığı altında yapılan açıklamalar.

Gerek subjektif unsurların gerekliliğinin temellendirilmesinin gerek bu unsurların yokluğu halinde failin cezalandırılmasının, ancak kast değersizliğini cezalandıran bir kanuni düzenlemenin varlığı halinde mümkün olduğunu ifade eden *Frisch*'e göre, salt şahsi haksızlık öğretisine veya kast değersizliğine dayanılarak, subjektif unsurların gerekliliği ve bu unsurların gerçekleşmemesi halinde failin cezalandırılması sonucuna varılması tatmin edici değildir. Zira failin ceza sorumluluğunu doğuran hukuki çıkarımların salt haksızlığın yapısından hareketle açıklanması mümkün değildir. Aksine bu çıkarımların kanunda öngörülmüş olması da gerekir³⁵⁴. Yazara göre, subjektif unsurların gerekliliğinin ve bunların yokluğu halinde failin cezalandırılmasının normatif temeli, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasının (Al.CK § 22) ardında yatan temel düşünce olarak, hukuka düşman veya haksız zihniyetin faaliyetinin (*Betätigung einer rechtsfeindlichen oder unrechtlichen Gesinnung*) Alman kanun koyucusu tarafından ceza hukuku bakımından önemli bir haksızlık olarak görülmesi ve cezalandırılmasıdır. Böyle bir normatif temelin bulunmaması halinde subjektif unsurun gerekliliği de reddedilmelidir. Cezalandırılabilirlik için haksızlığın subjektif unsurlarının tek başına yeterli olmadığı ve objektif unsurlarına da ihtiyaç duyulduğu bir hukuk düzeninde, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları haksızlığın objektif unsurlarını telafi eder ve geriye kalan kast değersizliği ceza hukuku bakımından önemini kaybeder. Hiçbir teorik haksızlık tasarımı bunu değiştirme gücünü haiz değildir³⁵⁵. *Frisch*'le aynı doğrultuda olmak üzere, *Roxin* ise hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurunun gerekliliğini ve bu unsurlarının gerçekleşmemesi halinde failin cezalandırılmasını Alman Ceza Kanununda elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasına bağlamaktadır³⁵⁶.

³⁵⁴ Frisch, **FS-Lackner**, s. 126-127.

³⁵⁵ Frisch, **FS-Lackner**, s. 128-129. *Frisch*'in görüşü hakkında ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 85 vd.; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 22 vd.; Dursun/Bozbayındır, **İÜHFM** 1/2015, s. 71 vd.; Kazaker, **Teşebbüs**, s. 262.

³⁵⁶ Roxin, **AT/I**⁴, § 14, kn. 96.

Düşüncemize göre, subjektif unsurların yokluğu halinde failin elverişsiz teşebbüsten cezalandırılacağı görüşü bir kısım hatalı değerlendirmelere dayanmaktadır.

İlk olarak, bu görüşte bir yandan hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının neticenin değersizliğini, subjektif unsurlarının ise hareketin değersizliğini telafi edeceği ifade edilirken, diğer yandan hareketin ve neticenin değersizliği kavramlarının içeriği, tipikliğin objektif ve subjektif unsurları ayırımına göre değil, hareket ve neticenin tipiklikteki anlamlarına uygun olarak belirlenmiştir³⁵⁷. Halbuki hareketin ve neticenin değersizlik içeriği bu şekilde belirlendiğinde, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları sadece tipik neticenin değersizliğini değil, aynı zamanda hareketin objektif değersizliğini de telafi edecektir³⁵⁸. Ancak bu husus görüş sahiplerince dikkate alınmamıştır.

İkinci olarak, bu görüşü ileri süren yazarlarca Alman ceza hukuku literatürüne atıfta bulunulmasına³⁵⁹ karşın, Alman Ceza Kanununda ve Türk Ceza Kanununda yer alan teşebbüs kavramlarının kapsamı arasındaki farklılık göz ardı edilmektedir. Nitekim Alman ceza hukuku literatüründe teşebbüs çözümünü benimseyen bir kısım yazarlarca subjektif unsurların yokluğu halinde failin suça “teşebbüs (*Versuch*)”ten cezalandırılacağı ifade edilmekte, ancak bunun elverişsiz teşebbüs olduğu ayrıca belirtilmemektedir. Kaldı ki buna gerek de yoktur. Zira subjektif teşebbüs anlayışının benimsendiği Alman Ceza Kanununda (§ 22) kendisine ceza yaptırımına bağlanan “teşebbüs”, elverişsiz teşebbüsü de içine alan geniş bir kavramdır. Subjektif teşebbüs anlayışında elverişli-elverişsiz teşebbüs ayrımı yapılmadığından, çok defa teşebbüsün elverişli mi elverişsiz mi olduğu da belirtilmemektedir. Halbuki Türk Ceza Kanununda kendisine ceza yaptırımına bağlanan “teşebbüs” sadece elverişli

³⁵⁷ Bkz. İkinci Bölüm, B, 1, b, (2) Hareketin Haksızlığının Objektif ve Subjektif Bileşenlerden Oluşturğunu Kabul Eden Görüş başlığı altında yapılan açıklamalar.

³⁵⁸ Bkz. Bkz. İkinci Bölüm, I, B, 3. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi başlığı altında yapılan açıklamalar.

³⁵⁹ Koca/Üzülmez, **Genel**¹², s. 270, dn. 742; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, **Genel**¹⁴, s. 650, dn. 55; Akbulut, **Genel**⁶, s. 471, dn. 1071; Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 21, dn. 43.

teşebbüstür. Alman Ceza Kanununda suça teşebbüs dolayısıyla cezalandırılabilir kabul edilen her fiil Türk Ceza Kanununda cezalandırılmamaktadır. Ancak bu hususun da görüş sahiplerince dikkate alınmadığını söylemek gerekir.

Nitekim, elverişli teşebbüsten cezalandırma görüşünü benimseyen *Göktürk*, eserinde “Alman doktrininde bir görüş konuyu elverişsiz teşebbüs kapsamında değerlendirmektedir. ... 5237 sayılı TCK’da ise elverişsiz teşebbüs halinde, failin ceza sorumluluğuna gidileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle de, bu görüşün benimsenmesi halinde, Türk hukuku bakımından fiil bir başka suçun oluşumuna sebebiyet vermedikçe failin elverişsiz teşebbüsten dolayı cezalandırılması mümkün değildir. Kanaatimizce hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsur dışında bir de subjektif unsurdan oluştuğu ve ancak her iki unsurun birlikte gerçekleşmesi halinde fiilin haksızlık olarak ortaya çıkmasına engel olucu bir fonksiyon ifa edebildikleri ve belirtilen durumda subjektif unsurun eksik kalması nedeni ile fiilin haksızlık olarak ortaya çıktığı görüşü kabul edildikten sonra elverişsiz teşebbüs kapsamında değerlendirme yapılması mümkün gözükmemektedir. Zira fiile haksızlık özelliğini kazandıran tipiklik ve hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olup; sadece hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının objektif olarak gerçekleşmesi nedeni ile tipik neticenin değersizliğinden (*Erfolgsunwert*) söz edilememekte, hareketin değersizliği ise varlığını koruduğu için fiil teşebbüs aşamasında kalan suçun haksızlık içeriği ile örtüşmektedir”³⁶⁰ açıklamasına yer vermiştir.

İlk olarak, belirtmek gerekir ki, Alman ceza hukuku literatüründe subjektif unsurların yokluğu halinde failin ilgili suça teşebbüsten cezalandırılacağını ifade eden yazarlar tarafından buradaki teşebbüsün elverişli teşebbüs olduğuna ilişkin ileri sürülmüş diğer bir görüş yoktur. Düşüncemize göre, bu konudaki karışıklığın sebebi, yukarıda bahsedilen “teşebbüs” kavramıyla ilgili hatalı değerlendirmedir.

³⁶⁰ Göktürk, *CHD* 26 (2014), s. 21, dn. 42.

İkinci olarak, yazar, elverişsiz teşebbüs görüşünü eleştirirken bir yandan uyum tezini ifade eden açıklamalarda bulunurken, diğer yandan subjektif unsurların yokluğuna ayırım tezine dayanan telafi modeli uyarınca teşebbüsten cezalandırma sonucunu bağlamaktadır. Halbuki bu iki tezden biri kabul edildiğinde diğeri kabul edilemez.

Düşüncemize göre, buradaki temel sorun, hukukumuzda hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini şahsi haksızlık anlayışından hareketle temellendiren ve subjektif unsurların yokluğuna ilgili suça teşebbüsten cezalandırma sonucunu bağlayan yazarlar tarafından subjektif unsurların gerekliliği sorununun bu unsurların yokluğuna bağlanan sonuçlardan tamamen bağımsız ve ayrı bir değerlendirme aşaması olarak ele alınmasından kaynaklanmaktadır. Buna göre, önce subjektif unsurların gerekliliğini şahsi haksızlık anlayışından hareketle kabul etmekte, daha sonra ise bu unsurların yokluğu halinde buna hangi sonucun bağlanacağı ayrı bir sorun olarak ele alınmaktadır. Halbuki subjektif unsurların gerekliliğinin şahsi haksızlık anlayışından hareketle temellendirilmesinde bu temellendirmenin esasını, subjektif unsurların yokluğuna elverişsiz teşebbüsten cezalandırma sonucunu bağlayan diğer temellendirme biçimlerinde de olduğu gibi, subjektif unsurların yokluğu halinde varlığı devam eden kast değersizliğinin elverişsiz teşebbüsün haksızlığına denk düşmesi dolayısıyla, bu haksızlığın ortadan kaldırılması için subjektif unsurların gerekli görülmesi oluşturmaktadır. Bu itibarla, bu temellendirme biçiminde subjektif unsurların gerekliliği, bunların yokluğuna bağlanan sonuçlardan ayrı bir sorun değildir. Aksine gereklilik, bu unsurların yokluğunda ortaya çıkacağı düşünülen sonuçtan kaynaklanmaktadır. Şahsi haksızlık anlayışı ve telafi modelinde subjektif unsurların hukuka uygunluk sebeplerinin gerçek olmayan unsurları olarak görülmesinin sebebi de budur. Telafi modelinin bu aşamadaki rolü, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı ve fakat subjektif unsurlarının yokluğu denkleminde kast değersizliğinin varlığını devam ettirdiği sonucuna ulaşmasından ibarettir.

Son olarak, yazar, bir yandan “haksızlık bakımından yapılan objektif-subjektif unsur ayrımı kendiliğinden hukuka uygunluk nedenleri bakımından da geçerlidir”³⁶¹ ve “Haksızlık objektif ve subjektif unsurlardan oluşur. Buna uygun olarak hukuka uygunluk nedenleri de objektif ve subjektif unsurlardan oluşmaktadır”³⁶² şeklindeki açıklamalarında, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarını haksızlığın objektif unsurlarının, subjektif unsurlarını ise haksızlığın subjektif unsurlarının karşısında konumlandırırken, diğer yandan hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde sadece tipik neticenin değersizliğinden söz edilemeyeceğini belirtmekte, ancak haksızlığın elverişli teşebbüsün varlığı için gerekli diğer bir objektif bileşeni olarak hareketin objektif değersizliğinin varlığını ne şekilde sürdürdüğünü açıklamamaktadır. Halbuki hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları haksızlığın objektif unsurlarını telafi ettiğinde, hareketin objektif haksızlığı da telafi edilmiş olduğundan artık elverişli teşebbüsten söz edilemeyecektir³⁶³.

Şu halde, subjektif unsurun yokluğu halinde TCK’nın 35. maddesinin doğrudan mı yoksa kıyasen³⁶⁴ mi uygulanacağı tartışması da anlamını yitirmektedir.

³⁶¹ Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 18.

³⁶² Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 18, dn. 31.

³⁶³ Yazar bir başka eserinde ise “Fiile değersizlik içeriğini kazandıran husus ise, icra ediliş şekli; yani, kasten işlenen suçlarda failin iradesinin tipikliğinin maddi unsurlarını kapsamasıdır” (Göktürk, **CHD 27 (2015)**, s. 19) açıklamasına yer vermiştir. Hareketin haksızlık içeriğinin kast değersizliği olarak belirlenmesi halinde neticenin değersizliği sadece tipik neticenin değersizliği değil, hareketin objektif değersizliğini de içine alan olgu değersizliği olacaktır. Ayrıca muhtevası kast değersizliği olarak belirlendiğinde hareketin değersizliği elverişli teşebbüsün haksızlığına karşılık gelmeyecektir.

³⁶⁴ Göktürk’e göre, “tipik netice her ne kadar ortaya çıksa da; suçun tamamlanmış olması, hukuk düzeninin bu tipik neticenin ortaya çıkmasına izin vermesi nedeni ile sadece görünüştedir. Bu durumda, teşebbüse ilişkin hüküm doğrudan doğruya değil; ancak kıyas yoluyla uygulama alanı bulabilir” (Göktürk, **CHD 26 (2014)**, s. 22). Belirmek gerekir ki, gerçekten de TCK’nın 35. maddesinde teşebbüsün tipikliğinin negatif bir unsuru olarak suçun tamamlanmamasından söz edildiğinden, suçun üç basamaklı yapısı içerisinde, tipiklığın tamamlandığı kabul edildikten sonra artık teşebbüs hükümlerinin doğrudan uygulanması imkanı bulunmaz. Aynı yönde bkz. Zafer, **Genel**⁷, s. 362; Erman, **Yanılma**, s. 392; Değirmenci, **TBBD 110 (2014)**, s. 173-174; Karakurt, **CHD 10 (2009)**, s. 128-129. Ancak burada hükmü kıyasen uygulama imkanı da bulunmamaktadır. Zira böyle bir kıyas aleyhe kıyastır.

Ancak, TCK’da, suça teşebbüsün varlığı için aranan diğer şartlar sabit kalmak kaydıyla, tehlikesiz elverişsiz teşebbüsün de cezalandırılmasına imkan veren bir düzenlemeye yer verilmiş olsaydı³⁶⁵ dahi, failin ilgili suça teşebbüsten cezalandırılması, tipikliğin objektif unsurlarında bir eksiklik (*minus*) söz konusu olmadıkça, mümkün olmazdı. Zira maddede teşebbüsün tipikliğinde negatif bir unsur olarak suçun tamamlanmaması şartına yer verilmiştir. Buna göre, ilgili suçun tipikliğinin tamamlanması teşebbüse ilişkin normun uygulanma imkanını ortadan kaldırır³⁶⁶. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı sebebiyle, olgu değersizliği telafi edilmiş olacağından, tamamlanmış suçun haksızlığı gerçekleşmez ve fail tamamlanmış suçtan cezalandırılmaz. Ancak aynı zamanda ilgili suçun tipikliği tamamlanmış olduğundan, suça teşebbüse ilişkin norm da uygulanamaz. Failin fiilinin elverişsiz teşebbüsün haksızlığına denk olmasından bahisle, teşebbüse ilişkin hükmün kıyasen uygulanması³⁶⁷ ise aleyhe kıyas yapmak olacağından mümkün olmayacaktır. Bu durumda, kanunilik ilkesi gereği failin cezalandırılmayacağı sonucuna ulaşılır. İlgili suçun tipikliğinin tamamlanmaması halinde ise fail elverişsiz teşebbüsten cezalandırılacaktır³⁶⁸.

4. Elverişsiz Teşebbüsten Cezalandırma Görüşünün Eleştirisi

Alman Ceza Kanununun 22. paragrafında suça teşebbüs “Fiil hakkındaki kendi tasavvuruna göre tipikliği gerçekleştirmek için doğrudan doğruya icraya başlayan kişi, suça teşebbüs etmiş olur” şeklinde tanımlanmış, 23. paragrafının 2. fıkrasında ise “Teşebbüs tamamlanmış suça göre daha az

³⁶⁵ Mesela, maddenin 1. fıkrasının “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu ...hareketin doğrudan doğruya icrasına başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur” şeklinde düzenlenmesi ve 2. fıkrasında yapılacak olan ceza indiriminin meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre belirlenmesinden vazgeçilmesi ihtimali düşünülebilir.

³⁶⁶ Bkz. Sözüer, **Teşebbüs**, s. 220.

³⁶⁷ Bkz. Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1709.

³⁶⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 4, b. Teşebbüse İlişkin Hükmün Kıyasen Uygulanması Görüşü Bakımından Değerlendirme başlığı altında yapılan açıklamalar.

cezalandırılabilir (§ 49/I)” denilerek suçla teşebbüs halinde faile verilecek cezada indirimde gidilebileceği düzenlenmiştir.

Hükme göre, failin, fiili işlediği andaki kendi tasavvuruna göre (subjektif *ex ante*), hareketinin tipikliği gerçekleştirmeye uygun olduğunu düşünmesi ve hareketin icrasına doğrudan doğruya başlaması, ilgili suçla teşebbüsten cezalandırılması için yeterlidir. Alman Ceza Kanunu subjektif teşebbüs anlayışını benimsemiştir³⁶⁹. Buna göre, elverişsiz teşebbüsün haksızlığını ifade eden kast değersizliği cezalandırılabilir bir haksızlıktır. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde hareketin değersizliği elverişsiz teşebbüsün değersizliğine denktir³⁷⁰.

Alman ceza hukuku literatüründe bir kısım yazarlarca Alman Ceza Kanunun benimsemiş olduğu teşebbüs anlayışı sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Genel kabul gören elverişli-elverişsiz teşebbüs ayrımı yerine tehlikeli-tehlikesiz elverişsiz teşebbüs ayrımı yapan *Hirsch*’e göre, ancak objektif *ex ante* bir değerlendirmede tehlikeli olan teşebbüs fiilleri cezalandırılabilir³⁷¹. *Rath*’a göre ise teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi fail ile mağdur arasındaki hukuki ilişkinin tahribi (*Destruktion des Rechtsverhältnisses*) olabilir³⁷². Yazara göre, olgu değersizliği anlamına gelen tahrip değersizliği (*Destruktionsunwert*) cezalandırılabilir haksızlığın zorunlu unsurudur³⁷³. Bu açıdan, kast değersizliği ve dolayısıyla hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu hali cezalandırılabilir bir haksızlık teşkil etmez³⁷⁴. *Gropp* ise eksik de olsa suç tipine

³⁶⁹ Baumann/Weber, *AT*⁹, s. 471; Kühl, *L/K*²⁹, § 22, kn. 11; Roxin, *AT/II*, § 29, kn. 32; Jescheck/Weigend, *AT*⁵, s. 513-514; Maurach/Gössel/Zipf, *AT/2*⁸, § 40, kn. 196; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *AT*¹², § 22, kn. 26; Frister, *AT*⁷, Kap. 23, kn. 321.

³⁷⁰ Frisch, *FS-Lackner*, s. 127 vd.

³⁷¹ Hirsch, *FS-Roxin 2001*, s. 720 vd. *Hirsch*’in teşebbüsün cezalandırılabilirliğine ilişkin görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Grupp, *Verhältnis*, s. 94; Roxin, *AT/II*, § 29, kn. 57; Kazaker, *Teşebbüs*, s. 160 vd.

³⁷² Jürgen Rath, “Grundfälle zum Unrecht des Versuch”, *JuS*, 1998, s. 1008 vd.; 1111 vd. *Rath*’ın teşebbüsün cezalandırılabilirliğine ilişkin görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Grupp, *Verhältnis*, s. 102; Roxin, *AT/II*, § 29, kn. 55; Kazaker, *Teşebbüs*, s. 171 vd.

³⁷³ Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 512 vd.

³⁷⁴ Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 263, 632, 650.

özgü bir olgu değersizliğinden (*spezifischer, der Strafvorschrift entsprechender Sachverhaltsunwert*) söz edilememesi halinde teşebbüsün cezalandırılmayacağını ifade etmektedir. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğunda bu olgu değersizliği eksik olduğundan, cezalandırılabilir bir haksızlık yoktur³⁷⁵. Düşüncemize göre, yazarların teşebbüsün haksızlığına ilişkin görüşleri kast değersizliğinin cezalandırılabilir bir haksızlık oluşturmadığını izah bakımından isabetlidir. Ancak, söz konusu görüşlerin Alman Ceza Kanununun düzenlemesiyle uyumlu olmadığı da haklı olarak ifade edilmektedir³⁷⁶.

Alman Ceza Kanununun subjektif teşebbüs anlayışına uygun düzenlemesi ve kast değersizliğinin cezalandırılması sebebiyle, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde failin ilgili suça elverişsiz teşebbüsten cezalandırılması görüşü ağırlıklı olarak kabul edilmektedir.

Ancak suça teşebbüse ilişkin hükmün doğrudan mı yoksa kıyasen mi uygulanacağı hususu tartışmalıdır. Diğer taraftan, hükmün ne doğrudan ne de kıyasen uygulanabileceği de ileri sürülmektedir. Bu görüş ayrılıklarının temelinde failin ilgili hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının varlığını bilmeksizin hareket etmesine karşın ilgili suçun tipikliğinin gerçekleşmesi ihtimali yatmaktadır.

Mesela, arkası dönük haldeki hasmı A'nın B'yi öldürmek üzere silahını doğrulttuğundan habersiz olan C, yaralamak kastıyla A'ya bir el ateş eder. Birinci ihtimalde, C'nin atışı A'ya isabet etmez. C elverişli hareketlerle kasten yaralama suçunun icrasına doğrudan doğruya başlamıştır. Ancak hareketinin yaralanma neticesi bakımından meydana getirdiği objektif tehlike sebebiyle

³⁷⁵ Gropp, AT⁴, § 5, kn. 50 vd.; Gropp, FS-Kühl, s. 256 vd.; Walter Gropp, "Böser Wille und guter Wille, Kritische Anmerkungen zur deutschen Versuchslehre", *Acta Universitatis Szegediensis: acta juridica et politica*, 81 (2018), s. 362 vd.; ayrıca bkz. Dursun/Bozbayındır, *İÜHFM* 1/2015, s. 86.

³⁷⁶ Grupp, *Verhältnis*, s. 102; Roxin, AT/II, § 29, kn. 55, 57; Rinck, *Deliktsaufbau*, s. 208, dn. 27.

ortaya çıkan eksik olgu değersizliği, meşru savunmanın objektif unsurlarının varlığı dolayısıyla telafi edilir. Kast değersizliği ise varlığını devam ettirir. Bu ihtimalde, kasten yaralama suçunun tipikliği gerçekleşmediğinden suç tamamlanmamıştır. Elverişsiz teşebbüse ilişkin hükmün uygulanması önünde bir engel yoktur. İkinci İhtimalde, A bacağından yaralanır. Tipikliğin objektif unsurlarının gerçekleşmesi sebebiyle ortaya çıkan olgu değersizliği meşru savunmanın objektif unsurlarının varlığı dolayısıyla telafi edilir. Kast değersizliği ise varlığını devam ettirir. Ancak bu ihtimalde tipiklik gerçekleşmiş olduğundan suç tamamlanmıştır. Suçun tamamlanması halinde elverişsiz teşebbüse ilişkin hükmün nasıl uygulanacağı ya da uygulanıp uygulanamayacağı tartışmanın esasını oluşturmaktadır.

a. Teşebbüse İlişkin Hükmün Doğrudan Uygulanması Görüşü Bakımından Değerlendirme

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde elverişsiz teşebbüse ilişkin hükmün doğrudan uygulanması farklı şekillerde gerekçelendirilmektedir.

Bir görüşe göre, suça teşebbüs tipikliğin objektif unsurlarında bir eksikliği (*minus*) gerektirmez. Tamamlanmış suçtan ayrı, kendine özgü bir olgudur (*eigenständiges Phänomen*). Tamamlanmış suçtan başka bir şeydir (*aliud*)³⁷⁷. Alman Ceza Kanununun 22. paragrafında tipikliği gerçekleştirmek için hareketin doğrudan doğruya icrasına başlanması yeterli görülmüş, ayrıca teşebbüsün tipikliğinde suçun tamamlanmaması şeklinde negatif bir unsur aranmamıştır. Teşebbüsün tipikliğinin objektif unsuru, icra hareketlerine doğrudan doğruya başlamaktan ibarettir. Subjektif unsuru ise kasttır³⁷⁸.

³⁷⁷ Grupp, *Verhältnis*, s. 136, 129.

³⁷⁸ Rolf D. Herzberg, “Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt”, *JuS*, 1996, s. 378; Schlehofer, *MüKo*, vor § 32, kn. 104; Grupp, *Verhältnis*, s. 129; Avusturya ceza hukuku literatüründe aynı yönde bkz. Triffterer, *FS-Oehler*, s. 224-225.

Birbirinden farklı iki ayrı şey olarak suça teşebbüs ve tamamlanmış suç arasında içtima ilişkisi vardır (*Konkurrenzlösung*)³⁷⁹.

Fail öldürme kastıyla ateş edip mağduru öldürdüğünde hem tamamlanmış kasten öldürme suçu hem de kasten öldürmeye teşebbüs gerçekleşmiştir. Zira bütün suçlar teşebbüs aşamasından geçerek tamamlanır. Hem kasten öldürme suçuna ilişkin hüküm, hem de kasten öldürme suçuna teşebbüse ilişkin hüküm uygulanabilir. Ancak aradaki içtima ilişkisi sebebiyle, fail sadece tamamlanmış suçtan cezalandırılır. Fiili veya hukuki bir sebeple fail tamamlanmış suçtan cezalandırılmadığında, fail suça teşebbüsten cezalandırılır. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde olgu değersizliği telafi edildiğinden, fail tamamlanmış suçtan cezalandırılmaz. Subjektif unsurların yokluğu sebebiyle kast değersizliği varlığını devam ettirdiğinden fail elverişsiz teşebbüsten cezalandırılır³⁸⁰.

Suçta teşebbüs ile tamamlanmış suç arasında tipiklik ilişkisi değil de bir içtima ilişkisinin bulunduğu düşüncesi, pek tabii dogmatik açıdan tartışılabilir. Ancak bu görüşün, her ne kadar Alman Ceza Kanunun lafzına şeklen uygun olsa da, salt kanunda objektif teşebbüs anlayışını esas alan TCK'da olduğu gibi “elinde olmayan nedenlerle tamamlamama”ma veya hem objektif hem subjektif teşebbüs anlayışlarının savunulmasına imkan veren eski Alman Ceza Kanunun 43. paragrafında olduğu gibi “tamamlanmadığında (*wenn ... nicht zur Vollendung gekommen ist*)” şeklinde negatif bir unsura yer verilmemesinden hareketle gerekçelendirilebileceği veya kanunun iradesinin bu yönde olduğunun söylenebileceği kanaatinde değiliz. Zira elverişsiz teşebbüsü cezalandırma iradesinin ortaya konulduğu bir düzenlemede böyle bir kayda yer verilmesi,

³⁷⁹ Herzberg, *JuS* 1996, s. 378-379.

³⁸⁰ Herzberg, *JA* 4/1986, s. 192-193; Herzberg, *JA* 4/1986, s. 542; Frisch, *FS-Lackner*, s. 138-139; Rudolphi, *FS-Maurach*, s. 58; Nowakowski, *ÖJZ* 1977, 578; Stratenwerth, *FS-Schaffstein*, s. 189; Roxin, *AT/I*⁴, § 14, kn. 104; Rönna, *JuS*, s. 596; Rönna, *LK*¹², vor § 32, kn. 90; Prittwitz, *Jura* 1984, s. 76-77; Graul, *JuS-Lernbogen* 2000, L 42-43; Frister, *AT*⁷, Kap. 23, kn. 13; Streng, *FS-Otto*, s. 474; Rönna, *JuS* 2009, s. 595-596. Bu görüş için ayrıca bkz. Rohrer, *JA* 1986, s. 365; Rath, *Rechtfertigungselement*, s. 280 vd.; Erman, *Yanılma*, s. 391-392.

elverişsiz teşebbüste suçun zaten tamamlanamayacak olması sebebiyle, anlamsız olurdu. Diğer taraftan, bu görüşün suç yolunu (*iter criminis*); suç işleme kararının verilmesi, hazırlık hareketleri, icra hareketleri, tamamlanma ve bitme gibi zaman bakımından basamaklandıran genel anlayışla da uyumlu olmadığını söylemek gerekir. Bu açıdan, kanunda “tamamlanma”dan açıkça söz edilmese de teşebbüs kavramının doğası gereği, teşebbüs ve tamamlanmayı belirli sınırlarla ayırmak gerekir³⁸¹.

Dogmatik açıdan isabetli bulmadığımız içtima çözümünü benimseyen *Frisch*’e göre, tartışmasız olan bir husus vardır ki, o da Alman Ceza Kanununun salt kast değersizliğini ceza hukuku bakımından önemli kabul etmiş olmasıdır. Zira aksi taktirde elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğini kabul etmek de mümkün olmazdı. Ancak kanunun elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması yönünde verdiği kararda fenomenolojik olarak göz önünde bulundurulmuş olgu ile hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halindeki olgu arasında bir farklılık olduğu belirtilmelidir. Elverişsiz teşebbüste objektif olarak elverişsiz bir davranış biçimi söz konusudur. Subjektif unsurun yokluğunda ise failin fiili objektif olarak tehlikeli veya başarıya ulaşmıştır. Sadece hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı sebebiyle olgu değersizliği telafi edilmiştir. Bununla birlikte, bu fenomenolojik farklılık hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde failin cezalandırılmasına engel değildir. Zira belirleyici olan fenomenolojik taraf değil, aksine elverişsiz teşebbüsün temelinde yatan normatif karardır ve bunun önemi subjektif unsurların yokluğu bakımından da geçerlidir. Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasının ardındaki bu belirleyici normatif düşünce, hukuka düşman ve haksız zihniyetin faaliyetinin ceza hukuku bakımından önemli bir haksızlık olarak kabul edilmesidir. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde failin cezalandırılmasından vazgeçilmesi, kanun koyucunun elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasının ardındaki temel düşüncesiyle çelişki oluşturur. Haksız zihniyetin faaliyeti açıkça ortadadır. Dahası, elverişsiz

³⁸¹ Krş. Rinck, *Deliktsaufbau*, s. 247-248.

teşebbüsün fenomenolojik çıkış tipiyle karşılaştırıldığında, subjektif unsurların yokluğu halinde cezalandırılabilirliği kabul etmemenin, diğer bir ifadeyle, subjektif unsurların yokluğunu elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğinden ayrı tutmanın hiçbir gerekçesi de yoktur. Elverişsiz teşebbüs durumunda, sadece haksız zihniyetin bir faaliyeti söz konusudur. Buna karşılık, objektif olarak hiçbir şeye sebep olunmamış, hukuki değer bakımından bir tehlike de meydana getirilmemiştir. Subjektif unsurun yokluğunda ise hukuki değer zarara uğramış veya tehlikeye düşürülmüştür. Buna karşılık, bu zarar veya tehlikenin değersizliği, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı ve değerliliği sebebiyle telafi edilmiştir. Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasının temelinde yatan kanuni ön karar, subjektif unsurun gerçekleşmemesi halinde failin davranışının ceza hukuku bakımından önemli bir haksızlık olarak nitelendirilmesini ve cezalandırılmasını da gerektirir³⁸².

*Gallas'a göre*³⁸³ ise, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde incelenmekte olan durum, failin objektif yönü itibarıyla normal elverişsiz teşebbüs hallerinden ayrılmaktadır. Subjektif olarak her iki durumda da failin kastı suç tipinin gerçekleştirilmesine yöneliktir. Fakat objektif olarak, suç teşkil eden fiili işleme kararının realize olması farklı sebeplerden başarısızlığa uğramaktadır. Normal elverişsiz teşebbüs durumunda suçun konusu veya suçta kullanılan aracın elverişsizliği tipikliğin objektif unsurlarının tamamlanmasını imkansızlaştırmaktadır. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğunda ise tipikliğin objektif yönü, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı sebebiyle haksız olarak nitelendirilememektedir. Ancak bu halde, tipikliğin negatif unsurları öğretisi benimsenmeden de elverişsiz teşebbüsü cezalandıran hükmün anlamına uygun yorumuyla (*sinngemäß Interpretation*) elverişsiz teşebbüsten cezalandırma sonucuna ulaşılabilir. Gerçi hukuka uygunluk sebeplerinin objektif

³⁸² Frisch, **FS-Lackner**, s. 127-128. *Frisch*'in görüşü için ayrıca bkz. Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 23; Dursun/Bozbayındır, **İÜHFM 1/2015**, s. 71 vd.

³⁸³ Yazar teşebbüs çözümünü sadece ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi bakımından kabul etmektedir.

unsurlarının varlığını bilmeksizin hareket eden fail tipikliği gerçekleştirmek üzere sadece icra hareketlerine başlamamakta, aksine tipikliği fiilen gerçekleştirmektedir. Fakat fail fiiliyle objektif olarak bir haksızlık meydana getirmemektedir. Failin fiili, normal elverişsiz teşebbüs hallerinde olduğu gibi maddi haksızlık içeriği bakımından değil, aksine sadece suç işleme kararının “faaliyete geçirilmesi” olarak önemlidir. Ancak hareketin (objektif) haksızlık içeriğinin yokluğunun, suçun konusunun veya suçta kullanılan aracın elverişsizliği dolayısıyla haksızlık tipinin gerçekleştirilemezliğine ya da hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının varlığına dayanıp dayanmadığı değerlendirme bakımından herhangi bir fark doğurmaz. Her iki durumda da fiilin cezalandırılabilirliği salt subjektif hareket değersizliği, yani kast değersizliğine dayanır. Normal elverişsiz teşebbüs halleri ile hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı sebebiyle elverişsiz teşebbüs halinin aynı şekilde konumlandırılması, gerektiğinde *argumentum a maiori* (evleviyet)³⁸⁴ ilkesiyle de desteklenebilir. Buna göre, suç işleme kararının icrası, sadece failin tasavvurunda tipe uygun olan bir davranış dolayısıyla cezalandırılabilirse, aynı suç işleme kararının icrası, tipe uygun ve fakat objektif olarak hukuka uygun fiil dolayısıyla da evleviyetle cezalandırılabilir³⁸⁵.

Belirtmek gerekir ki, elverişsiz teşebbüs ile hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu arasındaki fenomenolojik farklılık göz ardı edilerek, hareketin kast değersizliğinin aynılığından bahisle elverişsiz teşebbüse ilişkin hükmün uygulanması, yazarların başvurduğu içtima çözümüne başvurulmaksızın ve bu çözümün hukuken geçerliliği ortaya konulmaksızın, aleyhe kıyas yapmaktan başka bir şey olmayacaktır³⁸⁶. Bu konuda, her iki durumunda haksızlık içeriğinin aynılığı sebebiyle, eşitlik ilkesinden (Al.AY § 3/I; AY m. 10) de hareket³⁸⁷ edilemez. Zira eşitlik ilkesi koruyucu nitelikte bir

³⁸⁴ İlke için bkz. Işıқтаç/Metin, **Metodoloji**, s. 243 vd.

³⁸⁵ Gallas, **FS-Bockelmann**, s. 174-175.

³⁸⁶ Krş. Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 247-248.

³⁸⁷ Frisch, **FS-Lackner**, s. 128.

ilkedir ve kişilerin aleyhine yorumlanamaz. Ayrıca eşitlik ilkesinden hareketle suçta ve cezada kanunilik ilkesi (Al.AY § 103/II; AY m. 38/1) bertaraf edilemez.

Elverişsiz teşebbüse ilişkin hükmün doğrudan uygulanması lehine ileri sürülen ve objektif isnadiyet teorisine dayandırılan diğer bir görüşe göre ise, tipik neticenin objektif olarak isnat edilebilir olması, ancak neticenin fail tarafından yaratılan ve hukuken tasvip edilmeyen tehlikenin realize olması olarak tasvir edilmesi halinde mümkündür. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde objektif isnadiyetin esasını oluşturan bu tehlike boyutu eksiktir. Dolayısıyla, elverişsiz teşebbüse ilişkin hükmün uygulanmasına mani bir tamamlanmış suç söz konusu değildir³⁸⁸.

Düşüncemize göre, bu görüş isabetli değildir. Zira hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı, meydana gelen neticenin fiilinin bir eseri olarak faile isnat edilmesine değil, faile isnat edilen bu netice üzerindeki değersizlik yargısına engel olur. Suçun üç basamaklı yapısı içerisinde hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının tipiklik üzerindeki değersizlik/hukuka aykırılık yargısına değil de, bizzat tipikliğin oluşumuna etki ettiğinin kabul edilmesi mümkün değildir.

b. Teşebbüse İlişkin Hükmün Kıyasen Uygulanması Görüşü Bakımından Değerlendirme

Bu görüşe göre, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde, elverişsiz teşebbüse ilişkin hüküm sadece suçun tamamlanmaması halinde doğrudan uygulanabilir. Suçun tamamlanması halinde ise ancak kıyasen uygulanabilir. Bunun sebebi, suça teşebbüs ile tamamlanmış suç arasında tipiklik ilişkisinin (*Tatbestandslösung*)³⁸⁹ bulunmasıdır.

³⁸⁸ Frisch, **FS-Lackner**, s. 142; Rudolphi, **GS-Arm. Kaufmann**, s. 379; Puppe, **FS-Stree/Wessels**, s. 195; Rönau, **LK**¹², vor § 32, kn. 90.

³⁸⁹ Kavram için bkz. Herzberg, **JuS 1996**, s. 378. Tipiklik çözümü hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Grupp, **Verhältnis**, s. 133 vd.

Suçta teşebbüs ile tamamlanmış suç arasında içtima ilişkisi yoktur. Aksine tipiklik ilişkisi vardır. Suçta teşebbüs, tipikliğin objektif unsurlarında bir eksikliği (*minus*) gerektirir. Kastedilen ve doğrudan doğruya icrasına başlanan suç, tamamlanmamış olmalıdır. Teşebbüsün tipikliği üç temel unsurdan oluşmaktadır. Tipikliği gerçekleştirme iradesi olarak kast teşebbüsün subjektif unsurunu, suçun doğrudan doğruya icraya başlanması teşebbüsün pozitif nitelikteki objektif unsurunu, suçun tamamlanmaması ise teşebbüsün negatif nitelikteki objektif unsurunu oluşturur. Suçun tamamlanmaması, kanunda açıkça aranmasa da teşebbüs kavramının doğası gereği zorunludur (*der begriffsnotwendige negative Faktor*). Teşebbüs, icra hareketlerine başlanması ile suçun tamamlanması arasındaki zaman dilimini ifade eder. Bu görüşe göre, elverişsiz teşebbüs suçun konusunun, failin veya suçta kullanılan aracın elverişsizliğinden kaynaklanabilir. Elverişsiz teşebbüs, tersine tipiklik hatasıyla sınırlıdır³⁹⁰.

Yine bu görüşün sonucu olarak, suçta teşebbüs ile tamamlanmış suç arasında asli-tali norm ilişkisinin (*Subsidiarität*) bulunduğu kabul edilmektedir. Suç tamamlandığında, tali norm olan elverişsiz teşebbüse ilişkin hüküm, asli norm tarafından geri plana itilir ve uygulama kabiliyetini yitirir³⁹¹.

³⁹⁰ Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 515 vd., 517, 529 vd.; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**⁴⁶, § 17, kn. 839, 847, 880, 882; Kindhäuser, **AT**⁸, § 30, kn. 2, 13; Maurach/Gössel/Zipf, **AT/2**⁸, § 40, kn. 34, 38, 180 vd., 210; Kühl, **AT**⁸, § 15, kn. 8 vd., 88 vd.; Steinbach, **Problematis**, s. 312-313; Aynı yönde bkz. von Liszt, **Lehrbuch**^{21/22}, s. 191-192; von Hippel, **Strafrecht/II**, s. 434, 396, 421; Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 189; Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 473-474; Hirsch, **LK**¹¹, vor § 32, kn. 61; Doğan, **Teşebbüs**, s. 200, 188, 196 vd.

³⁹¹ Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 735; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**⁴⁶, § 20, kn. 1101; Maurach/Gössel/Zipf, **AT/2**⁸, § 55, kn. 15; aynı yönde bkz. Rohrer, **JA** 1986, s. 365. Elverişsiz teşebbüse ilişkin hükmün doğrudan uygulanması, tamamlanmış suç görüşünü veya cezasızlık görüşünü savunan yazarlar tarafından da eleştirilmektedir. Hirsch'e göre, elverişsiz teşebbüse ilişkin hükmün doğrudan uygulanması, suçun tamamlandığı hususundaki realiteden ayrılmak anlamına gelecektir (Hirsch, **LK**¹¹, vor § 32, kn. 61). Maurach buradaki hatanın tipiklikle ilgili olmadığını ve dolayısıyla teşebbüsten söz edilemeyeceğini ifade etmektedir (Maurach, **AT**³, s. 261). Hirsch ve Maurach'ın görüşü ve eleştirisi için ayrıca bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 280; Scheffler, **Jura** 1993, s. 622. H. Lampe ise suçun tamamlanması halinde failin ilgili suçta teşebbüsten cezalandırılmayacağını, subjektif unsurların yokluğu halinde ya tamamlanmış suçtan cezalandırma ya da cezasızlık çözümlerinin söz konusu olabileceğini söylemektedir (H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 213). Staab'a göre de, e.A.LCK § 43'te teşebbüsün karakteristik özelliği, kastedilen suçun icrasına başlanması ancak tipikliğin objektif unsurlarının tamamlanamaması şeklinde ortaya konulmuştur. Söz gelimi failin meşru savunmanın objektif

Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığından habersiz olarak hareket eden kişi tipikliği gerçekleştirdiğinde, suç tamamlanmış olduğundan, teşebbüs söz konusu değildir ve elverişsiz teşebbüse ilişkin hüküm doğrudan uygulanamaz. Ancak olgu değersizliği telafi edilmiş olduğundan, tamamlanmış suçun haksızlığı da yoktur. Sadece kast değersizliği varlığını devam ettirmekte, bu da elverişsiz teşebbüsün değersizliğine karşılık gelmektedir. Bu sebeple, elverişsiz teşebbüse ilişkin hüküm kıyasen uygulanmalıdır³⁹².

Bu görüş, bizce de haklı olarak, buradaki kıyasın aleyhe olması, bunun ise kıyas yasağı ve dolayısıyla kanunilik ilkesini ihlal etmesi sebebiyle eleştirilmiştir³⁹³.

Kıyasen uygulama görüşünü benimseyen yazarlara göre, burada yapılan aleyhe değil, aksine lehe kıyastır. Zira elverişsiz teşebbüse ilişkin hüküm kıyasen uygulanmadığında faili tamamlanmış suçtan cezalandırmak gerekecektir³⁹⁴.

unsurlarının varlığından habersiz olarak saldırganı yaralaması ve saldırıyı objektif olarak gerekli bir şekilde bertaraf etmesi halinde ise tipiklik bütünüyle tamamlanmaktadır. Şayet meşru savunmanın subjektif unsurlarının gerekliliği kabul edilecek olursa burada ancak tamamlanmış suçtan söz edilebilir. Ancak hiçbir şekilde elverişsiz teşebbüsten söz edilemez. Bu açıdan, başkaca bir gerekçeye dayanmadığında, subjektif unsurların gerekliliğinin elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasından hareketle temellendirilmesi söz konusu olamaz (Staab, **Elemente**, s. 38-39).

³⁹² Steinbach, **Problematis**, s. 311-313, 318-321; 300; Maurach/Zipf, **AT/I**⁸, § 25, kn. 34; Jescheck/Weigend, **AT**⁵, s. 330; Wessels/Beulke/Satzger, **AT**⁴⁶, § 8, kn. 401, 406; Köhl, **AT**⁸, § 7, kn. 15-16; Kindhäuser, **AT**⁸, § 29, kn. 9; Jäger, **SK**⁹, § 22, kn. 50; Hillenkamp, **LK**¹², § 22, kn. 200; Burgstaller, **Fahrlässigkeitdelikt**, s. 177-179. Berlin Yüksek Eyalet Mahkemesinin bir kararında, sanık kolluk (icra memuru) tarafından gerçekleştirilen bir yakalama fiiline karşı direnir. Ancak olayda yakalamanın koşulları gerçekleşmemiş, bu konuda hakimden gerekli karar (izin) alınmamıştır. Ancak sanık yakalama kararının bulunmadığından haberdar değildir. Burada sorun failin kendisine karşı gerçekleştirilen haksız saldırı karşısında meşru savunmada bulunup bulunamayacağıdır. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini kabul eden mahkeme, subjektif unsurların yokluğu halinde elverişsiz teşebbüse ilişkin hükmün kıyasen uygulanacağını kabul etmiştir (KG Berlin, **GA 1975**, s. 213 vd.).

³⁹³ Nowakowski, **JBI 1972**, s. 28, dn. 55; Nowakowski, **ÖJZ 1977**, s. 578; Hirsch, **LK**¹¹, vor § 32, kn. 61a; Rönnau, **LK**¹², vor § 32, kn. 90; Schünemann, **GA 1985**, s. 373-374; Scheffler, **Jura 1993**, s. 623; Streng, **FS-Otto**, s. 474; Steininger, **AT/I**², Kap. 10, kn. 14, 4.

³⁹⁴ Steinbach, **Problematis**, s. 320; Burgstaller, **Fahrlässigkeitdelikt**, s. 177, dn. 32.

Ancak bu görüşün isabetli olmadığını belirtmek gerekir. Zira elverişsiz teşebbüsten cezalandırma görüşünün hareket noktası ayırım tezidir. Buna göre, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı tek başına etkilidir ve olgu değersizliğini telafi eder. Ayırım tezi kabul edildikten sonra artık tamamlanmış suçtan cezalandırma sonucunun kabul edilmesine imkan kalmamaktadır. Hukuka uygunluk sebeplerinin yokluğu halinde varlığı devam eden ve cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda karar verilmesi gereken sadece kast değersizliğidir. Tipikliğin gerçekleşmesi sebebiyle elverişsiz teşebbüse ilişkin hükmün doğrudan uygulanamayacağı kabul edildikten sonra, yapılacak kıyas, tipik olmaması sebebiyle cezalandırılmayan bir fiili cezalandırılabilir hale getirmek olacaktır. Bu da aleyhe kıyastır. Kıyasın lehe olması ancak uyum tezinin ve tamamlanmış suçtan cezalandırma görüşünün kabul edilmesi ve fakat elverişsiz teşebbüse ilişkin hükmün kıyasen uygulanması halinde mümkün olabilir³⁹⁵. Ancak uyum tezi kabul edildiğinde elverişsiz teşebbüsle kıyaslanacak bir kast değersizliğinden söz edilemeyeceğinden, buna da imkan bulunmaz. Bu sebeple, teşebbüse ilişkin hükmün doğrudan uygulanamayacağı kabul edildiğinde, failin cezalandırılmayacağı sonucuna ulaşılmalıdır³⁹⁶.

Düşüncemize göre, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde elverişsiz teşebbüse ilişkin hüküm doğrudan uygulanamayacağı gibi kıyasen de uygulanamaz. Failin elverişsiz teşebbüsten cezalandırılması, ancak tipikliğin negatif unsurları öğretisinin kabulü halinde mümkün olabilir³⁹⁷.

³⁹⁵ Hirsch, **LK**¹¹, vor § 32, kn. 61a; Scheffler, **Jura** 1993, s. 623.

³⁹⁶ Nowakowski, **ÖJZ** 1977, s. 578-579; Steininger, **AT/I**², Kap. 10, kn. 14, 4.

³⁹⁷ Aynı yönde bkz. Müller, **Tatumstände**, s. 42, dn. 1-2; Foth, **JR** 1965, s. 369; Schünemann, **GA** 1985, s. 373-374; Rinck, **Deliktsaufbau**, s. 245.

5. Kast Değersizliğinin Cezalandırılabilirliği Bakımından Değerlendirme

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde, varlığı devam eden kast değersizliğinin pozitif hukuk bakımından cezalandırılabilir olmasından ayrı olarak değerlendirilmesi gereken bir başka husus da, bizatihi kast değersizliğinin ceza hukuku bakımından cezalandırılabilir olup olmadığıdır.

Şüphesiz kanun koyucunun, Alman Ceza Kanununda elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasında olduğu gibi, kast değersizliğinin cezalandırılmasını öngörmesi mümkündür. Yine subjektif unsurların yokluğu hali ayrıca düzenlenerek, ilgili suça elverişsiz teşebbüsten cezalandırılabilirlik konusunda ortaya çıkan kanunilik ilkesiyle ilgili tartışma da sonlandırılabilir. Ancak asıl ele alınması gereken, ister subjektif unsurun yokluğu halinde ister normal elverişsiz teşebbüs hallerinde olsun, kast değersizliğinin cezalandırılmasının bugün üzerinde tartışma bulunmayan fiil ceza hukuku ilkesiyle bağdaşır olup olmadığıdır.

Literatürde, gerek subjektif unsurların yokluğunda, gerek elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasında, salt kast değersizliğinin cezalandırma konusu yapılmasının fiil ceza hukukuna aykırı olduğu ve bunun zihniyetin cezalandırılması anlamına geldiği ifade edilmiştir. Subjektif teşebbüs anlayışında teşebbüsün cezalandırılmasının hukuki sebebinin hukuka düşman iradenin faaliyeti olması tartışmanın odak noktasını oluşturmaktadır.

Subjektif teşebbüs anlayışının ilk ortaya çıkış biçiminde (*die rein subjektive Versuchstheorie*), failin hukuka düşman iradesinin herhangi bir şekilde dış dünyada tezahür etmesi yeterli görülmüş ve teşebbüsün cezalandırılabilirliği hazırlık hareketlerinin de cezalandırılabilir olması pahasına genişletilmiştir³⁹⁸. Ancak bugün için bu teorinin kabul görmediğini ve hukuka

³⁹⁸ Jescheck/Weigend, AT⁵, s. 513; Sözüer, Teşebbüs, s. 79 vd.

düşman iradenin faaliyetinin ancak icra hareketlerine doğrudan doğruya başlamayla sınırlandırıldığını belirtmek gerekir. Bu sebeple, tartışılması gereken husus, bugün geçerli olan ve yukarıda içeriği açıklanan subjektif teşebbüs teorisinin ve kast değersizliğinin bu bağlamda cezalandırılmasının fiil ceza hukukuna uygunluğudur.

Kast değersizliğinin cezalandırılmasının fiil ceza hukukuna aykırılık teşkil etmediğini savunan görüşe göre, elverişsiz teşebbüste salt bir düşünce olarak gerçekleşen sürecin cezalandırılması söz konusu değildir. Aksine fail tipe uygun haksızlığı gerçekleştirme iradesini, suç tipiyle belirli bir bağlantı içindeki icra hareketlerini doğrudan doğruya icraya başlayarak, gerçek bir fiille (*wirkliche Betätigung*) ortaya koymaktadır. Cezalandırılan salt hareket kararı değil, tipikliği gerçekleştirme iradesi tarafından taşınan hareketin kendisidir. Bu itibarla, zihniyetin cezalandırılması eleştirisi yerinde değildir³⁹⁹.

Buna karşılık, salt kast değersizliğinin cezalandırılmasının zihniyetin cezalandırılması anlamına geldiğini savunan görüşe göre ise, subjektif teşebbüs anlayışını benimseyen yazarlarca ileri sürülen bu argüman yerinde değildir. Tehlikesiz elverişsiz teşebbüste fiil, korunan hukuki değerın objesi bakımından hiçbir şekilde objektif bir tehlike oluşturmamakta, sadece failin tasavvurunda hukuki değer ihlaline uygun olarak değerlendirilmektedir. Suç tipiyle belirli bir bağlantı içerisinde olsa dahi tehlikeli olmayan böyle bir davranışın cezalandırılması halinde, cezalandırmanın tek ve yegane sebebi failin hukuka düşman iradesidir. Zira hareketin objektif haksızlık içeriğinden, yani olgu değersizliğinden sarfı nazar edildiğinde tipikliği gerçekleştirmek üzere doğrudan doğruya icrasına başlanan hareket, iradenin belirli bir niteliği haiz dışa vurumundan (*qualifizierte Manifestation*) ve böylece iradenin içeriğinin bilinmesi bakımından özel olarak belirlenmiş bir delil aracı (*ein bestimmtes Beweismittel*) veya suçlu zihniyete karine (*Indiz für die kriminelle Gesinnung*) olmaktan öteye gitmemektedir. Cezalandırılan, somut fiilin haksızlık içeriği

³⁹⁹ Welzel, *Strafrecht*¹¹, s. 193, 2; Steinbach, *Problematic*, s. 63; Rinck, *Deliktsaufbau*, s. 221.

değil, failin kötü iradesidir (*böse Wille*). Bu ise zihniyetin cezalandırılması ve fail ceza hukuku anlamına gelir⁴⁰⁰.

Düşüncemize göre, zihniyet ceza hukuku ile fiil ceza hukuku arasındaki ayırımın özü cezalandırmanın sebebini oluşturan şeyin ne olduğu, diğer bir ifadeyle, neyin cezalandırıldığıdır. Bu şeyin hangi koşulda cezalandırıldığı değildir. Kast değersizliğinin cezalandırılmasını zihniyetin cezalandırılması olarak görmeyen görüş, tipikliği gerçekleştirme iradesinin dış dünyada icrasına başlanmış olması halinde, fiil ceza hukukunun koşulunun gerçekleşmesinden hareketle, artık zihniyetin cezalandırılabilceği sonucuna varmaktadır. Halbuki, fiil ceza hukuku bakımından önemli olan kötü iradenin belirli koşullar altında cezalandırılması değil, bu iradenin faaliyetinin dış dünyadaki fiili varlığının da cezalandırmanın sebebi olmasıdır. Zira aksi durumda, hangi koşul altında olursa olsun cezalandırılan zihniyetin kendisidir. Kastedilen suçun doğrudan doğruya icrasına başlama, failin iradesinin başka bir emare ya da semptomla ortaya çıkarılmamış olması anlamında negatif bir koşul olarak anlaşılmamalıdır. Pozitif bir bileşen olarak bizi bu hareketin objektif haksızlık içeriği de cezalandırmanın sebebi olmalıdır. Hareketin salt subjektif haksızlık içeriğinin cezalandırmanın sebebi olarak görülmesi zihniyet ceza hukukuna sebebiyet verir.

Ceza hukukunun görevi vatandaşların hukuka sadık zihniyetlerinin garanti altına alınması şeklinde temel sosyal-etik zihniyet değerinin korunması (*Schutz der elementaren soziaethischen Gesinnungs- (Handlungs-) werte*)⁴⁰¹

⁴⁰⁰ Spengel, **NJW** 1965, s. 1883; Spengel, **FS-Stock**, s. 93; Spengel, **ZStW** 65 (1953), s. 522; Hirsch, **FS-Roxin** 2001, s. 722-723, 725-726; Hirsch, **GS-Meurer**, s. 9; Hirsch, **JZ** 2007, s. 501; Rohrer, **JA** 1986, s. 366; Gopp, **Wille**, s. 365; Dursun/Bozbayındır, **İÜHF** 1/2015, s. 87; Kangal, **Zorunluluk**, s. 203; Zafer, **Genel**⁷, s. 362-363. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini finalist suç öğretisi içerisinde şahsi haksızlık anlayışından hareketle temellendiren ve uyum tezini benimseyen *Diehl*'e göre, ceza hukuku haksızlığının temelini oluşturan hareketin değersizliğini faaliyete dökülmüş kötü irade (*verwirklichter böser Wille*) oluşturur. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği de bu kötü iradenin ifade ettiği değersizliğin ortadan kaldırılması için aksi yöndeki iyi iradenin (*entgegengerichteter guter Wille*) gerekliliğinden kaynaklanmaktadır (Diehl, **Unrechtsausschliessungsgründe**, s. 9, 14, 94-95).

⁴⁰¹ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 4.

veya asgari etiğin muhafazası (*Wahrung des ethischen Minimums*)⁴⁰² olarak belirlendiğinde ve sosyal-etik değersizlik yargısı olarak hareketin kast değersizliği cezalandırmanın sebebi haline getirildiğinde⁴⁰³, artık ahlak ve hukuk arasındaki ayırım da ortadan kalkmaktadır.

Tek başına iyi veya kötü irade sadece ahlakın konusunu oluşturur. Bir iş iyi bir amaçla yapıldığında ahlaken iyi olur. Kötü bir amaçla yapıldığında ise ahlaken kötü olur. Ahlaki değerlendirme insanın iç tutumuyla bağlıdır. Bu açıdan, ahlak insanın kendisiyle olan ilişkisiyle ilgilidir. Dünyada ya da bir adada tek başına bir insanın varlığı halinde de ahlaktan söz edilebilir. Ancak hukukun ve bu arada ceza hukukunun konusu, insanın diğer insanlarla ilişkisinde gerçekleştirdiği ya da gerçekleştirmediği harici davranışlarıdır. Hukuk, toplumun üyesi olmakla ilgilidir. Ceza hukuku bu mahiyeti dolayısıyla zorunlu olarak insanın harici davranışının dış etkileriyle bağlıdır. Bu failin iradesinin ceza hukuku bakımından önemli olmadığı anlamına gelmemektedir. Ancak ceza hukuku failin iradesiyle, davranışının dış dünyadaki etkileriyle bağlı olarak ilgilenir. Toplumun bir ferdi ya da geneline ait, korunan hukuki değerlerin objesi üzerinde herhangi bir etkisi olmayan tehlikesiz teşebbüs halleri bu sebeple ceza hukukunun ve hukukun konusunu oluşturmaz ve cezalandırmaya esas teşkil etmez⁴⁰⁴. Ceza hukukunun görevi, hukuki değerlerin objesinin zarar görmesinin ya da tehlike altına konulmasının yaptırım altına alınmasıyla, hukuki değerlerin aktüel olarak korunmasıdır. Ancak ne hukukun ne de ceza hukukunun vatandaşların ahlaki zihniyetlerini gerçekleştirme gibi bir görevi vardır⁴⁰⁵. Bu husus, ceza hukuku dogmatığının sınırını ifade etmektedir. Şüphesiz devletin vatandaşlarının ahlaki bakımdan eğitimlerini ilerletme ve geliştirme görevi olduğu söylenebilir. Ancak sosyal düzenin fiilen etkilenmesi, yani korunan

⁴⁰² Steinbach, **Problematis**, s. 65; ayrıca bkz. H. Lampe, **Unrechtsbegriff**, s. 129.

⁴⁰³ Bkz. İkinci Bölüm, I, A, 2, c. Sosyal-Etik Değersizlik Yargısı Olarak Hareketin Haksızlığının Öne Alınması başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴⁰⁴ Spengel, **ZStW 65 (1953)**, s. 529-539; Spengel, **DRiZ 1978**, s. 327-329; Hirsch, **JZ 2007**, s. 501.

⁴⁰⁵ Hirsch, **GS-Meurer**, s. 9.

hukuki değerin objesinin zarara uğratılması veya tehlike altına konulması olmaksızın, ahlaken doğru olana yönlendirmede cezanın bir araç olarak kullanılması düşünülemez. Bu, totaliter rejimlerde olduğu gibi, ceza hukukunun genel ahlaki düzenleme aracı olarak kullanılması anlamına gelecektir⁴⁰⁶. Bu açıdan, salt kast değersizliğinin cezalandırılması ceza hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır⁴⁰⁷.

6. Kast Değersizliğinin Haksızlığı Temellendirebilirliği Bakımından Değerlendirme

Buraya kadar yapılan açıklamalarda, kast değersizliğinin tipikliği gerçekleştirme iradesine (tipiklik kastı) dayanması halinde, bu kast değersizliğinin telafisi için hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığının yeterli olduğu ve fiilin hukuka uygun olarak ortaya çıkması için hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekli olmadığı ortaya konulmuştur⁴⁰⁸.

Kast değersizliğinin haksızlık kastına dayandırılması halinde ise, bu kast değersizliğinin objektif teşebbüs anlayışında haksızlık teşkil etmediği⁴⁰⁹,

⁴⁰⁶ Stratenwerth, **SchwZStr 79 (1963)**, s. 238. Ceza hukukunda subjektifleşmenin despot rejimlerde zaferini kutlamasına şaşmamak gerektiğini ifade eden *Spendel* (Spendel, **ZStW 65 (1953)**, s. 531-532) ahlak ve hukuk arasındaki ayrımı reddeden görüşlerin Almanya’da Naziler iktidara gelmeden önce de savunulduğunu, ancak sözü edilen ahlakın bile ortadan kalktığı 1933 sonrası Nazi rejimi zamanında politik sebeplerle ceza hukukunun ahlaka aykırılığa doğru evrilmesi konusunda propagandanın yaygınlaştığını ve “irade ceza hukuku (*Willensstrafrecht*)” parolası altında hukuk alanında subjektifleşmenin takip edildiğini, ancak diktatörlüğün çöküşünden sonra bu anlayışın prensip olarak çok değişmediğini belirtmektedir (Spendel, **DRiZ 1978**, s. 329). Nasyonal sosyalist anlayışta hukuk, ahlak ve ahlaklılığın bir birlik teşkil ettiği yönünde bkz. Edmund Mezger, **Deutsches Strafrecht (Ein Leitfadens)**, 1. Aufl., Junker und Dünhaupt, Berlin, 1936, s. 25. Elverışsiz teşebbüsün cezalandırılması bağlamında irade ceza hukuku ve Nazi rejimi hakkında eleştiriler için ayrıca bkz. Spendel, **ZStW 65 (1953)**, s. 524 vd.; Hirsch, **JZ 2007**, s. 494 vd.; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1712.

⁴⁰⁷ Alman kanun koyucusunun kast değersizliğini cezalandırma yönünde verdiği kararın tartışılabilir olduğunu ifade eden *Frisch*, hukuki değerlerin korunmasının esas alındığı ceza hukukunda (*Rechtsgüterschutzstrafrecht*) bu kararın meşruiyetinin bazı zorluklarla karşılaştığını belirtmektedir (Frisch, **FS-Lackner**, s. 127).

⁴⁰⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 1. Telafi Modelinin Eleştirisi başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴⁰⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 3. Elverişli Teşebbüsten Cezalandırma Görüşünün Eleştirisi başlığı altında yapılan açıklamalar.

subjektif teşebbüs anlayışında ise, haksızlık teşkil ettiği ileri sürülebilirse de, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında tersine hata biçiminde ortaya çıkması halinde bu kast değersizliğinin suçun üç basamaklı yapısı içerisinde tipik olmaması sebebiyle cezalandırılmasının kanunilik ilkesine aykırı olduğu⁴¹⁰ ve ayrıca subjektif teşebbüs anlayışının ceza hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşmadığı ifade edilmiştir⁴¹¹.

Buna karşılık, objektif teşebbüs anlayışının benimsendiği hukukumuzda kast değersizliğinin, bizce yerinde olmayarak, haksızlık kastına dayandırıldığında, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı ve fakat subjektif unsurlarının yokluğu halinde, neden sadece cezalandırılabilir bir haksızlığın değil, genel olarak haksızlığın da söz konusu olmadığı, diğer bir ifadeyle, fiilin neden hukuka aykırılık teşkil etmediği, özellikle normun yapısı da dikkate alınarak ayrıca değerlendirilmelidir. Nitekim hukukumuzda bir görüşe göre, subjektif unsurların yokluğu halinde, TCK'da elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmaması sebebiyle, failin cezalandırılması mümkün değilse de fiil hukuka aykırı olmaya devam edecektir. Bu görüşe göre, fiilin hukuka uygunluğu yine subjektif unsurların varlığına bağlıdır⁴¹².

Hukuka aykırılık, fiil ile bir bütün halindeki hukuk düzeni arasındaki çelişkiyi ifade etmektedir. Haksızlık ise hukuka aykırı olan fiilin kendisidir. Hukuka aykırılık salt bir bağlantı iken, haksızlık maddi bir şeydir. Hukuka aykırılık bir sıfattır. Haksızlık ise bu sıfatı haiz fiilin ismidir. Fiil ile bir bütün halindeki hukuk düzeni arasındaki ilişkiyi ifade etmesi sebebiyle, tek bir hukuka aykırılık vardır. Çeşitli hukuk alanlarına ait normlarla fiil arasındaki çelişki, sadece bu alan bakımından değil, bütün hukuk düzeni bakımından hukuka aykırılık oluşturur. Ceza hukukuna aykırılık, medeni hukuka aykırılık gibi çeşitli

⁴¹⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 4. Elverişsiz Teşebbüsten Cezalandırma Görüşünün Eleştirisi başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴¹¹ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 5. Kast Değersizliğinin Cezalandırılabilirliği Bakımından Değerlendirme başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴¹² Erman, **Yanılma**, s. 392-393; Değirmenci, **TBBĐ 110 (2014)**, s. 173-174; Sarıgül, **AHBVÜ-HFD 3/2020**, s. 350-351.

hukuka aykırılıklar yoktur. Buna karşılık, haksızlığın hukuka aykırı olan fiilin kendisi olması hasebiyle, çeşitli hukuk alanları bakımından ayrı yasak konularından söz edilebilir. Ceza hukuku bakımından tipik olan bir fiil, medeni hukuk bakımından tipik olmayabilir veya medeni hukuk bakımından tipik olan bir fiil ceza hukuku bakımından tipik olmayabilir. Bu açıdan, ceza hukuku haksızlığı veya medeni hukuk haksızlığı ayrımları yapılabilir. Diğer taraftan, hukuka aykırılık salt bir ilişki olması sebebiyle derecelendirilemez. Bir fiil daha az veya daha fazla hukuka aykırı olamaz. Haksızlık ise maddi içeriğine göre derecelendirilebilir. Söz gelimi kasten öldürme suçu, mala zarar verme suçuna göre daha fazla haksızdır⁴¹³. Hukuka aykırılık, fiilin hukuk düzeniyle çeliştiği ilk anda veya yerde ortaya çıkar. Ancak hukuka aykırı olan bu davranışın haksızlık içeriği artabilir.

Fiilin hukuka aykırılı olması ile cezalandırılabilir bir haksızlık teşkil etmesi birbirinden farklı hususlardır. Subjektif unsurların yokluğu halinde cezalandırılabilir olmadığı sonucuna ulaşılsa dahi, fiilin hukuk düzeniyle çelişki halinde olduğu söylenebilirse, hukuka aykırı olduğu da söylenecektir⁴¹⁴. Bu da fiilin hukuka uygunluğu için hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının varlığını gerektirir.

Hareketin kast değersizliğinin hukuka aykırılığı ancak belirleyici norma aykırılıkla temellendirilebilir⁴¹⁵. Bu da belirleyici norm ile değerlendirci normun birbirinden bağımsız olmaları ve ayrı ayrı ihlal edilebilmeleri halinde mümkündür.

Belirleyici normun değerlendirci normdan türetildiği konusunda literatürde bir ihtilaf yoktur⁴¹⁶. Belirleyici norm, değerlendirci norm tarafından

⁴¹³ Welzel, **Strafrecht**¹¹, s. 52; Lenckner, **S/S**²⁶, vor §§ 13, kn. 48, 50-51; Keçelioğlu, **CHD** **21** (2013), s. 22 vd.; ayrıca bkz. Perron, **Rechtfertigung**, s. 54, dn. 34.

⁴¹⁴ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Rath, **Rechtfertigungselement**, s. 631-632; Steininger, **AT/I**², Kap. 10, kn. 14, 4; ayrıca bkz. Herzberg, **JA** **4/1986**, s. 190-191.

⁴¹⁵ Ayrıca bkz. Sözüer, **YD** **4/1995**, s. 467; Sözüer, **Teşebbüs**, s. 145.

⁴¹⁶ Mezger, **Lehrbuch**³, s. 166; Baumann/Weber, **AT**⁹, s. 259; Oehler, **Zweckmoment**, s. 23 vd.; Zielinski, **Unrechtsbegriff**, s. 121 vd.; Lenckner, **S/S**²⁶, vor §§ 13, kn. 49.

tasvip edilmeyen olarak nitelendirilen ve haksızlık teşkil eden tipe uygun hukuki değer ihlallerinden kaçınma konusunda hukuka tabi olan kişilere yönelik bir emri ifade eder. Belirleyici norm emredici olarak anlaşılan değerlendirci normdur⁴¹⁷. Keza belirleyici norm ile değerlendirci norm arasındaki bu ilişki, bunların konuları olan değerler bakımından da geçerlidir. Hareketin kast değersizliği ya da değerliliği, olgu değerliliği ya da değersizliğinden türetilir. Olgu değerliliği ya da değersizliği olmaksızın hareketin kast değerliliği ya da değersizliğinden söz edilemez. Hareket ve olgu değeri arasında tek taraflı bir bağlantı bulunur⁴¹⁸.

Belirleyici norm değerlendirci normdan türetilmiş olmasına karşılık bu normlar arasındaki bağ ilk defa *Goldschmidt* tarafından koparılmış ve bu normların birbirlerinden bağımsız oldukları ve ayrı ayrı ihlal edilebilecekleri kabul edilmiştir. Yükümlülük normu olarak isimlendirdiği belirleyici normun kusuru temellendirdiğini kabul eden yazar, mutlak elverişsiz teşebbüsü, hukuk normuna aykırılığın söz konusu olmadığı salt yükümlülük normuna aykırılık olarak nitelendirmiştir⁴¹⁹.

Şahsi haksızlık anlayışında ise belirleyici norma aykırılığın kusuru değil hareketin kast değersizliğini ve dolayısıyla haksızlığını temellendirdiği kabul edilirken, yine belirleyici normun değerlendirci normdan bağımsız olduğu ve değerlendirci norm ihlal edilmeksizin de belirleyici normun ihlal edilebileceği görüşü kabul edilmeye devam etmiştir⁴²⁰.

Bu görüşe göre, belirleyici norm ihlal edilmeksizin değerlendirci norm ihlal edilmiş olabilir. Bu durumda, fiil değerlendirci norma aykırı olması sebebiyle hukuk düzeniyle çelişki halinde olduğundan hukuka aykırıdır ve

⁴¹⁷ Stratenwerth, **SchwZStr 79 (1963)**, s. 247-248; Sözüer, **YD 4/1995**, s. 467; Sözüer, **Teşebbüs**, s. 145 vd.

⁴¹⁸ Rudolphi, **FS-Maurach**, s. 55.

⁴¹⁹ Bkz. Birinci Bölüm, I, B, 3. Normatif-Psikolojik Kusur Anlayışı ve Birinci Bölüm, II, A, 1. Salt Yükümlülük Normuna Aykırılık Dolayısıyla Cezalandırılabilir Hareketler Görüşü başlıkları altında yapılan açıklamalar.

⁴²⁰ Lenckner, **S/S²⁶**, vor §§ 13, kn. 49 vd.; Stratenwerth, **SchwZStr 79 (1963)**, s. 246 vd.

haksızlık teşkil eder. Ancak salt olgu değersizliği veya geniş anlamda netice değersizliği olarak ortaya çıkan ve cezalandırılabilir olmayan bu haksızlık, ancak meşru savunmada haksız bir saldırının veya haksız tahrikte haksız bir fiilin gerekliliği gibi, cezaya layık bir haksızlığın aranmadığı haller bakımından önemlidir. Aynı şekilde değerlendirici norm ihlal edilmeksizin belirleyici norm ihlal edilebilir. Bu durumda, fiil belirleyici norma aykırı olması sebebiyle hukuk düzeniyle çelişki halinde olduğundan hukuka aykırıdır ve haksızlık teşkil eder. Hareketin kast değersizliği, belirleyici norma aykırı olması sebebiyle hukuka aykırı kabul edilmektedir⁴²¹.

Düşüncemize göre, emredici teoriden hareket edilse dahi, belirleyici normun değerlendirici normdan türetildikten sonra, bu normun varlık sebebi olan değerlendirici normla bağının koparılması isabetli değildir. Belirleyici normun değerlendirici normdan bağımsız karakterde olduğunun ve değerlendirici norm ihlal edilmeksizin de belirleyici normun ihlal edilebileceğinin kabul edilmesi, hukuk ve ahlak arasındaki ayrımın ortadan kalkması anlamına gelir⁴²². Normun yapısına ilişkin böyle bir tasarım fiil ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmaz.

Diğer yandan, belirleyici normun değerlendirici normdan bağımsız olarak hukuka aykırılığı temellendirebilmesi, ancak bunun normatif bir dayanağının varlığı halinde mümkün olabilir. Normatif bir dayanağı olmaksızın

⁴²¹ *Hartmann*, ahlak felsefesine ilişkin çalışmasında, hareketin kast değersizliğinin başlangıçta soyut olarak olgu değersizliğini gerektirse de, müstakil bir değer kategorisi oluşturduğu, zira hareketin kast değersizliğinin amaçlanan içeriğin değersizliği değil bizatihi amaçlamanın değersizliği olduğu ve amaçlanan olgu değersizliği somut olayda gerçekleşmemiş olsa dahi hareketin kast değersizliğinin varlığını devam ettireceği düşüncesini ortaya koymuştur (Hartmann, *Ethik*⁴, s. 251 vd., 261, 266 vd.). Nitekim *Hartmann*'ın hareketin kast değersizliğine ilişkin bu düşünceleri şahsi haksızlık anlayışında hareketin kast değersizliğinin açıklanmasında da etkili olmuştur (Rudolphi, *FS-Maurach*, s. 54-55; Lenckner, *S/S*²⁶, vor §§ 13, kn. 60). Hareketin kast değersizliğinin, olgu değersizliğinden bağımsız olarak hukuka aykırılığı temellendirebilmesi ise ancak belirleyici normun bağımsız karakterinin kabul edilmesiyle mümkün olmaktadır. Ancak *Hartmann*'ın bu düşüncelerinin ahlak alanıyla ilgili olduğunu ve doğrudan hukuk alanına aktarılmasının isabetli olmadığını belirtmek gerekir (Hirsch, *GS-Meurer*, s. 8).

⁴²² Ayrıca bkz. Mezger, *GS 89 (1924)*, s. 239 vd.; Oehler, *FS-Sauer*, s. 266 vd.; Baumann/Weber, *AT*⁹, s. 287.

salt normun yapısına ilişkin dogmatik mülâhazalarla hukuka aykırılığın temellendirilmesi mümkün değildir. Alman Ceza Kanununda kast değersizliğini cezalandıran teşebbüse ilişkin düzenleme, belirleyici normun bağımsız karakterinin kabul edilmesini hem gerektirmekte hem de bunun normatif dayanağını oluşturmaktadır⁴²³.

Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı ve subjektif unsurlarının yokluğu halinin, subjektif teşebbüs anlayışında elverişsiz teşebbüsün tipikliğine uygun olmadığı, bizce de haklı olarak, söylene dahi, kanun koyucu söz gelimi tersine tipiklik hatası bakımından tehlikesiz elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması yönünde karar verdiğinde, artık belirleyici normun değerlendirici normdan bağımsızlığını da kabul etmiş olur. Bu da tipik olmaması sebebiyle cezalandırılabilir bir haksızlık teşkil etmeyen hallerde de kast değersizliğinin hukuk düzeniyle çelişki halinde olduğunun söylenmesine imkan verir.

Kanunda objektif teşebbüs anlayışının benimsenmesi durumunda ise hukuk düzeninde belirleyici normun bağımsız karakterini gerektiren veya bunun normatif dayanağını oluşturan bir düzenlemeden söz edilemez. Bu da, ister tersine tipiklik hatası şeklinde ister hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında tersine hata şeklinde ortaya çıksın, kast değersizliğinin çelişki halinde olduğu bir normun bulunmadığını gösterir.

Haksızlığın salt subjektif olarak temellendirilebilmesi, ancak bu yönde kanuni bir dayanağın bulunması halinde mümkün olduğundan, böyle bir kanuni dayanağın yokluğu, hukuk düzeninin haksızlığın salt subjektif olarak temellendirilmesini tanımadığı anlamına gelir⁴²⁴.

⁴²³ Krş. Frisch, **FS-Lackner**, s. 126 vd. Zira korunan hukuki değer objesi üzerinde herhangi bir zarar veya tehlike oluşturmayan ve değerlendirici norma aykırı olmayan bir davranışın hukuka aykırılığı, ancak belirleyici normun değerlendirici norm ihlal edilmeden de ihlal edilebilmesinin mümkün olmasıyla açıklanabilir.

⁴²⁴ Mezger, **Lehrbuch**³, s. 170.

Şu halde, objektif teşebbüs anlayışının benimseyen TCK'da belirleyici normun bağımsız karakterini gerektiren veya bunun normatif dayanağını oluşturan bir normun bulunmadığı ve TCK'nın haksızlığın salt subjektif olarak temellendirilmesini kabul etmediği söylenecektir⁴²⁵.

Nitekim, hukukumuzda tersine tipiklik hatasının haksızlık teşkil etmediğinin ifade edilmesi⁴²⁶, kast değersizliğinin tek başına haksızlığa esas teşkil etmeyeceği kabulünün bir sonucu olabilir.

Diğer taraftan, subjektif unsurların yokluğu halinde fiilin değerlendirici norma aykırı olmasa dahi belirleyici norma aykırı olduğunun kabul edilmesi, hukuk düzeninin bir yandan belirli bir olgunun gerçekleştirilmesine izin verdiği, diğer yandan ise bu olgunun gerçekleştirilmesine yönelik iradeyi yasakladığı anlamına gelecektir. Ancak bu mümkün olamayacağından, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığını bilmeksizin hareket eden failin iradesinin çelişki halinde olduğu bir normun varlığından da söz edilemez. Daha doğru bir ifadeyle, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde değerlendirici normun fiili olgular üzerindeki hukuki değersizlik yargısından söz edilemediğinden, belirleyici normun kast değersizliği üzerindeki hukuki değersizlik yargısı da mümkün olmaz. Kast değersizliği tek başına hukuki bir değersizlik değil, ahlaki bir değersizliktir ve hukuka aykırılık oluşturmaz⁴²⁷.

⁴²⁵ Krş. Dursun/Bozbayındır, **İÜHFM** 1/2015, s. 85.

⁴²⁶ Özgenç, **Genel**¹⁵, s. 476; Koca/Üzülmöz, **Genel**¹², s. 258; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, **Genel**¹⁴, s. 642; Akbulut, **Genel**⁶, s. 423.

⁴²⁷ *Gropp*'a göre, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde var olan kast değersizliği sadece failin zihnindeki şahsi değersizlikten ibarettir (*gedanklicher personaler Unwert*). Ancak bu değersizlik hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde dış dünyada bir şahsi haksızlığa (*personales Unrecht*) dönüşmemektedir. Salt düşünce, kötü bir düşünce dahi olsa serbest bırakılmalıdır ve maddi hukuk düzeni anlamında (*im Sinne der materiellen Rechtsordnung*) hukuka aykırı değildir. Kötü de olsa salt düşünce haricen hukuka uygun bir harekette tecessüm ettiğinde, böyle bir davranışın hukuka uygunluğundan söz edebilmek için harekete neden hukuka uygun bir zihniyetin de eşlik etmesinin gerektiği anlaşılabılır değildir. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde fiil hukuka uygundur (*Gropp, Wille*, s. 364); *Dursun/Bozbayındır*'a göre ise hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının somut olayda varlığı halinde, objektif olarak haklı ve hukuk düzeniyle ahenkli bir netice ortaya çıkmaktadır. Failin subjektif olarak ayrıca haklılık bilinciyle

Belirleyici normun sadece başlangıçta değil, daima değerlendirci norma bağlı ve ikincil nitelikte olduğu kabul edildiğinde, bunun haksızlık öğretisi bakımından sonucu, değerlendirci norma aykırılık olmaksızın hukuka aykırılıktan söz edilememesidir. Ancak değerlendirci norma aykırılık ceza hukuku haksızlığı için yeterli değildir. Hukuka aykırı davranışın ayrıca ikincil nitelikteki belirleyici norma aykırı da olması gerekir. Bu açıdan belirleyici norma aykırılık, değerlendirci norma aykırılıkla birlikte ceza hukuku haksızlığı bakımından kurucu niteliktedir.

Sonuç olarak, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde fiil hukuka uygundur. Failin söz konusu objektif unsurların varlığını bilmeksizin hareket etmesi, hukuka aykırı olmayan bir davranışı hukuka aykırı addetmesi sebebiyle mefruz suça vücut verecektir⁴²⁸.

7. Taksirli Suçlarda Subjektif Unsurların Gerekliliği Bakımından Değerlendirme

Şahsi haksızlık öğretisi ve telafi modelinden hareket eden yazarlardan bir kısmına göre, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde taksirli suçun netice değersizliği telafi edilir. Ancak dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıkla temellendirilen hareketin değersizliği varlığını devam ettirir. Her ne kadar cezalandırılabilir olmasa da, varlığı devam eden

hareket edip etmediğinin, hukuka sadakat gösterip göstermediğinin araştırılması ve bunların yokluğu halinde failin cezalandırılması zihniyetin cezalandırılması anlamına gelecektir (Dursun/Bozbayındır, **İÜHFM 1/2015**, s. 86-87). Ünver'e göre ise, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının somut olayda var olması ve fakat failin bunu bilmemesi durumunda önemli olan failin subjektif durumu veya iradesinin kapsamı değil, aksine fiili durum ve objektif gerçekliktir. Bu halde lehine gerçekleşen tesadüflerden failin yararlandırılmaması için bir sebep de yoktur. Objektif olarak var olan bir hukuka uygunluk sebebinin sınırları içinde hareket eden bir kimsenin bu hukuka uygunluk sebebinden yararlandırılması gerekir. Nitekim mefruz suç halinde faile ceza verilmemesi gerekliliği de bu görüşün kabul edilmesini gerektirmektedir. Yazara göre, hukuka uygunluk sebebinin objektif unsurlarının somut olayda varlığı hususundaki bilinçle hareket edip etmediğinin ispatının kuşkulu olması halinde failin lehine yorum ve uygulama yapılması gerektiğinden hukuka uygunluk sebeplerini fail ceza hukukunun bir uzantısı olarak salt subjektif hale indirmek yerinde değildir (Yener Ünver, "Türk Ceza Kanunu'ndaki Hukuka Uygunluk Nedenleri", **I. Türkiye-Azerbaycan Hukuk Sempozyumu**, Özyeğin Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 86-87).

⁴²⁸ Krş. Dursun/Bozbayındır, **İÜHFM 1/2015**, s. 86; Karaaslan, **LHD 2017**, s. 1715.

hareketin değersizliğinin telafisi ve böylece fiilin hukuka uygun olarak ortaya çıkması için hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları gereklidir⁴²⁹.

Diğer bir kısım yazara göre ise, taksirli suçlarda hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları gerekli değildir. Bir görüşe göre, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde neticenin değersizliği telafi edilir. Fail her ne kadar dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmekte ise de, taksirli suçlara teşebbüs kanunda düzenlenmediğinden, bunun herhangi bir sonucu bulunmamaktadır. Salt dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık cezalandırılabilir bir haksızlık teşkil etmez. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları tarafından telafi edilmesi gereken bir hareket değersizliği yoktur. Bu sebeple, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı yeterlidir⁴³⁰. Diğer bir görüşe göre, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde, fail tarafından meydana getirilen tehlike izin verilmeyen bir tehlike değildir. Ayrıca taksirli suçların haksızlığında tipe uygun neticenin bilinebilir olması yeterlidir. Failin neticenin gerçekleştirebileceğini bilmesi gerekmez. Bu sebeple, taksirli suçların haksızlığında, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığının bilinmesiyle telafi edilecek bir subjektif bileşen bulunmamaktadır. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde fiil hukuka uygundur⁴³¹.

Son olarak, taksirli suçlarda subjektif unsurların gerekliliğinin kabul edilmesi veya edilmemesinin bir öneminin bulunmadığı, zira gerekli oldukları kabul edilse dahi subjektif unsurların yokluğu halinde bunun bir sonucunun

⁴²⁹ Bkz. İkinci Bölüm, I, B, 3. Hukuka Uygunluk sebeplerinin Subjektif Unsurlarının Temellendirilmesi başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴³⁰ Ebert, **AT**³, s. 168; Joachim Kretschmer, “Notwehr bei Fahrlässigkeitsdelikten” **Jura**, 2002, s. 117; Kühl, **AT**⁸, § 17, kn. 80.

⁴³¹ Kindhäuser, **AT**⁸, § 33, kn. 59-61; ayrıca bkz. Schmitt, **JuS** 1963, s. 68; Steinbach, **Problematis**, s. 343-344, 348; Andreas Quentin, “Fahrlässigkeit im Strafrecht”, **JuS-Lernbogen**, 1994, L 59; Göktürk, **CHD** 26 (2014), s. 18, dn. 33.

olmadığı, failin her halükarda cezalandırılmayacağı, bu sebeple, buradaki tartışmanın sadece akademik bir tartışma olduğu da ifade edilmektedir⁴³².

Haklı olarak ifade edildiği⁴³³ üzere, taksirli suçlarda subjektif unsurların gerekliliğini reddeden görüşlerin, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının fiili hukuka uygun hale getirmesi sebebiyle mi yoksa subjektif unsurların yokluğu halinde cezalandırılabilir bir haksızlığın bulunmaması sebebiyle mi subjektif unsurların gerekliliğini reddettikleri yeterince açık değildir.

Düşüncemize göre, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde, taksirli suçlarda sadece neticenin değersizliği değil, hareketin değersizliği de telafi edilmektedir. Zira ilgili hukuka uygunluk sebebiyle objektif amaç bağlantısı içerisinde bulunan davranış her ne kadar görünüşte objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı ise de, bu davranış üzerinde yükümlülüğe aykırı olduğundan bahisle bir değersizlik yargısında bulunulamaz⁴³⁴. Mesela, A normalde yaya trafiğinin pek olmadığı bir saatte hız sınırının üzerinde seyrettiği aracıyla kırmızı ışıktaki durmadan kavşaktan ilerlerken, öldürmek amacıyla silahını doğrultmuş vaziyette B'yi kovalayan ve o sırada yaya geçidinden karşıya geçmekte olan C'ye fark etmeden çarpar. C'nin yaralanması üzerinde B kurtulur. Olayda A'nın hız sınırının üzerinde seyretmesi ve kırmızı ışıktaki geçmesi, farkında olmadan B lehine gerçekleştirmiş olduğu meşru savunma için gerekli olduğunda, normal şartlar altında dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olan bu davranışlar üzerinde hukuk düzeninin bir değersizlik yargısında bulunması mümkün değildir. Bu açıdan, sadece meydana gelen netice değil, hareketin kendisi de hukuka uygun kabul edilmelidir.

⁴³² Kretschmer, **Jura** 2002, s. 117; Lenckner/Sternberg-Lieben, **S/S**²⁹, vor §§ 32, kn. 99; Rönau, **LK**¹², vor § 32, kn. 92; Kindhäuser, **AT**⁸, § 33, kn. 62.

⁴³³ Roxin, **AT/I**⁴, § 24, kn. 103; Salimi, **Rechtfertigungselement**, s. 112-113.

⁴³⁴ Aynı yönde bkz. Streng, **FS-Otto**, s. 485; Göktürk, **CHD** 27 (2015), s. 19.

SONUÇ

Klasik suç öğretisinde suçun objektif nitelikteki bütün unsurları haksızlığa ve subjektif nitelikteki bütün unsurları ise kusura tahsis edilerek haksızlık alanında subjektif unsurlara yer verilmemiş ve haksızlık olgu değersizliğinden ibaret görülmüştür. Bütünyle objektif olarak belirlenen bu haksızlık anlayışının tabii sonucu olarak, bu öğretime hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları gerekli görülmemiştir.

Neoklasik suç öğretisinde de esas itibarıyla haksızlığın objektif nitelikte olduğu kabul edilmiştir. Buna karşılık, objektif haksızlık ve subjektif kusur şeklindeki keskin ayrımının her durumda ve bütün suçlar bakımından geçerli olmadığı görülmüş ve istisnai olarak haksızlığın subjektif unsurları kabul edilmiştir. Ancak bu öğretime haksızlığın esasını fiilin sosyal bakımdan zararlılığı oluşturduğundan, haksızlığın subjektif unsurları ile hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları arasında bir ilişki kurulmamıştır. Bir kısım yazarlarca hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği reddedilirken, diğer bir kısım yazarlarca haksızlığın subjektif unsurlarının kabul edilmesindekine benzer bir yol izlenerek, istisnai bazı hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsurların gerekliliği değerlendirilmiş ve bir kısım münferit argümanlarla belirli hukuka uygunluk sebeplerinde subjektif unsurların gerekli olduğu sonucuna varılmıştır.

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini kabul eden görüşler içerisinde iki temel yaklaşım söz konusudur:

Bunlar dan ilkinde; kanun lafzından, hukuka uygunluğun genel prensiplerinden ve final hareket öğretisinden hareketle yapılan temellendirmelerde olduğu gibi, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları hukuka uygunluk sebeplerinin gerçek unsurları olarak görülmektedir. Buna göre, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları ilgili hukuka uygunluk sebebinin varlığı kendisine bağlı olan gerçek unsurlarıdır. Subjektif unsurlarının yokluğunda hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının

varlığı tek başına herhangi bir etki doğurmaz. Bu durumda, hukuka uygunluk sebebi bütünüyle yok kabul edilir.

İkincisinde ise, şahsi haksızlık anlayışından, tipikliğin negatif unsurları öğretisinden ve hata hükümlerinin mefhumu muhalifinden hareketle temellendirmelerde olduğu gibi, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları hukuka uygunluk sebeplerinin gerçek olmayan unsurları olarak görülmektedir. Buna göre, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları, subjektif unsurların varlığından bağımsız olarak etkide bulunur ve haksızlık üzerinde etkilidir. Ancak failin objektif unsurların varlığından habersiz olarak hareket etmesi sebebiyle kast değersizliği varlığını devam ettirir. Bunun ise elverişsiz teşebbüsün hareket değersizliğine karşılık geldiği ve haksızlık oluşturduğu düşüncesi sebebiyle, kast değersizliğinin telafi edilerek söz konusu haksızlığın ortadan kaldırılması için subjektif unsurların gerekli olduğu kabul edilmektedir. Bu yaklaşımın temelinde elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması sebebiyle kast değersizliğinin tek başına haksızlık oluşturduğu ve hukuk düzeninin haksızlığın salt subjektif olarak da temellendirilmesini kabul ettiği öncülü yer almaktadır. Çeşitli temellendirme biçimlerinin bu aşamadaki rolü, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı ve fakat subjektif unsurlarının yokluğu denkleminde kast değersizliğinin varlığını devam ettirdiği sonucuna ulaşmasından ibarettir.

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği kanunun lafzından hareketle temellendirilmeye çalışılmıştır. Ancak Türk Ceza Kanununda ve diğer kanunlarda yer alan hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, bu düzenlemelerde hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarına işaret eden bir ifadeye yer verilmemiş olduğu ve kanun koyucunun hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarını tarif ve tasvir etmekle yetindiği görülmektedir. Bu açıdan, subjektif unsurların gerekliliğini kanunun lafzından hareketle temellendirme imkanı bulunmamaktadır. Diğer taraftan, ceza hukuku dogmatikinde maddi hukuka aykırılık anlayışının ortaya çıkmasıyla birlikte, hukuka uygunluk sebeplerinin kanuni dayanağının

bulunmasının gerekli olmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Kanunda düzenlenmemiş olsa dahi, hukuka uygunluğun genel prensiplerinden hareketle hukuka uygunluk sebepleri üretilebilir. Bu sebeple, hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin kanunda yer alan düzenlemeler ihdas edici değil tespit edici niteliktedir. Kanun koyucunun açıkça hukuka uygunluk için gerekli olandan daha yüksek kriterler belirlemesi ve bu arada subjektif unsurların gerekliliğinden söz etmesi halinde dahi, bu kriterleri sağlamayan ancak genel prensiplere göre hukuka uygunluk için gerekli koşulları haiz olan davranışın hukuka uygun olduğu sonucuna varılacaktır. Bu açıdan, subjektif unsurların gerekliliğinin temellendirilmesinde kanunun lafzına dayanılamaz.

Subjektif unsurların gerekliliği, hukuka uygunluğun genel prensiplerinden hareketle de temellendirilmeye çalışılmıştır. Ancak söz konusu prensipler esas itibarıyla objektif niteliği haiz hukuki değerler perspektifinden ve subjektiviteden bağımsız olarak şekillendirilmiş olduğundan, subjektif unsurların gerekliliğinin temellendirilmesinde inandırıcı ve elverişli bir dayanak noktası sağlamamaktadır. Hukuka uygunluk sebeplerinin esasını failin subjektif durumuyla da ilişkilendirerek açıklamaya çalışan görüşler bulunmaktaysa da, bu görüşlerde subjektif unsurların neden hukuka uygunluk sebeplerinin mahiyetine özgü bir gereklilik olduğunun yeterli şekilde izah edilemediği görülmektedir.

Finalist suç öğretisinde hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği, tipe uygun davranışa izin veren kurallar ile insan hareketinin final yapısı arasındaki ilişkiye ve insan hareketinin illi-gai bütünlüğünün hukuka uygunluk alanında da etkili olması kabullerine dayanmaktadır. Bunun yanında her iki temellendirme biçiminin ardında hareketin sosyal-etik değersizliğinin, yani kast değersizliğinin engellenmesi düşüncesi yer almaktadır. Tipe uygun davranışa izin veren kuralların ancak final hareketleri muhatap alabileceği kabul edilse dahi, emredici nitelikte olmamaları sebebiyle söz konusu kurallar ile final hareket arasındaki bu ilişkiden hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği çıkarılamamaktadır. Diğer taraftan, ilgili hukuka uygunluk sebebi kapsamında gerçekleştirilen

hareketlerin gai nitelikte olduğu ve sadece final hareketlerin haksızlığın ortadan kaldırılmasının konusunu oluşturabileceği kabul edilse dahi, final hareket öğretisi, gayenin hukuken önemli olanla ilişkisini zorunlu kılmamaktadır. Bu da failin iradesinin hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının gerçekleştirilmesine yönelmiş olmasının gerekli olmadığını göstermektedir. Bu açıdan, final hareket öğretisi hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini temellendirmede yeterli değildir.

Tipikliğin negatif unsurları öğretisi, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin temellendirilmesine ve bu unsurların yokluğuna bağlanan sonuçların tutarlı bir şekilde açıklanmasına imkan vermektedir. Ancak gerek subjektif unsurların gerekliliğinin temellendirilmesi gerek bunların yokluğuna bağlanan ilgili suça elverişsiz teşebbüsten cezalandırma sonucu bakımından tek başına yeterli değildir. Bunun için hukuk düzeninin elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğini de kabul etmesi gerekmektedir. Ancak Türk Ceza Kanununda elverişsiz teşebbüs cezalandırılmamaktadır. Diğer taraftan, gerek Türk Ceza Kanununun gerek Ceza Muhakemesi Kanununun düzenlemeleri karşısında tipikliğin negatif unsurları öğretisinin benimsenmesinin normatif açıdan mümkün olmadığı söylenmelidir.

Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya ilişkin hükümlerin mefhumu muhalifinden hareketle de temellendirilmeye çalışılmıştır. Mefhumu muhalifinden çıkarım yöntemi, haksızlığın subjektif unsurları ile hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları arasında doğrudan bir bağlantı olmaması, yine hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın kastı kaldırması ve tersine hatanın kastı temellendirmesi ile hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği arasında doğrudan ve zorunlu bir bağlantı olmaması sebebiyle, şekli mantık bakımından isabetli değildir. Hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin hata hükümlerinin mefhumu muhalifinden çıkarılması, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın kast üzerinde etkili olması ve kanunda elverişsiz teşebbüsün

cezalandırılıyor olması öncüllerine bağlıdır. Ancak Türk Ceza Kanunda yer verilen kast tanımı ve hata hallerine ilişkin düzenleme, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın kast üzerinde etkili olmadığını göstermekte, ayrıca elverişsiz teşebbüs kanunda cezalandırılmamaktadır. Bu açıdan, hata hükümlerinin mefhumu muhalifinden hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği temellendirilememektedir.

Finalist suç öğretisiyle birlikte kast, bütün kasıtlı suçlar bakımından haksızlığın subjektif unsuru olarak kabul edilerek şahsi haksızlık anlayışına ulaşılmış ve objektif haksızlık anlayışı dogmatik açıdan büyük ölçüde terk edilmiştir. Bugün için finalist suç öğretisinin temelini oluşturan final hareket öğretisi kabul edilmese dahi, şahsi haksızlık anlayışı ceza hukuku literatüründe ve uygulamada genel olarak kabul görmektedir. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte objektif haksızlık anlayışının benimsenmesi normatif açıdan da güçleşmiştir. Şahsi haksızlık anlayışının kabulüyle birlikte, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği konusunda yaygın bir kabul ortaya çıkmıştır.

Finalist suç öğretisinde ceza hukukunun görevi, hareketin sosyal-etik değersizliğin engellenmesi olarak belirlenmiştir. Ancak insan hareketinin kabul edilen ontolojik karakteri hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini temellendirilmede yeterli olmamaktadır. Aksine hareketin bir bileşeni olarak kastın ontolojik karakteri, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğinin temellendirilmesi önünde engel oluşturmaktadır. Öğretide söz konusu engel uyum teziyle ve dolayısıyla subjektif unsurların yokluğu halinde failin tamamlanmış suçtan cezalandırılması görüşüyle aşılmaya çalışılmış olsa da, uyum tezinin kendisi de ikna edici bir şekilde temellendirilememekte ve öğretinin kabulleriyle çelişmektedir.

Subjektif haksızlık öğretisinde haksızlık salt kast değersizliğine indirgenmiş ve kast değersizliğinin telafisi için hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği sonucuna ulaşılmıştır. Bu öğretilerde hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurları hukuka uygunluk için gerekli yegane

unsur olarak görülmektedir. Bu düşüncenin temelinde ise olgu değersizliğinin haksızlık alanından dışlanması yer almaktadır. Ancak olgu değersizliğinin haksızlık alanından dışlanması dogmatik açıdan yerinde olmadığı gibi mevcut ceza kanunları karşısında savunulabilir de değildir. Ayrıca hukuka uygunluk sebeplerinin sadece subjektif unsurlardan oluştuğunun kabul edilmesinin, hukuki güvenlik açısından mahzurlu olduğu da söylenmelidir.

Gerek finalist suç öğretisinde gerek subjektif haksızlık öğretisinde taksirli suçlarda da hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliği kabul edilmektedir. Bu ise taksirli suçlarda hukuka uygunluk sebeplerinden çok dar bir çerçevede söz edilebilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Şahsi haksızlık öğretisinde ise hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekliliğini ayırım tezi ve telafi modeli temelinde açıklamaktadır. Buna göre, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurları olgu değersizliğini telafi etmekte, ancak geriye kalan kast değersizliğinin telafisi, hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının varlığını gerektirmektedir. Ancak telafi modeli özellikle kastın, Türk Ceza Kanununda kabul edildiği gibi, tipiklik kastı olarak anlaşılması halinde subjektif unsurların gerekliliğinin temellendirilmesinde işlevsiz kalmaktadır. Kastın haksızlık kastı olarak anlaşılması halinde her ne kadar hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının kast değersizliği üzerinde etkili olduğu sonucuna varılabilmekte ise de, bu durum tek başına subjektif unsurların gerekliliğini temellendirmede yeterli olmamaktadır. Zira böyle bir temellendirme öncelikle kast değersizliğinin tek başına haksızlığı temellendirebilmesi öncülüne bağlıdır.

Kast değersizliğinin tek başına haksızlık teşkil ettiği düşüncesi, hukuki değer ihlalinin kaçınma konusunda failin iradesine yönelik bir emir ihtiva eden belirleyici normun, bu normun kendisinden türetildiği değerlendirici norm ihlal edilmeksizin de ihlal edilebileceği ve hukuka aykırılığı temellendirebileceği düşüncesiyle açıklanabilir. Ancak böyle bir düşüncenin Türk Ceza Kanununda normatif bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu itibarla, salt kast değersizliği hukuki bir değersizlik olarak değil ancak ahlaki bir değersizlik olarak kabul edilebilir.

Bu da haksızlığın bütünüyle ortadan kaldırılabilmesi için hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekli olmadığını göstermektedir.

Şahsi haksızlık öğretisinde taksirli suçlarda hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde neticenin değersizliğinin telafi edildiği ittifakla kabul edilmekle birlikte, hareketin değersizliğinin telafi edilip edilmediği konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Nitekim bir kısım yazarlarca hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı fiilin hukuka uygun olarak ortaya çıkması için yeterli görülürken, diğer bir kısım yazarlarca hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının yokluğu halinde fiil, cezalandırılabilir olmasa da, hukuka aykırı kabul edilmektedir.

Taksirli suçlarda hukuka uygunluk sebeplerinin objektif unsurlarının varlığı halinde, sadece neticenin değersizliğinin değil, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüyle temellendirilen hareketin objektif değersizliğinin de telafi edildiği sonucuna varmak gerekir. Zira ilgili hukuka uygunluk sebebiyle objektif amaç bağlantısı içerisinde bulunan bir davranış üzerinde, şeklen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olmasından bahisle, değersizlik yargısında bulunulamayacaktır.

Sonuç olarak, gerek kasten işlenen suçlarda gerek taksirle işlenen suçlarda hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlarının gerekli olmadığı söylenmelidir.

KAYNAKÇA

- Akbay, Muvaffak: “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, **AÜHFD**, 4 (1947), s. 29-47.
- Akbulut, Berrin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Adalet, 2019.
- Alacakaptan, Uğur: **İşlenemez Suç**, 1. Baskı, AÜHFY, ty.
- Alacakaptan, Uğur: **Suçun Unsurları**, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.
- Alwart, Heiner: “Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht – am Beispiel der subjektiven Rechtfertigungselemente und des Mordmerkmals Habgier”, **GA**, 1983, s. 433-456.
- Aral, Vecdi: “Kelsen’in Hukuk Anlayışı”, **İÜHFM**, 34 (1968), s. 513-552.
- Aral, Vecdi: “Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi”, **İÜHFM**, 40 (1974), s. 521-552.
- Artuk, M. Emin/Gökcen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Adalet, Ankara, 2020.
- Baba, Yasemin: **“Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi”**, İstanbul

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2017.

Baumann, Jürgen: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Aufl., Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 1977.

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 1985.

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. Aufl., Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 2016.

Baumgarten, Arthur: **Der Aufbau der Verbrechenslehre**, 1. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1913.

Bekar, Elif: **Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017.

Beling, Ernst: **Die Lehre vom Tatbestand**, 1. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1930.

Beling, Ernst: **Grundzüge des Strafrechts**, 11. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1930.

Beling, Ernst von Ludwig: **Die Lehre vom Verbrechen**, 1. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1906.

Binding, Karl: **Handbuch des Strafrechts**, 1. Band, 1. Aufl., Duncker Humblot, Leipzig, 1885 (Nachdruck: Scientia Verlag Aalen, 1991).

- Blanke, Ernst-August: **Die subjektiven Rechtfertigungselemente**, 1. Aufl., Rheinische Friedrich Wilhelms-Universität, Bonn, 1960.
- Blei, Hermann: **Strafrecht I. Allgemeiner Teil**, 18. Aufl., C.H. Beck, München, 1983.
- von Blomberg, Peter: **Das Bewußtsein des Täters vom Vorhandensein der Einwilligung**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität, München, 1963.
- Bockelmann, Paul/Volk, Klaus: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Aufl., C.H. Beck, München, 1987.
- Bosch, Nikolaus: “Erfordernis eines Verteidigungswillens bei Notwehr und Notwehrexzess”, **Jura**, 2016, s. 702.
- Bozbayındır, Ali Emrah: **Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2018.
- Bulut, İlhan: **“Suçta Netice”**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2020.
- Burgstaller, Manfred: **Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht**, 1. Aufl., Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1974.
- 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.
- Comoglu, Ekrem: **Das subjektive Rechtfertigungselement im türkischen Strafrecht im Spiegel der deutschen subjektiven Rechtfertigungselemente**, 1. Aufl., Grin, Norderstedt, 2017.
- Çetinkıran Balcı, Elif: “Hartmann’da Değer ve Değerlendirme Problemi”, **KFD**, 3/2017, s. 105-123.
- 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.
- 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, Keil, 1952.
- Doğan, Koray: “Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası”, **Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan**, Cilt 1, Beta, İstanbul, 2014, s. 183-228.

- Doğan, Koray: **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2015.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt: II, 11. Bası, Beta, İstanbul, 1997.
- Dursun, Selman: “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **GÜHFD**, 2/2014, s. 203-252.
- Dursun, Selman/
Bozbayındır, Ali Emrah: “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHFM**, 1/2015, s. 63-90.
- Ebert, Udo: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2001.
- Ebert, Udo/Kühl, Kristian: “Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat”, **Jura**, 1981, s. 225-236.
- Ekici-Şahin, Meral: **Ceza Hukukunda Rıza**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2012.
- Engisch, Karl: **Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht**, 1. Aufl., Otto Liebmann, Berlin, 1930.
- Engisch, Karl: “Der Unrechtstatbestand im Strafrecht”, **Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Jristentages 1860-1960**, Band I, Ed.: Ernst von Caemmerer, Ernst Friesenhahn, Richard Lange, C.F. Müller, Karlsruhe, 1960, s. 401-437.

Engisch, Karl:	Auf der Suche nach der Gerechtigkeit , 1. Aufl., R. Piper & Co. Verlag, München, 1971.
Engländer, Armin:	“Der Verteidigungswille bei Notwehr und Notwehrexzess”, HRRS , 2013, s. 389-393.
Erb, Volker:	“§ 32”, MüKo , Band 1, 3. Aufl., C.H. Beck, München, 2017.
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/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.

Foth, Heinrich:	“Neuere Kontroversen um den Begriff des Wahnverbrechens”, JR , 1965, s. 366-372.
Freund, Georg/Rostalski, Frauke:	Strafrecht Allgemeiner Teil , 3. Aufl., Springer, Berlin, 2019.
Frisch, Wolfgang:	“Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements”, Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag , Ed.: Wilfried Küper, Walter de Gruyter, Berlin New York, 1987, s. 113-148.
Frister, Helmut:	Strafrecht Allgemeiner Teil , 7. Aufl., C.H. Beck, München, 2015.
Früh, Walo:	Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes , 1. Aufl., P.G. Keller, Winterthur, 1962.
Fukuda, Taira:	“Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe”, JZ , 1958, s. 143-148.
Gaede, Karsten:	“Der Verteidigungswille - konstitutive Voraussetzung bei Notwehr und Notwehrexzess?”, Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag , Ed.: Bernd Hecker, Bettina Wießer, Christian Brand, C.H. Beck, München, 2018.
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. C.H. Beck, München, 1979, s. 155-179.
- Geilen, Gerd: “Notwehr und Notwehrexzeß”, **Jura**, 1981, s. 200-210, 256-261, 308-317, 370-380.
- Geppert, Klaus: “Die subjektiven Rechtfertigungselemente”, **Jura**, 1995, s. 103-107.
- Germann, Oskar Adolf: **Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs**, 1. Aufl., H.R. Sauerländer, 1914.
- Goldschmidt, James: “Der Notstand, Ein Schuldproblem”, **ÖZStr**, 4 (1913), s. 129-196.
- Goldschmidt, James: “Normativer Schuldbegriff”, **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag**, Band 1, J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1930, s. 428-468.
- Göktürk, Neslihan: “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği”, **CHD**, 26 (2014), s. 7-30.
- Göktürk, Neslihan: “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?”, **CHD**, 27 (2015), s. 7-28.
- Göktürk, Neslihan: “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, **İÜHFD**, 1/2016, s. 407-450.

- Göktürk, Neslihan: **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016.
- Graf zu Dohna, Alexander: **Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen**, 1. Aufl., Waisenhauses, Halle, 1905.
- Graf zu Dohna, Alexander: **Der Aufbau der Verbrechenslehre**, 4. Aufl., Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1950.
- Graul, Eva: “Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß”, **JuS-Lernbogen**, 1995, L 41-44.
- Graul, Eva: “Der umgekehrte Erlaubnistatbestandsirrtum”, **JuS-Lernbogen**, 2000, L 41-43.
- Gropp, Walter: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Springer, Berlin Heidelberg, 2005.
- Gropp, Walter: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Aufl., Springer, Berlin Heidelberg, 2015.
- Gropp, Walter: “An der Grenze der Lehre vom personalen Unrecht – Eine Skizze zum Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements”, **Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag**, Ed.: Martin Heger, Grigitte Kelker, Edward Schramm, C.H. Beck, München, 2014, s. 247-258.
- Gropp, Walter: “Böser Wille und guter Wille, Kritische Anmerkungen zur deutschen Versuchslehre”,

	Acta Universitatis Szegediensis: acta juridica et politica , 81 (2018), s. 359-368.
Grupp, Magdalena:	Das Verhältnis von Unrechtsbegründung und Unrechtsaufhebung bei der versuchten Tat , 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2008.
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:	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:	Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , 11. Baskı, U S-A, Ankara, 2018.
Hartmann, Nicolai:	Ethik , 4. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1962.
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich:	Grundlinien der Philosophie des Rechts , 8. Aufl., Frankfurt, 2004.
Hegler, August:	“Die Merkmale des Verbrechens”, I, ZStW , 36 (1915), s. 19-44.

- Hegler, August: “Die Merkmale des Verbrechens”, II, **ZStW**, 36 (1915), s. 184-232.
- Hegler, August: “Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs” **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag**, Band 1, J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1930, s. 251-338.
- Heidingsfelder, Thomas: **Der umgekehrte Subsumtionsirrtum**, 1. Aufl., Duncker & Humblot, 1991.
- Heinrich, Bernd: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2016.
- Herzberg, Rolf Dietrich: “Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH”, **JuS**, 1980, s. 469-480.
- Herzberg, Rolf D.: “Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage” **JA**, 4/1986, s. 190-201.
- Herzberg, Rolf D.: “Subjektive Rechtfertigungselemente?”, **JA**, 11/1986, s. 541-543.
- Heuchemer, Michael: **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2005.
- Hillenkamp, Thomas: “§ 22”, **LK**, Band 1, Walter de Gruyter, Berlin, 2007.
- Hillenkamp, Thomas/
Cornelius, Kai: **32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil**, 15. Aufl., Franz Vahlen, München, 2017.

- Himmelreich, Klaus: **Notwehr und unbewußte Fahrlässigkeit**, 1. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin New York, 1971.
- von Hippel, Robert: **Deutsches Strafrecht**, Band 2, Berlin, Springer, 1971.
- Hirsch, Hans Joachim: **Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen**, 1. Aufl., Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1960.
- Hirsch, Hans-Joachim: “Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, **ZStW**, 93 (1981), s. 831-863.
- Hirsch, Hans Joachim: “Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht”, **Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag**, Ed.: Bernd Schünemann, Hans Achenbach, Wilfried Bottke, Bernd Haffke, Hans-Joachim Hirsch, Walter de Gruyter, Berlin New York, 2001, s. 711-728.
- Hirsch, Hans Joachim: “Handlungs-, Sachverhalts-, und Erfolgsunwert”, **Gedächtnisschrift für Dieter Meurer**, Ed.: Eva Graul, Gerhard Wolf, Walter de Gruyter, Berlin, 2002, s. 3-21.
- Hirsch, Hans Joachim: “vor § 32”, **LK**, Band 2, Walter de Gruyter, Berlin, 2003.

- Hirsch, Hans Joachim: “Die subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS-Strafrechtsdoktrin”, **JZ**, 2007, s. 494-502.
- Hoven, Elisa: “Ingerenz und umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum”, **GA**, 2016, s. 16-35.
- Horn, Eckhard: **Konkrete Gefährdungsdelikte**, 1. Aufl., Dr. Otto Schmidt, Köln, 1973.
- Hyon, Sudo: “Der Verteidigungswille bei der Notwehr”, **CHKD**, 1/2017, s. 65-78.
- Işıқтаç, Yasemin/Metin, Sevtap: **Hukuk Metodolojisi**, 2. Baskı, Filiz, İstanbul, 2010.
- İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsün/Özgenç, İzzet/ Sözüer, Adem/ Mahmutoglu, Fatih S./ Ünver, Yener: **Suç Teorisi**, 2. Kitap, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2004.
- İçel, Kayıhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Beta, İstanbul, 2018.
- İpekçioğlu, Pervin Aksoy: **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2009.
- Jäger, Christian: “§ 22”, **SK**, Band 1, 9. Aufl., Carl Heymanns, Köln, 2017.

Jahn, Matthias:	“Strafrecht AT: Umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum”, JuS , 2013, s. 1042-1044.
Jakobs, Günther:	Schuld und Prävention , 1. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1976.
Jakobs, Günther:	Strafrecht Allgemeiner Teil , 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin New York, 1991.
Jescheck, Hans-Heinrich/ Weigend, Thomas:	Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil , 5. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
von Jhering, Rudolph:	Das Schuldmoment im römischen Privatrecht , 1. Aufl., Emil Roth, Giessen, 1867.
Jungclaussen, Egbert Uwe:	Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt , 1. Aufl., Otto Schwartz, Göttingen, 1987.
Kadečka, Ferdinand:	“Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff”, ZStW , 59 (1940), s. 1-22.
Kadečka, Ferdinand:	“Nicht rechtswidrige strafbare Handlungen”, Festschrift Theodor Rittler zum 70. Geburtstag , Ed.: A. Herdlitzka, Rauch, Innsbruck, 1946, s. 32-37.
Kangal, Zeynel T.:	Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu , 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010.
Kant, Immanuel:	Grundlegung zur Metaphysik der Sitten , 2. Aufl., Felix Meiner, Hamburg, 2016.

- Kantar, Baha: **Ceza Hukuku**, Ankara, ty.
- Karaaslan, Reşit: “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata”, **LHD**, 2017, s. 1665-1721.
- Karakurt, Ahu: “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, **CHD**, 10 (2009), s. 109-155.
- Kartal, Melik: **Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2019.
- Katoğlu, Tuğrul: **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2003.
- Kaufmann, Armin: **Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie**, Otto Schwartz, Göttingen, 1. Aufl., 1954.
- Kaufmann, Armin: “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”, **Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag**, Ed.: Günter Stratenwerth, Ermin Kaufmann, Gerd Geilen, Hans Joachim Hirsch, Hans-Ludwig Schreiber, Günther Jakobs, Fritz Loos, Walter de Gruyter, Berlin New York, 1974, s. 393-414.
- 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.
- Kazaker, Gözde: “Elverişsiz Teşebbüs ve Mefruz Suç Ayrımı”, **SSRJ**, 1/2020, s. 129-141.
- Keçelioğlu, Elvan: “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBBD**, 87 (2010), s. 299-321.
- Keçelioğlu, Elvan: “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, **CHD**, 21 (2013), s. 21-32.
- Keçelioğlu, Elvan: **Taksirli Suçun Dogmatığı**, 1. Baskı, Turhan, Ankara, 2015.
- Kelsen, Hans: **Reine Rechtslehre**, 1. Aufl., Franz Deuticke, Leipzig Wien, 1934.
- Kindhäuser, Urs: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2017.
- Koca, Mahmut: “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **CHD**, 1 (2006), s. 111-143.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- Köhler, Michael: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 1. Aufl., Springer, Berlin Heidelberg, 1997.

- Krack, Ralf: “Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente – insbesondere zum Irrtum über die Zielrichtung des Angriffs”, **Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung**, Ed.: Heinz Koriath, Ralf Krack, Hennig Radtke, Jörg-Martin Jehle, Universitätsverlag, Göttingen, 2010, s.145-156.
- Krauß, Detlef: “Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht”, **ZStW**, 76 (1964), s. 19-68.
- Kretschmer, Joachim: “Notwehr bei Fahrlässigkeitsdelikten” **Jura**, 2002, s. 114-117.
- Krey, Volker/Esser, Robert: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2016.
- 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.
- Kühl, Kristian: “§ 15”, **L/K**, 29. Aufl., C.H. Beck, München, 2018.

- Kühl, Kristian: “§ 17”, **L/K**, 29. Aufl., C.H. Beck, München, 2018.
- Kühl, Kristian: “§ 22”, **L/K**, 29. Aufl., C.H. Beck, München, 2018.
- Lampe, Ernst-Joachim: **Das personale Unrecht**, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1967.
- Lampe, Hermann: **Über den personalen Unrechtsbegriff im Strafrecht**, Dissertation zur Erlangung des rechtswissenschaftlichen Doktorgrades der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, Göttingen, 1954.
- Lang-Hinrichsen, Dietrich: “Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum”, **JR**, 5/1952, s. 184-192.
- Lang-Hinrichsen, Dietrich: “Tatbestandslehre und Verbotsirrtum”, **JR**, 8/1952, s. 302-307.
- Lang-Hinrichsen, Dietrich: “Tatbestandslehre und Verbotsirrtum”, **JR**, 9/1952, 356-358.
- Lang-Hinrichsen, Dietrich: “Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes”, **JZ**, 1953, s. 362-367.
- Lange, Andreas: **Zum Bewertungsirrtum über die Rechtswidrigkeit des Angriffs bei der Notwehr**, 1. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994.

- Lenckner, Theodor: “vor §§ 13”, S/S, 26. Aufl., C.H. Beck, München, 2001.
- Lenckner, Theodor/
Sternberg-Lieben, Detlev: “vor §§ 32”, S/S, 29. Aufl., C.H. Beck, München, 2014.
- von Liszt, Franz: **Das Deutsche Reichsstrafrecht**, 1. Aufl., J. Guttentag, Berlin, 1881.
- von Liszt, Franz: **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 2. Aufl., J. Guttentag, Berlin, 1884.
- von Liszt, Franz: **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 4. Aufl., J. Guttentag, Berlin, 1891.
- von Liszt, Franz: **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 10. Aufl., J. Guttentag, Berlin, 1900.
- von Liszt, Franz: **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 21/22. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin Leipzig, 1919.
- von Liszt, Franz: **Der Zweckgedanke im Strafrecht**, 2. Aufl., Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1948.
- von Liszt, Franz/Schmidt,
Eberhard: **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 26. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin Leipzig, 1932.
- Loos, Fritz: “Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente”, **Festschrift für Dietrich Oehler, zum 70. Geburtstag**, Ed.: Rolf Dietrich Herzberg, Carl Heymanns, Köln Berlin Bonn München, 1985, s. 227-240.

- Löffler, Alexander: “Besprechung der 5. Aufl. des Lehrbuchs von Franz v. Liszt”, **Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart**, 20 (1892), s. 767-775.
- Lüderssen, Klaus: “Die strafrechtsgestaltende Kraf des Beweisrechts”, **ZStW**, 85 (1973), s. 288-319.
- Maurach, Reinhart: **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., C.F. Müller, Karlsruhe, 1965.
- Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 1, 8. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 1992.
- Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 2, 8. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2014.
- Mayer, Hellmuth: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 1. Aufl., W. Kohlhammer, Stuttgart Köln, 1953.
- Mayer, Max Ernst: **Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts**, 2. Aufl., Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1923.
- Meraklı, Serkan: **Ceza Hukukunda Kusur**, 1. Baskı, Seçkin, 2017.
- Merkel, Adolf: **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 1. Aufl., Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1889.
- Mezger, Edmund: “Die subjektiven Unrechtselemente”, **GS**, 89 (1924), s. 207-314.

- Mezger, Edmund: **Deutsches Strafrecht (Ein Leitfaden)**, 1. Aufl., Junker und Dünhaupt, Berlin, 1936.
- Mezger, Edmund: **Strafrecht (Ein Lehrbuch)**, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Münschen Leipzig, 1949.
- Mezger, Edmund: **Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik**, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin München, 1950.
- Mir Puig, Santiago: “Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand”, **Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann**, Ed.: Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee, Diethart Zielinski, Carl Heymann, Köln Berlin Bonn München, 1989, s. 253-270.
- Müller, Hans: **“Der Irrtum über negative Tatumstände”**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes, 1958.
- Mylonopoulos, Christos: **Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht**, 1. Aufl., Carl Heymanns, Köln Berlin Bonn München, 1981.
- Nagler, Johannes: “Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit”, **Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911**, Band II, Felix Meiner, Leipzig, 1911, s. 273-385.

- Nagler, Johannes: “Der Begriff der Rechtswidrigkeit”, **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag**, Band 1, J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1930, s. 339-358.
- Naka, Yoshikatsu: “Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes”, **JZ**, 1961, s. 210-211.
- Niese, Werner: **Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit**, 1. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1951.
- Niese, Werner: “Die finale Handlungslehre und ihre praktische Bedeutung”, **DRiZ**, 1951, s. 221-223.
- Niese, Werner: “Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe”, **DRiZ**, 1953, s. 20-22.
- Nowakowski, Friedrich: “Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit”, **ZStW**, 63 (1951), s. 287-331.
- Nowakowski, Friedrich: “Zur Entwicklung der Strafrechtslehre in Deutschland nach 1945”, **JBl**, 1954, s. 134-138, 159-163.
- Nowakowski, Friedrich: **Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen**, 1. Aufl., Styria, Graz, 1955.
- Nowakowski, Friedrich: “Probleme der Strafrechtsdogmatik”, **JBl**, 1972, s. 19-32.
- Nowakowski, Friedrich: “Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe”, **ÖJZ**, 1977, s. 573-580.

- Oehler, Dietrich: “Der materielle Gehalt der strafrechtlichen Rechts- und Pflichtnormen”, **Festschrift für Wilhelm Sauer zum 70. Geburtstag**, Walter de Gruyter, Berlin, 1949, s. 262-278.
- Oehler, Dietrich: **Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung**, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1959.
- Ohly, Ansgar: “**volenti non fit iniuria**” **Die Einwilligung im Privatrecht**, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.
- Otto, Harro: **Grundkurs Strafrecht**, 7. Aufl., Walter de Gruyter, 2004.
- Ozansü, Mehmet Cemil: “Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı”, **Suç Politikası**, Seçkin, Ankara, 2006, s. 385-402.
- Ozansü, Mehmet Cemil: **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2007.
- Önder, Ayhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II-III, 2. Bası, Beta, İstanbul, 1992.
- Özbek, Veli Özer: “Türk Ceza Kanununda Hata (m. 30)”, **CHD**, 7 (2008), s. 83-99.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

Özbudun, Ergun:	Türk Anayasa Hukuku , 16. Baskı, Yetkin, Ankara, 2016.
Özen, Muharrem:	Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa , 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 1995.
Özgenç, İzzet:	Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , 15. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan:	Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku , 19. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
Quentin, Andreas:	“Fahrlässigkeit im Strafrecht”, JuS-Lernbogen , 1994, L 57-59.
Paeffgen, Hans-Ullrich/ Zabel, Benno:	“vor §§ 32”, NK , Band 1, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2017.
Paul, Carsten:	Zusammengesetztes Delikt und Einwilligung , 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
Perron, Walter:	Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht , 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 1988.
Perron, Walter:	“§ 32”, S/S , 29. Aufl., C.H. Beck, München, 2014.
Prittwitz, Cornelius:	“Zum Verteidigungswillen bei der Notwehr”, GA , 1980, s. 381-389.
Prittwitz, Cornelius:	“Der Verteidigungswille als subjektives Merkmal der Notwehr”, Jura , 1984, s. 74-80.

- Puppe, Ingeborg: “Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses”, **Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag**, Ed.: Wilfried Küper, Walter de Gruyter, Berlin New York, 1987, s. 199-245.
- Puppe, Ingeborg: “Zur Struktur der Rechtfertigung”, **Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag**, Ed.: Wilfried Küper, Jürgen Welp, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, s. 183-201.
- Puppe, Ingeborg: “Der Umkehrschluss”, **ZStW**, 128 (2016), s. 301-315.
- Puppe, Ingeborg: **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2016.
- Puppe, Ingeborg: “vor § 16”, **NK**, Band 1, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2017.
- Radbruch, Gustav: **Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem**, 1. Aufl., J. Guttentag, Berlin, 1904.
- Radbruch, Gustav: “Zur Systematik der Verbrechenslehre”, **Festgabe für Reinhart von Frank zum 70. Geburtstag**, Band 1, Ed.: August Hegler, J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1930, s. 158-173.

Rath, Jürgen:	“Grundfälle zum Unrecht des Versuch”, JuS , 1998, s. 1006-1013; s. 1106-1113.
Rath, Jürgen:	Das subjektive Rechtfertigungselement , 1. Aufl., Springer, Berlin Heidelberg, 2002.
Reip, Stefan:	Täterhandeln bei ungewissener Rechtfertigungslage , 1. Aufl., Polyfoto, Stuttgart, 1996.
Rengier, Rudolf:	Strafrecht Allgemeiner Teil , 9. Aufl., C.H. Beck, München, 2017.
Rinck, Klaus:	Der zweistufige Deliktsaufbau , 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2000.
Rohrer, Guido:	“Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente”, JA , 1986, s. 363-369.
Roxin, Claus:	Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale , 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1970.
Roxin, Claus:	“Die Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt”, JZ , 1996, s. 981-987.
Roxin, Claus:	Strafrecht Allgemeiner Teil , Band I, 4. Aufl., C.H. Beck, München, 2006.
Roxin, Claus:	Strafrecht Allgemeiner Teil , Band II, 1. Aufl., C.H. Beck, München, 2003.
Roxin, Claus/Isfen, Osman:	“Der Allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches”, GA , 2005, s. 228-243.

- Rönnau, Thomas: “Grundwissen-Strafrecht: Subjektive Rechtfertigungselemente”, **JuS**, 2009, s. 594-597.
- Rönnau, Thomas: “vor § 32”, **LK**, Band 2, 12. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 2006.
- Rönnau, Thomas/Hohn, Kristian: “§ 32”, **LK**, Band 2, 12. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 2006.
- Röttger, Wolfgang: **Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß**, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1993.
- Rudolphi, Hans-Joachim: “Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre”, **Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag**, Ed.: Friedrich-Christian Schroeder, Heinz Zipf, C.F. Müller, Karlsruhe, 1972, s. 51-73.
- Rudolphi, Hans-Joachim: “Rechtfertigungsgründe im Strafrecht”, **Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann**, Ed.: Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee, Diethart Zielinski, Carl Heymann, Köln Berlin Bonn München, 1989, s. 371-397.
- Salimi, Farsam: **Das subjektive Rechtfertigungselement im Strafrecht**, 1. Aufl., LexisNexis, Wien, 2010.

Sancinetti, Marcelo A.:	Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch , 1. Aufl., Carl Heymanns, Köln Berlin Bonn München, 1995.
Sarıgül, Ali Tanju:	“Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m. 30/3)”, AHBVÜ-HFD , 3/2020, s. 325-359.
Sauer, Wilhelm:	Allgemeine Strafrechtslehre , 3. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1955.
Schaffstein, Freidrich:	“Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre”, MDR , 1951, s. 196-200.
Scheffler, Uwe:	“Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, des Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente”, Jura , 1993, s. 617-626.
Schlehofer, Horst:	“vor § 32”, MüKo , Band 1, 3. Aufl., C.H. Beck, München, 2017.
Schmid, Christian:	Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht , 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2002.
Schmidhäuser, Eberhard:	Strafrecht Allgemeiner Teil (Lehrbuch) , 2. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1975.
Schmitt, Rudolf:	“Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten?”, JuS , 1963, s. 64-68.

- Schreiber, Rupert: **Die Geltung von Rechtsnormen**, 1. Aufl., Springer Verlag, Berlin Heidelberg New York, 1966.
- Schudt, Rolf: **“Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Strafrechtsentwicklung”**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Höheren Juristischen Fakultät an der Ludwig-Maximilians-Universität, München, 1951.
- Schünemann, Bernd: **“Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars: 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre”**, GA, 1985, s. 341-380.
- Seiler, Robert: **“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.
- Sieverts, Rudolf: **Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht**, 1. Aufl., Friederichsen, de Gruyter, Hamburg, 1934.
- Silva Sánchez, Jesús-María: **“Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe, Versuch einer Differenzierung”**, ZIS, 2014, s. 546-551.
- Soyaslan, Doğan: **Teşebbüs Suçu**, 1. Baskı, Kazancı, Ankara, 1994.

- Soyaslan, Doğan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin, Ankara, 2018.
- Sözüer, Adem: **Suçta Teşebbüs**, 1. Baskı, Kazancı, İstanbul, 1994.
- Sözüer, Adem: “Hukuki Hata”, **YD**, 4/1995, s. 466-490.
- Sözüer, Adem: “Türk Ceza Kanunu’nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar”, **HPD**, 6/2006, s. 231-233.
- Spendel, Günter: “Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht”, **ZStW**, 65 (1953), s. 519-538.
- Spendel, Günter: “Der sogenannte Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie, **ZStW**, 69 (1957), s. 441-459.
- Spendel, Günter: “Kritik der subjektiven Versuchstheorie”, **NJW**, 1965, s. 1881-1888.
- Spendel, Günter: “Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie”, **Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag**, Ed.: Günter Spendel, Holzner, Würzburg, 1966, s. 89-114.
- Spendel, Günter: “Zur Kritik der subjektiven Versuch- und Teilnahmetheorie”, **JuS**, 1969, s. 314-318.
- Spendel, Günter: “Der Gegensatz rechtlicher und sittlicher Wertung am Beispiel der Notwehr”, **DRiZ**, 1978, s. 327-333.

Spendel, Günter: “Gegen den “Verteidigungswillen” als Notwehrerfordernis”, **Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag**, Ed.: Arthur Kaufmann, Günter Bemann, Detlef Krauss, Klaus Volk, C.H. Beck, München, 1979, s. 245-260.

Spendel, Günter: “Notwehr und “Verteidigungswille”, objektiver Zweck und subjektive Absicht”, **Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag**, Ed.: Rolf Dietrich Herzberg, Heymann, Köln Berlin Bonn München, 1985, s. 197-208.

Spendel, Günter: “§ 32”, **LK**, Band 2, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 2003.

Spendel, Günter: “Der Begriff des Unrechts im Verbrechenssystem”, **Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag**, Ed.: Bernd Heinrich, Eric Hilgendorf, Wolfgang Mitsch, Detlev Sternberg-Lieben, Giesecking, Bielefeld, 2004, s. 3-16.

Staab, Edgar Gustav: **Das Problem subjektiver Elemente im Rahmen der Notwehr**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johann Wolfgang Goethe Universität zu Frankfurt/M., 1953.

Steinbach, Robert: **Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei**

- den vorsätzlichen Erfolgsdelikten, 1. Aufl., Peter Lang, Frankfurt am Main, 1987.
- Steininger, Einhard: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 2. Aufl., Linde, Wien, 2013.
- Sternberg-Lieben, Detlev/
Schuster, Frank: “§ 15”, S/S, 29. Aufl., C.H. Beck, München, 2014.
- Stirtz, Hans: **Die subjektive Seite der Notwehr**, 1. Aufl., Universitäts-Buchdruckerei von Carl Georgi, Bonn, 1897.
- Stollwerck, Dinah: “Subjektive Tatbestandsmerkmale zwischen Unrecht und Schuld”, **Fragmentarisches Strafrecht**, 1. Aufl., Ed.: Carsten Momsen, René Bloy, Peter Rackow, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, s. 103-126.
- Stratenwerth, Günter: “Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht”, **SchwZStr**, 79 (1963), s. 233-256.
- Stratenwerth, Günter: “Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, **Festschrift für Friedrich Schaffstein, zum 70. Geburtstag**, Ed., Gerald Grünwald, Olaf Miehe, Hans-Joachim Rudolphi, Hans-Ludwig Schreiber, Otto Schwarz, Göttingen, 1975, s. 177-193.
- Stratenwerth, Günter/
Kuhlen, Lothar: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Aufl., Franz Vahlen, München, 2011.
- Streng, Franz: “Das subjektive Rechtfertigungselement und sein Stellenwert”, **Festschrift für Harro Otto**

- zum 70. Geburtstag**, Ed.: Gerhard Dannecker, Winrich Langer, Otfried Ranft, Roland Schmitz, Joerg Brammsen, Carl Heymanns, Köln Berlin München, 2007, s. 469-487.
- Suarez Montes, Rodrigo Fabio: “Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?”, **Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag**, Ed.: Günter Stratenwerth, Ermin Kaufmann, Gerd Geilen, Hans Joachim Hirsch, Hans-Ludwig Schreiber, Günther Jakobs, Fritz Loos, Walter de Gruyter, Berlin New York, 1974, s. 379-392.
- 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/Toroslu, Haluk: **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 21. Baskı, Savaş, Ankara, 2015.
- Tozman, Önder: **Suçta Teşebbüs**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2015.
- Triffterer, Otto: “Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe”, **Festschrift für Dietrich Oehler, zum 70. Geburtstag**, Ed.: Rolf Dietrich Herzberg, Carl Heymanns, Köln Berlin Bonn München, 1985, s. 209-225.
- Tunç, Kübra: **Ceza Hukukunda Kasti Engelleyen Hata**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2020.
- Uruşak, Uğur: **Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2010.
- Uzun, Ertuğrul: “Hukukun Saf Kuramı Okuma Notları”, **HK**, 5/2014, s. 52-63.
- Ünver, Yener: “Türk Ceza Kanunu’ndaki Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **I. Türkiye-Azerbaycan Hukuk Sempozyumu**, Özyeğin Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 51-91.
- Waider, Heribert: **Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des**

- Strafrechts**, 1. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1970.
- von Weber, Hellmuth: **Zum Aufbau des Strafrechtssystems**, Frommannsche Buchhadlung Walter Biedermann, Lena, 1935.
- von Weber, Hellmuth: **Grundriss des Deutschen Strafrechts**, 2. Aufl., Ferd. Dümmlers Verlag, Bonn, 1948.
- von Weber, Hellmuth: “Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund”, **JZ**, 1951, s. 260-263.
- von Weber, Hellmuth: “Negative Tatbestandsmerkmale”, **Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag**, Ed.: Karl Engisch, Reinhart Maurach, C.H. Beck, München Berlin, 1954, s. 183-192.
- Welzel, Hans: “Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns”, **SJZ**, 1948, s. 368-372.
- Welzel, Hans: “Kausalität und Handlung”, **ZStW**, 51 (1931) s. 703-720.
- Welzel, Hans: “Studien zum System des Strafrechts”, **ZStW**, 58 (1939) s. 491-566.
- Welzel, Hans: **Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen**, 1. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1947.
- Welzel, Hans: “Das Gesinnungsmoment im Recht”, **Festschrift für Julius von Gierke, zu seinem**

- goldenen Doktorjubiläum**, Walter de Gruyter, Berlin, 1950, s. 290-298.
- Welzel, Hans: “Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund”, **NJW**, 1952, s. 564-566.
- Welzel, Hans: **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969.
- Welzel, Hans: “Strafrecht und Philosophie”, **Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie**, 1. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1975, s. 1-6.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 40. Aufl. C.F. Müller, Heidelberg München Landsberg Frechen Hamburg, 2010.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 46. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2016.
- Wiedow, Alexander: **Die subjektive Seite der Rechtfertigung im Strafrecht**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät der Ludwig – Maximilian – Universität zu München, 1948.
- Wolf, Erik: **Krisis und Neubau der Strafrechtsreform**, 1. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Ziebeck), Tübingen, 1933.
- Yüce, Turhan Tufan: **Ceza Hukuku Dersleri**, Cilt 1, 1. Baskı, Şafak, Manisa, 1982.

Zaczyk, Rainer:	Das Unrecht der versuchten Tat , 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1989.
Zafer, Hamide:	Ceza Hukuku Genel Hükümler , TCK m. 1-175, 7. Bası, Beta, İstanbul, 2019.
Zielinski, Diethart:	Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff , 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1973.
Zielinski, Diethart:	“§§ 15, 16”, Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare) , Band 1, 1. Aufl., Luchterhand, Neuwied Darmstadt, 1990.
Zimmerl, Leopold:	Zur Lehre vom Tatbestand , 1. Aufl., Schletter, Breslau, 1928.

KARARLAR

BGHSt, 2, 111 vd.

BGH, **NStZ**, 1983, 117 vd.

BGH, **NStZ**, 1996, 29 vd.

BGH, **NStZ**, 2005, 332 vd.

BGH, **NStZ**, 2007, 325 vd.

BGH, **NStZ-RR**, 2012, 84.

KG Berlin, **GA**, 1975, s. 213 vd.

OLG Celle, **BeckRS 2013**, 07170.

RG, **GA 1897**, s. 272.

RG, **DStrZ 1916**, s. 250.

RGSt, 53, 336 vd.

RGSt, 54, 196 vd.

ÖZGEÇMİŞ

Selim Erdin 1986 yılında Kahramanmaraş'ta doğdu. İlk ve orta öğretimini bu şehirde tamamladı. 2009 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu. 2013 yılında Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümünde “Ceza Hukukunda İlliyet” konulu teziyle yüksek lisansını tamamladı. 2013 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümünde doktora eğitimine başladı. 16 Kasım 2016 - 16 Ocak 2019 tarihleri arasında Freiburg Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Enstitüsünde (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg - Institute für Strafrecht und Strafprozessrecht) misafir doktora öğrencisi olarak “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Subjektif Unsur Sorunu” konulu doktora teziyle ilgili araştırma yaptı.

2010 yılından beri Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalında Araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır. 2015-2018 yıllarında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuk Anabilim Dalında geçici görevlendirmeyeyle (2547 m. 35) çalışmıştır.