



CEZA HUKUKUNDA HATA

AHMET CAN BALAK

OCAK 2022

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KAMU HUKUKU DOKTORA TEZİ

CEZA HUKUKUNDA HATA

AHMET CAN BALAK

OCAK 2022

ÖZET

CEZA HUKUKUNDA HATA

BALAK, Ahmet Can

Kamu Hukuku Doktora Tezi

Danışman: Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Ocak 2022, 284 sayfa

Ceza hukukunda hata, kişinin norma veya maddi bir vakıaya ilişkin bilgisizliği ya da hatalı değerlendirmesi nedeniyle, tasavvurundaki durum ile gerçek durum arasında meydana gelen uyumsuzluktur. Bu uyumsuzluk, failin kusurluluğuna etki eden ya da kastını ortadan kaldıran bir hal olarak karşımıza çıkmaktadır. Konu; suçun manevi unsuru, maddi unsuru ve hukuka aykırılık unsuru ile doğrudan ilgili bulunmakla birlikte; suç teorisinde pek çok görüşün ileri sürüldüğü, her zaman güncel tartışmalardan beslenen bir kurum olarak kendisini göstermektedir. Ceza hukukunda hata; hukuki hata, fiili hata ve suçta hata başlıkları altında incelenebilecektir. Tezin amacı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri çerçevesinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile benimsenen farklılıkları da ortaya koyarak, kuruma ilişkin esasları ortaya koymak ve bu alanda yapılan çalışmalara katkı sağlamaya çalışmaktır. Bu kapsamda birinci bölümde ceza hukukunda hata kavramsal açıdan incelenerek, hatanın benzer kavramlardan farkı, ceza hukukunda hata türleri ele alınmıştır. İkinci bölümde hukuki hata ve üçüncü bölümde fiili hata konusu üzerinde incelemelerde bulunulmuş ve bunların görünüş biçimleri ve ceza sorumluluğuna etkileri üzerinde durulmuştur. Dördüncü ve son bölümde ise işlenemez suç ve sözde suç müesseseleri suçta hata başlığı altında açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ceza Hukukunda Hata, Hukuki Hata, Fiili Hata, Suçta Hata, Ceza Sorumluluğu.

ABSTRACT

ERROR IN CRIMINAL LAW

BALAK, Ahmet Can

Ph.D in Public Law

Supervisor: Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

January 2022, 284 Pages

Error in criminal law, is the inconsistency between the situation in the imagination and the reality due to the ignorance or erroneous assessment of the norm or a material fact. This incompatibility appears as a situation that affects the culpability of the perpetrator or removes his intention. Subject; although it is directly related to the moral element, material element and illegality element of the crime; it shows itself as an issue in which many opinions are put forward in the theory of crime and always fed by current debates. Error in criminal law can be examined under headings of; error of law, error of fact and error in crime. The aim of this thesis is to reveal the principles regarding the subject and to contribute to the studies in this field by revealing the differences adopted with the abolished Turkish Criminal Code No. 765 within the framework of the provisions of the Turkish Criminal Code No. 5237. In this context, in the first chapter, the error in criminal law is examined conceptually, the difference of error from similar concepts, the types of error in criminal law are discussed. In the second part, error of law and in the third part, error of fact is examined and their appearances and effects on criminal responsibility are emphasized. In the forth andlast chapter, the uncommitable crime and the putative crime are tried to be clarified under the title of error in crime.

Keywords: Error in Criminal Law, Error of Law, Error of Fact, Error in Crime, Criminal Responsibility.

İÇİNDEKİLER

TEZDE İNTİHAL OLMADIĞINA DAİR BEYAN	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	x
GİRİŞ	1
BÖLÜM I: CEZA HUKUKUNDA HATA KAVRAMI VE TÜRLERİ.....	4
1.1. CEZA HUKUKUNDA HATA KAVRAMI	4
1.2. BENZER KAVRAMLARDAN FARKI.....	6
1.2.1. Bilmeme	6
1.2.2. Şüphe.....	7
1.2.3. Unutma.....	8
1.3. CEZA HUKUKUNDA HATA TÜRLERİ	9
1.3.1. Genel Olarak	9
1.3.2. Kusurluluğu Etkileyen Hata.....	9
1.3.2.1. Hukuki Hata Kavramı	9
1.3.2.2. Haksızlık Hatası Kavramı	12
1.3.2.3. Hukuki Hata ve Haksızlık Hatası Ayrımı	15
1.3.3. Kastı Kaldıran Hata.....	19
1.3.3.1. Fiili Hata Kavramı	19
1.3.3.2. Tipiklikte Hata	22
1.3.3.3. Fiili Hata ve Tipiklikte Hata Ayrımı.....	23
BÖLÜM II: HUKUKİ HATA.....	25
2.1. HUKUKİ BİLMEME VE HATA	25
2.1.1. Hukuki Bilmeme	27

2.1.1.1. Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı	28
2.1.1.1.1. Kural Hakkında İleri Sürülen Düşünceler ve Eleştiriler	29
2.1.1.1.1.1. Ödev Teorisi.....	30
2.1.1.1.1.2. Faraziye Teorisi.....	33
2.1.1.1.1.3. Karine Teorisi	34
2.1.1.1.2. Kuralın Mahiyetine İlişkin Değerlendirme	36
2.1.2. Hukuki Hata	40
2.1.2.1. Failin Şahsi Nedenlerle Hukuki Hataya Düşmesi.....	46
2.1.2.2. Resmi Makamların Sebep Olduğu Hata.....	47
2.1.2.3. Avukatlar Tarafından Verilen Görüşlerin Sebep Olduğu Hata.....	53
2.2. HUKUKİ HATANIN KONUSU	55
2.2.1. Ceza Normu	55
2.2.2. Ceza Normu Dışında Kalan Normlar	60
2.3. HUKUKİ HATANIN GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ	63
2.3.1. Normun Varlığına İlişkin Hata	65
2.3.2. Yorumlamaya İlişkin Hata	67
2.3.3. Hukuka Uygunluk Sebebinin Varlığına ve Kapsamına İlişkin Hata	71
2.3.4. Yürürlüğe İlişkin Hata	74
2.3.5. Geçerliliğe İlişkin Hata	77
2.4. HUKUKİ HATANIN UNSURLARI	79
2.4.1. Hukuk Normunun Bulunması	79
2.4.2. Failin Fiilinin Hukuk Normuna Aykırı Olması.....	82
2.4.3. Failde Haksızlık Bilincinin Olmaması	84
2.4.4. Hatanın Kaçınılmaz Olması	92
2.5. HUKUKİ HATANIN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ	96
2.5.1. Kast Teorisi	97
2.5.2. Kusur Teorisi.....	103
BÖLÜM III: FİİLİ HATA	106
3.1. FİİLİ HATA KAVRAMI	106
3.2. HUKUKİ HATA VE FİİLİ HATA AYRIMI	111
3.3. FİİLİ HATA VE KUSURLULUK İLİŞKİSİ	113
3.3.1. Fiili Hata ve Kast İlişkisi	113
3.3.2. Fiili Hata ve Taksir İlişkisi.....	116

3.3.3. Fiili Hata ve Objektif Sorumluluk Halleri İlişkisi	118
3.3.4. Fiili Hata ve İsnat Edilebilirlik İlişkisi.....	120
3.3.4.1. Yaş Küçüklüğü.....	124
3.3.4.2. Akıl Hastalığı	126
3.3.4.3. Geçici Bir Nedenle Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olanlar	130
3.4. FİİLİ HATANIN GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ.....	133
3.4.1. Suçun Maddi Unsurlarında Hata.....	133
3.4.1.1. Suç Konusunda Hata	141
3.4.1.2. Fiile İlişkin Hata.....	145
3.4.1.2.1. Fiil Üzerinde Hata	145
3.4.1.2.2. Ceza Kanunlarından Başka Kanunlar Üzerinde Hata	149
3.4.1.2.3. Nedensellik Bağında Hata.....	156
3.4.2. Suça Etki Eden Sebeplerde Hata.....	164
3.4.2.1. Ağırлатıcı Sebeplerde Hata	164
3.4.2.1.1. Şahsi Ağırлатıcı Sebeplerde Hata	167
3.4.2.1.2. Fiili Ağırлатıcı Sebeplerde Hata	172
3.4.2.2. Hafifletici Sebeplerde Hata	175
3.4.3. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerde Hata.....	178
3.4.3.1. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata	179
3.4.3.1.1. Hukuka Uygunluk Nedeninin Varlığında Hata.....	180
3.4.3.1.2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata	189
3.4.3.2. Kusurluluğu Kaldıran ya da Azaltan Diğer Nedenlerde Hata.....	198
3.4.3.3. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusurluluğu Kaldıran ya da Azaltan Nedenlerin Maddi Koşullarında Hata Ayırımı.....	200
3.4.4. Şahısta Hata.....	204
3.5. SAPMA	207
3.5.1. Hedefte Sapma	208
3.5.1.1. Tek Neticeli Sapma	210
3.5.1.2. Çok Neticeli Sapma.....	215
3.5.2. Nedensellik Bağında Sapma	219
3.5.3. Suçta Sapma	220
BÖLÜM IV: SUÇTA HATA.....	223

4.1. GENEL OLARAK	223
4.2. İŞLENEMEZ SUÇ	225
4.2.1. Hareketin Elverişsiz Olması.....	228
4.2.1.1. Objektif Teori.....	231
4.2.1.1.1. Mutlak Elverişsizlik	231
4.2.1.1.2. Nisbi Elverişsizlik	232
4.2.1.2. Yetersizlik Teorisi	234
4.2.1.3. Somut Tehlike Teorisi.....	235
4.2.1.4. Hareketin Elverişliliği Hakkında Değerlendirmemiz.....	237
4.2.2. Suçun Maddi Konusunun Yokluğu.....	239
4.2.2.1. Mutlak veya Nisbi Yokluk	241
4.2.2.2. Hareketten Önceki ve Sonraki Yokluk Ayrımı.....	244
4.2.2.3. Somut Tehlike Teorisi.....	247
4.2.3. Tahrikçi Ajan ve İşlenemez Suç	250
4.3. SÖZDE SUÇ	254
4.3.1. Hukuki Hatadan Kaynaklanan Sözde Suç	257
4.3.2. Fiili Hatadan Kaynaklanan Sözde Suç.....	258
4.3.3. Türk Hukukunda Sözde Suçun Ceza Sorumluluğuna Etkisi	260
SONUÇ.....	263
KAYNAKÇA	276
ÖZGEÇMİŞ.....	284

KISALTMALAR LİSTESİ

- ACK : Alman Ceza Kanunu
age : Adı Geçen Eser
agm : Adı Geçen Makale
agt : Adı Geçen Tez
AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Akt. : Aktaran
Bknz. : Bakınız
C. : Cilt
CMK : Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev. : Çeviren
E. : Esas No
ET. : Erişim Tarihi
İCK : İtalyan Ceza Kanunu
K. : Karar No
No. : Numara
PVSK : Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
s. : Sayfa
ss. : Sayfa Sayısı
S. : Sayı
TCK : Türk Ceza Kanunu
vd. : Ve Devamı
Vol. : Volume
Y. : Yıl
yy. : Yüz Yıl

GİRİŞ

Suç ahlaki, toplumsal ve politik değerlere aykırı olan, hukuk düzeni ile çelişen ve bu nedenle devlet tarafından cezalandırılan veya emniyet tedbiri yaptırımına bağlanan insan fiilidir. Suçun oluşabilmesi için gerçekleştirilen davranışla bilinçli olarak yahut dikkatsiz ve özensiz şekilde hukuk düzeninin ihlali gerekir. Buradan hareketle suçun fiil, kusurluluk ve hukuka aykırılık unsurlarından oluştuğu ifade edilebilir.¹

Failin cezai açıdan sorumlu tutulabilmesi ve kınanabilmesi için hukuk düzeni ile çelişen davranışının kusurlu olması, failin fiili ve sonuç arasında bir nedensellik bağı bulunmasının yanı sıra fail ile fiil arasında psikik bağı da bulunması gerekir.

Özünde ceza hukukunun konusu ve her suçun ortak özelliği insani bir davranıştır. Ancak insan olmanın bir sonucu olarak bazı durumlarda istenmeyerek ve bilmeyerek yanlış yapılması, yanılma ve yanılığa düşülmesi mümkün olabilecektir. İşte ceza hukuku anlamında şahsın hiçbir bilgiye veya doğru bilgiye sahip olmaması, davranışını gerçekleştirirken içinde bulunduğu değerlendirme sürecinde yanlış tasavvuruna neden olabilecek bir durumun varlığı ve söz konusu nedenlerle hataya düşmesi, davranış ile netice arasında olması gereken psikik bağı ortadan kaldıracaktır. Bir diğer anlatımla ceza hukukunda hata, bilgisizliğin veya yanlış tasavvurun sonucunda ortaya çıkan ve kişinin kusurluluğunu ya da kastını ortadan kaldıran bir hal olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ceza hukukunda hata kurumu, iradenin oluşum sürecinde ortaya çıkan hukuki bilmeme ya da hukuki bilgi tam olmakla birlikte suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarda hataya düşülmesi kapsamında suçun manevi unsuru ve yine suçun maddi unsuru ile doğrudan ilgili bulunmaktadır. Bu konuda yapılacak çalışmalar suçun hukuka aykırılık unsuru ile birlikte hem maddi unsuru hem de manevi unsuru kapsamında araştırmacıyı derinlemesine bir incelemeye sevk etmektedir. Bununla birlikte, hata konusu ceza hukukunun suça teşebbüs, iştirak ve suçların içtimaı gibi

¹ Doğan SOYASLAN (2020), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 211.

pek çok temel konusu ile de ilişkili bulunmaktadır. Hata müessesesinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı bir yaklaşımla düzenlenmiş olması da bu konularda doğru bir değerlendirmede bulunulmasını tutarlı bir hukuk sisteminin tesisi bakımından zorunlu kılmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Hata*" başlıklı 30'uncu maddesi Kanunun diğer hükümleri ve yasa koyucunun gerekçesiyle birlikte ele alındığında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı olarak kast teorisinin terk edildiği ve yeni uygulamada kusur teorisinin benimsendiği söylenebilecektir. Ancak Yargıtay'ın güncel kararlarında dahi halen büyük ölçüde kast teorisinin etkileri görülmekle birlikte, uygulamada konunun henüz net bir çözüme kavuşmadığı açıktır.

Bununla birlikte, öğretilerde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 4'üncü maddesinde düzenlenen "*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*" kuralına ihtiyaç kalmadığı ve ceza hukukunda hata müessesesi kapsamında artık hukuki hata – fiili hata ayrımını benimsemenin teorik açıdan yetersiz kaldığı yönünde değerlendirmelerde bulunmaktadır. Genel olarak hukuki hata - fiili hata ayrımının pek çok hukuk sisteminde halen üstünlüğünü sürdürmesi, uygulamanın bu şekilde gelişmesi ve kanun koyucunun gerekçesinde söz konusu ilkenin kaldırılmasının duraksamalara ve uygulama zorluklarına neden olabileceğini ifade etmesi de dikkate alındığında, temel kavram ve ayrımlardan kısa sürede vazgeçilmesinin ceza hukukunun en temel konularından birisi olan hata konusunda objektif ölçütlerden uzaklaşmasına neden olacağı, teorisyeni ve uygulayıcıyı hatalı bir yaklaşıma sevk edebileceği değerlendirilmektedir.

Söz konusu nedenlerle, ceza hukukunun tümüne geniş bir bakış açısı ve muhakeme yeteneği kazandıracığı değerlendiren "*Ceza Hukukunda Hata*" konusunun her zaman güncelliğini koruyacağı değerlendirilerek, çalışma konusu olarak belirlenmiştir.

Tez dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde ceza hukukunda hata kavramsal açıdan incelenerek, hatanın benzer kavramlardan farkı ve ceza hukukunda hata türleri ele alınmıştır. İkinci bölümde hukuki hata ve üçüncü bölümde fiili hata konusu üzerinde incelemelerde bulunulmuş ve her iki hata türünün görünüş biçimleri ve ceza sorumluluğu üzerinde etkileri üzerinde durulmuştur. Dördüncü ve son bölümde ise işlenemez suç ve sözde suç müesseseleri suçta hata başlığı altında açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Hata konusu, suç teorisinde pek çok konuyla doğrudan bağlantısı bulunan pek çok görüşün ileri sürüldüğü, her zaman güncel tartışmalardan beslenen bir konu olarak kendisini göstermektedir. Tezin amacı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri çerçevesinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile benimsenen farklılıkları da ortaya koyarak, kuruma ilişkin esasları ortaya koymak ve bu alanda yapılan çalışmalara elimizden geldiğince katkı sağlamaya çalışmaktır.



BÖLÜM I

CEZA HUKUKUNDA HATA KAVRAMI VE TÜRLERİ

1.1. CEZA HUKUKUNDA HATA KAVRAMI

Bir kişinin kendisine izafe edilen belirli davranış nedeniyle cezai sorumluluğunun doğması için, somut olayda birden fazla koşulun bir araya gelmesi gerekir. Kişinin cezalandırılabilmesi için kanunlarda düzenlenmiş bulunan bir ceza normunu ihlal etmesi, bu ihlal gerçekleşirken kişinin hukuka aykırı ve kusurlu davranmış olması şarttır.²

Ceza hukuku eliyle gerçekleşecek her neviden cezalandırmanın temel bağlantı noktası insani bir davranıştır. İnsan davranışının olmadığı hallerde suçun varlığından bahsetmek mümkün değildir.³ Yine, insan davranışının cezalandırılabilmesi için bu davranış nedeniyle ortaya çıkan etkinin kanunda tanımlanan bir suçu meydana getirmesi ve hukuka aykırı davranışın kusurlu olarak gerçekleştirilmesi gereklidir.⁴

Kusurluluğun temeli ise davranışlarını yönlendirme ve davranışlarının hukuki sonuçlarını algılama yeteneği olan kişinin irade özgürlüğüdür. İrade özgürlüğüne sahip her insan hukuka uygun veya hukuka aykırı hareket edebileceği hususunda serbestçe karar verme imkanına sahiptir. Eğer kişi hukuka aykırı davranışı seçmiş ise bu durum onun şahsen kınanmasını gerekli kılacaktır.⁵ Ancak bazı durumlarda, şahsın hiçbir bilgiye veya doğru bilgiye sahip olmaması, davranışını gerçekleştirirken içinde bulunduğu değerlendirme sürecinde yanlış tasavvuruna neden olabilecek bir durumun

² age s. 406.

³ Bernd HEINRICH (2014), *Ceza Hukuku Genel Kısım – I, Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 55.

⁴ Sahir ERMAN (1946), “Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.: XII, S.: 2-3, s. 510

⁵ Doğan SOYASLAN 2020, age s.430; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM (2021), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 309.

varlığı, davranış ile netice arasında olması gereken psikolojik bağı ortadan kaldırabilecektir. Kısaca hata olarak adlandırabileceğimiz bu durum, failin fiili ile netice arasındaki psikolojik bağı kestiğinden, faili kusurlu kabul etmek mümkün olmayacaktır. Ceza hukuku bakımından hata iki şekilde ortaya çıkabilmektedir.

Bunlardan ilki failin gerçekleştirdiği fiili cezalandıran bir kuralın bulunduğu bilmemesi veya bu kurala yanlış anlam yüklemesi nedeniyle hata etmesidir. Diğeri ise kural bakımından herhangi bir hatası veya yanlış anlam yüklemesi olmadığı halde, suç teşkil eden fiilin maddiyatına ilişkin bir hususta hata etmesidir.⁶

Hata sözlükte tanımlandığı şekliyle istenmeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, yanılma ve yanılığdır.⁷ Genel anlamda ise dış dünyadaki bir şeyin gerçekte olduğundan yanlış bir biçimde algılanması, değerlendirilmesi veya bilinmesine sebep olan zihinsel durumdur.⁸ Çoğu zaman yeterli olmayan bilgi nedeniyle yapılan yanlış değerlendirme hataya sebebiyet vermektedir.⁹ Buradan yola çıkarak, hata kavramının içinde iki farklı anlamı barındırdığını söyleyebiliriz. Bunlar bilgi eksikliği ve pozitif anlamda yanlış tasavvur veya kabul nedeniyle ortaya çıkan yanlışlıktır.¹⁰

Yukarıda da belirtildiği gibi insan davranışının olmadığı hallerde suçun varlığından bahsetmek mümkün değildir. İnsan tasavvurunun hukuki sonuca bağlanabilmesi için dış dünyada bir etki meydana getirmesi gerekmektedir. İnsan zihninde var olan bir değerlendirme, düşünce tek başına hukuki herhangi bir etki yaratmaz. Dış dünyadaki bir şeyin gerçekte olduğundan yanlış bir biçimde algılanmasının, değerlendirilmesinin veya bilinmesinin ceza hukukuna konu edilebilmesi için bir davranışla dışa vurumu gerekir. Bu nedenle, ceza hukuku her türlü hata ile değil, dış dünyada sonuç meydana getiren davranışı gerçekleştiren failin iradesine etki eden hata ile ilgilenmektedir.¹¹

Failin hata edip etmediği tespit edilirken, bir olguya ilişkin bilgisi, algısı ve değerlendirmeleri, o olgunun gerçekte nasıl olduğu ile kıyaslanmaktadır. Arada herhangi bir fark bulunmadığı takdirde hatadan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

⁶ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN (1986), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 9. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, s. 340.

⁷ Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, ET. 28.01.2016

⁸ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 467; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU (2021), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 26. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, s. 257.

⁹ Edwin R. KEEDY (1908), "Ignorance and Mistake in the Criminal Law", *Harvard Law Review*, Vol. XXII, No. 2, s. 76.

¹⁰ Olgun DEĞİRMENCİ (2014), "Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.: 110, s. 131.

¹¹ Yüksel ERSOY (1967), "Ceza Hukukunda Bilememe ve Hatanın Hukuki – Psikolojik Anlamı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C.: 22, S.:4, s. 253.

Örneğin, A'nın arkadaşı B'yi öldürmek istemesi ve olaya kaza süsü vermek adına birlikte ava çıktıkları bir günde ileride gördükleri geyiği vurmak için pusuya yattıkları anda A'nın B'ye hedef alarak öldürmesi durumunda, tasavvur ile gerçeklik arasında bir uyum vardır. Ancak, arkadaşı B ile birlikte ava çıkan A'nın, çalılıkların hareket etmesi sonucu çalılıkların arkasındakini geyik zannederek ateş etmesi ve arkadaşı B'yi öldürmesi durumunda tasavvur ile gerçeklik arasında farklılık bulunmaktadır. Kanaatimizce bu farklılık hatayı teşkil etmektedir. Bu itibarla hata, failin kanaati veya tasavvuru ile gerçek arasındaki farklılık olarak tarif edilebilecektir.¹²

Gerçekliğin, failin tasavvurunda oluşum süreci çeşitli aşamalardan geçmektedir. Failin gerçekliği algılaması, bunu bir değerlendirmeden geçirerek içselleştirmesi bir süreci ihtiva etmektedir. Süreç bir anlık olabileceği gibi uzun bir zamana da yayılabilecektir. Failin içinde bulunduğu fiziksel ve ruhsal yapı, hayata bakış açısı, deneyimleri, içinde bulunduğu koşullar ile toplumsal kabuller failin tasavvurunun oluşumunda önemli faktörler olarak kabul edilecektir.¹³ Tasavvur süreci ile bu sürece etki eden faktörlerden herhangi birinde meydana gelen sapma, gerçeklik ile failin tasavvuru arasındaki farklılığa sebep olabilecektir. Dolayısıyla, hangi nedenden kaynaklanırsa kaynaklansın bu aşamalardan herhangi birinde meydana gelen sapma failin tasavvuru ile dış dünyadaki gerçeklik arasında bir ayrışmaya neden oluyorsa, ceza hukukunda hata kavramı kapsamında değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

1.2. BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

1.2.1. Bilmeme

Failin kanaati veya tasavvuru ile gerçek arasındaki farklılık, gerçeğin hiç bilinmemesinden veya eksik bilinmesinden kaynaklanabilecektir. Bilmeme kişinin belirli bir konu veya konunun bir bölümü hakkında herhangi bir fikrinin olmaması durumudur. Hata halinde ise bazı şeylerin bilinmediği varsayılmaktadır. Failin bilgisi ile gerçek arasındaki farklılık, hatayı açıklamamızı mümkün kılmaktadır.¹⁴

Her ne kadar birbirleri ile iç içe iki kavram gibi gözükseler de hata, bilmemeden farklı bir mahiyet arz etmektedir. Bilmemede, bir olgu hakkında kanaatin

¹² Raoul Alberto FROSALI (1933), *L'errore nella Teoria Del Diritto Penale*, Roma: Tipografica Editrice, s. 36, Akt. Yüksel ERSOY 1967, agm s. 254; Ayhan ÖNDER (1989), *Ceza Hukuku Genel Hüükümler*, C. II, Beta, İstanbul, s. 343.

¹³ Ragıp Barış ERMAN (2006), *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, s. 5-7.

¹⁴ Sahir ERMAN 1946, agm s. 510; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 466; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 257.

veya tasavvurun bulunmaması durumu vardır ki bu yönüyle negatif karakterlidir. Hatada ise failin eksik veya yanlış olsa da bir olgu hakkında bilgisi ve onun hakkında zihninde canlandırdığı bir kanaati vardır. Bu da hatanın pozitif karakterli olduğunu göstermektedir.¹⁵

Bilmeme durumu veya bilgisizlik hatadan bağımsız olarak varlık gösterebilmektedir. Yani her bilmeme hata değildir. Kişinin insan aklının açıklayabileceği her bilgiye sahip olması olanaksızdır. Cehalet toplumsal bir kınamaya sebep olmadığı müddetçe önem taşımayacak, tartışılmayacaktır. Bir konu hakkında cehaletin hata durumunu ortaya çıkarabilmesi için o konu hakkındaki bilgisizliğinin şahsın iradesine etki etmesi, onu yanlış bir harekete sevk etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, hataya sebebiyet vermeyen bilmeme hali ceza hukukunu ilgilendirmeyecektir. Bu yönüyle bilmeme hatadan daha geniş bir kavrama işaret etmektedir.¹⁶

Hatada, gerçeğin bilinmemesi veya eksik bilinmesi nedeniyle failin yanlış bir hükme varması söz konusudur, bu nedenle hatada daima bir bilmeme durumu söz konusudur. Gerçeğin bilinmemesi hatanın ön şartıdır. Hata söz konusu olduğunda, her iki kavram çakışmaktadır, çünkü hata hali daima bir bilmemenin sonucudur. Her iki kavram arasında yukarıda açıklanan farklar bulunsa da ceza hukuku açısından failin kusurunu ortadan kaldırdıklarından eşit hukuki öneme sahiptirler.¹⁷

1.2.2. Şüphe

Bilmemede kişinin belirli bir olgu hakkında hiçbir fikrinin veya kanaatinin olmaması durumu söz konusu iken şüphede bir kanaate varılması adına kişinin zihninde farklı ihtimaller tasavvur etmekte, ancak bu ihtimaller olgunun gerçekliği hususunda bir kaniya varılmasını engellemektedir. Fail değişik varsayımları muhtemel görmekte, ancak bu varsayımlardan birinin diğerine nazaran gerçeğe uygunluğunun daha muhtemel olduğu hakkında bir kaniya varamamaktadır.¹⁸

Şüphe durumunda da gerçeklik bilinmemektedir. Nitekim, bir şeyin bilinmesi ile şüphenin bir arada bulunması mümkün değildir. Çünkü kişinin zihninde var olan

¹⁵ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 466; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 339; Devrim GÜNGÖR (2007), *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 23; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 257.

¹⁶ Sahir ERMAN 1946, agm s. 511; Sesim SOYER GÜLEÇ (2008), "Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.: 10, S.: 1, s. 71.

¹⁷ Yüksel ERSOY 1967, agm s. 257.

¹⁸ agm s. 255.

farklı ihtimaller nedeniyle tasavvur ihtilafı çözülmedikçe, gerçeğe uygun doğru veya yanlış bir kaniya ulaşılması söz konusu olmaz. Dolayısıyla o şey hakkında failin net bir kanaati veya tasavvuru olmadığından, gerçek ile arasında kıyaslama yapılabilecek bir kanaat de oluşmayacak ve şüphe durumunda hatanın varlığından bahsedilemeyecektir.¹⁹

Zihinde olan tasavvur ihtilafında, varsayımlardan biri faile gerçeğe daha yakın gelebilecektir. Ancak gerçeğe daha yakın gelen bu varsayım nedeniyle fail, düşündüğü olgu hakkında net bir kaniya varmadıkça şüphe durumunun son bulmasından bahsedilemeyecektir. Yani şüphe halinin söz konusu olabilmesi için varsayımların mutlaka eşit düzeyde mümkün sayılmasına gerek yoktur, biri diğerinden gerçeğe daha yakın gelebilecektir. Biri gerçeğe daha yakın gelse de kişinin şüpheye konu olan olgu hakkındaki tasavvur ihtilafı ortadan kalkana kadar dış dünyada sonuç doğuran bir davranıştan kaçınması ve şüphesini ortadan kaldırmaya çalışması mümkündür. Bu itibarla şüphe kişinin bilmeme ile bilme arasında kararsızlık içerisinde kaldığı bir durumdur.²⁰

İnsan toplumsal yaşamın bir gereği olarak ahlaka, adaba, toplum ve hukuk kurallarına uygun davranmak ve haksızlıktan kaçınmak sorumluluğu taşımaktadır. Bu sorumluluğun yerine getirilebilmesi için hukuka aykırı olduğu açık olan davranışlardan kaçınmanın yanı sıra, davranışının hukuki yönden olması gerekene uygun olup olmadığını da göz önünde bulundurmak ve varsa bu konudaki şüphelerini gidermek zorundadır. Kişi bunu yapmayıp, şüphe halinde olmasına rağmen haksız bir davranış gerçekleştiriyorsa duruma göre kusurlu kabul edilebilecektir. Şüphenin ceza hukukunda öncemi hatanın kaçınılabilir olup olmadığının tespitinde karşımıza çıkacaktır.

1.2.3. Unutma

Unutmada, kişi tarafından daha önce edinilen bir bilginin hatırlanamaması durumu söz konusudur. Unutma durumunda da gerçeğin hatırlanmaması veya eksik hatırlanması nedeniyle failin yanlış bir hükme varması söz konusu olabileceğinden, bir olgunun hatırlanmaması ile bilgisizlik arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.²¹

¹⁹ agm s. 255; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 467.

²⁰ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 257; Olgun DEĞİRMENCİ 2014, agm s. 133.

²¹ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 257; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 467.

1.3. CEZA HUKUKUNDA HATA TÜRLERİ

1.3.1. Genel Olarak

Hata halinde failin iradesi ile gerçek arasında fark bulunmaktadır. Failin irade ettiği ile gerçekleşen sonuç farklı ise kişinin hataya düştüğü kabul edilir. Buna göre, hata failin iç dünyasına ilişkin bir durum olup, sübjektif bir nitelik taşır. Dolayısıyla ceza hukukunda hata kişinin kusuru üzerinde etki doğurur.²²

Bir şahsın fiilinin suç teşkil edebilmesi için failin tipe uygun ve ceza normunu ihlal edici bir fiili gerçekleştirmesi ve ayrıca bu fiilin psikolojik yönden de faile bağlanabilmesi gerekmektedir.²³ Bilerek ve isteyerek hareket eden bu şahsın, fiilinin suç olduğunu bilmemesi durumunda hukuku bilmeme, ceza normunu yorumlamakta hata ederek cezai sorumluluk doğuran bir hareketi meşru sanması durumunda hukukta hata veya hareketine suç niteliği yükleyen maddi unsur ve şartların mevcut olmadığını düşünerek suç işlemediğini sanması durumunda fiili hata, aslında suç olmayan hareketinin suç olduğunu sanması durumunda ise suçta hata söz konusu olacaktır. Hukuki bilmeme ve hata halinde hareket eden kişinin kaçınılmaz hatası kusurluluğuna etki ederken, fiili hata içerisinde hareket eden şahsın ise kastı ortadan kalkar.²⁴ Suçta hata durumunda ise fail her ne kadar psikolojik açıdan suç teşkil eden bir davranış gerçekleştirdiği halde, ortada kanun tarafından suç olarak öngörülen bir fiil olmadığından ortada suç da olmayacaktır.

Biz de söz konusu ayırmadan yola çıkarak ceza hukukunda hatanın türlerini esas itibariyle hukuki hata ile fiili hata başlıkları altında incelemeye tabi tutacağız. Ancak bu bölümde hatanın bağlandığı sonuca göre öğretilerde yer verilen ayrımları dikkate alarak hatanın türleri hakkında kısa bilgi vermeye çalışacağız.

1.3.2. Kusurluluğu Etkileyen Hata

1.3.2.1. Hukuki Hata Kavramı

Fail bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği fiilin, ceza kanunlarında tanımlanan bir suç oluşturduğunu bilmeyebilir veya bir ceza normunu yanlış yorumlayarak suç teşkil etmediğini düşündüğü bir davranış gerçekleştirebilir. Her iki halde işlenen fiil

²² Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAŞIZ (2021), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 426; Fatih BİRTEK (2018), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 335.

²³ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 201.

²⁴ Fatih BİRTEK 2018, age s. 336; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 259; Hakan HAKERİ (2019), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 449.

bir ceza normunu ihlal ettiğinden failin cezai sorumluluğu esas olmakla birlikte, fail hukuki hata içindedir.²⁵

Bir ceza normunun mevcut olduğunu bilmemek veya mevcut olduğu bilinen bir ceza normunun olduğundan farklı veya eksik bilinmesi ya da yanlış anlaşılması durumu “*kanunu bilmemek*” olarak tanımlanmaktadır. Kanunu bilmemek yapısı gereği hem bilmemeyi hem de farklı veya eksik bilme yahut yanlış anlama durumunda normun kapsamına ilişkin failin kanaati ile gerçek kapsam arasında bir farka işaret ettiğinden hatayı kapsamaktadır.²⁶

5237 sayılı TCK’nin “*Kanunun bağlayıcılığı*” başlıklı 4’üncü maddesinde “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*” ilkesine yer verilmiştir. İlke, zaman ve ülkelere göre farklı kapsam ve anlayışla düzenlenmekle birlikte Roma hukukundan günümüz modern ceza hukukuna kadar geçerliliğini korumuştur. Geleneksel ceza hukuku sistemlerinde, kanunu bilmemek mazeret olarak kabul edilmemiştir.²⁷

İlkenin amacı, sanıkların işledikleri her fiil nedeniyle kanunu bilmediklerini ileri sürerek cezai sorumluluktan kurtulmalarının önüne geçilmesi ve toplumsal adaletin sağlanmasıdır. Kanunlar istisnasız herkese uygulanmalıdır. Kanunun herkes için mecburiliği toplum olarak yaşamının bir zorunluluğudur.²⁸ Kanunları bilmeyenlerin sayısı elbette ki kanunları bilenlerin sayısından çok olacaktır. Kanunu bilenler ile bilmeyenler arasında bir ayrıma gidilmesi, ki bu ayrım özellikle kanunu bilmeyenlerin lehine olacaktır, ceza kanunlarının amacının gerçekleşmesine engel olacaktır. İlke her somut olayda failin kanunu bildiğini ispat yükümlülüğünden hâkimi kurtardığı gibi farklı şahıslar bakımından bireyselleştirilemeyen bir ceza hukuku ve objektif sorumluluk yaratmaktadır.²⁹

Hukuki hata doğrudan ceza normunun bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından doğabileceği gibi ceza normları dışında kalan normların bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından da kaynaklanabilir. Ancak 5237 sayılı TCK yalnız ceza kanunlarının bilinmemesini mazeret olarak kabul etmemektedir. 765 sayılı TCK’nin 44’üncü maddesinde “*Kanunu bilmemek mazeret*

²⁵ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 467; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT (2020), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Basım, 11. Bası, İstanbul, s. 430-434.

²⁶ Olgun DEĞİRMENCİ 2014, agm s. 130-131.

²⁷ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 468; Olgun DEĞİRMENCİ 2014, agm s. 137.

²⁸ Enrico FERRI (1928), *Principi di Diritto Criminale*, Torino, s. 83, Akt. Faruk EREM (1958), *Türk Ceza Hukuk, Genel Hükümler*, C. I, 4. Bası, Ankara, s. 32.

²⁹ Yener ÜNVER (1998), “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”, *Ceza Hukuku Günleri*, Beta Yayınları, İstanbul, s. 156.

sayılmaz.” kuralına yer verilmişken, meri Kanun’da kapsam ceza kanunlarının bilinmemesi durumu ile sınırlandırılmıştır. Yürürlükteki düzenlemeden ceza kanunları dışında kalan kanunların bilinmemesinin mazeret teşkil edeceği sonucunu çıkarmak mümkündür. Burada kapsamın daraltılmasının, ceza hukuku kapsamında kanunlar arasında bir üstünlük ayırımına gidilmesi olarak anlaşılması gerekmektedir. Yasama organınca kabul edilen kanunlardan birinin diğerinden üstün olduğu kabul edilemez. Ceza kanunları dışında kalan kanunların bilinmemesinin farklı bir açıdan ele alınması ve ceza kanunları dışındaki bir kanuna ilişkin bilgisizlik durumunda fiili hata kavramına başvurulması gerekmektedir.³⁰

Diğer taraftan, bazen başka hukuk dallarına ilişkin normlar ceza normlarıyla birlikte bir bütün oluştururlar, ceza normunu tamamlar veya ceza normunun kapsamı içine girerler. Böyle bir durumda başka hukuk dallarına ilişkin normların bilinmemesinin de kanunu bilmemek kapsamı içinde değerlendirilmesi uygun olacaktır.³¹

Kural olarak ceza hukukunda sorumluluğun kaynağı kasttır. Kasıтта failin gerçekleştirdiği davranışı ve bunun neticesini bilmesi, sonucu istemesi veya göze alması durumu söz konusudur. Kastın gerçekleşmesi için ayrıca kanunun emrine aykırı hareket etmek iradesinin bulunmasına gerek yoktur. Böyle bir iradenin aranması durumunda, sorumluluğun doğması açısından her halde kanunun bilinmesine ihtiyaç olacağından, kanunu bilmediğini öne süren faili cezalandırmak mümkün olmayacaktır. Bu itibarla ister kanunun tamamen bilinmemesinden ister yanlış bilinmesinden kaynaklansın, bilmeme suç işleyen kimseyi sorumluluktan kurtaramayacaktır. Fail ceza normu tarafından yasaklanan bir fiili isteyerek gerçekleştirdiğinden ve kast fiilin hukuka aykırı olduğunun bilinmesi değil fiilin bilinmesi ve istenmesi olduğundan hukuki hatanın kastın gerçekleşmesi bakımından bir etkisi olmayacaktır.³²

Ancak başka hukuk dallarına ilişkin normların bilinmemesinin fiili hata kapsamında değerlendirilmesi, failin kusurluluğunu etki edebilecektir. Fiili hatada kişi tipik fiilin ne olduğunu bilmekte, ancak kanunda belirtilen tipik fiilden başka bir fiili gerçekleştirdiğini düşünerek hareket etmektedir. Bu itibarla, failin eylemi ile sonuç arasındaki psikik bağ belli durumlarda ortadan kalkacaktır. Bu nedenle, ceza kanunları

³⁰ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 434; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 469-470.

³¹ age s. 467.

³² age s. 434; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 25.

dışındaki kanunlarda hataya düşülmesi durumunda failin sorumluluğu tespit edilirken, hatanın yol açtığı psikolojik etkiye bakılarak karar verilmesi uygun olacaktır.³³

1.3.2.2. Haksızlık Hatası Kavramı

Haksızlık hatası, failin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu bilincinde olmaması durumunu ifade etmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere; hukuki hatada fail, fiilinin ceza kanunlarında tanımlanmış bir suç teşkil ettiğini bilmemekte veya bildiği bir hükmü yanlış yorumlamak suretiyle suç teşkil etmeyen bir fiil gerçekleştirdiğini düşünmektedir. Yani hukuki hatada fail, bir hükmün varlığında ya da yorumlanmasında hataya düşmektedir. Hukuk normuna ilişkin yanlış değerlendirmesi nedeniyle gerçekleştirdiği davranışın meşru olduğunu sanmaktadır. Dolayısıyla failde eyleminin haksızlık oluşturduğu bilinci bulunmamaktadır.³⁴

Haksızlık hatası, uzun dönem “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*” kuralının istisnası kabul edilmiştir. Günümüzde ise kusur teorisiyle bağdaştırılarak kaçınılmaz haksızlık hatasının varlığı durumunda failin kusursuz kabul edilmesi gerektiği fikri ağırlık kazanmıştır. Bu tür hatanın varlığı durumunda failin cezalandırılmasının uygun olmayacağı savunulmuştur.³⁵

765 sayılı TCK’de “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*” kuralı hiçbir istisnaya yer verilmeksizin uygulanmıştır. Ancak bu dönemde, kanunun bilinmesinin mutlak olarak imkansız olduğu durumlarda, örneğin kişinin ağır hastalığa yakalandığı ya da ülkede doğal afetin meydana geldiği ve bu nedenle mevzuatın takip edilemediği hallerde hatanın kaçınılabılır olup olmadığı göz önünde bulundurulmak kaydıyla, kanunun bilinmemesinin mazeret kabul edilmesi gerektiği yönünde fikirler de öne sürülmüştür.³⁶ Anayasal güvenceye haiz kusur ilkesiyle açıkça çelişen söz konusu uygulamanın düzeltilmesi zorunluluğundan bahsedilerek 5237 sayılı TCK’nin hazırlık çalışmaları kapsamında, “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*” kuralını düzenleyen 4’üncü maddeye “*Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz.*” şeklindeki ikinci fıkra eklenmiş, daha sonra düzenlemenin “*Hata*” başlığı altında yer almasının uygun

³³ age s. 26.

³⁴ Sesim SOYER GÜLEÇ 2008, agm s. 59.

³⁵ agm s. 59.

³⁶ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 435.

olacağı gerekçesiyle, 4'üncü maddenin ikinci fıkrası bazı değişikliklerle 30'uncu maddenin dördüncü fıkrasına alınmıştır.

Sonuç olarak haksızlık hatası, 5237 sayılı TCK'de bir hata hali olarak kabul edilmiş ve "Hata" başlıklı 30'uncu maddenin dördüncü fıkrasında düzenleme altına alınmıştır. Düzenlemeye göre, "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz." Hüküm 5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinin ardından 29.06.2005 tarihinde 5377 sayılı Kanun'la 30'uncu maddeye eklenmiştir.

Hükümün gerekçesi:

"... kişi, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunun bilincinde olmalıdır. Kişinin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun yanında suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir önemi olmamaktadır. Ceza hukuku bakımından sorumluluk için önemli olan, işlenen fiilin haksızlık oluşturduğunun bilinmesidir.

Ancak, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olması halinde, kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur.

Hatanın kaçınılabılır olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır." şeklinde.

Hükümün gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, işlenen fiilin haksızlığına ilişkin hata 5237 sayılı TCK'ye alınırken kusur ilkesiyle ilişkilendirilmiştir. Hüküm aslında ACK'nin 17'nci maddesinden esinlenilerek Kanuna aktarılmıştır.³⁷ Anılan düzenlemeye göre; "fail hukuka aykırı davrandığını fark etme yeteneğine sahip değilse ve hatadan kaçınamayacak durumda ise, kusurlu olduğu kabul edilemez." Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise failin cezası 49'uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca indirilebilecektir.³⁸

Almanya Cumhuriyeti Federal Mahkemesi 1952 yılında verdiği bir ilke kararında, kusuru oluşturan unsurlardan birinin de haksızlık bilinci olduğu ifade edilmiştir. Buna göre failin, davranışının cezalandırılabilir olduğunu, diğer bir anlatımla suç teşkil ettiğini bilmesi gerekmemektedir. Ancak davranışının hukuk

³⁷ Hakan HAKERİ 2019, age s. 467.

³⁸ İzzet ÖZGENÇ (2021), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 537.

düzenini ağır bir şekilde ihlal ettiğini bilmesi gerekir. Haksızlık bilincinin bulunmadığı hallerde ise fail kusurlu kabul edilmeyecektir.³⁹

Her ne kadar 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrasının gerekçesinde kaçınılmaz nitelikteki haksızlık hatasının kusurluluğu ortadan kaldıracığından bahsedilmişse de gerekçe ile hüküm arasında farklılık bulunmaktadır. Kaynak ACK'nin 17'nci maddesinde kaçınılmaz haksızlık hatasında failin kusursuz sayılacağı açıklıkla belirtilmişken 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesine eklenen fıkrada “*kaçınılmaz hataya düşen kişi, cezalandırılmaz*” denilmektedir. Bu itibarla, haksızlık hatasına ilişkin hükmün dayanağı kusur teorisi olduğundan, düzenleme ile gerekçe arasında paralelliğin sağlanmasının ve madde metninde de “*kusursuzdur*” ibaresinin tercih edilmesinin teorisinin öğretisine daha uygun olacağı değerlendirilmektedir.⁴⁰

Buna göre, hukuki hata failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamakta, ancak işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi cezalandırılmadığından, haksızlık hatasının kaçınılmaz olduğu durumlarda normu bilmeme ya da bilinen normu yanlış değerlendirme kusur teorisi kapsamında değerlendirilerek hukuki hataya ilişkin hüküm yumuşatılmakta ve cezai sorumluluk bakımından bir istisna tanınmaktadır.⁴¹

Diğer taraftan haksızlık hatasının kaçınılabilir olduğu durumlarda, failin kusurlu olduğu kabul edilecektir. Her ne kadar failin hatasının kaçınılabilir olması ceza sorumluluğunu etkilemeyecek olsa da failin içinde bulunduğu hata durumu kusurluluğuna etki edecek, hataya düşerek gerçekleştirilen fiil nedeniyle failin daha az kınanmasını gerekli kılacaktır. Kaynak ACK'nin 17'nci maddesinde, kaçınılabilir hata durumunda anılan Kanun'un 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen şekilde cezada indirim gidilebileceği⁴² açıkça ifade edilmiş olsa da bizim Kanunumuzda bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, gerekçede hatanın kaçınılabilir olması durumunun, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabileceği

³⁹ Horst SCHROEDER (2003), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, Grosskommentar 11. Neu Bearbeitete Auflage, 1. Band, Berlin, s. 17; Hans Heinrich JESCHECK (2007), *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, s. 161; Olgun DEĞİRMENCİ 2014, agm s. 142; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 17-18.

⁴⁰ Aynı yönde Sesim SOYER GÜLEÇ 2008, agm s. 72.

⁴¹ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 437; İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 537.

⁴² age s. 537.

belirtilmektedir. Özetle, işlenen fiilin haksızlığına ilişkin kaçınılmaz hata “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*” kuralının istisnası olarak kabul edilmektedir.

1.3.2.3. Hukuki Hata ve Haksızlık Hatası Ayrımı

Hukuki hata bir normun bilinmemesi veya yanlış yorumlanması olarak tanımlanmaktadır. Haksızlık hatasında ise failin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu noktasında bir bilinci bulunmamaktadır. Haksızlık, hak ve adalete aykırılıktır.⁴³ Ceza hukukunda adalete aykırılık, fiil ile hukuk düzeni arasında çelişme söz konusu olduğunda ortaya çıkacaktır. Suç yanlış ya da zararlı olduğu için yasaklanan ve işlendiği takdirde ceza veya güvenlik tedbiri yaptırımına bağlanmış fiildir. Dolayısıyla suçta bir hukuki değerlendirme vardır ve bu değerlendirme fiilin hukuk düzenine uygun olup olmadığı noktasındadır. Kısaca suç hukuka aykırı gerçekleştirilen fiildir.⁴⁴

Hukuka aykırılık, failin davranışının kanundaki tanıma uyup uymadığı ve failin davranışında tüm hukuk sistemi açısından bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığının araştırılmasıyla tespit edilebilecektir. Failin bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği davranışın kanundaki tanıma uyduğu ve bu davranışa izin veren bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığı durumlarda hukuka aykırılıktan bahsedilecektir. Bu itibarla bir davranış ya hukuka aykırı olacak ya da olmayacaktır.⁴⁵

Haksızlık ise bir davranışın hukuka aykırı olduğuna ilişkin değer yargısının ifadesi olup haksızlıkta bir değer kıyaslaması vardır.⁴⁶ Haksızlık bir davranış sonucunda ortaya çıkan ve hukuk düzeninin onaylamadığı niteliksel ve niceliksel olarak değerlendirilebilen bir değersizliği ifade etmektedir.⁴⁷ İşte bu değerlendirme nedeniyle nicelik farkından dolayı bazı davranışlar kanunda suç olarak tanımlanmakta veya suç ve kabahat ayırımına gidilmekte yahut hukuk düzeni tarafından o davranışa müsaade edilmektedir. Örneğin, yağma suçunu işleyen bir fail, hırsıza göre daha ağır haksızlığa sebep olmaktadır. Yine, yağma suçunu işleyen bir fail, sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmeyen bir mütemerritten fazla haksızlık meydana getirdiği için hakkında cezai müeyyide öngörülmektedir. Ancak verilen örneklerin tamamına bakıldığında, yağma suçu, hırsızlık suçu veya sözleşmeden doğan borcun ödenmemesi

⁴³ Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <http://www.tdk.gov.tr>, ET. 13.04.2016

⁴⁴ Tuğrul KATOĞLU (2003), *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 20.

⁴⁵ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 296; İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 303.

⁴⁶ Elvan KEÇELİOĞLU (2013), “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl:8, S.:21, s. 23.

⁴⁷ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 256.

hukuka aykırı eylemler sonucunda gerçekleşmektedir. Haksızlığın tespitinde, bir davranış içeriksel olarak değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.⁴⁸ Bu açıdan bakıldığında haksızlıkta bir davranışın içeriksel olarak değerlendirilmesi söz konusu olurken, bu davranışların tamamı eşit derecede hukuka aykırı kabul edilmektedir.⁴⁹

Yukarıda da belirtildiği üzere, ceza hukuku anlamında hukuka aykırı olan bir davranış suç olarak nitelendirilmektedir. Bir davranışın ceza hukuku anlamında suç olarak kabul edilebilmesi için davranışın kanunda suç olarak tanımlanıp tanımlanmadığına, failin bu davranışı gerçekleştirirken kusurlu olup olmadığına ve somut olayda hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığına bakılmaktadır. Özetle bir davranışın suç olarak nitelendirilmesi maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurlarının tamamının bulunmasına bağlı bulunmaktadır. Birçok suçun maddi unsuru ise neticeyi de içine alan şekilde düzenlenmiştir.

Ceza hukukunda haksızlığın temelini ise bir bütün olarak davranış ve neticenin haksızlığı oluşturmaktadır. Aksi takdirde hareketin haksızlığı ön plana çıkarılarak haksızlığın temeli açıklanmaya çalışıldığında teşebbüs aşamasında kalan bir suç ile tamamlanan suçun eşit şekilde cezalandırılması gerekecek veya sadece neticeye göre haksızlık ön plana çıkarıldığında ise failin kusuru ihmal edilecektir.⁵⁰

Ceza hukuku anlamında haksızlık, hukuka uygunluk sebebi bulunmaksızın ceza normu ile korunan suçun konusunu ihlal edilmesiyle ortaya çıkmaktadır. Failin kusur yeteneğinin olup olmamasının önemi bulunmamaktadır. Bu kapsamda, kusur yeteneği olsun veya olmasın insan öldüren failin eylemi haksızlık teşkil etmektedir. Davranışından dolayı cezai sorumluluğunun olup olmaması ise failin kusurluluğuna göre belirlenecektir. Bir akıl hastasının insan öldürmesinde, suçun hukuki konusu ihlal edildiği için haksızlık vardır, ancak akıl hastasının kusurlu olduğundan bahsedilmesi mümkün değildir. Bu itibarla haksız kusurluluk mümkün değilken kusursuz haksızlıktan bahsedilebilecektir.⁵¹

5237 sayılı TCK'nin 24'üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilememekte, aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olmaktadır. Maddenin dördüncü fıkrasında ise emrin hukuka

⁴⁸ Elvan KEÇELİOĞLU 2013, agm s. 23-24.

⁴⁹ Claus ROXIN (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, B.I, München, s. 601, Akt. Elvan KEÇELİOĞLU 2013, agm s. 23.

⁵⁰ agm s. 27 vd.

⁵¹ Bernd HEINRICH (2005), *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Köln, Kn. 94, Akt. Elvan KEÇELİOĞLU 2013, agm s. 25.

uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri verenin sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bazı durumlarda kanun astın emrin içeriğini araştırmasını engellemektedir. Bu durum daha çok askerlik ve kolluk hizmetlerinde görülür. Örneğin 2559 sayılı PVSK'nin 2'nci maddesinde sayılan hallerde yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirlerin derhal yerine getirileceği, bu emirlerin yazılı olarak verilmesinin istenemeyeceği, bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluğun emri verene ait olacağı düzenlenmiştir. Buna göre yakalama emrini alan kolluk, yakalamanın şartlarının gerçekten var olup olmadığını araştıramayacaktır.⁵²

Amirin emri, 5237 sayılı TCK'nin "*Ceza Sorumluluğunun Esasları*" başlıklı ikinci kısmının ikinci bölümünde "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" başlığı altında düzenlenmiştir. Amirin emrini yerine getirme gibi hukuka uygunluk nedenleri, fiilin hukuka aykırı olmasını önüne geçen nedenlerdir. Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler ise kanuni tipe uygun olarak ceza normunu ihlal eden bir fiilin, failin başka türlü hareket etmesine imkân bulunmadığı, kusurlu iradenin bulunmadığı, yani fail tarafından neticenin öngörülmediği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler suç dolayısıyla haksızlığın oluşumuna değil, suç nedeniyle faile ceza verilmesini engelleyen nedenler olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵³ Bu itibarla, kanuni şartları oluşmadan verilen hukuka aykırı yakalama kararının gereğinin yerine getirilmesi kapsamında yakalama nedeniyle haksızlık ortaya çıkacak, ancak fail 5237 sayılı TCK'nin 24'üncü maddesi kapsamında kusursuz kabul edilecektir. Dahası anılan durum bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğinden, failin gerçekleştirdiği davranışın hukuka aykırılığından da bahsedilemeyecektir.⁵⁴

Yine, ülkelere göre geliştirilen ceza kanunları ceza politikalarının bir sonucudur. O ülkenin sosyal, kültürel, ekonomik, demografik yapısı ceza kanunlarında tanımlanan suçları ve cezaları belirlemektedir. Bir davranış suç olarak tanımlandığında kanun koyucu herkes bakımından geçerli bir davranış normu ortaya koymaktadır. Ancak tarihsel süreçte toplum içerisinde kendiliğinden ortaya çıkan ve ceza kanunlarının dışında bırakılan başka davranış normları da bulunmaktadır. Bu normlara

⁵² Doğan SOYASLAN 2021, age s. 384-385.

⁵³ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ (2020), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 318.

⁵⁴ Doğan SOYASLAN 2021, age s. 461; Berrin AKBULUT (2019), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 580.

aykırı davranışlar toplum nezdinde anti-sosyal kabul edilmektedir. Genel bir tabirle haksızlığın esası aslında o ülkede var olan davranış kurallarının ihlalidir.⁵⁵ Ancak bunların bir kısmı kanun koyucunun ceza siyasetinin bir gereği olarak suç olarak düzenlenmemektedir. Borçlar hukukunda sözleşmeye aykırılığın ceza kanunu anlamında suç olarak tanımlanmaması ancak ortaya çıkan haksızlık nedeniyle sözleşmeyi ihlal edenin tazminat ödemek zorunda bırakılması buna örnek gösterilebilecektir. Tüm bunlar dikkate alındığında, öğretide çoğu zaman aynı anlamda kullanılan hukuka aykırılık ile haksızlığın aslında birbirinden farklı olduğunu ve haksızlığın daha geniş bir kavrama işaret ettiğini söyleyebiliriz.

Hukuki hatada kısaca kanunun bilinmemesi söz konusu iken, haksızlık hatasında kişinin işlediği fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklandığını bilmemesi söz konusudur. Haksızlık hatasında failin, davranışı nedeniyle ortaya çıkan haksızlığın maddiyatına ilişkin bilgisinde eksiklik bulunmamakta, fakat davranışına hukuk düzeninin izin verdiğini düşünmektedir. Haksızlık bilinci için kişinin gerçekleştirdiği fiilin suç teşkil ettiğini veya bu fiilin hangi kanun hükmünü ihlal ettiğini bilmesinin önemi bulunmamaktadır. Failin davranışının toplumsal düzenin gereklerine aykırı ve bundan dolayı da hukuk düzenince yasaklanmış olduğunu, diğer bir ifade ile fiilin maddi hukuka aykırı olduğunu bilmesi gereklidir.⁵⁶ Kanaatimizce hukuki hata ile haksızlık hatası mahiyetleri bakımından farklı kavramları ifade etmektedir.

Kişinin hukuki hataya düştüğü ancak haksızlık hatası içinde olmadığı durumlar da olabilecektir. Örneğin, failin hukuki değerlendirme hatası nedeniyle hareketinin yağma değil de hırsızlık suçunu oluşturduğunu tasavvur ettiği durumda fail hukuki hataya düşmekle birlikte, haksızlık bilincinin olmadığı söylenemeyecektir.⁵⁷ Yine gerçekleştireceği davranışla ilgili olarak bir avukata danışan failin, avukatının verdiği bilgiye güvenmesi, ancak avukatın hatalı yönlendirmesi sonucu suç teşkil eden bir davranış gerçekleştirmesinde, failde eyleminin haksızlık oluşturduğuna ilişkin bilinç bulunmamakla birlikte, hukuki hata içerisinde hareket etmektedir.⁵⁸

⁵⁵ Elvan KEÇELİOĞLU 2013, agm s. 22.

⁵⁶ Adem SÖZÜER (1995), "Hukuki Hata", *Yargıtay Dergisi*, C.:21, S.: 1 – 2, s. 480.

⁵⁷ Olgun DEĞİRMENCİ 2014, agm s. 145.

⁵⁸ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 261.

1.3.3. Kastı Kaldıran Hata

1. 3.3.1. Fiili Hata Kavramı

Nasıl hukuki hatada kanunu bilmemek durumu söz konusu ise fiili hatada da fiili bir durumun ya da koşulun bilinmemesi, algılanabilir bir gerçekliğin algılanamaması veya yanlış algılanması durumu söz konusudur.⁵⁹ Algı, insanın çeşitli uyarımları daha önceki yaşantısının etkisiyle ve tecrübesiyle anlamlı hale getirerek tanınmasıdır. Algılamama durumu ise duyu organları ile idrak edilebilecek olan şeyin veya gerçekliğin şahsın zihninde eksik veya yanlış olarak anlamlandırılması, gerçeğe aykırı içselleştirilmesi durumudur. Algının oluşumunda, duyu organlarımızın yapısının işleyişinin ve önceki tecrübelerin etkisi vardır. Buradan yola çıkılırsa, şahsın bir şeyi içselleştirmesine etki eden faktörler, şahsın kendisinden kaynaklanan nedenler olabileceği gibi dışsal faktörler de olabilecektir. Şahsın görme bozukluğu, renk körlüğü, işitme kaybı gibi duyu organlarında ortaya çıkan bir işlev bozukluğu veya o güne kadar yaşadığı tecrübeler algılamayı etkileyen içsel faktörler algılamaya etki eden ve şahsın kendisinden kaynaklanan nedenlerdir. Dış faktörler de şahsın bulunduğu ortamda algılamaya etki eden diğer nedenlerdir. Bunlar algılanan şeyin biçimi, uzaklığı, ortamın aydınlık olup olmaması, algılamaya konu şeyin failin daha önce anlamlandırdığı bir şeyle benzerliği gibi...⁶⁰ Özetle fiili hata, maddi olguların algılanamaması veya gerçekte olması gerektiğinden farklı bir şekilde algılanması durumudur. Ceza hukukunda ise kendisini suça ilişkin maddi olguların algılanmasında gösterecektir.

Bütün suçlar, değişik unsurların bir araya gelmesinden oluşur. Bu unsurlardan birinin olmaması suçun oluşumuna engel olur. Suçun kurucu unsurlarından bir tanesi maddi unsurdur. Maddi unsurdan anlaşılması gereken bir davranışın suç oluşturabilmesi için bulunması gereken tüm unsurlardır. Ceza hukukunda fiili hatanın varlığı için, failin bu unsurların en azından birinde hataya düşmesi gerekmektedir.⁶¹

Fiili hatada fail, hukuki hatadan farklı olarak gerçekleştirdiği fiilin bir ceza normu ile suç olarak düzenlenip düzenlenmediği hususunda değil, suçun maddiyatına

⁵⁹ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 437; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 268-269.

⁶⁰ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 24.

⁶¹ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2021, age s. 427; Olgun DEĞİRMENCİ 2014, agm s. 148-149.

ilişkin hususlarda hataya düşmektedir. Diğer bir anlatımla, fail, ceza normuyla yasaklanandan farklı bir fiili gerçekleştirdiğini düşünmektedir.⁶²

Suçun bir başka kurucu unsuru ise manevi unsurdur. Manevi unsur kusurluluk olmakla birlikte, kast ve taksir şeklinde ortaya çıkar. Yani, bir fiilin suç olabilmesi için maddi unsurun kaynağını oluşturan iradenin kusurlu olması gerekir. Ceza hukukunda genel kural sorumluluğun kaynağının kast olmasıdır. Kasıt kusurlu iradenin gerçek şeklidir.⁶³ 5237 sayılı TCK'nin 21'inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde kastın tanımı yapılmıştır. Düzenlemede yapılan tanıma göre "*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*" Kastta, fail hem hareketi hem de hareketin doğuracağı neticeyi bilmekte ve neticenin gerçekleşmesini istemektedir. Dolayısıyla kastın varlığı için iki unsurun arandığı açıktır. Bunlar bilerek ve istenerek kanuna karşı gelinmesidir.⁶⁴

Kusurluluğa şeklini veren istemektir. İstem anından itibaren kusurluluk vardır. Failin neticenin gerçekleşmesini istemesi yeterlidir. Kusurun varlığı için mutlaka neticenin gerçekleşmesi gerekmemektedir. İstem, dış dünyada failin zihninde düşündüğü hareketin dışı vurumu ile sonuç doğurur. Bu itibarla, failin neticeyi meydana getirebilecek ve kanuni tarifte yer alan olguyu gerçekleştirmeye başladığı anda istemin ve dolayısıyla kastının var olduğu kabul edilir.⁶⁵

Kastın diğer unsuru ise bilmektir. Bir suçu diğer suçlardan ayıran, ona özelliğini veren suçun maddi unsurudur. Dolayısıyla, kastla hareket edilebilmesi için, suçu diğer suçlardan ayıran, ona özelliğini veren bu unsurların fail tarafından bilinmesi gerekir. Fail tarafından bilinmesi gereken unsurlar, kanunda yer alan her bir suç tanımına göre farklılaşan ayrı maddi unsurlara göre belirlenecektir. Fail, kanunda tanımlanan suçu işlemeye yönelik gerçekleştireceği davranışı önce zihninde düşünecek ve daha sonra tanımda yer alan olguyu gerçekleştirmeye başlayacaktır. Bir istemle birlikte kanunda yapılan tarifte yer alan maddi unsurları gerçekleştirmeye başlayan failin bilgisizliğinden bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü ancak bilen irade bir şeyi isteyebilecektir. Bu nedenle kastta bilme unsuru her zaman isteme unsurundan önce gelir.⁶⁶

⁶² Berrin AKBULUT 2019, age s. 422.

⁶³ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 434.

⁶⁴ Berrin AKBULUT 2019, age s. 397; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 154.

⁶⁵ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 218; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 434.

⁶⁶ age s. 439; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 223; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 39.

Hukuki hatada fail, istediği bir sonucu gerçekleştirmek adına bilerek ve isteyerek hareket etmekte; ancak gerçekleştirilen davranışın ve sonucun bir ceza normu ile yasaklandığını bilmemektedir. Ancak bu bilmeme ceza siyaseti açısından mazeret olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla hukuki hatanın kastın varlığına bir etkisi bulunmamaktadır.⁶⁷

Fiili hatada ise fail bilerek gerçekleştirdiği bir davranışın kanunda tarifli fiilden farklı olduğu inancıyla hareket etmektedir. Fail, kanunda belirtilen maddi unsuru gerçekleştirmeyi istememektedir. Kusurluluğa şeklini veren istem olduğuna gore, kanunda belirtilenden farklı bir fiili işlemek isteyen failin fiili hatası nedeniyle istemeden kanunda tanımlanan fiili işlemesi durumunda kastın varlığından söz edilemeyecektir.⁶⁸

Fiili hata 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Düzenlemeye gore “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*” Bu itibarla, failin kusuru olmaksızın fiili hataya düşmesi cezalandırılmasına engel olacaktır. Yani failin hatadan kaçınabilme imkânı yoksa, diğer bir deyişle fail her türlü dikkat ve özeni göstermiş ancak buna rağmen hataya düşmesini nleyememişse cezalandırılmayacaktır. Bu hataya esaslı hata adı verilir. Buna karşılık, düşülmemesi mümkün olan bir hatada failin kusurlu olduğu kabul edilecektir. Ancak burada fail tarafından gerekli dikkat ve zen gösterilmemesi nedeniyle hataya düşüldüğünden, bu gibi hallerde olması gereken kasıtlı sorumluluk değil, taksirli sorumluluktur. Nitekim, kaçınılabilir hata olarak da adlandırılabilir bu tür hatada failin kusurluluğu yine etkilenmektedir.⁶⁹ Buna göre, hataya düşülmesinde failin dikkat ve özensizliği varsa ve işlenen fiilin taksirli şekli de suç olarak öngörülmüşse, taksirli sorumluluk söz konusu olacaktır. 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin birinci fıkrasının ikinci cmleri bu hususu düzenlemektedir.⁷⁰

⁶⁷ age s. 25; Mustafa ÖZEN (2019), *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 524.

⁶⁸ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 25; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 464.

⁶⁹ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 340-341.

⁷⁰ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 464; Timur DEMİRBAş (2018), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 428.

1.3.3.2. Tipiklikte Hata

Tipiklik, davranışın ceza normunda yapılan tarife uygun olmasıdır. 5237 sayılı TCK'nin 2'nci maddesinde “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz.*” düzenlemesi yer almaktadır. Bu itibarla suçun bütün unsurlarını taşısa bile gerçekleştirilen davranış, ceza normunda belirtilen soyut tanım içine giriyorsa cezalandırılacak, aksi halde suçun varlığından bahsedilemeyecektir.⁷¹ O halde, bir davranışın suç teşkil edip etmediğini tespit edebilmek için öncelikli olarak yapılması gereken, bu davranışın yasadaki suç tiplerinden birine uyup uymadığını araştırmak olacaktır. Davranış ile suç tipi arasında uyumun yanında suça ilişkin diğer unsurlar da varsa soruşturma ve kovuşturma neticesinde fail cezalandırılacak, ancak somut olaya uyarlanacak herhangi bir ceza normu yoksa cezai takibat yapılmayacaktır.⁷²

Tipiklik objektif ve sübjektif unsurlardan oluşmaktadır. Tipikliğin objektif unsurları fiilin dış görünüş biçimini belirleyen durumlardır. Bunlar suçun aktif süjesi olan fail, suçun pasif süjesi olan mağdur, suçun hukuki konusu, hareket, netice, hareket ile netice arasındaki nedensellik bağıdır. Tipikliğin objektif unsurlarından gözle görülür, elle tutulur, dış dünyada tanımlanabilen unsurlara deskriptif (tanımlayıcı) unsurlar, bunun yanında hukuksal bir değerlendirmeyi gerektiren unsurlar normatif unsurlar olarak adlandırılır. Tipikliğin sübjektif unsuru ise düşünce dünyasındaki olay ve olgulardır.⁷³ Bu unsurlardan en azından biri bakımından hata eden fail tipiklikte hataya düşmüş olacaktır.

Yine, davranış ile suç arasında meydana gelen uyumsuzluk bazı durumlarda failin tipikliğe ilişkin sübjektif kanısı ile gerçek durum arasında farklılıktan kaynaklanabilecektir. Öncelikle, fail yasada tanımlanan tipe uygun davranışı gerçekleştirmek kastıyla hareket ettiği halde, davranış yasada tanımlanan tipe uymayabilecektir. Diğer bir ifadeyle, fail tarafından tipe uygun eylemin gerçekleştirildiği düşünülmesine rağmen, davranış kanunda suç olarak tanımlanmamış olabilecektir. Buna “*sözde suç*” adı verilmektedir. Sözde suç bazı durumlarda hukuki hatadan kaynaklanabileceği gibi fiili hatadan da kaynaklanabilecektir. Birinci duruma

⁷¹ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 239; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 223.

⁷² Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR (2021), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 291; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 106-107.

⁷³ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM (2007), *Ceza Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve mala karşı suçlar)*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 68 vd.; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2021, age s. 296.

örnek, günümüzde evlilik dışı bir kadınla cinsel ilişkiye giren bir adamın zina suçunu işlediğini düşünmesi; ikincisine ise zinanın suç olarak düzenlendiği 765 sayılı TCK yürürlükte iken, evli bir kadınla cinsel ilişkiye girdiğini sanan adamın aslında karanlıkta kendi karısı ile cinsel ilişkiye girerek zina suçunu işlediğini düşünmesi örnek olarak gösterilebilecektir. İster hukuki ister fiili hatadan kaynaklansın sözde suçun cezalandırılması hem 765 sayılı TCK’de hem de 5237 sayılı TCK’de düzenlenmemiştir.⁷⁴

Diğer taraftan, şahıs bazen tipe uygun bir davranışta bulunduğu halde bunun, ceza kanununda suç olarak tanımlanmadığını düşünebilir. Yani davranışının suç teşkil ettiğini bilmeyebilir. Bu takdirde her ne kadar eylem tipe uygun olsa da failin kastı bulunmamaktadır. Bu durumda sorun hukuki hataya ilişkin aşağıda yapacağımız açıklamalara göre çözüme kavuşturulacaktır.⁷⁵

1.3.3.3. Fiili Hata ve Tipiklikte Hata Ayrımı

Tipiklik, failin fiilinin kanunda yapılan tanıma uymasıdır. Tipikliğin gerçekleşmiş olması için iki şartın bulunması gerekir. Bunlar fail tarafından gerçekleştirilen fiilin bir ceza normunda önceden tanımlanmış olması ve failin fiilinin ceza normundaki tanıma uygun olmasıdır. Buna göre, failin davranışı suç tipinde belirtilen maddi unsur iradi olarak ihlal ettiği zaman tipiklik gerçekleşmiş olmaktadır.⁷⁶

Tipiklikte hata, kastta bilme unsurunun aksi yönünü oluşturur. Kastın varlığı için failin tipikliğin tanımlayıcı ve normatif unsurlarını bilmesi gerekir. Tanımlayıcı unsurlar bakımından kastın varlığı için bu unsurların doğal anlamlarının bilinmesi yeterlidir. Tipikliğin normatif unsurları bakımından kastın varlığı ise failin normatif unsurlar içerisinde yer alan olguların yanı sıra ayrıca bunun içeriğini de bilmesini gerektirir.⁷⁷ Failin tanımlayıcı ve normatif unsurlara ilişkin bilgisizliği durumunda tipiklikte hata söz konusu olur.⁷⁸

Fiili hatada ise fail bilerek gerçekleştirdiği bir davranışın kanunda tarifli yapılan fiilden farklı olduğu inancıyla hareket etmektedir. Fiili hatada fail, suç sayılan tipik fiilin neden ibaret olduğunu bilmekte, ancak yasaklanandan farklı bir fiili

⁷⁴ Uğur ALACAKAPTAN (1975), *Suçun Unsurları*, Sevinç Matbaası, Ankara, s. 30.

⁷⁵ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 223.

⁷⁶ age s. 223.

⁷⁷ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2007, age s. 71-72.

⁷⁸ age s. 465-466.

gerçekleştirdiğini dűřünmekte olduğundan, tipiklikte hata ile fiili hata kavramları aslında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlara ilişkin olsa da mahiyetleri itibariyle birbirinden ayrılmaktadır.⁷⁹



⁷⁹ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 26.

BÖLÜM II

HUKUKİ HATA

2.1. HUKUKİ BİLMEME VE HATA

Hukuki hata, failin bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği bir fiilin, ceza normu ile tanımlanan bir suç olduğunu bilmemesi veya bir ceza normunu yanlış yorumlayarak suç teşkil etmediği düşüncesiyle gerçekleştirdiği bir davranışın aslında suç olması durumudur. Görüldüğü üzere hukuki hatayı doğuran iki neden bulunmaktadır. Bunlar ceza normunun bilinmemesi veya yorum hatasına düşülmesidir.⁸⁰

Bir kişinin davranışının suç teşkil edebilmesi için davranışının aynı zamanda kusurlu olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. 1930 tarihli İCK hakkındaki Bakanlık raporunda bu husus şu şekilde ifade edilmiştir:

“İllyet bağının varlığının saptandığı her halde sonuçtan sorumlu olunmaz; zira ceza sorumluluğu, somut olaylara uygun suç tipleri ile ilgili olarak, maddi unsurdan başka psikolojik unsuru da gerektirir.”⁸¹

Buna göre, suçun varlığının bağlı olduğu zararlı ve tehlikeli sonuç kusurlu davranış veya ihmal ile meydana gelmişse faile ceza verilebilir. Hiç kimse bilerek ve isteyerek gerçekleştirmediği bir davranış nedeniyle, kanunda suç olarak tanımlanmış olsa bile cezalandırılmaz. Yani bilmeden işlenen suçta failin kanuna aykırı davranışı hukuk düzeni bakımından anti-sosyal olarak kabul edilmeyecektir.⁸²

Bu yönüyle, ceza hukukunda bilmeme ve hata, ceza sorumluluğunun iradeye dayanır şekilde anlaşılması ile yakından ilgilidir. Ceza hukuku her türlü bilmeme ve hata ile ilgilenmemektedir. Ceza hukukunun konusuna giren bilmeme ve hata failin iradesi üzerinde etki doğuran bilmeme ve hatadır. Çünkü bilmeme ve hata iradenin fiile bağlanmasına engel olarak kastın bulunmaması sonucunu doğuracaktır.⁸³

⁸⁰ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 223; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 467; Devrim GÜNGÖR (2007), Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 69, s. 135-136.

⁸¹ Yüksel ERSOY 1967, agm s. 251.

⁸² Doğan SOYASLAN 2020, age s. 427-428; Berrin AKBULUT 2019, age s. 540.

⁸³ Yüksel ERSOY 1967, agm s. 252.

İradenin oluşum sürecine etki eden bilmeme ve hata, ceza hukukunun konusunu teşkil ettiğine göre, bunları suç genel teorisi içerisinde suçun manevi unsuru ile ilişkili saymak gerekecektir. Bu durumda, irade gerçeğin farklı algılanmasının sonucu olarak kusuru ortaya çıkarmaktadır. Ancak hata, kusurlu iradenin icraya dönüşmesi sırasında suçun icra sürecine de etki edebilecektir.⁸⁴

Pozitif hukukta, genel olarak hukuki bilmeme ve hata mazeret sebebi olarak kabul edilmemektedir. Bu sebeple, salt bir kuralın varlığı ile kapsamı konusundaki bilmeme veya yanlış yorumlama, fiil ile sonuç arasındaki psikolojik bağı ortadan kaldırmamaktadır. Aksi takdirde, kanunu bilmediğini veya hukuki hataya düşüğünü iddia eden herkesin cezadan kurtulması doğal olacaktır.⁸⁵

Türk Ceza Kanunu uyarınca suçun oluşması kastın varlığına bağlı bulunmaktadır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Taksir ise kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılmaktadır. Failin, kanunun suç saydığı bir sonucu bilmesi, istemesi ve bu sonucu gerçekleştirmek amacıyla bir fiilde bulunması kastın varlığı için yeterlidir. Ayrıca istenen sonucun kanuna ya da hukuka aykırı olduğunu bilmek gibi bir şart aranmamaktadır. Nitekim ceza kanununu bilmemenin mazeret kabul edilmemesi böyle bir araştırmayı gerek görmemektedir.⁸⁶

Kastı açıklayan görüşleri tasavvur teorisi, irade teorisi ve bilinç teorisi şeklinde üçe ayırmak mümkündür. Tasavvur teorisine göre, kanunun suç saydığı sonucun tasavvur edilmiş olması, suçun kasten işlenmiş olması bakımından yeterli olacaktır. Başka bir ifadeyle, fail gerçekleştirdiği davranış sonucunda ortaya çıkan sonucu öngörmüş ise sonuçtan kasten sorumlu olacaktır. Ancak, söz konusu teori failin kusurluluğunun derecesini belirlerken taksirli sorumluluk halini ayırt etmede karıştırılmaya oldukça müsait olup, salt bu teoriye göre kastın varlığının belirlenmesi failin sorumluluğunu oldukça genişletecektir.⁸⁷

İrade teorisi ise kastın varlığı bakımından sonucun istenmiş, failin iradesinin belirli bir sonuca yönelmiş olmasını aramaktadır. Bu teoriye göre, irade edilmemiş

⁸⁴ Francesco ANTOLISEI (1963), *Manuale di Diritto Penale*, Milano, PG, s. 305, Akt. Zeki HAFIZOĞULLARI (1973), "Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, Ellinci Yıl Armağanı, Ankara, s. 195.

⁸⁵ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 468.

⁸⁶ Uğur ALACAKAPTAN 1975, age s. 154; Berrin AKBULUT 2019, age s. 400; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 166.

⁸⁷ Uğur ALACAKAPTAN 1975, age s. 153; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 367-368; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 219 vd.

sonuçlar bakımından kişi kasten sorumlu tutulamayacaktır.⁸⁸ Kanaatimizce bu teori de kişinin ceza sorumluluğunu tasarım teorisinin aksine, oldukça daraltacaktır.⁸⁹ Failin bir terör eylemi kapsamında, anayasal düzeni yıkmak amacıyla şehrin meydanına bomba koyması durumunda, iradesi anayasal düzeni yıkmak olduğu için bombanın patlaması sonucu meydana gelen ölümler nedeniyle sorumlu tutulmaması sonucu ortaya çıkabilecektir. Kaldı ki, failin şehir meydanına bomba koyarak meydana gelebilecek ölümleri de öngörmüş olması kaçınılmazdır. Olası kast da kastın bir türü olduğuna göre, olası kasttan sorumluluğu bertaraf eden bu teorinin de tek başına kabul edilebilir olmadığı değerlendirilmektedir.

Son teori olan bilinç teorisi ise kastı iki unsurla birlikte ele almaktadır. Teoriye göre, kastın varlığı için bilinçli bir tasavvur ve bunu gerçekleştirmeye yönelik irade olması gerekmektedir. Nitekim, hukuki bilmeme ve hatanın failin kusurluluğunu ortadan kaldıracı etkisi dikkate alındığında, aşağıda yapılan açıklamalarımız da bu teori üzerine şekillenecektir.⁹⁰

Aşağıda kanunun bilinmemesi ve yanlış yorumlanarak hukuki hataya düşülmesi ele alınacaktır. Genel olarak “*bilmeme*” kavramı üzerinde birinci bölümde durulduğu için burada daha çok hukuki bilmemenin ne olduğu açıklanmaya çalışılacaktır.

2.1.1. Hukuki Bilmeme

Hukuki bilmeme, hukukun ortaya koyduğu bilginin mutlak olarak eksikliğidir.⁹¹ Bilmeme herhangi bir bilginin mutlak olarak eksikliği olduğundan, yapısı gereği olumsuz bir durumu işaret eder. Ceza hukuku ise yalnız müspet durumla ilgilenir.⁹² Yani bir olayın ceza hukukuna konu olabilmesi için ortada bir davranış ve bu davranışın ortaya çıkardığı anti-sosyal bir sonucun olması gerekir. Dolayısıyla, hukuki bilmemenin ceza hukukunun konusu olabilmesi için failin bir davranışta bulunması, bu davranışının kanunda suç olarak düzenlenmesi ancak fail tarafından davranışının kanunda suç olarak düzenlendiğinin bilinmemesi, failin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunun bilincinde olmaması gerekir.⁹³

⁸⁸ Uğur ALACAKAPTAN 1975, age s. 154; Cengiz APAYDIN (2018), *Ceza Hukukunda Kusurluluk*, Seçkin Hukuk, Ankara, s. 158.

⁸⁹ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 367-368.

⁹⁰ Uğur ALACAKAPTAN 1975, age s. 154.

⁹¹ Zeki HAFIZOĞULLARI 1973, agm s. 195.

⁹² Doğan SOYASLAN 2020, age s. 466.

⁹³ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 436.

Hukuki bilmeme, ceza kanunlarında ceza kanununu veya ceza kanunu dışında kalan kanunları da kapsayan şekilde kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme Roma Hukukundan günümüze kadar varlığını korumuştur.⁹⁴

2.1.1.1. Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı

Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralı, 5237 sayılı TCK'nin 4'üncü maddesinde düzenlenmektedir. Düzenleme "*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*" şeklindedir. Buna göre, failin fiilini cezalandıran bir kanunun olduğunu bilmemesi cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Mazeret sebebi olarak kabul edilmeyen bilmeme, 5237 sayılı TCK'de lafzen ceza kanunlarıyla sınırlandırılmıştır. Kuralın düzenleniş biçimi açısından 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK arasında farklılık bulunmaktadır. Kural 765 sayılı TCK'nin 44'üncü maddesinde "*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*" şeklinde düzenlenmiştir. Her iki düzenlemeye bakıldığında 765 sayılı TCK'de tüm kanunları bilmemek mazeret olarak kabul edilmezken, 5237 sayılı TCK'de ceza kanunlarının bilinmemesi mazeret olarak kabul edilmiştir.⁹⁵

Kanunda bu yönde bir ayrıma gidilmesinin nedeninin, ceza normlarına ceza normları dışında kalan normlar bakımından bir üstünlük tanınması olmadığı değerlendirilmektedir. Genel anlamda kanunları bilmemek mazeret olarak kabul edilmemelidir. Bir kanun hükmü, o hükmü bilmeyen şahsa dahi uygulanmalıdır. Diğer taraftan, bir davranışın suç olarak kabul edilebilmesi için failin o kanun hükmünü bilmesi de gerekmemektedir. 5237 sayılı TCK'nin 4'üncü maddesinde yer alan düzenlemeden, ceza kanunları dışında kalan kanunları bilmemenin mazeret sayılabileceği şeklinde bir anlam ortaya çıksa da kanun koyucunun amacının, önlenemez bilgisizlik nedeniyle bir ceza normunu ihlal eden şahsın bilgisizliğinin kusurluluğuna olan etkisini göz önünde bulundurmak olduğu değerlendirilmektedir. 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesine daha sonra ilave edilen dördüncü fıkra ile birlikte değerlendirildiğinde, siyasi bir tercihin sonucu olarak, katı şekilde uygulanmasının önüne geçmek adına belli şartlar altında haksızlık bilincinin

⁹⁴ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 468; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 436.

⁹⁵ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 146.

bulunmaması durumunda ilkenin ceza adaletine uygun olarak yumuşatılarak uygulanması ihtiyacından doğduğu mütalaa edilmektedir.⁹⁶

Ayrıca kuralın düzenlendiği yer bakımından da her iki kanunda farklılık bulunmaktadır. “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*” kuralı 765 sayılı TCK’de “*Ceza, Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler*” başlıklı Dördüncü Bapta yer almakta iken 5237 sayılı TCK’de genel hükümlerde düzenlenmiştir. Yapılan değişikliklerle her ne kadar ceza kanununun uygulaması bakımından kurala temel veya kurucu hüküm niteliği kazandırılmaya çalışılsa da hükmün düzenlendiği yerin kuralın mahiyet ve kapsamını belirlemede önem teşkil etmediği değerlendirilmektedir. Bu nedenle, kural Kanunun hangi kısmında yer alırsa alsın, suçun manevi unsuru ile doğrudan ilişkilidir.⁹⁷

Kuralın kökenine inildiğinde aslında iki olguyu barındırdığı görülecektir. Roma Hukukunda bilmeme (ignorantia) ile hukuki hata (error iuris) deyimleri birlikte kullanılmıştır. Sonuçları bakımından incelendiğinde, bilmeme ile hukuki hata arasında herhangi bir niteliksel farkın olmadığı saptanabilecektir. Çünkü hatada sonuç itibariyle bir bilmeme durumu söz konusudur. Nitekim bir düzenlemenin bütün unsurlarının bilinmesi durumunda hukuki hata söz konusu olmaz. Ancak bu unsurlardan bir veya birkaçının bilinmemesi veya yanlış yorumlanması hukuki hatayı meydana getirecektir. Dolayısıyla, her hata aynı zamanda hukuk kurallarının bilinmemesini de kapsamaktadır.⁹⁸

Öğretide bilmemenin yukarıda belirtilen Latince karşılıklarının meydana getirdiği sonuçlar bakımından inceleme yapılarak, kural “*Hukuki hata mazeret sayılmaz.*” ve “*Hukuki bilmeme mazeret sayılmaz.*” şeklinde ikiye ayrılmıştır. Bu haliyle bakıldığında, “*Hukuki hata mazeret sayılmaz.*” kuralı kusur sorununa, “*Hukuki bilmeme mazeret sayılmaz.*” kuralı ise bir karineye işaret etmektedir.⁹⁹

2.1.1.1.1. Kural Hakkında İleri Sürülen Düşünceler ve Eleştiriler

Öğretide kural ile ilgili olarak aksi ispatlanamayan bir karine teşkil ettiği¹⁰⁰ veya kanunun muhatabı olan kişilere onu öğrenme görevi yüklediği, kanunun

⁹⁶ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 469-470.

⁹⁷ Zeki HAFIZOĞULLARI 1973, agm s. 196; Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 148.

⁹⁸ Imre SZABO (1969), “Kimsenin Kanunu Bilmediği Kabul Olunamaz Kuralının Günümüzdeki Yeri”, Çev: Asis. Köksal Bayraktar, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yeni Seri III, s. 273.

⁹⁹ agm s. 272.

¹⁰⁰ Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 307, Akt. Zeki HAFIZOĞULLARI 1973, agm s. 197.

bilinmesinin mutlak surette imkânsız olduğu hallerde bilmemenin mazeret sayılması gerektiği¹⁰¹ yahut kanunun uygulanmasının zorunluluk olduğundan böyle bir kurala yer verildiği şeklinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.¹⁰²

2.1.1.1.1. Ödev Teorisi

Ödev teorisine göre, devlet ülkesinde bulunanlara ve yabancı ülkede bulunan vatandaşlarına fiili ve hukuki himaye sağlamaktadır. Buna karşılık bireylerin de devlete karşı bir ödevi bulunmaktadır. Bu ödevlerden bir tanesi kanunu bilmek ve bu kanunlara uygun davranmaktır. Ayrıca kanunların yayımlanıp ilan edilmesi dikkate alındığında, devlet kanunların öğrenilmesi ve bilinmesini yükümlü kılmaktadır. Bu görüşü savunanlar “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*” kuralını ödev teorisi kapsamında açıklamaya çalışmışlardır.¹⁰³ Ancak ödev teorisini savunanlara göre, kanunların bilinmesi ve öğrenilmesi zorunluluğu mutlak değildir. Bireyin görevini yapmamasından sorumlu tutulabilmesi için görevini yerine getirmek imkanına sahip olması gerekmektedir. Kanunu öğrenmenin kesin şekilde imkânsız olması durumunda ya da bir başka deyişle kanunu bilmek mecburiyetini yerine getirmek imkanını vermeyen mücbir sebepler mevcut olduğu takdirde, böyle bir ödevin varlığından bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Uzun ve ağır bir hastalık yahut kanunun yayımlandığı esnada ülkede beliren genel bir felaket gibi mücbir sebep hallerinde birey, kanuna karşı kusurlu bir davranış gerçekleştirmemiş, toplum disiplinine aykırı bir davranışta bulunmamış sayılacaktır.¹⁰⁴ İmkansızlığın mevcut olduğu durumlarda yabancı bir ülkede olan Türk vatandaşının ya da Türkiye’de bulunan bir yabancıнын kanunu bilme ödevini yerine getirmemesi durumunda da bireyin mazeretinden yararlanması uygun olacaktır.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 117 E., 106 K. sayılı 10.10.1942 tarihli kararında,

“İktisadi mahiyette bulunan bu suçun henüz Türkçeyi bilmeyen ve konuşamayan bir şahsın memnuiyetini bilmemesi sebebiyle suça iştiraki de mevzu bahis olamaz.”

¹⁰¹ Vincenzo MANZINI (1961), *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Vol. 2, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, s. 29, Akt. Zeki HAFIZOĞULLARI 1973, agm s. 195.

¹⁰² Raul Alberto FROSALI (1958), *Sistema Penale Italiano*, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1958, § 49, Akt. Zeki HAFIZOĞULLARI 1973, agm s. 197.

¹⁰³ Zeki HAFIZOĞULLARI (2008), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2008, s. 297.; Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 136.

¹⁰⁴ Faruk EREM 1958, age s. 32.

şeklinde hüküm tesis edilerek, Türk mevzuatı hakkında bilgi sahibi olma şansını henüz yakalayamamış yabancı kanunu bilmemesi mazeret olarak kabul edilmiştir. Yargıtay açıkça zorunluluğun bilinmemesi ifadesini kullanmış ve somut olayda ileriki bölümlerde açıklanmaya çalışılacak olan haksızlık bilinci bulunmamasını kasta etki eden bir sebep olarak değerlendirmiştir. Anılan kararda haksızlık bilincinin yokluğunun yanı sıra şahsın yabancı olması ve Türkçe bilmemesi de kaçınılmaz hata kapsamında değerlendirilmiş ve kaçınılmazlık bağlamında belirli kıstaslar değerlendirilmeye çalışılmıştır.¹⁰⁵

Ödev teorisini savunanlara karşı birtakım eleştiriler getirilmiştir. Getirilen eleştiriler, kanunu bilmemenin aslında bir yaptırım olmadığı, yaptırım olmadığı için yerine getirilmesi zorunlu bir hukuki ödev veya yükümlülüğün de bahsedilemeyeceği çerçevesinde toplanmıştır.¹⁰⁶

Örneğin MANZINI'ye göre, belirli bir yerde yaşayan kişi kanunların koyduğu sınırları ve şartları da bilmek zorundadır. Eğer bu yükümlülüğünü yerine getirmezse, bilgisizliğinden doğan cezalandırılma tehlikesini kabul etmiş olacak, kendi bilgisizliğini mazeret olarak ileri süremeyecektir. Kanunların bilinmesi bir ödev olsaydı, bu ödevin yerine getirilmemesinin de bir müeyyidesinin olması gerekirdi. Yerine getirilmesi gerekmeyen bir hukuki ödev veya yükümlülüğün de bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla kanunların bilinmesi şeklinde bir ödev, kanunların bilindiği varsayımına dayanmaktadır. Ayrıca her yükümlülük, onu yerine getirme olasılığı bulunduğu koşullar altında geçerli olacaktır.¹⁰⁷

Kanaatimizce, bugün yürürlükte çok sayıda kanun olması, bunların koyduğu sınırların ve şartların bireyler tarafından eksiksiz bilinmesinin önüne geçecektir. Kanunların herkes tarafından bilindiğini varsaymak ihtimalden uzaktır. Bu itibarla, bunların tamamının bilinmesi gibi bir ödevin varlığından bahsedilmesi de inandırıcılıktan uzak olacaktır. Yine bir kanun hükmü tarafından, kişilere yerine getirmeleri neredeyse imkânsız bir ödev yüklenmesi o kanun hükmünün inandırıcılığı ve bağlayıcılığını da sorgulamamıza neden olacaktır.

Ayrıca yine devletin böyle bir ödev yükleyebilmesi için öncelikle kendisine yüklenen görevleri de yerine getirmesi gerekmektedir. Örneğin, her toplumda okur

¹⁰⁵ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 169-170.

¹⁰⁶ Sesim SOYER GÜLEÇ 2008, agm s. 67; Nurcan GÜNDÜZ (2015), "Türk Ceza Hukukunda Hukuki Hata", *İçinde* Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'ya Armağan, C. I, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, Ankara, s. 499.

¹⁰⁷ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 263-264.

yazar olmayan bireyler bulunmaktadır. Devlet önce kendi üzerine düşen görevi yerine getirecek, tüm bireylere okuma yazma öğretecek, ondan sonra bireylerden kanunları öğrenme ödevini yerine getirmesini bekleyecektir. Ancak okur - yazar olan birey, ödevlerini ve kanunları öğrenebilecektir.¹⁰⁸ Kanaatimizce Ülkemiz gibi sosyo-kültürel açıdan ve eğitim alanında henüz gelişmekte olan ülkelerde, bir de vatandaşın tüm kanunları öğrenme ödevinin olduğundan bahsedilmesi, devletin bireylerden yerine getirmesini beklediği ödevler ile bu ödevler karşılığında bireylere sunduğu imkanlar arasında dengesizliğe yol açacaktır.

Okur – yazar olmama durumunu, mazeret sebebi saymayan görüşler de bulunmaktadır. MANZINI okur – yazar olmayan veya yasanın yayımlandığı tarihte askerlik görevini yerine getiren kişilerin kanunu bilmeme mazeretinden faydalanamayacaklarını, sayılan durumların kanunun öğrenilmesini mutlak anlamda imkânsız hale getirmediğini ileri sürmektedir.¹⁰⁹

Diğer taraftan, ülkemizi ziyaret eden ve kısa süre ile kalacak bir turist kanunda suç olarak tanımlanan bir davranışı gerçekleştirmesi durumunda yargı makamlarınca soruşturulacağı ve kovuşturulacağı açıktır. Kaldı ki turist olması kanunu bilmediğini ileri sürerek cezalandırılmaktan kurtulmasına imkân tanımayacaktır. Farklı ülkeyi ziyaret eden yabancının, o ülkenin tüm kanunlarını bildiğinden veya böyle bir ödevi olduğundan bahsetmek olanaksızdır. Kanunları bilme ödevinin yalnızca yurttaşlar bakımından geçerli olduğunun kabulü halinde ise suç işleyen yabancının anti-sosyal davranışı suç olsa bile cezalandırılmamasına neden olacaktır ki bu da kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Bu itibarla, kuralın ödev teorisi ile açıklanmaya çalışılması yerinde bir yaklaşım olmamıştır.¹¹⁰

Yine öğretide, mutlak bilme mecburiyetinin kanunların uygulanması siyasetinin bir gereği olduğu, ancak bu mecburiyetin bazı durumlarda adalet duygusunu zedeleyeceği de ifade edilmiştir.¹¹¹ MANZINI de bu konuda bir mecburiyetin geçerli sayılabilmesi için o mecburiyetin mutlaka ifasının mümkün olmasına vurgu yapmıştır. Dolayısıyla, kanunu bilmenin mutlak imkânsız olduğu durumlarda, mazeret sayılması mümkün olmalıdır. Örneğin, ülkenin belirli bölümünün işgale uğraması ve bu süreçte o bölgedeki kişilerin ülkedeki yasalardan

¹⁰⁸ Sahir ERMAN 1946, agm s. 520.

¹⁰⁹ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 144.

¹¹⁰ Nurcan GÜNDÜZ 2015, agm s. 500.

¹¹¹ Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 307, *Akt.* Zeki HAFIZOĞULLARI 1973, agm s. 197.

haberdar olmaması durumunda, bireyin kanunu bilmemesi mazeret olarak kabul edilmelidir.¹¹²

Kanunu bilmemenin yaptırımını olmadığı gerekçesiyle, yerine getirilmesi zorunlu bir ödev veya yükümlülüğün bahsedilemeyeceği gerekçesiyle teorinin eleştirilmesine katılmamız da mümkün değildir. Kanaatimizce, bir an için kanunların bilinmesini ödev olarak kabul edecek olursak, ödevin yerine getirilmemesinin bir yaptırımını bulunmaktadır. Bu yaptırım da bunun mazeret olarak ileri sürülebilmesi olacaktır. Kanunu bilmediğini ileri süremeyen fail, işlediği fiilin yaptırımını ile karşı karşıya kalacaktır. Dolayısıyla, kanunu bilmenin ödev olarak kabul edilebilmesi için bilmemenin de ayrıca yaptırıma bağlanması gibi bir zorunluluğun bulunmadığı değerlendirilmektedir.

2.1.1.1.2. Faraziye Teorisi

Öğretide kuralı açıklamaya çalışan ikinci teori faraziye teorisidir. Teori, kanunun herkes tarafından bilindiği var sayımına dayanmaktadır. Yani herkesin kanunu bildiği farz edilmektedir. Bu varsayım kanunidir. Kanuni olduğu için aksi ispat edilemez. İnsanlar birbirleriyle sürekli bir ilişki içerisinde bulduklarından, hayat tecrübeleri onlara kanunları öğretmektedir.¹¹³

Mutlak bilme zorunluluğu kanunların uygulanması siyasetinin bir gereğidir. Yani sanıklara mevcut bir kanun hükmünü bilmediklerini ispat imkânı tanınması halinde adaletin sağlanması mümkün olmayacak, kanunların mutlak olarak uygulanması sağlanamayacaktır.¹¹⁴

Diğer taraftan, “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*” kuralının mutlak şekilde kabulü adalete uygun olmayan sonuçlara da neden olabilecektir.¹¹⁵ Yukarıda da açıklandığı üzere, bugün yürürlükte çok sayıda kanun olması, bunların sıklıkla değiştirilmesi, özellikle günümüzde kanun değişikliklerinin torba kanunlarla gerçekleştirilmesi ve değiştirilen hükümlerin takibinin zor olması, kanun değişikliklerinin aceleyle ve tartışılmasına fırsat kalmaksızın yapılması veya son anda verilen önergeler nedeniyle teknik hataların yapılması gibi nedenlerle kanun

¹¹² agm s. 197; Vincenzo MANZINI (1981), *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Unione Tipografica – Editrice Torinese, Torino, s. 32; Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 144.

¹¹³ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKÇEN ve Caner YENİDÜNYA (2002), *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 672; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 468.

¹¹⁴ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 264.

¹¹⁵ age s. 264.

metinlerinin yorumlanmasında güçlük yaşanmaktadır. Hatta bir konu üzerine farklı yargı kararlarının bulunması bile, işi kanunu uygulamak olan hakimlerin aynı madde hakkında farklı anlamlar çıkardıklarını göstermektedir. Böyle bir ortamda, kuralın istisnasız uygulanması, şahısları ciddi bir sorumluluk altına sokmaktadır.

Her ne kadar faraziye teorisinde “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*” kuralı kanunun herkes tarafından bilindiği varsayımına dayandırılrsa da bir diğer açıdan bakıldığında kanunun herkes tarafından bilindiği faraziyesine dayanılması, aslında kanunun herkes tarafından bilindiğini değil, bilinmesinin mümkün olmadığını kabul etmektedir. Bu nedenle, kanunda bu konuda açık bir düzenleme yapılması ve kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağını açıkça yazılması ihtiyacı hissedilmiştir.¹¹⁶

Faraziye teorisi de birtakım eleştirilere hedef olmuştur. Bu teoriyi eleştirenlere göre imkânsız olan bir şeyin varsayım olarak kabul edilmesi uygun olmamıştır. Kanunların herkes tarafından bilindiğini ortaya koymak imkansızdır. Bu itibarla, herkesin kanunu bildiği konusunda bir varsayım oluşturulması için kanunların tamamını bilenlerin büyük çoğunlukta olması gerekmektedir ki istisnalar göz ardı edilebilsin. Böyle bir çoğunluk tespiti yapılması olanaksızdır. Çoğunluğa ulaşılması olanaksızken böyle bir varsayımın ulaşılması da yine aynı şekilde olanaksız olacaktır.¹¹⁷

2.1.1.1.3. Karine Teorisi

“*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*” kuralının açıklanmasına yönelik kabul gören en yaygın görüş ise karine teorisi olmuştur. Bu teoriye göre kural, aksinin ispatına cevaz verilmeyen bir karinedir. Bu teoriyi savunanlara göre kanunların yayımlandıktan sonra herkesçe bilindiği kabul olunmaktadır.¹¹⁸

Aslında karine teorisi ile faraziye teorisinin çıkış noktası aynıdır. Her iki teoriyi savunanlar da ceza siyasetinden kaynaklanan gerekçelerle kuralı açıklamaya çalışmışlar, sanığın kanunu bilmediği savunmasında bulunarak ceza sorumluluğundan kaçabilmesinin önüne geçmek istemişlerdir. Aksi düşünüldüğü takdirde Ülkemiz gibi batı hukukunu iktibas etmiş olan ülkelerde ciddi sorunlar doğacağı açıktır.¹¹⁹

¹¹⁶ Faruk EREM 1958, age s. 31.

¹¹⁷ Nurcan GÜNDÜZ 2015, agm s. 499.

¹¹⁸ Faruk EREM 1958, age s. 31; Sahir ERMAN 1946, agm s. 518.

¹¹⁹ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 468.

Her karine gibi bu karinenin de aksini ispat etmek mümkündür. Ancak karinenin aksini ispat bazı durumlarla sınırlandırılmalıdır. Örneğin, kanunun cezalandırdığı fiil uzun zamandan beri suç olarak kabul edilmekteyse, kanunun bu hükmünün bilinmediği savunmasının kabul edilmemesi gerekir. Bu görüşten anlaşılacağı üzere, kural yalnızca doğal suçlar bakımından geçerli kabul edilmektedir. Buna karşılık yeni bir kanun o zamana kadar suç sayılmayan bir fiili cezalandırmışsa, bu kanunun bilinmediği savunmasının dikkate alınması gerekir.¹²⁰ Örneğin, KUNTER'e göre insan öldürme, hırsızlık gibi doğal olarak nitelendirilen suçlar açısından bilmeme mazeret olarak kabul edilmemeli, sonradan konulan suçlar açısından ise bilgisizlik, özellikle yabancılar açısından mazeret sayılabilmelidir.¹²¹ Bu görüşü savunanlara göre; doğal suçlarda, bütün insanlarda mevcut olan akıl, bir fiilin suç olup olmadığını anlayabilir ve bu durum, böyle bir suç işlendiğinde cezalandırmaya hak verir.¹²²

Kanaatimizce, ceza kanunlarının bilinmemesinin doğal suçlar ile sonradan konulan suçlar bakımından ayrı değerlendirmeye tabi tutulması ve doğal suçların herkes tarafından bilinmesi gerektiğinin ileri sürülmesi, karine teorisini savunanları faraziye teorisini savunanlara yaklaştırmaktadır. Çünkü doğal suçların herkes tarafından bilindiğinin kabulünde bir varsayımda bulunmaktadır.

Karine teorisi de eleştirilmiştir. Öncelikle karine, olayların büyük çoğunluğundan sonuçlara ve bu sonuçların doğruluğuna adeta bir ihtimalden yola çıkılarak, bilinenden bilinmeyene varmayı sağlayan dolaylı bir ispat faaliyetidir. Bu teoriyi eleştirenler günümüzde ceza kanunlarının sadece sayısı düşünüldüğünde dahi, bu tür bir karinenin konulmasının mümkün olmadığını ileri sürmüşlerdir.¹²³ Kanunlar artık o kadar sık değişmektedir ki belli bir hukukçu bile sürekli ve süratli değişimi izleyememektedir. Böyle bir karine geçmiş zaman toplumları bakımından kabul edilebilir görülse de günümüzde bunu kabul etmek artık olanaksız hale gelmiştir. Hatta normal olan ve genellikle karşılaşılan durum kanunların bilinmesi değil bilinmemesidir.¹²⁴ Bugün kuralın temelinin herkesin kanunu bildiği yönündeki bir karineye dayandırılması imkansızdır.¹²⁵ Kaldı ki kuralın aksi ispat edilebilir bir karine

¹²⁰ Sahir ERMAN 1946, agm s. 518.

¹²¹ Nurullah KUNTER (1955), *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 69, Akt. Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 431-432.

¹²² Sahir ERMAN 1946, agm s. 520-521; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 154.

¹²³ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 263; Faruk EREM 1958, age s. 31.

¹²⁴ Sahir ERMAN 1946, agm s. 518.

¹²⁵ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 468; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 263.

olduğunu düşünmek de devletin ve kamunun otoritesini zayıflatabilecektir.¹²⁶ Karinenin aksini ispat etmek oldukça kolay olduğu için ceza kanunlarında böyle bir karineye yer verilmesi adalet sistemini sorgulanır hale getirebilecektir.¹²⁷

Ayrıca, suç ceza normuna aykırı olan fiildir. Bu bakımdan fiilin doğal hukuka, ahlaka veya mantığa aykırı olması önem taşımamaktadır. Bir davranışın suç olup olmadığını anlamak için gerçekleştirilen davranışın kanunda suç olarak tanımlanıp tanımlanmadığına bakılmaktadır. Ne 765 sayılı TCK’de ne de 5237 sayılı TCK’de suçlar tasnif edilirken doğal hukuka atıf yapılmıştır.¹²⁸

Diğer taraftan, karine delil müessesesine ait bir olgudur. “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*” kuralının içeriği ise bir kanunun veya içeriğinin bilinip bilinmediğidir. Kural bir karine olarak kabul edilirse, aksinin ispatına imkân verilmediği ya da failin ispat imkansızlığı içinde bulunduğu durumlarda, maddi gerçeğe ulaşılması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla kuralın esasının bir bilgi karinesiyle açıklanması mümkün görülmemektedir.¹²⁹

2.1.1.1.2. Kuralın Mahiyetine İlişkin Değerlendirme

Yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı üzere, “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*” kuralını devlete karşı bir ödev olarak tanımlayan teoriye, kuralın herkes tarafından bilindiği varsayımına dayanan faraziye teorisine ve aksinin ispatına cevaz verilmeyen karine teorisine dayandırmak gerçeklikten uzaktır. Bugün için halen ceza kanunlarında kendisine yer bulan kuralın, siyasi bir yaklaşımın sonucu olduğu değerlendirilmektedir. Kural ile ceza kanunlarının otoritesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Kuralın amacı, sanıkların kanunu bilmediklerini iddia ederek cezadan kurtulmalarının önüne geçilmesi ve ceza adaletinin sağlanmasıdır.¹³⁰

Nitekim, kuralın siyasi bir ihtiyacın karşılığı olarak ceza kanunlarında yer bulmasının bir göstergesi de kuralın sert biçimde uygulanmasının ve kanunu bilmemenin mutlak biçimde mazeret kabul edilmemesinin, çoğu kez adalet duygusuyla çatışan neticelerin doğmasına neden olması nedeniyle zaman içinde birtakım yumuşama ve istisnalara gidilmesidir. Kuralın katılığını gidermek amacıyla, kanunun ilanında yapılan hata, ülkenin işgali, failin yabancı bir ülkede ikamet etmesi,

¹²⁶ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN ve Caner YENİDÜNYA 2002, age s. 673.

¹²⁷ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 143.

¹²⁸ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN ve Caner YENİDÜNYA 2002, age s. 674.

¹²⁹ Faruk EREM 1958, age s. 31.

¹³⁰ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 145.

kanunun resmi merciler önünde yanlış uygulanması, resmi mercilerin veya bir hukukçunun verdiği hatalı bilgilere güvenilerek hareket edilmesi, failin kendisini ilgilendiren veya bildiği yargı kararlarına göre hareket etmesi durumları bir mazeret sebebi olarak kabul edilmiştir.¹³¹

Kıta Avrupası'nda da kurala zaman içinde birtakım istisnalar getirildiği görülmektedir. 1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunu'nun "hukuki hata" başlıklı 20'nci maddesinde "haklı olarak hareket ettiğine dair yeter sebep mevcut olduğu kanaatiyle bir cinayet veya cünha işleyen kimse hakkında, hakim cezayı serbestçe azaltabilir." düzenlemesine yer verilmiştir. 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun 122-3'üncü maddesinde "hukuk üzerinde sakınma imkanına sahip bulunmadığı bir hataya kapılarak fiilinin meşru olduğuna inandığını ispatlayan kişi cezaen sorumlu olmaz." denilmektedir. 1975 tarihli Alman Ceza Kanunu'nun hukuki hatayı düzenleyen 17'nci maddesinde:

"Şayet fail fiilin icrası sırasında hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirdiği bilincine sahip değilse ve bu hatası kaçınılmaz ise kusursuz hareket etmektedir. Hatanın kaçınılabılır olması halinde cezadan indirim yapılır." hükmüne yer verilmiştir.¹³²

5237 sayılı TCK bakımından da durum aynıdır. 765 sayılı TCK'da "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz." şeklindeki kural, öncelikle 5237 sayılı TCK'ya "Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz." şeklinde alınmış, 5237 sayılı TCK'nin 4'üncü maddesinin ilk haline "Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz." hükmü getirilmiştir. Ancak Kanun'un yürürlüğe girmesinden kısa süre sonra yapılan değişiklikle 4'üncü maddenin ikinci fıkrası ilga edilerek Kanunun 30'uncu maddesine dördüncü fıkra olarak "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz." hükmü eklenmiştir.¹³³

Görüldüğü üzere 765 sayılı TCK'de kural aynen kabul edilmiş ve herhangi bir istisna tanınmamışken, 5237 sayılı TCK'de kural öncelikle ceza kanunları ile

¹³¹ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2021, age s. 665.

¹³² Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN ve Caner YENİDÜNYA 2002, age s. 676; Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 146.

¹³³ Esasında söz konusu değişiklik 5237 sayılı TCK henüz yürürlüğe girmeden gündeme gelmiş, ancak Kanun'un 4'üncü maddesinde yapılan değişikliği de ihtiva eden 5357 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tezinkonusu dışında bulunan 3 ve 29'uncu maddelerinin tekrar görüşülmesi için dönemin Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisine iade edilmiş, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda yapılan görüşmeler neticesinde 29.06.2005 tarihinde Kanun kabul edilmiş ve 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 08.07.2005 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

sınırlandırılmış; 30 uncu maddeye eklenen dördüncü fıkra ile işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağı düzenlenerek ikinci bir istisna tanınmıştır.

Kanaatimizce ceza kanunları dışında kalan kanunlardaki hata fiili hata kapsamında değerlendirilmiş, hukuki hatanın da 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrasının gerekçesinde de belirtildiği üzere kusur teorisi kapsamında değerlendirilerek kaçınılmaz olduğu takdirde kusurluluğu kaldıracağı kabul edilmiştir. Buna göre kaçınılmaz hukuki hatası nedeniyle işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hataya düşen kişinin hatası mazeret olarak kabul edilecektir.

Aslında Yargıtay tarafından da 765 sayılı TCK'nin yürürlükte olduğu dönemde bazı durumlarda kanunu bilmemek mazeret olarak kabul edilmiş, kural mutlak bir şekilde uygulanmamıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 1956/14 E. 1958/4 K. sayılı 28.05.1958 tarihli kararında,

“Kanunu uygulamakla görevlendirilmiş resmi makam veya memurların hata veya ihmalleri dolayısıyla hataya sevk edilmiş olmasından mütevellit bir durumda iş sahibini mazur saymak mantıki ve makul bir hukuki görüşe istinat eder.” şeklinde hüküm tesis edilmiştir.¹³⁴

Anılan kararda idari makama başvurarak belirli bir davranışın hukuka uygun olup olmadığı hususunda görüş alan bir kişinin, kendisinden beklenen araştırma yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacağı belirtilmiştir.¹³⁵ 765 sayılı TCK'nin yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay mazur görülebilen hukuki hatanın kastı kaldırıcı etkiye sahip olduğunu hükme bağlamıştır.¹³⁶

¹³⁴ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr>, ET. 11.01.2017

¹³⁵ Benzer şekilde; Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 12.05.1966 tarihli 2551/2783 sayılı kararında *“...Olayda şehir kulübü idare kurulunun isteği üzerine kaymakamlıkça tombala oyununa yazılı izin verilmiş bulunmasına nazaran, sanığın meşruiyet düşüncesiyle ve binaenaleyh suç kastı dışında hareket ettiği anlaşılmasına rağmen yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır.”* şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Vural SAVAŞ ve Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU (1999), *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, 3. Baskı, C.: I, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 825; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKÇEN ve Caner YENİDÜNYA 2002, age s. 678-679; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 257.

¹³⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10.10.1952 tarihinde verdiği 941/942 sayılı kararında *“İktisadi mahiyette bulunan, kömürün müsaadesiz başkasına devredilmesi suçuna, henüz Türkçe'yi bilmeyen ve konuşamayan bir şahsın memnuiyeti bilmemesi sebebiyle suça iştiraki de bahis konusu olamaz.”* denilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 8-286/296 sayılı 24.12.1996 tarihli bir başka kararında *“Bir darp olayının soruşturması sırasında yapılan ihbar üzerine sanığın evinde yapılan aramada, bir adet kalaşnikof uzun namlulu silah ile yüz adet merminin yakalanması üzerine, sanık hakkında kamu davası açılmıştır. Sanık aşamalarda savunmasında, sekiz ay önce... tanımadığı bir kişiden satın aldığı suça konu silah ve mermileri,... Jandarma Bölük Komutanlığında tespit ettirdiğini, verilen bu izne dayanarak silahı evinde bulundurduğunu ileri sürmüştür. İl Jandarma Alay Komutanlığı, ... Jandarma Bölük Komutanlığına yazdığı 13.12.1993 tarihli yazıda “Bugüne dek devlete yardımcı olan vatandaşlar tarafından kendilerini korumak için sağlanan ve ruhsatsız olan her cins ve çaptaki uzun ve kısa namlulu silahların atışı yaptırılarak üçer adet boş kovanın balistik muayene için alınması ve çizelge düzenlenip*

Durum 765 sayılı TCK'nin iktibas edildiği 1889 tarihli İCK bakımından da aynıdır. Anılan Kanun'un 44'üncü maddesi ve 1930 tarihli İCK'nin 5'inci maddesi kuralın istisnasına yer vermemiştir. Halen yürürlükte olan 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 5'inci maddesi “Hiç kimse ceza kanununu bilmediği mazeretine sığınamaz.” şeklindedir.¹³⁷

Ancak, İtalyan Anayasa Mahkemesi 24.03.1988 tarihinde vermiş olduğu 364/1988 sayılı kararında, hatanın kaçınılmaz olduğu hallerin kapsama girmediği şeklinde bir yorumda bulunarak, kuralı mutlak uygulanır olmaktan çıkarmıştır. Mahkeme 1930 tarihli Kanunun 5'inci maddesinin anayasaya uygunluğunu incelerken verdiği kararında, cezanın kişiyi ıslah etme işlevini yerine getirebilmesi için kişinin yaptığından ötürü kınanabilmesi, bunun için ise yaptığıнын yasak olduğunu bilebilecek durumda olması gerektiğini hükme bağlamıştır. İtalyan Anayasa Mahkemesi 1930 tarihli İCK'nin 5'inci maddesinin Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu kararın gerekçesi, Anayasanın 27'nci maddesinde ceza sorumluluğunun kişisel olduğunun düzenlenmiş olmasıdır. Karara göre, kişinin fiilinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerekmektedir. Kaçınılmaz hataya bağlı olarak fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmeyen kişinin kusurlu sayılmayacağı sonucuna varılmıştır. Ortada önlenemez bir bilgisizlik olmadığı müddetçe ceza kanununu bilmemek mazeret sayılmayacaktır. Buna göre, mevcut koşullar bakımından, önlenmesi imkansız bir bilgisizlik durumunda kanunu bilmemek mazeret sayılacak, fail kusurlu kabul edilmeyecektir.¹³⁸ Mahkemenin bir diğer gerekçesi ise hukuka

güncelleştirilerek gönderilmesi' istenmiş, bu yazının gereğini yapan ... Jandarma Bölük Komutanlığı, sanığın ruhsatsız olduğunu görüp bildiği silahını muayene edip, üç mermi atışı yaptıktan sonra düzenlediği “ruhsatı olmayan silahların çizelgesi başlıklı 154 silah kayıtlı forma sanığın adı hisasına suça konu silah ve mermilerin künyesini işlemek suretiyle çizelgeyi güncelleştirmiş, ayrıca dosyada bulunan ... Merkez Jandarma Karakol Komutanlığı kaşeli ve imzasız; “MC...’ye ait 7.62 mm. Kalaşnikof marka tüfeğin 31.1.1994 tarihinde kontrolü yapıldı” içerikli yazıyı sanığa vermiştir. Kolluk tarafından yapılan bu işlemlerin yasal olmadığı ve sanığa ve sanığa silah bulundurma ya da taşıma yetkisi vermeyeceği hiçbir duraksamaya yol açmayacak biçimde tartışmasızdır. Ancak, 6136 sayılı Yasanın 13 üncü maddesinde düzenlenen yasak silah taşımak ve bulundurmamak suçu bir cürümdür. Sanıkta suç işleme kastının (manevi unsur) bulunup bulunmadığı üzerinde durmak gerekir. Sanık, Jandarmanın telkin ve tavsiyesine uyararak edindiği suça konu yasak ve ruhsatsız silahı, Jandarma Bölük Komutanlığının muayenesine sunmuş, yapılan muayeneden sonra kendisine teslim edilen silahın muayenesinin yapıldığına dair bir de yazı verilmiştir. Sanık, Jandarmanın verdiği yasal olmayan bu yazıya güvenerek ve dayanarak silahla mermilerini evinde bulundurmıştır. Olayın bu akışı içinde sanıkta suç kastının varlığından söz edilemez. Bu itibarla yüklenen suçun manevi unsuru (kast) yoktur.” denilerek hukuki hatanın varlığı durumunda kastın ortadan kalkacağı kabul edilmiştir. Vural SAVAS ve Sadık MOLLAMAHTOĞLU 1999, age s. 792; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 435.

¹³⁷ Yüksel ERSOY 1967, agm s. 514-515; Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 148.

¹³⁸ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN (2018), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, s. 295.

aykırılık bilincine sahip olan bir kimse ile ceza normu hakkında kaçınmayacağı bir hata nedeniyle bu bilinçten yoksun olan kimsenin fiillerinin aynı cezai sonuçla değerlendirilmesinin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmesi olarak belirtilmiştir. Diğer taraftan, kanuni düzenlemelerdeki anlatım yetersizlikleri ve her geçen gün ceza kanunlarının sayısının artması nedeniyle vatandaşların kanunları kesin bir biçimde bilmesinin zorlaştığı ve hukuki hata yapılması ihtimali arttığı kabul edilmiştir.¹³⁹

5237 sayılı TCK çalışmaları kapsamında esinlenen ACK'nın daha önce de bahsi geçen 17'nci maddesi açısından konuyu ele alacak olursak; kural, Alman Federal Yüksek Mahkemesinin verdiği "*hukuka aykırılık bilincinin kusurun şartlarından biri kabul edilmesi*" şeklindeki ilke kararıyla Alman hukuku yönünden oldukça esnemiştir. Failin gerçekleştirdiği davranışın cezalandırılabilir olmasını bilmesi gerekmesi de en azından davranışının hukuk düzenini ihlal ettiğini bilmesi veya bunu bilmemesi dolayısıyla kınanabilir olması gerekmektedir. Alman yargısı kaçınılamayan hukuki hata bakımından ağır şartlar aramaktadır.¹⁴⁰

Sonuç olarak artık görülmektedir ki, kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı kuralı ne Ülkemizde ne de karşılaştırmalı hukukta mutlak olarak uygulanmamaktadır. Haksızlık bilinci ile kaçınılamaz hukuki hata ise kuralın uygulanmasının sınırlarını net olarak ortaya koymakta yetersiz kalmaktadır. Bu itibarla kuralın yargı kararları ile belirli bir yeknesaklık içerisinde uygulanması hukuki güvenliğin sağlanması bakımından büyük önem taşımaktadır.

2.1.2. Hukuki Hata

Bir kanunun varlığının bilinmemesi veya kanunun eksik bilinmesi hukuki bilmemeye vücut verirken; hukuki hatada, kanunun veya kuralın içeriğinin yanlış bilinmesi, kurala yanlış anlam verilmesi durumu söz konusudur. Bu açıdan hata, bilmemek veya bilgisizlikten ayrılmaktadır. Bilmeme somut olgu hakkında herhangi bir bilginin olmaması anlamına gelir. Hatada ise bir kanaatin bulunması gerekir. Kanaatin bulunmadığı durumlarda bilgisizlikten bahsedilir. Bu haliyle bilgisizlik olumsuz, hata olumlu niteliktedir.¹⁴¹

¹³⁹ Codice Penale Esplicato (2017), Edizioni Giuridiche Simone, XV Edizionate, Napoli, s. 58; Hans Heinrich JESCHECK (1988), "L'errore Di Diritto nel Diritto Penale Tedesco e Italiano", *L'indice Penale*, Anno XXII, Dike Giuridica Editrice, s. 203-204; Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 149.

¹⁴⁰ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 425.

¹⁴¹ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2018, age s. 295.

Aslında kanunu bilmemek yapısı gereği hem bilmemeyi hem de eksik veya yanlış bilmeyi içine aldığından, hukuki hatayı da kapsamaktadır. Nitekim her iki durumda kanun veya kuralın içeriği bilinmediğinden failin kanaati ile gerçek kapsam arasında bir fark doğmakta ve hata edilmektedir. Bilgisizlik hatayı doğurmaktadır.

Hukuki hata iki şekilde ortaya çıkabilmektedir. Bunlar olumlu ve olumsuz hukuki hatadır. Olumlu hukuki hata, failin kanunda suç olarak düzenlenmeyen bir fiili, suç olduğu düşüncesiyle işlemesidir. Bu durumda, kanunda suç olarak düzenlenmeyen bir fiil nedeniyle kimseye ceza verilemeyeceğinden, failin suç işlediğine yönelik tasavvurundan dolayı cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Öğretide mefruz suç¹⁴², hayali suç, sözde suç olarak tanımlanan bu durumla ilgili olarak ilerleyen bölümlerde detay açıklamalar yapılmaya çalışılacaktır. Olumsuz hukuki hata ise kanunda suç olarak tanımlanan bir fiilin, suç teşkil etmediği inancıyla gerçekleştirilmesidir. Bu kısımda ele alacağımız hukuki hata türü ise olumsuz hukuki hatadır. Nasıl kanunu bilmemek mazeret sayılmazsa kural olarak olumsuz hukuki hata da mazeret sayılmaz. Ancak modern ceza hukuku sistemlerinde kanunun yanlış yorumlanması bazı durumlarda mazeret sebebi teşkil etmektedir.¹⁴³

Bu minvalde, 5237 sayılı TCK'nin Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilen ilk şeklinde 4'üncü maddenin ikinci fıkrasında, sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimsenin cezaen sorumlu olmayacağı düzenlenerek, failin hukuki hatasından mazeret olarak faydalanması öngörülmüştür.

Anılan düzenleme 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanununun 1'inci maddesi ile ilga edilmiş, yine aynı Kanunla hatayı düzenleyen 30'uncu maddeye "*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz.*" şeklindeki dördüncü fıkra ilave edilmiştir. Yapılan değişiklikle, hukuki hataya ilişkin 4'üncü maddede yer alan fıkra Kanununun "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" başlıklı İkinci Bölümünde hatayı düzenleyen 30'uncu maddeye taşınmıştır.

Kanunun 4'üncü maddesinin mülga ikinci fıkrasında, sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimseden bahsedildiğinden, failin cezadan sorumlu tutulamaması için sakınamayacağı bir hatasının bulunması ve failin tasavvurunda olumlu anlamda bir meşruiyet

¹⁴² Doğan SOYASLAN 2020, age s. 330 vd.

¹⁴³ Nurcan GÜNDÜZ 2015, agm s. 504; Sesim SOYER GÜLEÇ 2008, agm s. 62; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, agm s. 463.

düşüncesinin bulunması koşulu aranmıştır. Ancak anılan hüküm Kanunun 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrasına taşınırken, “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” denilerek, hukuki hatasının mazeret olarak kabul edilebilmesi için failin, bir de davranışının meşru olduğu inancına sahip olması koşulu kaldırılmıştır.

Yapılan ikinci değişiklik ise 4'üncü maddenin mülga ikinci fıkrasında, “meşru sanarak bir suç işleyen kişi”den bahsedilirken, Kanunun yürürlükte olan 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrasında “fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi”den bahsedilmesidir. Yani 4'üncü maddenin ikinci fıkrasında “suça”, 30 uncu maddenin dördüncü fıkrasında ise “fiile” atıfta bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesi fiili hatayı düzenlediğinden ve fıkra fiile atıf yapar şekilde anılan maddeye dahil edildiğinden, hukuki hata mazeret sayıldığında fiili hataya sebep olacağı anlamı uyandırmaktadır.

5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrası ACK'nin kusur ilkesi üzerine inşa edilen 17'nci maddesinden esinlenilerek Kanuna aktarılmıştır. Anılan düzenleme uyarınca; düştüğü hata, kendisi bakımından kaçınılamayacak nitelikte olup, fail bu hatası nedeniyle hukuka aykırı davrandığı bilincine sahip değilse gerçekleştirdiği hareket kusurlu olmayacaktır. Ancak fail hataya düşmekten kaçınabilecek durumdaysa hareketi kusurlu olacak ve cezası 49'uncu maddenin birinci fıkrası uyarınca hafifletilebilecektir.¹⁴⁴

Almanya'da hâkim olan görüşe göre, kast suçun sübjektif unsurları arasında yer almaktadır. Kastın ne anlama geldiği, ACK'da tanımlanmamıştır. Öğreti ve yargı kararları; kastı, suçun kanuni tipinde yer alan objektif unsurların bilinmesi ve istenmesi olarak tanımlamaktadır.¹⁴⁵ Bu itibarla, suç tipinde yer alan ve kastın kapsamı içinde bulunması gereken objektif unsurlardan en az birinin var olduğunun bilinmemesi tersi sonuç doğuracak ve kastı ortadan kaldıracaktır. Yani fiili hatanın söz konusu olduğu durumlarda failin kasıtlı olduğundan bahsedilemeyecektir.¹⁴⁶

5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin ilk üç fıkrasına da Kanun Koyucu aynı anlayışı yansıtmıştır. 5237 sayılı TCK'ye göre fiili hata, kastı ortadan kaldırmaktadır. Nitekim 30'uncu maddenin gerekçesi:

¹⁴⁴ Hans Heinrich JESCHECK 2007, age s. 40.

¹⁴⁵ age s. 33.

¹⁴⁶ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2021, age s. 665.

“Birinci fıkrada suçun maddi unsurlarında hataya ilişkin hükme yer verilmiştir. Kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması durumu ise, maddi unsurlarda hata olarak adlandırılır. Böyle bir hata kastın varlığına engel olur...” şeklindedir.

Diğer taraftan, maddenin son fıkrasında, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişinin, cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir. Aksi anlatımla, hukuki hataya düşmekte taksir derecesinde dahi olsa kusuru bulunan failin, fiilinden dolayı kasten sorumlu tutulması gerekecektir. Hukuki hata, fiili hatanın aksine kastı kaldıran bir neden değil, failin kusurunu ortadan kaldıran bir neden olarak karşımıza çıkmaktadır. Şahsın hukuki hatası söz konusuysa ve işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki bu hatası kaçınılmaz ise fail kusursuz, aksi takdirde kusurlu yani kasten hareket ettiğinin kabulü gerekecektir.¹⁴⁷ Çünkü kasıтта, failin gerçekleştirdiği davranışı ve bunun neticesini bilmesi sonucu istemesi veya göze alması durumu söz konusudur. Kastın gerçekleşmesi için ayrıca, kanunun emrine aykırı hareket etmek iradesinin bulunmasına gerek yoktur.¹⁴⁸

5237 sayılı TCK'nin 22'nci maddesinde, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi taksir olarak tanımlanmaktadır. Fiili hata kastı kaldırmakta, ancak taksir derecesindeki sorumluluk halini saklı tutmaktadır. İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılabılır hataya düşülmesi de aslında taksirin tanımı ile benzerlik göstermektedir. Kaçınılabılır hataya düşülmesi ile dikkat ve özen yükümlülüğün yerine getirilmemesi benzer durumlardır. Kaçınılabılırlik, dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesini de kapsamaktadır. Ayrıca fail fiilinin haksızlık oluşturduğunu bilmediğinden, suçun kanuni tanımında belirtilen neticenin gerçekleşmesini de zaten evleviyetle öngörmeyecektir.¹⁴⁹

Yukarıda da belirtildiği gibi hukuki hata mazeret sayılmadığında, failin kasten hareket ettiğinin kabulü gerekecektir. Bu nedenle, düzenlendiği yer itibariyle mazeret teşkil eden hukuki hatanın fiili hata hükümleri kapsamında ele alınması ile işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hatanın kaçınılabılır olduğu hallerde, failin fiili hata hükümleri kapsamında, kasten hareket etmediğinin ileri sürülebilmesi olanağı

¹⁴⁷ Hakan HAKERİ 2019, age s. 467.

¹⁴⁸ Berrin AKBULUT 2019, age s. 606.

¹⁴⁹ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 55; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 471.

getirilmiştir. Düzenleme ile hukuki hatanın fiili hata içerisinde değerlendirilerek kastı mı kaldıracağı, yoksa hataen gerçekleştirilen davranış kınanır olmadığından kusurluluğu mu kaldıracağı hususu tartışmalı hale gelmiştir.

5377 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin gerekçesi:

“İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olması hâlinde, kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.” şeklinde açıklanmıştır.

Düzenlemenin gerekçesine bakıldığında, kanun koyucu tarafından da hukuki hatanın kaçınılmaz olduğu durumlarda kişinin kusursuz sayılacağı açıkça kabul edilmiştir.¹⁵⁰ Diğer taraftan, kanun koyucu hatanın kaçınılabılır olması durumunda, bunun temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağını ifade ederek, 5237 sayılı TCK'nin 61'inci maddesi ve cezanın bireyselleştirilmesi ilkesi çerçevesinde faile ceza verilirken örneğin cezanın alt sınırdan ceza belirlenmesi gibi bir siyaseti tercih etmiştir.¹⁵¹ Görüldüğü üzere, 5237 sayılı TCK'de işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi kusursuz sayılmış ve kaçınılmaz haksızlık hatasının olduğu hallerde kanunu bilmemek mazeret olarak kabul edilmiştir.

Temel kural ceza kanunlarının bilinmesidir. Bunun istisnası failin bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği eyleminin, kaçınılmaz hatası sonucu hukuka aykırı olmadığını düşünmesidir. Fail eylemini gerçekleştirirken hukuka aykırılığın bilincinde değildir. Dolayısıyla failin sosyal ve kültürel çevresi, mesleği, işi, tecrübesi, eğitim düzeyi veya içinde bulunduğu diğer şartlar gereği, bilmediği kurala aykırı gerçekleştirdiği davranış nedeniyle kınanması mümkün değildir.¹⁵² Ortada istisnai durum olmazsa, fail işlediği suçtan dolayı kasten sorumlu tutulacaktır. Fiili hata, failin kastını ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla, 4'üncü maddenin istisnasını teşkil eden 30'uncu maddenin dördüncü fıkrasının, fiili hata ile aynı madde altında düzenlenmesini gerektirecek herhangi bir bağlantı bulunmamaktadır. İstisnanın temel kuraldan bağımsız düşünülmesi durumunda ise yani failin eyleminin hukuka

¹⁵⁰ Hakan HAKERİ 2019, age s. 467.

¹⁵¹ Veli Özer ÖZBEK (2006), *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, C. I, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 398-399.

¹⁵² Hakan HAKERİ 2019, age s. 468.

aykırılığının bilincinde olmaması nedeniyle cezalandırılmaması durumu münferit bir düzenleme şeklinde düşünüldüğünde, 4'üncü maddede düzenlenen "*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*" kuralına ihtiyaç kalmayacağı öne sürülmektedir.¹⁵³

Bu itibarla, hukuki hataya ilişkin 30 uncu maddenin dördüncü fıkrasının fiili hataya ilişkin 30 uncu madde kapsamında değil, Kanun'un Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilen ilk şeklinde olduğu gibi "*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*" kuralını öngören 4'üncü maddesinde istisna olarak düzenlenmesinin daha uygun olacağı değerlendirilmektedir.¹⁵⁴ Diğer taraftan öğretide düzenlemenin 4'üncü maddenin ikinci fıkrası olarak düzenlenmesini doğru bulanların dayandığı bir diğer gerekçe ise düzenlemenin, failin fiilinin suç olduğunu bilmesine rağmen, haksızlık bilincine sahip olmaması durumunda cezalandırılmasına engel olacak şekilde yorumlanabilmesi olmuştur.¹⁵⁵

Her suç toplumun veya kişinin güvenliğini ihlal eden, kınanabilir fiillerdir. Haksızlık bilincine sahip olmayan failin, davranışı nedeniyle ortaya çıkan haksızlığın maddiyatına ilişkin bilgisinde herhangi bir eksiklik bulunmamaktadır, ancak davranışının suç teşkil etmediğini düşünmektedir. Suç teşkil eden davranışlar ise hukuk düzenince yasaklanmıştır. Diğer bir anlatımla, fail davranışının toplumsal düzeni korumayı amaçlayan sosyal veya hukuksal kurallara aykırı olduğu bilincinde ise haksızlık bilinci vardır.¹⁵⁶ Failin bu davranışının suç olarak düzenlenmiş olduğunu bilmesi zorunlu değildir. Bu nedenle, gerçekleştirdiği davranışın suç olduğunu bilen failin, aynı zamanda toplumsal düzenin gereklerine aykırı davrandığını bildiği evleviyetle kabul edilmelidir. Bu durumda davranışın haksızlık teşkil ettiğinin bilinmemesi tek başına mazeret olarak ileri sürülemeyecektir.

Bu doğrultuda, biz de hukuki hataya ilişkin "*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*" düzenlemesinin fiili hatayı düzenleyen Kanunun 30'uncu maddesine aktarılmasının uygulamada çelişki yarattığı düşüncesindeyiz.¹⁵⁷

Olumsuz hukuki hataya düşülmesi farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Fail şahsi nedenlerle hukuki hataya düşebileceği gibi resmi makamların yönlendirmesiyle

¹⁵³ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 427.

¹⁵⁴ Aynı yönde Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2018, age s. 297; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 437.

¹⁵⁵ age s. 437.

¹⁵⁶ Hasan GERÇEKER (2010), *Türk Ceza Kanunu*, C. I, Madde 1 – 44, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 820

¹⁵⁷ Aynı yönde Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2018, age s. 294.

de hataen kanuna aykırı hareket etmiş olabilir.¹⁵⁸ Aşağıda bu durumlar ayrı ayrı ele alınacaktır.

2.1.2.1. Failin Şahsi Nedenlerle Hukuki Hataya Düşmesi

Kanunun içeriğinin yanlış bilinmesi, yanlış anlam verilmesi durumu çoğu zaman failin kendisinden kaynaklanır. Failin kişilik özellikleri, okur yazarlık durumu, bilgi düzeyi, eğitimi, sosyal ve kültürel koşulları, yaşadığı toplum ve içerisinde bulunduğu şartlar, kanunun veya kuralın içeriğinin bilinmesini, bu kanun veya kurala fail tarafından yüklenen anlamı ve bu anlamın gerçek durum ile uyumlu olup olmamasını etkilemektedir. Hukuki hatanın bu türünde fail bir başkasının yönlendirmesi olmaksızın kendi yanlış yorumu ve tasavvuru nedeniyle hataya düşmektedir.¹⁵⁹

Fail, kanunu bilmekte ancak yanlış yorumlayarak gerçekleştirdiği davranışının buna uygun olduğu tasavvuruyla hareket etmektedir. Fail, fiili ve somut olayın unsurlarında hata etmemekte olup, gerçekleştirdiği fiilin kanuna uyup uymadığı bakımından yorumlamada hata etmektedir. Yorumlama hatası failin kendi bilgi eksikliğinden, var olan bilgisini yanlış değerlendirmesi, kullanması veya somut olaya gerçekte olandan farklı bir şekilde uyarlamasından kaynaklanabilecektir.¹⁶⁰

Algı ve bilgi seviyesinin gerçeğe aykırı şekilde aşırı olumlu olduğu zannıyla kendine duyduğu güvenle hareket etmesinde ve tembelliği veya umursamazlığı nedeniyle kanundan haberdar olmasına rağmen içeriğini öğrenmemesinde de aynı durum söz konusudur. Aslında sayılan her durumda failin, kanunun içeriğine ilişkin bilgisizliği bulunmaktadır.¹⁶¹

Diğer taraftan, salt vicdanları ya da inançları doğrultusunda davranışlarını yönlendiren otoriteye karşı gelen itaatsizler bakımından artık hatanın varlığından bahsedilemeyecek, bunlar işledikleri suçlardan kasten sorumlu olacaktır.¹⁶²

Fail tarafından davranışını yasaklayan bir kanunun olduğu bilinmesine rağmen, kendisine mazeret sağlamak amacıyla kasıtlı bir şekilde bu kanun veya kuralın içeriğinin bilinmemesi durumunda da fail hatasını ileri sürerek kusursuz

¹⁵⁸ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 437; Nurcan GÜNDÜZ 2015, agm s. 506.

¹⁵⁹ Sahir ERMAN 1946, agm s. 525; Nurcan GÜNDÜZ 2015, agm s. 506.

¹⁶⁰ Murat Volkan DÜLGER, Onur ÖZKAN ve Merve BAKDUR (2021), “Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.: 12, S.: 45, s. 232.

¹⁶¹ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 250.

¹⁶² Aksi yönde agt s. 124; Hakan HAKERİ 2019, age s.468.

olduğunu iddia edemeyecektir. Yanlış hukuksal değerlendirmede bulunan fail kural olarak hatalı değerlendirmesinin sonuçlarına katlanacak ve bunu mazeret olarak ileri süremeyecektir.¹⁶³

Ancak bazı durumlarda, kanunun içeriği o kadar karışık, anlaşılması zor ve kendi içinde veya bir başka kanunla çelişkilidir ki bu gibi durumlarda ortalama bilgi seviyesine sahip bir kişiden kanunun içeriğini bilmesi ve doğru yorumlaması beklenemez. Çünkü kanunu doğru bilme yükümlülüğünün, bunun pratik olarak mümkün olduğu haller için geçerli olması ceza adaletinin sağlanmasında daha adil bir sonuç doğuracaktır.¹⁶⁴ Bu gibi durumlarda, kanunun yanlış yorumlanmasının faile yükletilmemesi gerekir. Diğer taraftan, kanun ne kadar anlaşılmaz olursa olsun, aslında yasa koyucunun bir iradesini yansıtmaktadır ve anlatmak istenen, yasaklanmak istenen bir davranış vardır. Bu itibarla, yürürlükten kaldırılmadıkça kanunu uygulamak, içeriğini doğru şekilde anlamaya çalışmak gerekmektedir. Bu nedenle failin cezası belirlenirken, durumun fail lehine göz önünde bulundurulması uygun olacaktır.¹⁶⁵ Ancak, resmi makamlar veya yoruma ehil bir kimseye başvurma imkânı varken, bu yol ihmal edilerek kanunun gerçek anlamının öğrenilmediği hallerde failin bilmemesi mazeret olarak ileri sürülemeyecektir.¹⁶⁶

Kanunun, toplumun bir bölümünün ya da birden çok kimse tarafından yanlış anlaşılması ve bunlar tarafından yanlış uygulanması da mümkündür. Bu durumda kanunun toplumun o kesiminde farklı bir anlama geldiği genel bir kanı halini almış olsa da bunun mazeret olarak ileri sürülememesi gerekir. Örneğin, kan davası nedeniyle kasten öldürme suçunu işlemediğini düşünen fail kasten öldürmeden sorumlu olacaktır. Aksi takdirde, kanunun toplumun bir kesimi tarafından yürürlükten kaldırılması veya değiştirilebilmesi gündeme gelecektir ki hukuk devletinde böyle bir yaklaşım kabul edilemeyecektir.¹⁶⁷

2.1.2.2. Resmi Makamların Sebep Olduğu Hata

19. yy. Avrupa'sında gerçekleştirilen sanayi devrimi sonrasında kırsal kesimden kentlere göçler başlamış, kentlerin nüfusunda yaşanan artış ve sosyo-ekonomik gelişmeler sonrasında suçluluk oldukça artmıştır. 19. yy. liberalizminin

¹⁶³ Sahir ERMAN 1946, agm s. 525.

¹⁶⁴ Zeki HAFIZOĞULLARI 1973, agm s. 199; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 468-469.

¹⁶⁵ Sahir ERMAN 1946, agm s. 525-526.

¹⁶⁶ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 251.

¹⁶⁷ Sahir ERMAN 1946, agm s.525; Zeki HAFIZOĞULLARI 1973, agm s. 199.

Marksizmi doğurması ve 19 ile 20. yy. başlarında işçi sınıfının iktidara gelmesini hedefleyen ideolojinin devletin otoritesini sarsması gibi siyasi nedenlerle devleti korumak amacıyla ceza hukukunun otoriterleşmesi, toplumların üretimden ziyade tüketime yönelmesi ve bireylerin ekonomik anlamda yaşadıkları sıkıntılar, toplum içerisinde yaşanan menfaat çatışmaları yeni suç tiplerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu dönemde ceza hukuku öğretisinde ise kanunun etkinliğinin kanunun bilinmesine bağlı olduğu, vatandaşların kanunun bilme ödevlerinin olduğu, devletin ise kanunların yayımlanmasının yanı sıra halkı bilgilendirmek için gerekli tedbirleri alması gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁶⁸

Günümüzde dahi yaşanan teknolojik gelişmeler yeni cezai düzenlemeleri beraberinde getirmektedir. Örneğin bilgi toplumu hizmetleri arttıkça, bilişim suçları ve bunlara karşı alınan önlemler de artmaktadır. Böyle bir ortamda yürürlükte olan ceza normlarının sayısının artması, düzenlemelerin kazuistik ve karmaşık olması, ceza kanunlarının bilinmesini imkânsız kılmaktadır. Yalnızca vatandaşlar değil, işi kanunları yorumlamak ve uygulamak olan hukukçular bile düzenlemelerin kapsamını net olarak ortaya koyamamaktadır. Yargıtayın aynı konuda farklı veya çelişen kararlar vermesi bunun en büyük kanıtıdır.¹⁶⁹

Bu nedenle, çoğu zaman konunun uzmanına veya idareye başvurarak uygulama hakkında görüş alınmaktadır. Resmi makama başvuran kişi aldığı görüşe güvenerek hareket etmektedir. Kişi, kendisinin olmasa bile devlet memurunun kanunu bildiği inancı içindedir. Bu durumda, kanunun anlamında yanılan memurun bu hatası, buna güvenerek davranışta bulunan kişi bakımından mazeret teşkil edip etmeyeceği tartışması gündeme gelecektir.¹⁷⁰

Öncelikle burada ikili ayrım yapmakta fayda görülmektedir. Bir kanunu uygulamakla yükümlü resmi makamlar ile bir kanunu uygulamakla yetkili kılınmamış resmi makamlarda görev yapan memurlar tarafından yapılan yanlış yorumların fail bakımından mazeret teşkil edip etmeyeceği hususu ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.¹⁷¹

Bir kanunu uygulamakla görevli kamu görevlilerinin uyguladıkları kanunu doğru bilmeleri ve yorumlamaları, görevlerinin gereğidir. Kişiler de bunlardan

¹⁶⁸ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 71-72; Neslihan GÖKTÜRK (2016), *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 82.

¹⁶⁹ Olgun DEĞİRMENCİ 2014, agm s. 140.

¹⁷⁰ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 256.

¹⁷¹ agt s. 257.

aldıkları görüşler veya bunların yaptıkları yorumlar doğrultusunda hareket ederken, bunların kanunu bildiği inancıyla hareket etmektedir. Kural olarak 5237 sayılı TCK'nin 4'üncü maddesi karşısında, resmi makamların kanunu yanlış yorumlamaları sonucu ortaya çıkan hata mazeret olarak ileri sürülemeyecektir. Ancak konu, kaçınılmaz haksızlık hatası kapsamında değerlendirildiğinde sonuç değişecektir.¹⁷²

Bir görüşe göre, kanunu uygulamakla görevlendirilmiş bir kamu görevlisinin hatalı açıklama ve yorumu nedeniyle suç teşkil eden bir fiil gerçekleştiren kişinin hatası mazeret sayılmamalıdır. Çünkü "*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*" kuralı herkes için geçerlidir. Dolayısıyla bu hükmün herkes için geçerliliğinin kamu görevlisinin ihtiyarına bırakılmaması ve kişinin kamu görevlisine güvenme riskini yüklenmesi hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur.¹⁷³ Yine diğer bir görüşe göre, yanlış yorum yetkili organ veya kamu görevlilerinin resmi beyanına dayandığı hallerde, kişi resmi makamların şuursuz bir aleti haline girmiş olacağından sorumluluk yüklenemez.¹⁷⁴

Kanaatimizce, kanunu uygulamakla yetkili ve görevli resmi makamların görüş ve yorumları doğrultusunda hareket eden şahsın hatasının mazeret olarak kabul edilmesi gerekecektir. Kanunu uygulamakla yetkili ve görevli resmi bir makamın görüşüne başvuran kişinin gerçekleştirdiği davranışın suç olması durumunda hatasının kaçınılmaz olduğunu kabul etmek gerektiği değerlendirilmektedir. Böyle bir yaklaşım adalet duygusuna da uygun olacaktır.

Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 1956/14 E. 1958/4 K. sayılı 28.05.1958 tarihli kararında:

"Kanunu uygulamakla görevlendirilmiş resmi makam veya memurların hata veya ihmalleri dolayısıyla hataya sevk edilmiş olmasından mütevellit bir durumda iş sahibini mazur saymak mantıki ve makul bir hukuki görüşe istinat eder." denilmiştir.¹⁷⁵

Resmi makama başvurarak gerçekleştireceği davranışın kanuna uygun olup olmadığını danışan kişinin, hatasını kaçınılmaz kılacak araştırma yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılması gerekir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, görüşüne ve yönlendirmesine başvuru makamın konu hakkında yetkisiz olmaması gerekmektedir. Devlet idari teşkilatının karmaşık yapısı dikkate alındığında,

¹⁷² Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 437.

¹⁷³ Vincenzo MANZINI 1981, age s. 37; Zeki HAFIZOĞULLARI 1973, agm s. 200.

¹⁷⁴ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 204; Zeki HAFIZOĞULLARI 1973, agm s. 200.

¹⁷⁵ Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay>, ET. 29.03.2018.

derinlemesine inceleme yapma yükümlülüğü olmaksızın kişinin makul görülebilecek bir değerlendirmeyle konu ile ilgili olduğunu düşündüğü makama danışmış olması, yükümlülüğünün yerine getirilmesi açısından yeterli olacaktır.¹⁷⁶ Nitekim, hatalı mercie yapılan başvurunun idare tarafından asıl muhatap mercie iletilmesi esastır. İdarenin dahi bu yönlendirmeyi yapmaması durumunda, başvuruda bulunan kişinin gerekli dikkat ve özeni göstermiş olduğunun kabulü uygun olacaktır.

Bununla birlikte, resmi makama yapılacak başvurunun somut olay açıkça aktarılarak, başvuru usulüne uygun ve meslek etiği içerisinde yapılması gerektiği değerlendirilmektedir. Resmi makamın ya da merciin kurumsal görüşüne duyulan güven korunacaktır. Verilecek görüşte somut olayın detaylarının tartışılmış olması ve bilimsel bir değer taşıması gerekmektedir. Bu itibarla, yüzeysel, somut olayla ilgisi olmayan, şifahen yapılan başvuru neticesinde gayri resmi şekilde edinilen, yüzeysel bilgi içeren açıklamalar kişinin gerçekleştirdiği davranışta düştüğü haksızlık hatasını kaçınılmaz kılmaya yetmeyecektir.¹⁷⁷

Kanaatimizce, failin hatasının kaçınılmaz olması için yalnızca resmi kuruma ya da o konuda uzman kamu görevlisine başvurulması yeterli olmayacak, ayrıca görüşüne başvuru mercisi ya da kamu görevlisinin görüşünün güvenilir olduğu hususunda failde şüphe olmaksızın, kesin ve net bir kanaat oluşması gerekecektir. Aksi takdirde, alınan görüşün hatalı olduğu bilinmesine rağmen işlenen suçun kaçınılmaz hata ile gerçekleştirildiği kabul edilecektir ki bu durum 5237 sayılı TCK'nin hukuki hataya ilişkin hükümlerinin amacına aykırı olacaktır. Kişi resmi makamın görüşünde yer alan açıklamaları tartarak makul olup olmadığına karar vermeli yine şüphe duyuyorsa bu görüşü destekleyici bir başka mercie başvuruda bulunmalıdır.¹⁷⁸

Özet olarak fail, davranışının haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olarak nitelendirilmesine sebep olacak her türlü girişimde bulunmalıdır. Somut olay ve davranış hakkında ufak da olsa şüphesinin bulunması, failin hatasını mazeret sebebi olmaktan çıkaracaktır.¹⁷⁹ Nitekim, bir kişi resmi bir kurumdan davranış hakkında uygunluk görüşü almış olsa da davranışta bulunup bulunmama hususunda nihai kararı yine kendisi vermektedir. Somut olayda resmi makamın

¹⁷⁶ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 257.

¹⁷⁷ agt s. 259.

¹⁷⁸ agt s. 261.

¹⁷⁹ Berrin AKBULUT 2019, age s. 611.

görüşünün bulunması failin iradesini devre dışı bırakmamakta, şüpheyle yaklaştığı ya da bilmediği konu hakkında ona destek olmaktadır. Kişi davranışlarını aldığı görüşe göre yine kendisi yönlendirmektedir.¹⁸⁰

Buna karşılık öğretide bir uzmana danışarak görüş alan failin görüş yanlış olsa dahi kendisinden bekleneni yapmış olmasının kabul edilmesi gerektiği¹⁸¹, davranışının suç teşkil edip etmediğini danıştığı uzmandan daha iyi bilemeyeceği için hatasının kaçınılmaz olduğunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunanlara göre, kişinin davranışının suç teşkil edip etmediği hususunda kendi tasavvuruna tek başına değer vermeyen ve bir uzmana danışmasını bekleyen bir hukuk düzeninin, danışma yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen yine de sonucunda kendi bu görüşe güvenmeyerek vicdanını dinlemesinin beklenemeyeceğini kabul etmektedir. Ancak bu gerekçeye dayananlar da alınan görüşün açıkça görülecek şekilde şüpheli olması durumunda, kişinin araştırma yükümlülüğü yerine getirebilmesi için başka bir uzmandan görüş alması gerektiği düşüncesinden kurtulamamıştır.¹⁸² Kaldı ki ortada bir şüphe varsa, her zaman kaçınılabılır bir hata söz konusu olacaktır.¹⁸³

Kanaatimizce, resmi bir makamın görüşüne dayanarak hareket eden kişinin davranışının suç teşkil etmesi durumunda hatasının kaçınılmaz kabul edilebilmesi için, dikkat ve özen yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilip getirilmediğine bakılması gerekecektir. Nitekim, davranışının suç teşkil edebileceğini düşünen kişinin resmi bir makama başvurmasında amaç, bu yükümlülüğün yerine getirilmesidir. Dolayısıyla somut olay bakımından hatanın kaçınılmaz olup olmadığı, kişinin suç teşkil eden davranışı gerçekleştirirken hataya düşmekte taksir derecesinde kusuru olup olmadığına bakılması gerekecektir. Kişinin hataya düşmekte taksir derecesinde kusuru varsa, hukuki hatası mazeret teşkil etmeyecek, kişi kusurlu kabul edilecektir. Bunun yanı sıra, yukarıda yapılan açıklamalarımızın sonucu olarak, kişinin eğitim düzeyi ve sosyal durumu karşısında davranışının suç teşkil ettiğini öngörmesi mümkün olmayan ya da öngörmesi kendisinden beklenemeyecek durumlarda failin hataya düşmekte kusursuz olduğunun kabul edilmesi gerekecektir.

¹⁸⁰ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 260-261.

¹⁸¹ Berrin AKBULUT 2019, age s. 610.

¹⁸² Christine LÖW (2002), *Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB*, Peter Lang Verlag, Frankfurt, s. 111, *Akt.* Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 262.

¹⁸³ Ferrando MANTOVANI 2001, age s. 312; Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 157; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 272.

Ayrıca, ceza normu tarafından o hususta bir alt düzenleme çıkarılacağına düzenlendiği ve çıkarılan alt düzenlemenin ceza normuna aykırı olduğu durumlarda, alt düzenlemeye uyarak bir davranışta bulunan kişinin cezalandırılmaması gerekecektir. MANZINI tarafından da, şeklen geçerli olan bir düzenlemenin kanuna aykırı olup olmadığına karar vermek görevinin bir şahsa yüklenemeyeceği değerlendirilmektedir.¹⁸⁴

Daha önce de yer verilen, konu ile ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 8/286 E. 296 K. sayılı 24.12.1996 tarihli kararında ruhsatsız silahını kolluğa götürerek muayene ettiren ve hukuken geçerliliği bulunmayan muayene belgesi alan failin silah ve mermilerini evinde bulundurması nedeniyle failin kastının olmadığına ve cezai sorumluluğunun bulunmadığına hükmedilmiştir.¹⁸⁵

Bir kanunu uygulamakla yetkili kılınmamış resmi makamlar veya burada çalışan kamu görevlileri tarafından yapılan yanlış yorumlar nedeniyle failin suç teşkil eden bir davranışta bulunması durumunda ise failin hatası mazeret olarak ileri sürülemeyecektir. Yetkisiz memurun beyanlarına göre hareket eden şahıs fiilinden doğan sorumluluğu yüklenmek zorundadır, çünkü yetkisiz memur ile sade bir vatandaş arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.¹⁸⁶ Ancak burada da belirtmekte fayda görülmektedir ki yetkisiz bile olsa kişinin konu ile ilgisinin olduğunu düşündüğü mercie danışmış olması, yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından yeterli kabul edilecektir.¹⁸⁷

Resmi makamların sebep olduğu hukuki hatanın bir diğer görünüş şekli ilgilinin resmi makama başvurması ve ilgilinin talebi objektif hukuka aykırı olmasına rağmen, resmi makamın davranışı kontrol ve müdahale etmediği durumlarda söz konusu olacaktır. Resmi makamın ilgiliye vereceği müspet cevaplara güvenilerek gerçekleştirilen davranışlarda talepte bulunanın hukuki hatası mazeret teşkil edecektir. Resmi makamların görevlerine ilişkin konularda yaptığı belirlemelere güvenmek kaçınılmaz hata olarak değerlendirilecektir.¹⁸⁸ Örneğin, bir lokal açmak isteyen şahsın, resmi izin için yetkili makama başvurması ve lokali işleteceği yerdeki fiziki şartlar mevzuata uygun olmamasına rağmen idare tarafından gerekli inceleme yapılmaksızın

¹⁸⁴ Sahir ERMAN 1946, agm s. 527.

¹⁸⁵ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr>, ET. 30.03.2019; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 258.

¹⁸⁶ Zeki HAFIZOĞULLARI 1973, agm s.201.

¹⁸⁷ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 257.

¹⁸⁸ Berrin AKBULUT 2019, age s. 611.

izin alması durumunda; uygun olmayan şartlar nedeniyle daha sonra hakkında idari yaptırım uygulanamayacaktır.¹⁸⁹

2.1.2.3. Avukatlar Tarafından Verilen Görüşlerin Sebep Olduğu Hata

Failin şahsi nedenlerle hataya düşmesi ile resmi makamların sebep olduğu hatanın yanı sıra, avukatların verdiği görüşler nedeniyle düşülen hukuki hatanın mazeret sayılıp sayılmayacağını tartışmakta fayda görülmektedir. Alman Federal Mahkemesi kişiye ekonomik anlamda bağımlı bir hukukçudan alınan görüşün, objektif bir uzman tarafından doğrulanmadığı takdirde, bu bilgilere güvenilmesinin mazeret sayılmayacağına karar vermiştir.¹⁹⁰

Kanaatimizce salt kararda belirtilen gerekçeden yola çıkılarak avukatın verdiği bilgilerin mazeret sayılmaması kanaatimizce bir önyargıdan öteye gitmemektedir. Kimse özellikle kendisi lehine görüş vermesi veya yorum yapması amacıyla avukata başvurmamaktadır. Avukata başvuran şahıs kendisine verilecek bilginin veya yönlendirmenin hukukun gereklerine uygun ve objektif olmasını isteyecektir. Kişinin, kendisi için sakıncalı sonuç doğurma ihtimali olan bir görüş doğrultusunda hareket ederek kendisini riske atmasını beklemek gerçeklikle bağdaşmayacaktır. Burada avukat ile avukatın görüşüne başvuran kişi arasında ekonomik anlamda bir bağ olması tek başına mazereti ortadan kaldıran bir neden olarak karşımıza çıkmayacaktır. Kaldı ki, müvekkilliği ile aralarında bir sözleşme akdi olan avukatların, müvekkillerini doğru şekilde bilgilendirmeleri mesleki bir gereklilik olup, aksi davranış sözleşme hukukuna ve etik ilkelere aykırılık teşkil edecektir. Bir an için avukatın, verdiği görüşte kendisini tercih edilir kılmak adına sadece müvekkili lehine olan hususları belirttiğini düşüsek dahi, avukatının yaklaşımından şüphe duymayan ve bu görüşe güvenerek bir

¹⁸⁹ AKBULUT tarafından bu konuda verilen bir örnekte “Örneğin G bir lokal açmak istiyor. Resmi izin için yetkili makama başvuruda bulunduğu, işler iyi gittiğinde mekanı kapatma saatinin 1 saat daha uzatılmasına müsaade isteminde bulunur. Yetkili memur onun olayında işlem yapmayacağına dair G’ye söz verir. G’nin tanımadığı yetkili mercie gelen yeni memurdan sonra G bir idari para cezası kararı alır. Lokali zamanında kapatmadığı, geç kapattığı gerekçesiyle bu ceza verilir. G’nin yeni gelen memurdan haberi olmadığı, resmi makamdan daha önceden verilen müsaadeye güvendiği için kaçınılmaz hataya düştüğü ifade edilmektedir.” denilmektedir. Kanaatimizce iş ve mesleki faaliyetleri düzenleyen normlar kapsamında bir resmi mercie başvurma ihtimali, yaşam alanına bağlı diğer davranışlar bakımından daha çok kendisini göstermektedir. Bu minvalde özellikle iş ya da mesleğin icrasıyla ilgili olarak kişinin araştırma yükümlülüğünün, resmi merci tarafından verilen şifahi görüşten daha da öteye geçmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Bu itibarla, her ne kadar verilen örnekte hatanın kaçınılmaz olduğu kabul edilse de kanaatimizce failin iş ya da mesleğin icrasıyla bağlantılı olan yükümlülükler bakımından salt bir kişi ile ilişkisine dayanarak aldığı olumlu görüş ve müsaadenin hatasını kaçınılmaz kılmaya yetmeyeceği değerlendirilmektedir. age s. 612.

¹⁹⁰ Örnek için bkz. BGH, 01.12.1981 tarihli ve KRB 5/79 sayılı kararı, BGHSt 30, s. 270 vd., Akt. Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 259.

davranışta bulunan failin fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının mazeret teşkil edebileceğinin kabulü gerektiği değerlendirilmektedir.

Öğretide kendisinden bilgi talep edilen avukatın verdiği bilginin istisnasız objektif bir incelemeye dayalı olması gerektiği; yine avukatın yetkinliğini kullanarak dikkat ve özenle konuyu incelemesi, mütalaanın açık ve anlaşılır bir şekilde davranışın hukuka uygun olduğu ya da olacağı bilgisini ihtiva etmesi durumunda avukat tarafından verilen mütalaaya dayanarak davranışta bulunan failin hatasının mazeret olarak kabul edilebileceği; avukatın, müvekkilinin ya da kendi çıkarlarını gözetmediği ölçüde objektiflikten uzaklaşacağı ve kendisinden ücret karşılığında yazılı mütalaa talep edilen avukatın, sadece lehe olan hususları gözeterek talepte bulunan kişinin isteği doğrultusunda davranışın hukuka uygun olacağı sonucuna götüren bir mütalaada bulunması durumunda bilginin objektifliğinden ve hatanın mazeret olarak kabul edilmesinden bahsedilemeyeceği ileri sürülmüştür.¹⁹¹

Kanaatimizce avukatın verdiği görüşün objektif olması gerektiği hususundaki ölçütün katı şekilde uygulanması yerinde olmayacaktır. Bir avukata danışarak görüş alan, hukuka aykırı davranmamak adına gerekli tedbiri almaya çalışan kişinin, sonucunda ceza normuna aykırı bir davranış gerçekleştirmiş olsa dahi kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermiş olduğunun kabulü gerekecektir. Kişinin kendi bilgi birikiminin ve tecrübesinin konunun çözümüne tek başına yeterli olmadığı ve bir avukata danıştığı bu durumda hatasının kaçınılmaz kabul edilebilmesi için kendisine beyan edilen görüşün doğruluğu hususunda ayrıca araştırma yapmasını ve şüpheye düşerek doğru sonuca ulaşmasını sağlamak adına bir başka avukata veya avukatlara başvurmasını beklemek ceza adaletine uygun sonuç vermeyecektir. Kişinin bilgisine başvurduğu avukatın verdiği bilginin objektif olduğunu düşünmesi, herhangi bir şüpheye düşmemesi, doğru bilgiye ulaştığını düşünmüş olması hatasının kaçınılmaz olarak kabul edilmesi için yeterli olacaktır. Özetle kişinin doğru bilgiye ulaşmak adına özen yükümlülüğünü yerine getirdiği benzer durumlarda hatası kaçınılmaz kabul

¹⁹¹ Neslihan GÖKTÜRK 2016, age s. 169 vd. Söz konusu görüş esas alındığında, hukuki bilgisizliğini gidermek amacıyla avukata başvuran şahsın ayrıca avukat tarafından verilen bilginin objektif olduğu hususunda değerlendirme yapmasını beklemek yerinde olmayacaktır. Avukatın konu hakkında yetkin olmadığı yahut avukatın sadece lehe olan hususları ön plana çıkararak görüş verdiğinin tespiti, avukata danışan ve hukuki bilgisi olmayan kişinin kolaylıkla yapabileceği bir değerlendirme değildir. Kanaatimizce burada avukatın verdiği görüşün objektif olduğu hususunda kanaati olan kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel koşulları göz önünde bulundurularak hakimnin hukuki hatanın kaçınılmaz olup olmadığı değerlendirmesini yapması uygun olacaktır. Diğer taraftan öğretide bir görüşe göre avukatın verdiği yanlış bilgiye dayanarak suç işleyen kimsenin sorumluluktan kurtulamayacaktır. Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 158.

edilecek, bu belirleme yapılırken somut olayda kişinin mevcut bilgi birikimi, sosyal konumu ve tecrübesinin de dikkate alınması gerekecektir.

2.2. HUKUKİ HATANIN KONUSU

Hukuki hata bir ceza normunun ya da ceza normu dışında kalan bir normun bilinmemesi veya yanlış yorumlanması ya da kişinin davranışını yasaklayan bir normun bulunduğunu bilmesine rağmen normu hatalı yorumlayarak kendi davranışına uygulanmayacağını düşünmesi yahut davranışını yasaklayan bir norm bulunmamasıyla birlikte bu yönde bir norm bulunduğunu tasavvur etmesi durumunda ortaya çıkan hatayı konu alacaktır.¹⁹²

Hukuki hatanın konusunu teşkil eden ceza normunda hata, ceza normu dışında kalan normlarda hata veya davranışın haksızlık teşkil edip etmediği hususunda hataya düşülmesi failin ceza sorumluluğunun belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir.

Ceza normunda hata edilmesi failin cezai sorumluluğunu kural olarak kaldırmayacak, ancak 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca davranışın içeriğinin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hata edildiği takdirde cezai sorumluluğu kaldıracaktır.¹⁹³ Yine ceza normları dışında kalan normlarda hata bazı durumlarda fiili hataya sebep olup cezai sorumluluğu kaldırırken, bazı durumlarda hukuki hata olarak kalıp ceza sorumluluğuna etki etmeyecektir.¹⁹⁴ Hukuki hatanın ceza sorumluluğuna etkisi ilerleyen bölümlerde ayrıca ele alınacaktır. Bu itibarla, bu kısımda hukuki hatanın konusu üzerinde durmakta fayda görülmektedir.

2.2.1. Ceza Normu

Ceza hukuku, yalnız beşerî ilişkileri düzenleyen davranış kurallarını değil, aynı zamanda bu kurallara uymamanın sonucu olarak uygulanacak yaptırımların belirlendiği bir normlar sistemi bütünüdür. Dolayısıyla ceza normları, beşerî bir davranışın yapılmasını veya yapılmamasını emreden kurallarla, bunlara uyulmasını teminat altına alan veya uyulmamasının sonuçlarını gösteren kurallar olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁹⁵

¹⁹² Doğan SOYASLAN 2020, age s. 467; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 261; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 117.

¹⁹³ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 436.

¹⁹⁴ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 271.

¹⁹⁵ Zeki HAFIZOĞULLARI (2007-2008), Türk Ceza Hukuku Ders Notları, Ankara, s. 103.

Ceza normları sadece konusu yalnızca suç ve ceza olan bir kanunda değil, bir başka konuya ilişkin diğer genel ve özel kanunlarda da bulunabilir. Diğer bir deyişle, ceza normları suç ve cezayı konu alan kanunlar topluluğunu değil cezaya ilişkin tüm kanun hükümlerini işaret etmektedir.¹⁹⁶

Ceza normu iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlar bir davranışın gerçekleştirilmesi veya gerçekleştirilmemesini emreden yasak ile bu yasağa uyulmamasının hukuki sonucu olarak yaptırımdır.¹⁹⁷ Ancak yaptırım konusuna yalnızca ceza yaptırımını değil, güvenlik tedbirleri de girmektedir.

Ceza normlarında çoğu zaman hem yasak hem de bu yasağa uymamanın yaptırımını birlikte düzenlenmektedir. Bu tür normlara öğretilde gerçek normlar denmektedir.¹⁹⁸ Bazı durumlarda, ceza normunun her iki unsuru birlikte tek bir kanun maddesinde yer almayabilir. Bu durumda normlar ya sadece yasağı ya da sadece yaptırımını belirler. Bu tür hükümlere eksik ceza normu adı verilmektedir. Bu durumda hüküm normun sadece bir kısmını içermektedir. Yine bazı durumlarda, ceza normu yaptırımını net olarak ortaya koymakta ancak yasağı genel olarak belirlemektedir. Bu tür normlara öğretilde beyaz normlar¹⁹⁹, açık ceza normları²⁰⁰ adı verilmektedir. Burada kanun koyucu, ceza normu ile müeyyideyi belirlemiş, ancak yasağın kapsamı belirli bir konuda yetkili makamlarca ileride çıkarılacak özel ve genel nitelikteki düzenlemelere bırakmıştır. Yasak bellidir, ancak gelecekte tamamlanacaktır. Örneğin 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32'nci maddesinin birinci fıkrası:

“Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk lirası idari para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir.” şeklindedir.

Yukarıda verilen örnekten de anlaşılacağı üzere, açık ceza normlarında çerçeve normun içeriği yetkili makamlar tarafından belirli koşulların gerçekleşmesiyle verilecek emirlerle somutlaştırılmaktadır. Gelecek bir zamanda kuralın öngördüğü çerçevede içeriği somutlaşacaktır. Davranışın açık ceza normuna aykırılığının söz

¹⁹⁶ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 35.

¹⁹⁷ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 92.

¹⁹⁸ age s. 93.

¹⁹⁹ age s. 92-93.

²⁰⁰ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 38.

konusu olabilmesi için içeriğin, davranışın gerçekleştirilmesinden önce somutlaştırılması gerekecektir.²⁰¹

Açık ceza normunun sonradan somutlaştırılan içeriğinin bilinmemesi ya da yanlış bilinmesi hukuki hataya sebebiyet verecektir. Çünkü, açık ceza normunda yetkili makamlar tarafından oluşturulan içerik, yalnızca normatif unsur tanımlamamakta aynı zamanda kuralın kendisini de oluşturmaktadır. Açık ceza normu ile sonradan suç olarak tanımlanan davranış, ceza normu dışında kalan ve yine o normu tanımlayan veya açıklayan bir başka ceza normu tarafından yasaklanmaktadır. Her iki düzenleme bir bütün olarak ceza normunu teşkil etmektedir.²⁰²

Bunun dışında, bazı normlar ne yasak ne de yaptırım içerirler. Bunlar diğer normları açıklamaya ve onların sınırlarını belirlemeye, uygulamalarını göstermeye, kanunun bazı deyimlere ve kavramlara verdiği anlamları açıklamaya, normun yorumlanmasında uyulması gereken kuralları göstermeye yararlar. Bu tür normlara ise tamamlayıcı normlar adı verilmektedir. Bağımsız nitelik göstermeyip bir diğer normu tamamlayıcı niteliğe sahip olan bu tür normlar da ceza normlarına dahildir.²⁰³

Diğer taraftan, bazı ceza normları yalnızca yaptırımı belirlemekte, suçun maddi unsurları için kısmen veya tamamen başka normlara atıfta bulunmaktadır. Suçun maddi unsurları ise atıfla işaret edilen normda düzenlenmektedir. Ceza normunun anlamına tam olarak ulaşılabilmesi için, kaynak düzenleme ile göndermede bulunulan normun bir bütün olarak ele alınması gerekir.²⁰⁴

Örneğin, 5237 sayılı TCK'nin “*Şapka ve Türk harfleri*” başlıklı 222'nci maddesi:

“25.11.1925 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisabı Hakkında Kanunun koyduğu yasalara veya yükümlülüklerle aykırı hareket edenlere iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.” şeklindedir.

Düzenlemede suç olarak kabul edilmesi gereken davranışlar tek tek sayılmamakta, sadece söz konusu yükümlülüklerle aykırı davranışlar için

²⁰¹ Zeki HAFIZOĞULLARI (1996), *Ceza Normu*, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, US-A Yayıncılık, Ankara, s. 281 vd.

²⁰² Alessandro TRINCI ve Sara FARINI (2016), *Compendio di Diritto Penale*, Parte Generale, III Edizione, Dike, Roma, s. 459; Zeki HAFIZOĞULLARI 1996, age s. 282; Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 136-137.

²⁰³ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 38-39; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 93.

²⁰⁴ age s. 93; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 38-39.

hükmolunacak ceza düzenlenmekte, suç teşkil eden davranışın ne olduğunun bilinmesi veya tespiti için atıfta bulunulan Kanuna bakılması istenilmektedir.²⁰⁵

Yine Kanunun 336'ncı maddesinin birinci fıkrasında:

“Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri açıklayan kimseye üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Düzenlemeden açıklanması yasaklanan ve açıklanması suç olan bilgilerin hangileri olduğu anlaşılmamaktadır. Ceza normunun bir bütün olarak değerlendirilebilmesi için gönderme yapılan, kanun ve düzenleyici işlemlerin de bilinmesi gerekmektedir.²⁰⁶

Görüldüğü üzere her iki örnekte ceza normunun normatif unsurlarının tam olarak bilinmesi için, bir başka kanun veya düzenleyici işlemin de bilinmesi gerekmektedir. Kanun koyucu atıfta bulunulan kanun veya düzenleyici işlemi gönderme yapan ceza normunun kapsamına almaktadır. Atıfta bulunulan normda yer alan unsurlara tek tek ceza normu içinde yer vermek yerine göndermede bulunmayı tercih etmektedir. Bu nedenle, gönderme yapan ceza normunun, gönderme yapılan normla birlikte değerlendirilmesi ve gönderme yapılan normda yer alan unsurların ceza normunun bir parçası olarak kabul edilmesi uygun olacaktır.²⁰⁷

Buna göre, atıfta bulunulan normda yer alan maddi unsurlar ceza normunun da unsuru gibi görülerek, bunların bilinmemesi fiili hataya; atıfta bulunulan normun bilinmemesi veya yanlış bilinmesi durumu ise hukuki hataya konu olacaktır.²⁰⁸

Öğretide yasa koyucunun normun bilinmesini özel olarak aradığı ve bu durumu yasal tipte açık bir şekilde belirttiği durumlar dışında kalan durumlarda, kastın varlığı açısından gönderme yapılan normun bilinmesinin şart olmadığı da ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre 5237 sayılı TCK'nın 261'inci maddesinde hükme bağlanan kişilerin malları üzerinde usulsüz tasarruf suçunu, ilgili kanunlarda belirtilen koşullara aykırı olduğunu bilerek, kişilerin taşınır veya taşınmaz malları üzerinde, karşılık ödenmek suretiyle de olsa, zorla tasarrufta bulunan kamu görevlisi işleyebilmektedir Buna göre düzenlemede suç teşkil edecek eylem hakkında ilgili kanunlarda belirtilen koşullara atıfta bulunulduğu ve bu koşullar bilinerek eylemde bulunulması durumunda suçun

²⁰⁵ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 69.

²⁰⁶ agt s. 70.

²⁰⁷ Urs KINDHÄUSER (1990), “Zur Unterscheidung von Tat und Rechtsirrtum”, *İçinde Goldammer's Archivfür Strafrecht*, s. 421, Akt. Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 76.

²⁰⁸ Ferrando MONTAVANI (1979), *Diritto Penale*, Parte Generale, Terza Edizione, CEDAM, Milano, s. 368.

ortaya çıkacağı, yasa koyucunun buradaki *bilmeyi* kastın kapsamında değerlendirdiği; dolayısıyla, bu tarz düzenlemelerin dışında kalan durumlarda, atıfta bulunulan normun bilinmesi gerekliliği bulunmadığı ileri sürülmektedir.²⁰⁹

Kanaatimizce failin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatası kaçınılmaz ise fail kusursuz, aksi takdirde kusurlu, yani kasten hareket ettiğinin kabulü gerekecektir. Çünkü kasıttaki failin gerçekleştirdiği davranışı ve bunun neticesini bilmesi, sonucu istemesi veya göze alması durumu söz konusudur. Suçun gerçekleşmesi için ayrıca, kanunun emrine aykırı hareket etme iradesinin bulunmasına gerek yoktur.²¹⁰ 5237 sayılı TCK'nın 261'inci maddesinde, manevi unsur maddenin içerisinde düzenlenmiştir. İlgili kanunlarda belirlenen koşullara aykırı olduğunun bilinmesi ile malın sahibinin tasarruf hakkının zorla ortadan kaldırılması bu suça sebebiyet verecektir. Yani düzenleme uyarınca suç ancak kasten işlenebilecektir. Hukuki hatanın fiili hata gibi failin kastını değil, kusurluluğunu kaldıracağı dikkate alındığında, atıfta bulunulan kanunda düzenlenen koşulların bilinmemesi, manevi unsur yokluğundan suçun ortaya çıkmasına da engel olacaktır. Dolayısıyla, zaten ortaya çıkmayan bir suçla ilgili, atıfta bulunulan kanunda yer alan koşulların bilinmemesinin mazeret sayılıp sayılmayacağını tartışmaya gerek olmadığı değerlendirilmektedir. Ancak eş zamanlı olarak bu durum kanunun, hedef normun bilinmesini özel olarak aradığı ve bu durumu yasal tipte açık bir şekilde belirttiği düzenlemeler dışında kalan düzenlemelerde, atıfta bulunulan normun bilinmesine gerek olmadığı sonucunu da doğurmayacaktır.²¹¹ Atıfta bulunulan normun bilinmemesi durumunda, atıfta bulunulan norm kaynak norm ile bir bütün olarak değerlendirilecek, buradaki bilmeme fail lehine mazeret olarak kabul edilmeyecektir. Atıfta bulunulan normdaki maddi unsurları bilmeyen failin hatası ise fiili hata kapsamında değerlendirilecektir.

Bununla birlikte bir hükmün ceza normu sayılabilmesi için, başlıca konusu suç ve ceza olan bir kanunda yer alması şart değildir. Ceza normunun diğer bir kanunda yer almış olması onun ceza kanunu olma niteliğini ortadan kaldırmayacaktır.²¹²

²⁰⁹ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 78.

²¹⁰ Mustafa ÖZEN 2019, age s. 524.

²¹¹ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 78.

²¹² Sahir ERMAN 1946, agm s. 133-134.

2.2.2. Ceza Normu Dışında Kalan Normlar

Suçun kanun koyucu tarafından yapılan tanımı içinde normatif unsurların yanı sıra maddi unsurlar da bulunabilmektedir. Failin kasten hareket ettiğinin söylenebilmesi bakımından normatif unsurların bilinmesi de önem taşımaktadır. Normatif unsurlar, doğrudan ceza normu tarafından tanımlanabileceği gibi ceza normu dışında kalan bir norm tarafından da tanımlanabilecektir. Eş anlatımla, suça ilişkin normatif unsurunun anlamı hukuk düzeni içinde gönderme yapılan ceza normu olmayan bir başka norm tarafından da belirlenebilecektir. Bu itibarla, kastın gerçekleşmesi ister ceza normu ile belirlensin ister ceza normu dışında kalan bir norm tarafından belirlensin, normatif unsurları anlamlandıran tüm normların bilinmesine bağlıdır.²¹³

Örneğin, 5237 sayılı TCK'nin 154'üncü maddesinde düzenlenen "*hakki olmayan yere tecavüz*" başlıklı suç tipinde, fail "*kamuya veya özel kişilere ait taşınmaz mal ve eklentilerini malikmiş gibi kısmen veya tamamen işgal etmesi*" durumunda cezalandırılmaktadır. Tipik fiilde yer alan eklentiden ve malikmiş gibi işgal etmeden ne anlaşılması gerektiği, ceza hukukunun alanı dışında medeni hukuka ilişkin kavramlar kapsamında değerlendirilecektir. Kanun'un "*İrtikap*" başlıklı 250'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, *görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi cezalandırılacaktır.* Burada kamu görevlisinin görevinin kapsamı idare hukuku düzenlemeleri dikkate alınarak çözüme kavuşturulacaktır.²¹⁴

Yine, mahkemece verilmiş ayrılık kararının, önceki evliliğini sona erdirmediğini bilmeyen fail, daha sonra yeniden evlenirse, 5237 sayılı TCK'nin 230'uncü maddesinde tanımlanan birden çok evlilik suçunu işlemiş olacaktır. Fail burada suçun bütün maddi koşullarını bilmesine karşın ayrılık kararının ne anlama geldiğini bilmediği için kendisi boşanmış gibi hareket etmektedir. Dolayısıyla, ceza kanunları dışında kalan normların bilinmemesi veya yanlış bilinmesinin ne zaman hukuki hataya sebebiyet verip mazeret teşkil etmeyeceği veya ne zaman fiili hata kapsamına girip kastı kaldıracağını tespit etmek büyük önem taşımaktadır.

²¹³ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 107.

²¹⁴ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ (2019), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 945.

Öğretide ceza normu dışında kalan ancak ceza normunu tamamlayan normların veya ceza normu tarafından doğrudan atıfta bulunulan normların varlığı halinde, bu normların da ceza kanununa dönüştüğü ve bunların bilinmemesinin mazeret sayılmayacağı ileri sürülmüştür.²¹⁵

Örneğin 765 sayılı TCK'nin 511'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca *“Kaybolmuş bir şeyi bulup ta bulunmuş eşyanın mülkiyetini iktisap hakkında Kanunu Medenide yazılı ahkama riayet etmeksizin temellük iddiasını kıyam eyleyen...”* kimseler mağdurun şikayeti üzerine cezalandırılmaktaydı. Anılan fıkra ile atıfta bulunulan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 693 vd. maddelerine göre meskun bir ev, umumi daire veya müessese dışında kaybolan kıymetli bir malı bulan kimse sahibine haber vermeye, sahibini bilmiyorsa zabıta memurlarından birine haber vermeye veya keyfiyeti uygun bir yolla ilan etmeye mecburdu. İlandan veya zabıta memuruna ihbardan itibaren beş sene içinde sahibi çıkmadığı takdirde, sahipsiz malı bulan kimse, vazifesini yerine getirmiş ise ona malik olmaktaydı. Buna göre, sahipsiz malı belirtilen usule aykırı olarak temellük eden şahıs 765 sayılı TCK'nin 511'inci maddesi uyarınca emniyeti suiistimal suçunu işlemekteydi. Yukarıda ifade ettiğimiz görüşü savunanlara göre, anılan madde ile atıfta bulunulan Kanunu Medenide yazılı durumun bilinmemesi mazeret kabul edilmeyecek, özel hukuk düzenlemeleri de ceza normu kapsamında bir bütün olarak değerlendirilecektir.²¹⁶

Benzer bir durum ihmali suçlarda da karşımıza çıkar. İhmali suçlar kanunun yapılmasını istediği fakat fail tarafından yapılmayan hareketler nedeniyle ortaya çıkan suçlardır. Örneğin suçluyu bildirmeme bu kapsamda ele alınabilecektir. Burada kanun koyucu ceza normunu ihlal eden icrai bir hareketi değil, kanun tarafından belirli bir kişiye yüklenen belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesini cezalandırmaktadır. İhmal suçlarında failin hareketsiz kalması cezalandırılmaktadır. İhmal suçları da sırf ihmali suçları ile ihmali suretiyle icra suçları olmak üzere ikili ayrıma tabi tutulmaktadır. Sırf ihmali suçları kanunun yapılmasını istediği bir hareketin gerçekleştirilmemesi ile ortaya çıkar. İhmal suretiyle icra suçlarında ise ihmalin maddi bir sonuca neden olması gerekir. İhmal suretiyle icra suçlarında kanun, failden zararlı veya tehlikeli neticeyi önlemesini istemektedir.²¹⁷

²¹⁵ Faruk EREM 1958, age s. 35; Ferrando MONTAVANI 1979, age s. 368.

²¹⁶ Faruk EREM 1958, age s. 35.

²¹⁷ Ferrando MONTAVANI 1979, age s. 368; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 256-257.

Özellikle ihmal suretiyle icra suçlarında, kişiye yüklenen zararlı veya tehlikeli neticeyi önleme yükümlülüğüne ilişkin kanuni düzenlemeyi bilmeyen veya kanuni düzenlemeyi yanlış yorumlayan failin de hukuki hata içerisinde olduğu kabul edilecektir. İhmal suretiyle icra suçlarında, failin suçun maddi unsurlarının tamamını bilmesine karşın sonucu önleme yükümlülüğünün olduğunu bilmemesi durumunda eylemin genelini değerlendiren bir unsurda, normatif unsurun varlığında hataya düşmüş olacaktır.²¹⁸

5237 sayılı TCK'nin 83'üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca, kişinin yükümlü olduğu belli bir davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihlalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekmektedir. İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için ise aynı maddenin ikinci fıkrasında "*belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması*" ve "*önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması*" şartları birlikte aranmıştır. Dolayısıyla burada, belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemeyi veya kendisine yükümlülük yükleyen sözleşmeyi bilmeyen failin, bilgisizliği, kaçınılmaz haksızlık hatası durumu saklı kalmak kaydıyla mazeret olarak kabul edilmeyecektir.²¹⁹

Bu konu başlığı kapsamında tartışılması gereken asıl konu, ceza normu dışında kalan ancak ceza normunu tamamlayan normların ne zaman fiili hata kapsamında değerlendirilip kastı kaldıracağıdır. Bu kapsamda yapılan çalışmaların tamamı aslında, "*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*" kuralının kapsamının daraltılmasını sağlamaya yönelik çalışmalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının kapsamının daraltılmasına yönelik ilk çalışmalar, ceza hukukunun alanı dışında kalan konulardaki hatanın fiili hata olarak değerlendirilmesi ve böylece ceza sorumluluğunu etkileyen bir durum olarak kabul edilmesi yönünde olmuştur. Nitekim Alman İmparatorluk Mahkemesi döneminde bu görüş ağırlıklı olarak kabul edilmiştir. Alman İmparatorluk Mahkemesi

²¹⁸ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 64.

²¹⁹ agt s. 187.

ceza hukuku dışı hukuki hatanın kastı kaldıran bir etkiye sahip olduğu görüşünü benimsemiştir.²²⁰

Benzer bir ayırım İtalyan ceza hukuku uygulamasında da karşımıza çıkmaktadır. İCK'nin 5'inci maddesi "*Hiç kimse ceza kanununu bilmediği mazeretine sığınamaz.*" hükmünü öngörmüş, hukuki hatayı ceza hukukuna ilişkin olan hata ile ceza hukukuna ilişkin olmayan hata şeklinde ikili bir ayırma tabi tutmuştur. Ceza hukukuna ilişkin olmayan hatayı mazeret olarak kabul etmiştir. Diğer taraftan, İtalyan Anayasa Mahkemesinin 1988 yılında verdiği 364 sayılı karar dikkate alındığında, kişinin suç teşkil eden eyleminden ötürü kınanabilmesi için yaptığının yasak olduğunu bilebilecek durumda olması gerektiği hükme bağlanarak, konu kusurluluk içerisinde ele alınmıştır. Karara göre, bir kişinin suç teşkil eden fiili nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerektiğinden hareket edilerek, kaçınılmaz hataya dayalı olarak gerçekleştirdiği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmeyen kişinin kusurlu olmayacağı sonucuna varılmış, dolayısıyla kaçınılmaz hatanın ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracı etkisinin olduğu kabul edilerek uygulama bu yönde gelişmiştir. Aslında, İtalyan Anayasa Mahkemesinin anılan kararı ile gündeme gelen kuralın kusur sorumluluğu ile sınırlandırılmasından önce dahi İtalyan ceza yargısı ceza hukuku dışındaki hukuki bilmemenin kusurluluğu etkileyeceğini kabul etmiştir.²²¹

2.3. HUKUKİ HATANIN GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

Öğretide hukuki hatayı çeşitli özelliklerinden yola çıkarak, farklı ayırlara tabi tutan görüşler bulunmaktadır. Bu ayırımlar daha çok, hatanın yapılışına göre doğrudan veya dolaylı hukuki hata; hukuki hatanın ortaya çıkış şekilleri bakımından, doğrudan ceza kanununun bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından veya ceza kanunu dışında kalan kanunlar bakımından ortaya çıkan hukuki hata; yukarıda daha önce açıklamaya çalıştığımız olumlu ve olumsuz hukuki hata şeklinde belirmektedir.²²²

Doğrudan hukuki hata, kişinin eyleminin hukuk düzeni ile çatışmadığını zannetmesi, fiilini yasaklayan bir normun varlığını bilmemesi ya da normun varlığından haberdar olmasına rağmen normu yanlış yorumlayarak somut fiiline o normun uygulanmayacağını düşünmesi durumu olarak yorumlanmıştır. Kişi fiilini

²²⁰ Günther ARZT (1976), "Ignorance or Mistake of Law", *The American Journal of Comparative Law*, s. 650-651; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 151.

²²¹ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 148-149; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 152-153.

²²² agm s. 136; Nurcan GÜNDÜZ 2015, agm s. 504; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 369-370.

yasaklayan normu ve normun kapsamını doğru biliyor olsa bile davranışını hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunduğunu sanıyorsa dolaylı hukuki hata söz konusu olacaktır. Burada hatanın yapılmasına göre bir değerlendirme yapılmıştır.²²³

Hukuki hatanın ortaya çıkış şekilleri bakımından yapılan ayırmda ise hukuki hata, doğrudan ceza kanunun bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından dolayı ortaya çıkan hukuki hata ile ceza kanununda yer almayan fakat bu kanunu ilgilendiren kuralların bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından ortaya çıkan hukuki hata olarak ikiye ayrılmıştır. Burada ceza kanunları dışında kalan kanunlar bakımından ortaya çıkan hatanın, fiili hataya dönüşmemiş olması gerektiği ifade edilmiştir.²²⁴ Bir başka açıdan hukuki hatanın olumlu veya olumsuz hukuki hata olarak ortaya çıkabileceği de ileri sürülmüştür ki her iki duruma ilişkin açıklamalarımıza tezin muhtelif kısımlarında yer verilmiştir.²²⁵

Öğretide hukuki hatanın ortaya çıkış şekillerine göre de farklı ayrımlar yapılmıştır. Bunlardan ilki planlı hukuki hatadır. Planlı hukuki hatada kişi, fiilini suç olarak düzenleyen bir normun var olduğunu bilmesine rağmen, içeriği hakkında kasıtlı olarak bilgi sahibi olmamakta ve hatasını mazeret olarak ileri sürmektedir. Bu durumdaki hatanın daima kaçınılabılır bir hata olduğu ve kişinin bu hatasına dayanarak kusursuz olduğunu ileri sürmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.²²⁶ Kanaatimizce, hukuki hata, failin bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği bir fiilin, ceza normu ile tanımlanan bir suç olduğunu bilmemesi veya bir ceza normunu yanlış yorumlayarak suç teşkil etmediği düşüncesiyle gerçekleştirdiği bir davranışın aslında suç olması durumu olduğuna göre, failin fiilini suç olarak düzenleyen bir normun var olduğunu bilmesine rağmen, içeriği hakkında bilerek bilgi sahibi olmaması durumu hata olarak kabul edilemeyecektir. Bilinç, algı ve bilgilerin zihinde duru ve aydınlık olarak izlenme süreci olduğuna göre ve hata da istemeyerek veya bilmeyerek yapılan yanlış olduğuna göre, bir hata yapılırken aynı zamanda bilinçli olunamayacağı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, bir kuralın var olduğunu bilmesine rağmen, içeriği hakkında bilerek bilgi sahibi olmayan ve hatasını mazeret olarak ileri süren kişi, kaçınılabılır bir hata içerisinde olmayacak, eyleminden kusur derecesine göre kasten veya taksirle sorumlu tutulacaktır. Kaldı ki, bir suçun manevi unsurunun

²²³ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 136.

²²⁴ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 271.

²²⁵ Nurcan GÜNDÜZ 2015, agm s. 504; Sesim SOYER GÜLEÇ 2008, agm s. 62; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 463.

²²⁶ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 157.

bulunabilmesi için, hareketin ve ihmalin mutlaka bilinçli ve iradi olması gerekmektedir.²²⁷

Hukuki hatanın ortaya çıkış şekline göre ikinci durum “*taksirli hukuki hata*” olarak ifade edilmiştir. Bu durumun var olması için üç koşulun bulunması gerektiği ileri sürülmüştür. İlk koşul, hataya düşülmek istenmemiş olmasıdır. İkinci koşul, norm hakkında bilgi veren, normun içeriği konusunda kişileri uyaran ve dolayısıyla hataya düşülmesini önleyici düzenlemelere uyulmamış olmasıdır. Son koşul ise hukuki hataya düşülmesini önleyici kurallara uymamanın faile isnat edilebilir olmasıdır. Burada, hataya düşülmesini önleyici kurallara uyulmasının failden beklenip beklenmeyeceği de araştırılmalıdır.²²⁸

Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir. Daha önce de ifade edildiği gibi taksir hukuki hatanın kaçınılabilir olup olmadığının tespitinde önemli bir rol oynamaktadır. 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmamaktadır. İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılabilir hataya düşülmesi taksirin tanımı ile benzerlik göstermektedir. Kaçınılabilir hataya düşülmesi ile dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi benzer durumlardır. Buna göre bilinebilir olmasına rağmen fail norma veya normun içeriğine ilişkin bilgi sahibi olmak için herhangi bir çaba göstermemiş, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak normun içeriğini öğrenmemiş ise kaçınılabilir hata söz konusu olacaktır.²²⁹

Biz ise burada hukuki hatanın ortaya çıkış şekline göre; normun varlığına ilişkin hata, yorumlamaya ilişkin hata, hukuka uygunluk sebebinin varlığına ilişkin hata, yürürlüğe ilişkin hata ve geçerliliğe ilişkin hata olarak beşli bir ayırım yapmayı tercih ediyoruz.

2.3.1. Normun Varlığına İlişkin Hata

Normun varlığına ilişkin hata, fail tarafından aslında suç teşkil etmeyen davranışını yasaklayan bir normun var olduğunun düşünülmesi veya davranışını kanunda suç olarak düzenleyen bir norm olduğunun hiç bilinmemesidir. İlk durumda

²²⁷ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, agm s. 211.

²²⁸ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 157.

²²⁹ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 326.

fail işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu düşünmektedir; ikinci durumda ise fail fiilinin haksızlık oluşturduğunun bilincinde değildir.²³⁰

Normun varlığına ilişkin hata iki nedenden kaynaklanabilir. İlk neden, kişinin kanunda suç olarak düzenlenmemiş bir fiili, suç olarak düzenlendiği düşüncesiyle işlemesidir. Mefruz suç olarak da tanımlanan bu durumda, hiç kimse yasada suç olarak düzenlenmeyen bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağından, failin suç işlediği düşüncesiyle gerçekleştirdiği eyleminden dolayı sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Bu durum aynı zamanda olumlu hukuki olarak tanımlanmaktadır.²³¹

İkinci neden ise fail, eylemini kanunda suç olarak düzenleyen bir normun varlığından haberdar olmaması, suç teşkil etmediği düşüncesiyle eylemini gerçekleştirmesi durumudur. Bu da olumsuz hukuki hata olarak tanımlanacaktır. Ceza kanunlarını bilmemek mazeret oluşturmayacağından, failin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüğü durumlar saklı kalmak kaydı ile olumsuz hukuki hatasının ceza sorumluluğuna herhangi bir etkisi olmayacaktır.²³²

Failin eylemini kanunda suç olarak düzenleyen bir normun varlığından haberdar olmaması da yine iki nedenden kaynaklanabilecektir. Bu nedenler faile bağlı olmayan objektif nedenler olabileceği gibi aslında bilinebilir bir normun failden kaynaklanan subjektif nedenlerle bilinmemesi durumu da olabilecektir.²³³

Objektif nedenler, ceza normunu ihtiva eden kanunun yayımlandığı resmi gazetenin henüz dağıtılmamış olması ya da kişiye atfedilemeyecek bir nedenle resmi gazetenin ulaşılamaz olması, failin eylemini gerçekleştirdiği yerde yaşanan doğal afet nedeniyle failin bilgi alma vasıtalarından hiçbirine ulaşamaması gibi nedenlerdir. Burada failin kanunu bilmek konusunda mutlak ve objektif bir imkansızlığı vardır, dolayısıyla kanunu bilmemek konusunda kusuru da bulunmayacaktır. Failin kanunu bilmemesinin kınanması mümkün olmayacaktır.²³⁴ Aslında bu nedenler, ceza normunun kimse tarafından bilinmesinin olanaklı olmadığı durumlardır. Öğretide bazı yazarlarca buna kanunu öğrenme konusundaki mutlak ve kolektif imkansızlıktan meydana gelen önlenemez bilmeme de denilmektedir.²³⁵

²³⁰ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 430; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 223-224.

²³¹ age s. 223-224; Nurcan GÜNDÜZ 2015, agm s. 504.

²³² agm s. 505.

²³³ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 156.

²³⁴ Nurcan GÜNDÜZ 2015, agm s. 506.

²³⁵ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 265.

Sübjektif nedenler ise olayın özellikleri, failin eğitim ve bilgi düzeyi ile tecrübesi dikkate alınarak, ceza normu bilinebilir olmasına rağmen, fail tarafından yine de bilinmemesi sonucunu doğuran nedenlerdir. Buradaki bilgisizlik objektif açıdan kaçınılmaz bilgisizliktir. Failin kanunu öğrenme imkanına sahip olduğu hallerde hatanın kaçınılmaz olduğunu söylememiz mümkün değildir.²³⁶

Burada tartışılması gereken bir husus da bir kanun ile ilgili olarak toplumun büyük bir bölümünde hasıl olan genel bir bilgisizliğin ne şekilde değerlendirilmesi gerektiğidir. Kanaatimizce, “*Ceza kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*” kuralı çerçevesinde, genel veya kolektif bilgisizliği mazeret kabul etmek, hukuk bilinci ile bağdaşmayacaktır. Aksi takdirde, bir grubun kanunu yürürlükten kaldırabilmesine olanak tanınmış olacaktır ki bu da hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edecektir.²³⁷

2.3.2. Yorumlamaya İlişkin Hata

Hukuki hata, kişinin bir ceza normunu veya ceza normu dışında kalan bir normu yanlış yorumlayarak, kendi davranışına uygulanmayacağı düşüncesiyle bir eylemde bulunması şeklinde de ortaya çıkabilecektir. Aslında uygulamada en çok karşılaşılan hukuki hata türü de yorum hatası nedeniyle suç teşkil eden bir davranışta bulunulmasıdır.²³⁸

Kanunu tamamen bilmekle beraber, eyleminin kanun kapsamına girmediğini zanneden kişiye, kanunun gerçekte ne anlama geldiğini bilmek ve öğrenmek imkanına ve yükümlülüğüne sahip olmasından değil, bu yanlış zan ve kanaatinin bir saik teşkil etmesinden dolayı, kusuruna göre cezai sorumluluk yüklenecektir.²³⁹

Ceza normunun yanlış yorumlanması muhtelif sebeplerden kaynaklanabilir. Yorum hatası, kanunun üst normlara aykırı olması, kanunların karışık olması, kanun metninin çelişki içermesi, kanunun yorumunda genel bir tereddüdün yaşanması, idarenin ya da hukuki danışmanın faili hatalı yönlendirmesi, kanunun mahkemeler tarafından farklı uygulanması ya da kanunun yürürlüğe konuluş amacından farklı uygulanması gibi objektif nedenlerden kaynaklanabileceği gibi failin genel bilgi seviyesinin kanunla yasaklanan fiilin ne olduğunu tek başına anlamasına olanak tanınamaması, kendi eyleminin hukuk düzeni içerisinde haksızlık oluşturduğu

²³⁶ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 159.

²³⁷ Aynı yönde Sahir ERMAN 1946, agm s. 525.

²³⁸ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 434; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 467.

²³⁹ Sahir ERMAN 1946, agm s. 525.

hususunda yanlış bir değerlendirmede bulunması gibi sübjektif nedenlerden kaynaklanabilecektir.²⁴⁰

Öncelikle, yorumlama hatası, münhasıran sübjektif olabilecektir. Bu durumda kişinin hatası kaçınılmaz hukuki hata kapsamında değerlendirilerek mazeret olarak kabul edilmeyecektir. Örneğin, Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından 14.07.2017 tarihinde verilen 2017/1443 E. 2017/4758 K. sayılı kararda:

“Anayasanın 122. maddesinde düzenlenen usule aykırı olduğu açıkça anlaşılan ve askeri hiyerarşi zincirine uymayan, mahiyeti itibariyle de anayasal düzene karşı silahlı teşebbüs suçunu teşkil ettiği ülke genelinde objektif olarak anlaşılan ‘Sıkıyönetim Direktifi’ konulu emrin gereğini icra yönünden, bilgi düzeyi olayın özellikleri, tecrübe, rütbe ve konumu gibi olgular nazara alındığında TCK’nın 30/4 maddesi bağlamında kaçınılmaz bir hata içinde olduklarının kabulüne imkan bulunmadığı da gözetilerek tüm unsurları itibariyle oluşan müsnet suçtan cezalandırılmalarında eleştiri dışında hukuka aykırılık yoktur.” şeklinde gerekçe tesis edilmiştir.²⁴¹

Yorum hatasına dayalı olarak ortaya çıkan hukuki hata genel ve müşterek de olabilecektir. Yorum hatası ile ilgili olarak tartışılması gereken hususlardan biri, ceza normunun çelişkili olduğu, mahkemelerce farklı uygulandığı veya uygulayıcıların yahut toplumun büyük kesimi tarafından anlaşılmadığı durumlarda, yorum hatasının fail bakımından mazeret teşkil edip etmeyeceğinin tespitinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiğidir. Her ne kadar öğretilerde kanun metninin anlaşılması imkansız olacak derecede karmaşık olduğu durumlarda, gerçekte ortada bir kanun olmadığı, kanunun bir irade içerdiği ve anlaşılması mümkün olmayan iradenin yok sayılması gerektiği ileri sürülmüş olsa bile, bir kanunun yokluğuna uygulayıcılar veya toplum tarafından hükmedilemeyeceği kanaatindeyiz.²⁴² Kanun açıkça veya zımnen ilga edilmedikçe, uygulamak ve yorum türlerine göre kanunla ortaya konmak istenen iradenin ne olduğunu anlamaya çalışmak gerekir. Nitekim, kanunun, kanundaki bir ibare veya kelimenin tek bir anlamı bulunmaktadır. Birden fazla anlam taşısa veya kullanılan kelimelerin ya da ifadelerin ne anlama geldiği anlaşılmasa bile bu anlamdan yalnız birisi kastedilmiş ve anlatılmak istenmiştir.²⁴³ Burada yorum hatasının fail bakımından mazeret teşkil edip etmeyeceği hususunda, 5237 sayılı TCK’nın 30’uncu maddesinin

²⁴⁰ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 156; Nurcan GÜNDÜZ 2015, agm s. 506.

²⁴¹ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://lib.kazanci.com.tr>, ET. 10.12.2017.

²⁴² Aynı yönde Sahir ERMAN 1946, agm s. 526.

²⁴³ agm s. 526.

dördüncü fıkrası uyarınca değerlendirme yapılması uygun olacaktır. Fiilinin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin, kusursuz kabul edilerek cezalandırılmaması gerekecektir. Ceza hukuku konusunda uzmanlığı veya bilgisi olanların, uygulayıcıların bile tereddüt ettiği bir hususta, hayatın olağan akışı içerisinde edindiği bilgi ve deneyimle kişinin, fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olduğunu kabul etmek mümkün olmayacaktır. Kanunun anlamı açıkça ortaya konulmamışsa, failin lehine yorum yapmak uygun olacaktır.²⁴⁴ Ancak burada ilave olarak kişinin, konusunda uzman bir kişiden yardım alarak, kendisine düşen özeni ve çabayı göstermesi de gerekecektir.

Bu noktadan itibaren önceki bölümlerde de açıklamaya çalıştığımız gibi yorum hatasına, o kanunu yorumlamaya yetkili ve görevli makamlar da sebep olabilecektir. Kanunun anlamında yanlışlığa düşen görevli ve yetkili resmi memurun yorum hatasının, aynı zamanda buna güvenerek bir davranışta bulunan kişi bakımından mazeret teşkil edip etmeyeceği hususunda yukarıda gerekli açıklamalarda bulunulduğundan, tekrara girmemek adına burada yeniden ele almaktan kaçınıyoruz.

Ülkemiz adalet sistemi içerisinde yargı içtihatlarının bir kısmı bağlayıcıdır. Bunlar içtihadı birleştirme kararları ile Anayasa Mahkemesi kararlarıdır. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu uyarınca Yargıtay Genel Kurulu tarafından verilen içtihadı birleştirme kararları, Yargıtay hukuk ve ceza genel kurulları, Yargıtay daireleri ve alt derece mahkemeleri açısından bağlayıcıdır. İçtihadı birleştirme kararları dışında kalan mahkeme kararları sadece dava konusu somut olay ve tarafları bakımından hukuki önemi haizdir. Ancak bir mahkemenin uyuşmazlığı çözerken belirli bir normu uygulama şekli, benzer bir olayla karşılaşan aynı ya da farklı bir hâkimin aynı normu uygulayarak vereceği kararda yol gösterici nitelik taşımaktadır.²⁴⁵ Bu nedenle, bir normun ne şekilde yorumlanacağını belirlemek açısından, benzer ihtilaflara dair verilen kararları incelemek büyük önem taşımaktadır. Bu yöntem benzer olaylarla ilgili olarak benzer uygulamayı sağlayacağından adaletin eşit tecelli etmesi ve mahkeme kararları arasında birlik ve uyum sağlanmasına da neden olur. Bu noktada somut bir olayda yerel mahkemece ve devamında kanun yolu aşamasında üst derece mahkemelerince daha önce bir başka kişi hakkında mazeret olarak kabul gören hukuki hatanın, sonradan bir başkası tarafından yaşanan benzer bir olayda da kabul göreceğinin düşünülmesi ve yorum hatasına düşülmesi durumunda bu hatanın mazeret

²⁴⁴ agm s. 526.

²⁴⁵ İlyas Doğan (2020), *Hukuka Giriş*, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, s. 76.

olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Kanaatimizce burada failin daha önce verilen yargı kararında gerçekleştirilen fiilin aslında bir ceza normunu ihlal ettiğine ve fiilin haksızlık oluşturduğuna ilişkin bilgisi tamdır. Dolayısıyla failin önceki kararı gerekçe göstererek yorum hatasına düştüğü hususundaki savunmasının kabul görmemesi ve gerçekleştirdiği suçtan kasten sorumlu tutulmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Farklı failer bakımından uygulama bu şekilde gerçekleşirken, aynı kişinin daha önce düştüğü yorum hatasının mahkemece mazur görülmesi ve daha sonra bu karara dayanarak ikinci kez aynı eylemde bulunması durumunda mahkemece ne şekilde karar verileceği hususunun ise ayrıca ele alınması uygun olacaktır. Kanaatimizce, fail lehine olan ilk mahkeme kararıyla birlikte ceza normuna dair yapmış olduğu yorumun hatalı olduğunu öğrenmektedir. Aksi takdirde, fail içine düştüğü yorum hatasının farkına varmayarak ve ikinci defa aynı şekilde davranarak başka bir suç işlemişse ve gerçekleştirilen ikinci fiil de mahkemece mazur görülecek olursa, sistem faile aynı mazeretten yararlanma imkanı getirmiş olur. Kaldı ki burada ortaya çıkan hata failin gerçekleştirdiği fiilin haksızlık teşkil edip etmediğine ilişkindir. Dolayısıyla, kişinin yorum hatası daha önce mahkemece kaçınılmaz haksızlık hatası olarak mazur görülmüş ve fail bu hususta bilgi sahibi olmuş ise, aynı konuda ikinci kez kaçınılmaz yorum hatasının söz konusu olamayacağı, bu defa failin haksızlık bilinci ile hareket ettiğinin kabul edilmesi ve ortaya çıkan suçtan kasten sorumlu tutulması gerektiği değerlendirilmektedir.²⁴⁶

Mahkemelerce aynı konu hakkında farklı yönde kararların bulunması durumunda, fail tarafından benzer somut olayda bunun mazeret olarak ileri sürülmesi ne şekilde sonuç doğuracaktır? Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi kararları ile içtihadı birleştirme kararları hariç olmak üzere mahkemelerce verilen kararlar bağlayıcı olmadığından, unsurları ve özellikleri bakımından benzer somut olaya ilişkin farklı kararlar nedeniyle yorum hatasına düşen kişinin hukuki hatasının salt farklı kararlar bulunduğu gerekçesiyle mazeret olarak kabul edilmesi uygun olmayacaktır.²⁴⁷ Nitekim, içtihadı birleştirme kararları dışındaki kararların bağlayıcı olmayacağı hususundaki bilginin üçüncü kişi bakımından kolaylıkla ulaşılabilecek bir bilgi olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ayrıca benzer eylemler hakkında farklı yargı

²⁴⁶ Sahir ERMAN 1946, agm s. 528.

²⁴⁷ Öğretide içtihat değişikliğini bilmeyen herhangi bir kimsenin kaçınılmaz hatadan yararlanacağı şeklinde değerlendirmede de bulunulmuştur. Berrin AKBULUT 2019, age s. 611.

kararlarının bulunması da kişinin davranışının kanuna uygun olup olmadığı hususunda ilave araştırma yapılması ve şüpheye düşülmesi sonucunu doğuracak niteliktedir. Yine yukarıda belirtildiği üzere, bir davranışın suç teşkil edip etmediği hususunda farklı yargı kararlarının olması ve bunun mazeret olarak ileri sürülebilmesi inancı failin kastına değil, failin o eyleme ilişkin haksızlık bilincine etki edecektir. Dolayısıyla bu durumda da failin suçtan kasten sorumlu tutulması uygun olacaktır. Eylemin kanuna uygun olup olmadığı hususunda şüphenin olduğu her durumda kaçınılabılır hata söz konusu olacaktır.²⁴⁸

2.3.3. Hukuka Uygunluk Sebebinin Varlığına ve Kapsamına İlişkin Hata

Hukuki hatanın üçüncü görünüm şekli, hukuka uygunluk sebebinin varlığına ve kapsamına ilişkin hatadır. Fail, fiilinin ceza kanununda suç olarak düzenlendiğini bilmesine rağmen, işlediği fiili hukuka uygun hale getiren bir sebebin bulunduğunu düşünerek hareket etmesi yahut somut olayda bir hukuka uygunluk sebebi bulunmasına rağmen failin bunu bilmemesi ve fiilinin suç teşkil ettiğini düşünerek hareket etmesi durumlarında hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata durumu söz konusu olur.²⁴⁹

5237 sayılı TCK'nin önemli değişiklikler getirdiği "hata" kurumunu düzenleyen 30'uncu maddesinin ACK'nin 16 ve 17'nci maddelerinden esinlenilerek kaleme alındığı daha önceki bölümlerde ifade edilmiştir. Her iki kanun arasında bu bakımdan benzerlik bulunmakla birlikte, 5237 sayılı TCK'de kanun koyucu ACK'den farklı olarak 30'uncu maddenin üçüncü fıkrasında ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan sebeplerin maddi koşullarında hatayı açıkça düzenlemiştir. Hüküm "*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır.*" şeklindedir. Madde gerekçesinde, tasarının 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında "*hukuka uygunluk nedenlerinde hata*" ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiş, madde metnindeki "*hukuka uygunluk nedenleri*" yerine "*ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler*" konulduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce söz konusu düzenleme hem hukuka uygunluk sebeplerinde hem de kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebeplerde hatayı kapsamaktadır.²⁵⁰

²⁴⁸ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 158; Nurcan GÜNDÜZ 2015, agm s. 513.

²⁴⁹ Olgun DEĞİRMENCİ 2014, agm s. 141.

²⁵⁰ Cengiz APAYDIN (2020), *Meşru Savunma*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 216.

Alman öğretisinde hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin koşullarının gerçekleştiği hususunda hata kavramı açıklanırken birtakım teoriler öne sürülmüştür. Bunlar; kast teorisi, kusur teorisi, suçun negatif unsurları teorisi, katı kusur teorisi, sınırlandırılmış kusur teorisi olarak sayılabilecektir. Bu teoriler kapsamında, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarının gerçekleştiği hususundaki hatanın, suçun haksızlık unsuru kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği açıklanmaya çalışılmıştır.²⁵¹

Bunlardan katı kusur teorisine göre, hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı, sınırları ve koşulları hakkındaki hata hukuki hata kapsamında değerlendirilecek, kusurluluğu ortadan kaldıracaktır. Diğer teoriler bakımından ise hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata hâkim öğretiye göre “*kastı*” ortadan kaldırmaktadır. Bu durumda taksirli sorumluluk hali saklı kalmaktadır. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin maddi koşullarında hata durumunda ise eğer bu hata kaçınılmazsa kişinin “*kusur*”undan bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla kusurlu kabul edilemeyecek kişinin cezalandırılması da söz konusu olmayacaktır.²⁵²

Yapılan açıklamalar dikkate alındığında karşımıza iki sonuç çıkmaktadır. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında ortaya çıkan hata tipikliğin manevi unsurlarından kastı ortadan kaldıracak taksirli sorumluluk hali saklı olacak ya da hata kusur seviyesinde bir hata olarak kabul edilecek ve sorun hukuki hataya ilişkin kurallar çerçevesinde çözümlenecektir.²⁵³

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hataya ilişkin ilk durum, failin gerçekte var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu sanarak veya gerçekte var olan bir hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını geniş yorumlayarak, eyleminin kendi tasavvurundaki hukuka uygunluk nedeninin sınırları kapsamına girdiğini düşünerek bir eylemde bulunduğu durumlarda karşımıza çıkacaktır.²⁵⁴

Örneğin, bir kişinin, başkasının çocuklarını terbiyesizlik yaptıklarında döverek ıslah edebileceğini düşündüğü durumlarda; bir ıslah evi müdürünün, hükümlü ve tutukluların sağlık durumlarıyla yakından ilgilenmesi yükümlülüğü kapsamında, hükümlü bir çocuğu doğrudan sünet ettirmesi veya hükümlü bir kız çocuğuna bekaret

²⁵¹ Elvan KEÇELİOĞLU 2013, agm s. 310.

²⁵² agm s. 310-311.

²⁵³ agm s. 310.

²⁵⁴ Olgun DEĞİRMENCİ 2014, agm s. 166.

kontrolü yaptırması gibi durumlarda, hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata söz konusu olacaktır.²⁵⁵

Yine, öğretmenlerin öğrenciler üzerinde disiplinin sağlanması amacıyla terbiye ve itaat ettirme hakları bulunmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunca 22.02.2000 tarihinde verilen 2000/4-11 E. 2000/30 K. sayılı kararda²⁵⁶ bu hakkın ancak disiplin cezası vermek ile bedensel zarara yol açmayacak şekilde kulak tutmak, tek ayağı üzerinde durdurmak gibi davranış biçimleriyle sınırlı olup hiçbir zaman etkili eylemde bulunmayı kapsamayacağına işaret edilmiştir. Nitekim, bir öğretmen, yaptığı meslekten doğan görevinin, öğrencilerin bedensel olarak cezalandırılmasına ilişkin bir hakkı da kapsadığını düşünerek bir öğrencisine karşı yaralama boyutunda bir eylemde bulunursa, var olan bir hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını olduğundan geniş şekilde yorumladığı için hataya düşecektir.²⁵⁷

Hukuka uygunluk nedeninin varlığı ve kapsamına ilişkin her iki hata örneği de yürürlükte bulunan normların bilinmemesine dayandığından, hukuki hata kapsamında değerlendirilecektir. Nitekim failin, eyleminin kanunda suç olarak düzenlenmediği yönündeki hatalı tasavvuru ile hukuk düzeninin bu eylemi istisnai bir şekilde hukuka uygun gördüğüne dair hatalı tasavvur arasında ortaya çıkış şekilleri ve sonuçları bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır.²⁵⁸

Aslında hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı veya kapsamına ilişkin hata daha çok hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, fail gereklilik sınırlarını aşan veya gelecekteki saldırılara yönelik olan savunma hareketlerinin de meşru savunma kapsamında değerlendirileceğini düşündüğünde veya hukuka uygunluk sebebi olan zaruret halinin çatışan menfaatlerin daha eşit değerde olduğu durumlarda başkasının haklarına müdahale etme iznini verdiğini düşündüğünde yahut yakalama hakkının herkese silah kullanma yetkisi verdiğini sandığı durumlarda hukuka uygunluk sebebinin sınırının hata ile aşılması durumu söz konusu olacaktır. Aslında hukuka uygunluk sebebinin sınırına ilişkin hatayı, mevcut olmayan bir hukuka uygunluk sebebi var sanarak hareket etmekten ayırmak çoğu zaman mümkün olmayacaktır. Her iki durumda da fail kendi tasavvurunda ayrı bir hukuka uygunluk nedeni yaratmaktadır. Dolayısıyla

²⁵⁵ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 281; Berrin AKBULUT 2019, age s. 607.

²⁵⁶ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://lib.kazanci.com.tr>, ET. 13.12.2017.

²⁵⁷ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr>, ET. 25.06.2021; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 278.

²⁵⁸ agt s. 278.

burada failin hatasında mevcut bir hukuka uygunluk nedeninden ne kadar uzaklaştığı önem taşıyacaktır.²⁵⁹

Kanaatimizce bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı ya da kapsamı hakkında hataya düşen failin hatası kaçınılmazsa kişi kusurlu kabul edilmeyerek cezalandırılmayacak; hata kaçınılabirirse fail suçun kasıtlı şeklinden cezalandırılacak ancak bu durum temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Nitekim madde gerekçesinde:

“... söz konusu nedenlerin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabir olması durumunda ise kişi işlediği fiilden sorumlu tutulacak ve fakat bu hata temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.” şeklinde gerekçe tesis edilmiştir.

Diğer taraftan, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata, sadece hukuka uygunluk nedeninin varlığı ve kapsamında değil, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarına ilişkin de olabilecektir.²⁶⁰ Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata fiili hataya ilişkin bölümde detaylı bir şekilde ayrıca ele alınacağından bu kısımda sadece hukuka uygunluk nedeninin varlığına ve kapsamına ilişkin hatanın da ortaya çıkış şekline göre hukuki hata kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır.

2.3.4. Yürürlüğe İlişkin Hata

Normun varlığına ilişkin hatada, fail davranışını kanunda suç olarak düzenleyen bir normun olduğunu hiç bilmemektedir. Yorumlamaya ilişkin hatada fail varlığını bildiği bir ceza normunu veya ceza normu dışında kalan bir normu yanlış yorumlamaktadır. Yürürlüğe ilişkin hatada ise fail kuralın içeriğini bilmekte ve doğru yorumlamakta olmasına rağmen davranışını gerçekleştirdiği tarihte bu normun henüz yürürlüğe girmemiş olduğunu veya yürürlükten kalkmış olduğunu düşünmektedir.²⁶¹

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2000/7-240 E. 2000/237 K. sayılı 05.12.2000 tarihli kararında da yürürlüğe ilişkin kaçınılmaz hatanın 765 sayılı TCK'nin yürürlükte olduğu dönemde yapılan yorum kapsamında suç işleme kastını ortadan kaldıracığı ele

²⁵⁹ Claus ROXIN (2006), “Yasağa İlişkin Yanılma”, *Suç Politikası*, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Prof. Dr. H.C. Mult. Claus Roxin'e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 254.

²⁶⁰ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 264; Olgun DEĞİRMENCİ 2015, agm s. 170 vd.

²⁶¹ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 192.

alınmıştır.²⁶² Kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'da bu yönde bir düzenleme bulunmamakla birlikte²⁶³, konunun kast teorisi kapsamında ele alındığı görülmektedir. 5237 sayılı TCK döneminde ise kanaatimizce konunun 30'uncu

²⁶² Yargıtay Ceza Genel Kurulunun anılan kararında "... 4250 sayılı İspirto ve İspirtole İçkiler İhisarı Yasasının 19. maddesinde, "İspirto ile bira ve şarap dahil her çeşit ispirotolu içki satmak isteyenler inhisar idaresinden ruhsat almaya mecburdurlar" kuralı getirilmiş ve aynı Yasanın 31. maddesinde ise, 19. madde gereğince ruhsat almadan içki satanların cezalandırılmaları öngörülmüştür.

Diğer yandan, 4313 sayılı Yetki Yasasına dayanılarak çıkarılan ve 28.06.1995 tarihinde yayımlanan 560 sayılı Yasa Hükmünde Kararnamenin 21. maddesinin 4. fıkrasında, 4250 sayılı Yasanın 31. maddesinin yürürlükten kaldırıldığı hükmüne yer verilmiştir. Ancak bu hüküm, Türkiye Büyük Millet Meclisinde Anayasa'nın 91. maddesinin 7. ve devam eden fıkraları uyarınca görüşülmemiş ve halen yasalamaşmamıştır. Görüleceği üzere, bir ceza hükmünün yürürlükten kaldırılmasına ilişkin düzenleme Yasa Hükmünde Kararname ile yapılmıştır.

Anayasa'nın 38. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." hükmü ile "cezaların yasallığı" ilkesi getirilmiştir.

Yine, Anayasa'nın 91. maddesinin 1. fıkrasında Türkiye Büyük Millet Meclisince, Bakanlar Kuruluna Yasa Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi verilebileceği öngörülmüş ve aynı maddede KHK. ile düzenlenemeyecek konular da sayılmıştır. Buna göre, olağanüstü haller ve sıkıyönetim hali ayrık kalmak üzere Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler Yasa Hükmünde Kararnameler ile düzenlenemeyecektir.

Anayasanın "cezaların yasallığı" ilkesini getiren "Suç ve Cezalar" başlıklı 38. maddesi de 91. maddede sayılan hallerdendir ve Anayasanın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer almakta olup, bu konuda Yasa Hükmünde Kararname ile düzenleme yapılmasına olanak yoktur. Suç ve cezanın ancak yasa ile konulabileceği ve yasa çıkarma yetkisinin de Anayasanın 7. ve 87. maddeleri uyarınca T.B.M.M'ne ait olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği yadsınamayacak bir gerçektir. Nitekim, yargısal kararlarda da aynı husus vurgulanmış olup, gerek Anayasa Mahkemesinin 06.07.1993 gün ve 5/25 sayılı kararında, gerekse Ceza Genel Kurulunun uyuşmazlık konusu ile örtüşen 02.06.1998 gün ve 135/200 sayılı, 14.11.2000 gün ve 216/221 sayılı kararları ile benzer konulardaki 19.04.1993 gün ve 16/100 sayılı, 10.05.1999 gün ve 11/151 sayılı kararlarında açıklanarak yerleşen uygulamaya göre, bir suç ve ceza hükmünün düzenlenmesi nasıl yasa ile yapılmak gerekirse, yasalarda yer alan bu tür bir düzenlemenin de ancak yasa ile yürürlükten kaldırılması veya değiştirilmesi olanaklıdır.

Yukarıdaki açıklamalar karşısında Özel Daire kararında belirtilen görüşün aksine, Yasa Hükmünde Kararname ile bir ceza hükmünün kaldırılmasına olanak bulunmadığı anlaşılmakla, 4250 sayılı Yasanın ceza hükmü içeren 31. maddesinin halen yürürlüğünü koruması nedeniyle Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının bu yönüyle geçerli bulunduğu kabul edilmelidir.

Öte yandan, TCY'nın 45. maddesinin 1'nci fıkrası "Cürümde kastın bulunmaması cezaı kaldırır." hükmünü taşımaktadır. 4250 sayılı Yasanın 19. maddesindeki izinsiz içki satma suçunun yaptırımını öngören 31 nci maddesinin yürürlükten kaldırıldığına ilişkin -hukuken geçerli görünmese dahi- KHK. ile 28.10.1995 tarihinde işlenmiş olduğu da nazara alındığında, sanığın somut olayda müsnet suçun kasıt ögesini taşıdığından söz etmeye olanak yoktur..." denilerek, kanunla öngörülen bir cezanın kanun hükmünde kararname ile yürürlükten kaldırılmasına olanak bulunmadığı, bunun hukuken geçerli olmayacağı, ilgili düzenlemenin TBMM tarafından onaylanarak yasa haline getirilmesinden sonra geçerli olabileceğini, ancak kanun hükmünde kararnameye güvenerek cezai yaptırım öngören normun yürürlükte bulunmadığını düşünen fail tarafından izinsiz alkollü içki satışı yapılmasında suç işleme kastının bulunmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://lib.kazanci.com.tr>, ET. 19.12.2017; Örnek için bkz. agt s. 195.

²⁶³ Mülga 765 sayılı TCK döneminde; Kanun'un 44'üncü maddesinde "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" hükmüne yer verilmiştir. Haksızlık bilincinin failin cezalandırılmasına engel olacağı hususunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hataya ilişkin tek düzenleme ise, Kanun'un 52'nci maddesinde şahısta hataya ilişkin düzenleme olmuştur. Bu dönemde hata bakımından genel olarak hukuki hata ve fiili hata olmak üzere ikili bir ayırım yapılmış ve kanunların bilinmemesinin veya yanlış yorumlanmasının mazeret nedeni sayılmayacağı, önemsiz olduğu ve failin ceza sorumluluğu bakımından herhangi bir etkisinin bulunmayacağı, ancak istisnai olarak yapılan hatalı yorumun yetkili kişi ya da mercilerin resmi açıklamalarına dayandığı hallerde artık kaçınılmaz bir hatanın mevcut olacağı ve Kanun'un 44'üncü maddesinin uygulanmayacağı, ceza normunun dışındaki normlarda hata halinde failin kastının ortadan kalkacağı kabul edilmiştir. agt s. 196.

maddenin dördüncü fıkrası kapsamında ele alınması uygun olacaktır. Anılan düzenlemede işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, somut olayda kişinin yürürlüğe ilişkin hatası kaçınılmaz kabul edildiği takdirde haksızlık bilincinin bulunmadığı kabul edilecek ve hakkında 5271 sayılı CMK'nin 223'üncü maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendi uyarınca hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekecektir.

Diğer taraftan, yürürlük hatası ile ilgili olarak öğretide tartışılan konulardan bir tanesi de failin, belirli bir ceza normunun davranışına uygulanacağını bilmesine rağmen, bu normun daha üst dereceli bir norma aykırı bulunduğu gerekçesi ile geçersiz bulunduğunu düşünerek hareket etmesinin yürürlük hatası kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği olmuştur.²⁶⁴

Kanaatimizce, bir normun üst normlara aykırı olduğu gerekçesiyle geçerli olmadığı düşünülerek bir davranışta bulunulmasının yürürlük hatası kapsamında değerlendirilemeyeceği, bunun yorumlama hatası veya geçerliliğe ilişkin hata kapsamında değerlendirilebileceği düşünülmektedir. Çünkü fail davranışının bir ceza normu kapsamına girdiğini ve normun yürürlükte olduğunu bilmektedir. Ceza kanununu bilmemek mazeret sayılmayacağına göre, bir ceza normunun varlığı veya içeriği hususunda herhangi bir hatası olmayan ve söz konusu normu üst normun muhteviyatı karşısında değerlendirme yeteneğine sahip failin yürürlük hatasına düştüğü söylenemeyecektir. Bununla birlikte, Anayasanın 153'üncü maddesine göre bir kanun maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde dahi maddenin yürürlüğü geçmişe dönük olarak değil, geleceğe dönük olarak hüküm ve sonuç doğurmaktadır.²⁶⁵ Bu nedenle, bir kanunun yasa koyucu tarafından değiştirilmediği veya iptal kararı verilmediği müddetçe, üst norma aykırı olduğu gerekçesiyle kendisine uygulanmayacağını düşünen failin yürürlük hatası içerisinde olduğu ve bu hatasının kaçınılmaz olduğu kabul edilemeyecektir.

Ancak Anayasanın 153'üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş bir kanun maddesi gerekçeli iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkmaktadır. Bu nedenle, sadece failin Anayasa Mahkemesince iptal edildiğini düşündüğü, ancak gerekçeli kararın henüz

²⁶⁴ agt s. 192.

²⁶⁵ Mustafa BABAYİĞİT (2016), "Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 124, s. 188.

Resmi Gazete’de yayımlanmadığını bilmediği veya kararın etki doğurması için böyle bir zorunluluğun bulunduğunu da bilmediği durumlarda yahut Anayasa Mahkemesince bir ceza normunun iptal edilmesi ancak konu üzerine yeni düzenleme yapılması adına yasama organına belirli bir süre verilmesi durumlarında²⁶⁶, kişinin bu süreden haberdar olmadığı ve suç teşkil eden davranışı gerçekleştirdiği hallerde, kaçınılmaz olması koşuluyla iptal kararının etkisine ilişkin hata mazeret olarak kabul edilebilecektir.

2.3.5. Geçerliliğe İlişkin Hata

Failin, bir davranışta bulunurken kendi vicdanındaki meşruiyet düşüncesini temel alması ve davranışını yasaklayan normun geçerli olmadığını düşünerek hukuk düzeni tarafından kabul edilmeyen bir davranışta bulunması durumunda geçerliliğe ilişkin hata söz konusu olacaktır. Nitekim, failin bir davranışı kendi vicdani ölçütlerine göre değerlendirmesi, aslında o davranışı yasaklayan mevcut normların kendi vicdani kararlarına uygun olup olmadığı, kendi vicdani ölçütlerine aykırı ise o normu tanımaması şeklinde olacaktır. Hukuk düzeni herkesi bağladığından, bu durum fail bakımından mazeret niteliği taşıyan hukuki hataya düşmesi sonucunu doğurmayacaktır.²⁶⁷

Örneğin, kendi babasını öldüren şahsı, bu durumda vicdanen kan davasının meşru olacağını ve kasten öldürme suçundan dolayı hüküm giymeyeceğini düşünerek öldüren ya da dinen kısasa kısasın farz kılındığını düşünerek bir başkasını öldüren fail, bu hatasını mazeret olarak ileri süremeyecektir. Benzer şekilde bir tanrıya bağlı olmama, şeytana ve kötülüğe tapma inancıyla kasten insan öldüren sanığın, tek saikinin satanizm doğrultusundaki kendi öz inançları olduğunu ileri sürmesi haksızlık bilincini etkilemeyecektir. Dolayısıyla, 5237 sayılı TCK’nin 30’uncu maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen kaçınılmaz haksızlık hatası, kişinin vicdani ölçütlerinden bağımsız değerlendirilecektir.

Burada, dini kurallar, ahlak normları, genel adaba ilişkin ilkeler ile davranış kurallarının haksızlık bilincine temel oluşturup oluşturmayacağı tartışılabilir. Bunlar ceza hukukunun doğrudan kaynağı değildir. Her ne kadar ülkelerin ceza siyaseti ortak toplumsal bilinçten etkilense de ceza hukukunun temel aldığı normlar,

²⁶⁶ Örnek için bkz. Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 194.

²⁶⁷ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 370; Neslihan GÖKTÜRK 2016, age s. 31; Sesim SOYER GÜLEÇ 2008, agm s. 74-75; Hakan HAKERİ 2019, age s. 468.

toplumsal bilinçten etkilenen normlarla birebir aynı olamayacakları gibi hepsinin bunlara uyum içinde olmaları da beklenemeyecektir. Toplumsal bilincin oluşturduğu kurallar neticesinde bir kişinin bir davranışta bulunmak veya bulunmamak konusundaki inancı, bu inancın aksi ceza normunun meşruiyetini ve kendisine uygulanabilirliğini tartışmasına tereddüt etmesine dayanak oluşturamayacaktır. Ceza adaletinin mutlak surette dağıtılmasına yönelik olan ve ortak akıl ile ortak vicdana kaynaklık niteliği taşıyan görüşler, somut gerçekliğin ifadesi olamayacaktır. Bu itibarla hukuki hatayı ortak akla ya da ahlaki temele dayandıran görüşler isabetli olmayacaktır.²⁶⁸

Geçerliliğe ilişkin hata yalnızca, mevcut ceza normunun dini kurallar, ahlak normları, genel adaba ilişkin ilkeler ile davranış kurallarına aykırı olduğu ve bu nedenle geçerli olmadığı düşüncesiyle ortaya çıkmayacaktır. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus bir önceki başlık altında incelediğimiz, bir normun üst normlara aykırı olduğu ve dolayısıyla geçerli olmadığı şeklinde bir değerlendirmeye suç teşkil eden bir davranışın gerçekleştirilmesi ya da alt düzenlemeye aykırı üst normun, artık geçerli olmadığı düşüncesiyle, kanuna aykırı alt düzenlemeye uygun ancak suç teşkil eden davranışta bulunulması durumunda da söz konusu olacaktır. Yine, düzenlemeyi çıkaran merciin kanun koyma yetkisi olmadığından veya söz konusu maddenin temel haklara aykırı olduğundan veya belirlilik ilkesini ihlal ettiğinden dolayı normun geçersiz olduğunun kabul edilmesinde failin geçerliliğe ilişkin hukuki hata ile hareket etmesinden bahsedilebilecektir.²⁶⁹

Örneğin, 5237 sayılı TCK'nin 151'inci maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olarak çıkarılan bir tebliğ uyarınca bazı hayvanların öldürülmesi meşru kılınırsa ve bu düzenleme Kanunun artık geçerli olmadığı düşüncesiyle bir başkasının hayvanını öldüren şahsın kusuru ortadan kalkacak, kanun maddesinin geçersizliğine ilişkin bilgisizliği mazeret olarak kabul edilecektir.

Her ne kadar failin, hukuki sebeplerden dolayı bir normun geçerli olmadığını ileri sürmesi ve böylelikle bir mazeret sebebinden faydalanmak istemesi mümkün olsa bile, somut olayda mazeret teşkil edecek hukuki hatanın gerçekten olup olmadığının titizlikle incelenmesi gerekmektedir. Nitekim, yukarıda saydığımız örneklerden fail bakımından mazeret sayılabilecek durumlara, yani failin kanunun geçersiz olduğunu emin olacak düzeyde bildiği ya da tasavvur ettiği durumlara oldukça nadir

²⁶⁸ Tuğrul KATOĞLU 2003, age s. 67-68.

²⁶⁹ Claus ROXIN 2006, agm 255; Neslihan GÖKTÜRK 2016, age s. 130.

rastlanabilecektir. Failin, normun geçerliliği hakkında şüphe ettiği, geçersizliği mümkün ya da bir ihtimal olarak gördüğü ancak yine de davranışı gerçekleştirdiği durumlarda kaçınılabilir bir hatanın olduğu kabul edilmelidir.²⁷⁰

2.4. HUKUKİ HATANIN UNSURLARI

Somut olayda hukuki hatanın bulunabilmesi, bazı unsurların birlikte varlığına bağlıdır. Bunlar; bir hukuk normunun bulunması, failin fiilinin bu hukuk normuna aykırı olması, ancak failde fiilinin bu hukuk normuna aykırı olduğu yönünde bir bilincin bulunmaması ve failin hukuki hatasının kaçınılmaz olmasıdır.

2.4.1. Hukuk Normunun Bulunması

Suçun kanuni unsuru ya da tipiklik denilince, failin davranışının yasada yazılı tanıma uygun olması akla gelmektedir. Eğer davranış, yasadaki tanıma uygun değilse, suçun tüm unsurları bulunmasına rağmen, yine de suç teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla, gerçekleştirilmiş bir eylemin suç sayılıp sayılmayacağı sorusu gündeme geldiğinde, ilk olarak bu eylemin yasadaki tiplerden birine uygun olup olmadığı araştırılacaktır.²⁷¹

Aynı şekilde, bir davranışın 5237 sayılı TCK kapsamında hukuki hata kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusu gündeme geldiğinde, varlığı ya da kapsamında hataya düşülen normun bir hukuk normu olması gerekecektir. Eş anlatımla, ceza hukukunda hukuki hata pozitif hukukta hataya karşılık gelmektedir.²⁷²

Her ne kadar pozitif hukuk devletin egemenlik iradesinin yansıması olsa da hukukun kaynağı halkın bilinci, vicdanı ve yaşanmışlıklarıdır. Ancak, bu itibarla, ahlak kuralları, toplumsal davranış kuralları ile din kuralları hukuki hatanın konusunu oluşturmamaktadır.²⁷³ Ceza hukukunda bazı temel suç tipleri bakımından, bunlar benzerlik gösterse de pozitif hukukun koruduğu birçok hukuki değer örf ve adet hukukundan etkilense de ve özellikle bireyler hukuk normları ile bu kuralları birlikte ele alsalar da, bunlar birbirleri ile karıştırılmamalıdır.²⁷⁴

Ahlak kuralları, toplumsal davranış kuralları ile din kuralları, zaman içinde kendiliğinden oluşan ve pozitif hukuktan daha eski ve hatta pozitif hukuku etkileyen

²⁷⁰ Claus ROXIN 2006, agm s. 255.

²⁷¹ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 223; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 240.

²⁷² Domenico PULITANO (1976), *L'Errore di Diritto Nella Teoria Del Reato*, Giuffrè Editore, Milano, s. 131.

²⁷³ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 51-52.

²⁷⁴ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 60.

kurallardır. Bunlar doğrudan ceza hukukunun kaynağını oluşturmazlar. Ancak kanunun koyduğu kuralları tamamlamak için doğan örf ve adetin, sanığın aleyhine olmaması koşuluyla hukuki bir etkiye sahip olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Örneğin örf ve âdet vasıtasıyla yeni hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler tanınabilecektir.²⁷⁵ Diğer taraftan, pozitif hukuk bunlara doğrudan atıfta bulunmuşsa o zaman ceza hukukunun kaynağını oluşturacaklardır. Ancak yine de öğreti örf ve adetin yeni suç ve ceza yaratamayacağı veya var olan bir suçu ortadan kaldıramayacağı konusunda görüş birliği içerisinde. Doğrudan atıf ceza normunun kendisi tarafından yapılan atıftır.²⁷⁶

Bazı durumlarda bunlar ceza normunun yorumlanmasında da önem taşırlar. Örneğin, bir davranışın sarkıntılık, söz atma, hayasız hareketler kapsamında sayılıp sayılmayacağı, davranışın gerçekleştirildiği çevredeki örf ve adete göre belirlenecektir. Yine haysiyet ve şerefe karşı suçlarda, bir hareketin haysiyet kırıcı nitelikte olup olmadığı, bir davranışın genel ahlak ve adaba aykırı olup olmadığı da o yöredeki genel toplumsal tutumdan yola çıkılarak tespit edilecektir.²⁷⁷

Ahlak kuralları da birçok alanda pozitif hukuk kuralları ile örtüşmektedir. Pozitif normun cezalandırdığı birçok davranışı ahlak kuralları da cezalandırmaktadır. Örneğin öldürme, cinsel saldırı, hırsızlık hem ceza normları tarafından hem de ahlak normları tarafından yasaklanmış, kınanmış davranışlardır. Ancak, bunlar her zaman birbirlerinin koşutu olmazlar. Bir davranışın suç olarak düzenlenmesi siyasi veya ekonomik yönden gerekli ise ahlaka uygun olup olmadığına bakılmaksızın kanun koyucu onu suç olarak düzenleyebilecektir.²⁷⁸

Ceza hukuku, bir vatandaşın hukuka aykırı bir davranışta bulunması durumunda her zaman başvurulacak bir yol değildir. Her ne kadar bir şahsın cezalandırılması için hukuka aykırı ve kusurlu bir davranış aranıyor olsa da cezalandırma sadece bir örf ve âdet kuralına aykırılığa veya failin haksız davranışına veya zihniyetine dayandırılmaz. Bir davranış hukuka aykırı ve kusurlu olmasına rağmen, kanun koyucu tarafından ihlalin çok ağır görülmemesi ve ceza siyaseti yaptırımına bağlanmaması da imkân dahilindedir.²⁷⁹

²⁷⁵ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 52.

²⁷⁶ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 111.

²⁷⁷ age s. 112.

²⁷⁸ age s. 113-114.

²⁷⁹ Bernd HEINRICH 2014, age s. 8.

Bununla birlikte, hukuk normları rasyonel olduğu gibi ahlak kurallarında böyle bir şart bulunmamaktadır. Ahlak kuralları irrasyonel de olabilir. Nitekim, ahlak normları toplumun farklı kesimlerinde dahi farklılaşabilmekte, toplumdaki farklı çevrelere veya her bir kişiye göre farklı ahlaki değerlere göre oluşabilmekte ve bunlardan birinin diğerleri nazarında üstün olduğunu kabul etmeye imkan bulunmamaktadır.²⁸⁰

Diğer taraftan, hukuk düzeninin tekliği karşısında, farklı alanların birbirinden tamamen bağımsız olduğu da söylenemeyecektir. Örneğin, ceza hukuku, özel hukuk veya idari düzenlemelerin açık bir şekilde müsaade ettiği davranışları yasaklayamaz. Yine, bir davranışın özel hukuk bakımından hukuka aykırı olması ve tazminat talep hakkını doğurması, ancak herhangi bir cezalandırmaya mesnet oluşturmaması mümkündür. Hukuk tüm alanlarıyla bütünleşik ve tutarlı bir sisteme işaret etmek durumundadır.²⁸¹

5237 sayılı TCK'nin 5'inci maddesinde, Kanunun genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda kanaatimizce hukuki hata kapsamında ceza normlarının bilinmemesini yalnızca 5237 sayılı Kanun'da düzenlenen suç ve ceza normları ile sınırlamak doğru olmayacaktır.

Ayrıca, özel hukuk veya idare hukukuna ilişkin kuralların ceza hukukunu doğrudan etkilediği durumlar da vardır. Nitekim, hukuk düzeni, birbirinden tamamen bağımsız bir düzeni işaret etmemektedir. Bir bütünü işaret ederek, topluca işleyen bir sistemdir. Bu sistemin birer parçası olan normlar birbirlerini karşılıklı olarak tamamlamaktadırlar. Örneğin, başkasının zilyedi olduğu taşınır bir malı zilyedinin rızası dışında alan bir şahsın, hırsızlık suçu işlediğini ve söz konusu normu bilebilmesi için özel hukukta tanımlanan zilyedin ne olduğunu bilmesi gerekir. Bir ceza normunu yorumlayan şahsın, davranışının o norma uygun olmadığını, eş anlatımla suç işlemediğini bilmesi için, yorumlanan normun ait olduğu hukuk dalının genel düzenlemelerini ve tanımlamalarını da bilmesi gerekir. Bunların bilinmesi, hukuki hataya düşülmemesi bakımından kişinin yaşadığı şüpheleri de ortadan kaldıracaktır. Bu nedenle, ceza normunun atıfta bulunduğu veya ceza normunda kullanılan bir

²⁸⁰ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 114.

²⁸¹ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 273-274; Berrin AKBULUT 2019, age s. 468.

kavramı tanımlayan özel hukuk normunun bilinmesi de hukuki hatanın konusunu oluşturan kuralın bilinmesi ile yakından ilişkilidir.²⁸²

Bunun dışında, yürütme organının, kanundan kaynaklanan yetkisine dayanarak koyduğu düzenleyici işlemler de vardır. Her ne kadar söz konusu düzenleyici işlemlerle, Anayasanın 38'inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca suç ve ceza konulmasa da düzenleyici işlemlerle suçun unsurlarının belirlenmesine sıklıkla başvurulmaktadır. Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak ve kanunun çizdiği sınırlar dahilinde suçun unsurlarının belirlenmesi ve o davranışı gerçekleştiren şahsa uygulanacak ceza bakımından ceza kanununa atıfta bulunulması haklı bir uygulama gibi gösterilmekte ise de bu durum yasama organının bir kanunla yürütme organına düzenleyici işlemle suç oluşturması yetkisi verilmesine engel olmamaktadır. Dolayısıyla bu bakımdan idari düzenlemeler de bir davranışın hukuki hata altında gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini tespit açısından doğrudan kapsam dahilindeki maddi hukuk hükümler içerisinde sayılacaktır.²⁸³

Failin tipe uygun bir harekette bulunması, ancak bunun suç olduğunu bilmemesi durumunda hukuki hatanın varlığından bahsedilecektir. Dolayısıyla, bir davranışın “*hukuki*” olup olmadığı da ceza hukukunda hareketin tipik, yani kanunda tanımlanmış olup olmamasına göre tespit edilecek, failin bu kapsamda yukarıda özetle belirtilen ceza normu ile doğrudan veya dolaylı olarak ceza normunu tanımlayan maddi hukuku bilmemesi veya yanlış yorumlaması hukuki hatanın temelini oluşturacaktır. Kısaca hukuki hata ancak bir hukuk normunun varlığına bağlı olarak, bu normun varlığında hataya düşülmesi ya da yanlış yorumlanması durumunda söz konusu olacaktır.²⁸⁴

2.4.2. Failin Fiilinin Hukuk Normuna Aykırı Olması

Ceza hukuku bakımından hareket, insanın dış dünyada bir sonuç doğuran davranışdır. Hareket dediğimiz olgu ise bir şeyi yapmak ya da yapmamak şeklinde ortaya çıkabilir. Hemen hemen bütün yazarlar, hareketsiz suç olmayacağı görüşünde mutabıktır. Ancak başta MANZINI olmak üzere bazı yazarlarca, hareketin mutlaka yapmak veya yapmamak şeklinde ortaya çıkmayacağı, bunun dışında bazı suçların

²⁸² age s. 269; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2021, age s. 49.

²⁸³ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 49-50; Berrin AKBULUT 2019, age s. 100; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 57.

²⁸⁴ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 136.

yalnızca bir durumdan doğabileceği ifade edilmiştir. Bu suçlar şüphe suçları veya durum suçları olarak tanımlanmaktadır. Bunların tipik örneği 765 sayılı TCK'nin 571'inci maddesinde düzenlenen aşıkare surette sarhoşluk ve aynı Kanun'un 578'inci maddesinde suç olarak düzenlenen kilitleri açmaya yarayan taklit anahtar, maymuncuk taşıma veya bir kimsenin üzerinde kendi haliyle mütenasip olmayan para veya eşya bulundurma suçlarıdır. Bu görüşü savunanlara göre, bir şeyin zilyetliğini elinde bulundurmamak bir hareket değildir.²⁸⁵ Her ne kadar şüphe veya durum suçlarında hareket olmadığı ileri sürülmüş olsa bile, aslında bu suçlarda da bir hareket bulunmaktadır. Üzerinde kendi haliyle mütenasip olmayan bir şeyi bulundurmamak da bir hareket kabul edilmelidir.²⁸⁶

Bu itibarla, ceza hukuku alanında hareketin bir tanımını yapacak olursak; hareket, icrai veya ihmali bir davranış biçimi olup, insan vücudu tarafından gerçekleştirilen ve belirli bir amaca yönelmiş iradenin, kaslara verdiği emirlerin dış dünyadaki görüntüsüdür.²⁸⁷ Ancak, yalnız icrai veya ihmali bir hareketin varlığı ortaya bir suç çıkmasına tek başına yeterli olmayacaktır. Hukuka uygun davranmak kişilerin inisiyatifindedir. Bu anlamda hukuka aykırılık da yine kişilerin iradesi ile olacaktır. Hukuka aykırılık, hukukun koruyucu ve düzenleyici düzenlemelerine karşı çıkma iradesinin bir sonucudur. Hukuk normuna açık ve somut biçimde karşı çıkan bir irade bulunmadığı sürece norm ile çatışma olmayacak, dolayısıyla hukuka aykırılık bulunmayacaktır.²⁸⁸

Ceza hukuku ise her türlü hukuka aykırılıkla ilgilenmemektedir. Bir davranış hukuka aykırı olsa bile, ceza hukuku yalnızca ceza normu ile müeyyide sevk edilen hukuka aykırılıklarla ilgilenmektedir. Ceza hukukunda bir hareketin suç olarak kabul edilebilmesi için her şeyden önce yasada yer alan belli bir tanımdaki harekete uygun olması gerekmektedir. Yani suç tipinde tanımlanan tüm unsurları gerçekleştiren bir davranış tipe uygundur. Bu kapsamda, failin hukuki hatasının ceza hukukuna konu olabilmesi için hata ile gerçekleştirdiği davranışın ceza kanununda suç olarak tanımlanmış olması gereklidir.²⁸⁹ Örneğin şahsın kendi yaşam hakkına son verebileceğini düşünerek intihar etmesi durumunda, failin norma ilişkin bilgisizliği her ne kadar hukuki bir hataya işaret etse de intihar kanunda suç olarak

²⁸⁵ Uğur ALACAKAPTAN 1975, age s. 40; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 245.

²⁸⁶ age s. 245.

²⁸⁷ Uğur ALACAKAPTAN 1975, age s. 41-42.

²⁸⁸ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 313.

²⁸⁹ Uğur ALACAKAPTAN 1975, age s. 8.

düzenlenmediğinden ceza hukuku kapsamında bir hukuki hatadan bahsedilemeyecektir.

Yine, suç teşkil etmeyen bir davranışta bulunan, ancak davranışının suç teşkil ettiğini düşünen failin hatası da ceza hukukunda hukuki hatanın konusunu oluşturmayacaktır. Nitekim fail hukuki hata içerisinde bir davranışta bulunmuş olsa da cezai herhangi bir sorumluluğu olmadığı için ceza hukuku bakımından davranışının bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin, evlilik dışı cinsel ilişkiye giren ve bu davranışının suç olduğunu düşünen failin norma ilişkin hatası da yine ceza hukuku bakımından önemsiz kabul edilecektir.²⁹⁰

Diğer taraftan daha önce de ifade edildiği üzere, ceza normları tipik suç fiilini belirlerken açık veya örtülü olarak başka kanunlara atıfta bulunmaktadır. Özel hukuk veya idare hukukuna ilişkin kuralların ceza hukukunu doğrudan etkilediği durumlarda, özel hukuk veya idare hukukuna ilişkin normların bilinmemesi veya hatalı yorumlanması, ceza sorumluluğunu da etkileyecektir. Bu kanunları bilmeme veya yorumlamaya ilişkin hataya istinaden ortaya çıkan hukuka aykırı davranışlar da ceza hukukunda hukuki hatanın konusunu oluşturacaktır.²⁹¹

Özetle, failin tezin konusunu oluşturan ceza hukukunda hukuki hataya düştüğünün söylenebilmesi için, davranışının ceza normuna veya ceza normu tarafından atıfta bulunulmakla suçun normatif unsurunu tamamlayan bir hukuk normuna aykırı davranışta bulunması gerekmektedir.

2.4.3. Failde Haksızlık Bilincinin Olmaması

5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrasında işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün somut olaya uygulanabilmesi için iki şartın varlığı aranmaktadır. Bunlar haksızlık bilincinin bulunmaması ve failin hatasının kaçınılmaz olmasıdır.²⁹²

Haksızlık bilincinin bulunmaması, failin gerçekleştirdiği davranışın haksızlık oluşturduğu hususunda herhangi bir düşünce ve kanaatinin olmamasını ifade

²⁹⁰ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 384.

²⁹¹ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 136.

²⁹² Sesim SOYER GÜLEÇ 2008, agm s. 73.

etmektedir.²⁹³ Eğer failin, işlediği fiilin haksızlık oluşturmadığı hususundaki düşünce ve kanaati kaçınılmaz bir hataya dayanıyorsa, kanuna ilişkin bilgisizliği veya yorum hatası mazeret teşkil edecektir. Düzenleme “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*” kuralının istisnasına işaret etmektedir. Her iki unsur birlikte bulunduğunda kişinin kanuna ilişkin bilgisizliği veya yanlış yorumu mazeret teşkil edecektir.²⁹⁴

Bu itibarla, hukuki hata ile haksızlık bilinci kavramları birbirini bütünleyen aynı olgunun iki farklı görünüşü olarak tanımlanabilecek kavramlardır. Failin davranışının hukuki hata kapsamında değerlendirilebilmesi için bu davranışı haksızlık bilincinden yoksun olarak gerçekleştirmiş olması gerekecektir. Yani fail, gerçekleştirdiği davranışın suç olduğunu bilmediği, bunu haklı bir davranış olarak gördüğü sürece hukuki hata içerisinde hareket edecektir. Bu nedenledir ki Alman Federal Cumhuriyet Mahkemesi haksızlık bilincini “*failin gerçekleştirdiği davranışın hukuken izin verilmiş değil, yasaklanmış bir eylem olduğunu bilmesi*” olarak tanımlamaktadır. Bu noktada bir genelleme yapacak olursak, haksızlık bilincinin varlığı, ceza normuna ilişkin olumlu bir bilgiyi ihtiva etmektedir.²⁹⁵

Bir olayda haksızlık bilincinin bulunmamasına neden olabilecek bir hatanın söz konusu olabilmesi için ise iki şart aranmalıdır. Öncelikle, fail gerçekleştirdiği davranışı tüm hukuk düzeni içerisinde meşru bir davranış olarak görmelidir. Yani, gerçekleştirdiği davranışın kanunda suç olarak düzenlendiği hususunda herhangi bir bilgisi olmamalıdır. Diğer taraftan, kişinin hatası hukuki düzenlemenin veya hukuka uygunluk nedeninin normatif unsurlarına ilişkin olmalıdır. Suç tipinin maddi unsurlarına veya hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarına ilişkin hata, kastı ortadan kaldıracığı için bu kapsamda değerlendirilemeyecektir.²⁹⁶

Daha önce de açıklamaya çalıştığımız gibi hatada gerçeklik ile failin tasavvuru arasında bir farklılık bulunmaktadır. Gerçekleştirilen davranışta failin haksızlık bilincinin bulunmamasında da benzer şekilde, failin bilincinde geçerli hukuk düzeni ile aslında gerçekte olan hukuk düzeni arasında bir farklılık bulunmaktadır. Failin

²⁹³ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2021, age s. 444; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 325; Berrin AKBULUT 2019, age s. 603; Neslihan GÖKTÜRK 2016, age s. 31; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 122.

²⁹⁴ Berrin AKBULUT 2019, age s. 604-605; Hakan HAKERİ 2019, age s. 467; Olgun DEĞİRMENCİ 2015, agm s. 139; Sesim SOYER GÜLEÇ 2008, agm s. 69.

²⁹⁵ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 123.

²⁹⁶ agt s.184.

bilincinde farklı bir kaynağı esas alan meşruiyet düşüncesi nedeniyle fail eyleminin haksız olmadığını düşünmektedir.²⁹⁷

Failin haksızlık bilincine sahip olup olmadığının araştırılacağı alan ise şu şekilde belirlenebilecektir: Yukarıda da ifade edildiği üzere, suç tipinin maddi unsurlarına veya hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarına ilişkin olan fiili hata dışında, failin hukuki hata içerisinde hareket ettiği durumlarda haksızlık bilincinin bulunmaması fail açısından mazeret teşkil edecektir. Nitekim, bir hatanın ceza sorumluluğunu etkileyebilmesi için failin davranışını haksızlık teşkil etmediği düşüncesi ile yerine getirmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hukuki hata daha kapsayıcı bir olguya işaret etmektedir. Her hata durumunda haksızlık bilinci ortadan kalkmakta ancak hata suçun maddi unsurlarına ilişkin olduğunda fiili hata kapsamında bir değerlendirme yapılarak kastın ortadan kalktığı kabul edilmektedir.²⁹⁸

Burada hemen ifade etmek gerekir ki haksızlık bilinci ile kusurluluk kavramları birbirinden farklı kavramlardır. İtalyan ceza hukuku, kusurun varlığı için davranış ve neticeye ilişkin bilinci yeterli görmüştür.²⁹⁹ Haksızlık bilinci kavramı kusurluluktan farklı olarak tabii hukuk düzenine dahil olan temel ayrımların idrakinde olmayı kapsar. Dolayısıyla neticenin öngörülmesi ve istenmesi kavramlarından tamamen bağımsızdır. Haksızlık bilincinde, kişinin davranışının, hukukun maddi değerler düzeni tarafından onaylanmadığına ve gerek nicelik gerekse nitelik olarak derecelendirilebilir bir değersizliği ihtiva ettiğine ilişkin bilinç bulunmaktadır. Kişi hukuk düzeninin temel kurallarına karşı öznel bir değerlendirmede bulunmaktadır. Haksızlığa ilişkin bilinç bulunmaksızın hukuki hataya düşülerek gerçekleştirilen bir davranışın varlığında, somut olayın hukuki hata kapsamında ele alınması gerekecektir.³⁰⁰

Bir kişinin haksızlık bilinci ile hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için, haksızlık bilincinin suç teşkil eden eylemin gerçekleştirildiği anda var olması gerekmektedir. Kişinin başlangıç hareketlerinden fiilin tamamlanmasına kadar geçen her aşamada bu bilinçle hareket etmesini beklemek de doğru bir yaklaşım

²⁹⁷ Berrin AKBULUT 2019, age s. 609.

²⁹⁸ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 184-185.

²⁹⁹ 1930 tarihli İCK'nin 43'üncü maddesinde kast "*Hareket veya ihmalden kaynaklanan zararlı veya tehlikeli bir sonucun, fail tarafından öngörülmesi ve istenmesi halinde, kanunun da suçun varlığı için bu bağlantıyı aradığı durumlarda, suç kasıtlı veya olası kasıtlıdır.*" şeklinde tanımlanmıştır. Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 35-36.

³⁰⁰ İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 448-449; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 132 vd.; Tuğrul KATOĞLU 2003, age s. 114.

olmayacaktır. Örneğin, bir kişi hırsızlık yaparken, başkasına ait bir malı çalmanın kanunen yasak olduğunu bilmektedir. Ancak suçu işlerken düşüncelerini ve dikkatini yaptığının yasak olduğundan ziyade fiilin başarı ile sonuçlanmasına vermektedir. Dolayısıyla, failin başlangıçta haksızlık bilincine sahip olması ve yaptığının hukuk düzenince yasak olduğunu bilmesi haksızlık bilinci ile hareket etmesi bakımından yeterli sayılacaktır.³⁰¹

Diğer taraftan, failin gerçekleştirdiği davranışın haksızlık oluşturup oluşturmadığı hususunda tereddüt yaşadığı durumlar da söz konusu olabilecektir. Örneğin, kişinin kendisine veya bir başkasına karşı yöneltilen haksız bir saldırıyı defetmek için gerçekleştirdiği davranışın meşru savunma hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini bilmediği durumlarla sıklıkla karşılaşmaktadır. Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 2004/6067 E. 2005/25165 K. sayılı 16.11.2005 tarihli kararında:

“...henüz kendisine saldırı gerçekleşmemiş olan sanığın, elinde bıçak olan mağduru eline geçirdiği nacak ile yaralaması suretiyle meydana gelen olayda meşru müdafaa şartlarının gerçekleşmediği gözetilerek tahrik hükümlerinin uygulanması suretiyle mahkumiyet hükmü tesisi...” gerektiği hükme bağlanmıştır.³⁰²

Benzer şekilde, failin gerçekleştirdiği davranışın haksızlık teşkil etmediğini sadece hukuka uygunluk nedeni kapsamında hareket ettiğini düşündüğü durumlarla karşılaşılabilir.³⁰³

5237 sayılı TCK'nin “Sınırın aşılması” başlıklı 27'nci maddesinin birinci fıkrasında, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde kast olmaksızın sınırın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunacağı; ikinci fıkrasında ise meşru savunmada sınırın aşılmasının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Buradan hareketle meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılması durumunda fail kontrol edemediği ve sağlıklı düşünme yeteneğini önemli ölçüde azaltan fizyolojik ve mental nedenler etkisi altında hareket ettiğinden, failin haksızlık bilinci ile hareket ettiğinin ileri sürülmesinin mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Anılan maddenin birinci fıkrasında geçen,

³⁰¹ Claus ROXIN 2006, agm s. 256.

³⁰² Karar için bkz. Dilek GÜLER (2017), *Meşru Savunma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 59.

³⁰³ Olgun DEĞİRMENCİ 2015, agm s. 141.

ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması durumu ise failin taksirli hareket etmesinden başka bir anlama gelmemektedir. Hukuki hatanın kusuru ortadan kaldırması ve kusuru olmayan kişinin taksirle hareket etmesinin mümkün olmaması dikkate alındığında, Kanun'un sistematigi içerisinde kişinin haksız bir saldırıyı defetmek için gerçekleştirdiği davranışın meşru savunma hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin tereddüdünün hukuki hata kapsamında değil, kasta etki eden fiili hata kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. Nitekim, failin davranışının hukuk düzenince yasaklanmış olabileceği hususunda tereddüt yaşadığı her durumda, davranışının haksızlık teşkil edebileceği bilincine sahip olduğu kabul edilecektir.³⁰⁴

Kanaatimizce burada ikili bir ayırım yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Failin hareketine izin verildiğine dair şüphelerinin olduğu bir olayda hukuki hataya ilişkin ilkelerin uygulanması, failin haksızlığa ilişkin şüphelerini bertaraf etme imkanının bulunmadığı durumlarda failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması doğru bir yaklaşım olacaktır. Örneğin, bir konuşmayı diğer tarafın bilgisi olmaksızın kayıt altına alma imkanının bulunup bulunmadığını bilmeksizin kayıt altına alan kişi, daha sonra davranışının ceza normları kapsamında haksızlık oluşturup oluşturmadığını araştırma, konunun uzmanına danışma ve buna göre hareket etme imkanına sahip bulunacaktır. Bu şekilde bilgisizliğini ve tereddüdünü gidermediği takdirde, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hata içerisinde olduğunu ileri sürmeye hakkı olmayacaktır. Özetle failin gerçekleştirdiği fiile hukuk düzenince izin verildiğine ilişkin kaçınılmaz hata içerisinde olduğu hallerde failin cezai sorumluluğuna gidilmemelidir.³⁰⁵

Diğer taraftan, haksızlığa ilişkin içinde bulunduğu durum ve koşullar altında bertaraf edemeyeceği şüpheleri bulunan failin, muhtemelen suç olduğunu düşündüğü iki davranış biçiminden birini seçme imkanından başka bir seçeneği olmadığı durumlarda, haksızlık içeriği diğerine nazaran daha yoğun olan seçeneği seçse dahi kaçınılmaz haksızlık hatası içerisinde bulunduğunu kabul etmek uygun olacaktır. Örneğin, suçlunun kaçmasına engel olmak için silahla ateş edip durdurma yetkisinin olup olmadığını bilmeyen polis memuru, ateş ettiği takdirde kasten yaralamaktan

³⁰⁴ Neslihan GÖKTÜRK (2016), "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan 'Hukuka Aykırılık' İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", *İçinde İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.: 7, S.: 1, Malatya, s. 433; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 70; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 284.

³⁰⁵ Olgun DEĞİRMENCİ 2015, agm s. 170.

sorumlu tutulabileceğini düşünmekte, diğer taraftan ateş etmediği takdirde görevi ihmalden sorumlu tutulmaktan korkmaktadır. Bu gibi durumlarda olması gereken şey, failin acil durumlarda mümkün olduğu kadarıyla, birbirleriyle çatıştığını düşündüğü hukuki menfaatlerin değerlerini ve bu davranışlardan hangisinin hukuka uygun olacağı ihtimalinin ağır basacağı hususunda bir değerlendirmede bulunarak buna göre hareket etmesini beklemektir. Fail buna rağmen, hatalı değerlendirmede bulunarak hukuka aykırı alternatifini seçse dahi, doğrudan kusur ilkesiyle bağlantılı olarak failin kınanabilirliği doğru bir yaklaşım olmayacağından somut olayın kaçınılmaz bir hata kapsamında değerlendirilmesi uygun olacaktır. Buna göre, bertaraf edilemeyen şüphelerde haksızlık bilincinin bulunup bulunmadığının tespiti için failin davranışını muhtemelen haksızlık oluşturmadığı inancıyla gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin, hangi menfaatlerin tehlikede olduğunun, beklemenin hangi zararlara sebep olacağına ve davranışının hukuka uygun olmadığı yönünde şüpheleri olan kişinin sebep olduğu zararın ağırlığının göz önünde bulundurulması gerekecektir.³⁰⁶

Failin dikkatsiz ve özensiz davranarak muhtemel olarak haksızlık oluşturduğuna dair kuvvetli şüphelerinin olduğu, hukuka uygun olma ihtimali diğerine göre daha az olan davranışı seçmesi durumunda, kesin bir açıklıkla normun varlığına dair bir bilgiye sahip olmasa bile, hukuka aykırılık bilincinin bulunduğu kabul edilmesi gerekecektir.³⁰⁷

Failin tek bir fiilinin birden fazla suç tipinin oluşumuna neden olduğu hallerde ise haksızlık bilincinin olup olmadığı her bir suç tipi açısından ayrıca değerlendirilmelidir. Buna öğretide haksızlık bilincinin bölünebilirlik özelliği adı verilmektedir.³⁰⁸ Yani, tek bir davranışla birden fazla normu ihlal eden failin, bu suçlardan birine ilişkin haksızlık bilincinin bulunması, diğer suçlar bakımından da haksızlık bilinci bulunduğu anlamına gelmeyecektir. Failde haksızlık bilincinin bulunması için, ilgili normla korunan somut hukuksal değeri ihlal ettiğini bilmesi gerekir. Dolayısıyla haksızlık bilinci failin cezalandırılacağı her bir somut norm bakımından ayrıca ele alınmalıdır.³⁰⁹

Bu gibi durumlara, biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması nedeniyle tek fiil sayılan bileşik suçlarda veya işlenen bir fiil ile birden

³⁰⁶ Claus ROXIN 2006, agm s. 258.

³⁰⁷ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 158; Nurcan GÜNDÜZ 2015, agm, s. 513; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 211.

³⁰⁸ agt s. 199.

³⁰⁹ Neslihan GÖKTÜRK 2016, agm s. 421; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 198.

fazla farklı suçun ortaya çıktığı fikri içtimanın uygulanacağı durumlarda karşılaşılabilecektir. Burada iki sonuç karşımıza çıkabilecektir. İlk durumda, birden fazla hukuksal değeri koruyan tek bir suç tipi içinde farklı hukuksal değerlerin bulunması ve haksızlık bilincinin bölünebilmesi söz konusu olabilecektir. Örneğin, kendisine ait bir malı başkasının elinden tehdit kullanarak alan bir kimse, tehdide dair haksızlık bilincine sahipken, kendi malını almanın karşı tarafın koruma altında olan zilyetlik değerine hukuka aykırı müdahale olduğuna ilişkin haksızlık bilincinden yoksunsa, burada yağma suçuna ilişkin haksızlık bilincinin olmadığı söylenebilecektir.³¹⁰

Bir hukuksal değeri ihlal ettiğinin bilincinde olan failin, aynı suçun nitelikli tiplerinden birine ilişkin haksızlık bilincine sahip olmadığı yönündeki mazereti geçerli bir mazeret olarak kabul edilmeyecektir. Diğer bir ifadeyle, suçun nitelikli hallerini düzenleyen hükümlere ilişkin haksızlık bilincinin bölünebilmesi söz konusu olmayacaktır. Nitekim burada failin, kanunda ihlali suç olarak düzenlenen hukuki menfaate yönelik haksız eylemlerinin bulunduğu yönünde bilinci bulunmaktadır. Ancak nitelikli hal kanunda farklı bir madde kapsamında ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmişse, failin ayrı bir suç olarak düzenlenen tipe ilişkin bilinçsizliğinin failin lehine yorumlanması gerekecektir. Kanaatimizce, belirli bir suçun nitelikli şeklinin ayrı bir suç olarak düzenlenmiş olması, suçun nitelikli haline farklı bir haksızlık ölçütü tanımaktadır. Davranışının, suçun temel şekli açısından haksızlık oluşturduğunu bilen bir failin, suçun nitelikli halinin ayrıca farklı bir haksızlık ölçütü altında korunduğuna ilişkin bilgisi bulunmayabilir. Bu gibi durumlarda ayrı suç tipi bakımından failin haksızlık bilincine sahip olduğundan bahsedilemeyecektir. Örneğin, kişiye karşı hakaret suçunu işlediğini düşünen, ancak Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını aşağılayarak 5237 sayılı TCK'nin 301'inci maddesinde düzenlenen suç tipini ihlal eden failin bu maddeye ilişkin haksızlık bilincinin olmaması, davranışın hukuki hata kapsamında gerçekleştirildiğinin kabulü sonucunu doğuracaktır.³¹¹

Buna karşılık, suçun nitelikli hali, suçun işleniş biçiminden kaynaklanıyorsa, davranışının suçun temel şekli bakımından haksızlık oluşturduğunu bilen failin,

³¹⁰ Cengiz APAYDIN 2018, age s. 98.

³¹¹ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 199.

nitelikli hale ilişkin de haksızlık bilincine sahip olduğu kabul edilmelidir.³¹² Örneğin, deprem olan bir yerde depremin getirdiği korku veya kargaşadan yararlanarak eczaneden ilaç çalan failin, davranışının nitelikli hırsızlık suçunu teşkil ettiği hususunda olan bilgisizliği hukuki hata kapsamında değerlendirilemeyecektir. Hırsızlık suçunun temel şeklini işlediği hususunda haksızlık bilincine sahip olan fail açısından suçun nitelikli hali açısından da haksızlık bilincine sahip olduğu kabul edilmelidir. Failde haksızlık bilincinin varlığından söz edilebilmesi için davranışın cezalandırılabilir olduğunun bilinmesi gerekmediğinden, suçun işleniş şeklinin daha ağır bir cezayı gerektirdiği hallerde, bunu bilmemek failin ceza sorumluluğu bakımından önem taşımayacaktır. Bu durumda hukuki hata eylemin niteliğine ilişkin değil ve eylemin hukuksal sonuçlarına ilişkindir. Dolayısıyla failin haksızlık bilincini ortadan kaldırmamaktadır.³¹³

Kanaatimizce suçun nitelikli halinde hataya düşen failin durumu hukuki hatanın kaçınılabilir olması hususundan farklı ve bağımsız bir durumdur. Haksızlık işlediğini ve bir hukuksal değeri ihlal ettiğini bilen failin suçun nitelikli haline ilişkin araştırma yükümlülüğü başlamış sayılmalıdır ve nitelikli hale ilişkin hatanın kaçınılabilir bir hata olduğunu kabul etmek gerekecektir.³¹⁴

Diğer taraftan, haksızlık bilincinin bölünebilirliği, “*tersine hata*” kavramında da farklı bir sonuç doğuracaktır. Hukuki hatanın konusunu oluşturan ceza normunun bilinmemesi veya yanlış bilinmesi yahut hatanın konusunu oluşturan olgu veya nesnenin failin tasavvurunda gerçekte olduğundan farklı olması durumunda “*düz hata*” söz konusu olacaktır. Tersine hatada ise fail gerçekte var olmayan bir normu yahut bir nesne veya olguyu var kabul etmekte, davranışlarını ona göre şekillendirerek hata etmektedir. Tersine hatada sorun, teşebbüs veya sözde suça ilişkin hükümlere göre çözülecektir.³¹⁵ Konu tezin son bölümünde detaylıca ele alınacaktır. Ancak, haksızlık bilincinin bölünebilirliği kapsamında durum ele alındığında, bir failin eylemini kanun koyucunun gerekçesi ile değil de başka bir nedenle suç olarak değerlendirmesi durumunda iki farklı sonuç ortaya çıkacaktır.

Bu durumda, failin iki farklı hukuki hataya düştüğü kabul edilecek, ceza normunda hata sözde suça sebep olduğu için davranış suç teşkil etmeyecek, ancak

³¹² Berrin AKBULUT 2019, age s. 610.

³¹³ Aynı yönde Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 202.

³¹⁴ agt s. 202; Cengiz APAYDIN 2018, age s. 98.

³¹⁵ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 7.

diğer taraftan eyleminin içeriğinin haksızlık oluşturduğunu bilmediği için işlediği suç açısından haksızlık bilincinin bulunmadığı sonucu ortaya çıkacaktır. Örneğin, on yedi yaşındaki yeğeni ile rızası dahilinde cinsel ilişkiye giren bir amcanın, on altı yaşından büyük kişilerle cinsel ilişkiye girebileceğini sanması, ancak gerçekleştirdiği eylemin 5237 sayılı TCK'da suç olarak tanımlanmayan ensest suçunu oluşturduğunu düşünmesi durumunda bu durum söz konusu olacaktır. Burada failin haksızlık bilincinin bulunup bulunmadığı her iki olgu açısından ayrı değerlendirilecek ve failin iki farklı hataya düştüğü kabul edilecektir. Birinci olgu, failin davranışının ensest suçu oluşturduğu hususundaki tasavvurudur. 5237 sayılı TCK'da ensest ilişki suç olarak düzenlenmediğinden, ileriki bölümlerde ayrıca incelenecek olan sözde suç durumu ortaya çıkacak, failin davranışı suç teşkil etmeyecektir. İkinci olgu ise failin davranışının çocuğun cinsel istismarı suç tipi kapsamında değerlendirilmeyeceğine ilişkin tasavvurudur. Burada fail, çocuğun cinsel istismarı suç tipi kapsamında davranışının suç oluşturduğunu bilmemesi nedeniyle haksızlık bilincinin bulunmadığı söylenebilecektir.³¹⁶

Sonuç olarak yukarıda yapılan açıklamalar bir bütün olarak ele alındığında, haksızlık bilincine ilişkin dört durumun ortaya çıkabileceği değerlendirilmektedir. Davranışının haksızlık oluşturduğu hususunda kesin bilgiye sahip olan failin haksızlık bilinci tam kabul edilecektir. Davranışının haksızlık bilinci oluşturduğu hususunda hiçbir kanaatinin olmaması durumunda haksızlık bilincinin olmadığı söylenecektir. Buna karşılık davranışının haksızlık oluşturmadığını düşünmesi durumunda haksızlık bilincinin yokluğundan bahsedilecek ve failin eyleminin haksızlık oluşturup oluşturmadığı hususunda şüpheye düşmesi durumunda ise hatanın kaçınılmaz olup olmadığı hususunda yapılacak incelemeye göre haksızlık bilincinin varlığına ya da yokluğuna karar verilmesi uygun olacaktır.³¹⁷

2.4.4. Hatanın Kaçınılmaz Olması

Hukuki hatanın mazeret olarak kabul edilebilmesi için failin eyleminin haksızlık oluşturduğunu bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması gerekir. Dolayısıyla failin ceza normuna ilişkin bilgisizliği her zaman kusurluluğunu ortadan

³¹⁶ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 345; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 203.

³¹⁷ GÖKTÜRK tarafından failin fiilinin hukuka aykırılığı hususunda şüphe içinde olmasının tam kusurlu olması addedilmesi için yeterli olmadığı, fail şüphe içinde ise haksızlık yanlılığı içinde olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Neslihan GÖKTÜRK 2016, agm s. 433.

kaldırmayacaktır. Aksi takdirde ceza normunu bilmediğini iddia eden her failin eyleminden dolayı kınanamaması söz konusu olacaktır. Bu itibarla, failin ceza sorumluluğunun ortadan kalkabilmesi için ayrıca hatanın kaçınılmaz, yani önlenemez olması gerekir.³¹⁸

Hatanın önlenemez olması gerekliliği kusur ilkesinin doğrudan bir gereğidir. Fail, ceza normuna ve işlediği fiilin haksızlık oluşturduğuna dair bilgi edinme imkanına sahip değilse kendisine normatif açıdan hitap edilmemektedir. Normatif açıdan hitap edilirlğe rağmen hareket etmekten ortaya çıkan kusur burada bulunmamaktadır.³¹⁹

Kısacası, hukuki hata faile isnat edilemeyen durumlarda mazeret olarak kabul edilebilecek, failin eyleminin haksızlığı, herkes açısından anlaşılabilir mahiyette ise veya failin işi, mesleği, hayata dair tecrübesi, eğitim ve kültür seviyesi nazara alındığında, ceza normunu araştırabilecekken araştırmadığı veya hatalı yorumladığı takdirde hatasından sorumlu tutulacaktır.³²⁰

5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrasında, "*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Ancak, ceza mevzuatımızda kaçınılabilirlik ve kaçınılabilirliğin ölçütü hakkında normatif bir belirleme yapılmamıştır. Bu ölçütler genel olarak öğretisi ve içtihat hukuku tarafından ortaya konmaktadır. Fıkranın gerekçesinde, hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde, kişinin bilgi düzeyinin, gördüğü eğitimin, sosyal ve kültürel çevre koşullarının göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Burada ayrıca failin, sayılan kişilik özelliklerinin yanı sıra içerisinde bulunduğu ortam itibarıyla ceza normuna ulaşma imkanının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır.³²¹

Örneğin, bir Ortadoğu ülkesinden kaçarak Türkiye'ye gelen ve geldiği ülke hukukunda meşru kabul edildiği için on beş yaşından küçük eşiyle evlilik hayatını sürdürmeye devam eden failin, kişisel durumu ve bilgi düzeyi 5237 sayılı TCK'nin 103'üncü maddesinde düzenlenen "*çocuğun cinsel istismarı*" suçu bakımından kaçınılmaz bir hata olarak kabul edilebilecektir. Buna karşın, Amsterdam'dan gelen bir turistin Türkiye'de esrar kullanımının serbest olduğunu düşünerek esrar içtiği bir

³¹⁸ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 371; Veli Özer ÖZBEK ve Pınar BACAKSIZ 2021, age s. 359; Hakan HAKERİ 2019, age s. 469.

³¹⁹ Claus ROXIN 2006, age s. 260; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 371.

³²⁰ age s. 371-372.

³²¹ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 157.

anda yakalanması durumunda, esrar gibi uyuşturucu madde kullanımının diğer ülkelerde yasak olduğunu ve turist olarak geldiği ülkede bunun yasal olup olmadığını araştırmış olması gerekliliği dikkate alındığında, failin hatasının kaçınılmaz olmadığı kabul edilmelidir.³²²

Yaşadığı köyde bulunan Selçuklu dönemine ait kervansaray kapısının yerinden düştüğünü gören bir köylünün kapıyı onarmak amacıyla çivi çakarak yerine sabitlediği olayda, her ne kadar kapıya zarar verilmesi 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65/a hükmü uyarınca suç teşkil etse de failin bu davranışını hukuki hata içerisinde gerçekleştirilmesi ve hatasının kaçınılmaz olması nedeniyle kusursuz kabul edilmesi uygun olacaktır.³²³

Kaçınılabirliğin ölçütleri ve somut olayda hatanın kaçınılabir olup olmadığının saptanması, hukuki hatanın ceza sorumluluğunu kaldırıp kaldırmayacağı veya ne denli etkileyeceğinin tespiti açısından büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla, 5237 sayılı TCK'nin 4'üncü maddesi ile 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrasını bir bütün halinde değerlendirecek olursak, failin hukuki hataya düşmesi tek başına hatasının mazeret teşkil edip etmediğini belirlemeye yetmeyecek, ancak hatanın kaçınılabir olup olmadığına göre, somut olaydaki kusur derecesi dikkate alınarak sonuca ulaşmaya çalışılacaktır.³²⁴

Burada bir ayrıma işaret etmekte fayda mülhaza etmekteyiz. Yukarıda ifade ettiğimiz kusurluluk ile suçun manevi unsuru kavramlarını birbiriyle ilişkili ancak birbirinden farklı kavramlar olarak görmekteyiz. Kanaatimizce failin fiili nedeniyle kınanabilir olması suçun oluşması bakımından gerekli bir ön koşuldur. Buna göre, kaçınılabir hukuki hatadan dolayı failin cezalandırılmasının nedeni, failin hukuk düzeni tarafından kendisine yüklenen bir yükümlülüğe aykırı davranmasıdır.³²⁵ Bu yükümlülük gerçekleştirilen davranışın, hukukun yasakladığı normlara aykırı olup olmadığını araştırma yükümlülüğüdür. Nitekim 1975 tarihli ACK'nin hukuki hatayı düzenleyen 17'nci maddesinde:

³²² Osman YAŞAR, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ (2010), *Türk Ceza Kanunu*, Yorumlu – Uygulamalı, C.: I, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 820-821.

³²³ Osman YAŞAR, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ 2010, age s. 821.

³²⁴ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 371-372; Veli Özer ÖZBEK ve Pınar BACAKSIZ 2021, age s. 435.

³²⁵ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 227.

“fail fiili işlediği sırada hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirdiği bilincine sahip değilse ve bu hatası kaçınılmaz ise kusursuz hareket etmektedir. Hatanın kaçınılabılır olması halinde cezadan indirim yapılır.” hükmü yer almaktadır.³²⁶

Alman Federal Mahkemesi konuya ilişkin verdiği kararda,

“... kişi, hukuk toplumunun kendi seçimlerinin sorumluluğunu üstlenen bir üyesi olarak, hukuka uygun davranma ve hukuka aykırılıktan kaçınma yükümlülüğünü de yüklenmiştir... Bu yükümlülüğüne uygun davranmış sayılabilmesi için, yapmayı planladığı her bir davranışın hukuksal açıdan olması gerekenle uyumlu bulunup bulunmadığı konusunda bilgi sahibi olması ve bu konudaki şüphelerini düşünce ve danışma yoluyla bertaraf etmesi gerekir. Bunun ölçütü, somut olayın koşullarına ve bireyin yaşam ve meslek çevresine göre belirlenecek vicdan gerilimidir. Kendisinden beklenen vicdan muhasebesine girişmesine karşın eyleminin hukuka aykırılığına ilişkin bir görüşe ulaşamayan kişinin yanılması kaçınılmaz kabul edilir.”

şeklinde gerekçe tesis etmek suretiyle şahsın gerçekleştirdiği davranışın hukuk normlarına uyup uymadığını denetleme yükümlülüğü altında olduğuna atıfta bulunmaktadır.³²⁷

Diğer taraftan, failin hukuki hata ile gerçekleştirdiği davranışın kaçınılabılır olup olmadığının tespitinde başvurulacak ölçütler ise daha önce de ifade edildiği üzere taksire ilişkin koşullarla benzerlik taşımaktadır. Failin, eyleminin haksızlık oluşturduğunu bilmemesindeki kusuru taksir derecesinde değilse kaçınılmaz hatadan bahsedilecektir.³²⁸ Kısaca, failin hukuka aykırı davrandığını kendi bilinç ve yeteneklerine göre öngörebilecek durumda olmadığı hallerde, objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olması kusurunu ortadan kaldıracak, fail cezai açıdan sorumlu tutulmayacaktır. Burada objektif özen yükümlülüğü, taksirli suçlarda olduğu gibi maddi unsurların öngörülmesinde failin kendisinden beklenecek özeni göstermesi ve davranışlarını ona göre yönlendirmesi değil, gerçekleştirdiği davranışın hukuka aykırı olup olmadığını kendisinden beklenebilecek ölçüde araştırıp araştırmadığına göre belirlenecektir. Kaçınılmaz hukuki hataya düşen kişi, davranışının haksızlık teşkil ettiğini fark edebilecek durumda olmadığından,

³²⁶ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 150.

³²⁷ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 227.

³²⁸ İzzet ÖZGENÇ ve Cumhur ŞAHİN (2001), *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 217.

kendisinin hukuka aykırı bir davranış gerçekleştirmeye yönelik kınanabilir iradesi olmadığı kabul edilecektir.³²⁹

Araştırma yükümlülüğünün yerine getirilmiş kabul edilebilmesi için failin olayın koşulları, kişiliği, sosyal, kültürel ve mesleki birikimi de dikkate alınmak suretiyle elinde bulunan olanaklardan kendisinden beklenebilecek ölçüde yararlanması gerekecektir. Dolayısıyla, fail öncelikli olarak, kendi muhakeme yeteneğini kullanarak davranışı üzerine düşünecektir. Eylemin üzerine düşünmeden, umursamadan hareket eden failin, hatasının kaçınılmaz olması kabul edilemeyecektir. Fail, davranışının ortak toplumsal kabule göre anti-sosyal bir karakter taşıdığını bilebilecek durumdaysa kişisel inançları mazur görülmeyecek ve işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hata halinde olduğunu ileri süremeyecektir.³³⁰

2.5. HUKUKİ HATANIN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

5237 sayılı TCK'nin 4'üncü maddesinde "*Ceza kanununu bilmemek mazeret sayılmaz.*" ilkesi kanuni güvence altına alınmış, Kanun'un 30'uncu maddenin dördüncü fıkrasında ise "*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Esasında 30'uncu maddenin dördüncü fıkrasına benzer bir düzenlemeye daha önce Kanun'un 4'üncü maddesi altında "*Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz.*" şeklinde yer verilmiş olmasına rağmen, Kanun'da 5377 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte söz konusu fıkra ilga edilmiş ve yukarıda yer verildiği şekliyle 30'uncu maddenin altında düzenlemeye gidilmiştir. Yapılan değişikliğe ilişkin gerekçeler arasında konunun kusurla ilişkili olması bakımından mülga düzenlemenin eleştirilmesi de yer almaktadır.³³¹

Konu failin kusurluluğu ile yakından ilişkilidir. Öğretide ağırlıklı olarak tartışılan husus, hukuki hatanın doğrudan kusurluluğa etkisinin olup olmadığı mı yoksa Kanun'un fiili hataya ilişkin 30'uncu maddesi kapsamında düzenleme yapılması da dikkate alınarak kusurluluğun bir türü olan kastı mı kaldırıp kaldırmadığı mı olmuştur.³³²

³²⁹ Hans Heinrich JESCHEK ve Thomas WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, s. 457; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 249.

³³⁰ Veli Özer ÖZBEK (2008), "Türk Ceza Hukukunda Hata", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.:3, S.:7, Seçkin Yayıncılık, s. 97; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 326.

³³¹ Veli Özer ÖZBEK 2008, agm s. 96.

³³² Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 151.

Esasında Kanun'un 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrası karşısında ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağına ilişkin Kanun'un 4'üncü maddesinin bir anlamı kalmadığı hususunda öğretilerde muhtelif görüşler de ileri sürülmüştür.³³³ 5237 sayılı TCK'nin 21'inci maddesinde yapılan tanıma göre kast "...suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir." Kanaatimizce kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının, Kanun'da yer almadığı bir durumda, kasta ilişkin yapılan tanıma göre, tipikliğin bilinmesinin de kastın kapsamı altında olduğunu söylememiz ve gerçekleştirdiği davranışın haksızlığının farkında olan ancak içinde bulunduğu hukuki hata sebebiyle tipikliğini bilmeyen kişinin cezalandırılmaması gündeme gelecektir. Bu yönüyle Kanun'un 4'üncü maddesi uyarınca hukuki hatanın mazeret sayılmaması, kaçınılmaz haksızlık hatasının kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmesi ve bunun herkes açısından uygulanır genel bir düzenleme olarak kanuni güvence altına alınmasının yerinde olduğu değerlendirilmekle birlikte, anılan düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığı yönündeki görüşlere katılmadığımızı ifade etmek istiyoruz.³³⁴

Hukuki hatanın suçun manevi unsuru ile olan yakın ilişkisi dikkate alındığında, yukarıda belirtilen sorunu çözüme kavuşturmaya yönelik iki önemli teori karşımıza çıkmaktadır. Bunlar; hukuki hata ve dolayısıyla işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki kaçınılmaz hatanın kasti davranışın bir ön şartı olduğunu ileri süren kast teorisi ile hukuki hatanın failin normatif kusurluluğuyla ilgili olduğunu ifade ederek konuyu daha geniş bir bakış açısıyla ele alan kusur teorisidir.³³⁵

2.5.1. Kast Teorisi

Kast teorisine göre, hukuki hata fiili hata gibi değerlendirilerek, kusurluluğu değil, kusurluluğun bir çeşidi olan kasti ortadan kaldırmaktadır. Fiili yasaklayan normun bilinmemesi kastın gerçekleşmesini engellemektedir. Fiilin suç olduğunu bilmeyen kişi, haksızlık bilincine sahip değildir. Hukuki hata kaçınılabılır olsa dahi, fail fiilinden dolayı kasten sorumlu tutulamayacaktır. Ortada taksirle işlenmiş bir fiil vardır ve bu fiilin ancak kanunda suç olarak tanımlanmış olması halinde failin cezalandırılması mümkün olacaktır. Kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek

³³³ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 372; Neslihan GÖKTÜRK 2016, age s. 98; Olgun DEĞİRMENCİ 2014, agm s. 144.

³³⁴ Ahu KARAKURT (2009), "Türk Ceza Hukukunda Hata", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.: 4, S.:10, Seçkin Yayıncılık, s. 139; Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 144.

³³⁵ Nurcan GÜNDÜZ 2015, agm s. 515.

ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu yönüyle kast teorisi işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği hususundaki bilgiyi kast kapsamındaki bilgiye dahil etmektedir.³³⁶

Öğretide önemli yazarlarca failde hukuka aykırı fiil işleme bilincinin olmaması durumunda kastın varlığından söz edilemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak “*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*” kuralını benimseyen bir sistemde, kastın hukuka aykırı fiil işleme bilincini de kapsamamasını beklemek tutarlı olmayacaktır.³³⁷ Bununla birlikte, kastın varlığı için suçun kanuni tanımındaki unsurların bilinerek veya istenerek gerçekleştirilmesi de tek başına yeterli olmayacaktır. Kastın varlığı için fiilin bilinmesinin ve istenmesinin yanı sıra, müşterek toplumsal yaşamın değerlerine aykırı olarak hareket etme, başkalarına kötülük etme bilincini de barındırması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre failin kasten hareket ettiğinin ifade edilebilmesi için davranışının ve sonucunun toplumun genel hüküm ve değerlerine aykırı olduğunu da bilmesi gerekir. Burada bilme, fiilin pozitif hukuk kurallarına göre cezalandırılabilir bir fiil olduğunu bilmek anlamında kullanılmamaktadır. Bilmek, kişinin işlediği fiilin hukuken onaylanmayan bir fiil olduğunun bilincinde olmasıdır. Fail, suç işlediğini bildiği her durumda bilerek ve isteyerek hukuka aykırı davrandığından kasıtlı olarak sorumlu tutulur.³³⁸ Bununla birlikte, kişinin işlediği fiilin toplumsal yaşamın değerlerine aykırı olup olmadığını sahip olduğu akıl etme yeteneği, eğitimi, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre itibariyle kavrayabilmesi gerekli ve yeterli görülmektedir.³³⁹

Kast teorisi suçun unsurlarında hata ile haksızlık hatasını aynı kapsamda değerlendirdiği gerekçesiyle birtakım eleştirilere uğramıştır. Unsurlara ilişkin hata maddi bir vakiya ilişkin olup, işlenen fiilin haksızlık olup olmadığı hususunda hata bir değerlendirme hatasıdır. Ayrıca, işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği hususundaki bilgi kasta dahil edildiğinde, bunun bilinmemesi halinde artık kastın varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bilindiği üzere, kasttan doğan sorumluluk esas taksire dayanan sorumluluk ise istisnaidir. Dolayısıyla kanunda taksirli hali de suç olarak düzenlenmemiş bir fiil söz konusu olduğunda, toplumsal yaşamın değerlerine

³³⁶ İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 536; Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 312; Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 151; Nurcan GÜNDÜZ 2015, agm s. 516.

³³⁷ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 440.

³³⁸ age s. 441; Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 151-152; Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 361.

³³⁹ İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 536.

aykırı bazı davranışlar cezasız kalacaktır. Kast teorisi ceza adaleti anlayışı çerçevesinde bir cezasızlık sorununu da beraberinde getirmektedir.³⁴⁰

765 sayılı TCK'nin yürürlükte olduğu dönemde hukuki hata ceza normuna ilişkin hukuki hata ve ceza normları dışında kalan normlara ilişkin hukuki hata şeklinde ikili ayırma tabi tutulmuştur. Ceza normuna ilişkin hukuki hata mazeret olarak kabul edilmemiş, ceza normu dışında kalan normlara ilişkin hukuki hata ise benzer şekilde kastı kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir. Yargıtay uygulaması da bu görüşe uygun olarak şekillenmiştir. 5237 sayılı TCK döneminde ise Yargıtay uygulamalarının henüz istikrar kazanmadığı, kararlarda halen kast teorisinin etkilerinin görüldüğü gözlemlenmektedir.³⁴¹

Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 2013/6368 E. 2015/120 K. sayılı 13.01.2015 tarihli kararında,

“... Suç tarihinde 15 yaşını doldurmamış bulunan mağdure ile aynı evde yaşamaya başlayıp, mağdure ile birden fazla defa cinsel ilişkiye giren sanık H. Hakkında TCK'nin 103/1-a maddesi yollamasıyla TCK'nin 103/2 ve 43. maddeleri uyarınca mahkumiyet hükmü kurulması gerekirken yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi, Sanık H. ile mağdurenin ailelerine evlenmelerine rıza göstermemeleri halinde birlikte kaçacaklarını bildirmeleri üzerine sanıkların da bu durumu örf, adet, toplumsal konumları ve eğitim durumları nedeniyle kabullenmek zorunda kaldıkları nazara alındığında, sanıklar İ., C. ve H.nin suç kastıyla hareket ettiklerine dair şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden, atılı suçtan beraatleri yerine yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi...”

³⁴⁰ age s. 536.

³⁴¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 1996/8-286 E. 1996/296 K. sayılı 24.12.1996 tarihli kararında *“...Sanık, Jandarmanın telkin ve tavsiyesine uyarak, edindiği ruhsatsız silahı, Jandarma Bölük Komutanlığı'nın muayenesine sunmuş, yapılan muayeneden sonra kendisine teslim edilen silahın muayenesinin yapıldığına dair bir de yazı verilmiştir. Sanık, jandarmanın verdiği yasal olmayan bu yazıya güvenerek ve dayanarak silahla mermilerini evinde bulundurmıştır. Olayın bu akışı içinde sanıkta suç kastının varlığından bahsedilemez.”* şeklinde hüküm tesis edilerek, konu kast teorisinin etkisiyle suçun manevi unsurları kapsamında mütalaa edilmiş haksızlık hatası kastı kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir. Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 1977/1530 E., 1977/1451 K. sayılı 26.04.1977 tarihli 26.04.1977 tarihli kararında benzer şekilde *“...Sanık savunmasında suç konusu afişlerin (Kırıl Fakat Kırılma) isimli filme ait olduğunu, filmin sansürden geçtiğini, sinemalarda gösterildiğini ileri sürdüğüne göre, adı geçen filmin Merkez Film Komisyonu'nca oynatılmasına izin verilip verilmediği, izin verilmiş ise afişlerdeki sahnelerin filmde mevcut olup olmadığı, afişlerin film kontrol komisyonunca görülüp görülmediği hususları araştırılıp sonucuna göre eylemin kast yönünden suç teşkil edip etmeyeceğinin tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma yazılı hüküm tesisi...”* değerlendirmesinde bulunulmuştur. Hakan YAVUZ (2021), “Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Hatası (TCK m. 30/4) (Teoride ve Güncel Yargıtay Uygulamasında)”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.: 12, S.: 46, s. 216.

bozma gerekçesi olarak gösterilmiştir. Yargıtay yirmi iki yaşındaki sanık H.'nin babası İ. ile birlikte mağdurun anne ve babası olan diğer sanıklar H. ve C.'den evlenmek üzere on dört yaşındaki mağduru istedikleri ve Sanık H. ile mağdurun evlenmeleri üzerine birden fazla cinsel ilişkiye girdikleri karara ilişkin somut olayda; konuyu haksızlık hatası kapsamında değil manevi unsur kapsamında sanıkların kastının olup olmamasına göre çözümlenmeyi tercih etmiştir. Ancak kanaatimizce somut olayda sanıklara isnat olunan fiilin maddi ve manevi unsurunun gerçekleştiği görülmektedir. On beş yaşını doldurmayan mağduru önce gayri resmi düğün yapmak suretiyle evlendirdikleri ve bunun üzerine mağdurun diğer sanık H. ile cinsel ilişkiye girdikleri ve bu yönüyle suça ilişkin kastın bulunduğu açıktır.³⁴²

Öte yandan, kararda geçen diğer sanıkların evliliği “*durumları itibariyle kabullenmek zorunda kaldıkları*” ifadesinden somut olayda gerçekleştirilen davranışın haksızlık bilinci bulunmaksızın gerçekleştirildiği de ifade edilemeyecektir. Kanaatimizce konunun kast teorisi kapsamında ele alınarak çözüme kavuşturulmaya çalışılması yerinde bir yaklaşım olmamakla birlikte, haksızlık hatası kapsamında değerlendirilerek bu hatanın kaçınılabilir olup olmadığı yönünde inceleme yapmak ve sonuca göre hüküm tesis etmek uygun olacaktır. Bu doğrultuda, sanıkların köyde yaşıyor olmaları, bu tip evliliklerin normal kabul ediliyor olması ve köy yerinde düğün yapılarak durumun herkese ilan edilmiş olması dikkate alındığında konunun haksızlık hatası kapsamında incelenmesi uygun olsa bile, toplumda çocuk gelin ve küçük yaşta evliliğe ilişkin ciddi bir bilincin bulunduğu da gözetilerek mağdura yönelik haksızlık bulunmadığından bahsedilemeyeceği değerlendirilmektedir.³⁴³

Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından 31.10.2018 tarihinde verilen, 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen darbe teşebbüsünde, darbe teşebbüsünden daha önce haberdar olduğu anlaşılan astsubay rütbesindeki sanığın, er olarak mecburi askerlik

³⁴² agm s. 217-218.

³⁴³ Benzer şekilde Yargıtay 14. Ceza Dairesi tarafından 31.02.2019 tarihinde verilen 2015/7813 E. 2019/4183 K. sayılı kararda “*Sanık E. hakkında kurulan hükmün incelenmesinde; Delilleri takdir ve gerekçesi gösterilmek suretiyle ceza verilmesine yer olmadığına dair verilen hüküm usul ve kanuna uygun olduğundan, O Yer Cumhuriyet Savcısının yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına, Sanıklar A., S. ile T. haklarında kurulan hükümlerin temyiz incelemesine gelince; Dosya kapsamına göre suç tarihinden önce on beş yaşını tamamlamayan mağdureyle arkadaş olan sanık E.nin, ailelerin bilgisi ve rızası dışında cinsel ilişkiye girdiği mağdurenin hamile kalarak doğum yapması üzerine E.nin anne ve babası olan sanıklar T. ve S. ile mağdurenin annesi olan sanık A.nin sosyal yaşam koşulları, toplumsal bakış açısı ve içinde yaşanılan çevrede geçerli geleneklerin getirdiği zorunluluktan dolayı mağdure ile sanık E.ye düğün yaparak gayri resmi evlendirmek mecburiyetinde kaldıkları anlaşıldığından, mevcut haliyle sanıkların suç işleme kastıyla hareket etmedikleri göz önüne alınarak atılı suçtan beraatleri yerine yazılı şekilde TCK'nın 30/4 maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...*” bozma gerekçesi olarak gösterilmiştir. agm s. 219-221.

hizmetini yapan diğer sanıkları, İstanbul Valiliğine yönelik gerçekleştiğini söylediği terör saldırısına müdahale edileceği gerekçesiyle zırhlı araçlara bindirip harekete geçtiği, yolda polisler tarafından kontrol noktasında durdurulmaları üzerine polislerle görüşmek üzere araçtan indiği, polislerin geçişe izin vermemesi ve halkın zırhlı araçların etrafında toplanması üzerine yeniden araca bindiği, araç içerisinde bulunan erlerin neden hareket etmediklerini sormaları üzerine etraflarını saran halkın eylemci olduklarını ve dağılacaklarını söylediği, devamla yolun bir kısmının trafiğe açılması üzerine, zırhlı aracın şoförüne verdiği emirle araçların hareket etmesini sağladığı, bu esnada polis araçlarına çarparak zarar verildiği ve aracın durdurularak tüm sanıkların yakalandığı olaya ilişkin 2018/2012 E. 2018/4553 K. sayılı kararda, Yargıtay konuyu sanıklara isnat edilen suçların unsurları ile hata hükümleri kapsamında ele almıştır. Kararda askeri darbeye teşebbüs suçunun unsurlarının gerçekleştiğinin bilinebilmesine imkan sağlayan objektif koşulların oluştuğu, ancak gerçekleşen olaya ilişkin sanıkların tasavvuru ile gerçekte meydana gelen olay arasında farklılık bulunduğu ve dolayısıyla konunun algılama hatası olarak değerlendirilerek haksızlık bilinçlerinin bulunmadığı, gerçekleşen unsur hatası nedeniyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 30'uncu maddesinin birinci fıkrası kapsamında kasten hareket etmiş sayılmayacakları kabul edilmiştir.³⁴⁴

³⁴⁴ Anılan kararda “...Sonuç olarak; gerek Anayasanın 137/2, gerek TCK'nın 24/3 ve gerekse 211 sayılı Kanunun 41/3 maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez, yerine getiren kimse de sorumluluktan kurtulamaz. Ancak konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi bakımından hata hali ile de karşılaşılabılır. Bu durumun iki şekilde karşımıza çıkması mümkündür. Nitekim emri yerine getiren verilen emir üzerine işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmayabilir, ya da emrin yerine getirilmesinde öngörülen hukuka uygunluk sebeplerinin tüm şartlarının gerçekleştiğini düşünebilir. İlk halde TCK'nın 30/4 maddesinde yer alan haksızlık hatası, ikinci halde ise TCK'nın 30/1 maddesinde yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata söz konusu olacaktır. ...Oluş ve dosya kapsamına göre; 15 Temmuz 2016 tarihinde FETÖ/ PDY mensup bir kısım askerler tarafından gerçekleştirilen darbe teşebbüsü sırasında, 66. Mekanize piyade tugayında astsubay çavuş olarak görevli olan sanık Y.Y.nin, yapılan iş bölümü doğrultusunda İstanbul Valiliğini işgal etmek amacı ile, tugayda er olarak askerlik görevini ifa eden kişiler arasından ve rastgele seçtiği 23 kişiye, garajlar bölgesinde mühimmat dağıtım yanlarına uçaksavar mühimmatı almaları talimatını verdiği, erlerin ‘Nereye gidiyoruz komutanım?’ şeklindeki sorularına ‘valiliğe saldırı olduğunu, destek amaçlı gittiklerini, orada devriye atacaklarını, bu işin sabaha kadar sürebileceğini’ söyleyip hazır durumda bekleyen 2 adet zırhlı personel taşıyıcılara sanıkların binmesini sağladığı, sanık Y.nin da sanık H.Ç.'nin sevk ve idaresindeki GZPT'ye bindiği, zırhlı araçların Baştabya Kışlası nizamiyesinden çıkıp sanık Y.nin yönlendirmesi ile Haliç Köprüsüne kadar geldiği, burada belirlenemeyen bir saatte polis kontrol noktasında durduruldukları, sanık Y.nin araçtan inip kontrol noktasında bulunan polislerle görüşmesinin ardından araçların yeniden hareket ettiği, Haliç Köprüsü üzerinde ikinci polis kontrol noktasında bir kez daha durduruldukları, sanık Y.nin görevli polislerle görüşmek üzere tekrar araçtan indiği, başkomiser H.Ç.nin ‘sizin bu yaptığımız hukuka aykırı eylem kesinlikle buna müsaade etmeyeceğiz’ demesi üzerine sanık Y.nin da ‘ben emri yerine getiriyorum sıkı yönetim ilan edildi’ şeklinde karşılık verdiği, bu sırada halkın zırhlı araçlar etrafında toplanması üzerine sanık Y.nin yeniden araca bindiği, araç içerisinde bulunan erlerin ‘Komutanım ne oluyor neden hareket etmiyoruz?’ diye sormaları üzerine sanığın ‘Onlar da emir almış, biz de emir aldık’ şeklinde cevap verdiği, bir süre sonra halkın tepkisi artınca erlerin bu kez ‘Komutanım halk neden tepki

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 18.03.2020 tarihinde verdiği 2019/9560 E. 2020/2034 K. sayılı bir başka kararında ise darbe teşebbüsü ile ilgili olarak komutanlarının emriyle darbeye karşı direnen halka ve güvenlik görevlilerine yönelik havaya ateş açması şeklindeki fiillerini 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında haksızlık hatası olarak değerlendirerek kusursuz olduklarına hükmetmiştir.³⁴⁵

Her iki karara baktığımızda; ilk kararda sanık erlerin, araçların önünün polisler tarafından kesilmesi ve halk tarafından tepki gösterildiğinin anlaşılması anına kadar gerçekleştirilen davranışların haksızlık teşkil ettiğine ilişkin herhangi bir bilgi ve

gösteriyor?’ sorusuna karşılık sanık Y.nın ‘Onlar eylemci, birazdan dağılacaklar’ şeklinde karşılık verdiği, sanıkların her iki zırhlı aracın da kapılarını kilitleyerek araç içerisinde beklemeye başladıkları, olay yerinde toplanan halk topluluğunun askerlerin araçtan çıkmasını ve hareket etmesini engelledikleri, bir süre sonra yolun bir kısmının görevli memurlar tarafından trafiğe açıldığı, ancak Y.Y.nın da içerisinde bulunduğu aracın hareket etmemesi için ön taraf ve sol kısmının polisler tarafından kapatıldığı, kısa bir süre sonra sanık Y.nın emir ve talimatı doğrultusunda er H.Ç. yönetimindeki zırhlı aracın hareket ettiği olay yerinde bulunan 2 adet polis aracına çarparak maddi hasar verdikten sonra yeniden durdurulduğu ve her iki araçta bulunan askerlerin yakalandığı olayda; Dosya kapsamı ve aksi ispat edilemeyen savunmaya uygun kabule göre; 66. Zırhlı Tugayda er olarak mecburi askerlik hizmetini yapan sanıkları, aynı birlikte görevli askeri darbe teşebbüsü suçundan haberdar olan ve bu suça iştirak eden astsubay rütbesindeki sanık Y.Y.nın, İstanbul Valiliğine yönelik gerçekleşen sözde terör saldırısına müdahale bahanesiyle aldattığı, birlikten rastgele seçilmiş askerleri silahlı şekilde zırhlı araçlara bindirerek, valiliğe doğru hareket ettikleri, birinci polis kontrol noktasını sorunsuz geçen araçların Haliç Köprüsündeki ikinci kontrol noktasında durduruldukları, polis uyarısı ve çevrede toplanan halkın tepkisi sonucu, askeri darbeye teşebbüs suçunun unsurlarının gerçekleştiğinin bilinebilmesine imkan sağlayan objektif koşulların oluştuğu somut olayda; zırhlı tugaydan hareket anından itibaren suçun icrai hareketlerinin gerçekleştirilmesine başlanıldığında kuşku bulunmamaktadır. Ancak, dış dünyada gerçekleşen bu olaya ilişkin sanıkların tasavvuru, yani zihinden geçirdikleri ile gerçeğin birbirine uymadığı, bu konuda bir algılama hatasına düştükleri ve haksızlık bilinçlerinin bulunmadığından, gerçekleşen unsur yanılığısı nedeniyle kasten hareket etmiş sayılmayacaklarına yönelik mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik yoktur. Darbeye teşebbüs edildiği anlaşıldıktan sonra, araç komutanı olan sanık Y.Y.nın emrinin, konusunun suç oluşturacağı ve hizmet gereği olmadığı, eğitim durumu, bilgi düzeyi, yaşı, tecrübesi, rütbe gibi olgular yanında, olay anında yaşadığı korku ve panik sebebiyle denetimle olanağı bulunmayan ve er statüsünde görev yapan sanık H.Ç.nın TCK'nin 30/1 maddesi kapsamında bir hataya düştüğünün ve kasten hareket etmediğine dair kabulün usul ve kanuna uygun olduğundan...” gerekçesi tesis edilmiştir. Karar için bkz. agm s. 232-233.

³⁴⁵ Anılan kararın gerekçesi “... bir suç işlemek kastı olmaksızın, üstlerinden aldıkları emrin hukuka uygun olduğu zanni ile tatbikat yapma veya terör saldırısına müdahale edileceği gerekçesi ile olay gecesi silahlanarak, zırhlı araçlarla bağlı bulunduğu kışladan ayrıldıktan sonra darbeye teşebbüs suçunun icrai hareketlerinin gerçekleştiğini fark etmeleri üzerine, üstleri tarafından verilen halka ve güvenlik görevlilerine yönelik ateş etme emrine uymadıkları, amirlerin ısrarlı kanunsuz emirleri karşısında hal ve koşullara göre başka şekilde davranma olanağının bulunmadığı düşüncesi sonucunda, olay mahallinde kalarak silahla havaya ateş etmenin bir haksızlık oluşturmayacağı sonucuna varan faillerin ‘dolaylı haksızlık yanılığısı’ içinde buldukları, bir başka deyimle hukuka uygunluk nedenlerinin hukuki varlığında hataya düştükleri bu hatanın ex ante bir değerlendirme ile failin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, yaşı, rütbe ve görevi, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulduğunda kaçınılmaz olduğu, suça ilişkin tipik hareketi gerçekleştirmiş olmalarına rağmen faillerin kusurluluğu tamamen ortadan kaldıran nedenler gerçekleştiğinden TCK'nin 30/4. maddesi yollamasıyla CMK'nın 223/3-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yasal ve yetersiz gerekçeyle beraatlerine karar verilmesi...” bozma sebebi olarak gösterilmiştir. agm s. 234-235.

tasavvura sahip olmadıkları söylenebilecektir. Sanık erler bakımından unsur hatası bulunmadığı halde konunun 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin birinci fıkrası kapsamında unsur hatası kapsamında değerlendirilmesi kanaatimizce isabetli değildir. Diğer karara konu olayda ise erlerin tatbikat yapma ve terör saldırısı gerekçesiyle komutanları tarafından verilen emir üzerine ellerindeki silahlarla halkın üzerine ateş açmaktansa havaya ateş açmalarının bir haksızlık oluşturmayacağı yönündeki düşüncelerinin ise 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesinin yerinde olduğu mütalaa edilmektedir.³⁴⁶

Teoriye ilişkin yapılan açıklamaları ve uygulamaya ilişkin söz konusu kararlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde konunun daha doğru sonuca ulaşılmasını sağlayacak kusur teorisi kapsamında değerlendirilmesini kabule yönlendirmektedir.

2.5.2. Kusur Teorisi

Günümüzde geçerli olan normatif kusur anlayışına göre, kusur failin gerçekleştirdiği haksızlık nedeniyle kınanabilmesidir. Fail kişisel olarak gerçekleştirmiş olduğu fiilden kaçınabilecek durumda değilse, kınanması söz konusu olmayacaktır. Kişiyne haksızlığın yüklenebilmesi ancak sübjektif anlamda davranışının norma aykırı olduğunun farkında olması ve norma uygun davranmaya motive olmaması durumunda mümkün olacaktır. Bu doğrultuda kusur, hukuki anlam ve sonuçlarının bilincinde olarak, haksızlık teşkil eden fiili işleme hususunda bir tercihte bulunarak fiili işleyen kişi hakkında bu fiil dolayısıyla bulunulan bir kınama yargısıdır.³⁴⁷

Bu doğrultuda kusur teorisine göre hukuki hata, kastı kaldıran bir neden olarak görülmemekte, kınanabilirliği ve dolayısıyla kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir neden olarak değerlendirilmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, failin sübjektif anlamda davranışının norma aykırı olduğunun farkında olduğu ve kişisel olarak gerçekleştirmiş olduğu fiilden kaçınabilecek durumda olduğu hallerde hukuki hatası mazeret kabul edilmemekte ve ancak hukuki hatanın kaçınılmaz olduğu hallerde kusurluluğu ortadan kalkmaktadır.³⁴⁸

³⁴⁶ agm s. 236.

³⁴⁷ Hans WELZEL (1969), *Das Deutsche Strafrecht*, Elfte Neubearbeitete und Erweiterte Auflage, Walter de Gruyter & Co., Berlin, s. 138 vd.; Mehmet Emre YILDIZ (2020), *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 48; İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 537.

³⁴⁸ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 153.

Kusur kınamasının konusu, failin hukuka aykırı eyleminde sergilediği, hukuk düzeninin kendisinden beklediği davranış beklentileri karşısındaki hatalı tutumu, failin yükümlülüğe aykırı irade belirlemesidir. Bu doğrultuda, kişi yaptığı hata nedeniyle kınanamayacak durumda ise hatası kaçınılmaz olduğu durumlarda kusurlu da kabul edilmeyecektir. Kast teorisinin aksine kusur teorisinde ceza kanununun bilinebilir olması yeterli olduğundan, kaçınılabılır hukuki hata durumunda faili kasten sorumlu tutmak mümkün olacaktır. Nitekim hukuki hata suçun unsurlarına yönelik bir hata değil, fiilin hukuka aykırılığına yönelik bir hata olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁴⁹

Kusur teorisine göre, kanunu bilmemenin mazeret sayılmadığı şeklinde bir hüküm ceza kanununda bulunmadığı takdirde, hukuki hata suçun manevi unsurunu, yani kusurluluğu kaldırarak ceza sorumluluğu üzerinde etkili olacaktır. Bu noktada, kusur teorisinin kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralına tutarlı ve uygulanabilir bir istisna getirdiği değerlendirilmektedir.³⁵⁰

Diğer taraftan, hukuki hatanın kaçınılabılır olması halinde kişi, gerçekleştirdiği fiil bakımından kasten sorumlu olmakla birlikte, yaptığı hatanın kaçınılabılırlığı nazarında kusurunun azabileceği de söylenebilecektir. Kaçınılabılırlığın derecesine göre, kusurun ve dolayısıyla failin temel cezasının belirlenmesi mümkün olacaktır.³⁵¹

Yapılan açıklamalar çerçevesinde, hukuki hatanın ceza sorumluluğuna etkisinde, kast teorisine göre daha tutarlı olan ve uygulama kolaylığı getirdiği tartışılmaz kabul edilen kusur teorisinin dikkate alınması gerektiği ve hukuki hata durumunda da failin kasten hareket etmesi söz konusu olduğundan, hukuki hatanın kast üzerindeki etkisinden ziyade kusurluluk üzerinde etkili olduğu yönündeki görüşlere biz de iştirak ediyoruz.³⁵²

Nitekim 5237 sayılı TCK’de de konu “*kusur teorisi*” bağlamında ele alınmıştır. Kanun’un 30’uncu maddesinin dördüncü fıkrasında; failin, fiilinin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi halinde cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir. Hükmün gerekçesinde, “*Ancak, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olması halinde, kişi kusurlu sayılmaz.*”

³⁴⁹ Ferrando MANTOVANI 2001, age s. 331; Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 153.

³⁵⁰ Öğretide 5237 sayılı TCK’nin 30’uncu maddesinin dördüncü fıkrasının ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağı kuralının istisnasını düzenlemediği ancak kast ve haksızlık bilinci ayrımını esas alan kusur teorisine göre şekillenen hükmün failin, fiilinin hukukun maddi değerler düzenine aykırı olduğu ve bu nedenle yasaklandığı konusundaki hatasına değer tanıdığı da ileri sürülmüştür. Hakan HAKERİ 2019, age s. 467; Yüksel ERSOY 1967, agm s. 252; Nurcan GÜNDÜZ 2015, agm s. 523.

³⁵¹ İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 537.

³⁵² Hakan HAKERİ 2019, age s. 468-469.

denilmektedir. Her ne kadar 30'uncu madde fiili hataya ilişkin düzenlemelere yer vermiş olsa da işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hukuki hata halinde kişinin kusurluluğu ortadan kalkmaktadır.³⁵³

Hükmün gerekçesi bir tartışmayı nihayete erdirmeyi amaçlamaktadır. Her ne kadar düzenleme, düzenlendiği yer itibarıyla hukuki hatanın fiili hataya vücut vererek kastı kaldıracağı gibi bir anlama gelecek şekilde yorumlanabilecek olsa da hükmün gerekçesi hukuki hatanın kusurluluğa etkisinden bahsetmektedir. Bu sebeple, hukuki bilmemenin hiçbir gerekçe gösterilmeden fiili hata biçiminde algılanmaya müsait biçimde ve fiili hata konusu içerisinde düzenlenmesinin hatalı olduğu değerlendirilmektedir. Hukuki bilmemenin “kaçınılmazlık” kapsamında istisnai hallerde mazeret olarak kabul edileceği dikkate alındığında, konunun 30'uncu maddenin dördüncü fıkrasında değil; Kanun'un ilk şeklinde olduğu gibi kanunu bilme zorunluluğunu düzenleyen 4'üncü madde kapsamında düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir.³⁵⁴

³⁵³ age s.467; Mustafa ÖZEN 2019, age s. 524.

³⁵⁴ Aynı yönde Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2018, age s. 294; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 437.

BÖLÜM III

FİİLİ HATA

3.1. FİİLİ HATA KAVRAMI

Ceza hukukunda hatanın ikinci türü fiili hatadır. Failin gerçekleştirdiği davranışı cezalandıran bir kuralın bulunduğunu bilmemesi ya da bu kurala yanlış anlam yüklemek suretiyle aslında suç olmadığını düşündüğü bir davranışta bulunması hukuki hatayı oluşturmaktadır. Kural bakımından herhangi bir bilgisizliği veya hatası olmadığı halde, gerçekleştirdiği davranışın maddiyetine ilişkin bir hususta hataya düşmesi ise fiili hatayı ortaya çıkarmaktadır. Hukuki hatada olduğu gibi fiili hata da failin iradesine, dolayısıyla kusurluluğuna etki etmektedir. Suç fiilinde hata, suçun ortaya çıkmasına ve failin cezalandırılmasına engel olur. Kasta dayanan sorumluluk ortadan kalkar. Nitekim failin iradesi ve davranışının sonucu arasında ortaya çıkabilecek muhtemel farkların failin iradesi lehine çözümlenmesi kuralının en önemli uygulaması “*hata*” halidir.³⁵⁵

Fiili hatada fail, gerçekleştirdiği fiilin bir ceza normu ile yasaklanan fiilden farklı olduğunu düşünmektedir. Fail aslında gerçekleştirmek istediği neticeden farklı bir neticenin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Buna göre fiili hata, fiili bir durum ya da koşul hakkında yanlış bir değerlendirmedir. Nasıl ki hata genel anlamda dış dünyadaki bir şeyin gerçekte olduğundan yanlış bir biçimde tanınması, değerlendirilmesi veya bilinmesine neden olan zihinsel bir durum ise fiili hata da dünyada beş duyu organı ile algılanabilir bir gerçekliğin olduğu gibi algılanamaması, eksik veya yanlış algılanması durumudur.³⁵⁶

Kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, bir davranışın suç olabilmesi için bunun kanunda açık ve somut tanımlanarak belirli bir cezai müeyyideye bağlanmış olması; failin kanunda tanımlanan hareketi, hareketin doğuracağı neticeyi öngörmesi ve bunları bilerek gerçekleştirmeyi istemesi gerekmektedir. İşte bu noktada failin

³⁵⁵ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 339.

³⁵⁶ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 269; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2021, age s. 638.

kanunda yer alan suç tanımındaki maddi unsurlardan herhangi biri bakımından hataya düşmesi, suçun maddi varlığına ilişkin bir hususta bilgisizliği, eksik veya yanlış bilgisi ya da gerçekliği olduğundan farklı bir biçimde algılaması, failin kastı nedeniyle cezalandırılabilirliğini ortadan kaldıracaktır.³⁵⁷ Hemen belirtmek gerekir ki burada maddi unsurlarla kastedilen bir fiilin suça sebep olması için bulunması zorunlu olan olgulardır. Fail, meşru sandığı davranışını, gayrimeşru kılan durumu bilmeden hareket etmektedir.³⁵⁸ Fail, tipik fiilin unsurlarından en az birinin somut olayda gerçekleşmiş olduğunu bilmeden, tipik eylemi gerçekleştirdiğini değil başka bir eylemi gerçekleştirdiğini düşünerek hareket etmektedir.

Hatanın sebebi, uzaklık, aydınlatma, nesnenin biçimi veya rengi gibi dışsal faktörlerden kaynaklanabileceği gibi göz bozukluğu, renk körlüğü, hastalık hali gibi faile bağlı nedenlerden de kaynaklanabilecektir. Fiili hatanın dışsal sebeplerden veya faile bağlı sübjektif nedenlerden kaynaklanması bakımından herhangi bir farklılık olmayacak, dışsal olanı içselleştirme sürecinde ortaya çıkan herhangi bir yanılısama diğer şartları da taşıdığı takdirde fiili hataya sebebiyet verecektir.³⁵⁹

Bununla birlikte, somut olayda suç tanımındaki maddi unsurların gerçekleşip gerçekleşmemesi her zaman bir algılama sorunundan tezahür etmeyecektir. Ceza normları arasında pek çok suç tipinde, failin algılama yeteneği ile içselleştirmesi veya kavraması mümkün olmayan failin bilgi ile değerlendirmesine gereksinim duyan birtakım unsurlar bulunmaktadır. Örneğin, mala zarar verme suçunda, failin bir başkasına ait tahrip ettiği, yok ettiği, bozduğu, kullanılmaz hale getirdiği, veya kirlettiği şeyin, mal olduğunu tespit etmesi tasavvur etmesi mümkündür. Ancak güveni kötüye kullanma suçunda,

“Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden”

kişinin kim olduğunun tespit edilebilmesi için ayrıca hukuktaki zilyetlik kavramı değerlendirmeye dahil olmaktadır ki bu da ayrıca somut davranış bakımından ilave bir değerlendirme yapma ihtiyacı doğurmaktadır.³⁶⁰ Bu bakımdan, fiili hata

³⁵⁷ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 254.

³⁵⁸ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 465.

³⁵⁹ Mehmet Cemil OZANSÜ (2006), “Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı”, *Suç Politikası*, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Prof. Dr. H.C. Mult. Claus Roxin’e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 386.

³⁶⁰ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 32.

kapsamında algılama süreci; failin, çevrenin koşullarına uyum sağlayarak fark etme, değerlendirme ve kavrama ile ayrıca yasağa ilişkin tüm normatif unsurların yorumlandığı bir bütündür.³⁶¹

Gelinen aşamada, fiili hata, suç tanımında yer alan herhangi bir maddi unsura yönelik olabileceği gibi hukuka uygunluk nedenlerinde, objektif sorumluluk hallerinde, suça etki eden hallerde, neticede veya davranış ile netice arasındaki nedensellik bağında karşımıza çıkabilmektedir.³⁶²

Diğer taraftan, suçun maddi unsurlarına ilişkin her türlü hatanın, fiili hata müessesesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Failin, davranışının ve davranışı sonucunda ortaya çıkan sonucun haksızlık teşkil ettiğini bilmesine karşın, fiilin mevcut bir ceza normuna uyup uymaması bakımından hataya düştüğü haller buna örnek olarak verilebilecektir.³⁶³ Fail, fiil ve somut olayın unsurlarında hataya düşmüş değildir, sadece gerçekleştirdiği suçun niteliğinde hataya düşmüştür. Dolayısıyla failin düştüğü niteleme hatası, fiili hata kapsamında değerlendirilemeyecektir. Örneğin, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun 3'üncü maddesinde evcil hayvan ve ev hayvanı tanımına yer verilmiştir. Evcil hayvan insan tarafından kültüre alınmış ve eğitilmiş hayvanlar olarak tanımlanmaktadır. Ev hayvanı ise gerçek veya tüzel kişiler tarafından özellikle evde, iş yerlerinde ya da arazisinde özel ilgi ve refakat amacıyla muhafaza edilen, bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen her türlü hayvandır. Aynı Kanunun 28/A maddesi uyarınca Kanunda yer verilen istisnalar dışında bir ev hayvanını veya evcil hayvanı kasten öldüren kişi altı aydan dört yıla kadar cezalandırılmaktadır. Komşusunun arsasında beslediği köpeğini zehirleyen bir kişinin, arazide beslenen köpeğin ev hayvanı olduğunu bilmemesi kastını ortadan kaldırmayacaktır. Fail gerçekleştirdiği davranışın haksızlık teşkil ettiğini bilmektedir. Ancak köpeğin, 5199 sayılı Kanun kapsamında ev hayvanı olarak değerlendirildiğini bilmemektedir. İşte bu noktada, failin yaptığı niteleme hatası, hukuki hata ve fiili hata arasındaki ayrıma isabet etmektedir. Failin bilgisizliği, fiili hata kapsamında değil hukuki hata kapsamında değerlendirilecektir. Gerçekleştirdiği davranışın haksızlık teşkil ettiği hususunda kaçınılmaz hatası da

³⁶¹ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 465-466.

³⁶² Hakan HAKERİ 2019, age s. 450 vd.

³⁶³ Ayhan ÖNDER 1989, age s. 348.

olmadığı için kasten ev hayvanını öldürmek suçundan sorumlu tutulması gerekecektir.³⁶⁴

Ceza normlarında hukuka aykırılığın, açıkça normda ifade edilmesi gerekmez. Hukuka aykırılık ceza normunda tanımlanan fiilin hukuk ile çatışması nedeniyle zaten kendiliğinden vardır.³⁶⁵ Bazı durumlarda ise ceza normları arasında bazen suçun maddi unsuru olarak düzenlenmiş olan, ancak gerçekte davranışın genel olarak hukuka aykırılık unsurunu ilgilendiren düzenlemelerle karşılaşmak mümkün olabilmektedir. Kanun koyucunun açıkça ve özel olarak hukuka aykırılığa yer verdiği maddi unsurlar bakımından hâkim, açıkça bu hukuka aykırılığa ilişkin değerlendirme yapmak durumunda kalır. Maddi unsurlar arasında sayılan ve davranışın hukuka aykırılığını vurgulayan unsurlar hukuka özel aykırılık halleri olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁶⁶

Öğretide bir görüşe göre hukuka özel aykırılık halleri ile kanun koyucu bazı suçlar hakkında özellikle hukuka uygunluk sebebi yaratmak istemiştir.³⁶⁷ Diğer bir görüşte ise hukuka özel aykırılık halleri ile kanun koyucunun suçun ortaya çıkabilmesi için özellikle unsur meydana getirdiğini ileri sürmüştür. Tabii burada hukuka aykırılığı suçun unsuru olarak kabul etmedikleri halde, bu gibi hallerde istisnai olarak hukuka aykırılığın suçun genel kurucu unsurlarından birini oluşturduğu da ifade edilmektedir.³⁶⁸ Bu hususta ileri sürülen üçüncü görüşe göre, genel hukuka aykırılık ile özel hukuka aykırılık arasında herhangi bir fark bulunmamakla birlikte, kanun koyucunun amacı tarihi birtakım sebeplerle özellikle hâkimin dikkatini düzenlemeye çekmektir.³⁶⁹ Diğer bir görüş ise hukuka özel aykırılık nedenlerinin manevi unsur içinde ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. Hukuka özel aykırılıktan öte, failin belli bir amaçla hareket ettiği durumlardan bahsedilmesi yerinde olacaktır.³⁷⁰

Örneğin “*meşru bir sebebe müstenid olmaksızın*”, “*makbul bir sebep olmadıkça*”, “*gayri meşru surette*”, “*hükümetin tasvibi olmaksızın*”, “*kanunda yazılı hallerin haricinde*”, “*yetkili merciden emir verilmeksizin*” ve “*hukuka aykırı olarak*” gibi ifadeler bu haller arasında sayılabilecektir. Bunlar suçun maddi unsurları içerisinde tanımlanmış eyleme ilişkin unsur değil, bulunmamaları halinde hukuka

³⁶⁴ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 40.

³⁶⁵ Tuğrul KATOĞLU 2003, age s. 123.

³⁶⁶ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 306-307.

³⁶⁷ Giuseppe MAGGIORE (1950), *Diritto Penale*, Parte Generale, Vol. I, Niccola Zanichelli Editore, Bologna, Akt. Tuğrul KATOĞLU 2003, age s. 124.

³⁶⁸ Giuseppe BETTIOL (1978), *Diritto Penale*, 10. Ed., CEDAM, Padova, s. 303, Akt. Tuğrul KATOĞLU 2003, age s. 123.

³⁶⁹ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 20.

³⁷⁰ Ayhan ÖNDER 1989, age s. 216.

aykırılığı dolayısıyla suçu da ortadan kaldıran koşullardır. Hukuka özel aykırılık halinin bulunmaması eylemi suç olmaktan çıkaracak ve hukuka uygun hale getirecektir.³⁷¹

Hukuka özel aykırılık hallerinde, kanun var olan hukuka aykırılık unsuruna başka unsur eklememekte, ancak failin bu şekilde hareket ettiğini bilmesini ve hareket etmeyi istemesini aramaktadır. Kanaatimizce, hukuka özel aykırılık hallerinin tamamı mahiyet itibariyle farklı alanlarda tezahür edebilecektir. Bazı durumlarda özel kasıt, bazı durumlarda bir hukuka uygunluk nedeni ya da fiilin özel bir biçimi olarak karşımıza çıkabilecektir. Memuriyet sıfatının kötüye kullanılması, meşru bir sebebe dayanılmaması farklı alanlarda çözüme kavuşturulması gereken hususlardır. Hukuka özel aykırılık nedenleri bakımından, failin kanun koyucunun özel bir duruma bağladığı bu nedenin somut olayda bulunmadığı hususundaki hatalı değerlendirmesi hüküm ifade edip etmemesi de değerlendirmeye alınması gereken önemli bir konudur.³⁷²

Kanaatimizce failin değerlendirmesinden farklı olarak, somut olayda aslında hukuka özel aykırılık nedeni olarak adlandırılan ancak esasında hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilecek olan durumlardan biri gerçekleşmişse, failin eyleminin hukuka aykırı sayılması mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, hukuka özel uygunluk nedeni olarak adlandırılan bir durumun, failin aksi yöndeki inancına karşın somut olayda bulunmaması durumunda ise yine hukuka uygunluk nedenlerinde hata bahsi gündeme gelecektir. Ancak, hukuka özel aykırılık halleri, suçun maddi unsuru olarak görülecek olursa, failin kusurlu kabul edilebilmesi için kastının bu unsurları da kapsamı gerekecektir. Failin bu durumlara ilişkin bilgisi mutlaka aranacaktır.³⁷³ Bu bilincin yokluğu kastın bilme ve isteme unsurunu da sakatlayacağından konunun suçun manevi unsuru içerisinde değerlendirme yapılması gerekecek ve fiili hatanın konusuna girmeyecektir. Eğer bunların genel anlamda davranışı hukuka aykırı kılan hususlar olduğu kabul edildiği takdirde ise konunun hukuki hata kapsamında ele alınması gerekecektir. Fail suça ilişkin tüm maddi unsurları bildiği halde, davranışının hukuka aykırı olmadığını düşünüyorsa, fiili

³⁷¹ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 19; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 60; Tuğrul KATOĞLU 2003, age s. 124; Neslihan GÖKTÜRK 2016, agm s. 408; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 40.

³⁷² Neslihan GÖKTÜRK 2016, agm s. 416.

³⁷³ Tuğrul KATOĞLU 2003, age s. 126; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 41.

hatanın varlığı söz konusu olmayacaktır. Yani hukuka özel aykırılık hallerinin büyük bir bölümü açısından fiili hatanın tartışılması mümkün olmayacaktır.³⁷⁴

3.2. HUKUKİ HATA VE FİİLİ HATA AYRIMI

Önceki bölümlerde de ifade edildiği üzere, hata hali ceza hukukunda iki şekilde ortaya çıkar. Fail ya fiilini cezalandıran bir normun bulunduğunu bilmez veya bu normu yanlış yorumlayarak davranışının suç olup olmadığına hataya düşer ya da norm bakımından herhangi bir bilgisizliği veya hatası olmadığı halde işlediği suçun maddiyatına dair hususlarda hataya düşer. Birinci durum hukuki hataya işaret ederken, ikinci durum fiili hataya işaret etmektedir. Hukuki hata ile fiili hata arasındaki ayrım da buradan kaynaklanmaktadır. Ayrım hatanın sınıflandırılmasında, üzerinde gerçekleştiği konuyu esas almaktadır.³⁷⁵

Hukuki hata, ceza hukuku kaynaklarının bağlayıcı kudretini ilgilendiren ve kişinin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşmesi durumu hariç olmak üzere, bu kaynakları bilmeyen veya yanlış anlam veren kimseleri de bağladıklarını ifade eden bir müessesedir. Fiili hata ise suçun maddiyatını inceleme konusu yapmaktadır.³⁷⁶

Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralı gereğince hukuki hata ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Buna karşılık, fiili hata meşru sanılan hareketi gayri meşru kılan durumu bilmemeden kaynaklanır ve failin kastına etki eder. Suç fiilinde hata failin cezalandırılmasına engel olur. Eğer fail hata etmeseydi, suç ortaya çıkmayacaksa esaslı hata ortaya çıkar. Nitekim kusurluluğu ortadan kaldıran hata da esaslı olandır.³⁷⁷

Aslında hem hukuki hatada hem de fiili hatada, fail yasaklanmış olduğuna inanmadığı bir davranış gerçekleştirmektedir. Ancak, hukuki hata etkisini norm üzerinde göstermekte iken fiili hata etkisini somut davranış üzerinde göstermektedir. Hukuki hatada fail davranışının suç teşkil edip etmediği hususunda nitelendirmede, fiili hatada ise davranışının kanuni tipe uygunluğunda hataya düşmektedir.³⁷⁸

³⁷⁴ age s. 41.

³⁷⁵ Cem ŞENOL (2018), “5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Suçun Maddi ve Nitelikli Unsurlarında Hata”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.:13 S.:38, Aralık, s. 121.

³⁷⁶ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 340.

³⁷⁷ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 470; Hakan HAKERİ 2019, age s. 450.

³⁷⁸ age s. 450; Mahmur KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 254.

Hukuki hata durumunda failin davranışı ile yasaklanan davranış aynıdır. Ancak fail davranışının yasaklandığını bilmemektedir. Fiili hata da fail hangi davranışın ceza normu ile yasaklandığını bilmektedir. Bunu bilerek hareket etmektedir. Ancak ceza normu ile yasaklandığını bildiği davranışı gerçekleştirmediğini düşünmektedir. Fiili hata ise failin algılanabilir nitelikteki fiil, suçun konusu, mağdur ve fiile ilişkin diğer maddi olgularda hatalı tasavvura dayanarak gerçekleştirdiği davranışıyla, dış dünyada irade ettiğinden farklı olarak istemediği bir netice meydana getirdiği durumlarda söz konusudur.³⁷⁹

Kast, maddi fiilin hukuka aykırılık taşıdığına değil, fiilin bilinmesi ve istenmesidir. Hata ise norma ilişkin olması veya fiile ilişkin olması bakımından failin kusurluluğuna etkisi edecek veya kastını ortadan kaldıracak ya da kaldırmayacaktır. Bu etki hukuki hata ve fiili hata ayırımını da ortaya çıkarır.³⁸⁰ Fail kasten gerçekleştirdiği eylemini, ceza normunda hataya düşerek veya ceza normu dışındaki bir kanunda hata ederek gerçekleştirebilir. Bu durum hukuken önem taşımayacaktır. Fiili hata ise kasten hareket eden failin kastını ortadan kaldırır. Fail, ceza normunda yasaklanan fiilden başka bir fiil gerçekleştirmeyi istiyorsa ceza normu ile yasaklanan sonucun ortaya çıkmasını da istemiyordur. Bundan dolayı failde suça ilişkin kasıt bulunmamaktadır. Ancak failin fiilinin taksirli şeklinin kanunda düzenlenmiş olması durumunda taksirli suçtan dolayı sorumlu tutulması gerekecektir. Buna karşılık, failin ceza normunda öngörülen tipik fiilin aynısını istemesi ancak bu fiilin yasaklanmamış olduğunu düşünmesi halinde, eyleminin hukuka aykırı olup olmadığı hususunda bir hata vardır. Fail davranışının ortaya çıkaracağı zararın da bilincindedir ki somut olayda failin kasten hareket ettiğini kabul etmek gerekecektir. Failin norma ilişkin bilgisizliği mazeret olarak kabul edilmeyecektir. Diğer taraftan, gerçekleştirdiği davranışın haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen failin ise kastının değil, kusurluluğunun ortadan kalkacağını kabul etmek gerekir.³⁸¹

³⁷⁹ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 268-269; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2021, age s. 645-647; Cem ŞENOL 2018, agm s. 121-122.

³⁸⁰ age s. 395.

³⁸¹ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 270; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2021, age s. 445.

3.3. FİİLİ HATA VE KUSURLULUK İLİŞKİSİ

Suçun manevi unsurunu oluşturan kusurluluk Roma hukukundan beri ceza hukukunun temelidir.³⁸² Ceza hukuku, failin cezalandırılabilmesi için somut davranışını, manevi birtakım şartlarla birlikte gerçekleştirmiş olmasını araştırır. Şüphesiz orta yerde bir davranış bulduktan sonra; kusurluluk, gerçekleştirilen davranışa yön vermek, onu nitelendirebilmek bakımından ön plana geçer ve iradeyle netice arasında herhangi bir fark bulunduğu takdirde neticeyi bir kenara bırakarak, iradeye önem vermek ve sonucu irade lehine çözümlenmek gerekir.³⁸³

5237 sayılı TCK’de kusurluluğun esasta beş türü öngörülmüştür. Bunlar kast, olası kast, kastın aşılması, bilinçli taksir ve taksirdir. Bir fiilin suç olabilmesi için somut olayda bu dört kusurluluk halinden en azından birinin olması gerekir. Bütün bu halleri kapsayan tek unsur, hareketin iradiliği yani hareketin bilinmesi ve istenmesidir. Hareketle birlikte, netice de istendiği takdirde kasttan söz edilir.³⁸⁴ Kastın varlığı için suçu oluşturan ve ceza normunda yer verilen tanımında yer alan unsurların tamamının bilinmesi gerekir.³⁸⁵

Görüldüğü üzere, kusurluluk yukarıda sayılan türlerin hangisinde ortaya çıkarsa çıksın, suç teşkil eden fiilin bilinmesini gerektirir. Fiili hatadan anlaşılması gereken, suçun var olması için aranan unsurların en az birine ilişkin hata edilmesidir. Hatanın hukuksal niteliği ve ceza hukuku içindeki yeri, ceza sorumluluğuna etkisi bakımından önemlidir. Esaslı fiili hata, failin kusurluluğuna etki edecektir.³⁸⁶

3.3.1. Fiili Hata ve Kast İlişkisi

5237 sayılı TCK bir davranışın cezalandırılabilmesi için kural olarak kastın varlığını şart koşturmaktadır. Kanununun 21’inci maddesinde kast, “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” olarak tanımlanmıştır. Taksirli fiillerin cezalandırılabilmesi için bunun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. Yine Kanununun 30’uncu maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten*

³⁸² Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 237.

³⁸³ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 427; Faruk EREM 1958, age s. 411; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 423.

³⁸⁴ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 214 – 223; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 427-428.

³⁸⁵ Cengiz APAYDIN 2018, age s. 152.

³⁸⁶ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2018, age s. 320.

hareket etmiş olmaz.” Görüldüğü üzere, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilinmemesi etkisini doğrudan kast üzerinde göstermektedir.

Fiili hatanın, kastı kaldırabilmesi için daha önce ifade edildiği üzere “*esaslı hata*” olması gerekir. Kastın olabilmesi için suçun objektif unsurlarının tümünün bilinmesi gerekir. Esaslı hata durumunda bu bilgi failde yoktur. Dolayısıyla ortada kast da yoktur. Suçun unsurlarında hata anlamına gelen esaslı hata kastın tersidir.³⁸⁷

Fail önce fiili tasavvur eder ve tüm unsurlarını bildiği fiili icra eder. Failin suçun maddi unsurlarını bilmemesi ise maddi gerçeği yanlış tasavvur etmesine ve hataya düşmesine sebebiyet verir. Suçun maddi unsurlarını bilmeyen failin kasıtlı hareket ettiğinden de söz edilemez. Bu nedenle maddi unsura ilişkin esaslı hata kastın bilme unsurunun negatif yönünü teşkil eder.³⁸⁸

Hataya düşen fail, bilgisizliği nedeniyle dış dünyada aslında istemediği bir neticeye yol açar. Failin neticeyi istememesi durumunda, kanunda yer verilen kastın tanımı da karşılanmamış olur. Failin kasten hareket ettiğinden söz edilemez.³⁸⁹

Kastı ortadan kaldıran esaslı hatanın anlamı ise şudur: Failin iradesi ile objektif durum arasında hiçbir aykırılık bulunmasa idi, yani failin tasavvur ettiği durum gerçeğe uygun olsa, diğer bir anlatımla fail hata etmemiş olsa, fiil suç teşkil etmeyecekse hata esaslıdır. Dolayısıyla, failin tasavvur ettiği gerçeklik ile objektif gerçekliğin örtüşmesi halinde, suçun normatif unsurları karşılanmıyor ise ortada suç da olmayacaktır. Fail aslında suç işlemediğini düşünerek hareket etmektedir ve suça ilişkin kastı bulunmamaktadır. Eş anlatımla, hatanın kastın varlığına engel olacak düzeyde olması gerekir.³⁹⁰

³⁸⁷ Hans Heinrich JESCHECK 2007, age s. 33.

³⁸⁸ Cem ŞENOL 2018, agm s. 126.

³⁸⁹ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2018, age s. 297; Cem ŞENOL 2018, agm s. 126-127.

³⁹⁰ Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 2013/13940 E. 2014/1772 K. sayılı 28.01.2014 tarihli kararında “...*Kast ise; suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olup, suç tipindeki maddi unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik ya da yanlış bilgi, maddi unsurlara ilişkin hatadır. Hatanın varlığı kabul edildiğinde kasten işlenmiş bir suçtan söz edilemez, ancak hatanın; kastın varlığına engel olacak düzeyde bulunması halinde sanığa ceza verilemeyecektir. Suçun maddi unsurlarına ilişkin hatanın, fiilin suç teşkil etmesi için bulunması zorunlu hususlara ilişkin esaslı bir yanılma olması gerekir. Somut olayda; üniversite öğrencisi olup, İğdir merkezde oturan sanığın, suça konu üzerinde taşıdığı bıçağın sustalı çakı olduğunu, yaşı, öğrenimi ve yaşadığı yer itibariyle bilecek konum ve durumda bulunduğu, sanığın bıçağın suç olduğunu bilmeme- sine ilişkin savunmasının hayatın olağan akışına uygun olmadığı, yasak bıçağı taşıyan sanığın eyleminin bir haksızlık oluşturduğunu bilecek eğitim ve bilgiye sahip bulunması nedeniyle 5237 sayılı TCK.nun 30. maddesinde düzenlenen hata halinin uygulanma şartlarının da bulunmadığı...*” şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı, [https://www.corpus.com.tr/#/Yargitay, ET. 29.03.2021; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 342.](https://www.corpus.com.tr/#/Yargitay, ET. 29.03.2021; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 342.”)

Diğer taraftan, failin her zaman suçun bütün maddi unsurlarını da ayrı ayrı zihninde canlandırarak, bunların somut olayda bulunmadığını düşünmesini beklemek de yerinde bir yaklaşım olmayacaktır. Dolayısıyla bu unsurların gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin genel bir bilinç yeterli kabul edilmelidir. Hatanın esaslı olduğunu kabul edebilmek için, genel bilincin dışında kalan bir bilinç yoksunluğu aranmalıdır. Bu itibarla, esaslı hatada ölçüt:

“Failin zihnindeki gerçeklik objektif gerçeklikten, somut haksız eylemin ilgili hukuksal değerler bilinçli bir ihlalin ifadesi olarak görülemeyecek derecede ayrık düşmüş” olmasıdır.³⁹¹

Örneğin, trenden aceleyle inen yolcu yanlışlıkla kendi bavulu zannederek başkasının bavulunu alıp inse, hata esaslı olduğundan fail hırsızlıktan dolayı cezalandırılmayacaktır. Failin tasavvur ettiği durum, zihninde canlandığı olay gerçeğe uygun olsa, yani trenden kendi bavulu ile inmiş olsa, fiil suç teşkil etmeyecek, kanunda hırsızlık için yapılan tanıma uymayacaktır.³⁹²

Yine, fail cinsel birliktelik yaşadığı on beş yaşındaki partnerini on yedi yaşında sanmışsa, failin zihninde canlandığı durum ile objektif durum birbirine uygun olsa dahi reşit olmayanla cinsel ilişki açısından maddi unsur gerçekleştiği için failin hatası esaslı kabul edilmeyecektir.³⁹³

Diğer taraftan öğretide failin tasavvur ettiği durum ile zihninde canlandığı olayın gerçeğe uygun olması, diğer bir ifade ile failin hata etmemiş olması halinde, gerçekte meydana gelenden bir başka suç meydana geliyorsa failin hatasının esaslı olmayacağı, dolayısıyla kusurluluğa bir etkisinin olmayacağı ileri sürülmüştür.³⁹⁴ Bununla birlikte, failin hatası nedeniyle gerçekte meydana gelenden başka bir suç meydana gelmiş ise bu defa irade ile gerçek arasındaki farklılık irade lehine çözümlenecek ve fail gerçekte işlemiş olduğu suçtan dolayı değil, kastettiği suçtan dolayı sorumlu tutulması gerekecektir.³⁹⁵

³⁹¹ Eberhard SCHMIDHAUSER (1984), *Strafrecht Allgemeiner Teil – Studienbuch*, 2. Bası, C.B. Mohr Verlag, Tübingen, 1984, Kn. 7/48, Akt. Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 26. Yargıtay CGK'nin 2013/14-553 E. 2014/14 K. sayılı 21.01.2014 tarihli kararında “Sanığın mağdure ile ilköğretim 6. sınıf öğrencisi iken tanışması ve 3 yıldır süren bir arkadaşlıklarının bulunması karşısında, suç tarihi itibarıyla yirmi yaşının içerisinde olan sanığın, mağdurenin onbeş yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığından, 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları mevcut değildir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://lib.kazanci.com.tr>, ET. 29.03.2021.

³⁹² Doğan SOYASLAN 2020, age s. 471.

³⁹³ Örnek için bkz. Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 26.

³⁹⁴ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 343.

³⁹⁵ Hakan HAKERİ 2019, age s. 452-453.

Örneğin, mağdurun kamu görevlisi olduğunu veya Cumhurbaşkanı olduğunu bilmeden hakaret eden fail, kamu görevlisine veya Cumhurbaşkanı'na hakareten dolayı değil, hakaretin temel şeklinden cezalandırılacaktır. Örnek bakımından değerlendirme yapacak olursak, failde hakaret suçu bakımından kast vardır, ancak kamu görevlisine görevi dolayısıyla hakaret bakımından ise kastı bulunmamaktadır. Bu itibarla, gerçekte işlenen suçtan sorumlu tutulması her ne kadar yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde mümkün değilse de gelinen noktada kasten hareket edilen başka suç bakımından sorumluluğu saklı kalacaktır.³⁹⁶

Dolayısıyla her bir suç tipi bakımından somut olayda failin kasıtlı hareket edip etmediği, hatasının esaslı olup olmadığı ve failin kastettiği dışında başka bir suç ortaya çıkmışsa bu suç bakımından ayrıca kastının veya taksirinin olup olmadığının araştırılması gerekecektir.

3.3.2. Fiili Hata ve Taksir İlişkisi

Fiili hatanın etkisi, esas itibariyle kast üzerinde olmakla birlikte, kişinin fiili hataya düşmesi taksirinden de ileri gelebilecektir. 5237 sayılı TCK'nin 22'nci maddesinin ikinci fıkrasında taksir dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır. Taksirin cezalandırılmasının nedeni toplumsal dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayan kişiye yaptırım uygulamaktır.³⁹⁷ Bu doğrultuda, hatanın kişinin dikkat ve özensizliği nedeniyle ortaya çıkması halinde kişi ancak taksirli eylemi açısından kusurlu kabul edilebilir. Nitekim 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin son cümlesinde *"Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır."* denilmiştir.

Öğretide bir görüşe göre, fiili hatanın kastı ortadan kaldırması dikkate alındığında aynı davranış nedeniyle taksirli sorumluluğun da ortadan kalkması gerekir.³⁹⁸ Hata, taksiri de kapsayan kusurluluğa etki edebilir.³⁹⁹ Bu nedenle, failin hatada taksirinin bulunup bulunmadığını araştırmak gerekir. Fail gereken dikkat ve özeni göstermiş, ancak buna rağmen hataya düşmekten kurtulamamış ise hata varsa da taksir yoktur. Nitekim bu yaklaşım, esaslı hata durumundaki sonuçla uyumludur.

³⁹⁶ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 343.

³⁹⁷ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 443.

³⁹⁸ Yener ÜNVER (2006), "YTCK'da Kusurluluk", *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı:1, Seçkin Yayıncılık, s. 63.

³⁹⁹ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 344.

Failin suçun maddi unsurlarına ilişkin bilgisizliğinin taksirinden kaynaklanmadığı hallerde, faile yüklenebilecek kusurlu bir davranış bulunmadığına göre taksirli sorumluluktan söz edilmesi de söz konusu olmayacaktır.⁴⁰⁰

Örneğin, bir eczacı ilaç olarak manyezi vermesi gerekirken piramidon verse ve hasta kullandığı yanlış ilaç nedeniyle ölse, hata eczacının dikkat ve özensizliği nedeniyle yani taksiri dolayısıyla doğduğundan bu tür hata taksiri kaldırmayacaktır. Buna karşılık eczacının haberi olmaksızın biri ilaç şişelerini karıştırmışsa ve eczacı haberi olmaksızın yanlış ilaç vermişse orta yerde hata varsa da taksirden söz edilemeyecektir. Bir hekim henüz yaşamakta olan bir insanı ölü sanarak otopsi yapacak olursa, kişinin ölüp ölmediğini kontrol etmemesi taksirli sorumluluğunu doğuracaktır. Hekimin hatası taksirinden ileri gelmiştir ve sorumsuzluğuna neden olmayacaktır. Diğer taraftan, aynı hekim gömülüp de kısa bir süre sonra ve adli mercilerce otopsi yaptırılmak amacıyla mezardan çıkarılan biri üzerinde otopsi yapsa, öldüğü sanılan kişi ölmemiş olsa ve ilk kesi nedeniyle kişi ölse, hata taksirine dayanmamaktadır. Çünkü herhangi bir kişinin otopsi yaptırılmak amacıyla mezardan çıkarılması durumunda hekimin öldüğü düşünülen kişinin sağ olup olmadığını öngörmesi beklenemeyecektir. Bu olayda hata varsa da taksirden ileri gelmediği için hekimin sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Yine, bir kimse kendisininki zannederek başkasının paltosunu aldığı anda, taksirin varlığı sonucuna ulaşılabilse bile, kanunda hırsızlık suçunun taksirli hali düzenlenmediğinden failin cezai sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.⁴⁰¹

Kanaatimizce, 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi bu noktada önem ihtiva etmektedir. Düzenleme uyarınca, kanunda taksirli sorumluluğun özel olarak öngörüldüğü durumlarda, kastı bulunmayan bir kişinin taksirinin bulunup bulunmadığını saptamak gerekmektedir.⁴⁰²

Suçun maddi unsurlarının tümünün gerçekleştiğini bilmeyen, fakat neticeye ilişkin gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bunu bilebilecek durumda olan kişinin taksirle hareket ettiğinin kabulü gerekecektir. Kusurluluğa ilişkin temel ilkeler çerçevesinde; dikkat ve özen yükümlülüğüne riayet etmediği için kınanan failin sorumluluğunun var olması, ancak taksirin cezalandırıldığı soyut norma uyan bir

⁴⁰⁰ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 470; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 28.

⁴⁰¹ Örnek için bkz. Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 344; İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 523.

⁴⁰² Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 28.

maddi vakıanın gerçekleşmiş olması şartına bağlıdır. Bu minvalde, failin hataya düşmedeki taksiri ile eylemi gerçekleştirirken taksirli olup olmadığı esasında aynı anlama gelecektir.⁴⁰³

765 sayılı TCK’de ise suçun maddi unsurlarında hatanın taksirli suçlarda etkisi bakımından herhangi bir düzenlemeye gidilmemiştir. Buna rağmen, taksirden kaynaklanmayan hata dolayısıyla işlenen fiil, kaza ve tesadüfe bağlanabileceği ve mülga Kanun’un 45’inci maddesindeki taksiri de yok edeceği için aynı sonuca varılmaktaydı.⁴⁰⁴

3.3.3. Fiili Hata ve Objektif Sorumluluk Halleri İlişkisi

Modern ceza hukukunda ceza sorumluluğu subjektif sorumluluk esasına dayanmaktadır. Ancak, öğretilerde kast ve taksirin dışında da cezai sorumluluğun söz konusu olabileceği kabul edilmiş, özel hukuk alanında yerleşen kusursuz sorumluluk veya tehlike sorumluluğu müesseselerinin ceza hukuku alanında da uygulanabileceği taraftar kazanmış ve söz konusu yaklaşım mevzuatta da kendisine yer bulmuştur. Kusursuz sorumluluk halleri denilen bu hallerde fail kusurlu kabul edilmektedir. Burada failin iradesi neticeyi de kapsamakta, irade ile netice arasında nedensellik bağı bulunması failin cezai sorumluluğu açısından yeterli görülmektedir. Yani failin kastı ya da taksiri aranmamaktadır. Objektif sorumluluk hali olarak kabul edilen bu durumlar, kastın aşılması suretiyle işlenen suçlar, basın yoluyla işlenen suçlar ve netice sebebiyle cezanın ağırlaştırıldığı suçlardır.⁴⁰⁵

Her ne kadar 5237 sayılı TCK’de objektif sorumluluktan vazgeçildiği ve kusura dayalı sorumluluk sisteminin benimsendiği ifade edilse de⁴⁰⁶, hem 765 sayılı

⁴⁰³ agt s. 29; Mehmet Cemil OZANSÜ 2006, agm s. 387.

⁴⁰⁴ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s.344.

⁴⁰⁵ age 311; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 410.

⁴⁰⁶ 5237 sayılı TCK’nin “*Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç*” başlıklı 23’üncü maddesinde “*Bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Anılan düzenleme ile objektif sorumluluk hallerinden neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda, failin netice bakımından cezai sorumluluğunun bulunması için en azından taksirle hareket etmesi öngörülmekte, aslında objektif sorumluluk hali failin taksir derecesinde kusuru aranarak bir nevi subjektif sorumluluk haline dönüştürülmektedir. Maddenin gerekçesinde ise, “... 765 sayılı Türk Ceza Kanununda ve Hükümet Tasarısının bazı hükümlerinde, kişi gerçekleştirmeyi kastetmediği böyle neticelerden objektif olarak sorumlu tutulmaktadır. Belirtmek gerekir ki, bu tür sorumluluk, ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan ‘*versari in re illicita*’, yani hukuka aykırı bir durumda olan bunun neticelerine katlanır anlayışının bir ürünü olup, çağdaş ceza hukuku bu anlayışı çoktan terk etmiştir. Çünkü kusurun aranmadığı objektif sorumluluk halleri kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çelişmektedir. Ülkemiz ceza hukuku öğretisinde uzun süredir objektif sorumluluk hallerinin ceza mevzuatından çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu talebin yerine getirilmesi, Anayasada öngörülen kusur ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Madde metnindeki düzenlemeyle, meydana gelen ağır

TCK’de hem de 5237 sayılı TCK’de objektif sorumluluk hallerinin yer aldığı görülmektedir.

765 sayılı TCK’de açıkça objektif sorumluluktan söz edilmese de yukarıda bu sorumluluğa örnek olarak gösterilen hallere yer verilmiştir. Mülga Kanun’da bu hallerde cezalandırmayı mümkün kılan genel hüküm ise 45 inci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer almaktadır. Anılan düzenleme “*Failin bir şeyi yapmasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır.*” şeklindedir.

5237 sayılı TCK’de ise konu mülga Kanun’dan daha farklı ele alınmıştır. Ceza sorumluluğunun kast ve taksire dayandırıldığı Birinci Kitap İkinci Kısım, Birinci Bölümde 23’üncü madde kapsamında üçüncü bir kusur sorumluluğu türü daha benimsenmiştir. Bu da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan dolayı sorumluluktur.⁴⁰⁷ Anılan düzenleme uyarınca, bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir.⁴⁰⁸

Anılan hükümden ortaya çıkan sonuç, objektif sorumluluk türü olarak kabul edilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda da cezai sorumluluk aslında subjektif esasa dayanmaktadır. Failin kusuru olmadıkça, bu gibi istisnai hallerde de cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Kanunumuzda açıkça objektif sorumluluğa ilişkin düzenlemeye yer verilmemesi ve 5237 sayılı TCK’nin 23’üncü maddesinde yer alan istisnanın objektif sorumluluğun kabulüne açıkça imkân vermediği dikkate alınarak, cezalandırılabilmesi için failin her zaman kusuru aranacak ve somut olayda en azından taksirle hareket etmesi gerekecektir.⁴⁰⁹

Bu minvalde, objektif sorumluluk hallerinde de sorumluluğun temeli failin iradi hareketi olacağından ve failin iradi hareketinden cezai sorumluluğunun doğabilmesi için en azından taksirle hareket etmesi gerekeceğinden, fiili hatanın iradi

netice açısından kişinin sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu neticeye ilişkin olarak en azından taksir dolayısıyla kusurlu bulunması gerekmektedir. Bu hükümlerle, meydana gelen kastedilenden başka ve ağır netice açısından sorumluluğun, kusura dayalı bir sorumluluk olması sağlanmak istenmiştir.” denilmektedir. İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 91.

⁴⁰⁷ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 454.

⁴⁰⁸ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 164.

⁴⁰⁹ Ali Rıza TONGÜR ve Ekrem ÇETİNTÜRK (2020), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 173.

hareketi ortadan kaldıran bir etki doğurduğu durumlarda failin cezai sorumluluğu bulunmayacaktır.⁴¹⁰

Örneğin, hakaret suçunun basın yoluyla işlendiği hallerde suçun failinin kimler olduğu 5187 sayılı Basın Kanununun 11'inci maddesine göre belirlenecektir. Buna göre süreli ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumlu olacaktır. Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkum olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili cezai sorumluluğa sahip olacaktır. Ancak eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde yayımlatanın cezai sorumluluğuna gidilecektir.⁴¹¹ Buna göre, gazeteye verilen ve yazarı belli olmayan haberin bir kişi hakkında hakaret içerdiğini gören sorumlu müdür, bunun yayımlanmamasına karar vererek gazetede yayıma gidecek yazılar arasından çıkarsa, fakat ilgili sayfayı yayıma hazırlarken farkında olmadan yazıya da yer verse ve bu işi yaparken tüm dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirirse, yani olayda taksir derecesinde dahi kusuru olmasa ortada iradi bir hareket bulunmadığından kendisini hakaret suçundan sorumlu tutmamak gerekecektir.⁴¹²

3.3.4. Fiili Hata ve İsnat Edilebilirlik İlişkisi

765 sayılı TCK'de hukuki hata, şahısta hata ve sapma Kanun'un "*Cezaya ehliyet ve bunu kaldıran veya hafifleten sebepler*" başlıklı Birinci Kitabın Dördüncü Babında, kusurluluk, hukuka uygunluk nedenleri, haksız tahrik, cezayı kaldıran veya azaltan nedenlerle birlikte düzenleme altına alınmıştır. Kanun koyucunun burada sayılan müesseselerin cezayı kaldırmalarından yola çıkarak tek başlık altında düzenleme yapma iradesine haiz olduğu söylenebilecektir.⁴¹³

5237 sayılı TCK'de ise kanun koyucu benzer bir irade ile aynı kurumları yine Kanunun "*Ceza Sorumluluğunun Esasları*" başlıklı İkinci Kitabının İkinci

⁴¹⁰ Berrin AKBULUT 2019, age s. 462; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 87; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 29.

⁴¹¹ Hüseyin KILIÇ (2018), *Basın Hukuku*, İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Doğrultusunda Açıklamalı – İçtihatlı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 44-45; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2019, age s. 470-471.

⁴¹² Örnek için bkz. Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 345.

⁴¹³ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 42.

Bölümünde “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlığı altında ele almıştır. İsnat yeteneği, anlama ve isteme yeteneği olmakla birlikte, bir kişinin cezalandırılabilmesi için sahip olması gereken nitelikleri ifade etmektedir. Kişinin isnat edilebilir olması için davranışlarının sosyal açıdan ne anlama geldiğini anlayabilmesi ne yapması gerektiğine kendi başına karar verebilmesi, diğer bir deyimle isteyebilme gücüne sahip olması gerekir.⁴¹⁴

Suç fiilinin işlendiği sırada kişinin anlama ve isteme yeteneğine sahip olması gerekir. İsnat kabiliyeti fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneğidir. Algılayabilme sadece yapılan hareketin yapıldığını bilmek anlamına gelmeyecektir. Algılayabilme hareketin sosyal ve hukuki değerlere aykırılığını da bilme anlamına gelmektedir.⁴¹⁵ Dolayısıyla anlayabilme ve isteyebilme gücüne tesir eden, bu yeteneği ortadan kaldıran veya hafifleten bazı sebeplerin varlığı halinde isnat yeteneği yani kişinin cezalandırılabilirliği de etkilenecektir. İsnat yeteneğini ortadan kaldırması veya azaltması mümkün olan bu haller akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olmak olarak sayılabilecektir.⁴¹⁶

Hemen ifade etmek gerekir ki ceza sorumluluğunun doğmasının temel koşulu suçu oluşturan fiilin iradi biçimde gerçekleştirilmesi olmasına rağmen, isnat edilebilirlik kavramı iradeye etki etmekte ancak tam anlamıyla irade kavramının içinde bulunan unsurlardan biri olduğu söylenemeyecektir. İsnat edilebilirlik, failde bulunması gereken olumlu bir hal olarak karşımıza çıkmaktadır. İsnat yeteneği, bir fiilin bir kimsenin üzerine atılabilmesi, ona yüklenebilmesi için failde bulunması gereken niteliklerin bütünüdür.⁴¹⁷ Bu yönüyle isnat yeteneği fiilin bir unsuru olmamakla birlikte, failin kişisel niteliklerini ilgilendirmektedir. İrade ise fail ile fiil arasındaki bağı ifade etmektedir. Bunun için failin fizik ve psişik yeterliliğe sahip olması gerekir.⁴¹⁸ Eş anlatımla, failin fiilini iradi olarak gerçekleştirdiği her durumda failin isnat edilebilir olduğu söylenemeyecektir. Örneğin, cebir, zorlayıcı hal altında bir davranışta bulunan failin anlama ve isteyebilme yeteneği bulunsa dahi, davranışın

⁴¹⁴ age s. 42; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 405; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 173.

⁴¹⁵ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 409; Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2018, age s. 245.

⁴¹⁶ age s.392.

⁴¹⁷ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s.159; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 42.

⁴¹⁸ Doğan SOYASLAN 2020, age s.411.

irade ile gerçekleştirildiğinden bahsedilemeyecektir.⁴¹⁹ Somut olayda fail, psikolojik baskı altındadır ve psişik yeterliliğin varlığından bahsedilemeyecektir.

Algılama ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneğinin temeli belli bir kültürel çevrede yetişmiş, düşünme, bilme, anlama ve değerlendirme yetisine sahip, akıl sağlığı yerinde olan kişinin seçme ve isteme özgürlüğüdür. Dolayısıyla kimlerin isnat yeteneğine sahip olduğu hususunda yapılacak değerlendirme genel olarak nisbîdir ve belirli bir dönemi ve ortamı göz önünde tutar. Günümüzde genel kabul gören tanımlama temyiz kudretine haiz ve fizyolojik açıdan gelişmiş olan kimselerin isnat edilebilir kabul edilmeleridir.⁴²⁰

İsnat yeteneği ile suç arasındaki ilişki bakımından öğretide muhtelif görüşler ileri sürülmüştür. Hâkim görüş, isnat yeteneğini kusurluluğun unsuru olarak kabul etmektedir. Bu görüşe göre, algılama ve irade kabiliyeti olmayan kişilerin kusurlu hareket etmeleri mümkün değildir.⁴²¹ Belirli bir zihinsel olgunluğa erişmeden isnat yeteneği olmayan kişiler davranışlarını ahlaki açıdan muhakeme edemezler. Bu minvalde, söz konusu görüşün kabulü halinde kusurluluğu olmadığı ileri sürülen, gerçekleştirdiği fiili algılama ve irade yeteneği olmayan kişi hakkında hataya ilişkin hükümler de uygulanamayacaktır. Ancak, algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği olmayan kişilerin de taksirle veya kasten suç işleme ihtimalleri karşımıza çıkabilecektir.⁴²² Örneğin, yaşı küçük veya arızî bir sebeple isnat kabiliyetini kaybeden kişinin bir başkasını kasten ya da taksirle yaralaması mümkündür. Kaldı ki, ceza kanunlarında isnat yeteneği olmayan kişiler bakımından ceza yerine güvenlik tedbirlerinin uygulandığı dikkate alındığında, güvenlik tedbirine hükmedilirse de hakim tarafından bir kusur araştırması yapılacağı açıktır.

Bu hususta ileri sürülen bir diğer görüşte, isnat edilebilirlik suçun ön şartı olarak kabul edilmiştir. Bu görüşe göre, isnat edilebilirlik yalnızca kusurlu hallerde değil, kusurun aranmadığı objektif sorumluluk halinde dahi failde bulunması gereken bir niteliktir. Yukarıda yapılan açıklamalar bu görüş için de geçerlidir. Söz konusu görüş ayrıca kanuni dayanaktan yoksun olduğu için kabul görmemiştir.⁴²³ Örneğin 5237 sayılı TCK'de isnat edilebilirliğe dair hükümler suçun manevi unsuru

⁴¹⁹ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2021, age s. 574; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 42-43.

⁴²⁰ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s.163; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 412.

⁴²¹ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2021, age s. 565-566; Hakan HAKERİ 2019, age s. 383.

⁴²² Doğan SOYASLAN 2020, age s. 412; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 44-45.

⁴²³ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 413.

kapsamında değil, “*cezayı kaldıran veya azaltan nedenler*” arasında düzenlenmiştir. Yine yürürlükteki İCK’de anlama veya isteme yeteneğini kaldıran veya azaltan nedenler faile ilişkin hükümlerin bulunduğu ayrı bir bölüm altında ele alınmıştır. Dolayısıyla isnat edilebilirlik muhtelif kanunlarda, suçun bir şartı veya kusurluluğun bir unsuru olarak değil, cezaya etki eden bir hal olarak yerini almıştır. Nitekim bu hususta ileri sürülen üçüncü bir görüşte, isnat edilebilirlik faile ceza verilebilmesi için sahip olunması gereken bir vasıf olarak değerlendirilmiştir. Buna göre, isnat kabiliyeti faile yaptırım uygulamanın zorunlu bir şartıdır.⁴²⁴

Öğretide davranışlarını algılama ve irade yeteneği olmayanların ceza normunu ihlal edemeyeceği, ortada hukuka aykırı haksız bir fiil olacağı ancak bu fiilin ceza normları kapsamında suç teşkil etmeyeceği de ileri sürülmüştür. Ceza hukukunda bir davranışın anti-sosyal olması ve ahlaki açıdan kusurlu görülmesi ile hukuki anlamda kusurlu görülmesi birbirinden ayrılan hususlardır. Gerçekleştirdiği davranışın ceza normunda tanımlanan bir suç teşkil ettiğini bilmeyen kişi ahlaki açıdan kusursuz kabul edilebilecek olsa da hukuki açıdan kusursuz kabul edilemeyecektir. Ceza kanununu bilmemek mazeret kabul edilmeyecektir. Nitekim, ceza normları yaşı küçük olan veya akıl hastası olanları da muhatap almaktadır.⁴²⁵

Kanaatimizce isnat yeteneği, bir fiilin bir kimsenin üzerine atılabilmesi, ona yüklenbilmesi için failde bulunması gereken niteliklerin bütünüdür. Isnat yeteneği suçun varlığı için bir ön şart veya kusurluluğun unsuru değildir. Nitekim 5237 sayılı TCK’de algılama veya isteme yeteneğini kaldıran veya azaltan nedenler kusurluluğu düzenleyen hükümler arasında değil, cezayı kaldıran veya azaltan nedenler arasında düzenleme altına alınmıştır. Kanuna göre isnat yeteneği olanların da olmayanların da tipik fiilleri suç kabul edilmiştir. Ancak isnat yeteneği olmayanlar bakımından uygulanacak yaptırım ceza değil, bunlar bakımından tedavi edici ve iyileştirici mahiyette olan güvenlik tedbirleridir. Dolayısıyla, isnat kabiliyeti ve suç arasındaki ilişki sadece yaptırım bakımından kendini göstermektedir. O halde, isnat yeteneği olmayanların da fiili hataya düşerek suç teşkil eden bir davranışta bulunmaları mümkün bulunmaktadır.⁴²⁶

5237 sayılı TCK’de algılama ve irade yeteneğine etki eden, azaltan veya tamamen ortadan kaldıran nedenler yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik,

⁴²⁴ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 413; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 46.

⁴²⁵ Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 327.

⁴²⁶ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 415; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 42.

sarhoşluk ve uyuşturucu madde etkisi altında kalma ve geçici olarak temyiz kudretinin kaybı olarak düzenleme altına alınmıştır.

3.3.4.1. Yaş Küçüklüğü

5237 sayılı TCK'nin 31'inci maddesinin birinci fıkrasında, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların; aynı maddenin ikinci fıkrasında ise fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğunun olmadığı hükme bağlanmıştır. İkinci fıkrada devamla, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde, bunların cezalarında indirim yapılacağı düzenlenmiştir.⁴²⁷

Anılan maddenin gerekçesinde:

“Kişinin fiziksel gelişimine paralel olarak, toplumun değer yargılarını, bunların anlam ve içeriğini algılama yeteneği gelişmektedir. Yine bu gelişim sürecinde algılama yeteneğinin yanı sıra, ayrıca toplumdaki ölçü davranış kurallarının gerekleri doğrultusunda hareketlerini yönlendirebilme (irade) yeteneği de gelişmektedir.” denilmektedir.

Gerekçede de belirtildiği ve öğretide kabul gördüğü üzere, failin fiilin sosyal açıdan ne anlama geldiğini bilebilecek durumda olması ve buna rağmen suç teşkil eden davranışı gerçekleştirmesi cezalandırılması için yeterlidir. Dolayısıyla, anılan hükümde failin *“fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması”*nın ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak düzenlenmesi yerinde bir tercih olmamıştır. Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilmek, kanunu bilmekle aynı anlama gelmekle birlikte, bu yönüyle düzenleme Kanun'un 4'üncü maddesinde düzenlenen kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı kuralı ile açık bir çelişki içermektedir.⁴²⁸

5237 sayılı TCK fiili işlediği sırada henüz oniki yaşını doldurmamış çocukların cezai sorumluluklarının olmadığını açıkça hükme bağlamıştır. Ancak buradan çocuğun fiziki ve bedeni gelişiminin doğrudan kusurluluk üzerine etkili olduğu sonucuna varılmamalıdır. Henüz oniki yaşını tamamlamamış olan çocuk da işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve davranışlarını hukukun gerekleri doğrultusunda yönlendirebilme yeteneğine sahip olabilecektir. Örneğin oniki yaşından

⁴²⁷ Hakan HAKERİ 2019, age s. 385; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 319 vd.

⁴²⁸ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 47.

küçük bir çocuk taş atarak komşu evin camını kırabilecek, arkadaşına vurarak yaralanmasına sebep olabilecek veya komşunun meyve ağaçlarında meyveleri çalabilecektir. Her iki halde de çocuk davranışının anti-sosyalliğini bilebilecek durumda olup, kendini bu fiilleri işlemekten alıkoyabilecektir. Çocuklar pek çok zaman davranış normlarının gereklerine göre kendi davranışlarına yön verebilmektedir. Nitekim, kişinin aileden başlayan ve sosyal bir varlık olarak toplum içerisinde devam eden eğitim sürecinde bedeni ve akli gelişime paralel olarak, toplumda hâkim olan değer yargılarına ilişkin bakış ve davranış normlarının anlamını idrak kabiliyeti de gelişmektedir.⁴²⁹

Kanunumuz özellikle oniki yaşını doldurmamış olanların mutlak bir şekilde cezalandırılmamaları gerektiğini, ancak bunlar hakkında yeniden suç işlemelerini önleme ve topluma kazandırılmaları amacıyla güvenlik tedbiri uygulanması gerekliliğini kabul etmiştir. Buna göre, oniki yaşından küçük çocukların da mutlak anlamda kusur yeteneklerinin olmadığı varsayımı bertaraf edildiğinde, bunlar tarafından fiili hataya düşülerek gerçekleştirilen ve suç teşkil eden davranışların olabileceğinin kabulü kaçınılmaz olacaktır. Nitekim Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 2000/5363 E. 2000/6505 K. sayılı 09.05.2000 tarihli kararında:

“Suç tarihinde onbir yaşını doldurmamış olan küçük sanığın, 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 20. maddesi uyarınca, üzerlerine yükletilen suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yönünden bedeni, akli ve ruhi durumunun ... araştırılıp belirlenmesi...” gerektiği ifade edilmiştir.⁴³⁰

Örneğin, arkadaşlarıyla oyun oynadıktan sonra evine gitmek üzere kendi bisikleti sanarak aynı renkteki arkadaşının bisikletini alan oniki yaşından küçük çocuğun davranışı her ne kadar hırsızlık suçuna ilişkin tipik fiil kapsamına girse de fiili hatası nedeniyle eylemi kasten gerçekleştirmediği için hırsızlık suçu olarak değerlendirilmeyecektir. Benzer fiil nasıl ki yaşı küçük olmayan ve ayırtım gücüne haiz bir şahıs tarafından gerçekleştirildiğinde, bu kişinin fiili hatası nedeniyle kastı ortadan kalkacağından ve hırsızlık suçunun taksirli şekli de kanunda düzenlenmediğinden hırsızlık suçundan sorumlu tutulamayacaksa, çocuk bakımından da fiili hatası nedeniyle güvenlik tedbirine hükmedilemeyecektir.

⁴²⁹ İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 457-459.

⁴³⁰ Corpus Web Mevzuat ve İctihat Programı, <https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay>, ET. 10.10.2019.

Diğer taraftan, Kanun'da fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olan yaş küçükleri açısından algılama ve irade yeteneğinin her somut olayda tetkik edilmesi gerektiği ve varılan sonuca göre güvenlik tedbirine veya cezaya hükmolunması gerektiği; yine, fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan çocukların ise cezalarında indirim yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Fiili hataya ilişkin oniki yaşını ikmal etmemiş çocuklar bakımından yapılan açıklamalarımızın her iki durum bakımından da ayrıca dikkate alınması uygun olacaktır.

Bu itibarla, Kanun'un kusurluluk ile ceza sorumluluğunun esaslarını düzenleyen hükümlerinin, yaş küçükleri bakımından da uygulanması gerekecektir. İsnat edilebilirlik yaşı küçük olanlar bakımından kusurluluğun ön şartı olarak değerlendirilmediğinde, diğer bir deyişle küçüklerin de kasıtlı veya taksirle hareket edebilecekleri kabul edildiğinde, fiili hatanın ceza sorumluluğu üzerindeki etkisi bunlar bakımından da güvenlik tedbirleri ve cezai sorumluluklarının belirlenmesi açısından önem arz edecektir.⁴³¹

3.3.4.2. Akıl Hastalığı

Akıl hastalığı, kişide anlama ve isteme yeteneğini kaldıran veya önemli ölçüde azaltan, patolojik, yani sürekli olan akli melekelerde her türlü bozukluktur.⁴³² Tanımdan da anlaşılacağı üzere, akıl hastalığının geniş anlamda ele alınması uygun olacaktır. Kişinin anlama ve isteme yeteneği üzerinde etkili, sürekli, psişik, psikolojik, kalıcı veya geçici her türlü sapkınlık akıl hastalığı olarak kabul edilecektir.⁴³³

Gerçekleştirdiği davranış nedeniyle, bir kişiye suç isnadında bulunabilmek, o kişinin fiziki gelişiminin yanı sıra, aklen de gelişmesi durumunda söz konusu olacaktır. İnsan, akıl hastalığına maruz kaldığı takdirde, davranışlarının hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinden ve davranışlarını hukuka uygun yönlendirebilme yeteneğinden yoksun olacaktır. Akıl hastalığının etkisinde kalarak kanunda suç olarak tanımlanan bir fiili gerçekleştiren failin kusur yeteneğinin olmadığı ifade edilmektedir.⁴³⁴

⁴³¹ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 48.

⁴³² Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 359; Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2018, age s. 396.

⁴³³ age s. 397.

⁴³⁴ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 325-326.

Akıl hastalıklarının neler olduğunu, her bir hastalığın kişinin davranışları ve algılama yeteneği üzerinde ne tür etkiler gösterdiğini tespit etmek tıp bilimini ilgilendiren bir konudur. Genel itibariyle; toplumda en çok görülen şizofreni, mani, melankoli, paranoya, epilepsi, histeri, zeka geriliği, bunama, kleptomani gibi rahatsızlıklar akıl hastalığı olarak kabul edilmektedir.⁴³⁵

Akıl hastalıklarının tayini bakımından ceza kanunlarında da biyolojik, psikolojik ve karma olarak üçlü sistem öngörülmüştür. Biyolojik sistemde, ceza kanunları saymak suretiyle hangi akıl hastalıklarının kusur yeteneğini ne derecede etkileyeceklerini belirlemişlerdir. Psikolojik sistemde, kişinin anormal biyolojik özelliğinden ziyade, bunun psikolojik sonuçları, yani kişinin belirli bir psikolojik durumda olması esas alınmıştır. Karma sistemde ise her iki sistem bir bütün olarak ele alınmış, kişinin sorumluluğunun bulunmaması veya azalması için failin fiili işlediği sırada akli melekelerine sahip olmaması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴³⁶

5237 sayılı TCK'nin 32'nci maddesinin birinci fıkrasında, akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında ceza verilmeyeceği, ancak bu kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı; ikinci fıkrasında ise birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişinin cezasında indirimle gidileceği, hükmolunan cezanın süresi aynı olmak koşuluyla kısmen veya tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin de uygulanabileceği düzenlenmiştir.⁴³⁷

Nitekim 5237 sayılı TCK'de akıl hastalıkları tek tek sayılmamış, bunların kusur yeteneğine etki eden bir hal olduğu ve ancak fiilin işlendiği sırada bulunması durumunda faile ceza verilmeyeceği veya cezasında indirim yapılacağı yahut akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı belirtilmiştir. Eş anlatımla Ülkemizde de esas itibariyle akıl hastalığının failin ceza sorumluluğuna etkisinde karma sistem benimsenmiştir.⁴³⁸

⁴³⁵ age s. 326.

⁴³⁶ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 359.

⁴³⁷ Hakan HAKERİ 2019, age s. 393.

⁴³⁸ Karma sistemde isnat yeteneğinin zayıflaması veya ortadan kalkması aranmakta, ancak bu nedenlerin failde var olan akıl hastalıklarından ileri gelmesi aranmaktadır. Akıl hastalıkları kanunda tek tek sayılmamakta, kişinin hastalığının isnat yeteneğine etkisi tıp biliminin uzmanlık alanına bırakılmaktadır. Nejat Hüseyin ÖZAL (1989), *Tam ve Kısmi Akıl Hastalıklarının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, s. 90; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 421.

Bu itibarla, akıl hastalığı nedeniyle isnat yeteneğinin olmaması veya azalmış olması için kişinin sadece akıl hastası olması yetmeyecektir. Ayrıca gerçekleştirilen davranışla akıl hastalığı arasında nedensel bağ aranacaktır. Epilepsi hastalığında olduğu gibi nöbet dışında kalan zamanda kişinin cezai sorumluluğunun tam olacak, ancak nöbet esnasında hastalık ceza sorumluluğuna etki edecektir.⁴³⁹

Bu bakımdan ilk araştırılacak husus, failin suç teşkil eden davranışı gerçekleştirdiği esnada akıl hastalığının etkisinde olup olmadığı; etkisi altında olduğunun tespiti halinde ise ikinci araştırılacak husus hastalığın genel olarak kişinin davranışları üzerinde etki doğurup doğurmadığıdır. Son olarak hastalığın somut olayda kişinin algılama ve irade yeteneğine etkisinin ne ölçüde olduğu araştırılacaktır ki, failin kusur yeteneğinin olup olmadığı da buna göre ortaya konulacaktır.⁴⁴⁰

Nitekim, kişinin maruz kaldığı her türlü akıl hastalığının, kişinin gerçekleştirmiş olduğu bütün davranışlarda algılama ve irade yeteneğini istisnasız ortadan kaldıracığından bahsedilemeyecektir. Örneğin, kleptomani olan bir kişinin hafif değerdeki şeylere yönelik olarak işlediği hırsızlık suçu açısından irade yeteneğinin olmadığından bahsedilebilecek olsa da aynı kişinin kasten öldürme ya da yaralama suçu bakımından kusur yeteneğinin olmadığından bahsedilemeyecektir. Yine, epilepsi hastasının nöbet esnasında mala zarar verme suçu bakımından kusur yeteneğinden yoksun olduğu söylenecek olsa da bu kişinin hastalığın etkisi altında olmadığı yani nöbet geçirmediği bir sırada işlediği hırsızlık suçu bakımından sorumluluğunun olmadığı söylenemeyecektir. Buradan hareketle, akıl hastalığının kusur yeteneğine etki edebilmesi için kişinin hastalık nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli ölçüde azalmış olması gerekmektedir.⁴⁴¹

5237 sayılı TCK kişinin anlama ve isteme yeteneğine etki derecesini de dikkate alarak akıl hastalığında tam ve kısmi akıl hastalığı olarak ikili bir ayrıma gitmiştir. Eğer akıl hastalığı kişinin anlama ve isteme yeteneğini tamamen ortadan kaldırmış veya önemli derecede azaltmış ise tam akıl hastalığı, önemli dereceye ulaşmamak kaydıyla azaltmış ise kısmi akıl hastalığı söz konusudur.⁴⁴²

⁴³⁹ age s. 423.

⁴⁴⁰ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 326.

⁴⁴¹ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 426; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 361-362.

⁴⁴² Doğan SOYASLAN 2020, age s. 423.

Her iki kanunumuzda da akıl hastalığı algılama ve irade yeteneğini kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir. Esasında 5237 sayılı TCK’de akıl hastalığını tıpkı 765 sayılı TCK’de olduğu gibi tam ve kısmi akıl hastalığı ayrımını muhafaza ederek düzenlemiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, 5237 sayılı TCK’de akıl hastalığında fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamamaktan ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olmasından söz edilirken, 765 sayılı TCK’nin 46’ncı maddesinde “*Fiili işlediği zaman şuurunun veya hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına duçar olan kimse*”ye ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, akıl hastalığını tam ve kısmi akıl hastalığı olarak ikili ayırma incelemek kanaatimizce yerinde bir yaklaşım değildir. Önemli olan şahsın maruz kaldığı akıl hastalığının fiili işlediği sırada algılama ve irade yeteneği üzerindeki etkisidir. Fail ya akıl hastasıdır ya da değildir. Yukarıda yer verilen örneklerde de belirtildiği üzere, önemli olan akıl hastası olduğu tıbbi olarak sabit olan kişinin suç teşkil eden davranışta bulunması halinde, hastalığın algılama ve irade yeteneğine olan etkisidir.⁴⁴³

Tıpkı yaş küçüklüğünde olduğu gibi isnat edilebilirlik kusurluluğun ön şartı olarak kabul edilmediğinde, yani akıl hastalarının da kasıtlı veya taksirle hareket edebilecekleri kabul edildiğinde, bunların fiili hatalarının ceza sorumluluklarının belirlenmesi açısından değerlendirilmesi gerekecektir. Örneğin, akıl hastası olan failin avlandığı sırada av hayvanı olduğunu düşünerek ateş edip bir insanı öldürmesi halinde, hatası akıl hastalığından değil tamamen bundan bağımsız bir nedenden kaynaklanacaktır. Algılama ve irade yeteneği olmayan bir kimsenin, suçu işlediği sırada, bundan bağımsız olarak hataya düşmesi halinde, akıl hastası olmayan ve isnat edilebilir olan bir kimse gibi değerlendirilmesi ve ceza sorumluluğunun tespiti bakımından aynı kapsamda ele alınması uygun olacaktır. Somut olayda, taksirle hareket eden fail bakımından güvenlik tedbirine hükmedilmeli, kusurlu olmadığının tespiti halinde failin sorumluluğuna gidilememelidir.⁴⁴⁴

Diğer taraftan, failin fiilini kendini isnat yeteneğinden yoksun kılan bir akıl hastalığı etkisinde gerçekleştirmesi de mümkündür. Örneğin şizofren olan ve saldırıya uğrayacağını düşünen failin, kendisine saldıracağı zannıyla birini öldürmesi halinde, suç akıl hastalığı nedeniyle işlenmektedir ve failin fiili hatası söz konusu olmayacaktır.

⁴⁴³ Aynı yönde Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 328.

⁴⁴⁴ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 49.

Bu durumda sosyal açıdan tehlikeli olan fail hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.⁴⁴⁵

3.3.4.3. Geçici Bir Nedenle Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olanlar

5237 sayılı TCK'nin 34'üncü maddesinin birinci fıkrasında, geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol ve uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan faile ceza verilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Anılan düzenleme uyarınca alkol veya uyuşturucu madde etkisinde kalmak veya ateşli bir hastalık, hipnotik telkinler, cinnet getirme, kriz geçirme yahut uyku hali gibi alkol ve uyuşturucu madde etkisi kapsamı dışında kalan nedenlerle algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği ortadan kalkan veya azalan fail, fiili nedeniyle cezai açıdan sorumlu tutulamayacaktır. Bunlar doğuracağı sonuç önceden tahmin edilemeyen arızî sebeplerdir.⁴⁴⁶

Düzenlemede sayılan sebeplerle isteme ve anlama yeteneğinin kalkması veya azalması sonuçları bakımından bir tutulmuş her iki durumda da faile ceza verilemeyeceği düzenlenmiştir.

Arızî sebeplerin algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine etki edebilmesi için söz konusu sebeplerin meydana gelmesinde faile yüklenecek kusurlu bir hareket bulunmamalıdır. O halde, bunların kişinin bilgisi dışında cereyan etmesi gerekmektedir. Bu durumun, zorlayıcı neden, beklenmeyen hal veya üçüncü bir kişinin davranışı gibi failin kusurlu olmadığı bir nedenden kaynaklanmış olması gerekir. Fail isnat yeteneğinin kalkmasına veya azalmasına en azından taksirli bir hareketi ile sebebiyet vermişse isnat yeteneği tam olarak var sayılacaktır. Failin kusursuz olduğu hallerde davranışı nedeniyle cezai sorumluluğunun olmayacağı Kanun'da açıkça düzenlenmekle birlikte, bu durumda fiili hatanın etkisinin değerlendirilmesi de gerekli olmayacaktır.⁴⁴⁷

5237 sayılı TCK'nin 34'üncü maddesinin ikinci fıkrasında ise iradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmünün uygulanmayacağı düzenlenmektedir. Kanunumuzun bu hükmü,

⁴⁴⁵ age s. 49.

⁴⁴⁶ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 425-426.

⁴⁴⁷ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2018, age s. 402; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 427; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 50.

sarhoşluğun sebebine göre arızî veya istemeyerek sarhoşluk ve gönüllü yahut isteyerek sarhoşluk olmak üzere ikili bir ayırımın kabul edildiğini göstermektedir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, fail alkol veya uyuşturucu madde etkisinde kasten, yani suç işlemeyi kolaylaştırmak, kendisini cesaretlendirmek veya kendisine bir bahane üretmek amacıyla kalmışsa ve bu halde iken bir suç işlemiş olursa, sebebinde serbest hareketler “*actiones liberae in causa*” teorisi gereğince, isnat yeteneğini tam olarak haiz bulunduğu kabul olunur.⁴⁴⁸ Özetle, istemeyerek, failin iradesinde bulunmayan sarhoşluk isnat yeteneğine etkili olabilecektir.

İstemeyerek sarhoşluk başkasının fiilinden ileri gelebilir. Şaka amacıyla ya da fail kandırılmak suretiyle alkol veya uyuşturucu madde alabilir veya bir ağrısını gidermek ya da başka türlü giderilemeyecek bir susuzluktan kurtulmak amacıyla alkol alabilir. Yine içtiği şeyin alkol olduğunu bilmeyen kimse, alkol ya da kimyevi ürünler üreten bir fabrikada çalışan ve bu maddenin etkisinde kalan kişi istemeden sarhoş olabilir. İstemeyerek sarhoşluk için failin sarhoş olmasında veya uyuşturucu madde etkisinde kalmasında taksir derecesinde dahi kusurunun bulunmaması gerekir. Failin sarhoş olmak istememesi, ancak buna rağmen kendisine güvenerek fazla miktarda alkol tüketmesi sonucunda sarhoş olması halinde, sarhoşluk isteyerek olmasa dahi, onun sebebi olan alkol almak isteyerek olduğundan 34’üncü maddenin birinci fıkraya hükmü uygulanmayacaktır. Dolayısıyla aslında madde ile isnat yeteneğini kaldıran bir hal olarak kabul edilen alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olma durumu “*rastlantı veya mücbir sebepten ileri gelen*” sarhoşluk veya uyuşturucu madde etkisi altında kalma halidir.⁴⁴⁹

Yapılan açıklamalar ve söz konusu düzenlemeler bir bütün olarak ele alındığında sarhoşluk veya uyuşturucu madde etkisinde kalma, istemeyerek ve failin kusuru olmaksızın ortaya çıktığı hallerde, bunun diğer geçici nedenlerden bir farkı bulunmayacaktır. Nitekim, Kanun’un 34’üncü maddesinin ikinci fıkrası bu tür sarhoşluk veya uyuşturucu madde etkisi altında olma halini, birinci fıkraya hükmünden ayırık tutmamıştır.

Fiili hata konusu, özellikle 5237 sayılı TCK’nin 34’üncü maddesinin ikinci fıkrası kapsamında öneme haiz olacaktır. Kanunumuzun isnat yeteneğine etki eden hallere ilişkin hükümlerine bakacak olursak, bunların daima fiilin işlendiği zaman failde bulunması gerektiği sonucu ortaya çıkar. Buradan çıkan sonuç isnat yeteneğinin

⁴⁴⁸ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 202.

⁴⁴⁹ age s. 208.

bulunup bulunmadığını belirlemek için daima fiilin işlendiği zamana bakılması gerektiğidir. Ancak fiili işlediği sırada isnat yeteneğinden yoksun bulunan bir kişinin daha önce bu yeteneğe sahip bulunması, ancak yeteneğini bilerek ve isteyerek kaldırması da mümkündür. Böyle hareket eden kimse, fiili işlediği sırada isnat yeteneğinin bulunmadığını sonradan ileri sürerek sorumluluktan kurtulmak veya anlayabilme ve isteyebilme yeteneklerine malik iken işleyemeyeceği bir suç, bu kudretini ortadan kaldırdıktan sonra işlemek amacını güder. İşte isteyerek sarhoşluk veya uyuşturucu madde etkisinde kalmak bunun klasik örneğidir. Failin kendi eliyle isnat yeteneğini yok etmesi suretiyle işlenen fiillere, ceza hukuku öğretisinde sebebinde serbest olan hareketler adı verilmektedir. Diğer adıyla *actiones liberae in causa*, kişinin iradesiyle kendini anlama ve isteme yeteneğinden yoksun bırakıp suç işlemesi halinde, fiili gerçekleştirdiği sırada anlama ve isteme yeteneği bulunmamasına rağmen fiilinden dolayı sorumlu tutulmasıdır.⁴⁵⁰

Söz konusu teori hakkında yazarlar arasında herhangi bir tartışma olmasa da teorinin anlamı bakımından muhtelif görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide bir kısım yazar, "*actiones liberae in causa*"yı fiilin işlendiği sırada anlama ve isteme yeteneğine sahip olunması gerektiği kuralının istisnası olarak değerlendirmiştir. Diğer bir kısım yazar, failin suç fiilinden önceki davranışı nedeniyle cezalandırılmadığını, suç işlemek amacıyla alkol veya uyuşturucu madde almaya başlanması nedeniyle failin icra hareketlerine başlamış olduğunun kabulünün gerekeceğini ifade etmiştir. Diğer bir görüşte ise söz konusu durumun sadece bir suç fiilini gerçekleştirmek veya böyle bir fiilden dolayı mazeret sebebi yaratmak gibi önceden tasarlanan hallerle sınırlı olmadığı, isnat yeteneğinin iradi bir fiille kaldırıldığı her durumun söz konusu teorinin kapsamına girdiği belirtilmektedir.⁴⁵¹

Esasen tüm görüşlerde, failin kendini isnat yeteneğinden yoksun kıldığı zamanda failin isnat yeteneği varsa, suçun işlendiği zaman serbest olamayan hareket isnat yeteneğinden yoksun kılınma anında serbest sayılmakta, o andaki isnat yeteneğinin bulunması, suçun manevi unsurunun ve failin cezai sorumluluğunun kabulü için yeterli görülmektedir. İrade ile alınan alkol ve uyuşturucu madde etkisinde suç işlenmesi halinde failin sorumluluğunun, failin fiile ilişkin iradesine bakılarak belirlenmesi gerekmektedir. Suçun işlendiği fiilin istenmesi halinde failin kasıtlı, istenmeyen bir sonucun tedbirsiz ve dikkatsiz davranılması sonucu ortaya çıkması

⁴⁵⁰ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 50; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 168.

⁴⁵¹ Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 621; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 51.

halinde ise taksirli sorumluluğun olduğu kabul edilmelidir. Bu minvalde, isteyerek sarhoşluk halinde alkol aldıktan sonra suç işleyenler ile alkol veya uyuşturucu almadan suç işleyenler arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Fail suçu kasten işlemişse kasten, taksirle işlemişse suçun taksirli şeklinden sorumlu olacaktır.⁴⁵² Nitekim, Kanun'un 34'üncü maddesinin ikinci fıkrasında iradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişiye ceza verileceğinin düzenlenmesi, failin kusursuz olarak sorumlu tutulacağı anlamına gelmemektedir.

Yapılan açıklamalar bir bütün olarak ele alındığında, iradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu maddenin etkisiyle suç işleyen failin fiili hatası, sarhoşluk veya uyuşturucu madde kullanımına bağlı olmayan bir nedenden kaynaklanıyorsa, sarhoş veya uyuşturucu madde etkisinde olmayan bir kişi de aynı durumda fiili hataya düşecekse, diğer bir deyişle failin fiili hatası ile isteyerek alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde kalması arasında herhangi bir illiyet bağı yoksa, hatanın fail bakımından kastı kaldırdığı ifade edilebilecektir.⁴⁵³

İstemeyerek alkol veya uyuşturucu madde alan, yani mücbir sebeple sarhoş olan ve bu nedenle anlama ve isteme yeteneği tamamen ortadan kalkan fail bakımından, Kanun'un 34'üncü maddesinin birinci fıkrasında ceza verilmeyeceği, yani failin cezai sorumluluğunun olmadığı düzenlendiğinden, bu durumda somut olayda ayrıca fiili hatanın olup olmadığını tartışmanın da bir anlamı olmayacaktır.

3.4. FİİLİ HATANIN GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

3.4.1. Suçun Maddi Unsurlarında Hata

5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin birinci fıkrasında, "*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır.*" denilerek suçun maddi unsurlarına yönelik hata kastı kaldıran bir neden olarak düzenlenmiştir. Suçun maddi unsurlarında hata, failin davranışının suç teşkil etmesi için zorunlu olarak

⁴⁵² Doğan SOYASLAN 2020, age s. 424; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 53. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.10.1983 tarihli 6/215 E. 358 K. sayılı kararında "*Özetlemek gerekirse, ihtiyari - isteyerek- sarhoşluk söz konusu olduğunda, sarhoşluğun yoğunluğu önemli değildir ve herhalde isnat yeteneği tam olarak vardır. Ancak kusurluluk derecesi değişebilir. Örneğin sarhoş olan bir kimse kavgaya tutuşup da hasmını öldürmek istediği zaman kastla, sadece yaralamak istediği zaman ölüm meydana gelmişse kastın aşılmasıyla, sarhoşken araç kullanıp taksirle birini öldürdüğü zaman taksirle hareket etmiş sayılır ve ona göre cezalandırılır.*" şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Karar için bknz. Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 369-370.

⁴⁵³ Aynı görüş için bknz. Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 53; Yüksel ERSOY (1968), *Ignoranza ed Errore Nel Diritto Penale*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, s. 41.

bilmesi gereken suçun maddi unsurlarından biri veya birkaçına ilişkin bilgisizliği nedeniyle dış dünyada arzu ettiğinden farklı bir sonuç ortaya çıkarması durumudur.⁴⁵⁴

Suçun maddi unsurlarına ilişkin hatayı, hukuki bilmeme veya hata ile karıştırmamak gerekir. Bir kadınla cinsel ilişkide bulunan ve o ülke kanununda zinanın suç olduğunu bilen failin kanun hükümlerinde bilmeme nedeniyle hukuki hataya düşmesi söz konusu değildir. Ancak bu kimse cinsel ilişkide bulunduğu kadının başkası ile evli olduğunu bilmezse hatası suçun maddi unsuruna ilişkin olacak ve burada fiili hatasının kusurluluğunu kaldırıp kaldırmayacağı tartışması gündeme gelecektir. Aynı şekilde görme engelli bir kadının kocası zannederek başka bir erkekle cinsel ilişkiye girmesinde de suçun maddi unsuruna ilişkin bir bilmeme durumu vardır.⁴⁵⁵

Suçun maddi unsurlarından anlaşılması gereken, bir davranışın suç teşkil etmesi için bulunması gereken zorunlu olan tüm hususlardır. Bununla anlatılmak istenen, dışarıdan algılanabilir konu ve olgular yanında, ceza normu ile suç olarak düzenlenen tipik fiilde yer alan hareket, netice, mağdur, nedensellik bağı gibi tüm unsurlardır.⁴⁵⁶ Bunlardan en azından birine ilişkin fiili hata, aşağıda incelenecek olan diğer şartların da bulunması halinde kusurluluğa etki ederek kastı kaldırabilecektir.⁴⁵⁷

Öğretide bazı yazarlar, suçun maddi unsurlarında hatada, kusurluluğun saklı kalıp kalmayacağını belirlemek bakımından ikili ayrım yapmaktadır. Suçun maddi unsurlarında hatadan kaçınabilmek imkânı yoksa, yani fail tüm dikkat ve özeni göstermiş, akıl ve mantığını gereği gibi kullanmış, ancak buna rağmen hataya düşmekten kurtulamamışsa kusurluluk ortadan kalkmakta; buna karşılık yenilmesi mümkün, düşülmemesi kabil bir hata kusurluluğu etkilememektedir. Ancak söz konusu görüş hakkında birtakım eleştiriler yöneltilmiştir. Bu görüşe yöneltilen eleştirilerde, hatanın kaçınılabılır olduğu hallerde, failin kusurluluğunun temeli gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi olduğuna göre, bu gibi hallerde kastın değil taksirin bulunduğu açık olduğu, nitekim failin taksirinin varlığı halinde taksirli sorumluluğu cihetine gidildiği, dolayısıyla kaçınılabilen hatanın kusurluluğa değil ancak kasta etki edeceği ifade edilmiştir.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 523; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2021, age s. 647.

⁴⁵⁵ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 464.

⁴⁵⁶ age s. 464-465.

⁴⁵⁷ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 340; Cem ŞENOL 2018, agm s. 127.

⁴⁵⁸ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 341.

Bazı yazarlar da suçun maddi unsurlarında hatanın kusurluluğu ortadan kaldırılabildiği için kaçınılabilir olup olmamasını önemli görmemekte; fiili hatanın da hukuki hata gibi mazeret sayılmayacağını ileri sürmektedir. Bunlara göre, ancak belirli olaylarda bir kimsenin cezalandırılabilmesi açıkça veya örtülü olarak birtakım unsurların veya hallerin bilinmesi şartına bağlanmışsa fiili hatanın ceza sorumluluğuna etkisi söz konusu olacaktır.⁴⁵⁹ Kanaatimizce söz konusu görüş fiili hatanın kapsamını oldukça daraltıcı ve amacından uzaklaştırıcı mahiyettedir. Nitekim, kastın suça ilişkin tüm hususları kapsamamasından başka, kanuna aykırı davranma bilincini de kapsamamasının gerekip gerekmediği öğretilerde tartışılmış hususlardan biridir. Yaygın olarak kabul edilen görüşe göre, bazı istisnai hallerde suçun varlığı için failin davranışını hukuka aykırılık bilinciyle gerçekleştirmiş olmasının arandığı haller dışında, kastın varlığı için failin hukuka aykırı davranma bilincine de haiz olmasına gerek bulunmamaktadır.⁴⁶⁰ Diğer taraftan, kast failin hem davranışı hem de neticeyi öngörmesi ve gerçekleştirmeyi istemesidir. Kastta bilme aşaması, isteme aşamasından önce gelir. Kusurluluğu karakterize eden ise istemektir. İstem anından itibaren kusurluluk vardır. Eş anlatımla, kastın esasını açıklayan öngörme ve isteme unsurları nedeniyle, kasıtlı suçlarda bilme daima gerekli kabul edilir. Dolayısıyla kasttaki bilinç ceza normlarına aykırılık bilinci değil, failin davranışının toplumun genel hüküm ve değerlerine aykırı olduğunu bilmesidir.⁴⁶¹

Diğer bazı yazarlar ise kusurluğa etki edebilecek hatanın ancak kusursuz hata olabileceğini, hatanın kusursuz olabilmesi için failin taksirinden ileri gelmemesi gerektiğini, yani fiili hatanın tedbirsizlik, dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik nedeniyle meydana gelmemesi gerektiğini ileri sürmektedir.⁴⁶²

Kanaatimizce suçun maddi unsurlarında fiili hatanın failin kastını kaldırması için, failin hataya düşmekte kusursuz olması gerekir. Örneğin, bir avcının çalılık arkasında kıvıldağan bir şeye ateş etmesi ve o anda orada bulunan avcı arkadaşını vurması halinde, fail hataya düşmekle birlikte, gerekli dikkat ve özeni göstermemesi

⁴⁵⁹ age s. 341.

⁴⁶⁰ Bu hallerde öğretilerde hukuka özel aykırılık halleri adı verilmektedir. Örneğin, “*hükümetin izni olmaksızın*”, “*devlet tarafından memur edilmedikleri halde*”, “*hukuka aykırı olarak bir başkasına veren*”, “*görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle*” gibi suçun unsurunu ifade eden hallerde kanun failde davranışın suç teşkil edebilmesi için özel bir bilgi ve bilinç aramaktadır. Failin kastı bu bilgiyi de kapsıyorsa ortada suç olacak, bu bilgiyi ve bilinci kapsamıyorsa fail kasıtlı olmadığından ve ceza normu failde özel kast aradığından failin cezai sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Doğan SOYASLAN 2020, age s. 440.

⁴⁶¹ age s. 441.

⁴⁶² age s. 471, İzzet ÖZGENÇ 2021, age. 523-524, Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 341; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 429.

nedeniyle hatasının kusursuz olduğundan bahsedilemeyecektir.⁴⁶³ Dolayısıyla suçun maddi unsurlarında hatada, somut olay kapsamında işlenen suçun niteliğine bakmak gerekecektir. Suç kasten ya da taksirle işlenebilmektedir. Suç ancak kasten işlenebilen bir suçsa, failin taksirle hataya düşmesi failin kastını ortadan kaldıracığından failin sorumluluğuna gidilemeyecek; fail hataya taksiri ile düşmüşse ve suçun taksirli hali de kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirinden sorumlu tutulacaktır.⁴⁶⁴ Hemen ifade etmekte fayda görülmektedir ki taksirle fiili hataya düşülmesi halinde failin cezai sorumluluğundan bahsedebilmek için sonucun taksirle gerçekleştirilmesinin kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekir. Nitekim 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde, hata nedeniyle taksirli sorumluluk halinin saklı olduğu hükme bağlanmıştır. Örneğin, trenden inerken kendisinin sanarak başkasının çantasını alan kişinin hatasında taksirin varlığı kabul edilse bile, kanunda hırsızlık suçunun taksirle işlenebileceği hususunda herhangi bir düzenleme olmadığından ve hırsızlık suçu ancak yararlanma kastıyla işlenebildiğinden failin hırsızlık suçundan dolayı taksirli sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

Hatanın kusurluluk üzerindeki etkisini açıklamakta en çok kullanılan ve benimsenen ölçüt esaslı hata ve esaslı olmayan hata ayrımıdır.⁴⁶⁵ Fail fiili hataya düşmeseydi, suç olmayacaksa esaslı hata söz konusudur. Esaslı hatanın failin cezalandırılmasına engel olmasının nedeni, suçun manevi unsurunu oluşturan kastın yokluğundan ileri gelir. Ceza hukukunda fiil; iradi bir şekilde gerçekleştirilmeli, netice tüm unsurlarıyla bilinmeli ve istenmelidir.⁴⁶⁶

Suçun kurucu maddi unsurları üzerinde hatanın kusurluluğa etkisi 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, "*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz.*" Düzenlemeye göre, failin kasten hareket etmesi, fiilin tipikliğini sağlayan unsurları bilmesine bağlı bulunmaktadır. Failin bu unsurlardan birisine dair bilgisizliği sonucunda düştüğü hata, Kanun'un 21'inci maddesi uyarınca bir suçun kasten işlenebilmesi için failin suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek

⁴⁶³ Örnek için bkz. age s. 429; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 341.

⁴⁶⁴ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 429.

⁴⁶⁵ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 54.

⁴⁶⁶ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 470.

gerçekleştirmesi gerektiğinden failin kastını kaldırır ve taksire ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla fiili suç olmaktan çıkarır.⁴⁶⁷

Failin hatasının esaslı olmasından kasıt, fail hataya düşmeseydi fiilinin suç teşkil etmeyecek olmasıdır.⁴⁶⁸ Esaslı hata, esaslı olmayan hata ayırımına göre; suçun maddi unsurlarına ilişkin olan ve suç teşkil eden fiilin kurucu unsurlarına ilişkin hata esaslı hata, ikincil olarak nitelenen ve fiile suç olma özelliği kazandırmayan unsurlar üzerinde hata ise esaslı olmayan hatadır.⁴⁶⁹ Buradan hareketle, failin hataya düşmesi durumunda fiilinin suç teşkil etmesi ya da etmemesi, hataya yol açan bilgisizliğin suçun kurucu maddi unsurlarından en az birisine ilişkin olmasına bağlıdır. Ancak bu unsurlardan birine ilişkin bilgisizlik hatanın kastı kaldırmasına neden olur.⁴⁷⁰

Örneğin “mala zarar verme” suçunun temel şekli 5237 sayılı TCK’nin 151’inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre:

“Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılmaz hale getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

Mala zarar verme suçunun söz konusu olabilmesi için failin başkasına ait taşınır veya taşınmaz mala düzenlemede sayılan hareketlerden herhangi biriyle zarar vermiş olması gerekmektedir. Fail, kendisinin zannederek komşusuna ait olan ancak kendisinde de aynısı bulunan eski sandalyeyi kırarak çöpe atarsa, suçun maddi unsurlarından olan başkasına ait taşınır mala zarar verilmesine ilişkin kastı ortadan kalkacak, bunun sonucu olarak mala zarar verme suçunun taksirle işlenmesi hali de Kanunda suç olarak düzenlenmediğinden 5271 sayılı CMK’nin 223’üncü maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir.

⁴⁶⁷ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2021, age s. 648; Cem ŞENOL 2018, agm s. 127.

⁴⁶⁸ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 470; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 438; Ayhan ÖNDER 1989, age s. 327; Cem ŞENOL 2018, agm s. 127.

⁴⁶⁹ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 54.

⁴⁷⁰ Nitekim, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2013/288 E. 2013/440 K. sayılı 05.11.2013 tarihli kararında da “Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olup, bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik ya da hatalı bilgi, maddi unsurlara ilişkin bir hatadır. Bu hatanın kastın varlığına engel olacak düzeyde bulunması halinde sanığa ceza verilmeyecektir. Suçun maddi unsurlarına ilişkin hata, eylemin suç teşkil etmesi için bulunması zorunlu hususlara ilişkin bir yanılmadır. Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, hata dolayısıyla taksirli sorumluluk halinin saklı olduğu belirtildiğinden taksirle de işlenebilen bir suçun maddi unsurlarında tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu hataya düşülmesi kusurluluğu ortadan kaldırmayacaktır. Örneğin, gerekli dikkat ve özeni göstermeden gece gördüğü karartıya av hayvanı olduğunu düşünerek ateş eden ve bir kişinin ölümüne neden olan fail, taksirle öldürmeden sorumlu olacaktır.” şeklinde hüküm tesis edilerek failin kastını kaldırarak hatanın ancak suçun kurucu maddi unsurlarına ilişkin olabileceği hükmüne bağlanmıştır. Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, ET. 25.12.2019; Cem ŞENOL 2018, agm s. 128.

Yine, kendisini on altı yaşından büyük olarak tanıtan on altı yaşındaki şahıs ile rızasıyla ilişkiye giren failin hatası, mağdurun yaşı ile ilgili hataya düşmeseydi fiili 5237 sayılı TCK'nin 104'üncü maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı için esaslı hatadır. Buna karşılık mağdurun yaşının on beşten büyük, ancak on sekizden küçük olduğunu zannetmesi halinde fiili yine Kanun'un 104'üncü maddesi uyarınca suç teşkil edeceğinden, düştüğü hata esaslı olarak kabul edilemeyecektir. Failin hatası sadece Kanun'un 103'üncü maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçuna yönelik kastını kaldıracak, ancak Kanun'un 104'üncü maddesinde düzenlenen "*reşit olmayanla cinsel ilişki*" suçu bakımından kasten sorumlu olmaya devam edecektir. Bunun nedeni, cinsel suçlarda mağdurun yaşının suçun kurucu maddi unsurlarından biri olmasıdır.⁴⁷¹

Görüldüğü üzere, Türk ceza hukuku öğretisi ve yargı içtihatlarında esaslı hataya ilişkin üzerinde ittifakla durulan görüş, "*fail eylemi gerçekleştirirken yanılmamış olsa idi eylemin suç oluşturmayacak ise hatanın esaslı olduğu*" ve hatanın ancak suç tipinin kurucu maddi unsurlarına ilişkin olduğu takdirde esaslı kabul edileceği yönündedir. Dolayısıyla esaslı hatanın var olup olmadığı araştırılırken, suçun tanımında yer alan maddi unsurları kurucu olmayan unsurlar bakımından ayırım yapılması gerekecektir. Kurucu unsurlar, en geniş tanımıyla suçun varlığı için bulunmaları zorunlu olan unsurlar olarak tanımlanabilecektir. Kurucu olmayan unsurlar ise davranışı suç yapan kurucu unsurların dışında kalan, davranışa tek başına suç olma özelliği kazandırmayan ve fiile etkileri dolaylı unsurlardır. İkincil unsurlar genellikle suçun ve cezanın ağırlığını etkilemektedir.⁴⁷²

Esaslı hata durumunda fail suç teşkil eden davranışı gerçekleştirdiği sırada kanunda tanımlanan fiilin kendisi tarafından bilinmesi gereken unsurları hakkında bilgisizce yahut yanlış veya eksik bilgiye sahip olarak hareket etmektedir. Bu

⁴⁷¹ Örnek için bkz. Cem ŞENOL 2018, agm s. 128. Yine, benzer bir vaka ile ilgili olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun verdiği 2013/14-478 E. 2014/34 K. sayılı 04.02.2014 tarihli kararda "*Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyumsuzluk; sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nin 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma imkânının bulunup bulunmadığı ve bu bağlamda eksik araştırma ile hüküm kurulup kurulmadığının belirlenmesine ilişkindir. Sanık ile mağdurenin internet üzerinden tanıştıkları ve yaklaşık altı ay süreyle arkadaşlık yaptıkları sabit olan olayda, meslek yüksekokulu öğrencisi olan sanığın lise birinci sınıf öğrencisi olan mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığından, 5237 sayılı TCK'nin 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları mevcut değildir. Bu nedenle, onbeş yaşını tamamlamamış olan mağdure ile zincirleme şekilde rızasıyla cinsel ilişkide bulunan sanığın çocukların cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme kararı isabetlidir.*" şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Hasan GERÇEKER (2017), *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C.: I, Madde 1-140, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, s. 392-393.

⁴⁷² Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 54.

doğrultuda, suça ilişkin ikincil unsurlarda hata, suçun ortaya çıkmasını engellemeye yeterli olmadığından esaslı sayılmayacaktır. Çünkü fail davranışı ile kurucu unsurlara ilişkin hatası olmadığından tipik fiili bilerek isteyerek gerçekleştirmek istediğini göstermektedir. İkincil unsurlara örnek olarak cezayı artıran veya azaltan haller yahut davranışın suç teşkil etmesine etkisi olmaksızın suçun niteliğini değiştiren haller olarak gösterilebilecektir.⁴⁷³

Esaslı hata suçun kurucu maddi unsurlarına ilişkin bilgisizlik yahut yanlış veya hatalı bilgi sonucunda ortaya çıktığından, bu unsurlar aynı zamanda kastın konusunu da oluşturduğundan esaslı hata kastın olumsuz yönünü teşkil etmekte, failin kusurluluğuna etki etmektedir. Ancak esaslı hatanın kusurluluğa etkisi, bazı durumlarda failin cezai sorumluluğu bakımından tam bir muafiyet sağlamamaktadır. Fiili hatanın ceza sorumluluğunu tam olarak kaldırabilmesi için esaslı olmasının yanı sıra aynı zamanda “kaçınılmaz” olması da gerekir. Yani failin hataya düşmekte dikkatsizliğinin, tedbirsizliğinin olmaması, üzerine düşen özen yükümlülüğünü eksiksiz yerine getirmiş olması gerekir. Hatanın esaslı olmasına rağmen kaçınılabilir olduğu durumlarda ceza sorumluluğunun tam anlamıyla ortadan kalktığı söylenemeyecektir. Failin dikkatli ve özenli davranarak hatanın önüne geçmesinin mümkün olduğu durumlarda hatanın kaçınılabilir olduğu kabul edilecektir. Fail hataya düşse dahi orta yerde bir suç ve mağdur bulunmaktadır. Failin kusurluluğunun kalkması için davranışın anti-sosyal niteliğinin de bulunmaması, hataya düşmesi bakımından failin kınanamaması ve ortalama her insanın aynı hataya düşmesinin nesnel açıdan kabul edilebilir olması gerekir. Kaçınılabilir hata failin sadece suçun kasıtlı şeklinden dolayı sorumlu olmasının önüne geçer. Eğer kanunda suçun taksirli şeklinin de cezalandırılması öngörülüyorsa failin davranışı nedeniyle taksirli sorumluluğu devam edecektir. Eş anlatımla, esaslı hata taksirden kaynaklanıyorsa ve kanunda taksiri cezalandıran bir suç tipi de varsa fail taksirle işlenen suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Örneğin, gezinti yapan bir kişiye, vahşi hayvan zannı ile ateş eden avcı taksirle öldürme suçundan dolayı cezalandırılacaktır.⁴⁷⁴

Nitekim 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde failin taksiri nedeniyle sorumluluğunun saklı olduğu hükme bağlanmıştır. Taksir Kanun'un 22'nci maddesinde “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık*

⁴⁷³ Cengiz APAYDIN 2018, age s. 108; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 55.

⁴⁷⁴ age s. 55; Vincenzo MANZINI 1981, age s. 55; Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 420; Hans Heinrich JESCHECK 2007, age s. 33.

dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesi” şeklinde ifade edilmektedir.

Buna göre, failin hatasının esaslı olması hali failin kastını kaldırırsa da meydana gelen haksızlığı bütünüyle ortadan kaldırmamaktadır. Failin ceza sorumluluğunun bütünüyle ortadan kalkması için hatasının esaslı olmasının yanı sıra, Kanun’un 22’nci maddesinde taksirli sorumluluk hali olarak öngörülen dikkat ve özen yükümlülüğüne de aykırı hareket etmemiş olması gerekecektir. Diğer bir anlatımla, failin ceza sorumluluğunun ortadan kalkması için kasıtlı suçlarda hatanın esaslı olması yeterli görülürken, taksirli suçlarda hataya dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilerek düşülmemiş olması da, yani hatanın faile atfedilecek bir dikkatsizlik ve özensizlikten kaynaklanmamış olması da aranmaktadır.⁴⁷⁵ Fail kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmasına rağmen yine de hataya düşmüşse taksirinin varlığından söz edilemeyeceğinden, kusurlu kabul edilemeyecek, suçun manevi unsuru bulunmadığından cezai sorumluluğu bulunmayacaktır.⁴⁷⁶

Ayrıca yerleşik Yargıtay içtihatları çerçevesinde suçun maddi unsurlarında hata faile özgü bir durum olarak görüldüğünden, mahkemece kendiliğinden araştırılacak bir husus olarak kabul edilmemekte, davranış gerçekleştirilirken hataya düşüldüğünün fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi aranmaktadır.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 315; Cem ŞENOL 2018, agm s. 129.

⁴⁷⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2013/573 E. 2013/432 K. sayılı 05.11.2013 tarihli kararında 5237 sayılı TCK’nin 30’uncu maddesinin birinci fıkrası ile ilgili olarak “Anılan maddede çeşitli hata halleri düzenlenmiştir. Birinci fıkrada suçun maddi unsurlarında hata yani unsur yanılığında yer verilmiştir. Başka bir deyişle suçun kast bakımından bilinmesi gereken unsurlarındaki hatayı ifade eder. Maddi unsurlarda yanılığın o suç ile ilgili yanlış ve eksik bilgi şeklinde ortaya çıkar. Bu durumda kast ortadan kalkacağı için fail hakkında beraat kararı verilecektir. Ancak fail maddi hususlarda eksik ve yanlış bilgi değil de şüphe ile hareket etmişse veya olası kast ya da bilinçli taksir söz konusu ise hatadan söz edilemez. Diğer taraftan maddi hatanın kişinin kusuruna dayanması durumunda bu fıkranın uygulama alanı bulunmamaktadır...” şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay>, ET. 27.12.2019; Cem ŞENOL 2018, agm s. 129.

⁴⁷⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun; 2013/553 E. 2014/1421 K. sayılı 21.01.2014 tarihli kararında “Sanıkla mağdurenin olaydan önce 2-3 aydan beri arkadaş oldukları, mağdurenin yaşı küçük olduğu için ailelerin evlenmelerine karşı çıktığı somut olayda; suç tarihi itibarıyla 29 yaşının içerisinde olan sanığın, mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi, savunmasının dahi hataya dayalı olmayıp mağdurenin kendi yaşına itiraz ve gerçek yaşının tespiti talebi niteliğinde olduğu, mağdurenin hastanede doğduğunun, ceza davası kesinleşmeden ve hastane kayıtları araştırılmadan görülen hukuk davası sonucunda değiştirilen doğum tarihine göre bile mağdurenin suç tarihinde 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılması karşısında bu savunmaya itibar edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, onbeş yaşını tamamlamamış olan mağdure ile zincirleme şekilde rızasıyla cinsel ilişkide bulunan sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme kararı isabetlidir...” şeklinde; yine 2014/88 E. 2014/334 K. sayılı 17.06.2014 tarihli kararında “Suçun maddi unsurlarında hata hali faille ilişkin bir durum olduğundan, bu hususun fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerekmemekte olup, kural olarak mahkemece suçun maddi unsurlarında hataya düşülüp düşülmediğine ilişkin bir araştırma yapılmayacaktır...” şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay>, ET. 27.12.2019.

Diğer taraftan, suçun maddi kurucu unsurlarında hata farklı yoğunlukta ve farklı şekillerde ortaya çıkabilecektir. Fail somut olayda suçun kurucu maddi unsurlarının bir veya daha fazla yahut tamamında hataya düşebileceği gibi kendisi, mağdur, suçun konusu hakkındaki yanlış veya eksik bilgi yahut bilgisizliği nedeniyle de hata edebilecektir. Aşağıda fiili hata halleri bu unsurlar bakımından ayrıca ele alınacaktır.⁴⁷⁸

3.4.1.1. Suç Konusunda Hata

Her ceza normu, hukuk tarafından himaye edilen bir değeri veya menfaati korumaktadır. Dolayısıyla her suç, hukuki bir değer ve menfaatin ihlali niteliğinde olup, her suçun hukuki bir konusu bulunmaktadır. ROCCO'ya göre, suçun şekli konusu ile maddi konusunu birbirinden ayırmak gerekir. Suçun şekli konusu devletin koymuş olduğu yasaya uymaktır. Suçun maddi konusu ise genel maddi konusu ve özel maddi konusu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Suçun genel maddi konusu devletin, müşterek hayatın mevcudiyet şartlarını teminat altına almaktaki veya hayat şartlarının muhafazasının teminat altına alınmasındaki menfaattir. Suçun özel maddi konusu, suçun pasif süjesine ait değer ve menfaat; suçtan doğrudan zarar gören şahıs veya kurumdur. Bu her suçta değişmektedir.⁴⁷⁹

Suçun şekli konusu, devletin cezalandırmak hakkıyla ilgili olup; suçun şekli konusunda hata, ancak İkinci Bölümde ele alınan hukuki hata kapsamında değerlendirildiği takdirde ceza sorumluluğuna etki edebilecektir. Suçun şekli konusunda fiili hatanın ise teorik açıdan bir önemi bulunmamaktadır.

ANTOLISEI'ye göre, ceza normunun menfaat altına aldığı konu, sadece suç tarafından zarar verilen değerdir. Bu da ROCCO'nun suçun özel maddi konusu olarak nitelendirdiği şeydir.⁴⁸⁰ Buna göre, suçun konusu özetle, failin fiilinin yöneldiği kişi veya şeydir. Suçun konusunda hata ise failin bilgisizliği veya eksik yahut hatalı bilgisi nedeniyle suçun konusunun "kim"liği veya "ne"liği hakkında hataya düşmesidir.⁴⁸¹

Suçun konusunda düşülen hatanın failin kastını kaldırabilmesi için esaslı olması gerekir. Burada hatanın esaslı olup olmadığının belirlenmesinde, failin

⁴⁷⁸ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 255; Mustafa ÖZEN 2019, age s. 503 vd.

⁴⁷⁹ Arturo ROCCO (1913), *L'oggetto Del Reato e Della Tutela Giuridica Penale*, Fratelli Bocca Editori, Milano, s. 553; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 251.

⁴⁸⁰ Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 143; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 251.

⁴⁸¹ Cem ŞENOL 2018, agm s. 134.

yönelmek istediği konu ile üzerinde suçun gerçekleştiği konunun değerlerinin göz önünde bulundurulması gerekir.⁴⁸²

Failin suçun konusu üzerinde hataya düşmesi nedeniyle suçunu başka bir konu üzerinde işlemesi, suçun niteliğini veya ağırlığını değiştirmeyebilecektir. Örneğin, (A)'nın samanlığından arpa çalmak isteyen failin, karanlıkta arpa yerine buğday çuvallarını çalması durumunda fiili hatanın hırsızlık suçunun oluşması bakımından herhangi bir etkisi olmayacaktır.⁴⁸³ Yine, failin A'nın cüzdanını çalmak isterken benzerliği nedeniyle hataya düşerek B'nin cüzdanını çalması durumunda mağdurun kimliğinde hataya düşülmüş olsa da hata esaslı kabul edilmeyecek ve hırsızlık suçu oluşmuş kabul edilecektir.⁴⁸⁴

Bu doğrultuda, suç konusunda hatanın esaslı olabilmesi için somut olayda davranışın yöneldiği konu ile davranışın etki doğurduğu konunun eşit değerde ve özdeş olmaması gerekir. Bu sebeple, hatanın suç konusu olan nesneye ilişkin olması durumunda, davranışın yöneltmek istendiği şey ile gerçekte yöneltilen şey nitelik bakımından farklı olduğundan, düşülen hata esaslı kabul edilecektir. Örneğin, komşusunun köpeğine ateş etmek isterken, komşusunu öldüren failin, her iki konu aynı değerde olmadığından ev hayvanını öldürmek suçu bakımından kastı ortadan kalkacak, buna karşılık taksirle öldürme suçu nedeniyle cezalandırılması cihetine gidilebilecektir.⁴⁸⁵ Tasavvur edilen ve istenen netice ile gerçekleşen neticedeki suç

⁴⁸² Mustafa Ruhan ERDEM (2019), "Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.:21, Özel Sayı, s. 49.

⁴⁸³ Örnek için bkz. Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 353.

⁴⁸⁴ Cem ŞENOL 2018, agm s. 135. Ancak bu hususta Yargıtay tarafından verilen aksine kararlar da bulunmaktadır. Yargıtay 14. Ceza Dairesi tarafından 25.09.2012 tarihinde verilen 2011/6444 E. 2012/8973 K. sayılı kararda "...Sanığın, mağdure Emine'nin ev telefonunu birçok kez arayıp konuşmadan kapatması, devamında mağdure Emine'ye yönelik söylediğini zannederek mağdure Rukiye'ye yönelik telefonda birçok kez "seni seviyorum, güzelliğin bozulmasın, banyoya gidelim vb." sözleri söyleyip mağdure Emine'nin kocası öbür mağdur Adem'i dövmele birçok kez tehdit etmesi karşısında, ... Mağdure Rukiye'ye yönelik eylemlerinin Emine'yi kastederek ve o olduğunu sanarak gerçekleştirmesi karşısında; TCK'nın 30/1. maddesinde öngörülen fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlardan olan mağdurdaki hata nedeniyle sanığın, Rukiye'ye yönelik işlediği iddia olunan suçlardan beraatine" karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanaatimizce failin suçun konusu üzerinde hataya düşmesi suçun niteliğini ve ağırlığını değiştirmedikinden somut örnekte sanığın beraatine karar verilmesinin yerinde olmadığı değerlendirilmektedir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://lib.kazanci.com.tr>, ET. 10.06.2021.

⁴⁸⁵ Benzer şekilde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2008/150 E. 2008/192 K. sayılı 15.07.2008 tarihli kararında "... pencerenin önünde hareket eden cismin sincap olduğunu zannederek ateş ettiği kabul edilen sanığın eylemi sırasında; "suçun konusu" ile ilgili olarak hataya düşmesi nedeniyle "doğrudan kastla", orada bir insan olduğunu öngörmediği kanaati hasıl olduğundan da "olası kast" veya "bilinçli taksirle" hareket ettiği söylenemez. Buna karşılık; sanık, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi ya da başka bir deyişle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmemiş olsaydı kardeşinin ölümü şeklinde gerçekleşen neticeyi öngörebilirdi. Şu durumda; yorgun olarak eve gelip, aydınlık olan dış ortamdan karanlık olan ev ortamına giren sanığın, sincaplarla ilgili olarak daha önceden meydana gelmiş olan olayların da etkisiyle, pencerenin önünde hareket eden canlıyı sincap zannedip, gerekli

konusunun eşit değerinde olduğu, hatanın suç konusu şahsa ilişkin olduğu durumlarda ise fail hataya düşme de fiili yine suç teşkil edeceğinden, hatası esaslı sayılmayacaktır. Bu konu “*sapma*” başlığı altında ayrıca ele alınacaktır. Ancak suç konusu şahsın kimliği, suçun oluşmasına değil, haksızlık içeriğinin artması veya azalmasına sebep olacağından, bu durum cezanın belirlenmesinde etkili olacaktır. Bu durumda hata failin fiiline değil, mağdura ilişkin olup, mağdura ilişkin kastının kalkması suça ilişkin kastını kaldırmayacaktır. Örneğin, A’yı öldürmek isterken hata ile ona benzeyen B’yi öldüren failin, suçun konusu eşdeğer olduğundan kastını kaldıran bir esaslı hata halinden bahsedilemeyecektir. Yine, failin gece karanlığında şaşırarak kaçırmak istediği kadının yerine bir başka kadını kaçırmaması durumu esaslı hata olarak kabul edilemeyecektir.⁴⁸⁶

Diğer taraftan, suçun konusuna ilişkin failin hatasının esaslı olmadığı durumlarda hem gerçekleştirilmek istenen fiil hem de gerçekleşen fiil suç teşkil ettiğinden, fail ortaya çıkan neticeden kasten sorumlu olacaktır. Ancak bu durumda da failin gerçekleştirmek istediği suç ile aslında gerçekleşen suçun niteliği farklı olabilecektir. Örneğin, kaybedilmiş mal olduğunu düşündüğü bir başkasının eşyasını alan failin hatası, hem başkasının malını almaktan kaynaklanan hırsızlık suçunu hem de kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarrufta bulunma suçunu oluşturabilecektir. Her iki durumda da failin hatası esaslı olmamakla birlikte, kastının kalktığından söz edilemeyecektir. Ancak cezai sorumluluğu belirlenirken, failin iradesi ile dış dünyada ortaya çıkan netice arasındaki uyumsuzluğun failin iradesi lehine çözümlenmesi gerekecektir. Fail gerçekleştirdiği değil, gerçekleştirmeyi kastettiği suçtan sorumlu tutulacaktır. Somut olayda fail hırsızlık suçundan değil, 5237 sayılı TCK’nin 160’ıncı maddesi uyarınca “*kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf*”ta bulunma suçundan sorumlu olacaktır.⁴⁸⁷

Suç konusunda hatanın esaslı olması, ancak failin hataya dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle düşmesi hallerinde, failin taksiri nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için daha önce de ifade edildiği üzere, suçun taksirli

dikkat ve özeni göstermeden av tüfeği ile ateş etmek suretiyle pencerenin önünde bulunan kardeşini vurmaktan ibaret eylemi, hem 765 sayılı Yasa açısından, hem de 5237 sayılı Yasa yönünden "taksirle öldürme" suçunu oluşturacağından Yerel Mahkemenin direnme kararı yerinde değildir." şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://lib.kazanci.com.tr>, ET. 10.06.2021.

⁴⁸⁶ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 467; Faruk EREM 1958, age s. 413; Cem ŞENOL 2018, agm s. 135.

⁴⁸⁷ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN ve Caner YENİDÜNYA 2002, age s. 548; Cem ŞENOL 2018, agm s. 135.

şeklinin de kanunda düzenlenmiş olması gerekir. Eğer hukuki değer veya menfaatin taksirle ihlali kanunda suç olarak tanımlanmışsa, failin bu nedenle cezai sorumluluğu bulunacaktır.⁴⁸⁸ Bu doğrultuda, kendisinin zannederek vestiyerden bir başkasının paltosunu alan failin taksirinin varlığı sonucuna ulaşılsa bile, hırsızlık suçunun ancak yararlanma kastıyla işlenebilmesi söz konusu olduğundan ve failin kastı ortadan kalkacağından cezai sorumluluğu doğmayacaktır.⁴⁸⁹ Benzer bir örnekte Yargıtay 13. Ceza Dairesinin 2016/14961 E. 2018/4095 K. sayılı 21.03.2018 tarihli kararında:

“Somut olayda sanığın; olay günü katılana ait bisikleti, renk, marka ve model olarak oğlunun kaybolan bisikleti ile aynı olduğundan ve oğlunun bisikleti olduğu zannıyla katılanın evinin eklentisinden aldığı ancak; katılana ait olduğunu öğrendiğinde ise, sahibine teslim edilmek üzere kolluğa teslim ettiği” gerekçesiyle failin kastının bulunmadığı hükme bağlanmıştır.⁴⁹⁰

Hata benzer şekilde ancak aksi yönde de olabilecektir. Örneğin, fail vestiyerden kendisinininkinden daha yeni olan bir başkasına ait paltoyu çalmak isterken, hata ile kendi paltosunu aldığı takdirde, hırsızlık suçuna ilişkin yararlanma kastı vardır. Ancak, hırsızlık suçunun oluşabilmesi için çalınan malın bir başkasına ait olması gerekeceğinden, suçun konusuna ilişkin maddi unsur somut olayda gerçekleşmez. Bu durum öğretide *“işlenemez suç”* veya *“tersine unsur yanılıgısı”* olarak tanımlanmıştır.⁴⁹¹

Tersine unsur yanılıgısında fail gerçekte var olmayan kusuru var sanmaktadır. Failin zihnindeki tasavvurunda suçun maddi unsurları gerçekleşmiş olsa da bunlar esasında gerçekleşmemiştir. Bu gibi durumlarda suçun konusu gerçekte

⁴⁸⁸ Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2008/1-150 E. 2008/192 K. sayılı 15.07.2008 tarihli kararında *“Somut olaya dönüldüğünde; pencerenin önünde hareket eden cismin sincap olduğunu zannederek ateş ettiği kabul edilen sanığın eylemi sırasında; “suçun konusu” ile ilgili olarak hataya düşmesi nedeniyle “doğrudan kastla”, orada bir insan olduğunu öngörmediği kanaati hasıl olduğundan da “olası kast” veya “bilinçli taksirle” hareket ettiği söylenemez. Buna karşılık; sanık, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi ya da başka bir deyişle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmemiş olsaydı kardeşinin ölümü şeklinde gerçekleşen neticeyi öngörebilirdi. Şu durumda; yorgun olarak eve gelip, aydınlık olan dış ortamdan karanlık olan ev ortamına giren sanığın, sincaplarla ilgili olarak daha önceden meydana gelmiş olan olayların da etkisiyle, pencerenin önünde hareket eden canlıyı sincap zannedip, gerekli dikkat ve özeni göstermeden av tüfeği ile ateş etmek suretiyle pencerenin önünde bulunan kardeşini vurmaktan ibaret eylemi, hem 765 sayılı Yasa açısından, hem de 5237 sayılı Yasa yönünden “taksirle öldürme” suçunu oluşturacağından Yerel Mahkemenin direnme kararı yerinde değildir.”* denilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://lib.kazanci.com.tr>, ET. 10.06.2021; Cem ŞENOL 2018, agm s. 135-136.

⁴⁸⁹ İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 523.

⁴⁹⁰ Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, ET. 06.01.2020.

⁴⁹¹ İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 524; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 345; Cem ŞENOL 2018, agm s. 136; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 260.

bulunmamakta, ancak var olduğu sanılmaktadır. Tersine unsur yanılığısı öğretide işlenemez suç kapsamında değerlendirilmiştir.⁴⁹²

Örneğin, 765 sayılı TCK'de suç olarak düzenlenen zina suçuna ilişkin bir örnekle konuyu açıklayacak olursak; kendisiyle cinsel ilişkide bulunan kadının esasta evli olmamasına rağmen, başkası ile evli olduğunu düşünen failin zina suçuna ilişkin kastı olsa da suçun maddi unsuruna ilişkin şart gerçekleşmediğinden failin davranışı suç teşkil etmeyecektir. Yine, failin cebinde para olduğunu bildiği arkadaşının ceketini almak için vestiyere o cekete çok benzeyen kendi ceketini asması, ancak ayrılırken arkadaşının ceketini yerine hata ile kendi ceketini alması durumunda da failin hırsızlık suçuna ilişkin kastı olsa da hırsızlık suçunun konusunu ancak başkasına ait taşınır mal oluşturacağından suçun maddi unsuru gerçekleşmemiş olacaktır.⁴⁹³

3.4.1.2. Fiile İlişkin Hata

3.4.1.2.1. Fiil Üzerinde Hata

Suçun gerçekleşmesi için failin hareketinin bulunması gerekir. Ceza hukukunu failin iç dünyasında tasavvur ettiği, dış dünyada sonuç doğurmayan davranışlar ilgilendirmez. Çünkü kişinin düşüncesi ceza hukukunun müdahalesini gerektirmez. Ancak bunun bir fiil ile ortaya çıkması ve dış dünyada sonuç doğurması gerekir ki fail davranışı sonrası ortaya çıkan netice nedeniyle cezai sorumluluğu haiz bulunsun. Öğretide de hâkim görüşe göre, müspet veya menfi bir hareket olmaksızın suç oluşmayacaktır.⁴⁹⁴

Davranışın ceza hukukunun konusu kapsamına girebilmesi için ise ilk koşul iradi olmasıdır. İradi olmayan bir davranış nedeniyle kimsenin cezalandırılması mümkün değildir. İradi davranış, failin dış dünyada gerçekleştirmek istediği sonuca ulaşmasını sağlayan bir araçtır. Kişinin hareket etmesi veya hareketsiz kalması konusunda, bilgisizliğinin ya da hatasının olması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla kişinin nasıl davrandığını veya hareketini bilmeden, bir davranışta bulunmayı istemesi söz konusu olamaz. Diğer taraftan istem dışı gerçekleşen bazı davranışlarda ise durum farklıdır. İstem dışı davranışlar, bir uyarana karşılık olarak ani ve irade dışı gerçekleşen refleksler, sürekli olarak tekrarlanan ve belirli bir süre sonra hiç düşünülmeden otomatik olarak yapılır hale gelen alışkanlıklar olarak ifade

⁴⁹² Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 345; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 103.

⁴⁹³ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 345; Cem ŞENOL 2018, agm s. 136.

⁴⁹⁴ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 245; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 224.

edilebilecektir. Bunların ortak yanı, istense de önüne geçilemeyen ve iradi olamayan davranışlar olmasıdır. Bu minvalde, bu türden davranışlar üzerinde iradenin etkisinin olmadığı dikkate alındığında bunlarla ilgili olarak bilgisizliğin ya da bunlar gerçekleştirilirken hataya düşülüp düşülmediğinin tartışılmasının bir anlamı olmayacaktır.⁴⁹⁵

Diğer taraftan, her ne kadar kişinin hareket etmesi veya hareketsiz kalması konusunda bilgisizliğinin ya da hatasının olması mümkün olmasa da kişinin sonuca ulaşmak bakımından araç olarak kullandığı davranışa ilişkin hataya düşmesi imkân dahilindedir. Bu durum genellikle failin kullandığı aracın niteliğine dair bilgisinin bulunmadığı, yanlış ya da eksik bilgiye sahip olduğu durumlarda karşımıza çıkmaktadır. Burada fail kullandığı aracın işlemek istediği suçu gerçekleştirmeye elverişli olmadığını bilmediğinden istediği sonucu meydana getirememekte veya bilgisizliği nedeniyle dış dünyada gerçekleştirmek istediğinden farklı bir sonuca neden olmaktadır.⁴⁹⁶ Bu doğrultuda, iradi davranış tek başına hatanın konusu olmayacak, davranışı tamamlayarak fiil haline getiren bütün unsurlar üzerinde hatanın fiil üzerinde hata kapsamında ele alınması uygun olacaktır.⁴⁹⁷

Fail suç işlemek kastı ile hareket etmesine rağmen kullandığı aracın kastettiği suçu işlemeye elverişli olmadığını bilmediğinden, istediği neticeyi meydana getiremeyebilir. Kişinin gerçek sanarak satın aldığı silahın aslında kurusıkı çıkması ve ateş ettiğinde öldürmeyi kastettiği kişiyi öldürememesi durumu yahut kişinin zehir sanarak öldürmek istediği şahsın içeceğine şeker koyması nedeniyle şahsın zehirlenmemesi buna örnek olarak gösterilebilecektir. Her iki örnekte de suçun maddi konusu bulunmasına rağmen kişinin davranışı tipik sonucu gerçekleştirmeye yetmemektedir. Aracın elverişsizliği nedeniyle suçun işlenmesinin olanaksız olması dikkate alındığında ortada cezalandırılabilir bir eylem bulunmamaktadır. Fail ceza normları tarafından korunan hukuki değer veya menfaatlerden hiçbirine zarar vermemektedir. Burada aracın elverişsizliği nedeniyle suçun işlenmesi olanaksızdır. Kaldı ki, kişi kastettiği bir suçu doğrudan doğruya işlemeye başlamış olmasına rağmen, hareket elverişli olmadığından suç teşebbüs aşamasına dahi gelememiştir. Kanaatimizce, failin tasavvurunda suç tipinin maddi unsurları meydana gelmiş olsa dahi, objektif olarak suç gerçekleşmemişse, bu durum da bir nevi fiil üzerinde hataya

⁴⁹⁵ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 57.

⁴⁹⁶ Cem ŞENOL 2018, agm s. 130.

⁴⁹⁷ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 58.

sebebiyet vermektedir. Ancak fiil üzerinde hatanın failin kastına etki etmesi, fiili hataya düşerek hareket eden failin hataya dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ederek düşmesi durumunda fiilin taksirli şekli de kanunda tanımlandığı takdirde taksirle sorumlu olacağı dikkate alındığında, işlenemez suçun kapsamını daraltacak yorumlamalardan kaçınmayı ve konuyu Tezin son bölümünde “*Suçta Hata*” başlığı kapsamında ele almayı uygun görüyoruz.⁴⁹⁸

Yine fail, kullandığı araca ilişkin bilgisizliği, eksik veya yanlış bilgisi nedeniyle dış dünyada aslında istemediği bir neticenin ortaya çıkmasına da neden olabilir. Örneğin, failin yemeğe tuz koyduğunu zannederek hata ile zehir koyması veya boş sandığı silahıyla arkadaşına şaka yapmak isterken silahın ateş alması neticesinde arkadaşının yaralanmasına veya ölmesine neden olması durumlarında, failin davranışına ilişkin bilgisizliği nedeniyle dış dünyada istemediği bir netice ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle failin ortaya çıkan netice bakımından kasten hareket ettiği söylenemez. Ancak her iki örnekte de davranış sonrasında yaralama veya ölüm meydana geldiği takdirde, her iki suç tipinin taksirli hali de Kanun’da düzenlendiğinden, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği hallerde failin taksiri nedeniyle cezai sorumluluğu doğacaktır.⁴⁹⁹

Esasında failin kasten hareket ettiğinin kabulü için 5237 sayılı TCK’nin 21’inci maddesi uyarınca suç fiilinin kanuni tanımında yer alan unsurların bilinmesi ve istenmesi gerekir. Fiili hata bu unsurların bilinmemesinden veya eksik yahut yanlış bilinmesinden kaynaklanır. Failin ceza normunda belirtilen suçu işlemek kastıyla hareket edip etmediği, yasaklanan fiili mi yoksa farklı bir fiili mi gerçekleştirmek istediğini ortaya çıkarmak ancak failin bu unsurlara ilişkin bilgisine bakılarak belirlenebilir. Failin unsurlara ilişkin bilgisi bulunup bulunmadığı değerlendirilirken eğitim düzeyi, görev veya mesleği gereği edindiği bilgi ve tecrübeleri dikkate alınacaktır.⁵⁰⁰ Fiilin ceza hukukunda karşılığını belirleyen bu unsurlar yukarıda da

⁴⁹⁸ Öğretide bu durum “*ters tipiklik hatası*” olarak da tanımlanmıştır. Koray DOĞAN (2014), “Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası”, *İçinde Prof. Dr. Feridun YENİSEY’e Armağan*, Cilt I, Beta Basım, İstanbul, s. 196; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 102; Cem ŞENOL 2018, agm s. 130.

⁴⁹⁹ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN ve Caner YENİDÜNYA 2002, age s. 680; Cem ŞENOL 2018, agm s. 130-131.

⁵⁰⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2019/9-286 E., 2020/52 K. sayılı 04.02.2020 tarihli kararında “*Bir suç örgütü, baştan itibaren suç işlemek üzere kurulmuş illegal bir yapı olabileceği gibi, legal olarak faaliyet göstermekte olan bir sivil toplum örgütünün sonradan bir suç örgütüne, hatta terör örgütüne dönüşmesi de mümkündür. Bu kapsamda önceden var olan ancak hakkında karar verilmediği için kamuoyu tarafından varlığı bilinmeyen örgütün hukuki varlık kazanması mahkemeler tarafından verilecek karara bağlı ise de örgütün kurucusu, yöneticileri ya da üyeleri; kuruluş tarihinden veya meşru amaçlarla kurulup daha sonra suç örgütüne dönüştüğü andan itibaren ceza hukuku bakımından*

belirtildiği üzere fiilin gerçekleştirildiği araç, yer, zaman, suçun konusu ile aktif ve pasif sùjelerin özellikleridir. Bu unsurlar fiilin niteliğini belirleyen unsurlardır ve bunlara ilişkin esaslı hata failin kastını kaldıracaktır.⁵⁰¹

Yukarıda verilen örneklerin dışında, suçun aktif ve pasif sùjesinin niteliği de failin bilmesi gereken unsurlar arasında yer alabilir. Örneğin, 5237 sayılı TCK'nin 230'uncu maddesi kapsamında "Evli olmasına rağmen, başkasıyla evlenme işlemi yaptıran kişi" ile "Kendisi evli olmamakla birlikte, evli olduğunu bildiği bir kimse ile

sorumlu olacaklardır. Silahlı terör örgütüne üye olma suçunun doğrudan kastla işlenebildiği gözetilerek, hukuki zeminde faaliyet gösteren ve nihai amacını gizli tutması nedeniyle açıkça bilinmeyen yapılara dahil olan örgüt mensuplarından bir kısmının, oluşumun bir terör örgütü olduğunu bilmediklerini iddia etmeleri durumunda, TCK'nin 30. maddesinin birinci fıkrasında yer alan hata hükmü uyarınca değerlendirme yapmak gerekecektir... FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün, Devletin Anayasal düzenini cebir ve şiddet kullanarak değiştirmek olan nihai amacını gerçekleştirmek için "mahrem alan" şeklinde örgütlenmesi ve devletin silahlı kuvvetlerindeki unsurları dikkate alındığında gerekli ve yeterli örgütsel güce sahip olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Örgütün bu amaç ve yöntemlerini bilen örgüt mensuplarının örgütteki konumları gözetilerek cezalandırılacağı da açıktır. Örgütlenme piramidine göre, beş, altı ve yedinci kat ve kural olarak üç ve dördüncü katlarda bulunan örgüt mensuplarının bu durumda olduklarının kabulü gerekmektedir. Ancak önce dini bir kült, ardından da terör örgütü hâline dönüşen FETÖ/PDY'nin, başlangıçta bir ahlak ve eğitim hareketi olarak ortaya çıkması ve genellikle böyle algılanması, örgütün gayri meşru amaçlarını gizleyip alenen kriminalize olmamaya çalışması ve örgütün kurucusu ve yöneticisi F.G. hakkında Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesince verilen beraat kararının onanarak kesinleşmesi karşısında, özellikle örgütün sözde meşruiyet vitrini olarak kullanılan diğer katlardaki örgüt mensupları tarafından bilinip bilinmediğinin olaysal olarak TCK'nin 30. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir... Suç tarihi itibarıyla FETÖ/PDY'nin silahlı terör örgütü olduğuna ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararının bulunmaması, neticeyi bilerek ve isteyerek tipik hareketi gerçekleştiren sanığın kanuni yönden sorumlu tutulmasına engel teşkil etmeyecektir. Ayrıca örgüt piramidi içindeki konumu itibarıyla "mahrem alan" kapsamında yer alması ve sanığın eğitim düzeyi, yaptığı görev nedeniyle edindiği bilgi ve tecrübeleri ile örgütteki konumu itibarıyla bu oluşumun bir silahlı terör örgütü olduğunu bilebilecek durumda olduğu anlaşıldığından, sanık hakkında TCK'nin 30. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen hata hükmünün uygulanma olanağı bulunmamaktadır." şeklinde hüküm tesis edilerek, failin suçun maddi unsuruna ilişkin bilgisizliği kabul edilebilir olarak görülmemiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com.tr>, ET. 08.06.2021.

⁵⁰¹ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 58; Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 2017/1443 E. 2017/4758 K. sayılı 14.07.2017 tarihli kararında "Unsur yanılıgı kastı ortadan kaldırdığına göre, böyle bir yanılıgı ancak kastın kapsamında kalan konular hakkında olabilir. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilinmesini gerektirdiğinden, maddi unsurların bilinmemesi halinde kastın işlenen bir haksızlıktan bahsedilemez... Unsur yanılıgısında kısacası, fail somut olayda ne yaptığının bilincinde değildir. Somut olayın gerçekleşme koşullarında yanılmaktadır. Failin iradesi suçun yasal tanımında yer alan unsurların gerçekleşmesine yönelik değildir. Esasen unsur yanılıgısında kaçınılabilirlik önemli değildir. Zira her iki halde kastı bertaraf edici etkisi bulunmamaktadır..." şeklinde hüküm tesis edilerek suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların bilinmemesinin failin kastını kaldıracacağı ifade edilmiştir. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 2014/26722 E. 2016/5205 K. sayılı 11.04.2016 tarihli bir başka kararında "Sanığın yurtdışı kökenli Albino Burma cinsi piton yılanını ticari amaçla sunmak suretiyle kaçakçılık suçunu işlemek iddiasıyla açılan kamu davasında, sanığın dava konusu yılanın satışı için internete verdiği ilan içeriği ve savunmaları nazara alındığında, yılanın yurda kaçak girdiğine ve bu durumu bilerek satışa sunduğuna ilişkin mahkumiyetine yeterli delil bulunmadığından beraatine karar verilmesi gerekirken somut olayda uygulama yeri bulunmayan TCK'nun 30. maddesinde düzenlenen "ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlerin gerçekleştiğine ilişkin kaçınılabilirlik hataya düşüldüğü" şeklindeki cezasızlık halinin varlığı kabul edilerek, ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi" yasaya aykırı görülmüş ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3'üncü maddesi kapsamında yasaya muhalefet suçunun oluşmadığı ve normatif unsurlara ilişkin bilgisizliğin failin kastını kaldıracacağına işaret edilmiştir. Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay>, ET. 07.01.2020.

evlilik işlemi yaptıran kişi” cezalandırılmaktadır. Fail evli olmasına rağmen, eşi ile arasında hükmolunan ayrılık kararının evliliğini sona erdireceğini düşünerek bir başka kimse ile evlenmesi durumunda veya kendisi evli olmamakla birlikte eşi ile arasında ayrılık kararı verilmiş bir kimsenin evli olmadığını düşünerek bir başka kimse ile evlenmesi halinde ortaya çıkan hata anılan madde hükmü çerçevesinde “*birden çok evlilik*” suçuna ilişkin kastı kaldıracaktır. Yine, Kanun’da yer verilen “*çocukların cinsel istismarı*” ve “*reşit olmayanla cinsel ilişki*” gibi cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kapsamında, mağdurun yaşının bilinmemesi veya yanlış bilinmesi fiile ilişkin hata kapsamında değerlendirilecektir.⁵⁰²

3.4.1.2.2. Ceza Kanunlarından Başka Kanunlar Üzerinde Hata

Fiile ilişkin hata kapsamında üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise kastın gerçekleşmesi bakımından ceza normunda yer bulan suç teşkil eden fiile ilişkin maddi nitelikte unsurların yanı sıra normatif nitelikteki unsurların anlamını belirleyen normların da bilinmesi gerektiği ve bu normların bilinmemesinin de çoğu zaman fiili hataya sebep olacağı hususudur. Tipik fiilin normatif unsurunun ne anlama geldiği, hukuk sistemi içerisinde bir başka norm tarafından belirlenmektedir. Örneğin;

⁵⁰² Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 60. Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 2018/6918 E. 2018/6120 K. sayılı 18.10.2018 tarihli kararında “*Dosyada mevcut nüfus kayıt örneğine göre mağdurenin on beş yaşını bitirmesine kısa bir zaman kalması, suça sürüklenen çocuğun aşamalarda, gayriresmi evlendikleri tarihte mağdurenin on beş yaşını dört ay geçtiğini bildiği yönündeki savunması, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 15.01.2018 tarihli raporunda mağdure ...'nun olay tarihinde on beş yaşını bitirmiş olup on altı yaşta içerisinde olduğunu belirtmesi, Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkına ilişkin 25.03.2015 günlü, 2014/6419 başvuru numaralı kararı ve dosya içeriği nazara alındığında, olayda 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı tartışılıp karar yerinde açıklandıktan sonra hükme varılması gerekirken, mağdurenin hastane doğumlu olduğu gerekçesiyle yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması*” bozma nedeni olarak gösterilmiştir. Benzer şekilde Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 2015/4858 E. 2019/9343 K. sayılı 25.04.2019 tarihli kararında “*...Katılan vekilinin temyiz talebinin incelenmesinde ise; Mahkemece mağduredeki psikiyatrik bozukluğun hekim olmayanlarca anlaşılamayacağı ve sanıkların da bu durumu bilmedikleri kabul edildiği halde, suç işleme kastı bulunmayan sanıkların suçun manevi unsurunun yokluğu nedeniyle beraatleri yerine yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, Kanuna aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nun 321. maddesi gereğince Bozulmasına, ancak bu hususun yeniden duruşma yapılmaksızın aynı Kanunun 322. maddesinin verdiği yetki uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hükümlerin bir (1) numaralı bölümünün ikinci paragrafında yer alan ‘... TCK'nun 30/4. Maddesine istinaden CMK'nun 223/3-d. Maddesi gereğince sanıklara Ceza Verilmesine Yer Olmadığına,’ ibaresinin çıkartılarak yerine ‘...sanıkların üzerlerine atılı suçun kanuni unsurları itibariyle oluşmadığı anlaşıldığından 5271 sayılı CMK'nun 223/2-c. maddesi gereğince Beraatlerine,’ iki numaralı (2) bölümdeki ‘...ceza verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden...’ kısmının çıkartılıp ‘beraat kararı...’, üç numaralı (3) bölümdeki ‘...ceza tertibine yer olmadığına karar verildiğinden...’ bölümünün çıkartılıp ‘beraat kararı verildiğinden’ ibaresinin eklenmesi suretiyle sair yönleri usul ve kanuna uygun olan hükümlerin Düzeltilerek Onanmasına...” karar verilmiş, sanıkların akıl hastası olan mağdur yönünden düşükleri hata suçun maddi unsurları üzerinde fiili hata olarak değerlendirilmiştir. Hakan YAVUZ 2021, agm s. 230; Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay, ET. 07.01.2020>.*

yukarıda ele alınan birden çok evlilik yapma suçu bakımından failin kendisinin veya evlendiği kişinin önceki evliliğinin bulunması, Kanun'un 236'ncı maddesi kapsamında "taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırılması", 239'uncu maddesi kapsamında "Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri"n yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi ceza normu tarafından belirlenen normatif unsurlara ilişkin örneklerden yalnızca birkaçını oluşturur.⁵⁰³

Tezin İkinci Bölümünde detaylıca ele alınan "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz." kuralının hukuk sistemimizdeki yansımaları teşkil eden 5237 sayılı TCK'nin 4'üncü maddesinde düzenlenen "ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" kuralı uyarınca, ceza kanunlarında yapılan hata mazeret sayılmaz iken diğer kanunların bilinmemesi failin kastına etki eden bir hal olarak karşımıza çıkabilecektir. Esasen kanun koyucunun buradaki tercihinin, ceza kanunları ile diğer kanunlar arasında bir fark gözetilmesi veya ceza kanunlarına ayrı bir önem ve üstünlük atfedilmesi değil, ceza kanunları dışında kalan kanunlar hakkında düşünülen hatanın normatif unsurlar hakkında fiili hataya neden olup esaslı olduğu takdirde kastı kaldırması ya da hukuki hata kapsamında kalıp mazeret sayılmaması olduğu değerlendirilmektedir.⁵⁰⁴

Ceza kanunları dışında kalan kanunlar üzerinde hatanın hangi durumda hukuki hata, hangi durumda fiile ilişkin hata kapsamında değerlendirileceği ise açıklığa kavuşturulması gereken önemli bir husustur. Yukarıda da ifade edildiği üzere, suçun ceza normunda yapılan tanımı içerisinde maddi nitelikteki unsurlar ve normatif nitelikte unsurlar yer alabilmektedir. Normatif unsurlar bizzat ceza normunun kendisi tarafından tanımlanabileceği gibi bir başka norm tarafından da tanımlanabilmektedir.⁵⁰⁵

5237 sayılı TCK'nin 4'üncü maddesi uyarınca "Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz." Nitekim 765 sayılı TCK'de "Kanunları bilmemek mazeret sayılmaz." hükmüne yer verilmişken, meri Kanun'da ceza kanunlarının bilinmemesinin mazeret kabul edilmeyeceğinin düzenlenmesi, diğer kanunlar üzerindeki hatanın değerlendirilmesi gerekliliğini ortaya koymuştur.

⁵⁰³ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 107.

⁵⁰⁴ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s.271; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 108.

⁵⁰⁵ age s. 109.

Esasen, ilk kez CARRARA tarafından ortaya atılan ceza kanunları dışında kalan kanunlar üzerinde hatanın mazeret teşkil edebileceği yönündeki düşünce, on dokuzuncu yüzyılın sonlarından başlayarak günümüze kadar uygulama ve öğreti tarafından çeşitli yönleriyle inceleme konusu yapılmıştır.⁵⁰⁶

Ceza kanununa ilişkin hatanın mazeret olarak kabul edilmeyeceği, buna karşın ceza kanunları dışında kalan kanunlara ilişkin hatanın ise mazeret sayılabileceği düşüncesi ilk kez CARRARA tarafından ileri sürülmüştür. CARRARA tarafından, ceza kanunları ile bağlı olan vatandaşların onu bilmekle yükümlü olmalarının politik bir ihtiyaçtan kaynaklandığı, her türlü normun bilinmesi şeklinde bir ödevin bu ihtiyaçla bağdaşmayacağı, kanunların bilinmesine ilişkin yükümlüğünün hukuk düzeni içindeki bütün normların bilinmesi anlamına gelmediği, bu yükümlülüğün sadece kişiye karşı uygulanmak istenen ceza normu ile sınırlı olması gerektiği, somut olaya uygulanacak olan ceza normu dışında kalan ve bu nedenle bilinmemesi halinde mazeret teşkil edebilen normun, ceza kanunu ve ceza kanunu dışında kalan bir kanun olmasının fark etmeyeceği ifade edilmiştir.⁵⁰⁷ Anılan görüşe göre, suçun normatif unsurlarının bilinmemesi, failin kasta dayanan sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır.

1889 tarihli İCK'nin yürürlükte olduğu dönemde de Kanun'un hatayı düzenleyen 44'üncü maddesinde kanunun bilinmesi yükümlülüğünün getirildiği, buna rağmen hukuki hatanın ne zaman mazeret teşkil edeceğine ilişkin değerlendirmenin hatanın ceza kanununa mı yoksa ceza kanunu dışında kalan bir kanuna ilişkin olduğu hususu gözetilerek değil, faile isnat edilen suça ilişkin norma bakılarak tespit edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Nitekim İtalyan Yüksek Mahkemesi kararlarında ceza kanunları dışında kalan kanunlarda bilmemenin, suçun gerçekleşmesi için gerekli olan kasıtlı iradeyi ortadan kaldırdığı kabul edilmiştir.⁵⁰⁸

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununda ise ceza kanunu dışındaki kanunlar üzerinde bilmemenin, fiili hataya sebep olacağı açıklıkla düzenlenmiştir. Halen yürürlükte olan anılan Kanun'un 47'nci maddesinin üçüncü fıkrası "*Ceza kanunu dışında kalan bir kanun üzerinde yapılan hata, suç teşkil eden fiili hataya sebep olduğu takdirde cezayı kaldırır.*" şeklindedir. Ancak Kanun'da açık düzenleme bulunmasına rağmen süreç içerisinde İtalyan Yargıtayı ceza normunu tamamlayan ve onun bir parçası haline gelen normlar ile ceza normunu tamamlamayan, bağımsız normlar

⁵⁰⁶ age s. 110.

⁵⁰⁷ Sahir ERMAN 1946, agm s. 530 vd.; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 110.

⁵⁰⁸ age s. 111.

şeklinde bir ayrımı benimseyerek; ceza kanunları dışında kalan normlarda hatanın ne zaman fiili hataya sebep olduğu hususunu inceleme konusu yapmıştır. Söz konusu ayrımın sonucu olarak, İtalyan öğretisi tarafından da kabul edilen görüşe göre; ceza kanunlarının dışında kalan ve başka hukuk dallarına ilişkin olan pek çok normun, ceza normunun ön şartını oluşturduğu ve ceza normunun içine geçtiği, bunların bilinmemesinin ceza kanunu gibi değerlendirilmesi ve mazeret teşkil etmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Diğer taraftan ceza kanunları dışında kalan ve bağımsız olan normlar üzerinde hatanın ise fiili hata kapsamında değerlendirilip kastı kaldırması gerektiği savunulmuştur.⁵⁰⁹

Alman hukukunda ise ACK'nin 17'nci maddesinde,

“fail fiili işlediği sırada bu fiilin hukuka aykırı olduğunu algılayamazsa ve bu hatası kaçınılmaz olursa kusursuz sayılır. Hatasının kaçınılabılır olması halinde 49/1 nci madde uyarınca cezası indirilebilir.”

düzenlemesine yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca, failin haksızlık konusundaki bilinçsizliği kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi uyarınca cezalandırılmamaktadır. Alman Federal Mahkemesi de hukuka aykırılık bilincini kusurun şartı olarak kabul etmiş ve *“kanunu bilmemek mazeret sayılmaz”* kuralının mutlak geçerliliğini ortadan kaldırmıştır.⁵¹⁰

Kanaatimizce, ceza normunu tamamlayan ve onun bir parçası haline gelen normlar ile ceza normunu tamamlayan ve bağımsız nitelikte olan normlar şeklinde ikili ayırım yapılması ve bunlar üzerinde hataya farklı sonuçlar atfedilmesi, bunların hukuki hataya mı yoksa fiili hataya mı sebep olduğunun tespitini zorlaştıracağı gibi bu ölçütü esas alarak yapılan değerlendirmeler çoğu zaman sağlıklı sonuç vermeyecektir. Öncelikle, ceza normları dışında kalan normlar düzenledikleri alan bakımından her zaman bağımsız nitelik taşımaktadır. Ceza normu tarafından, ceza kanunları dışında kalan normlara atıfta bulunulması ya da bunların ceza normunu tamamlaması bunların bağımsız olma niteliğini etkilemeyecektir. Bu normlar suçun normatif unsuru haline geldiği her durumda ceza hukukunun da konusunu oluşturacaktır. Dolayısıyla söz konusu ölçütten yola çıkılarak ceza normu dışında kalan bir normun hangi hallerde hukuki hata kapsamında kalarak mazeret sayılmayacağı veya fiili hataya sebep olarak

⁵⁰⁹ age s. 111-112.

⁵¹⁰ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 152; Sesim SOYER GÜLEÇ 2008, agm s. 72-73.

failin kastını kaldıracağı konusunda net bir değerlendirme yapılması mümkün görülmemektedir.⁵¹¹

Örneğin, 5237 sayılı TCK'nin "*Çocukların cinsel istismarı*" başlıklı 103'üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca "*Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" Çocuğun tanımı ise 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda yapılmıştır. Anılan Kanun'da çocuk, "*erken yaşta ergin kılinsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi*" olarak tanımlanmıştır. Bu doğrultuda, on yedi yaşında mahkemece ergin kılınan ve çocuk olmadığını düşündüğü mağdura cinsel istismarda bulunan failin bilgisizliği, esasında Türk Ceza Kanunu'nun normatif unsurlarından olan çocuğun 5395 sayılı Kanun'daki tanımına ilişkindir. Ancak failin kastı çocuğun cinsel istismarına ilişkin değildir. 5395 sayılı Kanun'da düzenlenen çocuğun tanımı, 5237 sayılı TCK'nin 103'üncü maddesini tamamlayan ve düzenlemenin bir parçası kabul edilecek nitelikte bir düzenlemedir. Bu yönüyle, söz konusu tanıma ilişkin bilgisizliğin bir an için, yukarıda yer verilen ölçüt çerçevesinde hukuki hata kapsamında değerlendirilerek mazeret teşkil etmeyeceği düşünüldüğünde, failin esasen kastetmediği bir suçtan dolayı cezalandırılması sonucu ortaya çıkacaktır ki bu da ceza adaletine uygun düşmeyecektir.

Ceza kanunları dışında kalan kanunlara ilişkin bilmemenin yahut eksik ya da yanlış bilmenin, ceza hukukunda hata konusu içerisinde sağlıklı değerlendirilmesi için hatanın failin psikik faaliyetinin etkisine bakarak karar vermenin yerinde bir yaklaşım olacağı düşünülmektedir. Suçun kanuni tanımında yer alan normatif unsur haline gelen ceza kanunu dışındaki kanunlar, aynı zamanda suç teşkil eden fiile özel bir nitelik kazandırmaktadır. Bu niteliğe ilişkin bilgisizlik ya da hatalı tasavvur nedeniyle fail, esasında ceza normu tarafından yasaklanan fiilden başka bir fiili gerçekleştirdiğini düşünmektedir. Bu durum failin suçun maddi nitelikteki unsurları üzerinde hataya düşmesi ve tipik fiili gerçekleştirmediğini düşünmesi ile aynı şeydir ve aynı sonucu doğurarak failin kastını kaldıracaktır.⁵¹² Suçun maddi nitelikteki unsurları üzerindeki hata ile normatif unsurları üzerindeki hata aynı sonucu doğurmakla birlikte, fail kanunda suç olarak tanımlanan davranışı gerçekleştirmediğini düşünmektedir. Daha önce verilen örnekte de olduğu gibi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde eşi ile ayrılığına karar verilen failin, "*ayrılık*" kararının mahiyetini bilmemesi ve evliliğinin kanuni olarak sona erdiğini düşünmesi ve bu hatası nedeniyle

⁵¹¹ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 114 vd.

⁵¹² Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 256.

yeniden evlenmesi durumunda, failin 5237 sayılı TCK'nin 230'uncu maddesinde düzenlenen birden çok evlilik suçuna ilişkin kastı bulunmamaktadır. Fail suç teşkil eden fiili gerçekleştirmeyi istememektedir.⁵¹³

5237 sayılı TCK'nin 4'üncü maddesinde düzenlenen “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*” kuralı hukuk sisteminde ceza kanunlarına bir üstünlük tanınması ya da ceza kanunları dışında kalan kanunları bilmemenin kuralın istisnasını oluşturması gibi bir amaç taşımamaktadır. Buradan ceza kanunları dışındaki kanunları bilmemenin mazeret sayılacağı sonucuna ulaşmak mümkün olmayacaktır. Burada kasıt, bunların uyulması zorunlu olan kanunlar olmamasından ziyade sonuçta fiili hataya sebep olmalarıdır. Gerek tipik fiilin maddi nitelikteki unsurlarına ilişkin gerekse ceza kanunları dışında kalan kanunlara ilişkin hata, fiil üzerinde etki doğurmakta ve failin kastını kaldırmaktadır. Konunun “*kast*”a ilişkin yapılacak değerlendirmeler kapsamında ele alınması gerektiği değerlendirilmektedir.⁵¹⁴ Dolayısıyla, burada önemli olan husus ceza kanunları dışındaki bir kanuna ilişkin hatanın ne zaman fiili hataya dönüştüğünün her somut olay nezdinde titizlikle ortaya konmasıdır.

Yukarıda yer verilen görüşlerin ortak noktası, ceza kanunları dışındaki kanunlara ilişkin hatanın, fiili hata veya hukuki hata kapsamında değerlendirilebilmesi için ceza kanunu dışındaki kanunun doğrudan veya dolaylı olarak ceza normu ile ilişkili olmasına bağlıdır. Aynı zamanda bu hatanın suçun kurucu unsurları üzerinde esaslı bir hataya sebep olması gerekmektedir. Örneğin, medeni hukukta zilyetliğin tanımını yanlış bilen failin, çalmak istediği malın esasında düşündüğünden bir başka kişiye ait olması failin kusurluluğu bakımından bir etki doğurmayacaktır.⁵¹⁵

Fiile ilişkin hata ile ceza kanunu dışında kalan kanunlar üzerinde hata aynı etkiye sahip olduklarına göre, bunların sonuçları da aynı olacaktır. Bu nedenle fiili hata olarak değerlendirilen ceza kanunu dışında kalan kanunlar üzerinde hata da failin kastını ortadan kaldıracaktır. Buna karşılık fiilin taksirli şekli kanunda suç olarak düzenlenmişse, fail suçun taksirli şeklinden sorumlu olacaktır.⁵¹⁶

Ceza kanunları dışında kalan ancak, ceza normuna ilişkin hukuka özel aykırılık halini düzenleyen normlara ilişkin hata da fiili hatanın konusunu oluşturacaktır.

⁵¹³ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 115.

⁵¹⁴ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 270.

⁵¹⁵ age s. 271.

⁵¹⁶ age s. 274.

Hukuka özel aykırılık hallerini düzenleyen bu normlara ceza normu tarafından atıfta bulunularak, normun suçun normatif unsuru haline getirildiği her halde bu norma ilişkin bilgisizlik fiili hataya sebep olacaktır. Nitekim, bu durumda fiilin ceza kanunu dışında bir norma aykırı olduğunun bilinmesi failin kasten hareket etmesi için bir zorunluluk olarak karşımıza çıkacaktır.⁵¹⁷ Fail burada ceza kanunu dışındaki bir norm üzerinde hatası nedeniyle, suç teşkil eden davranıştan farklı bir davranışta bulunduğunu düşünmekte, gerçekleştirdiği fiil bakımından kastı bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, ceza kanunları dışında kalan kanunlar üzerinde hata, hukuki hata kapsamında da kalabilecektir. Failin ceza kanunu dışındaki kanunlar üzerindeki hatası fiile ilişkin hataya sebep olmadığı takdirde, düşülen hata yapısal ve psişik olarak doğrudan ceza normu üzerindeki hata ile aynı sonucu doğuracaktır. Fail ceza normu üzerindeki hatası nedeniyle, suç olarak düzenlenmemiş olduğuna inandığı ancak suç olarak düzenlenen bir fiili gerçekleştirmek istemektedir. Bu itibarla, doğrudan ceza normu üzerindeki hatadan veya dolaylı olarak ceza kanunları dışında kalan kanunlar üzerindeki hatadan kaynaklanan hukuki hatanın “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*” kuralı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca ayrılık kararının evliliği sona erdirmediğini bilen failin, ayrılık kararı bulunduğu takdirde yaptığı evliliğin 5237 sayılı TCK’nin 230’uncu maddesi kapsamında “*birden çok evlilik*” suçunu oluşturduğunu düşünmemesi durumunda, fail tipik fiili isteyerek gerçekleştirmektedir ve burada hatası suçun maddi unsuruna ilişkin değil hukuki hata kapsamında kalmaktadır.⁵¹⁸

Benzer şekilde, açık ceza normları bakımından da bu normları tamamlayan cezai olmayan normlar üzerindeki bilmeme hukuki hata kapsamında kalacak ve mazeret sayılmayacaktır. Bu durumda yasaklanan davranış ceza kanunları dışında kalan bir norm tarafından düzenlenmekle birlikte, açık ceza normlarının içeriğini dolduran diğer düzenlemeler suçun sadece normatif unsurunu tanımlamamakta, bizatihi norm tarafından yasaklanan maddi unsurun kendisini oluşturmaktadır. Bu nedenle söz konusu normlar ceza normunun kendisini oluşturmaktadır.⁵¹⁹

⁵¹⁷ GÖKTÜRK ise hukuka özel aykırılık hallerinin haksızlığın tümünü değerlendirici bir unsur olduğunu, hukuka aykırılık ile ilgili olup kusurun bir unsuru olan haksızlık bilinci için bağlama noktası oluşturduğunu ve failin bu yöndeki hatasının haksızlık hatası kapsamında ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. Neslihan GÖKTÜRK 2016, agm s. 427-428; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 440.

⁵¹⁸ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 117.

⁵¹⁹ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 274-275.

3.4.1.2.3. Nedensellik Bağında Hata

Ceza hukukunda bir insana bir davranışın atfedilebilmesi için davranış ile sonuç arasında sebep – sonuç ilişkisi bulunması gerekir. Diğer bir anlatımla neticeli suçlarda failin davranışı, ceza normuna aykırı sonucu doğurmalıdır. Failin davranışı ile sonuç arasında böyle bir bağ kurulamıyorsa, failin sonuçtan sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.⁵²⁰

5237 sayılı TCK’da nedensellik bağıyla ilgili olarak genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte bazı özel suç tiplerinde bunu ifade eden kavramlara yer verilmiştir. Örneğin, Kanun’un 85’inci maddesinde “ölümüne neden olan”, 86’ncı maddesinde “kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan”, 87’nci maddesinde “ölüm meydana gelmişse”, 170’inci maddesinde “bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olan” gibi düzenlemelerle nedensel bağ, bir sonuca sebebiyet vermek veya failin fiilinin neticeyi doğurması olarak düzenlenmiştir.⁵²¹ Esasen her suçta failin fiili ile sonuç arasında nedensel bağ bulunması zaruridir. Bu hususta kanunda açık düzenleme yapılmasının veya yapılmamasının da bir anlamı bulunmamaktadır.

Neticesi harekete bitişik suçlarda davranışta bulunur bulunmaz netice gerçekleştiğinden nedensellik bağı sorunu önem taşımamakla birlikte, davranış ile sonuç arasında zaman farkı olduğu takdirde veya neticeyi doğuran birden fazla davranış bulunduğu takdirde, gerçek sorumlunun belirlenmesi açısından nedensellik bağının araştırılması önem arz etmektedir.⁵²²

Yukarıda suçun maddi unsuru kapsamında üç ayrı kavram kısaca vurgulanmıştır. Bunlar: Hareket, hareket sonrasında ortaya çıkan netice ve hareketi ortaya çıkan neticeye bağlayan nedensel bağıdır. Bu bağ yoksa, dış dünyada meydana gelen değişiklik hareketin neticesi sayılmayacaktır.⁵²³ Bu nedenle, kast davranış ve neticeyi de kapsadığından, davranış ile netice arasında belirli bir zaman bulunan suçlarda kastın nedensellik bağına da kapsaması gerekecektir. Nedensellik bağı suçun

⁵²⁰ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 276; Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 224-225; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2021, age s. 360.

⁵²¹ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 350; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 252.

⁵²² Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 130.

⁵²³ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 245.

maddi unsurunun bir bölümünü teşkil ettiğine göre, nedensellik bağına ilişkin hata da suçun maddi unsurlarına ilişkin hata kapsamında değerlendirilecektir.⁵²⁴

Fail suçun işleniş sürecine hakim olmalı, bu süreci biliyor ve istiyor olmalıdır. Ancak suçun işleniş süreci, her zaman failin icraya başladığı andaki düşünce ve tasavvuruna uygun şekilde gelişmeyebilir. Nedensel bağ, failin davranışından sonra ve ancak neticenin meydana gelmesinden önceki bir döneme ilişkin olduğundan, failin bu sürece ilişkin eksiksiz bilgiyle hareket etmesi, bu süreci istisnasız kontrol altında tutabilmesi her zaman mümkün olmayacaktır. Netice, failin düşündüğü ve tasavvur ettiği nedensel sürece uygun olarak gerçekleşmediği takdirde, bu uygunsuzluğun önemli olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılması gerekliliği ortaya çıkacaktır. Fail tarafından istenen neticenin, başlangıçta düşünülen veya tasavvur edilenden daha farklı bir süreç sonrasında meydana gelmesi durumunda nedensellik bağında hata ortaya çıkabilecektir.⁵²⁵

Diğer taraftan, neticenin failin düşündüğü veya tasavvur ettiği sürece uygun olarak gerçekleşmediği her durum, failin kusurunu etkilemeyecektir. Neticeyi ortaya çıkaran sebep, bundan bağımsız başka bir sebeple kesilmediği sürece⁵²⁶ failin nedensellik bağına ilişkin hatası ceza hukuku bakımından failin sorumluluğuna etki etmeyecektir. Buradan hareketle, failin hareketinden sonra neticeye kadar meydana gelen önemsiz sapmalar ceza hukuku bakımından önem taşımayacaktır. Örneğin, failin mağduru öldürmek kastıyla yüksekteki balkondan aşağı itmesi, ancak mağdurun çarpmanın etkisiyle değil düşerken geçirdiği kalp krizi etkisiyle ölmesi failin cezai sorumluluğu bakımından herhangi bir değişiklik yaratmayacaktır. Nitekim, Türk Ceza Öğretide kabul edilen görüşe göre, failin kasten hareket etmiş sayılması için hareketi

⁵²⁴ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 477; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2013/653 E. 2015/430 K. sayılı 01.12.2015 tarihli kararında “... Nedensellik bağı, suçtan failin sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurlarından maddi unsur içerisinde yer almaktadır. Neticeli tüm suçlar bakımından araştırılması gerekli olan “nedensellik bağı”, ceza hukukunda, bu kavramın mahiyeti gereği, suçun kanuni tanımında neticeye yer verilmiş olması halinde failin fiil ile netice arasında sebep-sonuç ilişkisini kuran bir bağ anlamına gelmektedir. Failin yapmak veya yapmamak şeklindeki eylemi sonucunda dış dünyada bir zarar veya tehlikenin meydana gelmiş olması halinde nedensellik söz konusu olacaktır. Doğaldır ki yapılan her hareket dış dünyada bir veya birden fazla neticeye sebebiyet verebilir, ancak dış dünyada vuku bulan her netice değil suçun kanuni tanımında belirtilmiş olan netice nazara alınacaktır.” denilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com.tr>, ET. 08.06.2021.

⁵²⁵ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2021, age s. 431; Cem ŞENOL 2018, agm s. 131.

⁵²⁶ Başlangıçtaki sebebin bir başka bağımsız sebeple kesilmesi durumuna örnek olarak, failin öldürmek kastıyla mağdura ateş etmesi ancak ağır yaralanan failin ambulansla hastaneye götürülürken meydana gelen trafik kazası sonucunda hayatını kaybetmesi durumu gösterilebilecektir. Bu durumda faili kasten öldürmeden sorumlu tutmak mümkün olmayacak, fail kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılabilir. age s. 431.

ile netice arasında var olan nedensellik bağımlı bilmesi ve bunu istemesi gerekmemektedir. Failin hareketinin ortaya çıkaracağı neticeyi istemesi veya öngörmesi yeterlidir. Failin, neticenin nasıl ortaya çıkacağını öngörmesi önemli değildir. Bu nedenle, nedensellik bağımlı failin başlangıçta öngördüğünden farklı bir şekilde cereyan etmesi fiili hataya sebep olmayacak, failin meydana gelen tipik neticeden kasten sorumlu tutulması sonucunu değiştirmeyecektir. Dolayısıyla nedensellik bağımlı ortaya çıkan ve neticeye etki etmeyen sapmalar önemsiz kabul edilecektir.⁵²⁷

Nedensellik bağımlı hata, farklı şekillerde tezahür edebilecektir. İlk olarak fail başlangıçta kastettiği neticeyi, neticeyi ortaya çıkarmak için icra ettiği ilk davranışı ile değil, sonradan icra ettiği bir başka davranışı ile gerçekleştirebilecektir. Örneğin, fail öldürmek amacıyla içeceğine zehir koyduğu ancak içtiği zehir nedeniyle ölmeyen ve fakat bilincini kaybeden mağdur, öldüğünü düşünerek uçurumdan aşağı yuvarlaması ve mağdurun zehrin etkisiyle değil yuvarlanırken başını vurması sonucunda geçirdiği beyin kanaması sonucu ölmesinde olduğu gibi failin gerçekleştirmek istediği netice başlangıçta düşündüğünden farklı bir nedensellik serisi içerisinde gerçekleşmektedir. Mağdur failin kendisini uçurumdan aşağı yuvarlaması sonucunda ölmüştür. Burada fail, mağdurun yaşadığı hususundaki bilgisizliği nedeniyle nedensellik bağımlı bakımından hataya düşmektedir.⁵²⁸

Buradan hareketle nedensellik bağımlı ortaya çıkan, önemsiz sapmalar dışında kalmakla neticeye etki eden hatanın fail bakımından mazeret teşkil edip etmeyeceğinin belirlenmesi, söz konusu unsura yönelik hatanın failin kastını ortadan kaldıran esaslı bir hata olup olmadığının tespitine bağlıdır. Öğretide failin kasten hareket etmiş sayılması için nedensellik sürecinin gelişimine ilişkin bilgisinin olup olmamasına dair iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar failin kasten hareket ettiğinin ifade edilebilmesi için, failin fiiline başlarken neticenin ne surette meydana geleceğini tam olarak öngörmüş olması gerektiği kanaatinde. Bu görüşü savunan yazarlara göre, fail ortaya çıkan netice bakımından nedensellik önemi olan ilk davranışını kasten gerçekleştirmiş olsa da öngördüğünden farklı bir nedensellik süreci sonucunda kastettiğinden farklı bir netice ortaya çıktığında, ortaya çıkan neticeye ilişkin failin kastı olmadığından nedensellik bağımlı düştüğü hata failin kastını kaldıracaktır. Bu nedenle, failin başlangıçta kastettiği neticeyi ilk hareketiyle değil, neticeyi meydana

⁵²⁷ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 237.

⁵²⁸ Cem ŞENOL 2018, agm s. 131-132.

getirdiği zannıyla gerçekleştirdiği sonraki nedensel hareketi ile gerçekleştirdiği durumlarda, neticeye etki eden her bir nedensel hareket bakımından ayırım yapılmalıdır. Fail, kasıtlı eyleminden teşebbüs, ortaya çıkan netice bakımından ise taksir hükümleri gereğince cezalandırılmalıdır.⁵²⁹ Dolayısıyla burada failin neticeye sebep olamayan ilk davranışı bakımından teşebbüs, neticeye sebep olan ikinci davranışı bakımından taksiri söz konusu olacaktır. Öğretide söz konusu teoriye “*ayırım teorisi*” ismi verilmiştir.⁵³⁰

Anılan görüş doğrultusunda yukarıda verdiğimiz örneği tekrar ele alacak olursak, failin öldürmek amacıyla mağdurun içeceğine zehir koyması durumunda kasten öldürmeye teşebbüs, öldüğünü düşündüğü ancak ölmeyen mağduru uçurumdan aşağı yuvarlayarak ölmesine neden olması durumunda ise taksirle insan öldürmeden sorumluluğu söz konusu olacaktır. Benzer bir örnekte; A, B’yi öldürmek üzere darbe vurmuş, öldüğüne inandığı ancak yaralı olan B’yi nehire atmış ve B nehirde boğularak ölmüştür. Burada failin suçu tamamladığına inanarak mağdura karşı başka hareketler yapması, gerçekleştirilmek istenen neticenin daha sonraki hareketlere bağlı olarak gerçekleşmesi durumu söz konusudur.⁵³¹ Esasen ayırım teorisini savunanlar, olayda birden fazla kusurlu fiil olduğunu, birinin kasten yaralama diğersinin ise taksirle öldürmek olduğunu ileri sürmektedir. Ancak her ne kadar iki örnekte de kusurlu iki fiil olsa da failin öldürmeye ilişkin genel bir kastının bulunduğu dikkate alındığında, failin kasten öldürmeden sorumlu tutulmamasının ceza adaleti ile bağdaşmayacağı değerlendirilmektedir.

Yukarıda yer verilen görüş kastı nedensellik bağı bakımından arayan, diğer bir anlatımla failin neticenin ne suretle meydana geleceğini öngörmüş olmasını da kastın varlığı için şart koşan görüşün bir sonucudur. Oysa kastın bulunması için failin başlangıçta kastının olması ve suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi yeterlidir. Her ne kadar fail nedensellik bağının gelişimine ilişkin hataya düşse de dış dünyada arzu ettiği neticeyi kasten meydana getirmekte, nedensellik bağına ilişkin bilgisizliği kastını kaldıran esaslı bir hata teşkil etmemektedir.⁵³² Bu nedenle fail ortaya çıkan neticeden kasten sorumlu tutulmalıdır. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere, failin kasten hareket etmiş sayılması için

⁵²⁹ Cengiz APAYDIN 2018, age s. 133.

⁵³⁰ Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 360; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 480; Cem ŞENOL 2018, agm s. 132.

⁵³¹ Örnek için bkz. Doğan SOYASLAN 2020, age s. 480.

⁵³² Cengiz APAYDIN 2018, age s.133.

hareketi ile netice arasında var olan nedensellik bağına bilmesi ve bunu istemesi gerekmemektedir. Failin hareketinin ortaya çıkaracağı neticeyi istemesi veya öngörmesi yeterlidir. Failin davranışı ile ortaya çıkan netice arasında nedensel bağ bulunduğu müddetçe, ortaya çıkan neticenin failin muhtelif davranışları kapsamında farklı şekillerde meydana gelmesi sorumluluğunu etkilemeyecektir. Neticenin failin arzusuna bağlı olarak gerçekleştiği dikkate alındığında failin başlangıçtaki kastına dayanılarak sorumlu tutulmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla nedensellik bağının failin başlangıçta öngördüğünden farklı şekilde gelişmesi, bu gelişim alışılabilir süreçlerin ve genel yaşamsal deneyimlere dayanan beklentilerin tamamen dışında kalmadıkça ve meydana gelmesi istenen tipik netice gerçekleşmişse, esaslı hata kabul edilmeyecek ve failin kastını ortadan kaldırmayacaktır.⁵³³

Nedensellik bağında hata kapsamında ele alınması gereken ikinci durum, yukarıda ifade edilen durumun aksine, failin başlangıçtaki plan ve tasavvuru çerçevesinde sonraki davranışı ile tamamlamak istediği suçu, önceki davranışları ile gerçekleştirmesidir. Örneğin, fail mağduru sessiz ve ormanlık bir alanda öldürmek amacıyla öncelikle bayılarak ağzını bantlar ve arabasının bagajına koyar, ormanlık alana gelip arabasının bagajını açtığı anda mağdurun havasızlıktan öldüğünü fark etmesi durumunda mağdurun ölümü failin başta planladığı davranışı ile değil, önceki davranışı ile gerçekleşmektedir. Benzer şekilde, fail komşusunun kendisini rahatsız eden köpeğini zehirleyerek öldürmek amacıyla çuvala koyarak kaçırması, ancak köpeğin çuvalda havasızlıktan ölmesi durumunda da fail önceki davranışı ile ev hayvanını öldürmek suçunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır.⁵³⁴

Her iki durumda da fail, başlangıçta meydana getirmeyi düşündüğü neticeyi önceki davranışı ile gerçekleştirmekte ve suça ilişkin nedensel gelişim başlangıçta tasavvur edilenden farklı gelişmektedir. Burada netice failin bilgisizliğinden kaynaklanmadığından, hata halinin varlığından bahsedilmesi mümkün olmayacak, fail ortaya çıkan neticeden kasten sorumlu tutulacaktır. Ancak burada her iki örnekten de açıkça anlaşılacağı üzere, failin ortaya çıkan neticeden kasten sorumlu tutulabilmesi için neticeye yönelik olarak suçu gerçekleştirmeye elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış olması gerekmektedir.⁵³⁵ Örneğin, failin ıssız bir yerde

⁵³³ Bernd HEINRICH 2014, age s. 154; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 364; Cem ŞENOL 2018, agm s. 132.

⁵³⁴ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 87.

⁵³⁵ Cem ŞENOL 2018, agm s. 134.

öldürmek istediği mağdurun öncelikle ellerini bağlayarak götürmek isterken yanında getirdiği ipi mağdura doğrultması, ancak mağdurun yaşadığı korkunun etkisiyle geçirdiği kalp krizi nedeniyle ölmesi durumunda, failin elverişli hareketlerle suçun doğrudan doğruya icrasına başladığından bahsedilemeyecek, kasten öldürmeden dolayı sorumluluğuna gidilemeyecektir. Fail ortaya çıkan neticeden taksir hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulacaktır. İnsan öldürme suçuna ilişkin verilen örnekte olduğu gibi failin taksiri nedeniyle sorumlu tutulabilmesi, meydana gelen tipik suçun taksirli şeklinin de kanunda cezalandırılmasına bağlı bulunmaktadır.

Bu konuda ele alınacak bir diğer durum ise failin gerçekleştirmek istediği neticenin failin davranışlarından bağımsız olarak üçüncü kişilerin sürece dahil olması sonucu, failin başlangıçta öngördüğünden farklı bir nedensel gelişim süreci içinde üçüncü kişilerin davranışları üzerine veya üçüncü kişilerin failin davranışlarına eklenen davranışları nedeniyle neticenin gerçekleşmesi durumudur.⁵³⁶

5237 sayılı TCK'nin 37'nci maddesinin birinci fıkrasında "*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.*" denilerek fiili birlikte işleyenlerden her birinin fail olduğu ifade edilmiştir. Anılan tanımda kastedilen fail, tipik fiilin asıl hareketlerini yapan ve tipik fiilin işlenişini doğrudan doğruya beraber gerçekleştiren kişilerdir. Bunların herbiri bakımından suça ilişkin neticeyi birlikte gerçekleştirmek iradesi ile tipik fiile yönelik davranışlarda bulunarak suç üzerinde birlikte hâkimiyet kurma durumu vardır. Bununla birlikte suçun tipik hareketlerini oluşturmamasına rağmen, tipik fiilin gerçekleştirilmesi yönünden nedensel değer taşıyan davranışları gerçekleştiren kişi de suçun işlenişinde etkiye sahip olduğu takdirde müşterek fail kabul edilecektir. Bu durumda iştirakçiler meydana gelen neticeden sorumlu olacaktır.⁵³⁷

Diğer taraftan, iştirakçilerin birbirinden ayrı olan hareketlerini bir bütün içinde birleştiren ve onların meydana gelen neticeden birlikte sorumlu tutulmalarına neden olan birlikte belli bir suçu işlemek konusundaki bilinç ve istekleridir. İştirak halinde bir suçun işlenmesi için belli bir suçun gerçekleştirilmesinin bilinmesi ve istenmesinin

⁵³⁶ agm s. 134.

⁵³⁷ Örneğin faillerden birinin mağduru tutması ve diğer failin mağduru öldürme kastıyla elindeki bıçağı mağdura saplaması durumunda, bıçağın mağdura saplanması kasten öldürmenin tipik davranışı iken, mağdurun tutulması tipik davranış dışında kalsa da davranış nedeniyle mağdurun direncinin kırılması ve bıçağın saplanması kolaylaştığı için, her iki failin gerçekleştirdiği davranışların neticeye nedensel katkısı, taşıdığı önem ve birbirini tamamlayıcı nitelikte olması dikkate alındığında müşterek faillik durumu doğmaktadır. Devrim AYDIN (2009), *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 134-136.

yanı sıra kendi davranışı ile diğerlerinin davranışına katkıda bulunup suça katkıda bulunmak bilinç ve iradesi ile hareket edilmesi gerekmektedir. Bu yönüyle iştirak iradesi kasıtlı bir suçun manevi unsuru olarak, bilmeyi ve istemeyi bünyesinde barındırmalıdır. Bilmek başkasının gerçekleştirdiği suç teşkil eden davranışın varlığını bilmekten, istemek kendi kusurlu davranışı ile başkasının davranışına katılarak ya da katkıda bulunarak neticenin gerçekleşmesini sağlamak iradesidir.⁵³⁸

Bu anlamda, nedensellik bağında hata, nedensel sürecin fail tarafından tasavvur edilenden farklı şekilde oluşmasına rağmen istenen sonucun yine de meydana gelmesi olduğuna göre ve nedensel süreçteki farklılık önemli olmadığından fail meydana gelen neticeden sorumlu olduğuna göre, iştirakçiler de meydana gelen sonuçtan sorumlu olacaklardır. Ancak özellikle, failin tamamladığını sandığı suçu saklamak için üçüncü kişilerin ilave davranışlarda bulunması ve suçun üçüncü kişilerce sonradan gerçekleştirilen davranışlar nedeniyle tamamlanması durumunda bir ayırım yapmak gerekecektir. Yukarıda verilen örneğe benzer şekilde, mağduru öldürmek için ateş eden failin, mağdurun öldüğünü düşünerek suçun izlerini yok etmek amacıyla mağduru toprağa gömmesi ve ölümün mağdurun gömülmesi sonucu havasız kalmasından meydana gelmesinde, ikinci davranışa iştirak eden üçüncü kişiler tarafından ayrıca değerlendirilmelidir. Burada iştirakçinin mağdurun gerçekten ölüp ölmediğini bilmesi önemlidir. Mağdurun ölmediğini bilmesine rağmen bunu faile söyleyerek onun toprağa gömülmesine yardım eden kişi suça kasten iştirak etmiş olduğundan doğrudan kasten öldürmekten sorumlu tutulacaktır. Ancak eğer mağdurun öldüğünü düşünerek yardım etmişse, taksirle insan öldürmekten dolayı sorumlu tutulacaktır.⁵³⁹

Failin gerçekleştirmek istediği neticenin failin davranışlarından bağımsız olarak üçüncü kişilerin sürece dahil olması sonucu, failin başlangıçta öngördüğünden farklı bir nedensel gelişim süreci içinde üçüncü kişilerin davranışları üzerine veya üçüncü kişilerin failin davranışlarına eklenecek davranışları nedeniyle neticenin gerçekleşmesi durumu failer arasında iştirak iradesinin olmadığı durumlarda da söz konusu olabilecektir. Örneğin, A'nın öldürmek kastıyla B'nin içeceğine zehir koyması ve B'nin zehrin etkisiyle yaralanarak bilincini kaybetmesi, bu sırada A'nın davranışlarından habersiz olan ve yine B'yi öldürmek isteyen C'nin odasında baygın

⁵³⁸ Silvio RANIERI (1949), *Il Concorso di Più Persone in un Reato*, Giuffrè Edizione, Milano, s. 89; Devrim AYDIN 2009, age s. 112.

⁵³⁹ Devrim AYDIN 2009, age s. 207.

halde yatan B'yi bıçaklamak suretiyle öldürmesi durumunda her ne kadar A, B'yi öldürmek istemişse de B'nin ölümü A'nın verdiği zehirden değil C'nin kendisini bıçaklaması nedeniyle gerçekleşmiştir. Burada farklı faillerce neticeyi gerçekleştirmeye yönelik birden fazla davranış bulunmaktadır. Ortaya çıkan netice ilk davranışta bulunan failin iradesinden bağımsız olan ve ilk davranışın failine isnadına engel olan başkaca bir failin hareketinin eseri olup nedensellik bağı ilk davranışta bulunan failin iradesinden farklı gelişmektedir. Burada ceza hukuku açısından durum nedensellik bağında hata konusu kapsamında değerlendirilemeyecektir. Fail A, kasten öldürme suçundan değil kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulacaktır.⁵⁴⁰

Benzer durum, ilk davranışı gerçekleştiren failin iradesinden bağımsız olarak doğa olaylarının etkisiyle neticenin gerçekleşmesinde de söz konusu olacaktır. Örneğin, failin öldürdüğünü zannederek köprü'nün altına bırakıp kaçtığı yaralı mağdurun, aşırı yağmur sebebiyle meydana gelen selin sürüklenmesi sonucu ölmesi ya da meydana gelen depremin etkisiyle köprü'nün yıkılarak enkazın altında kalması sonucu ölmesi durumunda, doğa olayları nedensellik bağıni kesecektir. Doğa olayları sonucunda yeni illi seri ortaya çıkarak sonucu gerçekleştirdiğinden, artık fail teşebbüs hükümlerine göre sorumlu olacaktır.⁵⁴¹

Özet olarak, nedensellik bağında en çok tartışılan ve tereddüt edilen husus failin suçu tamamladığına inanarak mağdura karşı başka davranışlarda bulunması ve gerçekleştirilmek istenen neticenin daha sonraki hareketlere bağıli olarak gerçekleşmesi durumunda failin genel kasta sahip olmasından dolayı tek bir suçun varlığının mı söz konusu olacağı, yoksa her bir davranış bakımından biri kasten diğer taksirle işlenmiş olmak kaydıyla iki ayrı suçun varlığının mı kabul edileceğidir. Yukarıda da açıklandığı üzere, yinelemekte fayda görülmektedir ki burada fail nedensellik bağıinin gelişimine ilişkin hataya düşse de dış dünyada tasavvurunda kast ettiği neticeyi meydana getirmektedir ve nedensellik sürecine ilişkin kastı kaldıran esaslı bir hata bulunmamaktadır. Bu sebeple failin meydana gelen neticeden kasten sorumlu tutulması gerektiği ve Kanunda bu hususta açık düzenleme yapılmamasının bir eksiklik olduğu değerlendirilmektedir.⁵⁴²

⁵⁴⁰ Cem ŞENOL 2018, agm s. 134.

⁵⁴¹ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 439.

⁵⁴² Aynı yönde Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 364; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 439; Cem ŞENOL 2018, agm s. 133.

3.4.2. Suça Etki Eden Sebeplerde Hata

Suçun tüm kurucu unsurlarını barındırmakla birlikte, faili ve mağduru herkes olabilen suçlar suçun temel şeklini oluştururlar. Ancak bir suçun varlığından bahsedebilmek için bulunması zorunlu kurucu unsurlara eklenen ve bunun sonucu olarak suçun daha hafif sayılarak failin cezasının azalmasına veya suçu daha da ağırlaştırarak failin cezasının artırılmasına neden olan olgular da vardır. Bu olgulara suça etki eden sebepler adı verilir.⁵⁴³

5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin ikinci fıkrasında “*Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu doğrultuda failin hataya düşerek fiilen mevcut olan cezanın ağırlaştırılmasını veya hafifletilmesini gerektiren nitelikli veya hafifletici bir unsurun somut olayda bulunmadığını düşünerek suç işlemesi durumunda suça etki eden sebeplerde hata söz konusudur. Suça etki eden sebeplerde hatada da gerçek durum ile failin iradesi arasında bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Burada hata iki şekilde ortaya çıkar. Fail gerçekte var olmayan suça etki eden sebebin var olduğunu düşünebilir ya da gerçekte var olan suça etki eden sebebin olmadığını düşünerek hareket edebilir.⁵⁴⁴

Yukarıda da ifade edildiği üzere, suça etki eden sebepler suçun temel şekline oranla cezayı ağırlaştıran veya hafifleten sebepler olarak ikiye ayrılmaktadır. Her iki duruma ilişkin hata durumu aşağıda ayrı başlıklar altında ele alınacaktır:

3.4.2.1. Ağırlatıcı Sebeplerde Hata

Ağırlatıcı sebepler suçun varlığı için bulunması gereken kurucu unsurlara eklenerek, türedikleri suçun temsil ettiği haksızlığın daha ağır sayılmasını ve bunun sonucu olarak da temel cezanın ağırlaşmasını sağlayan, bunların bulunmaması ise suçun temel şeklinin oluşmasına engel olmayan suçun ikincil nitelikteki maddi unsurlarıdır.⁵⁴⁵

Ağırlatıcı sebepler mağdurun veya failin kimliği, suçun işlendiği yer, suçun zamanı, suçta kullanılan vasıta, suçun konusu, failin saiki, suçun işleniş şekline kaynaklanabilecektir. Sayılan unsurların da eklenmesiyle suç, ondan türetilen nitelikli

⁵⁴³ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 230; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 671.

⁵⁴⁴ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 73; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 436-437.

⁵⁴⁵ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 339; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN ve Caner YENİDÜNYA 2002, age s. 682; Cem ŞENOL 2018, agm s. 138.

ayrı bir hal almaktadır.⁵⁴⁶ Söz konusu olgular netice itibariyle suçun nitelikli halinin maddi unsurlarıdır ve failin bunlar üzerinde hataya düşmesi ceza hukukunda fiili hata konusunun kapsamını teşkil edecektir.

Ağırlatıcı sebeplerde hata da iki şekilde kendisini gösterir. Birinci durumda fail gerçekleşen suçta, suça etki eden ağırlatıcı nedenin bulunduğunu bilmiyor olabilir. Failin ağırlatıcı nedenin varlığını bilmemesi durumunda, ağırlatıcı nedenden sorumlu tutulmaması, eş anlatımla cezasının artırılmaması gerekir. Sonuç itibariyle failin kastettiği sonuç gerçekte ortaya çıkan sonuçtan farklıdır. Failin iradesi suçun ağır şeklini gerçekleştirmek yönünde değildir. Burada işlenen suça ilişkin bir bilmeme veya hata söz konusu olmamakla birlikte, fail ağırlatıcı sebebin varlığı noktasında hataya düşmekte aslında gerçekte ortaya çıkindan farklı olarak suçun temel şeklini işlediğini düşünmektedir. Burada failin ağırlatıcı sebepten sorumlu tutulmamasının gerekçesi kast ile ilgili düzenlemelerin bir sonucu olup failin iradesi lehine hüküm tesis edilmektedir. Dolayısıyla, ceza hukukunda genel kural olarak failin ağırlatıcı sebeplerden sorumlu tutulabilmesi için bu sebeplerin fail tarafından bilinmesi gerekir. Cezayı ağırlatıcı sebeplere ilişkin hata, bu hale yönelik kastı kaldırmaktadır. Başkasını öldürmek isterken hata ile kamu görevlisini öldüren failin durumu buna örnek olarak gösterilebilecektir. Benzer şekilde failin herhangi bir malı çalmak istemesine rağmen hataya düşerek bir afeti önlemek için hazırlanmış malı çalmasında da aynı durum söz konusu olacaktır.⁵⁴⁷

Öğretide bazı yazarlar, ağırlatıcı sebeplerin sadece kullanılan vasıtaya ilişkin olması durumunda, vasıtaya ilişkin hatanın niteliği itibariyle ceza sorumluluğuna etki etmeyeceğini, vasıtaya ilişkin ağırlatıcı sebebin failce bilinmesinin gerekmediğini, vasitanın bilinmemesinden failin yararlanamayacağını ileri sürmektedir. Bu görüşü savunanlara göre, vasıtada hata suçun icrası ile ilgilidir ve esasında ceza hukukunda hata kurumu içerisinde değil suçun tamamlanması için mutlak veya nisbi surette yetersiz vasıtaların seçilmesinden ve kullanılmasından kaynaklanan işlenemez suç kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun dışında kalan vasıtaya ilişkin hata ise esaslı olmamakla birlikte failin ceza sorumluluğuna etki etmeyecektir. Örneğin 5237 sayılı TCK'nin 142'nci maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendi uyarınca *“Haksız yere elde bulundurulan veya taklit ya da diğer bir aletle kilit açmak ... suretiyle ...”* hırsızlık yapılması suçun nitelikli halini oluşturmakla birlikte, ağırlatıcı

⁵⁴⁶ Cem ŞENOL 2018, agm s. 138.

⁵⁴⁷ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 436; Hakan HAKERİ 2019, age 456-457.

sebeptir. Anılan görüş benimsendiği takdirde kilidi açmak için kullandığı kredi kartının ya da tel tokenın suçun nitelikli halinin maddi unsuru kapsamında alet olduğunu bilmemek cezaya etki etmeyecektir. Ancak, TCK'nin 30'uncu maddesinin ikinci fıkrasında kanun koyucu tarafından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin, bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişinin bu hatasından yararlanacağı düzenlenmiştir. Bu minvalde kanaatimizce daha ağır cezayı gerektiren sebepler bakımından TCK'de herhangi bir istisna öngörülmemesine rağmen bu yönde bir ayırım yapılması uygun olmayacaktır. Kanunda belirli bir aracın kullanılması ağırlatıcı sebep sayılmışsa ve fail kullandığı aracın bu gibi araçlardan biri olduğu hususunda hataya düşmüşse bu hatasından yararlanması ve suçun nitelikli şeklinden sorumlu tutulmaması gerekecektir.⁵⁴⁸

Fail ağırlatıcı sebebin varlığını bilmemesi durumunda, ağırlatıcı nedenden sorumlu tutulmayacaktır. Örneğin başkasını öldürmek isterken hata ile babasını öldüren fail hakkında ağırlatıcı sebep uygulanmayacaktır.⁵⁴⁹ Ancak ağırlatıcı sebep veya nitelikli hal suçun kurucu unsuru olmadığı için bu türden hata failin suçun temel şekline ilişkin kastını kaldırmadığından, failin suçun temel şekline yönelik ceza sorumluluğu devam edecektir.⁵⁵⁰

Diğer taraftan eğer neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç söz konusu ise failin hatası önem taşımayacak fail, ağırlatıcı nedenden sorumlu olacaktır. 5237 sayılı TCK'nin 23'üncü maddesi uyarınca failin ortaya çıkan ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmesi gerekecektir.⁵⁵¹ Hemen belirtelim ki ağırlatıcı sebeplerde hataya ilişkin yaptığımız açıklamalar kastın aşılması suretiyle işlenen suçları ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda hata durumunu kapsamayacaktır. Bunlar bakımından mezkûr düzenleme gereğince failin netice bakımından taksirle hareket etmesi yeterli olacağından, söz konusu durumlar bakımından kastın varlığını araştırmak gereksiz olacaktır.⁵⁵²

Ağırlatıcı sebepte hataya ilişkin ikinci durum ise gerçekleşen olayda ağırlatıcı sebep bulunmamasına rağmen failin böyle bir nedenin var olduğunu düşünerek hareket

⁵⁴⁸ Cemil Halit BENGÜ (1948), *Ceza Hukukunda Hata*, Sakarya Basımevi, Ankara, s. 68; Aynı yönde Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 348; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN ve Caner YENİDÜNYA 2002, age s. 682.

⁵⁴⁹ Hakan HAKERİ 2019, age s. 456.

⁵⁵⁰ Ayhan ÖNDER 1989, age s. 328; Cem ŞENOL 2018, agm s. 139.

⁵⁵¹ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 436; Hakan HAKERİ 2019, age s. 456.

⁵⁵² Doğan SOYASLAN 2020, age s. 474; Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 117.

etmesidir. Örneğin kamu görevlisini öldürdüğünü düşünen failin kamu görevlisi olmayan bir kişiyi öldürmesi durumunda olduğu gibi... Failin gerçekleştirmek istediği, diğer bir ifade ile kastettiği suçta ağırlatıcı sebep bulunduğu halde gerçekleşen suçta ağırlatıcı sebep bulunmamaktadır. Burada konunun mefruz suç kapsamında ele alınması, irade ile gerçek arasında ortaya çıkan farklılığın irade lehine çözümlenmesi kuralının bir istisnası olarak kabul edilmesi gerekmektedir.⁵⁵³

Özetle ağırlatıcı sebeplerde hatada fail, kastettiğinden daha ağır bir netice meydana gelmişse gerçekleşen ağır neticeden değil, kastettiği gerçekleşmeyen neticeden; kastettiğinden daha hafif bir netice meydana gelmişse kastettiği neticeden değil gerçekleşen neticeden sorumlu olacaktır.⁵⁵⁴ Ağırlatıcı sebepler fail veya mağdurun şahsından ya da yukarıda ifade edildiği üzere vasıttan yahut zaman, yer, suçun işleniş şekli gibi fiile ilişkin hususlardan kaynaklanabilecektir.

3.4.2.1.1. Şahsi Ağırlatıcı Sebeplerde Hata

Şahsi ağırlatıcı sebepler, fail ya da suçtan zarar gören mağdurun sıfatından yahut bunların birbirleriyle ilişkilerinden kaynaklanan ve failin suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile sorumlu tutulmasına neden olan sebeplerdir.⁵⁵⁵ Kanunda yer verilen muhtelif suç tiplerinde kanun koyucu, mağdurun yaşını, ruh ve bedenen kendisini savunamayacak durumda olmasını, gebe olmasını, fail ile mağdur arasında bulunan akrabalık ilişkisini, mağdurun mesleğini cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlemiştir.⁵⁵⁶

Şahsi ağırlatıcı sebeplerde nitelikli hata, farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan ilki, failin aslında var olmayan şahsi ağırlatıcı sebebin var olduğunu zannetmesi durumudur. Burada mefruz suç kuralları uygulanacak ve failin iradesi ile gerçek arasındaki aykırılık gerçek lehine çözümlenecektir. Failin cezası, bu gibi ağırlatıcı nedenler sebebiyle artırılmayacaktır. Örneğin, babasını öldürdüğünü

⁵⁵³ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 347; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 436; Hakan HAKERİ 2019, age s. 456.

⁵⁵⁴ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2018, age s. 298.

⁵⁵⁵ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 354; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 474.

⁵⁵⁶ Örneğin 5237 sayılı TCK'de kasten öldürmenin nitelikli hallerini düzenleyen 82'nci maddesinde, kasten öldürme suçunun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan bir kişiye, gebe olduğu bilinen kadına karşı, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi halinde kişinin suçun temel şeklinde düzenlenen müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Yine mağdurun yaşı cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başta olmak üzere bazı suç tiplerinde suçun kurucu unsuru, verilen örnekte olduğu gibi kasten öldürme suç tipinde ise, suçun kasten çocuğa karşı işlenmesi durumunda suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.

düşünen failin aslında bir başka kişiyi öldürmesi durumunda fail, 5237 sayılı TCK'nin 82'nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde düzenlenen kasten öldürmenin “Üstsoy veya altsoydan birine ya da eş, boşandığı eş veya kardeşe karşı işlenmesi” nitelikli halinden ya da komşusunun tarlasında gördüğü sahipsiz bir tırpanı, komşusunun olduğunu düşünerek çalan failin aynı Kanun'un 142'nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde düzenlenen “adet veya tahsis veya kullanımları gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında işlenmesi” nitelikli halinden sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır.⁵⁵⁷

İkinci durumda fail, gerçekleştirmek istemediği cezayı ağırlaştırıcı suçun nitelikli halini fiili hataya düşerek gerçekleştirebilecektir. Diğer bir ifadeyle failin gerçekleştirmek istediği suçta cezayı ağırlaştırıcı sebep bulunmamasına rağmen ortaya çıkan netice itibariyle gerçekleşen suç, suçun nitelikli hali olabilir. Örneğin, husumet yaşadığı arkadaşını öldürmek isterken hata ile babasını öldüren failin, babasını öldürmeye yönelik olarak kastı bulunmadığından, sadece kastettiği suçtan yani kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması lazım gelir.⁵⁵⁸

⁵⁵⁷ Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 1977/1590 E. 1977/2043 K. sayılı 14.06.1977 tarihli kararında “Olay günü sanığın kızı A. 'ya sarkıntılık yaptığı, kızının da durumu annesi Ş. ile babaannesi F. 'ye anlattığı, sanığın bu şekilde yaptıklarının annesi ve karısı tarafından duyulmasına kızarak kızı A. 'ya 'seni vuracağım' diye saldırdığı, bu saldırı karşısında kızı A. 'nin annesi F. 'nin ve karısı Ş. 'nin salondan odaya geçip kapıyı kapattıkları sanığın kapıyı açmalarını söylediği, açılmaması üzerine kontrplak kapıyı kırarak kapıda 65 santim yükseklikten açtığı bir delikten tüfeği ile içeri ateş ederek kızı yerine yanlışlıkla kayden annesi olduğu ileri sürülen F. 'yi yaralayarak öldürdüğü olayın akışını doğrulayan şahadet ve ölü muayene tutanağı münderecatı ve hazırlıkta yapılan tespitlerden anlaşılması olmasına göre sanığın asıl öldürmek istediği kızı A. 'dır. Fakat A. 'yi vuramamıştır. Asıl hedeften ancak hafifletici sebep sanığa sirayet edeceği ağırlatıcı sebebin ise sirayet edemeyeceği 52. maddenin yazılış biçiminden açıkça anlaşıldığı gibi yanlışlıkla suça hedef olanın sıfatından doğan ağırlatıcı sebebin sirayet edemeyeceği de aynı maddenin birinci fıkrası sarahatı icabından bulunmasına rağmen sanığın öldürülme istenen yerine yanlışlıkla suça hedef olan maktulenin sıfatından doğan ağırlatıcı sebebin sirayetinden bahisle” kasten öldürme yerine nitelikli kasten öldürmeden hüküm tesis edilmesi bozma nedeni olarak görülmüştür. Konu hakkında benzer şekilde, çalınan malın halkın yararlanmasına sunulmuş veya bir afet ya da genel bir felaketin meydana getireceği zararları önlemek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanmış eşya olduğunu bilmemek, diğer bir kimseyi öldürdüğü zan ve inancıyla hareket etmekle birlikte, usul veya fürunu öldürmek ya da milletvekili olduğunu bilmediği bir kimseyi öldürmek durumu da örnek olarak gösterilebilecektir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://lib.kazanci.com.tr>, ET. 10.06.2021.

⁵⁵⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2013/664 E. 2013/622 K. sayılı 24.12.2013 tarihli kararında “...Karısını kaçırarak Kamuran'ı tasarlayarak öldürmeye karar veren sanığın hata ile Kamuran olduğunu zannederek kardeşi Cihat'ı öldürmesi sabit olup, sanık öldürme suçunun nitelikli unsurunun gerçekleştiği konusunda hataya düştüğünden ve bu hatanın kaçınılmaz olması şartı aranmadığından sanığın hatasından yararlanması gerekmektedir. Bu haliyle, sanığın kasten öldürme suçunun basit haliyle cezalandırılmasına karar veren yerel mahkeme hükmü isabetlidir...” şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Benzer şekilde Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 2011/8640 E. 2013/1694 K. sayılı 21.02.2013 tarihli kararında “Kayden 15.09.1992 doğumlu olup, 5 yıl sonra nüfusa tescil edilen, suç tarihinde 14 yaş 8 aylık olan mağdurenin sanık ile arkadaşlık kurdukları, sonra anlaşarak birlikte kaçtıkları ve bir müddet birlikte kaldıkları, bu süre zarfında rıza ile ilişkiye de girdikleri, ailelerin araya girmesi ile geri geldikleri, halen evli ve müşterek çocuk sahibi olan sanık ve mağdurenin 03.12.2010 tarihinde de resmi olarak evlendikleri anlaşılan olayda, sanık savunmasında mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu

Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 2019/8104 E. 2020/4096 K. sayılı 10.02.2020 tarihli kararında da:

“Yargılamaya konu somut olayda; sanık hakkında Adana Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2014/40358 Sayılı evrakı üzerinden yürütülen soruşturma kapsamında, sanığa ulaşılamaması üzerine UYAP SMS üzerinden kullanmakta olduğu ... numaralı cep telefonuna ifadesine başvurulmak üzere Adana Cumhuriyet Başsavcılığına müracaat etmesi, Adana ili dışındaysa Cumhuriyet Savcısına belirtilen cep telefonu hattına adresi konusunda mesajla bilgi vermesi, aksi halde hakkında yakalama ya da zorla getirme emri talep edileceğinin ihtar edilmesi üzerine, sanık tarafından katılana cep telefonunu arayarak ve mesaj atarak, hakaret ettiği iddiasıyla açılan davada, sanığın, bu mesajı adliye personeline gösterdiğini, kendisine böyle bir sistem olmadığını söylediklerini, mesaj gönderen kişinin dolandırıcı olduğunu düşündüğünü, daha sonra telefon görüşmeleri sırasında kendisinin TC numarasını yanlış bildirdiği halde kendisine ekrandan görüyorum dediğini, bu nedenle şahsın kendisini kandırıldığını düşündüğünü, özür dilediği ve suç işleme kastının bulunmadığı” şeklindeki savunması karşısında, failin kamu görevlisi olduğunu bilmediği şahsa karşı gerçekleştirmiş olduğu hakaret eyleminde kastın suçun temel şekline yönelik olduğu...” ifade edilmiştir.⁵⁵⁹

Diğer bir durum ise failin gerçekleştirmek istediği suçta şahsi ağırlatıcı sebep bulunmasına rağmen, hata ile suçun temel şeklini gerçekleştirmesi durumudur. Örneğin, fail husumet yaşadığı babasını öldürmek isterken hata ile arkadaşını öldürmüş olabilir. Fail burada kasten öldürme suçunun temel şeklinden sorumlu tutulacaktır.⁵⁶⁰

Son durumda ise failin gerçekleştirmek istediği suç ile gerçekleşen suçta şahsi ağırlatıcı sebep bulunmasına rağmen, şahısta hata nedeniyle failin suçun nitelikli halini

bilmediğini, 15 yaşından büyük görüldüğünü beyan etmesi, mağdurenin de gerçek yaşının 17 olduğunu, gerçek yaşından küçük yazıldığını ifade etmesi, adli tıp raporlarında bazen kemik yaşının kayıt yaşından hormon, genetik ve beslenme gibi nedenlerle büyük gösterebildiğinden gerçek yaşın adli soruşturma ile ortaya çıkarılmasının daha uygun olacağını bildirilmesi, mağdurenin tescilinin doğum tarihinden 5 yıl sonra olması, kimi zaman 15 yaşını bitirmeye aylar kalan bir kişi ile bitirmesi henüz aylar geçmiş olan kişiyi ayırt etmenin zorluğu birlikte düşünüldüğünde, TCK'nın 30. maddesi hükümleri yönünden hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için, mağdurenin görünüm itibarıyla 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılup anlaşılamayacağı, içinde buldukları sosyal ve kültürel durumları da dikkate alınarak sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak ve mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemine de tespit ederek, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması...” bozma sebebi olarak gösterilmiş ve sanığın mağdurenin yaşı hususundaki hatasının çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan sorumlu tutulmasının önüne geçecek şekilde hüküm tesis edilmiştir. Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargıtay, ET. 11.03.2020; Cem ŞENOL 2018, agm s. 140.>

⁵⁵⁹ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://lib.kazanci.com.tr, ET. 08.06.2021.>

⁵⁶⁰ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 437.

kastettiğinden bir başka mağdur üzerinde icra etmesi söz konusu olabilecektir. Örneğin, A'nın ikiz kızlarından olan B'yi öldürmek isterken, hata ile diğer kızı C'yi öldürmesi veya annesini öldürmek isterken babasını öldürmesi durumunda olduğu gibi... Burada hem gerçekleştirilmek istenen suçta hem de fiilen gerçekleşen suçta şahsi ağırlatıcı sebep bulunmaktadır.⁵⁶¹

Bu duruma ilişkin olarak öğretide iki farklı görüş ortaya atılmıştır. Birinci görüşe göre, fail hataya düşmüş olsa bile hem kastedilen hem de gerçekleşen suçta aynı nitelikli halin bulunması nedeniyle, cezayı ağırlaştırıcı söz konusu şahsi ağırlatıcı sebebin faile uygulanması gerekmektedir.⁵⁶² Bizim de katıldığımız ağırlıklı olarak savunulan ikinci görüşe göre ise benzer durumlarda faile ağırlatıcı sebebin yüklenmesi mümkün olmayacaktır. Hareketin yöneldiği mağdurun şahsına ilişkin nitelikli maddi unsur açısından, istenmiş ancak gerçekleşmemiş bir ağırlatıcı sebep bulunmaktadır. Bu durumda faile gerçekleştirmek istediği fiildeki ağırlatıcı sebep gerçekleşmediği, gerçekleştirdiği fiildeki ağırlatıcı sebebe yönelik olarak kastı bulunmaması nedeniyle suçun temel şeklinden dolayı ceza verilmesi uygun olacaktır. Diğer bir anlatımla, failin gerçekleşmeyen düşüncesinden dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir. Kanaatimizce 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen nitelikli hallerle ilişkin hata halinde mağdurun şahsına ilişkin nitelikli haller bakımından herhangi bir ayırım bulunmamaktadır. Burada önem arz eden failin bu sebepler üzerinde hata etmesidir. Dolayısıyla failin nitelikli insan öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulmaması gerekmektedir.⁵⁶³

Burada ele alınması gereken bir diğer husus ise hata ve hedefte sapma halinin birbirleriyle karıştırılmaması gerekliliğidir. Hedefte sapma, gerçekleştirilen eylemin gerçekleştirilmek istenen suç konusu üzerinde değil de failin yetersizliği veya yeteneğini gereği gibi kullanamaması ya da sair bir sebepten ötürü meydana gelen sapma sonucunda başka bir konu üzerinde gerçekleşmesi anlamına gelmektedir. Hedefte sapma halinde failin hatası söz konusu değildir. Kastedilen neticeden başka bir neticenin gerçekleşmesi hatadan ileri gelebileceği gibi sapmadan da ileri

⁵⁶¹ Adem PALUT (2019), *Kasten Adam Öldürme Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 226.

⁵⁶² Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 355; Cem ŞENOL 2018, agm s. 140.

⁵⁶³ Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 1997/1590 E. 1997/2043 K. sayılı 14.06.1997 tarihli kararında da "... Kızı yerine yanlışlıkla annesini öldüren sanığa nitelikli adam öldürme hükmü uygulanamaz..." denilerek kanaatimiz doğrultusunda bir uygulamanın benimsendiği görülmektedir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://lib.kazanci.com.tr>, ET. 08.06.2021; Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2018, age s. 445; Hakan HAKERİ 2019, age s. 457; Cem ŞENOL 2018, agm s. 140; Adem PALUT 2019, age s. 226; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 355.

gelebilecektir. Hata ile sapma arasında psikolojik olarak fark bulunmaktadır. Hata, kastın oluş aşamasında etkisini gösterirken, kastın yanlış bir şekilde sonuç doğurmasına neden olur. Sapma ise kastın oluşmasından sonra meydana gelir. Diğer bir anlatımla sapmada, failin kasten hareket ettiği bir olaya hatası olmaksızın kasıtlı davranışından sonra etki eden sair sebeple neticenin başka bir şekilde gerçekleşmesi durumu söz konusudur. Dolayısıyla hedefte sapmada failin iradesinde bir değişiklik olmamakta sapma etkisini failin davranışı üzerinde göstermektedir. Hareket yön değiştirmekte ve neticesini istenilen konu üzerinde değil, başka bir konu üzerinde ya da istenilen konu yanında ayrıca istenilmeyen konu veya konular üzerinde gerçekleşmektedir. Hatada ise failin bilgisizliği ya da yanlış bilgisi söz konusu olup failin tasavvur ettiği durum ile gerçek arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. 765 sayılı TCK'de hedefte sapma ve şahısta hata hali 52'nci maddede *“Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kastettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa...”* hükmü ile birlikte düzenlenmişken, 5237 sayılı TCK'de kanun koyucu sapmayı hata müessesesi içerisinde ele almamıştır. Aşağıda *“sapma”* konusu detaylıca ele alınacaktır.⁵⁶⁴

Şahsi ağırlatıcı sebeplerde hata fiili hata olarak kabul edilmekte ve bu bakımdan kasıtlı veya taksirle işlenen suçlar bakımından fark gözetilmeksizin, failin ceza sorumluluğuna etki ettiği kabul olunmaktadır. Ağırlatıcı sebeplerde hata cezanın artırılmasına engel olacaktır. Bunun sebebini suçun manevi unsuru konusu kapsamında ele almak gerekecektir. Fail gerçekte suçun mağduruna karşı bir suç işlemek istemediği için mağdurun şahsından doğan ağırlatıcı sebeplerin meydana gelmesini de istememektedir. Diğer bir anlatımla failin kastı söz konusu ağırlatıcı sebepleri kapsamamaktadır. Bu sebeple şahsi ağırlatıcı sebeplerin faile yüklenmesi mümkün olmayacaktır. Hata, mahiyeti itibarıyla ağırlatıcı sebebin faile uygulanması için gereken subjektif unsuru yani kastı ortadan kaldıracaktır.⁵⁶⁵

⁵⁶⁴ age s. 349; Adem PALUT 2019, age s. 227.

⁵⁶⁵ Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 2018/5140 E. 2018/6459 K. sayılı 06.11.2018 tarihli kararında *“... Sanığın aşamalarda suç tarihinde 17 yaş 9 ay 10 günlük olan mağdure ...nin yaşının küçük olduğunu bilmediğine yönelik savunması ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın mağdure ...nin 18 yaşından küçük olacağını bilmesinin mümkün olmadığı nazara alınıp TCK'nun 30. maddesi hükümleri de dikkate alındığında, sanık hakkında tüm mağdurelere yönelik eylemlerinin bütün halinde TCK'nun 105/1-1, 43/2, 43/1 kapsamında nitelendirilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi suretiyle fazla ceza tayini...”* bozma sebebi olarak değerlendirilmiştir. Benzer şekilde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2017/1-283 E. 2018/310 K. sayılı 26.06.2018 tarihli kararında *“...Tüm bu veriler ışığında tekrar değerlendirme yapıldığında; sanık ... her ne kadar suç tarihi itibarıyla 18 yaşından küçük mağdur ...'ı silah ile yaralamış ise de, keşif ve bilirkişi raporu göz önüne alındığında, sanık TCK'nun 30/2. maddesi uyarınca kasten öldürme suçunun nitelikli hâli hususunda hataya düşmüştür.*

3.4.2.1.2. Fiili Ağırлатıcı Sebeplerde Hata

Fiili ağırlatıcı sebepler, yukarıda izah edildiğinin aksine suçun failinin ya da suçtan gerçekte zarar gören şahsın sıfatından kaynaklanmayan, suçun maddiyetine ilişkin bulunan, cezayı suçun temel şekline göre ağırlaştırılan nedenlerdir. Bu tür nedenler, suçun işleniş şeklinden, suçun işlendiği vasıta, suçun işlendiği zaman, yer gibi fiilin işlenişine ilişkin hususlardan kaynaklanmaktadır.⁵⁶⁶

Kanun herkesi eşit şekilde korumaktadır. Dolayısıyla, mağdurun şahsı ile ilgisi bulunmayan, suçun maddiyetine ilişkin ağırlatıcı sebeplerde mağdurun değişmesinin bir önemi olmayacaktır. Fail bu tür ağırlatıcı sebeplerin varlığını bilmekte ve bunu istemektedir. Örneğin, A'ya eziyet çektirmek isterken, hata ile B'ye eziyet çektirerek öldüren fail, 5237 sayılı TCK'nin 82'nci maddesi uyarınca eziyet çektirerek öldürmek ağırlatıcı sebebi mağdurun sıfatından doğan bir sebep olmadığı için ve A veya B'nin eziyet çektirerek öldürülmesinde bir fark bulunmadığı için ağırlatıcı sebepten sorumlu olacaktır.⁵⁶⁷ Benzer şekilde daha önce verilen bir örnekte de belirtildiği üzere, 5237 sayılı TCK'nin 142'nci maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendi uyarınca hırsızlık suçunun "*Haksız yere elde bulundurulmuş veya taklit ya da diğer bir aletle kilit açmak ... suretiyle ...*" işlenmesi suçun nitelikli halini oluşturmakla birlikte, hırsızlık yapmak kastıyla maymuncukla A'nın evine gireceği yerde, A'nın komşusu B'nin evine giren ve kıymetli eşyalarını çalan fail, her ne kadar hataya düşmüş olsa dahi suçun nitelikli halinden sorumlu olacaktır.⁵⁶⁸

Bu itibarla, fiili ağırlatıcı sebeplerin, failin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde dikkate alınabilmesi, bunların fail tarafından bilinmelerine bağlı bulunmaktadır. Dolayısıyla konunun, kasta ilişkin sorumluluk kapsamında ele alınması gerekmektedir. Fiile bağlı ağırlatıcı sebepler, sadece bunu bilen fail bakımından hüküm ifade edecektir. Somut olayda failin bilmediği bir ağırlatıcı sebebin bulunması halinde, bu sebepten dolayı failin cezası artırılmayacaktır.⁵⁶⁹ Ancak failin hataya düşmesi nedeniyle bu sebeplerin olmadığına inanması ve bu hatasında

Sanığın samimi beyanında, bir kişiyi gördüğünü, kendisine seslendiğini, o kişinin kaçmaya başlaması üzerine ateş ettiğini belirttiği, ancak sanığın gece vakti vurduğu mağdurun çocuk olup olmadığını bilemeyeceği, bu sebeple kasten öldürme suçunun nitelikli hâlimden değil, TCK'nun 30/2. maddesinde düzenlenen hata hükümleri uyarınca kasten öldürme suçunun temel şeklinden cezalandırılması gerektiği" belirtilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://lib.kazanci.com.tr>, ET. 08.06.2021; Cemil Halit BENGÜ 1948, age s. 68; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 356.

⁵⁶⁶ age s. 354.

⁵⁶⁷ age s. 354; Mustafa ÖZEN 2019, age s. 515.

⁵⁶⁸ Cengiz APAYDIN 2018, age s. 135-136.

⁵⁶⁹ Hakan HAKERİ 2019, age s. 456.

taksir derecesinde kusuru olması halinde ise ağırlatıcı sebep faile yine yüklenecektir.⁵⁷⁰

Örneğin, 5237 sayılı TCK'nin 86'ncı maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendi uyarınca kasten yaralama suçunun silahla işlenmesinden kaynaklanan ağırlatıcı sebebin faile uygulanabilmesi için silahın varlığının fail tarafından bilinmesi gerekir. Kullanılan şeyin silah olduğunun bilinmemesi, suçun maddi unsuruna ilişkin hata kapsamında değerlendirilerek failin kastını kaldıracaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, burada nitelikli halin fail bakımından uygulanabilmesi için kullanılan şeyin maddi anlam bilgisine vakıf olunmasının yeterli olduğudur. Kullanılan şeyin 5237 sayılı TCK'nin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi gereğince silah sayılıp sayılmadığının fail tarafından bilinmesi gerekmecektir. Kullanılan şeyin maddiyatından farklı olarak hukuki niteliği ve normatif tanımına ilişkin bilgi, suçun maddi unsuru kapsamında değil, hukuki hata konusu kapsamında değerlendirilecektir. Dolayısıyla, suçun maddi unsurunda hatanın sınırını, suçun normatif unsurlarına ilişkin hukuki değerlendirme hatası değil, suçun maddi unsurlarına ilişkin hata oluşturacaktır.⁵⁷¹

Diğer taraftan, failin aslında somut olayda bulunmayan ağırlatıcı sebebin varlığı hususunda hataya düşerek, suç teşkil eden fiili gerçekleştirmesi halinde bu durum, failin lehine de aleyhine de sonuç doğurmayacaktır. Burada failin kastı suçun nitelikli halini gerçekleştirmeye yönelik olsa da gerçekleşen suçta nitelikli hal bulunmamaktadır. Daha önce benzer durumlarda yapılan açıklamalar çerçevesinde bu durumda da mefruz suç kuralları uygulanacak ve failin iradesi ile gerçek arasındaki aykırılık gerçek durum lehine çözümlenecektir.⁵⁷²

Fiili ağırlatıcı sebepler kapsamında tartışılması gereken bir diğer ağırlatıcı neden ise tasarlama veya bir suçun töre saiki ile işlenmesi durumudur. Fiili ağırlatıcı sebepler konusunda öğretide ağırlıklı olarak görüş birliği olsa da tasarlama ve töre saiki gibi ağırlatıcı sebepler konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK'de tasarlamanın tanımı yapılmamıştır. Tasarlama, suç kararı alındıktan sonra suça ilişkin bir plan yapılması, vasıtaların hazırlanması, detaylıca düşünülerek harekete geçilmesi anlamına gelen kastın en ağır şekli olarak tanımlanabilecek olan,

⁵⁷⁰ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 473.

⁵⁷¹ Cem ŞENOL 2018, agm s. 141.

⁵⁷² Doğan SOYASLAN 2020, age s. 474; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 263.

kasten öldürme suçunun nitelikli halidir.⁵⁷³ Öğretide bazı yazarlar tasarlamamın mağdurun şahsından kaynaklanan bir ağırlatıcı neden olduğunu ileri sürerken⁵⁷⁴, bazı yazarlar konunun mağdurun şahsıyla bir ilgisi bulunmadığını fiili bir ağırlatıcı neden olduğunu ileri sürmüşlerdir.⁵⁷⁵

Tasarlamamın mağdurun sıfatından doğan bir ağırlatıcı sebep olduğunu ileri sürenlere göre, faili gerçekleşen neticeden sorumlu tutmak ve mağduru öldürmek bakımından failde tasarlama bulunmadığı için ağırlatıcı sebebi faile yüklememek gerekmektedir. Buna göre, A'yı tasarlayarak öldürmek isteyip de hata nedeniyle B'yi öldüren kimse, tasarlayarak öldürmeden değil kasten öldürme suçunun temel şeklinden dolayı cezalandırılmalıdır. Hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu görüş Yargıtay tarafından da benimsenmiştir.⁵⁷⁶ Tasarlamayı fiili bir ağırlatıcı neden olarak

⁵⁷³ Erdal YERDELEN ve Mehmet Beyhan SEÇKİN (2016), "Tasarlayarak Öldürme Suçunda Özel Durumlar ve Yargıtay Yorumu", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.:11, S.:32, Seçkin Yayıncılık, s. 37.

⁵⁷⁴ Cemil Halit BENGÜ 1948, age s. 91; Faruk EREM 1958, age s. 418; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 357; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 475.

⁵⁷⁵ Tasarlamamın hukuki esasını açıklamak üzere öğretide muhtelif görüşler ileri sürülmüştür. Tasarlamamın kabulü için suç işleme kararı ile netice arasında belirli bir zaman aralığının bulunmasını öngören devamlılık teorisi, failin soğukkanlılıkla hareket etmesi gerektiğini öngören soğukkanlılık teorisi, failin suç işleme kararını vermesi ile harekete geçmesi arasında geçen sürede suçu nasıl işleyeceğine dair plan yapmasını öngören plan kurma teorisiyahut failin suç işleme kararından sonra icra hareketlerine başlayacağı zamana kadar durup düşünmesini, hesaplamasını arayan teemmül teorisi bu kapsamda öne sürülen görüşler olmuştur. Tasarlama bakımından plan kurma teorisi Kabul edildiğinde, tasarlamamın fiile ilişkin özellikleri, şahsa ilişkin özelliklerine nazaran öne çıkmakta ve fiili bir ağırlatıcı neden olduğu kabul edilmektedir. Tasarlama yalnızca failin zihni faaliyetine ilişkin kişisel bir özellik değildir. Fiilin işleme biçimini de kapsamaktadır. Tasarlama hazırlık ve plan yapma süreci kendisini gösterir. Şahin Meral EKİCİ (2015), "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.:64, S.:3, s. 658-659; Coşkun KOÇ (2020), "Ceza Hukuku Bağlamında Tasarlamamın Niteliği Sorunu", *İzmir Barosu Dergisi*, C.:85, S.: 1, s. 185; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 384; Erdal YERDELEN ve Mehmet Beyhan SEÇKİN 2016, agm s. 37 vd.

⁵⁷⁶ Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 2013/2229 E. 2013/5446 K. sayılı 02.10.2013 tarihli kararında kişinin planladığından farklı bir kişiyi öldürdüğü olayda, tasarlama ile ilgili nitelikli halin faile uygulanamayacağına hükümlenmiştir. Benzer şekilde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2013/530 E. 2014/1 K. sayılı 14.01.2014 tarihli kararında "Akrabalarını öldüren Kemal isimli kişinin ailesinden birisini öldürdüklerini zannederek hata sonucu arkadaşı olan Ö.C.'u kan gütmeye saiki ile öldüren sanıklar E. ve A. ile sanıkları bu suça azmettiren sanık R. kastettiklerinin dışında bir kişiyi hata sonucu öldürmüş olmalarından dolayı, 5237 sayılı TCK'nun hata hükümlerinden yararlanmaları ve kasten öldürme suçunun nitelikli halinden değil, temel şeklinden sorumlu olmaları gerekmektedir. Bu itibarla, somut olayda tasarlamamın şartlarının bulunmadığı ve kan gütmeye saikiyle eylemi gerçekleştiren sanıkların kastettikleri kişi dışında bir başka kişiyi öldürmüş olmalarından dolayı hata hükümlerinden yararlanarak, kasten öldürmenin nitelikli halinden değil de, temel şeklinden sorumlu olmaları gerektiğinden bahisle yerel mahkeme hükmünün bozulmasına ilişkin Özel Daire kararı yerinde olup, itirazın reddine karar verilmelidir." denilmiş, genel kurulda on beş üye kan gütmeye saiki ile kastettiklerinin dışında bir başka kişiyi öldüren sanıkların hata hükümlerinden yararlanamayacağı, dolayısıyla kasten öldürme suçunun nitelikli halinden sorumlu olmaları gerektiği düşüncesiyle karşı oy kullanmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2013/664 E. 2013/ 622 K. sayılı 24.12.2013 tarihli kararında da "...Cezayı artıran nitelikli halin kişiye değil de fiile ilişkin olduğu durumlarda, bu nitelikli hal sanığa uygulanmalı, sanık suçun nitelikli hali ile cezalandırılmalıdır. Başka bir deyişle kişiye bağlı nitelikli hallerde sanık hatasından yararlanabilmeli ve eylemin basit halinden cezalandırılmalı, fiile bağlı nitelikli hallerde ise hata halinde dahi sanık nitelikli halden cezalandırılmalıdır. Örneğin, üçüncü

değerlendirenler ise tasarlamayı, suç işlenmesine yönelik kastın ileri bir derecesi olup, suç işleme iradesini pekiştiren, yoğunlaştıran bir neden olarak tanımlamaktadır.⁵⁷⁷

Burada tasarlama ya da kan gütme yahut töre saiki ağırlatıcı sebeplerinin mağdurun şahsı ya da sıfatı ile ilgisinin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir. Kanaatimizce tasarlama kasten öldürme suçunu işleyen kişiyi bu suçu işlemeye sevk eden neden doğrudan mağdurla ilgilidir. Fail kasten öldürmek istediği kişiyi hedef olarak savunmasız bırakmak, bu kişiye karşı suç işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla plan yapmakta, suç vasıtalarını hazırlamaktadır. Dolayısıyla tasarlamanın mağdurun şahsından bağımsız düşünülemediği değerlendirilmektedir.⁵⁷⁸

Burada ele alınması gereken asıl önemli husus ise tasarlayarak kasten öldürme suçu işlemek isteyen failin hata sebebiyle suçu başka bir mağdur üzerinde gerçekleştirmesi halinde cezai sorumluluğunun ne şekilde belirlenmesi gerektiğidir. Yukarıda yer verilen kararlardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay, öldürülmek istenen kişinin yerine hataya düşerek bir başkasının öldürülmesi halinde konuyu 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında ele almaktadır. Kanaatimizce de bu durumda fail hatasından yararlanacak ve fail kasten öldürme suçunun nitelikli halinden değil temel şeklinden sorumlu olacaktır.⁵⁷⁹ Kan gütme saikinde de aynı sonuca varmamak yerinde bir yaklaşım olmayacaktır.

3.4.2.2. Hafifletici Sebeplerde Hata

Yukarıda suça etki eden sebep dolayısıyla cezayı ya da cezanın niteliğini ağırlaştırıcı sebeplerde hata bahsi ele alınmıştır. Hafifletici sebepler ise suça etki eden sebep dolayısıyla cezanın azaltılması veya cezanın niteliğini hafifleten sebeplerdir.

bir kişiyi öldürmek isteyen sanığın hata ile üçüncü kişi yerine babasını öldürmesi durumunda, üstsoyu öldürme kişiye bağlı nitelikli hal olduğu için sanık hatasından yararlanacak ve öldürme suçunun basit haliyle cezalandırılması gerekecek, fakat, bir kişiyi yakarak öldürmeyi planlayan sanığın hata ile bir başkasını yakarak öldürmesi durumunda, yakarak öldürme fiile ilişkin bir nitelikli hal olduğu için, burada hata ile kastettiğinden bir başkasını da öldürse sanığın nitelikli halden cezalandırılması gerekecektir. Tasarlama nitelikli hali bir yönüyle fiile ilişkin bir nitelikli hal ise de, öldürülmek istenen şahsın kişiliği de tasarlama ön plana çıktığı için tasarlama nitelikli halinin kişiye ilişkin bir yönünün de olduğu, bu nedenle öldürmeyi kastettiği kişiyle ilgili bir takım planlar yapıp, kastettiği kişide hata yaparak başka birini öldüren sanığın eyleminde tasarlamanın şartları oluşsa bile, suçun basit haliyle cezalandırılması gerekmektedir. Nitekim 13.11.1936 gün ve 14-32 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır..." denilmiştir. Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargıtay>, ET. 25.04.2020; Faruk EREM 1958, age s. 418.

⁵⁷⁷ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 359.

⁵⁷⁸ Cemil Halit BENGÜ 1948, age s. 91; Faruk EREM 1958, age s. 418; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 357; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 475; Erdal YERDELEN ve Mehmet Beyhan SEÇKİN 2016, agm s. 53.

⁵⁷⁹ Erdal YERDELEN ve Mehmet Beyhan SEÇKİN 2016, agm s. 52.

Cezayı hafifleten sebepler de fail ya da mağdurun şahsından ya da fiile ilişkin özelliklerden kaynaklanan ve suçun haksızlık içeriğini temel haline göre azalttığı kabul edilen nedenlerdir. Örneğin hırsızlıkta çalınan malın değerinin azlığı 5237 sayılı TCK'nin 145'inci maddesi uyarınca hırsızlık suçu bakımından hafifletici bir sebeptir.⁵⁸⁰

Cezayı hafifleten sebeplerde hata iki şekilde ortaya çıkabilir. İlk olarak cezayı hafifleten sebep kastedilen suçta bulunmasına rağmen, gerçekleşen suçta herhangi bir hafifletici sebep bulunmayabilir. 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin ikinci fıkrası "*Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*" düzenlemesini havi bulunmaktadır. Buna göre, kastedilen suçta bulunup da gerçekleşen suçta bulunmayan hafifletici sebepler, gerçekleşen suçta da varmış gibi kabul olunacak ve failin cezası söz konusu sebebe dayanılarak indirilecektir.⁵⁸¹ Konu failin iradesi lehine çözümlenerek, sübjektif unsur üstün tutulmakta ve kastedilen suç işlenmiş kabul edilmektedir.⁵⁸²

Örneğin, sahte olduğunu düşünerek ünlü ve pahalı bir markaya ait saati çalan fail, 5237 sayılı TCK'nin 145'inci maddesinde düzenlenen çalınan "*malın değerinin azlığı*" hafifletici sebebinden yararlanacak ve cezasında indirim yapılacaktır. Benzer bir örnekle, Kanun'un 144'üncü maddesinde hırsızlık suçunun bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla gerçekleştirilmesi fail bakımından daha az cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmiştir. Buna göre, kendisine borcu bulunan B'nin koyununu çalmak isterken, hata ile o esnada B'nin koyunları ile otlayan C'nin koyununu çalan fail, bu hatasından yararlanacak ve Kanun'un 144'üncü maddesinde düzenlenen hafifletici sebep kendisi lehine uygulanacaktır. Benzer şekilde, kumar borcunun hukuki bir ilişkiye dayanan bir borç olduğunu zannederek kumar alacağını tahsil amacıyla hırsızlık yapan fail de hatasından yararlanabilecektir.⁵⁸³

Nitekim, Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 2010/8176 E. 2012/34575 K. sayılı 16.10.2012 tarihli kararında:

"Sanığın, olay tarihinde oğlu Ahmet'in dövüldüğünün kendisine söylenmesi üzerine hemen olay yerine gittiği ve burada oğlunu döven kişilerden birisi olduğunu zannettiği müşteki Hüseyin'le kavga etmeye başladığı, sanığın olay yerine gelen ve Hüseyin'le

⁵⁸⁰ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 473; Cem ŞENOL 2018, agm s. 141.

⁵⁸¹ Hakan HAKERİ 2019, age s. 456; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 359.

⁵⁸² Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 75.

⁵⁸³ age s. 75; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 436.

aralarındaki kavgaya müdahale eden müşteki Zekayi'yi de yaraladığı anlaşılmasına göre, müştekilerin tahrik teşkil edebilecek haksız bir fiilleri olmadığı halde sanığın bu hususta yanılarak 5237 sayılı TCK'nın 30/3. maddesi kapsamında kaçınılmaz bir hataya düştüğü ve mefruz tahrik nedeniyle indirim yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde sanık hakkında tahrik hükümlerinin uygulanmaması...” bozma sebebi olarak kabul edilmiştir.⁵⁸⁴

İkinci durum ise failin kastettiği suçta hafifletici sebep bulunmamasına rağmen, gerçekleşen suçta hafifletici sebep bulunabilir. Örneğin, gümüş vazo çalmak isterken hatası sonucu bakır vazo çalan fail, gümüş vazo çalmaktan değil bakır vazo çalmaktan dolayı sorumlu olacaktır. Benzer şekilde, annesini öldürmek isterken hata ile babasını öldüren fail, 5237 sayılı TCK'nin 82'nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi gereğince kasten öldürmenin nitelikli halinden sorumlu olmayacaktır. Bu durumda fail, kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu olacaktır. Çünkü kastı annesini öldürmek olsa da annesini öldürememiştir ve babasını da öldürmeye yönelik kastı bulunmamaktadır. Dolayısıyla fail, hatasından yararlanacak ve sadece kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu olacaktır.⁵⁸⁵

Söz konusu örneklerde de belirtildiği üzere, salt failin suçun nitelikli halini gerçekleştirmeye yönelik kastı, söz konusu nitelikli hal gerçekleşmemişse bunun faile yüklenmesi sonucunu doğurmayacaktır. Çünkü failin tasavvuru ile gerçek arasında bir uyumsuzluk vardır ve failin objektif olarak gerçekleşen duruma göre cezalandırılması gerekir.⁵⁸⁶

Suçun nitelikli hallerinde hata 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Düzenlemenin 765 sayılı TCK ile arasında dikkat çeken ilk farkı mülga Kanun'un aksine 5237 sayılı TCK'de şahısta hata haline ilişkin müstakil düzenlemeye yer verilmemesidir. Bu doğrultuda şahısta hata halinin, nitelikli hallerde veya suçun konusunda hata hükümlerine göre çözüme kavuşturulması gerekecektir. Her iki kanun arasında ikinci ayırım failin nitelikli hallere ilişkin hatasından yararlanacağına belirtilmesiyle yetinilmesidir. Kanun koyucunun bu tercihinin, cezayı hafifleten nitelikli hallerin o halin varlığını bilmeyen fail hakkında da uygulanması olduğu değerlendirilmektedir. Düzenlemenin, failin kastettiğinden daha ağır bir sonuç meydana gelmişse failin gerçekleşen daha ağır sonuçtan değil kastettiği

⁵⁸⁴ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://lib.kazanci.com.tr>, ET. 10.06.2021.

⁵⁸⁵ Zeki HAFIZOĞULLARI 2008, age s. 302.

⁵⁸⁶ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 263.

gerçekleşmeyen sonuçtan; kastettiğinden daha hafif bir sonuç meydana gelmişse kastettiği sonuçtan değil, gerçekleşen sonuçtan sorumlu olması gerektiği şekilde anlaşılması uygun olacaktır.⁵⁸⁷ Eş anlatımla, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerde hata durumunda failin kastının kalktığı kabulü gerekecek, cezayı hafifleten nitelikli hallerde ise fail her ihtimalde indirim sebebinden yararlanacaktır.⁵⁸⁸

3.4.3. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerde Hata

5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca "*Ceza sorumluluğunu kaldırıcı veya azaltıcı nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*"

Hükümün gerekçesi "*Hükümet Tasarısının 23. maddesinin 3. fıkrası veya bendinde düzenlenen 'hukuka uygunluk nedenlerinde hata' ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki 'hukuka uygunluk nedenleri' yerine, 'ceza sorumluluğunu kaldırıcı veya azaltıcı nedenler' ibaresi konulmuştur. Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak, bunun için hata kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılmaz olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.*" şeklindedir.

Gerekçede de ifade edildiği üzere, fıkra "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltıcı Nedenler*" başlığı altında, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırıcı kanunun hükmünü icra ve amirin emri, meşru savunma ve zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası kurumlarını; kusurluluğa etki ederek kusurluluğu ortadan kaldırıcı veya azaltıcı cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit, haksız tahrik kurumlarını; yine isnat yeteneğini kaldırıcı veya azaltıcı yaş küçüklüğü, akıl hastalığı sağır ve dilsizlik, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma gibi birbirinden farklı kurumları aynı başlık altında düzenlemiştir.⁵⁸⁹

Hukuka uygunluk nedenleri fiilin baştan itibaren hukuka aykırı olmasını önleyen nedenlerdir. Kusurluluğu ortadan kaldırıcı nedenler ise kanuni tipe uygun olarak ceza normunu ihlal eden bir fiilin, failin başka türlü hareket etmesine imkân bulunmadığı, kusurlu iradesinin bulunmadığı, yani fail tarafından neticenin öngörülmediği durumlarda ortaya çıkar. Dolayısıyla, kusurluluğu ortadan kaldırıcı

⁵⁸⁷ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2018, age s. 298.

⁵⁸⁸ Cem ŞENOL 2018, agm s. 143.

⁵⁸⁹ Elvan KEÇELİOĞLU 2010, agm s. 299.

nedenler suçun oluşumuna değil, suç nedeniyle faile ceza verilmesini engelleyen nedenlerdir.⁵⁹⁰ Bu kapsamda, hukuka uygunluk nedenlerinin ceza sorumluluğunu kaldıran bir etkiye sahip olduğu söylenemeyecektir. Hukuka uygunluk nedenlerinde fiil baştan beri hukuka uygun olduğundan kusurluluğun tartışılmasına gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlığının altında düzenlenen kurumlara uyumlu olmadığı değerlendirilmektedir.⁵⁹¹

Yapılan açıklamalar çerçevesinde mahiyeti itibariyle farklı kurumların aynı başlık altında birlikte ele alınması ceza teorisi açısından ayrı bir tartışmayı başlatmakla birlikte, ceza hukukunda hata kurumunun yorumlanmasında ve uygulanmasında da güçlükler yol açacak mahiyettedir.⁵⁹² Bu doğrultuda, aşağıda öncelikle hukuka uygunluk nedenlerinde hata ve akabinde ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan diğer sebepler üzerinde hata konusu ele alınacaktır.

3.4.3.1. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata

Ceza hukukunda hukuka aykırılıktan bahsedilebilmesi için öncelikle kanuni tipe uygun fiilin işlenmesiyle ceza normunun ihlal edilmesi ve ceza hukuku düzeni ile sınırlı kalmaksızın hukuk düzeninin bütünü değerlendirilerek, fiilin işlenmesi konusunda yetki ya da emir veren bir normun bulunmaması gerekmektedir.⁵⁹³ Fiilin işlenmesi konusunda yetki ya da emir veren bir normun bulunması durumunda, kanuni tipe uygun olarak ceza normunu ihlal eden bir fiil işlense bile bu fiil hukuka uygun sayılacaktır. İşte, hukuk düzeni tarafından kabul edilen ve her biri için öngörülen koşullara bağlı olarak tipik fiilin işlenmesine izin veren normlara hukuka uygunluk nedenleri adı verilmektedir.⁵⁹⁴

Hukuka uygunluk nedenleri genel hukuka uygunluk nedenleri ve özel hukuka uygunluk nedenleri olmak üzere ikiye ayrılırlar. Genel hukuka uygunluk nedenleri 5237 sayılı TCK'nin 24, 25 ve 26'ncı maddelerinde düzenlenen nedenlerdir. Bunlar kural olarak bütün suçlar için geçerli nedenlerdir. Bunların uygulanması bakımından suçun kasten veya taksirle işlenmesi, icrai veya ihmali hareketle işlenmesi önem

⁵⁹⁰ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2021, age s. 488, 575; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 428-429.

⁵⁹¹ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 62.

⁵⁹² age s. 62.

⁵⁹³ Tuğrul KATOĞLU 2003, age s. 24.

⁵⁹⁴ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 258.

taşımayacaktır.⁵⁹⁵ Bunun dışında, bazı hukuka uygunluk nedenleri zilyetliğin korunmasında olduğu gibi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu gibi ceza kanunu dışındaki kanunlarda düzenlenmişler, bazıları ise sportif faaliyetlerin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinde olduğu gibi hukuk düzeninde zımnen yer almışlardır.⁵⁹⁶

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata üç şekilde ortaya çıkabilir. İlk olarak fail, davranışının suç teşkil ettiğini düşünerek hareket etmesine rağmen, somut olayda hukuka uygunluk sebebi bulunduğunu bilmeyebilir. İkinci durumda fail, fiilinin kanuni tipe uygun olduğunu bilmesine karşın, bu fiili hukuka uygun hale getiren hukuka uygunluk nedenlerinden birinin somut olayda bulunduğunu düşünebilir. Son olarak fail, kanuni tipe uyan bir davranışın gerçekleştirildiğini ve hukuka uygunluk sebebi bulunduğunu bilmesine rağmen, davranışı hukuka uygun hale getiren nedenin maddi şartları bakımından hataya düşerek davranışının hukuka uygun olduğunu zannedebilir.

3.4.3.1.1. Hukuka Uygunluk Nedeninin Varlığında Hata

Somut olayda objektif olarak hukuka uygunluk nedeni bulunmasına rağmen, failin bunu bilmemesi ve kanunda suç olarak düzenlendiğini bildiği davranışı gerçekleştirmesi hukuka uygunluk nedeninin varlığında hataya ilişkin ilk durumdur. Hukuka uygunluk sebepleri, aksi görüşler öne sürülse dahi, objektif bir etkiyi haiz olup, failin bunlardan faydalanması için bilinmeleri gerekmez. Failin bu konudaki inancı önem taşımaz.⁵⁹⁷ Somut olayda hukuka uygunluk nedeninin varlığı fail

⁵⁹⁵ Mahmut KOCA (2006), “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *İçinde Ceza Hukuku Dergisi*, Y.:1, S.:1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 124.

⁵⁹⁶ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 363 vd.

⁵⁹⁷ Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 274; Ferrando MANTOVANI 2001, age s. 290 vd.; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 63. ÖZGENÇ ise, işlediği fiil açısından bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartları objektif olarak gerçekleşmiş olmasına rağmen, failin bu şartların gerçekleşmiş olduğunun farkında olmadığını; bu durumda, her ne kadar bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartları objektif olarak gerçekleşmiş ise de, failin suça teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması gerektiğini, dolayısıyla neticenin haksızlığından bahsetmek mümkün olmasa da, kişinin hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının gerçekleştiği bilinciyle hareket etmediği için, failin fiilinin haksızlık teşkil ettiğini kabul etmek gerekeceğini ifade etmektedir. Kanaatimizce, hukuka uygunluk nedenlerinde fiil baştan beri hukuka uygun kabul edileceğinden kusurluluğun tartışılmasına gerek yoktur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 35’inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca teşebbüs ancak kasten işlenen suçlar bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Diğer taraftan, hukuka uygunluk nedenleri ceza sorumluluğunu değil, fiilin hukuka aykırılığını kaldırmaktadır. Dolayısıyla, bu tür hatada, failin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 530. ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ ve TEPE ise, hukuka uygunluk nedeninin objektif bir niteliğe sahip olduğu kabul edilirse, fail bilmese de mevcut hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağını, ancak failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için en azından somut olayda bir hukuka uygunluk sebebi bulunduğu inancı ile hareket etmesi gerektiğini ifade etmektedir.

tarafından bilinmese bile yine de suç gerçekleşmemiş olur ve fiil hukuka uygun kabul edilir. Eş anlatımla, objektif anlayışa göre, bir hukuka uygunluk nedeni bulunmakla birlikte, failin fiilini hukuka aykırı olarak addetmesi hüküm ifade etmez. Önemli olan hukuka uygunluk nedeninin objektif anlamda bulunmasıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin hüküm ve sonuç doğurması bakımından failin sübjektif değerlendirmesi rol oynamaz. Bir davranışın cezalandırılabilmesi için iradi olması ve bu iradenin dışsallaşmış olması gerekir. Hukuka uygunluk nedenleri, dışsallaşmış iradenin yani fiilin objektif anlamda hukuka uygun hale gelmesini sağlar. Suça etki eden objektif nedenler ile sübjektif nedenler ayrımı da zaten bundan doğar.⁵⁹⁸

Örneğin, kişi, kendisine saldırana karşı meşru savunma hükümlerinden yararlandığını bilmese bile, bu hukuka uygunluk nedeninden faydalanacaktır. Kendisine saldıranı, meşru savunma sınırları içerisinde öldüren kimse, sonuçta cezalandırılacağını zannetse bile cezalandırılmayacaktır.⁵⁹⁹ Nitekim, 5271 sayılı CMK'nin 223'üncü maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu takdirde fail hakkında beraat kararı verileceği düzenlenmiştir. Bu itibarla, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif etkiye sahip olduğunun aksine olan görüşleri kabul etmemiz mümkün görülmemektedir.

Esasen hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata konusu, hukuka aykırılığın suçun unsuru olup olmadığı tartışmalarından etkilenmektedir. Öğretide hukuka aykırılığın suçun maddi ve manevi unsurunun yanı sıra ilave bir unsur olarak öngörülmesinin sebebinin hukuka uygunluk nedenlerine ceza hukuku düzeni içerisinde bir yer bulmak arayışı olduğu ifade edilmiştir.⁶⁰⁰ Hukuka uygunluk

Konu bakımından verilen örnekte, “Polis memuru (P) görevli olduğu karakola geç kalır. Otomobiliyle aşırı hız yapar, bir virajı alamayarak karşı yönden gelen (H) 'ye çarpar. (H) yaralanır. (H) 'nin aslında hırsızlık yaptığı evden henüz çıkan ve kaçmaya çalışan hırsız olduğu anlaşılır. Hukuka uygunluk sebebinin objektif varlığı yeterli ise (P) cezalandırılmaz. Çünkü (P) bilmese de hırsızı yakaladığı için kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebinden yararlanmalıdır. Buna karşılık hukuka uygunluk sebepleri sübjektif ise, fail hukuka uygunluk sebebinin bilmeli ya da en azından onun varlığına inanmalıdır. Diğer bir deyişle, failin hukuk düzenince korunan hak veya yararı koruduğu düşüncesiyle hareket etmiş olası gerekir. Bu durumda (P) cezalandırılmalıdır.” denilmektedir. Söz konusu görüşe göre, fail ile hukuka uygunluk nedeni arasında sübjektif bir ilişki olmak zorundadır. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 30 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının varlığı, farklı düşünülmesini mümkün kılmamaktadır. Kişi somut olayda hukuka uygunluk nedeninin mevcut olmadığını bilmiyorsa her durumda varmış gibi yararlandırılması mümkün olmayacaktır. Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAŞIZ 2021, age s. 282.

⁵⁹⁸ Tuğrul KATOĞLU 2003, age s. 88.

⁵⁹⁹ Örnek için bkz. Hakan HAKERİ 2019, age s. 459.

⁶⁰⁰ Giacomo DELITALA (1930), *Il fatto nella Teoria Generale del Reato*, CEDAM, Padova, s. 35, Akt. Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 63.

nedenleri 19'uncu yüzyılın sonuna kadar sistemleştirilmemiş, münferit suç tiplerinin incelenmesi kapsamında ele alınmıştır. Hukuka aykırılık içsel olarak kabul edilmiş ve fiilin içerisinde var olduğu kabul edilmiştir. Hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasını öngören negatif unsur da fiilin içerisine yerleştirilmiş, maddi unsur kapsamında değerlendirilmiştir. Ceza hukukunda zaman içerisinde hukuka uygunluk nedenlerinin suçun negatif unsurunu teşkil ettiği fikri gelişmiş, böylece hukuka uygunluk nedenlerinde hata konusunu açıkça düzenlemeyen ceza kanunları açısından sorun bu kapsamda ele alınmıştır.⁶⁰¹

Olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması halinde failin sübjektif durumuna göre iki olasılıktan bahsedilebilecektir: Birinci ihtimalde fail hukuka uygunluk sebebinin bulunduğunu bilmektedir ki, bu durumda hata bahsi ancak hukuka uygun gerçekleştirildiği düşünülen davranışın sınırında söz konusu olabilecektir. İkinci ihtimalde ise somut olayda hukuka uygunluk sebebi bulunmasına rağmen, failin bu sebebin varlığından haberi olmamasıdır. Fail bu durumda gerçekleştirdiği davranışın hukuka uygun olmadığını düşünmektedir. Örneğin, mağdurun geçerli bir rızası bulunması halinde, fail geçerli rızanın varlığını bilmeden hareket edebilecektir. Bu durumda, failin rızaya ilişkin bilmeme durumunun mefruz suça ilişkin değerlendirmeler kapsamında ele alınması gerekecektir. Nasıl ki, mefruz suçta kanuni tarife uygun olmayan bir fiili, fail tipik fiili gerçekleştirdiği zannı ile gerçekleştirmekte, ancak buna rağmen cezalandırılmamaktadır. Hukuka uygunluk nedeninin varlığı dolayısıyla aslında hukuka uygun gerçekleştirdiği davranışı, tipik fiili gerçekleştirdiği zannı ile gerçekleştirmesinde de cezalandırılmaması gerekecektir. Hukuka uygunluk nedeni yukarıda da izah olunduğu üzere objektif etkiye haiz olduğundan failin bunun varlığından haberdar olmasına gerek olmayacaktır.⁶⁰²

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hata bakımından asıl tereddüde yol açan ve çözümü birinci ihtimale nazaran daha zor olan ikinci durum ise somut olayda objektif olarak bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamakla birlikte, failin bir hukuka uygunluk nedeni var olduğuna dair hatalı değerlendirme ile hareket etmesidir. Öncelikli olarak ifade etmek gerekir ki, failin hukuk düzenince kabul edilmemiş olan bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu tasavvur etmesinin ceza sorumluluğu

⁶⁰¹ Tuğrul KATOĞLU 2003, age s. 139; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 64.

⁶⁰² 1931 tarihli İCK'nin 59'uncu maddesinde "*cezayı kaldıran sebepler, fail tarafından bilinmese veya var olmadıkları zannedilse bile ... onun lehine olmak üzere nazarı itibare alınır.*" denilmek suretiyle konu hakkında açık düzenlemeye yer verilmiştir. Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 22.

bakımından önemi olmayacaktır. Bu durum daha çok, failin davranışını kendince daha üstün olan birtakım değerlere, inanışlara uygun saydığı için gerçekleştirmesi durumunda kendisini gösterir. Örneğin, yirmi beş yaşındaki kızını terbiye hakkının olduğunu sanarak kızını döven fail ile kendisini aldatan kocasını öldürme hakkı olduğunu düşünen kadın hukuk düzeninde mevcut olmayan bir hukuka uygunluk nedeninden faydalanamayacaktır. Kanaatimizce, her iki örnekte de fail hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hata kapsamında değil, Kanun'un 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hata içerisinde değerlendirilecektir.⁶⁰³

Failin objektif olarak gerçekte var olmayan bir hukuka uygunluk sebebinin yaptığı hatalı normatif değerlendirme sonucunda var zannederek davranışını gerçekleştirmesi durumunda ortaya çıkan hata halinin detaylıca ele alınması uygun olacaktır. Öğretilerde hâkim görüş, hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın mazeret sayılması gerektiği yönünde kendisini göstermiştir.⁶⁰⁴

Bu yönüyle, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı hakkında yapılan hatanın mazeret sayılması gerektiği hususunda öne sürülen görüşler içerisinde en önemlisi, hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasını suç teşkil eden fiilin negatif unsuru kabul etmekle, hukuka uygunluk nedenine ilişkin hatanın kastın gerçekleşmesini önleyeceği şeklindeki görüş olmuştur. Genel olarak hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata edilmesini göz önünde tutan ve bu gibi hallerde faile ceza verilmemesini ileri sürenler, bu görüşlerini kusurluluğa dayandırmışlardır.⁶⁰⁵

⁶⁰³ Benzer şekilde, inanışı itibariyle vicdani red hakkını kullanarak askerliği haklı saymayan bir kimsenin, kanunun asker kaçaklarını cezalandırdığını bilerek askerlikten kaçması ve bu suretle kanuna aykırı davrandığının farkında olması, fakat ahlaki inanışı dolayısıyla yine de bu şekilde hareket etmesini meşru görmesinde de benzer bir durum söz konusudur. Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 23; Hakan HAKERİ 2019, age s. 458; Tuğrul KATOĞLU 2003, age s. 89.

⁶⁰⁴ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 64; Yargıtayın son dönemde verdiği bazı kararlarda da bu görüş benimsenmiştir. Örneğin, Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından 05.03.2020 tarihinde verilen 2019/6996 E. 2020/1726 K. sayılı kararda " 5. Kolordu Komutanın olay gecesi yayın organında yapmış olduğu açıklama, oluş, sanığın süreçteki söz, hal ve tavırları, kışladan çıktığı saat itibariyle yapılan darbe girişiminin yönünün kısmen de olsa belli olması ve geldiği süreç, emrin kanunsuz olduğunun bildirilmesi üzerine tereddüt yaşamadan hemen birliğiyle geri dönmesi, dosya kapsamına göre de örgütle irtibatını ortaya koyan bir delilin bulunmaması hususları birlikte nazara alındığında süreçteki safahat itibariyle, emrin birliklerin yapılan darbe girişimini önlemek amacıyla çıkarıldığına dair ve hukuka uygun olarak verildiğini düşünerek yanılıya düştüğü anlaşılan sanığın hukuki durumunun TCK'nın 30/3 maddesi delaletiyle 30/1 maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması, ..." bozma gerekçesi olarak gösterilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://lib.kazanci.com.tr>, ET. 08.06.2021.

⁶⁰⁵ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 64; Tuğrul KATOĞLU 2003, age s. 138-143; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 24.

MANZINI'ye göre, hizmetçi tarafından eve kabul edilen er, dışarı çıkmak isterken, kapalı kapının kilidini kasaturası ile açmak istese ve bu sırada kapıyı anahtarla açıp içeri giren ev sahibi, karanlıkta yabancı bir adamı elinde kasatura ile görüp tabancası ile eri yaralarsa, ev sahibinin meşru savunma kapsamında hareket ettiğini kabul etmek gerekecektir. Bu gibi hallerde hataya düşmek konusunda failin herhangi bir kusuru yoksa, ceza sorumluluğu da bulunmayacaktır. Failin taksir derecesinde bir kusuru bulunduğu ve mefruz meşru savunma nedeniyle işlediği suç da taksirle işlenebilen suçlardan olduğu takdirde ise taksiri sebebiyle cezalandırılabilir.⁶⁰⁶ Bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedeninin failce var zannedilmesi, gerçekleştirilen davranış hukuka aykırı olmasına rağmen, kusurluluğu ilgilendiren sebeplerden dolayı cezanın verilmemesine neden olmaktadır. Failin bu husustaki hatası kastını kaldırmaktadır.⁶⁰⁷

Konu hakkında ileri sürülen diğer bir görüş ise hukuka uygunluk nedeninin hata ile var sayılması halinde, faile ceza verilmesi gerekliliğini kabul etmekle birlikte, bu durumu kusurluluğun bulunmaması ile değil, fiilin esasen hukuka aykırı olmaması ile açıklanması yönündedir. Bu görüşü savunanlara göre, mefruz hukuka uygunluk hallerinde objektif olarak hukuka aykırı olan fiil, sübjektif olarak failin tasavvurunda hukuka uygundur. Bu gibi hallerde hukuka uygunluk sebebi vardır, fail kusuru ile hukuka uygunluk sebebinin sınırını aştığı için cezalandırılmaktadır. Ancak bunun için de işlenen suçun taksirle işlendiği takdirde cezalandırılabilir bir suç olması gerekir.⁶⁰⁸ Kanaatimizce söz konusu görüşte de aslında faile ceza verilmesi kusurluluğa dayandırılmakla birlikte, failin hukuka uygunluk nedeninin varlığına ilişkin hatasının aslında failin kastını kaldırdığı varsayımından hareket edilmektedir. Söz konusu görüş kapsamında, aslında var olmayan hukuka uygunluk nedenine dayandırılarak davranışın hukuka uygun olduğunun ifade edilmesinin mümkün olmayacağı değerlendirilmektedir. Failin davranışının hukuka uygun olmadığı açıktır, ancak hukuka uygun hareket ettiğini düşündüğü için failin tipik fiilin gerçekleştiği noktasında kasten hareket ettiği kabul edilmemektedir.

Pozitivistlere göre ise hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu zanni ile hareket eden fail, hukuka uygun hareket ettiğini sandığı için tehlikeli değildir ve

⁶⁰⁶ age s. 24.

⁶⁰⁷ age s. 24.

⁶⁰⁸ age s. 25.

cezalandırılmaması gerekir. Ancak failin cezalandırılmaması için hatasının makul olması gerekir.⁶⁰⁹

Özetle, gerçekte var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı noktasında hataya düşen failin hatasının hukuki olduğu ve bu hatasının fail bakımından mazeret teşkil etmeyeceği değerlendirilmektedir. Ancak, bu durumda da failin subjektif durumunu dikkate almamak ve hukuka aykırılığın sadece objektif varlığı ile bir sonuca ulaşmak yerinde bir yaklaşım olmayacaktır. Öğretide hâkim görüş, hukuka uygunluk nedeninin varlığında hatanın kusurluluk üzerinde etkili olduğu yönündedir. 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, kişinin işlediği fiilin hukuk düzenince yasaklandığını bilmemesi cezalandırılmasına engel olmaktadır. Bu durumda failin haksızlığın maddi şartlarına ilişkin bilgisi tamdır, ancak işlediği fiile izin veren bir normun varlığında veya böyle bir normun yorumlanmasında düştüğü hata nedeniyle davranışının hukuka uygun olduğunu düşünmektedir. Diğer bir anlatımla, davranışı aslında bir ceza normu ile çatışmasına rağmen kişi davranışının bir hukuka uygunluk nedeni kapsamında hukuka uygun olduğunu sanmaktadır.⁶¹⁰

Failin davranışının hukuk düzenince yasaklandığını bilmemesi durumunda nasıl ki hukuki hata durumu söz konusu ise tipik davranışını hukuka uygun hale getiren hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata durumunda da eyleme izin veren bir normun varlığına ilişkin hata söz konusudur. Başka bir anlatımla, birinci durumda yasak normunda hata ikinci durumda ise izin normunda hatanın varlığı bulunmaktadır.⁶¹¹ İzin normunda hata, failin gerçekte hukuk düzeninin kabul etmediği bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu zannederek veya hukuk düzenince kabul edilen bir hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını hatalı bir şekilde geniş yorumlayarak eyleminin hukuka uygun olduğunu sanması durumudur. Failin kendi tasavvurunda mefruz bir hukuka uygunluk nedeni yaratmasıdır.⁶¹² Fail, davranışının hukuka aykırı olduğu hususunda bilince sahip değildir. Kişinin subjektif değerlendirmesi ile norma ilişkin gerçek durum arasında bir uyumsuzluk durumu vardır.

Hukuka uygunluk nedeninin varlığına ilişkin hataya örnek olarak mesleğe yeni başlayan doktorun ötanazinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu düşünerek, cihaza bağlı olarak yaşamını sürdüren hastanın cihaz desteğine son vererek ölmesine neden

⁶⁰⁹ age s. 25.

⁶¹⁰ Ayhan ÖNDER 1989, age s. 337.

⁶¹¹ Olgun DEĞİRMENCİ 2014, agm s. 167; Cengiz APAYDIN 2018, age s. 117.

⁶¹² Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 278.

olması gösterilebilecektir. Doktor hukuk düzeninde var olmayan bir hukuka uygunluk nedeni kapsamında hareket ederek hukuka uygunluk nedeninin varlığında hataya düşmektedir. Tıp eğitimi almış bir doktorun, konuyu araştırma ve görev yaptığı hastanede bu konuda kendisinden daha kıdemli doktorlara danışma imkanı varken dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmeyerek gerekli inceleme ve araştırmayı yapmamış bir doktorun bu konudaki hatası kaçınılmaz kabul edilemeyeceği için kusurluluğunun ortadan kalkması söz konusu olmayacaktır.⁶¹³

Öğretide hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın hukuksal niteliğinin ne olduğu konusu tartışmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinde hatayı düzenleyen 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında, söz konusu hatanın hukuki niteliğinden bahsedilmeksizin, kaçınılmaz hatanın varlığı halinde failin bu hatasından yararlanacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedeninin varlığı noktasında kaçınılmaz hatanın failin kusuruna mı yoksa kastına mı etki edeceği hususunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde konu çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı konusundaki hatanın ceza sorumluluğuna etkisi açıkça düzenlenmemiştir. Konu kusurluluğa ilişkin hükümlere ve hata kurumunun hukuki niteliğine bakılarak çözümlenmeye çalışılmıştır.⁶¹⁴

Diğer taraftan, hatanın failin ceza sorumluluğuna etkisi kusurluluk kapsamında izah edildiği takdirde, var olmayan hukuka uygunluk nedeni davranışın hukuka aykırılığına etki etmemekte, ancak failin kastı dolayısıyla cezalandırılmaması ve eğer gerçekleşen suç taksirle de işlenebilen bir suç ise taksiri nedeniyle sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Ancak hukuka uygunluk nedeninin varlığında hatanın bu şekilde ele alınması ve failin taksiri nedeniyle cezalandırılacağı kabul edilmesinin taksir kuramına da aykırı olacağı değerlendirilmektedir. 5237 sayılı TCK'nin 22'nci maddesinin ikinci fıkrasında yapılan tanıma göre taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir. Buna göre, taksir failin davranışı istemesi ancak buna rağmen neticeyi istememesi ve hatta öngörmemesi, tahmin etmemesidir. Fail neticeyi öngörmemesi nedeniyle taksir derecesinde kusurlu kabul edilir. Ancak hukuka uygunluk nedeninin varlığında hataya düşerek hareket eden fail,

⁶¹³ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2021, age s. 435; Cengiz APAYDIN 2018, age s. 118.

⁶¹⁴ Olgun DEĞİRMENCİ 2014, agm s. 177.

davranışı istediği gibi neticeyi de istemekte ve bilmektedir. Bu doğrultuda, failin hukuka uygunluk nedeninin varlığında düştüğü hatayı, onun taksirle hareket ettiği düşüncesi ile bağdaştırmanın doğru olmadığı değerlendirilmektedir.⁶¹⁵

Hukuka uygunluk nedeninin varlığında hatanın mazeret sayılıp sayılmayacağı ve hangi gerekçeyle mazeret sayılacağı konusunda ileri sürülen görüşlerin içinde en önemlisi hukuka uygunluk nedeninin suçun olumsuz unsuru olduğu ve suçun olumsuz unsuruna ilişkin hatanın da failin kastına etki edeceği yönündeki görüştür. Hukuka uygunluk nedenleri, suçun olumsuz unsuru olarak kabul edildiğinde, kanunla yasaklanan fiili ortaya koyabilmek için sadece kanunda tanımlanan tipik fiile bakmak yeterli olmayacaktır. Suç tipini içeren norm, Kanun'un genel hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde bir anlam ihtiva edecektir. Genel hükümler içerisinde yer alan *“kanunun hükmü ve amirin emri”*, *“meşru savunma ve zorunluluk hali”*, *“hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası”* ve yine belirli suç tiplerinde yer verilen özel hukuka uygunluk nedenlerinin davranışı yasaklayan özel ceza normu ile bir bütün içerisinde değerlendirilmesi lazım gelecektir. Örneğin, Kanun'un kasten öldürme suçunu düzenleyen 84'üncü maddesi *“bir insanın kasten öldürülmesi”*ni yasaklamaktadır. Ancak söz konusu normu somut olaya indirgediğimizde normdan *“meşru savunma kapsamında olmaksızın bir insanın kasten öldürülmesi”*nin cezai yaptırıma bağlandığını anlamamız doğru olacaktır. Bu açıdan bakıldığında hukuka uygunluk nedenleri de uygun düştüğü ölçüde özel ceza normlarının normatif unsurudurlar. Bu meşru savunma kapsamında kasten bir insanı öldüren kişinin, davranışını başından itibaren hukuka uygun hale getirir. Eş anlatımla, failin tipik fiilin olumlu unsurları gibi olumsuz unsurları üzerinde de hataya düşmesi kastın dolayısıyla fiili hatanın konusu olabilirler ve kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralı gereğince normatif unsurun bilinmemesinden kaynaklanan hata hukuki hata kapsamında ele alınır ve mazeret teşkil etmez.⁶¹⁶

Bununla birlikte, 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrasında *“İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”* denilmektedir. Anılan düzenlemeye göre, hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda yapılan hata kaçınılmaz olduğu takdirde, hata fail bakımından mazeret teşkil edecektir. Buna göre, kanunda hukuka

⁶¹⁵ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 26-27.

⁶¹⁶ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 472; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 67; Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 198; Ferrando MANTOVANI 2001, age s. 326-327.

uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiş bir hususun bir hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilmesi, haksızlık hatası kapsamında çözümlenmesi gerekecektir. Hatanın kaçınılmaz olması için kişinin, fiili işlediği sırada bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu konusunda yaptığı hata nedeniyle kınanamaması, dikkatsiz ve özensiz davranmamış olması gerekmektedir. Eş anlatımla, failin ceza sorumluluğundan kurtulabilmesi için hiçbir şekilde kusurlu olmaması gerekmektedir.⁶¹⁷

Kaçınılmaz hatanın tespiti somut olayın özelliklerine göre araştırılmalıdır. Failin hataya düşmekte taksir derecesine varmayan bir kusurunun olmadığı anlaşıldığı takdirde, failin cezai sorumluluğuna gidilmeyecektir. Buna karşılık failin hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda dikkatsiz ve özensiz davranması sonucunda hataya düşmesi durumunda, failin hatası kaçınılmaz kabul edilmeyecek ve gerçekleştirdiği davranış nedeniyle kasten cezalandırılması gerekecektir. Aksini kabul, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının içini boşaltmak anlamına gelecektir.⁶¹⁸ Yargıtay tarafından da aynı sonuca ulaşan ve söz konusu görüş doğrultusunda verilen kararlar bulunmaktadır. Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından 08.03.2021 tarihinde verilen 2020/84 E. 2021/1909 tarihli kararda:

“Sanığın, işlediği failin bir haksızlık teşkil ettiğini bilmesine rağmen, esasen hukuk düzeninde kabul edilmeyen ‘konusu suç teşkil eden emrin ifası’nın, askeri hiyerarşi içinde mutlak itaat ve emrin muhtevasını sorgulayamama ilkelerinin sonucu olarak bağlayıcı olduğu hususunda kaçınılmaz bir yanılığa düştüğü kanaatine varıldığında hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında kaçınılmaz bir yanılığa düştüğü kabul edilerek, kaçınılmaz izin yanılışı kusuru tamamen ortadan kaldıracığından TCK’nın 30/4 maddesi delaletiyle, 5271 Sayılı CMK’nın 223/3-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.” denilmiştir.⁶¹⁹

⁶¹⁷ Olgun DEĞİRMENCİ 2014, agm s. 170.

⁶¹⁸ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 472; Cengiz APAYDIN 2018, age s. 121.

⁶¹⁹ Yargıtayın aynı Dairesi tarafından 18.03.2020 tarihinde verilen 2019/9560 E. 2020/2034 K. sayılı kararda “Askeri darbeye teşebbüs suçunu işleyen terör örgütüne mensubiyeti tespit edilemeyen, zorunlu askerlik hizmeti nedeniyle er olarak görev yapmakta iken, bir suç işlemek kastı olmaksızın, üstlerinden aldıkları emrin hukuka uygun olduğu zannı ile tatbikat yapma veya terör saldırısına müdahale edileceği gerekçesi ile olay gecesini silahlanarak, zırhlı araçlarla bağlı bulunduğu kışladan ayrıldıktan sonra darbeye teşebbüs suçunun icrai hareketlerinin gerçekleştirildiğini fark etmeleri üzerine, üstleri tarafından verilen halka ve güvenlik görevlilerine yönelik ateş etme emrine uymadıkları, amirlerin ısrarlı kanunsuz emirleri karşısında hal ve koşullara göre başka şekilde davranma olanağının bulunmadığı düşüncesi sonucunda, olay mahallinde kalarak silahla havaya ateş etmenin bir haksızlık oluşturmayacağı sonucuna varan failerin “dolaylı haksızlık yanılışı” içinde buldukları, bir başka deyimle hukuka uygunluk nedenlerinin hukuki varlığında hataya düştükleri, bu hatanın ex ante bir değerlendirme ile failin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, yaşı rütbe ve görevi, içinde bulunduğu sosyal ve

3.4.3.1.2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatada, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni vardır, ancak fail bu hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşmektedir. Fail eylemini hukuka uygunluk nedeninin sınırları kapsamında gerçekleştirdiğini ve davranışının hukuka uygun olduğunu düşünmektedir. Yahut somut olayda hukuka uygunluk nedeninin maddi koşulları oluşmamış olmasına rağmen, fail maddi koşulların olduğu inancıyla ve hukuka uygun olarak hareket ettiğini tasavvur etmektedir.⁶²⁰

Öncelikli olarak belirtmek gerekir ki burada failin hatasının hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarına ilişkin olabilmesi için hatasının fiile ilişkin olması gerekir. Failin eylemini hukuka uygun kılan bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğunu düşünerek hareket etmesi, ancak pozitif hukukta böyle bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması durumunda, hukuki hata söz konusu olacak ve bir üst başlıkta yapılan açıklamalarımız çerçevesinde konunun çözüme kavuşturulması gerekecektir.⁶²¹ Diğer bir anlatımla, eyleminin hukuka aykırılığını kaldırmaya etkili olmayan bir sebebi, bu nitelikte sayan kimsenin hatası kanun hükümlerine ilişkin olacaktır.⁶²² Burada ise fail hukuka uygunluk nedeninin varlığı ve esas hakkında hataya düşmemiş, somut bir olay kapsamında şartların gerçekleşmiş bulunduğu hususunda hataya düşmektedir. Bu durum fiili hata kapsamında değerlendirilecektir.⁶²³

Daha önce de ifade edildiği üzere, 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında “*Ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” denilmektedir.

Hükmün gerekçesi:

“Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı

kültürel çevre koşulları somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulduğunda kaçınılmaz olduğu, suça ilişkin tipik hareketi gerçekleştirmiş olmalarına rağmen failerin kusurluluğu tamamen ortadan kaldıran nedenler gerçekleştiğinden TCK'nın 30/4. maddesi yollamasıyla CMK'nın 223/3-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yasal ve yetersiz gerekçeyle beraatlerine karar verilmesi...” bozma nedeni olarak gösterilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://lib.kazanci.com.tr>, ET. 25.06.2021.

⁶²⁰ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 298; Hakan HAKERİ 2019, age s. 459; Cengiz APAYDIN 2018, age s. 121; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 62.

⁶²¹ Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 423.

⁶²² Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 27.

⁶²³ age s. 28.

sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.” şeklindedir.

Düzenleme hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın yanı sıra, kusurluluğu ortadan kaldıran ve azaltan nedenlerin maddi koşullarında hatayı da kapsamaktadır. Kanun koyucu hukuka uygunluk nedenlerinin veya kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin maddi koşullarında hata arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır. Bu durumda hata her iki durumda da kaçınılmaz olduğu takdirde fiil subjektif olarak hukuka aykırı olmayacak ve fail cezalandırılmayacaktır.⁶²⁴ Diğer bir anlatımla, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında kaçınılmaz hataya düşen kişinin Kanun’da bu hatasından yararlanacağı ifade edildiği dikkate alındığında, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında kaçınılmaz hataya düşen kişinin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması gerekecektir.⁶²⁵

Bununla birlikte, bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşülmesini, işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği hususundaki hata ile karıştırılmaması gerekir. İşlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği hususundaki hatada fail, işlenen fiilin maddi oluşumuna ilişkin bütün hususları bilmektedir. Fakat bu fiilin toplumda ve hukukta geçerli değerler sistemi açısından haksızlık teşkil ettiği hususunda hataya düşmektedir. Eş anlatımla, haksızlığa ilişkin hata bir değerlendirme hatası olup, işlenen fiile ilişkin kastın varlığı üzerinde herhangi bir sonuç doğurmayacaktır. Örneğin, yakalandığı hastalığın verdiği acı ve ıstıraba dayanamayan kişinin talebi doğrultusunda, ölümünü kolaylaştırıcı ve çabuklaştırıcı müdahalede bulunan veya hiç müdahalede bulunmayan doktor, bu davranışının hukuka uygun olduğu tasavvuru ile hareket etmiş olabilir veya bir kamu görevlisi yeni yıl veya bayram nedeniyle kendisine verilen hediyeleri kabul etmesinin teamülen sosyal ve hukuki hayata uygun olduğunu, hukuka aykırı bir yönünün bulunmadığını düşünmüş olabilir. Her iki halde de ortaya çıkan hata hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında değil, işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği hususunda tezahür etmektedir. Buna karşılık bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hataya düşülmesi halinde, gerçekleştirilen fiilin esasta ceza normunu ihlal ettiği bilinmektedir. Fakat gerçekleştirilen fiili somut olayda hukuka aykırı olmaktan çıkararak bir maddi sebebin varlığı hakkında hataya

⁶²⁴ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 436; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 28.

⁶²⁵ Veli Özer ÖZBEK 2008, agm s. 90-91.

düşülmektedir. Dolayısıyla burada söz konusu olan hata bir maddi vakiya ilişkindir.⁶²⁶

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata kapsamında tartışılması gereken önemli bir husus ise hatanın kaçınılabılır olmasının ne demek olduğu ve kaçınılabılır hata durumunda failin cezai sorumluluğunun ne şekilde belirleneceğidir. Daha önce de ifade edildiği üzere “*kaçınılabılır hata*”, diğer bir anlatımla kaçınılabılır olmasına rağmen kaçınılmayan hata, failin dikkat ve özen yükümlülüğünün bir ihlali olarak hataya düşmesi sonucunda, öngörülebilir neticenin öngörülmemiş olması durumunu içeren taksirli bir hareketin varlığı anlamına gelmektedir. Bu doğrultuda hata kaçınılmazsa fail bu hatasından yararlanacak ve koşullarından en az birisi mevcut olmasa da hukuka uygunluk nedeninden faydalanacaktır. Buna karşılık fail kaçınılabılır olmasına rağmen dikkat ve özenli davranmadığı için hataya düşmüşse meydana gelen neticeden taksirle sorumlu olacaktır.⁶²⁷

Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarına ilişkin bilginin hangi bağlamda ele alınması gerektiği hususu öğretide de farklı açılardan ele alınmıştır. Bu konuda ileri sürülen ilk görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarına ilişkin bilginin “*suçun olumsuz unsurları teorisi*” kapsamında ele alınması gerektiği olmuştur. Buna göre, suçun kanuni tarifinin fonksiyonu, sadece maddi ve manevi unsurların belirlenmesi değil, aynı zamanda fiilin hukuka aykırılık teşkil ettiği hususundaki bütün unsurları kapsamaktadır. Hukuka uygunluk nedeninin maddi koşulları da suçun olumsuz koşulları kapsamında ele alınmaktadır. Bu doğrultuda, işlenen suç açısından hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşulları hakkındaki bilgi kasta dahil edilmiştir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşulları üzerinde hata suçun unsurları hakkındaki hata ile aynı kapsamda değerlendirilmelidir.⁶²⁸

Bu hususta ileri sürülen ikinci görüş, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarına ilişkin hatanın, işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği hususunda hataya düşülmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği şeklinde olmuştur. Bu durumda işlenen suç açısından kast varlığını devam ettirmektedir. Ancak failin cezai

⁶²⁶ İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 527; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 301.

⁶²⁷ Veli Özer ÖZBEK 2008, agm s. 90.

⁶²⁸ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 25; İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 526.

sorumluluğu işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hatasını dikkate alarak çözüme kavuşturulmaktadır.⁶²⁹

Öğretide diğer bazı yazarlar ise esas itibariyle kusur teorisini benimsemekle birlikte bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşulları hakkında hataya düşülmesi halinde “suçun olumsuz unsurları teorisi”nde olduğu gibi kastın varlığından bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir.⁶³⁰

5237 sayılı TCK’de kanun koyucu hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hatayı, mezkûr Kanun’un 30’uncu maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen haksızlık hatası ile aynı mahiyette düzenlemiştir. Kanun koyucu bu suretle Alman öğretisinde savunulan ama bugün genellikle kabul görmeyen katı kusur teorisini esas almıştır. Bahsi geçen teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata, yasaklılık hatası kapsamında değerlendirilir ve kaçınılabilirlik halinde sadece cezanın azaltılmasını kabul eder. Ancak bu durum ceza adaletine uygun sonuç vermeyecektir.⁶³¹

Kanaatimizce bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşülmesi halinde, işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği fail tarafından açıkça bilinmektedir. Fakat fail, işlediği fiili somut olayda hukuka aykırı olmaktan çıkaran bir maddi sebebin varlığı hususunda hataya düşmektedir. Diğer bir ifadeyle, fail hukuka uygunluk nedeni bulunmamasına rağmen varmış gibi hareket etmektedir. Failin hatası esaslı ise bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanması uygun olacaktır. Fail hataya düşmemiş yani şartlarının gerçekleştiğini tasavvur ettiği hukuka uygunluk nedeni fiilen gerçekleşmiş olsa idi, davranış hukuka uygun sayılacaksa hata esaslı kabul edilecektir.⁶³² Aynı zamanda failin hataya düşmekte taksir şeklinde dahi olsa kusurunun olmaması gerekir. Bu husus yukarıda da ifade edildiği üzere 5237 sayılı TCK’nin 30’uncu maddesinde “kaçınılmaz bir hata” şeklinde ele alınmıştır. Örneğin, terör bölgesinde gece vakti evine gitmek amacıyla kendisine doğru koşan birisini, kendisine saldırmak kastıyla geldiğini düşünerek ateş etmek suretiyle yaralaması olayında failin, taksir derecesinde dahi kusuru olmadığından meşru savunma

⁶²⁹ Hans WELZEL (1955), “Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als Legislattorische Problem”, *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 67, De Gruyter, s. 208 vd.; İzzet ÖZGENÇ 2012, age s. 419.

⁶³⁰ İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 527; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 300-301; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 435-436.

⁶³¹ Veli Özer ÖZBEK 2008, agm s. 91.

⁶³² Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 28.

kapsamında hareket ettiğini kabul etmek uygun olacaktır.⁶³³ Failin taksir şeklinde dahi olsa bir kusuru bulunduğu takdirde ise artık failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması söz konusu olmayacaktır. Failin işlediği suçun, taksirli şeklinin de Kanunda cezalandırılması öngörülmüş ise failin suçun taksirli şeklinden sorumlu tutulması lazım gelecektir.

Taksirin temel özelliği meydana gelen fiilin istenmemiş olmasıdır ve bu husus taksiri kasttan ayırmaktadır. Failin kasten hareket ettiğinin söylenebilmesi için tipik fiilin olumlu ve olumsuz nitelikteki bütün unsurlarının bilinmesi ve istenmesi gerekmektedir. Bu unsurlardan en az birinin bilinmemesi ve/veya istenmemesi veya somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu hususunda hataya düşülmesi halinde artık kastın varlığından bahsedilemeyecektir. Bu durumda şartları oluşmuşsa artık taksirin varlığı söz konusu olacaktır. Diğer bir anlatımla, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşüldüğü takdirde, suçu meydana getiren sonuç istenmiş olsa bile, hataya düşmekte dikkatsiz ve özensiz davranan failin taksirinden dolayı cezalandırılması gerekecektir. Bununla birlikte, taksirli davranış sonucu ortaya çıkan sonuç farklı ağırlıklarda da olabilecektir. Bu sonuç ceza miktarının belirlenmesinde belirleyici olacaktır. Nitekim fail hukuk kuralları nazarında dürüst davranmaktadır. Hukuka uygunluk nedeninin varlığı ya da yokluğu yönünde bir değerlendirme yapmamıştır. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni vardır, ancak fail koşullarında hataya düşmektedir.⁶³⁴

İCK'nin 59'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında:

"...fail cezayı ortadan kaldıran nedenlerin varlığını hata ile var sanmışsa, bu nedenler daima onun lehine olarak dikkate alınır. Ancak taksirden doğan bir hata söz

⁶³³ Her ne kadar 765 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde gerçekleşmiş olsa dahi somut olay bakımından konu kapsamında aktarılabilecek bir diğer örnekte Yargıtay Ceza Genel Kurulunun E. 1/34, K. 6 sayılı 06.02.1995 tarihli kararında "Sanıklar, aşamalarda, özde değişmeyen ve yekdiğerine uygun bulunan savunmalarında ihbar üzerine olay yerine gittiklerini, yolun telefon direği ile kapatılmış olduğunu görünce komutanın çağırması üzerine barikatın başında bulunanların kendilerine doğru geldiğini, bu sırada çalılıklar arasından silah sesi gelince o yöne ateş ettiklerini, komutanın emriyle ateşi kestiklerini söylemişlerdir. -Mağdur ve tanıklar ise, barikatın başında bulunan korucuların, komutanın yanına gittiği sırada aniden ateş ettiğini, kendileri tarafından ve ağaçlı bölgede bulunanlarca ateş edilmediğini bildirmişlerdir... Olay yerinde bulunan boş kovan ve sanıklar dışında başkaları tarafından da ateş edildiğini göstermektedir... Sanıklar, ihbar üzerine gece vakti, teröristlerin yolu kestiği ve baskın yapacakları endişesi ile olay yerine gelip gerekli güvenlik önlemlerini almışlar, bu sırada topluluktan ateş edilmesi üzerine bu ruh hali içinde ve Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ile Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetki Yönetmeliğinin tanıdığı yetkiler çerçevesinde mevcut saldırıyı önlemek amacıyla ateş etmişlerdir. -Bu oluştı göre sanıkların, yasal savunma sınırını aşmadıkları, öldürme ve yaralama fiilini, yasal savunma koşulları altında işledikleri anlaşıldığından..." şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 280.

⁶³⁴ Ferrando MANTOVANI 2001, age s. 346-347; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 199-200; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 71; Veli Özer ÖZBEK 2008, agm s. 92.

konusu ise kanunun fiili, taksirli bir suç olarak öngördüğü hallerde cezalandırılma imkanı ortadan kalkmış olmaz.” düzenlemesi yer almaktadır.

Bu doğrultuda, hukuka uygunluk nedeninin koşullarında taksirli olarak hataya düşen failin, suçun taksirli şeklinden sorumlu tutulmaktadır. Buna karşılık davranışın sadece kasıtlı şekli suç olarak düzenlenmişse fail cezalandırılmamaktadır.⁶³⁵

5237 sayılı TCK’de her ne kadar İCK’nin 59’uncu maddesinin üçüncü fıkrasına benzer bir düzenleme bulunmasa dahi kanaatimizce, 5237 sayılı TCK’nin 30’uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca benzer bir sonuca bizim Kanunumuz kapsamında da gidilmesi imkân dahilindedir. Dolayısıyla taksirli bir şekilde hataya düşen failin hata ile sebep olduğu suçun taksirli şeklinin de cezalandırılması Kanun’da öngörülmüş ise failin suçun taksirli şeklinden sorumlu tutulması gerekecektir. Örneğin, akşam vakti işinden evine dönen failin arkasında hızla yürüyerek gelen şahsı kendisini gasp edeceğini düşünerek yaralaması halinde, gerekli dikkat ve özeni göstermeyen fail taksirle yaralamadan sorumlu olacaktır.⁶³⁶

Konuyu benzer bir örnekle ele alırsak; kan davası nedeniyle öldürülmek amacıyla başka bir ile göç eden şahıs, gece karanlıkta elinde bir tabanca ile kendisine doğru koşan mağdura kendisine saldıracağı zannıyla ateş ederek öldürür. Ancak mağdur esasında o sırada bir hırsız kovalamakta olan sivil polis memurudur. Somut

⁶³⁵ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s.280.

⁶³⁶ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 1990/3748 E. 1990/4259 K. sayılı 19.09.1990 tarihli kararında “Sanığa yükletilen eylem, yaralama suçu ile ilgili olarak hakkında kurulan hükümlülük kararına karşı kaleme aldığı temyiz yoluna başvuru dilekçesinde, kişisel davacı için “... ile ilişki kurduğunu öğrendim.” demekten ibarettir. Mahkeme bu sözlerin savunma çerçevesinde kaldığı ve suç kastı bulunmadığını belirterek sanığın beraatine karar kılmıştır. Hakaret ve sözme suçlarında, mağdurun onurunu kırma bilinç ve iradesiyle davranmaktan ibaret olan suç genel kastının, cürmün oluşması için yeteceği ve dolayısıyla kullandığı sözcükleri bilerek ve özgür irade ile kaleme alan bir kimsede bu kastın bulunduğu açıktır. Esasen sanık, kullandığı sözcükleri bilincinin ve iradesinin dışında kaleme aldığını da ileri sürmemiştir. Ayrıca sanığın savunma çerçevesinde kaldığı ve bu amaçla davrandığı yolundaki gerekçe teknik ve hukuki ağırlıklı bir kavram olan suç kastını salt psikolojik bir kavram olan amaç ve eylemlerle karıştırdığı ve objektif nitelikteki hukuka uygunluk nedenini sübjektif bir temel yerleştirdiği için de yerinde değildir. Hakaretin savunma sınırlarını aşmış olduğunu saptayabilmek için ise söylenen sözlerin savunmanın konusuyla mantıksal bağlantısı ve savunmaya yararlı bulunmaması gerekir. Sanığın dosyadaki hakareti içeren dilekçesinde hakkında yasal indirici nedenlerin uygulanmasını istemeye dayanak kılmak amacıyla bu sözleri yazmak gereksinmesini duyduğuna da değinilmemiştir. Sergilenen nedenlerle savunmanın sınırının aşılmış aşılmadığı belirtilen ölçüler içinde takdir edilmek gerekirken, açıklanan nedenlerle beraat hükmü kurulması yasaya aykırı...” şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Anılan karardan da anlaşılmalıdır ki, objektif olarak şartları gerçekleşmemekle birlikte, fail savunma dokunulmazlığına ilişkin maddi şartların gerçekleştiğini tasavvur etmektedir. İlk derece mahkemesi failin bu zannına itibar etmiş, ancak temyiz mahkemesi failin hakaret ve sövmeye ilişkin kastının olduğunu ifade ederek ilk derece mahkemesinin görüşüne itibar etmemiştir. Bilindiği üzere, hakaret suçu Kanunumuzda ancak kasten işlenebilen bir suç olarak düzenlenmektedir. Somut örnekte savunma dokunulmazlığına dair hata esaslı olmayıp da kaçınılmaz olsa dahi şahsa ceza vermek mümkün olmayacaktır. Bu kapsamda kanaatimizce ilk derece mahkemesinin kararı yerindedir. Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.corpus.com.tr#!/Yargıtay, ET. 10.12.2020>; ayrıca aynı yönde bkzn. İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 528.

olayda 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında hatanın kaçınılabilir olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Buna göre olay gece vakti karanlık bir yerde gerçekleşmekte ve sivil giyimli olan polis memuru sadece şahsa doğru koşmaktadır. 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin üçüncü fıkrasının gerekçesinde:

“Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.” denilmektedir.

Gerekçeden yola çıkılırsa, faile işlenen suçun cezası verilecek ve hata kaçınılabilir de olsa bu husus somut cezanın belirlenmesinde etkili olacaktır. Kaçınılabilirlik failin kusuru üzerinde etkili olmayacaktır. Hata kaçınılabilir ise kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak yani hatası failin kusuru üzerinde etkili olmayacak ve fakat hatası failin temel cezasının belirlenmesinde dikkate alınacaktır.⁶³⁷ Bu halde hakim faili kasten öldürme ve yaralamadan cezalandıracaktır. Ancak yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, kaçınılabilirlik bir anlamda dikkatsiz ve özensiz davranma hali olarak taksir kapsamında ele alınırsa fail sadece taksirle öldürmeden sorumlu tutmak mümkün olabilecektir.

Benzer bir örnekte, Kahramanmaraş'ta yakalanan PKK'lı iki terörist sorgusunda; Doğanşehir, Hekimhan, Pötürge ilçelerinde üç PKK timinin gizlice sızdığını ve bunların eylem yapacağını beyan eder. Bunun üzerine kolluk kuvvetleri teyakkuza geçer. Pötürge Tepehan Jandarma Karakolunda nöbet tutan er gece vakti uzak tepeden yaklaşan bir ışık fark eder. Durumdan haberdar edilen karakolda bulunan tüm askerler silahlarını ışığın geldiği yöne doğrultarak siper alır. Bazı beyanlara göre dur ihtarına rağmen ışık durmaz bazı beyanlara göre ise PKK'lıların geldiği düşüncesiyle ışığın geldiği yöne doğru seri atışlar yapılır. Yapılan atışlar sonrasında ışık ve hareket durur. Gün ağardığında yapılan kontrolde, iki yaşlı köylünün cesediyle karşılaşılır ve iki yaşlı adamın bayram namazına giden köylüler olduğu ortaya çıkar. Somut olayda, yerel mahkeme 765 sayılı TCK'nin 450'nci maddesinin beşinci fıkrası ile 463 ve 50'nci maddeleri uyarınca jandarma erler insan öldürme suçundan mahkum edilir. Ancak Yargıtay 1. Ceza Dairesi, Jandarma Teşkilat Nizamnamesi'nin 27'nci maddesi ile 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetler İç Hizmet Kanunu'nun 87'nci, 4'üncü maddesinin ikinci fıkrası ve 6'ncı maddeleri gereğince sanık jandarmaların kanunun

⁶³⁷ Mustafa ÖZEN 2019, age s. 522.

hükmünü icra ettiğini ve dolayısıyla fiillerin hukuka uygun olduğunu, somut olayda zaruret halinin sınırının aşılmadığını kabul ederek hükmü bozar.⁶³⁸ Somut olay tahlil edildiğinde, görülmektedir ki, aslında jandarma erlerin tasavvur ettiği gibi bir saldırı durumu söz konusu değildir ve dolayısıyla eylemin bir hukuka uygunluk nedeni kapsamında gerçekleştirildiğinden bahsedilemeyecektir. Ancak görevli jandarmalar kendilerine yönelik bir saldırı olacağı zannı içerisinde ve tamamen hukuka uygun olarak hareket ettiklerini düşünerek öldürme fiilini gerçekleştirmiştir. Diğer bir anlatımla somut olayda meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hata edilmiştir. Kanaatimizce söz konusu hata kaçınılabilir bir hatadır ve jandarma erlerin insan öldürme suçuna ilişkin kastını ortadan kaldıracaktır. Ancak taksirle öldürme suçundan dolayı sorumluluklarına gidilmesi gerekmektedir.

ÖZGENÇ, işlediği fiil açısından bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartları objektif olarak gerçekleşmiş olmasına rağmen, failin bu şartların gerçekleşmiş olduğunun farkında olmaması halinde, failin fiiline ilişkin suça teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre, objektif olarak hukuka uygunluk sebebi mevcut olsa da failin hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarının gerçekleştiği bilinciyle hareket etmediği için, fiilin haksızlık olarak gerçekleştiğini kabul etmek gerekecektir.⁶³⁹

Kanaatimizce hukuka uygunluk nedenlerinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırma nedeni fiil ile hukuk düzeni arasında bir çatışmanın olmamasıdır. Davranış nedeniyle ortaya çıkan sonuçta sosyal zarar bulunmamaktadır. Fiil ile hukuk düzeni arasında bir çatışmanın olmamasının, fiilin hukuka uygun olmasının nedeni ya hukuki menfaatin olmaması ya hukuki menfaatin üstünlüğü ya da hukuki menfaatin eşitliği prensiplerine dayandırılmaktadır. Bu durum menfaatler çatışması düşüncesi

⁶³⁸ Bir başka örnekte Yargıtay Ceza Genel Kurulunca 31.10.2017 tarihinde verilen 2014/259 E., 2017/449 K. sayılı kararında “Sanığın görev ve sorumluluğunun kendisine verilen talimatlar doğrultusunda iş makinasını kullanmakla sınırlı olması, yol genişletme çalışmasını kendisine verilen etüt çalışma planı doğrultusunda gerçekleştirmesi ve bu etüt planında katılanın arazisinin çalışma alanı içerisinde gösterilmesi karşısında; çalışma sınırlarına dahil edilen arazilerin sahiplerinin müdahaleye rızalarının olup olmadığını ayrıca araştırma ve sorgulama yükümlülüğü bulunmayan sanığın bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları da nazara alındığında; sanığın katılanın arazisinde çalışma yapılması konusunda rızası bulunduğu dair TCK'nun 30/3. maddesi anlamında kaçınılmaz bir hataya düştüğü ve bu kaçınılmaz hatanın atılı mala zarar verme suçuna yönelik kastını ortadan kaldırdığı anlaşıldığından, hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği kabul edilmelidir.” şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat>, ET. 14.12.2020; Osman ŞİRİN (2005), “Silah Kullanan Kolluk Görevlileri Hakkında Verilen Yargıtay Kararları”, *Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi*, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları 6, No: 6, İstanbul, s. 83 vd.; İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 528-529.

⁶³⁹ age s. 530.

kapsamında açıklanabilecektir. Bu düşünceye göre, hukuk düzeni çatışan iki menfaat arasında ve bu menfaatler sadece bunlardan birinin diğerinin pahasına kurtarılmasının mümkün olduğu durumlarda, yüksek olarak değerlendirilen menfaate göre diğerinden vazgeçer. Bu doğrultuda, davranış bütün bir hukuk düzeni tarafından korunmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin ortak sonucu bunların davranışın hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırmasıdır.⁶⁴⁰

Nitekim hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olmasının özü de esasen bu düşünceden doğmaktadır. Hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu somut olayda fiil toplum menfaati ile çelişmemektedir. Toplum menfaati zarar görmediği takdirde devletin fiili yaptırıma bağlamasının da gereği olmayacaktır. Örneğin, meşru savunmada saldırıya uğrayanın menfaati karşısında saldıranın da menfaati bulunmaktadır. Kanun koyucu tecavüz edenin menfaati karşısında, tecavüze uğrayanın menfaatini daha üstün tutmuştur. Meşru savunma kapsamında hareket edenin fiili bu kapsamda anti sosyal değildir. Hukuka uygunluk nedeni içinde olan şahıs suç işlemek amacıyla hareket etmemektedir. Dolayısıyla kusuru bulunmamaktadır. Ancak bu davranışın cezalandırılmamasının nedeni manevi unsurdan öte, fiilin mevcudiyeti ve objektif unsurla ilgilidir. Bunlar yapıları gereği objektif etkiye sahiptir. Suç işlediğine inanan kişinin fiili bir hukuka uygunluk nedeni kapsamında ise hatasından yararlanacak, fiili hukuka uygun kabul edilecek ve suç olmayacaktır. Bu doğrultuda, işlediği fiil açısından bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartları gerçekleşmiş olmasına rağmen, bu şartların gerçekleşmiş olduğunun farkında olmayan kişinin davranışı teşebbüs açısından dahi olsa sorumluluğunu gerektirmeyecektir.⁶⁴¹

⁶⁴⁰ Elvan KEÇELİOĞLU (2010), “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.: 87, Ankara, s. 302.

⁶⁴¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 1985/56 E. 1985/340 K. sayılı 10.06.1985 tarihli kararında “...Aslında, sanık eşinin rıza göstereceğine inandığı için, ihtiyaç duydukları parayı onun imzasını taklit ederek bankadan çekmiştir. Nitekim sanığa bu ödemenin yapıldığına ilişkin dekont kendisine gönderilmesine rağmen, müdahil aylarca sesini çıkarmamış, bu ödemeye rızası olduğunu ‘zımnî’ bir şekilde belirtmiştir. Sonradan, kocasıyla arası bozulan müdahilin, ‘aile sırrı’ olarak kalması gereken bu olayı ortaya atarak, suç işleme kastıyla hareket etmediği açıkça ortaya çıkan sanığın cezalandırılması için çaba göstermesi ve yargı mercilerini bu çeşit emellerine alet etmeye çalışması, yasalaramızca himayeye elverişli davranışlar olarak kabul edilmeyeceğinden, temyiz itirazının kabulü ile direnme hükmünün değişik gerekçe ile bozulmasına ve sanığın beraatine karar verilmelidir.” denilmektedir. Vural SAVAŞ ve Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU (1995), *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, C.: I, Ankara, s. 573; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 66; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 363.

3.4.3.2. Kusurluluğu Kaldıran ya da Azaltan Diğer Nedenlerde Hata

Kusurluluğu kaldıran ya da azaltan diğer nedenler ile kastedilen cebir-şiddet, korkutma ve tehdit ile haksız tahriktir. Burada fail, hukuka uygunluk nedenlerinden farklı olarak hukuka aykırı hareket etmekte, ancak fail davranışı nedeniyle kusurluluk müessesesi kapsamında değerlendirilememekte, bu değerlendirme adil görülmemektedir.⁶⁴²

Her ne kadar 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişinin bu hatasından yaralanacağı düzenlenmiş olsa da ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan mezkûr Kanunda düzenlenen her nedenin, niteliği gereği fiili hatanın konusu kapsamına girmesi mümkün bulunmamaktadır. Örneğin, 5237 sayılı TCK'nin 28'inci maddesinde, karşı koyamayacağı ve kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Anılan düzenleme uyarınca maddi cebir nedeniyle suç işleyen fail bundan dolayı sorumlu olmayacak, bu kişi üzerinde cebir ve şiddet kullanarak suç işlenmesine neden olan kişi suçun faili sayılacaktır. Konu fiili hata kapsamında ele alındığında ise cebir ve şiddet altında suç işleyen kimsenin cebrin, şiddetin varlığı hususunda hataya düşmesi mümkün olmayacaktır. Maddi cebir iradeyi zorlayan bir hal değil, iradeyi tam anlamıyla ortadan kaldıran bir durumdur. Davranışın kişiye izafe edilemediği, esasında cebir ve şiddet eylemi içerisinde suç işlenmesine neden olan kişiye izafe edilen bu durumda, kişinin tasavvurunda hata etmesi mümkün değildir.⁶⁴³

Aynı maddede yine ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak düzenlenen tehdit ise bir kimsenin ileride gerçekleştirilecek bir kötülükten kendisini veya başkasını kurtarmak için suç işlemek zorunda bırakılmasıdır. Tehdit geleceğe ilişkin bir kötülük vaadidir. Kişi bir seçim ile karşı karşıya bırakılmaktadır. Ya gelecekte kötülüğe razı olacak ya da bu kötülüğe maruz kalmamak için kendisini kötülük ile tehdit eden kişinin işlenmesini istediği suçu işleyecektir.⁶⁴⁴

Tehdit edilen kişi suçu işlemek ve işlememek arasında bir ikilem yaşamakta ve seçim yapmak zorunda bırakılmaktadır. Hata sonucu kendisine yönelen bir tehdidin bulunduğu düşünülen kimsenin hatası kaçınılmaz olduğu takdirde bundan dolayı

⁶⁴² Elvan KEÇELİOĞLU 2010, agm s. 304.

⁶⁴³ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 72.

⁶⁴⁴ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 465-466.

sorumlu olmayacaktır.⁶⁴⁵ Örneğin, zengin bir ailenin yaşadığı yalıda hizmetçiye, bazı kişilerce kızının elinde olduğunu söyleyerek bir kız çocuğu sesi dinletilmesi, gece hırsızlık yapmak amacıyla kapıyı açık bırakmasının istenmesi, aksi takdirde kızının öldürüleceği şeklinde korkutulması durumunda hizmetçinin kapıyı açık bırakması, sessiz kalması ve gece vakti konutta hırsızlık suçunun işlenmesine sebebiyet vermesi durumunda hizmetçi psikolojik cebir olarak da adlandırılan tehdit altındadır. Dinletilen çocuk sesi kızına ait olmadığı takdirde esasında gelecekte gerçekleşecek bir tehdit altında da bulunmamakta, hataya düşürülmektedir. Dolayısıyla bu hata kaçınılmaz olduğu takdirde hizmetçinin bahsi geçen hırsızlık suçu kapsamında cezai sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmayacaktır.⁶⁴⁶

Burada üzerinde durulması gereken ve esasında daha sık örneğine rastlanması mümkün olan cezayı azaltan neden ise haksız tahriktir. Haksız tahrikin koşulları bulunmamasına rağmen, koşulların olduğu tasavvuruyla davranışta bulunmuş olan fail, cezayı azaltan nedenlere ait maddi koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşerse bu hatasından yararlanacaktır. Diğer bir anlatımla, haksız tahrikin koşullarında kaçınılmaz hataya düşen fail, haksız tahrik hükmünden yararlanacak ve cezası indirilerek hükmolunacaktır. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise yani fail dikkatli ve özenli davransaydı haksız tahrikin koşullarının oluşmadığını bilebilecek durumdaysa, artık hata kaçınılabilir kabul edilecek ve fail haksız tahrik hükmünden yararlanamayacaktır. Örneğin, kendisine küfreden kişiyi dövmek için gece vakti geçeceği yol üzerinde bekleyen fail, yoldan geçenin görünüşü olarak kendisine küfreden şahsa benzeyen kardeşi olduğunu fark etmeyip onu yaralasa, kaçınılmaz hata içerisinde olduğu kabul edilebilirse fail bakımından haksız tahrik hükmü uygulanacaktır. Ancak fail gerekli dikkat ve özeni göstererek gece vakti de olsa yoldan geçenin küfreden şahsın kardeşi olduğunu fark etmesi mümkün ise artık haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır.⁶⁴⁷

Bu başlık altında ele alınması gereken bir diğer husus ise somut olayda hem ağırlatıcı sebebin hem de haksız tahrikin birlikte gerçekleşmiş olması ihtimalidir. Örneğin, A her gün kendisini döven babasını öldürmek isterken hata ile annesini öldürür. Bu durumda ise 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin ikinci fıkrası

⁶⁴⁵ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2021, age s. 662.

⁶⁴⁶ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 72-73; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 437-438.

⁶⁴⁷ Veli Özer ÖZBEK 2008, agm s. 93; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2021, age s. 663.

kapsamında hem işlenen hem de işlenmek istenen suçlardaki ağırlatıcı sebepler A'ya uygulanmayacak, ancak buradaki hata kaçınılmaz olduğu takdirde yukarıda yapılan açıklamalar kapsamında haksız tahrik indiriminden yararlanacaktır. Bu konuda 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK arasında bir fark bulunmaktadır. 765 sayılı TCK'nin 52'nci maddesi “*Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlenmiş gibi telâkki olunarak fail, cürmün tazammum edebileceği esbabı muhaffifeden istifade eder.*” düzenlemesini ihtiva etmektedir. Ancak meri Kanunumuzda failin indirim sebebinden faydalanabilmesi ancak hatanın kaçınılmaz olmasına bağlı kılınmıştır.⁶⁴⁸

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler, 5237 sayılı TCK'de yukarıda sayılı nedenlerle sınırlı bulunmamaktadır. Bu bölümde sadece ceza sorumluluğunu kaldıran ya da hafifleten genel nedenlere değinilmiştir. Kanunda ayrıca özel hükümler arasında ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan özel nedenlere de yer verilmiştir. Yukarıda yapılan açıklamalarımız ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan özel nedenler bakımından da geçerli olacak ve failin hatası kaçınılmaz olduğu takdirde, fail hatasından yararlanacaktır. Örneğin, aynı evde yaşadığı babasına ait olduğunu düşünerek, evlerine yatılı misafir olarak gelen üçüncü kişinin cüzdanını çalan çocuk, 5237 sayılı TCK'nin 141'inci maddesi kapsamında hırsızlık suçunun kanuni unsurları gerçekleşmiş olsa bile, Kanun'un 167'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde düzenlenen suçun “*Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın*” zararına işlenmesi şahsi cezasızlık nedeninden yararlanacaktır.⁶⁴⁹

3.4.3.3. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusurluluğu Kaldıran ya da Azaltan Nedenlerin Maddi Koşullarında Hata Ayrımı

Hukuka uygunluk nedenleri ile ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan sebeplerin koşullarının gerçekleştiği hususunda hata kavramı tartışılırken, hatanın suçun haksızlık unsuru kapsamında mı yoksa kusur kapsamında mı değerlendirileceği hususunda çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bunlar; kast teorisi, suçun negatif unsurları teorisi, katı kusur teorisi ve sınırlandırılmış kusur teorisidir. Esasen sayılan bütün teorilerin sonucunda hata, ya tipikliğin manevi unsurlarından birini teşkil eden kastı

⁶⁴⁸ Veli Özer ÖZBEK 2008, agm s. 93.

⁶⁴⁹ Devrim GÜNGÖR 2007, agm s. 73.

kaldırıp taksirli sorumluluk hali saklı kalmakta yahut kusur seviyesinde bir hata olarak kabul edilerek sorun hukuki hataya ilişkin kurallar çerçevesinde çözümlenmektedir.⁶⁵⁰

Sayılan teorilerden katı kusur teorisi istisna olarak tutulacak olursa hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın kastı ortadan kaldırdığı, taksirli sorumluluk halinin saklı olduğu öğretilerde yaygın olarak kabul edilmektedir. Ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenlerde hatada ise hata kaçınılmaz olduğu takdirde kişinin kusurundan bahsedilememektedir. Dolayısıyla hatası kaçınılmaz olan kişinin kusurunda bahsedilemeyeceği için hakkında herhangi bir cezaya da hükmedilemeyecektir. Katı kusur teorisinde ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarının gerçekleştiği hususundaki hata kusurluluğu ortadan kaldırmaktadır.⁶⁵¹

Türk öğretisinde ÖZGENÇ,

“... bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında yanılığa düşülmesini, işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği hususundaki yanılığa ile karıştırmamak gerekir. Haksızlık yanılığının söz konusu olduğu hallerde işlenen fiilin maddi oluşumuna ilişkin bütün hususlar bilinmektedir. Fakat bu fiilin toplumda geçerli değerler sistemi açısından bir haksızlık teşkil ettiği hususunda yanılığa düşülmektedir. Kısaca ifade edecek olursak; haksızlık yanılığı bir değerlendirme yanılığından ibarettir. Bu itibarla, haksızlık yanılığı işlenen fiile ilişkin kastın varlığı üzerinde bir etki icra etmez. Buna karşılık bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında yanılığa düşülmesi halinde; işlenen fiilin esasta bir haksızlık teşkil ettiği bilinmektedir. Fakat, işlenen fiili müşahhas olayda hukuka aykırı olmaktan çıkararak bir maddi sebebin varlığı hususunda yanılığa düşülmektedir. Dolayısıyla burada söz konusu olan yanılığa, bir maddi vakiyata ilişkindir. Bu itibarla; işlenen fiille alakalı olarak bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartları konusunda yanılığa düşülmesi halinde; failin bu fiile ilişkin kastının olmadığı ve dolayısıyla; kusur kapsamında değil, suçun manevi unsuru yani haksızlık kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktayız.”

demekte ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatayı kusur teorisi, ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan sebeplerde hatayı ise katı kusur teorisi kapsamında ele almaktadır.⁶⁵²

DEMİRBAŞ,

“TCK m. 30/3, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata yanında, kusurluluğu ortadan kaldıran ve azaltan nedenlerin maddi şartlarında hatayı

⁶⁵⁰ Elvan KEÇELİOĞLU 2010, agm s. 310.

⁶⁵¹ agm s. 311.

⁶⁵² İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 521, 533; Elvan KEÇELİOĞLU 2010, agm s. 312.

da kapsamaktadır. Kanun koyucu, hukuka uygunluk nedenlerinin veya kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin maddi koşullarında hata arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır. Bu nedenle fail her iki durumda da hata kaçınılabilir ise, suçun kasıtlı şeklinden cezalandırılacak; fakat bu durum temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak; eğer hata kaçınılmaz ise, cezalandırılmayacaktır.”

demekte ve hem hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatayı hem de kusurluluğu ortadan kaldıran ve azaltan nedenlerin maddi koşullarında hatayı katı kusur teorisi kapsamında ele almaktadır.⁶⁵³

KOCA ve ÜZÜLMEZ de 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşenin bu hatasından yararlanacağına ilişkin kuralla hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen nedenlerin anlaşılması gerektiğini, ancak hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurları teorisini benimsediklerinden somut olayda failin maddi koşulları bilmesi gerektiğini, konuya ilişkin herhangi bir hüküm bulunmasa dahi hatanın kastı ortadan kaldıracığını ifade etmişlerdir. Bu minvalde, KOCA ve ÜZÜLMEZ de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatayı katı kusur teorisi dışında kalan teorilerle kapsamında çözümlenmeye çalışmışlardır.⁶⁵⁴

ÖZBEK, ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlerde hata kapsamında hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran ve etkileyen sebeplerin birlikte düzenlenmesinin uygun olmadığını, bununla birlikte hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın esaslı olması durumunda taksirli sorumluluğun söz konusu olduğunu, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında kaçınılmaz hatanın kusuru bütünüyle ortadan kaldırdığını, kaçınılabilir hatanın ise sadece kastı kaldırdığını ifade ederek benzer sonuca ulaşmaktadır.⁶⁵⁵

HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN,

“... Diğer hata hallerinde ‘kaçınılmaz hataya düşmekten’ söz edilmemiştir. Burada kaçınılmaz hataya düşmekten maksat, her halde hataya düşmesinin failin kendi kusurundan ileri gelmesidir. Hataya düşmesinde bir kusuru varsa, yani davranışında

⁶⁵³ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 435-436.

⁶⁵⁴ Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 301.

⁶⁵⁵ Veli Özer ÖZBEK 2008, agm s. 92.

gerekli özeni göstermemişse, fail, fiilinden sorumlu olacaktır... Her halde buradaki sorumluluk taksirli sorumluluktur.

Kanun 'ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlerden' söz etmektedir. Kanunun İkinci Bölümünün başlığı 'Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler'dir. Bu nedenler, hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu kaldıran nedenler, isnat yeteneğini azaltan veya kaldıran nedenler ve cezalandırılabilme şartlarıdır. Eğer hükmü kanunda olduğu biçimde alırsak, sıkıntılarla karşı karşıya kalırız... Bizce hükmün anlamını daraltmak gerekir. Isnat yeteneği ve cezalandırılabilme şartları konusunda düşülen hata veya bilmeme, ister kaçınılabilir olsun isterse olmasın, fail lehine değerlendirilemez. Bu demektir ki, söz konusu hüküm, hukuka uygunluk nedenleri ve fiili hata hariç, kusurluluğu kaldıran diğer nedenler üzerinde hataya düşmekle veya bilmemekle sınırlıdır."

Bu doğrultuda, yazarlar fıkranın kapsamını değerlendirirken hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatayı, kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerin dışında tutmakta ve düzenleme kapsamında ele almamaktadır. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatayı katı kusur teorisi dışında kalan teoriler kapsamında değerlendirmektedir.⁶⁵⁶

KEÇELİOĞLU ise kusurluluğu kaldıran ve etkileyen sebepler bakımından diğer yazarlarla aynı görüşü paylaşırsa da ilave olarak hukuka uygunluk nedenleri bakımından da katı kusur teorisini benimsemektedir. Yazara göre:

"... yasa koyucu 3. Fıkradaki düzenleme ile hukuka uygunluk sebeplerinin veya kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin maddi koşullarında hata durumunu da 'kusurluluk' kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Bu bakımdan her iki hal durumunda da hata kaçınılabilir ise fail suçun kasıtlı şeklinden cezalandırılacak ancak bu durum temel cezanın tayininde dikkate alınacaktır. Eğer hata kaçınılmaz bir hata ise, böyle bir hata durumunda ister kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin isterse hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında düşünün kimse cezalandırılmayacaktır. Dolayısıyla biz katı kusur teorisinin çözümüne katılmaktayız. Nitekim maddenin gerekçesi incelendiğinde yasa koyucunun katı kusur teorisi kapsamında bir çözümlene yaptığı görülmektedir."⁶⁵⁷

Kanaatimizce 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin üçüncü fıkrası hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşulları ile kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan

⁶⁵⁶ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2018, age s. 299.

⁶⁵⁷ Elvan KEÇELİOĞLU 2010, agm s. 315.

sebeplerin maddi koşullarında hatayı aynı kapsamda ele almaktadır. Esasen öğretilerde ağırlıklı görüş ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan sebeplerde hata başlığının her iki müesseseyi birlikte ele aldığı noktasındadır. Ancak kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerle hukuka uygunluk sebepleri arasındaki ayrımın önemi burada karşımıza çıkmaktadır. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin maddi koşullarında hata durumunda eğer hata kaçınılmaz ise fail ceza almayacaktır. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise fail suçun cezasından sorumlu olacak ancak cezası indirilecektir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata durumunda ise bu durum kastı ortadan kaldıracak ancak söz konusu fiil ile ilgili taksirli sorumluluk hali saklı kalacaktır. Bu doğrultuda somut olayda hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin açıkça ortaya konulması ve buna göre sorumluluğun belirlenmesi önem taşıyacaktır. Bu durumda gerekli olan, bu kurumlar arasında ayrıma gidilmesi ve sorunun farklı bentlerde ve her iki müesseseye uygun olarak çözüme kavuşturulmasıdır. Dolayısıyla, 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin üçüncü fıkrasının lafzının ve maddenin sistematik yerinin ceza hukuku müesseselerine ilişkin yorumu kaldırır mahiyette katı olarak ele alınmasının uygun olmayacağını değerlendiriyoruz.

Nitekim kanun koyucu her ne kadar 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında her iki müesseseye ilişkin maddi koşullarda hatayı birlikte ele almış olsa da 5271 sayılı CMK'de her iki müesseseye bağlanan sonuç bakımından ayrıma gitmiştir. Yapılan yargılama sonunda olayda hukuka uygunluk sebeplerinden birinin varlığı hususunda bir yargıya varılacak olursa beraat kararı; kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerden birisinin bulunduğu kanaati uyanırsa ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar verilecektir. Diğer bir anlatımla, aynı kanun koyucu tarafından ceza hukukunun her iki müessesesi bakımından yoruma izin vermeksizin dogmatik bir düzenleme yapıldığının kabulü mümkün görülmemektedir.

3.4.4. Şahısta Hata

Şahısta hata, failin kastettiği neticenin istediği kişi üzerinde değil de hataya düşmesi neticesinde bir başkasının üzerinde gerçekleşmesi durumudur.⁶⁵⁸ Daha önce açıklanmaya çalışılan unsur hatasında, cezayı ağırlatıcı ve hafifletici sebeplerde hata esasen şahısta hatayı da kapsamaktadır. Ancak sayılan durumlarda her zaman şahısta

⁶⁵⁸ Mustafa ÖZEN 2019, age s. 505; İzzet ÖZGENÇ 2021, age 704.

hata durumunun da bulunması söz konusu olmayacaktır. Örneğin, A'nın babası B yerine gece vakti hataya düşerek arkadaşı C'yi öldürmesi durumunda şahısta hata durumuyla birlikte gerçekleştirilmek istenen suç bakımından ise ağırlatıcı sebep bulunmaktadır. Ancak A'nın arkadaşı C'yi öldürmek isterken gece vakti hataya düşerek C'nin kardeşi E'yi öldürmesi durumunda ise şahısta hata durumu söz konusu olup, herhangi bir ağırlatıcı sebep bulunmamaktadır.⁶⁵⁹

Şahısta hata mahiyeti itibari ile daha sonra ele alacağımız hedefte sapmadan farklı bir nitelik arz etmektedir. Şahısta hata halinde, hata kastın oluş safhasında etkisini göstermektedir. Kastın yanlış bir şekilde ortaya çıkmasına neden olur. Şahısta hatada fail, bir kişiyi başka bir kişi ile karıştırmakta ve yanlış kişiyi hedef almaktadır. Esasen hedef alınan kişi ile mağdur aynı kişidir, ancak failin kastettiği kişiden farklıdır.⁶⁶⁰ Sapmada ise hata kastın oluşundan sonra ortaya çıkar, yani kast herhangi bir hata olmaksızın meydana geldikten sonra failin kullandığı araçtan, dış dünyadan kaynaklanan vs. bir nedenden ötürü netice failin kastettiği kişi üzerinde değil başka bir kişi üzerinde gerçekleşmektedir yahut netice failin kastettiği kişi ile birlikte bir başka kişi üzerinde de gerçekleşmektedir. Diğer bir anlatımla netice failin istediğinden farklı gerçekleşmektedir.⁶⁶¹

Ceza hukukunda mağdurun şahsı, suçun ortaya çıkması bakımından önemsizdir. Fail davranışı ile bir ceza normunu ihlal etmiştir. Örneğin insan öldürme suçunda mağdurun şahsının suçun gerçekleşmiş sayılıp sayılmaması bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Ceza normunun koruduğu bir insanın yaşam hakkıdır ve farklı bir kişi de olsa fail, bir insanın yaşam hakkına son vermektedir. Nitekim şahısta hata durumu esaslı sayılmamakta ve failin kastını etkilememektedir. Her iki konu da ceza hukukunda aynı önemi haiz olup, aynı değerdeki konu üzerinde hata failin cezalandırılması bakımından önemsiz olacaktır. Benzer şekilde hırsızlık suçu bakımından da önemli olan bir başkasına ait olan malın çalınmış olmasıdır. Malın kime ait olduğunun bir önemi bulunmamaktadır.⁶⁶²

5237 sayılı TCK'de şahısta hataya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun'un 30'uncu maddesinin gerekçesinde "*şahısta hata*" aslında maddenin birinci ve ikinci fıkrası kapsamında düşünülmesi gereken bir durum

⁶⁵⁹ İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 524-525.

⁶⁶⁰ Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 470.

⁶⁶¹ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 349.

⁶⁶² Veli Özer ÖZBEK 2008, agm s. 93; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 75-76.

olarak ifade edilmiş ve bu hususa ilişkin özel düzenleme yapılması gereksiz görülmüştür. 765 sayılı TCK'nin 52'nci maddesinde ise:

“Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlenmiş gibi telakki olunarak fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffeden istifade eder.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Şahısta hatanın failin ceza sorumluluğuna etkisi bakımından hem mülga Kanun hem de meri Kanun arasında herhangi bir uygulama farklılığı bulunmamaktadır. Şahısta hata halinde failin davranışından dolayı kasten sorumlu tutulması, mağdurun kimliğinden kaynaklanan hafifletici ve ağırlatıcı nedenlerin cezanın belirlenmesinde failin lehine olacak biçimde dikkate alınması her iki kanunun da kabulü olmuştur.⁶⁶³

Diğer bir anlatımla şahısta hata halinde, suçun pasif süjesi mağdurun şahsından kaynaklanan ağırlatıcı sebepler faile yüklenemeyecektir. Çünkü fail bu adamı öldürmeyi istememiştir. Sorun failin iradesi lehine çözümlenmektedir. Asıl hedefinde bulunan mağdura ilişkin ağırlatıcı sebepler de kendisine yüklenemeyecektir. Çünkü fail bu adamı öldürmemiştir. Zarar gerçekleşmemiştir. Aksini kabul failin niyetini cezalandırmak anlamına gelecektir. Ancak failin işlemek istediği suçta bir hafifletici neden varsa, şahıstan kaynaklanan hafifletici nedenlerden de fail faydalanacaktır. Örneğin failin öldürmek istediği şahıs, faili haksız olarak tahrik etmişse fail bir başka kişiyi öldürmüş olsa bile haksız tahrik indiriminden yararlanacaktır.⁶⁶⁴

Diğer taraftan, şahısta hata halinde *“tek neticeli hata”* durumu söz konusudur. Tek neticeli hata failin asıl kastettiği netice yerine, başka bir neticeyi gerçekleştirmesi durumudur. Meydana gelen netice tektir, ancak failin kastettiği kişiden başka bir kişi üzerinde gerçekleşmiştir. Failin hem gerçekleştirmek istediği hem de gerçekleşen suçlardan ayrı ayrı sorumlu tutulmaması, 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca failin iradesine üstünlük tanınması gerekmektedir. Fail gerçekleşen suçtan gerçekleştirmek istediği suç gibi cezalandırılacaktır.⁶⁶⁵

Suçun pasif süjesinin şahsından kaynaklanan ve failin cezasını ağırlaştırıcı veya hafifleten nedenlerde hatanın failin cezai sorumluluğu üzerindeki etkisi daha önce *“Suça Etki Eden Nedenlerde Hata”* başlığı altında farklı ihtimallere göre

⁶⁶³ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAŞIZ 2021, age s. 427; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 76.

⁶⁶⁴ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 475.

⁶⁶⁵ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 437; Veli Özer ÖZBEK 2008, agm s. 93.

detaylıca ele alındığından burada ayrıca irdelenmemekte ve sadece “şahısta hata”nın hata kurumu içerisindeki anlamı ve etkisi üzerinde durulması yeterli görülmektedir.

3.5. SAPMA

Sapma, failin failinden kaynaklanan nedensel sürecin fail tarafından tasavvur edilenden farklı gelişim göstermesidir. Failin asıl kastettiği netice yerine başka bir neticeyi gerçekleştirmesinde yahut failin asıl kastettiği neticeyle birlikte başka bir neticenin gerçekleşmesinde sapma söz konusudur. Kısaca sapma, iradenin gerçekleşme yolunu değiştirmektedir ve failin davranışına ilişkin netice, istenen konu üzerinde değil başka bir konu üzerinde yahut istenen konu ile birlikte başka bir konu üzerinde de meydana gelmektedir.⁶⁶⁶

Sapma 765 sayılı TCK'nin 52'nci maddesinde düzenlenmiş ve fail suçu hangi konu üzerinde gerçekleştirmek istiyorsa, o konu üzerinde gerçekleşmiş gibi cezalandırılması öngörülmüştür. Bunun için her iki konunun aynı değerde olması aranmıştır.⁶⁶⁷

5237 sayılı TCK'de ise sapma hataya ilişkin 30'uncu madde kapsamında değerlendirmemiş fikri içtimaya ilişkin 44'üncü madde kapsamında ele alınmıştır.⁶⁶⁸ Kanaatimizce sapma halinde bazı durumlarda birden fazla netice gerçekleşmesi ihtimali söz konusu olduğundan, konunun fikri içtima içerisinde değerlendirilmesi ceza siyaseti açısından her zaman doğru ve adalete uygun sonuç vermeyecektir. Ayrıca, hedefte sapma nedeniyle birden fazla sonucun meydana geldiği hallerde fikri

⁶⁶⁶ Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 428; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 477; Veli Özer ÖZBEK 2008, agm s. 94.

⁶⁶⁷ agm s. 94.

⁶⁶⁸ 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin gerekçesinde “...hedefte sapma hâli ile ilgili olarak bu madde kapsamında düzenleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Çünkü hedefte sapma hâlinde bir hata söz konusu değildir. Bu durumda suçların içtimai hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorun söz konusudur. Nitekim, uygulamada da hedefte sapma, suçların içtimai ve özellikle fikri içtima bağlamında ele alınmaktadır.”; 44'üncü maddesinin gerekçesinde “...Gerek doktrinde gerek uygulamamızda, hedefte sapma durumunda da fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği konusundaki görüş hakimdir. Bu nedenle, kanuni düzenlemede hedefte sapmanın şahısta yanılma ile birlikte değerlendirilmesinden vazgeçilmiştir. Örneğin bir kişiyi yaralamak için fırlatılan sopa, mağduru yaraladıktan sonra veya mağdura isabet etmeden vitrin camına çarparak kırılmasına neden olabilir. Bu durumda, sopa fırlatma fiiliyle hem tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış kasten yaralama suçu hem de başkasının malına zarar verme suçu işlenmiş olmaktadır. Aynı şekilde, bir kişiyi öldürmek için ateşlenen silahtan çıkan kurşun, mağdura isabet etmeden duvara çarpması nedeniyle sekerek bir başkasının ölümüne veya yaralanmasına neden olabilir. Bu durumda, hedeflenen kişi açısından kasten öldürme suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır; ancak, sekme sonucunda ölümüne veya yaralanmasına neden olunan kişi açısından ise, taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçu işlenmiş olmaktadır. Bu gibi durumlarda kişi işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olmaktadır ve bu suçlardan en ağır cezayı gerektireni ile cezalandırılmasıyla yetinilmelidir.” denilmektedir.

içtimaya ilişkin hükümlerin uygulanmasının öngörülmesi teorik açıdan da uygun olmayacaktır. Fikri içtimada, tek bir fiilin birden fazla suçu ortaya çıkarması gerekmektedir. Fiil, sırf davranış suçlarında tipik davranıştan, sonuçlu suçlarda ise davranış, sonuç ve bunlar arasındaki nedensellik bağından oluştuğuna göre, fiilin tekliğinden bahsedebilmek için sırf davranış suçlarında hareket veya ihmal şeklindeki davranışın, sonuçlu suçlarda ise sonucun tek olması gerekmektedir.⁶⁶⁹ Örneğin fail, elindeki sopayı kaldırdığı anda arkasındaki evin camını kırmış, A'yı öldürmek amacıyla sopayı sertçe indirdiğinde araya girmeye çalışan B'yi öldürmüş ve A'nın da yaralanmasına sebep olmuş olabilir. Bu örnekte de tek bir hareket ancak meydana gelen üç farklı netice bulunmaktadır. Dolayısıyla dış dünyada sonuç üç tane olduğundan, üç ayrı fiil meydana getirilmiş olur. Mala zarar verme, taksirle ölüme sebep olma ve kasten öldürmeye teşebbüs aşamasında kalmış üç farklı suç söz konusu olmaktadır. Somut örnek dikkate alındığında konunun en ağır suçun cezası öngörülen fikri içtima içerisinde çözümlenmesinin uygun olmayacağı kanaatindeyiz.⁶⁷⁰

Bununla birlikte, hata her zaman iradenin biçimlendiği esnada ortaya çıkmayabilmektedir. Failin tasavvurunun fiile dönüştüğü anda da ortaya çıkabilir. Burada failin tasavvuru ile gerçeklik arasında bir uyumsuzluk değil, failin tasavvur ettiği netice ile gerçekte ortaya çıkan netice arasında bir uyumsuzluk vardır. Failin fiilini icrada yeterli beceriye sahip olmaması durumu söz konusudur. Sapma olarak tanımlanacak bu durum failin iradesinden bağımsız olarak gelişmektedir. Sapma hedefte, nedensellik bağında veya suçta olabilecektir.⁶⁷¹

3.5.1. Hedefte Sapma

Hedefte sapma, fiilin icrası sırasında ortaya çıkan bir nedene bağlı olarak suçun istenenen farklı bir kişi veya konu üzerinde gerçekleşmesi anlamına gelmektedir. 5237 sayılı TCK'de hedefte sapmaya ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.⁶⁷²

Failin kastettiği netice yerine başka bir neticenin ortaya çıkması, hatadan veya hedefte sapmadan doğabilir. Failin A zannederek, B'yi öldürmesi şahısta hataya örnek

⁶⁶⁹ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 94.

⁶⁷⁰ SOYASLAN tarafından konunun özel bir hükümlerle düzenlenmesinin, fikri içtima uyarınca en ağır suçun cezasının sapma halinde bir miktar daha artırılarak uygulanmasının ve mevcut hükmün yeniden gözden geçirilmesi önerilmektedir. Doğan SOYASLAN 2020, age s. 478.

⁶⁷¹ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2018, age s. 300; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 477; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 278.

⁶⁷² Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 92.

olarak gösterilebilecek; failin A'yı öldürmek isterken heyecanlanarak elinin titremesi nedeniyle A'nın yanında duran B'yi öldürmesi durumunda ise hedefte sapma söz konusu olacaktır. Suçun kastedilen kişi dışında başka bir kişi üzerinde gerçekleşmesi “şahısta hata” olarak değerlendirilecektir. Şahısta hata ile sapma arasındaki fark failin psişik durumundan kaynaklanmaktadır. Şahısta hata başlığı altında da ifade edildiği üzere şahısta hata kastın oluş aşamasında kendisini gösterirken, hedefte sapma da failin mağdurun kimliği üzerinde bir hatası bulunmamaktadır. Fail kastettiği kişinin şahsında hataya düşmemiş ancak bazı etkenler nedeniyle suçu kastettiği kişi üzerinde değil bir başka kişi üzerinde gerçekleştirmiştir. Eş anlatımla, hatada fail yanılığında davranışta bulunurken sapma da fail hataya düşmeksizin kastettiği şahıs üzerinde suçu icraya başlamış, davranışını kastettiği kişi üzerine yöneltmiş, ancak elinin titremesi, araya birinin girmesi, kişinin kendini gizlemesi yahut yere atması gibi kendisinden veya dış dünyadan kaynaklanan nedenlerle suç başka bir kişi üzerinde tamamlanmıştır. Esasen şahısta hata ve sapmada failin davranışı istediği değil, istemediği kişi üzerinde sonuç doğurmaktadır.⁶⁷³

Şahısta hata ile sapma görünüş ve mahiyetleri itibariyle esasında farklı unsurları ihtiva etse de her ikisi de aynı esasa tabi bulunmaktadır. Bu nedendir ki, şahısta hata ve sapma nedeniyle suçun başka bir kişi üzerinde gerçekleşmesi kusurluluğu kaldırıcı bir etki yaratmamaktadır. Ancak failin cezalandırılması bakımından 5237 sayılı TCK'nin gerekçesinde farklı iki uygulamanın benimsenmesi gerektiği ifade olunmaktadır.⁶⁷⁴

5237 sayılı TCK'nin gerekçesinde şahısta hatanın hataya ilişkin 30'uncu madde kapsamında çözümlenmesi gerektiği; hedefte sapmanın ise içtima hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir husus olduğu öngörülmektedir. Diğer taraftan, her iki durum 765 sayılı TCK'de birlikte ele alınmıştır. 765 sayılı TCK'nin 52'nci maddesi:

“Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürümü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunamaz. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlenmiş gibi telakki olunarak fail, cürümün tazammum edebileceği esbabı muhaffifeden istifade eder.” şeklindedir.

⁶⁷³ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 437; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 478; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAĞSIZ 2021, age s. 440-441.

⁶⁷⁴ Hakan HAKERİ 2019, age s. 465.

Düzenlemede yer verilen cürmün “bir hata ... yüzünden ... kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına...” işlenen suç şahısta hatayı, “veya sair bir arıza” ise hedefte sapmayı ifade etmektedir. Öğretide sapma halinde failin cezai sorumluluğunun belirlenmesi hususunda ileri sürülen farklı görüşlerin bulunması da dikkate alındığında, kanaatimizce 5237 sayılı TCK’de sapmayı düzenleyen bir hükme yer verilmemesinin eksiklik olduğu değerlendirilmektedir.

Hedefte sapma sonucunda, suçun istenenden farklı bir kişi veya konu üzerinde gerçekleşmesi gibi tek bir netice ortaya çıkabileceği gibi istenenle birlikte bir başka netice de ortaya çıkabilecektir. İlk durum “tek neticeli sapma”yı ikinci durumda ise “çok neticeli sapma”yı ifade etmektedir. Aşağıda her iki durum ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

3.5.1.1. Tek Neticeli Sapma

Tek neticeli sapma failin asıl kastettiği netice yerine, farklı bir neticenin gerçekleşmesi durumudur. Tek neticeli hedefte sapma halinde, fiilin icrası sırasında ortaya çıkan failden kaynaklanan veya kaynaklanmayan bir nedene bağlı olarak fail tarafından istenen sonucun istenenden başkası zararına gerçekleşmesi durumu söz konusudur.⁶⁷⁵ Örneğin fail mağdurun kimliğinde herhangi bir hataya düşmediği ve gerçekten A’ya ateş ettiği halde, elinin titremesi, mağdurun kendini sakınması veya araya birden üçüncü bir kişinin girmesi sebebiyle B’nin vurulmasında tek neticeli sapma durumu vardır.⁶⁷⁶

Hedefte tek neticeli sapmada fiil, bütün kurucu unsurları ile fail tarafından doğru şekilde bilinmekte ve istenmekte ancak heyecan, el titremesi gibi failden kaynaklanan bir nedene veya mağdurun eğilmesi, araya birinin girmesi gibi bir dış etkene bağlı olarak sonuç istenenden başkası üzerinde gerçekleşmektedir. Bu doğrultuda, sapmanın kast üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamakta olup, şahısta hata ile sapmayı ayıran psikolojik neden de esasında budur. Diğer bir anlatımla, sapmada şahısta hatadan farklı olarak, kast herhangi bir hata olmaksızın meydana geldikten sonra ortaya çıkan bir sebeple netice başka türlü gerçekleşmektedir.⁶⁷⁷

⁶⁷⁵ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 96

⁶⁷⁶ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 349.

⁶⁷⁷ Giovanni LEONE (1964), *Il Reato Aberrante (Artt. 82 e 83 Cod. Pen.)*, Jovene, Napoli, s. 51; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 349; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 96.

Tek neticeli sapma tıpkı şahısta hata durumunda da söz konusu olduğu gibi ortada bütün unsurları ile gerçekleşmiş olan bir suçun bulunmasına engel olmayacağından fail lehine cezayı ağırlatıcı sebeplerin uygulanmaması veya fail lehine hafifletici sebeplerin uygulanması durumu saklı kalmak kaydıyla failin cezai sorumluluğuna bir etkisi olmayacaktır. Çünkü benzer şekilde şahısta hatada da ifade ettiğimiz gibi sapma olmasaydı fiil suç teşkil etmeyecekti denilemeyecektir. Kanun önünde suçun farklı şahıslar üzerinde gerçekleşmesinin suçun oluşumu açısından bir farkı bulunmamaktadır. Kanun herkesi eşit ölçüde korumaktadır. Bu doğrultuda sapma nedeniyle suçun bir başka kişi üzerinde sonuç doğurmasının failin kusurluluğu üzerinde bir etkisi olmayacaktır.⁶⁷⁸

Sapma halinde, ortada sübjektif olarak işlenmesine kast olunan ve fakat gerçekleşmeyen bir suç; bununla birlikte işlenmesi kastedilmeyen ve fakat failden kaynaklanan veya bir dış etkene bağlı olarak objektif olarak gerçekleşmiş bulunan başka bir suç vardır. Sapma gerçekleşen suçu ortadan kaldırmamakta ve fakat sübjektif yöne üstünlük tanıyarak failin iradesi ile gerçek durum arasındaki uyumsuzluğu failin iradesi lehine çözümlenmektedir. Bu doğrultuda, fail komşusunu öldürmeye çalışırken komşusunun kendisini sakınması nedeniyle arkadaki babasını öldürdüğü takdirde, gerçekte ölen failin babası olduğu halde sanki komşusu ölmüş gibi kabul olunur ve failin cezai sorumluluğu komşusu ölmüş olsa nasıl çözülecek idiyse ona göre belirlenir.⁶⁷⁹

Hedefte sapmada fiil, bütün kurucu unsurları ile fail tarafından doğru şekilde bilindiğinden ve istendiğinden, taksirli suçlarda sapmadan söz edilmesi mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, hedefte sapmadan söz edebilmek için kast olunan suç ile objektif olarak ortaya çıkan suç arasında nitelik farkının bulunmaması gerekmektedir. Kastedilen suç ile objektif olarak gerçekleşen suç arasında bir nitelik farkının bulunması hedefte sapma kapsamında değil, suçta sapma kapsamında değerlendirilecektir.⁶⁸⁰

Tek neticeli sapma durumunda failin ne şekilde cezalandırılacağı hususu, sapma nedeniyle ortaya çıkan farklı sonucun, failin kasten gerçekleştirdiği davranışla birlikte değerlendirilerek tek bir fiil olarak mı kabul edileceği yoksa failin kasıtlı davranışının ve gerçekleşen sonucun ayrı mı değerlendirileceği kapsamında

⁶⁷⁸ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 350.

⁶⁷⁹ age s. 350.

⁶⁸⁰ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 96; İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 700.

tartışılmıştır. Bu tartışma kapsamında ifade edilen görüşlerden biri; esasında ortada gerçekte kastedilip de gerçekleşmeyen netice bakımından teşebbüs halinde kalmış kasıtlı bir suçun, diğeri ise aslında kastedilmeyen ancak taksirle ya da olası kastla gerçekleşen ayrı bir suç olmak üzere ikinci suçun bulunduğu ve failin sorumluluğunun buna göre belirlenmesi gerektiğine ilişkindir. Bu görüş özellikle Alman öğretisi tarafından kabul edilmiş ve uygulamada da ağırlık kazanmıştır.⁶⁸¹

Ancak bu görüşe karşı çıkılarak, mağdurun kimliğinin suçun esaslı bir unsuru olmadığı, bu nedenle failin fiile ilişkin kastının sapmadan etkilenmeyeceği ifade edilmiştir.⁶⁸² Bu görüşe göre, kasten öldürme veya kasten yaralama suçları bakımından kanun tarafından korunan değer sırasıyla A veya B'nin yaşam ve vücut bütünlüğü değil, bir insanın yaşam ve vücut bütünlüğüdür. Bu kapsamda, failin fiilini ve gerçekte objektif olarak ortaya çıkan neticeyi bir bütün olarak değerlendirmek ve bundan dolayı failin cezasını kastına göre belirlemek gerekir, fail esasında tek suç işleme kastına sahiptir denilmiştir. Esasında ortada tek bir netice ve bir suç vardır.⁶⁸³

Bu hususta ikinci sürülen ikinci bir eleştiri ise hedefte sapma halinde ortaya çıkan suçun taksirli şeklinin kanunda cezalandırılmaması ve bu kapsamda teşebbüse uygun bir suç olmaması durumunda ise failin cezasız kalması sonucunu doğuracağı şeklinde olmuştur.⁶⁸⁴ Örneğin, elinde yanan meşaleyi A'nın evine atacakken sapma sonucu B'nin evine atan ve evin yanmasına neden olan A, mala zarar verme suçunun taksirli şekli kanunda düzenlenmediğinden cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

Tek neticeli sapma durumunda failin cezai sorumluluğunun belirlenmesi bakımından ileri sürülen ikinci görüşe göre, faile kasten öldürmeye teşebbüsten ve kasten öldürmeden ceza verilmelidir. Bu görüş de tek bir fiil ayrı ayrı cezalandırmayı engelleyen fikri içtima hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Üçüncü görüşte ise failin ancak meydana gelmiş olan neticeden sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Fail kasten öldürmek istediği kişi yerine başkasını kasten öldürmekten cezalandırılmalıdır.⁶⁸⁵

5237 sayılı TCK'nin "*Hata*" başlıklı 30'uncu maddesinde fiili hataya ilişkin genel esaslara yer verilmiş, 765 sayılı TCK'den farklı olarak sapmaya ilişkin özel bir

⁶⁸¹ Ferrando MONTAVANI 2001, age s. 399; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 350; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 96; Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 439; İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 699; Hakan HAKERİ 2019, age s. 472.

⁶⁸² Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 429.

⁶⁸³ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 350; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 97.

⁶⁸⁴ Ferrando MANTOVANI 2001, age s. 399.

⁶⁸⁵ Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT 2020, age s. 439.

düzenlemeye yer verilmemiştir. Hükmün gerekçesinde hedefte sapma halinde bir hata durumunun söz konusu olmadığı, bu durumda suçların içtima hükümlerine göre konunun değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır. Bu açıklama esas alındığında, fiilin gerçekleştirilmek istenen konu dışında bir başka konu üzerinde gerçekleştiği durumlarda tek bir fiille birden fazla suçun oluşması nedeniyle, fikri içtima kuralları gereğince bunlardan hangisi daha ağır cezayı gerektiriyorsa fail bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır.⁶⁸⁶

Tek neticeli sapmada failin cezai sorumluluğunun fikri içtima kuralları kapsamında çözümlenmesi hususu öğretide farklı örneklerle ele alınmıştır. Birinci örnekte A'nın B'yi yaralamak kastıyla fırlattığı cismin B'ye isabet etmemesi ve hemen arkasındaki otomobile isabet ederek camının kırılmasına neden olması halinde, farklı neviden fikri içtimanın söz konusu olduğu olayda A'nın B'ye karşı işlemek istediği kasten yaralama suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı ve otomobil sahibine karşı olası kastla mala zarar verme suçunun söz konusu olduğu, somut olayda bu suçlardan hangisi daha ağır cezayı gerektiriyorsa o suçtan dolayı mahkumiyet hükmü kurulması gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁸⁷

İkinci örnekte A'nın B'yi öldürmek kastıyla ateşlediği silahtan çıkan merminin B'ye değil yanındaki C'ye isabet ettiği ve C'nin öldüğü olayda, A'nın B'ye karşı işlemeyi kastettiği öldürme suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı, C'ye karşı olası kastla öldürme suçunu işlemiş olduğu, A hakkında aynı neviden fikri içtimanın istisnasını oluşturan olay kapsamında gerçek içtima hükümlerine göre B'ye karşı teşebbüs aşamasında kalmış kasten öldürme suçundan, C'ye karşı olası kastla öldürme suçundan ayrı ayrı mahkumiyet hükmü kurulması gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁸⁸

Üçüncü örnekte A'nın B'yi öldürmek kastıyla ateşlediği silahtan çıkan merminin B'ye değil hemen yanındaki B'ye değil duvardan çarpıp sekmesi sonucunda C'ye isabet ederek C'nin yaralanmasına neden olan olayda, A'nın B'ye karşı işlemeyi kastettiği öldürme suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı, C bakımından ise taksirle yaralamaya sebebiyet verme suçunun olacağı, farklı neviden fikri içtima kuralları çerçevesinde bu suçlardan daha ağır cezayı gerektiren teşebbüs aşamasında kalmış

⁶⁸⁶ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2021, age s. 470; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2021, age s. 441.

⁶⁸⁷ İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 702.

⁶⁸⁸ age s. 702-703; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2021, age s. 442-443.

kasten öldürme suçundan mahkumiyet hükmü kurulması gerektiği ileri sürülmektedir.⁶⁸⁹

Dördüncü örnekte A'nın B'yi yaralamak kastıyla fırlattığı taşın B'ye değil, yanındaki C'ye isabet ettiği olayda, A'nın B'ye karşı işlemeyi kastettiği yaralama suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı, C bakımından neticesi sebebiyle ağırlaşmış olası kastla yaralama suçunun söz konusu olacağı, bu durumda aynı neviden fikri içtimanın istisnasını oluşturan olay kapsamında gerçek içtima kurallarının uygulanması ve A'nın hem B'ye karşı teşebbüs aşamasında kalmış kasten yaralama suçundan hem de C'ye karşı neticesi sebebiyle ağırlaşmış olası kastla yaralama suçundan dolayı ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁹⁰

Beşinci örnekte ise A'nın B'ye zarar vermek kastıyla hareket halindeki otomobiline doğru taş fırlattığı, ancak taşın B'nin otomobiline değil, C'nin otomobiline isabet ettiği ve camının kırılmasına neden olduğu olayda A'nın B'ye karşı işlemeyi kastettiği mala zarar verme suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı, C'ye karşı da olası kastla mala zarar verme suçunu işlemiş olduğu, “*Aynı suçun birden fazla kişiye tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.*” hükmünü havi olan 5237 sayılı TCK'nin 43'üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki atıfla birinci fıkra hükmünün uygulanması gerektiği ve bu suçlardan hangisi daha ağır cezayı gerektiriyorsa bu suçtan dolayı verilecek cezanın artırılarak uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.⁶⁹¹

Kanaatimizce fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için 5237 sayılı TCK'nin 44'üncü maddesinin birinci fıkrasında da düzenlendiği üzere bir fiil ile birden fazla ve farklı suçun işlenmiş olması gerekmektedir. Ancak fiil esas itibariyle hareket, netice ve nedensellik bağımlı ifade eden bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁹² 5237 sayılı TCK'nin 43'üncü maddesinde “*tek fiil*” ifadesi aslında yalnızca hareket bağlamında kullanılmıştır.⁶⁹³ Tek neticeli sapma gerçekleştirilmek istenen neticenin başka bir maddi konu üzerinde gerçekleşmesi durumudur. Tek neticeli sapmada bütün unsurları ile oluşmuş bir suçun konusu değişmekle birlikte, sapmanın failin kusurluluğuna herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla konunun, fail

⁶⁸⁹ İzzet ÖZGENÇ 2021, age s. 708.

⁶⁹⁰ age s. 708-709.

⁶⁹¹ age s. 709.

⁶⁹² Reşit KARAASLAN (2019), “Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Sapma”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.:18, S.:2, s.234.

⁶⁹³ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2021, age s. 441.

bakımından suçun hedeflenen şahsa karşı işlenmiş kabul edilerek çözüme kavuşturulmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir. Nitekim 5237 sayılı TCK’de bu çözümün önüne geçebilecek herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır.⁶⁹⁴

3.5.1.2. Çok Neticeli Sapma

Hedefte sapmada ikinci olasılık kastedilen suç ve netice ile birlikte, istenmeyen ikinci veya daha çok neticenin gerçekleşmesi halidir. Örneğin fail, A’yı öldürmek amacıyla ateş eder, ancak A’dan çıkan mermi yanında duran arkadaşı B’nin de yaralanmasına neden olur.⁶⁹⁵ Birden çok neticeli hedefte sapmanın meydana gelmesi için öncelikle fail tarafından kastedilen belirli bir suçun bir veya birden fazla kişiye karşı gerçekleşmiş olması gerekir. Bunun dışında ayrıca suçun işlenmesinde kullanılan vasıtaya ilişkin bir hatanın veya başka bir nedenin etkisiyle kastedilen suça ilave olarak fail tarafından istenmeyen ancak başka bir kişi veya kişilere karşı da aynı nitelikte bir sonucun meydana gelmesi gerekir. Sapmanın etkisiyle meydana gelen sonucun istenenden farklı nitelikte olması halinde ise hedefte çok neticeli sapma değil “suçta sapma” denilen ayrı bir durum gündeme gelir.⁶⁹⁶

Öğretide çok neticeli hedefte sapma halinde failin cezai sorumluluğunun belirlenmesi hususunda farklı görüşler ortaya atılmıştır. 1930 tarihli İCK’de faile meydana gelen neticelerden en ağırının cezasının verileceği ve bu cezanın yarısına kadar artırılacağı hükme bağlanmıştır. Ancak Türk hukukuna baktığımızda ne 765 sayılı TCK’de ne de 5237 sayılı TCK’de bu durumu düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır.⁶⁹⁷

Öğretide hâkim görüşüne göre, fail kastettiği kişi yönünden kastına ve suçun tamamlanıp tamamlanmamasına göre; ikinci netice bakımından ise kast ve taksire ilişkin genel hükümlere göre sorumlu olacaktır. Diğer bir anlatımla, failin gerçekleşmesini istediği suç dışında, başka neticelerin de gerçekleşmesi halinde, diğer neticeler bakımından kusurluluğunun türüne göre sorumluluğu belirlenecektir. Her halde tek suç değil meydana gelen netice kadar suç olacaktır.⁶⁹⁸

⁶⁹⁴ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 478; Süleyman ÖZAR (2006), “Türk Ceza Hukukunda ‘Sapma’”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.:66, s. 239.

⁶⁹⁵ Hakan HAKERİ 2019, age s. 474.

⁶⁹⁶ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 98.

⁶⁹⁷ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 362.

⁶⁹⁸ age s. 363; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 438.

Öğretide bazı yazarlar tarafından çok neticeli sapma halinde fikri içtima kuralları çerçevesinde failin cezai sorumluluğunun belirleneceği ve faile tek bir suçtan dolayı ceza verileceği öne sürülmektedir.⁶⁹⁹ Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, hedefte sapma nedeniyle birden fazla sonucun meydana geldiği hallerde fikri içtimaya ilişkin hükümlerin uygulanması teorik açıdan uygun olmayacaktır. Fikri içtimada, tek bir fiilin birden fazla suçu ortaya çıkarması gerekmektedir. Burada tek bir davranıştan kaynaklanmış olmasına karşın birden fazla fiil ve sonuç bulunmaktadır. Dolayısıyla failin sorumluluğunun her bir fiil açısından ayrıca değerlendirilmesi uygun olacaktır. Ancak Yargıtayın istikrar kazanmış görüşleri de çok neticeli sapma halinde fikri içtima kuralları çerçevesinde failin cezasının belirlenmesi gerektiği yönündedir.⁷⁰⁰

⁶⁹⁹ Ayhan ÖNDER 1989, age s. 361; Veli Özer ÖZBEK 2008, agm s. 95; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 439.

⁷⁰⁰ Av tüfeğiyle ateş ederek kasten öldürme suçunu işleyen sanığın aynı atışla farklı iki kişiyi daha vurduğu somut olaya ilişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2019/1-350 E. 2020/30 K. sayılı 28.01.2020 tarihli kararında "...Suç teorisinde neticeyi fiilin bir unsuru olarak kabul eden görüş, içtima öğretisi anlamında fiil sayısının tespitinde, suçun yasal tanımında neticeye yer verilen hâllerde tipik neticeyi esas alır ve dış alemde birden fazla tipe uygun neticenin gerçekleşmesi durumunda birden fazla fiilin bulunduğunu kabul eder. Bu görüş, fiil tekliği-fiil çokluğu ayrımında tipik neticenin sayısını esas alır. Gerçekleşen tipik neticenin sayısı kadar fiil ve dolayısıyla suç vardır. Bu görüşe göre; söz gelimi tek bir mermi ile iki kişinin yaralanması hâlinde, iki fiilin bulunduğu ve dolayısıyla iki ayrı kasten yaralama suçunun oluştuğu kabul edilir. Tarihi gelişim süreci içinde hareket teorilerinin fiil kavramını neticeye atıfta bulunmak suretiyle açıklamaları; ayrıca, 19. yüzyıl ceza hukukunda ceza sorumluluğunun belirlenmesinde nedensellik bağının taşıdığı önem ve netice sorumluluğu esasının benimsenmesi neticenin sürekli olarak fiil kavramı içinde ele alınması sonucunu doğurmuştur. Klasik suç teorisinde, esas olan tipik neticenin gerçekleşmesi olup tipik netice, objektif haksızlık kistasını oluşturur. Hareketin fonksiyonu ise, tipik neticenin gerçekleşmesini sağlayan illi etkileşimden ibaret olup değerden yoksundur (Neslihan Göktürk, Türk Hukuku'nda Suçların İçtima). 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren ve genel hükümler bakımından daha ziyade Alman Ceza Kanunu'ndan esinlenerek hazırlanan 5237 Sayılı TCK sisteminde, neticeyi fiil içerisinde mütalaa eden klasik görüş terk edilmiş, "fiil", salt hareket olarak sonuç ve nedensellik bağından soyutlanmış, "netice" ise suçun maddi unsurları arasında fiilden ayrı bir unsur olarak düzenlenmiştir... 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kaynak kanunu olan İtalyan Ceza Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında, önceleri "hareketin bir olması"ndan söz edilmiş iken bu deyim yerinde olmadığı, asıl neticenin tek olması hâlinde fikri içtimanın bulunabileceği ileri sürülerek hareket deyiminin yerine neticeyi belirten "fiil" terimi istenerek konulmuştur. 765 Sayılı TCK'nın 79. maddesinde de fikri içtima "İşlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlal eden kimse o ahkamdan en şedit cezayı tazammun eden maddeye göre cezalandırılır." hükmüyle İtalyan Ceza Kanunu ile aynı şekilde düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanunu'nun 52. maddesinde ise fikri içtima; "(1) Aynı hareket birden fazla ceza kanununu veya aynı ceza kanununu birden fazla defa ihlal ediyorsa, sadece tek bir cezaya hükmedilir. (2) Birden fazla ceza kanunu ihlal edilmişse, ceza en ağırını içeren kanuna göre belirlenir. Ceza, uygulanabilir olan diğer kanunların kabul ettiği kadar hafif olamaz." biçiminde hüküm altına alınmıştır. Yeni Türk Ceza Kanunu'nda ise "İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır." şeklinde düzenlenen fikri içtima hükmündeki "fiil" ile kastedilen "hareket"tir. Tek hareketin meydana getireceği neticeler birden fazla olsa bile bu husus fikri içtima hükümlerinin uygulanması önünde engel teşkil etmeyecektir. Sonuç olarak, yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki hâkim olan düşünceye göre, "netice" fiilin bir alt unsuru değildir. "Fiil" in, sadece hareket şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Neticenin fiilin bir unsuru olduğu başka bir deyişle "ne kadar netice varsa o kadar fiil vardır" düşüncesini savunan yazarların eleştirisine konu edilen ve sıklıkla verilen örnekte; birden çok kişinin ölmesine ve çok sayıda kişinin yaralanmasına neden olan bombalı bir saldırıda fikri içtima hükmünün uygulanmasının, sadece en ağır cezayı gerektiren kasten öldürme suçundan ceza verilmesi şeklinde adaletsiz sonuçlara neden olacağı belirtilmiş ise de bu örnek

olayda ölüm ve yaralanma neticeleri bakımından fikri içtima hükmünün uygulanması zaten mümkün bulunmamaktadır. Zira bomba koyan failin eyleminde, neticenin muhtemel değil mutlak olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla yaralanan her bir kişi için failin eylemi kasten yaralama suçunu değil, kasten öldürme suçuna teşebbüsü oluşturur. Bu durumda ölüm ve yaralama ile sonuçlanan neticeler bakımından farklı suçlar oluşmadığı için fikri içtima hükmünün de uygulanması mümkün olmayacaktır. Verilen bu örnekle fikri içtimanın düzenlendiği madde metnine yapılan eleştirilere katılmak mümkün olamamaktadır... Neticeyi, suçun kanuni tanımında yer alan bir unsur kabul ederek, "Kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır" ilkesi esas alınarak hazırlanan 5237 Sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile Yargıtay Ceza Genel Kurulunun tek atışla hem öldürme hem de yaralama suçlarına yol açılan durumlarda TCK'nın 44. maddesindeki düzenleme uyarınca meydana gelen suçlardan en ağırından ceza verilmesi gerektiğine ilişkin kararlarında istikrar bulunmaktadır. Neticeyi fiilin içinde değerlendiren 765 Sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde oluşturulan içtihatların, 5237 Sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile geçerliliği kalmamıştır. Keza önceki TCK ile ilgili açıklamaların da gözütülmesi mümkün değildir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunca 03.12.2013 tarih ve 1569-575 sayı ile; katılana öldürme kastıyla bir el ateş eden sanığın, araya giren mağduru olası kastla yaraladığı olayda, 5237 Sayılı TCK'nın 44. maddesi gereğince fikri içtima şartlarının oluştuğuna, bu nedenle, sanığın hem katılana yönelik kasten öldürme suçuna teşebbüsten, hem de mağdura yönelik olası kastla yaralama suçlarından mahkûmiyetine ilişkin yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmiş, benzer şekildeki 18.10.2018 tarihli ve 158-444 sayılı, 05.02.2019 tarihli ve 310-62 Sayılı kararlarda ise; av tüfeğiyle bir el ateş eden sanığın, öldürmeyi kastettiği kişi dışında aynı atışla bir başkasını yaraladığı olayda, 5237 Sayılı TCK'nın 44. maddesi gereğince fikri içtima şartlarının oluştuğuna, sanık hakkında meydana gelen suçların en ağır olan kasten öldürme suçuna teşebbüsten ceza verilmesi gerektiğine, bunun dışında katılana yönelik olası kastla yaralama suçundan ayrıca mahkûmiyet hükmü kurulmasında isabet bulunmadığına hükmedilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 5237 Sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile istikrar kazanan bu kararlarıyla Ceza Genel Kurulunun 10.12.2013 tarihli ve 1572-600 Sayılı kararının çeliştiği iddia edilmiş ise de; kardeşini öldürmek amacıyla av tüfeği ile değil tabanca ile iki el ateş eden sanığın, kardeşi yerine kardeşinin yanında bulunan yengesinin olası kastla yaralanmasına neden olduğu somut olayda, sanığın birden çok kez ateş etmesi ve bu atışlardan sadece birinin hedef dışındaki kişiye isabet etmesi, diğer atışın müstakilen hedefteki kişiye isabet ettirmek amacıyla yapılması, iki ayrı ihlal arasında kısa da olsa bir zaman aralığı bulunması, buna göre failin eyleminin hukuki anlamda tek fiil sayılmasının mümkün olmaması karşısında TCK'nın 44. maddesinin uygulanma şartlarının oluşmadığına karar verilmesi yerinde olup çelişki bulunmadığı gibi verilen bu örneğin, inceleme konusu olaydan farklı şekilde gerçekleştiği ve somut olayla kıyaslanamayacağı anlaşılmaktadır. Yargıtay 1. Ceza Dairesince de hukuki anlamda tek fiil gerçekleştirilen benzer olaylarda TCK'nın 44. maddesinin uygulanması gerektiğine dair karar verildiği görülmektedir. Nitekim "Maktuller Lütfi ve Reşit'e öldürmek kastıyla ayrı ayrı birer el ateş eden sanık ...'un yaptığı atışlar sırasında av tüfeği kurşun tanelerinin, sanık ile maktuller arasındaki çekişmeye taraf olmayan ve av tüfeğinin etkili mesafesi dışında bulunan mağdur Serdal'a da isabet ederek yaraladığı somut olayda; sanığın her bir maktule karşı hareketinin hukuki anlamda tek bir fiil olduğu, bu fiille birden fazla suçun işlendiği ve bu nedenle 5237 Sayılı Kanun'un 44. maddesinde düzenlenmiş bulunan 'farklı nev'iden fikri' içtimanın şartlarının oluştuğu ..." (02.10.2013 tarihli ve 2158-5406 sayılı); "Sanığın, mağdur... 'in evine gidip kapıyı çaldığı, bu esnada av tüfeğini de doğrultarak kapının açılmasını beklediği, ...'in kapıyı açması ve sanığı elindeki tüfeği kendisine yönelmiş bir vaziyette görmesi ile birlikte kapıyı kapattığı sırada, sanığın... 'i hedef alarak bir el ateş ettiği, açılan ateş sonucu, ahşap kapıyı delen saçma tanelerinin, o sırada kapının arkasında bulunan ve asıl hedef konumunda bulunmayan... 'in kardeşi mağdur Mukaddes'in sağ bacak diz üstü bölgesine isabet ederek, damar hasarı ile hayati tehlikeye sebebiyet verdiği, ... 'in ise herhangi bir isabet almadığı somut olayda; sanığın mağdur... 'e karşı hareketinin hukuki anlamda tek bir fiil olduğu, bu fiille birden fazla suçun işlendiği ve bu nedenle 5237 Sayılı Kanun'un 44. maddesinde düzenlenmiş bulunan 'farklı nev'iden fikri' içtima şartlarının oluştuğu..." (29.04.2014 tarihli ve 4663-2722 sayılı); "Sanığın, mağdur Kamil ve mağdur ... 'a yönelik olarak av tüfeğiyle bir el ateş etmekten ibaret eyleminin hukuki anlamda tek bir fiil olduğu, bu fiille birden fazla farklı suçun işlendiği ve bu nedenle 5237 Sayılı TCK'nın 44. maddesinde düzenlenmiş bulunan farklı nev'iden fikri içtimanın şartlarının oluştuğu..." (11.11.2014 tarihli ve 2009-5134 Sayılı kararı); "Sanık A. 'nin ruhsatsız tabancası ile mağdur ... 'nin bacak bölgesine hedef alıp yakın mesefeden tek el ateş ettiği, açılan ateş sonucu mağdurun bacağından giren mermi çekirdeğinin mağdurun vücudunu terk ederek yakınında bulunan maktulün göğüs bölgesine isabet edip ölümüne neden olduğu olayda; sanığın, hukuki anlamda tek fiili ile birden fazla farklı suçun oluştuğu ve bu nedenle 5237 Sayılı TCK'nın 44. maddesinde düzenlenmiş bulunan farklı nev'iden fikri içtima hükümleri uyarınca uygulama yapmak gerektiği..." (21.05.2014 tarihli 928-3196 sayılı); "Sanığın

Kanunumuzda İCK'de olduğu gibi özel düzenleme bulunmadığından, çok neticeli hedefte sapma halinde failin cezai sorumluluğu kusurluluğa ilişkin hükümler çerçevesinde belirlenecektir. Kusurluluğa ilişkin hükümler nazarında, failin kastettiği sonuçtan dolayı eğer sonuç gerçekleşmişse kasten, sonuç gerçekleşmemişse teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacak; sapma nedeniyle gerçekleşen diğer sonuç bakımından failin olası kastına veya taksirine göre hüküm tesis edilecektir. Fail ikinci sonuç için, gerçekleşirse gerçekleşsin diyerek hareket etmişse olası kast söz konusu olacaktır.⁷⁰¹

eylemlerinin bir bütün halinde öldürmeye teşebbüs ve yaralama suçlarını birlikte oluşturduğu, ancak TCK'nun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca sadece en ağır cezayı gerektiren öldürmeye teşebbüs suçundan dolayı cezalandırılması gerektiği..." (07.11.2018 tarihli ve 4682-4514 sayılı) şeklindeki kararlarda Yargıtay 1. Ceza Dairesince TCK'nun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima şartlarının oluştuğuna karar verilmiştir. Ancak son yıllarda Yargıtay 1. Ceza Dairesince tek bir fiille öldürme ve yaralama suçlarının birlikte olduğu olayda gerçek içtima kuralının uygulanması gerektiği yönünde kararları da bulunmaktadır. Şayet Yargıtay 1. Ceza Dairesince, uyuşmazlık konusu somut olaya ilişkin 20.05.2019 ve 1600-2858 Sayılı kararında, görüş değiştirerek fikri içtima koşullarının oluşmadığına karar verilmiştir. Aynı şekilde 24.09.2019 tarih ve 1908-3880 Sayılı ile, "Olay günü mağdurların da aralarında bulunduğu bir grup çocuk sokakta oynadıkları sırada, etrafa şişe ve taş atmak suretiyle rahatsızlık verdikleri, mağdurların doğrudan kendisine yönelik bir eylemi olmayan sanığın gelerek onlara tepki gösterdiği, grup hâlinde kaçan çocukların arkasından tabanca ile bir kez ateş ettiği, bu atışın mağdur...'in sol omzunu sıyırıldıktan sonra mağdur ...'in sol sırt bölgesinden girip göğüs sol tarafından çıkarak, kot kırığına, dalak yaralanmasına ve hayati tehlike geçirmesine neden olduğu anlaşılan olayda; sanığın eylemi ile iki ayrı mağdura zarar verdiği, bu nedenle dış dünyada iki farklı netice meydana getirdiği, TCK'nun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükmünün uygulanabilmesi ve tek bir fiilden söz edilebilmesi için yalnızca hareketin değil, neticenin de tek bir netice olması gerektiği, somut olayda iki ayrı olayda iki ayrı mağdur çeşitli vasıflarda yaralandığına göre, olayda fikri içtima koşullarını bulunmadığı," belirtilerek önceki uygulamalardan farklı şekilde karar verildiği görülmektedir. Görüldüğü üzere, Yargıtay 1. Ceza Dairesince aynı konuda farklı kararlar verilmiş olmakla birlikte, 5237 Sayılı TCK'nın yürürlüğe girdikten sonra Yargıtay Ceza Genel Kurulunca "neticenin, fiilden ayrı olarak suçun maddi bir unsuru olduğu" düşüncesinden hareketle, hukuki anlamda tek bir fiil ile öldürme ve yaralama suçlarının oluşmasına neden olan failin, TCK'nun 44. Maddesi gereğince en ağır cezayı öngören öldürme suçundan cezalandırılması gerektiği şeklindeki istikrarlı uygulaması devam etmektedir. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Sanık ...'in, hem maktul ...'i hem de katılan... ile şikâyetçi ...'yi öldürme kastıyla hareket ederek av tüfeği ile tek atış yapması durumunda, sanığın eylemi aynı neviden içtimanın düzenlendiği TCK'nun 43. maddesinin birinci fıkrası kapsamında kalacak ve aynı Kanun maddesinin üçüncü fıkrasında belirlenen istisna nedeniyle de sanığın maktul ...'ya yönelik kasten öldürme suçu, katılan ve şikâyetçiye yönelik kasten öldürme suçuna teşebbüsten ayrı ayrı cezalandırılmasına karar verilmesi" gerektiği hükme bağlanmıştır. Ancak gerekçede de ifade edildiği üzere görüşümüz doğrultusunda verilen muhtelif kararlar da bulunmaktadır. Yargıtayın mezkûr gerekçesi ve konuyu uzun bir şekilde tartışması dikkate alındığında yerleşik içtihatlar bakımından da tereddüt olduğu değerlendirilmektedir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr>, ET. 10.03.2021.

⁷⁰¹ Benzer bir örnekte Yargıtay 1. Ceza Dairesince verilen 2007/7283 E. 2007/7266 K. sayılı kararında "...Sanık Muammer'in mağdur Sami'yi bıçaklamak için hamle yaptığında, Sami'nin aradan çekilmesi üzerine bıçağın mağdur Tahir'in sırtına saplandığı olayda; 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesi hükmüne göre sanığın mağdur Sami'yi kasten yaralamaya teşebbüs, mağdur Tahir'i olası kasıtlı yaralama suçlarını işlediği dikkate alındığında..." şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Yargıtay 1. Ceza Dairesince verilen 331/1898 sayılı 23.03.2007 tarihli benzer bir kararda "Sanığın mağdur Murat'a yönelik yaptığı atışta, orada bulunan E. 'nin da isabet alabileceğini öngörmesine rağmen ateş etmesi ve E. 'nin ölmesi ile sonuçlanan olayda; 5237 sayılı Yasa kapsamında Murat'ı öldürmeye kalkışmak ve E. 'nin olası kasıtlı öldürmek suçlarından sorumlu tutulması gerekir." denilmiştir. Hasan GERÇEKER 2010, age s. 832; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 438; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 479; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 99.

Örneğin A, C'nin yanında olan B'yi öldürmek istiyor ve B'yi vuruyor ancak aynı kurşun C'yi de öldürüyor. A, B'ye kurşun atarken C'nin de ölebileceğini de öngörmüş ve ölürse ölsün diyerek kurşun atmışsa, B'nin ölümünden kasten C'nin ölümünden ise olası kastla sorumlu olacaktır. Eğer fail, kastettiği suçu gerçekleştirmeyi düşünürken, bir başka suçun da gerçekleşmesini öngörmek mümkün ama buna rağmen ikinci sonucun gerçekleşeceğini öngörmemişse gerçekleşen ikinci suçun taksirle gerçekleştiğini kabul etmek uygun olacaktır. A, B'yi vururken C'nin de ölebileceğini düşünmemişse artık B'nin ölümünden kasten ancak C'nin ölümünden ise taksirle sorumlu tutmak isabetli olacaktır.⁷⁰² Bununla birlikte ifade etmekte fayda mülahaza edilmektedir ki, failin sapma sonucu istemeden gerçekleştirdiği netice nedeniyle taksirle sorumlu tutulabilmesi için failin taksirli şeklinin de kanunda suç olarak düzenlenmiş olması gerekmektedir.

3.5.2. Nedensellik Bağında Sapma

“*Iter criminis*”te netice her zaman failin düşündüğü nedensel gelişim süreciyle gerçekleşmeyebilecektir. İşte bu nedensel sürecin fail tarafından öngörülenden ya da istenenden farklı gelişmesi ancak kastedilen sonucun yine de gerçekleşmesi halinde nedensellik bağda sapma söz konusu olacaktır.⁷⁰³

Diğer taraftan nedensellik, suçun maddi unsuruna ilişkin bir olgudur. Bununla birlikte, failin kastettiği netice artık failin davranışından doğmayan yani bir başka nedensel süreçten kaynaklanmış ise artık burada nedensellik bağda bir sapmadan değil, yeni bir illi seriden bahsedilecektir. Bu doğrultuda, nedensellik bağını kesecek, yeni bir illi seri ortaya çıkmış ve sonucu doğurmuşsa, fail artık teşebbüs hükümleri uyarınca sorumlu tutulacaktır.⁷⁰⁴

Sapma, mahiyeti gereğince suçun maddi unsuru, manevi unsuru, hata vs. diğer ceza hukukunun temel meselelerinin birçoğuna temas eden bir olgudur. Esasında suçun maddi unsuru kapsamında değerlendirildiğinden, Tezin önceki bölümlerinde suçun maddi unsurunda hata bahsi altında ele alınmıştır. Bu bölümde, nedensellik bağında sapmaya ilişkin genel bir açıklamayla yetinilmiş olup, tekerrür olmaması açısından daha önce yapılan açıklamalarımız kapsamında ele alınması uygun görülmektedir.

⁷⁰² Doğan SOYASLAN 2020, age s. 479.

⁷⁰³ age s. 480; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 90.

⁷⁰⁴ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 439.

3.5.3. Suçta Sapma

Suçta sapma, suç işlenirken herhangi bir nedenden dolayı meydana gelen sonucun istenenden farklı bir suç teşkil etmesi durumudur.⁷⁰⁵ Diğer bir anlatımla, suçta sapma durumunda fail istediğinden farklı bir suçu işlemektedir. Örneğin failin karşısındaki adamı yaralamak amacıyla elindeki sopayı havaya kaldırması, ancak bu esnada sopenin arkasındaki evin camını kırması halinde; fail kasten yaralama suçu işlemek isterken, fiili mala zarar verme suçunu oluşturmaktadır. Benzer şekilde camı kırmak için atılan taşın o esnada kenarda duran A'ya isabet etmesinde de suçta sapma durumu söz konusudur. Bu durumda kişiyi teşebbüs derecesinde kalmış mala zarar verme suçu ve olası kastla ya da taksirle yaralamadan sorumlu tutmamız gerekecektir. Görüldüğü üzere, suçta sapma halinde suç konusu tamamen farklılaşmaktadır.⁷⁰⁶

Suçta sapma durumunda fail, ceza normunda ve suçun maddi unsurlarında herhangi bir hataya düşmemektedir. Gerek normatif gerçek gerek maddi gerçek fail tarafından doğru bilinmekte, buna karşılık suçun icrası sırasında bir sapma sonucu kastedilen suçla birlikte ya da kastedilen suç gerçekleşmeksizin tek başına ayrı bir suç meydana gelmektedir. Yapılan açıklamalar göstermektedir ki, suçta sapmadan bahsedebilmek için en azından kastedilen suçtan farklı olarak ayrı bir suçun daha meydana gelmesi gerekmektedir.⁷⁰⁷

Dış dünyada meydana gelen ve failin hareketi ile nedensellik ilişkisi içinde bulunan her tipik netice bağımsız bir suç oluşturur. Örneğin çok neticeli hedefte sapmaya örnek teşkil edecek olan, A'nın tabancasını ateşlemesi, kurşunun önce B'ye ondan çıkıp C'ye isabet etmesi ve her ikisini de öldürmesi durumunda iki ayrı insan öldürme suçu söz konusu olacaktır. Suçta sapma halinde ise sapmanın etkisiyle meydana gelen neticenin istenenden farklı nitelikte olması gerekir.⁷⁰⁸

Failin davranışta bulunurken düşündüğü ya da istediği sonuç ile gerçekleşen sonuç arasında nitelik farkı bulunduğu durumlarda failin cezai sorumluluğunun belirlenmesi açısından bir tartışma bulunmamaktadır.⁷⁰⁹ Bir insanı kasten yaralamak amacıyla elindeki sopayı kaldıran, ancak arkasında duran camı kıran fail, kasten yaralamaya teşebbüs suçunu işlemiş, evin camını ise taksirle kırmıştır. Mala zarar

⁷⁰⁵ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 99.

⁷⁰⁶ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 479-480; Kayıhan İÇEL (2000), *Suç Teorisi*, 2. Bası, Beta, İstanbul, s. 278.

⁷⁰⁷ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 99-100.

⁷⁰⁸ Bahri ÖZTÜRK ve Mustafa Ruhan ERDEM 2007, age s. 83

⁷⁰⁹ age s. 74; Kayıhan İÇEL 2000, age s. 277.

verme suçunun taksirli şekli kanunda suç olarak öngörülmediğinden bu suça ilişkin herhangi bir sorumluluğu olmayacaktır.

İCK, istenen sonuç ile gerçekleşen sonuç arasında nitelik farkı bulunan durumları “suçta sapma” başlığı altında özel düzenlemeye gitmiştir. İCK’nin 83’üncü maddesinde:

“... suçun icra araçlarının kullanılmasında hata veya başka bir nedenden dolayı, istenen suçtan başka bir sonuç meydana getirilirse, eylemin taksirle işlendiğinde cezalandırılabilmesi kanun tarafından öngörülmüş olması kaydıyla, fail taksirli fiilinden sorumlu tutulur. Fail aynı zamanda istediği sonucu da meydana getirmiş ise, suçların birleşmesine ilişkin hükümler uygulanır.” denilmektedir.⁷¹⁰

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, fail tarafından kastedilenden farklı nitelikte bir sonucun suçta sapma olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle gerçekleştirilmek istenen fiille gerçekleşen fiil arasında bir ilişkinin bulunması gerekir. Fiiller arasındaki bu ilişkinin kaynağı, her iki sonuca sebep olan davranışın aynı olmasıdır. Eğer istenmeyen sonucu meydana getiren davranış, kastedilen sonucu meydana getirmeye elverişli değilse artık suçta sapmadan değil kasten veya taksirle işlenen bağımsız bir suçun varlığından bahsedilir. Örneğin, bir insanı kasten yaralamak amacıyla elindeki sopayı kaldıran, ancak sopayla arkasında duran camı kıran failin davranışında ya da elindeki taşı karşısındaki evin camını kırmak amacıyla atan ancak evin yanındaki adamın yaralanmasına sebep olan failin davranışı aynı zamanda karşısındaki insanın yaralanmasına ve evin camının kırılmasına da sebep olabilecektir. Dolayısıyla her iki örnekte verilen kastedilen netice bakımından davranışın elverişli olması söz konusudur. Dolayısıyla burada suçta sapmanın varlığından bahsedilebilecektir.⁷¹¹

Bununla birlikte İCK’nin aksine 5237 sayılı TCK’de suçta sapmayı düzenleyen özel bir hükme yer verilmemiştir. Konu, kast ve taksire ilişkin genel ilkelerden yola çıkılarak çözüme kavuşturulmaktadır. Buna göre, failin işlemeyi kastettiği suçtan dolayı netice gerçekleşmiş ise kasten sorumlu, ancak sapma nedeniyle ayrıca ortaya çıkan sonuçtan ise olası kastla veya eğer kanunda ayrıca cezalandırılması öngörülmüş ise taksirle sorumlu olacağı açıktır. Bununla birlikte failin kastettiği netice gerçekleşmemiş ise failin sorumluluğu teşebbüs hükümlerine göre belirlenecektir.⁷¹²

⁷¹⁰ Ragıp Barış ERMAN 2006, agt s. 88.

⁷¹¹ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 102.

⁷¹² Süleyman ÖZAR 2006, agm s. 251-252.

Örneğin, karşısındaki kişiyi üzerine yanıcı madde dökerek öldürmek isterken, yangın çıkmasına sebep olan faili hem kasten öldürmeye teşebbüsten hem de kasıtlı veya taksirli oluşuna göre 5237 sayılı TCK'nin 170 ve 171 inci maddeleri nazarında genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçlarından ayrı ayrı sorumlu tutmak gerekecektir.⁷¹³



⁷¹³ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 105.

BÖLÜM IV

SUÇTA HATA

4.1. GENEL OLARAK

Tezin önceki bölümlerinde failin bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği bir davranışın ceza kanunlarında tanımlanan bir suç olduğunu bilmeden veya ceza normunu bilmekle birlikte yanlış yorumlaması nedeniyle suç teşkil etmediğini düşündüğü bir davranışı gerçekleştirmesi durumunda söz konusu olan hukuki hata ile fiili bir durumun veya koşulun bilinmemesi, algılanabilir bir gerçekliğin algılanamaması veya yanlış algılanması durumunda söz konusu olan fiili hata incelenmiştir. Her iki durumda da fail ceza kanunlarında suç olarak tanımlanmış bir fiili, hata sonucu gerçekleştirmekle birlikte esasen fiilinin suç teşkil ettiğini düşünmemektedir.⁷¹⁴

Belirtilen durumun aksi de mümkün olabilecektir. Fail, ceza normunu yanlış yorumlaması nedeniyle veya aslında ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmeyen bir davranışın suç olarak düzenlendiğini düşünmesi nedeniyle yahut fiili bir durumun veya koşulu algılayamaması veya yanlış algılanması nedeniyle aslında ceza kanunlarında suç olarak tanımlanmamış olan fiilinin suç teşkil ettiğini düşünebilecektir.⁷¹⁵ Sayılan tüm bu hallerde fail bilmeme veya hatanın etkisiyle davranışının bir suç olduğunu tasavvur etmektedir.

Tezin bu bölümünde failin suç işlemek inancıyla hareket etmesine rağmen kullanılan vasıtaların veya hareketin elverişsizliğinden yahut suçun konusunun bulunmaması durumunda söz konusu olan işlenemez suç ile gerçekte kanuna aykırı olmayan fakat hatası sonucu failin suç olduğunu veya daha ağır bir suça vücut verdiğini düşündüğü bir fiili gerçekleştirmesi halinde söz konusu olan sözde suç “*Suçta Hata*” başlığı altında ele alınacaktır.⁷¹⁶

⁷¹⁴ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 424.

⁷¹⁵ Hakan HAKERİ 2019, age s. 131, 520; Gözde KAZAKER (2019), *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 241; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 121.

⁷¹⁶ age s. 122, 126.

Fail tipe uygun bir davranışta bulunduğu halde bunu bilmemesi halinde eylem sadece objektif bakımdan tipe uygundur. Suçun subjektif unsuru bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla, fail ceza normundaki tanıma uyan bir davranışta bulunmuştur, fakat bunun suç olduğunu bilmemektedir. Burada konunun hukuki hataya ilişkin kurallara göre çözüme kavuşturulması uygun olacaktır. Fail her ne kadar psişik olarak bir suç işleme iradesi içerisinde olmasa dahi hatası kaçınılmaz olmadığı takdirde ortada suç teşkil eden bir davranış bulunmakta, objektif açıdan suç oluşmakta ve cezalandırılması gerekmektedir. Failin hukuki bilmemesi mazeret sayılmamaktadır.⁷¹⁷

Suçta hata durumunda ise fail her ne kadar psişik açıdan suç teşkil eden bir davranış gerçekleştirdiği halde, ortada kanun tarafından suç olarak öngörülen bir fiil olmadığından, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince sorumlu tutulmamaktadır. Bununla birlikte, aşağıda detaylıca ele alınacağı üzere, sözde suç halinde kişi ceza yaptırımıyla korunan bir çıkara zarar verme kastına sahip değilken, işlenemez suç halinde gerçekte ceza normunun koruduğu bir menfaati ihlal etmeyi amaçlamakta, fakat vasıtanın ya da davranışın elverişsizliği nedeniyle yahut suçun hukuki konusu üzerinde kastedilen neticenin gerçekleşmesinin imkânsız olması nedeniyle söz konusu menfaati ihlal edememektedir. İşlenemez suçta, suçun tamamlanması imkanında hataya düşülmesi söz konusudur.⁷¹⁸

Öğretide işlenemez suç ile sözde suçu birlikte değerlendiren yazarlar da bulunmaktadır. Kişi suçu tamamlayacağına inanarak filli gerçekleştirmektedir. Ancak somut olayda suçu tamamlaması imkansızdır. Kullanılan vasıtanın veya yapılan hareketin elverişsizliği, suç konusunun yokluğu nedeniyle düşünülen kastedilen neticeyi gerçekleştirmek imkansızdır. Buna göre işlenemez suç sözde suçun bir çeşididir.⁷¹⁹ Ancak kanaatimizce işlenemez suç ve sözde suç, birbiriyle benzer hususları ihtiva etmekle birlikte, mahiyeti itibari ile farklılık arz etmektedir. Hem işlenemez suç hem de sözde suç halinde fail bir suç işlemek iradesi ile harekete geçmekte ancak gerçekleştirilen fiil objektif açıdan bir suç oluşturmamakta ve ceza normları tarafından korunan bir hukuki değerın zarar görmesi veya tehlikeye düşmesi söz konusu

⁷¹⁷ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 427; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2021, age s. 667.

⁷¹⁸ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 330-331; Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 314-315; Tuğrul KATOĞLU 2003, age s. 31; Vincenzo MANZINI 1981, age s. 575; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 121.

⁷¹⁹ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 332; Vincenzo MANZINI 1981, age s. 575; Uğur ALACAĞAPTAN (Tarihsiz), *İşlenemez Suç*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 223, Ankara, s. 3.

olmamaktadır.⁷²⁰ Bu durum her iki müessesenin aynı sonuca ulaştığını göstermektedir. Ancak her iki müessesenin kapsamına bakıldığında, sözde suç hukuki imkansızlığa ilişkin iken, işlenemez suçta maddi imkânsızlık söz konusudur. Sözde suçta, failin tasavvur ettiği ve gerçekleştirmek için harekete geçtiği netice kanun tarafından suç olarak düzenlenmemiştir. Fail ceza hukuku bakımından önem taşımayan bir fiili, suç olduğu düşüncesiyle gerçekleştirmektedir. Bu açıklamadan yola çıkıldığında sözde suç esasında bir hukuki hata halidir. Bununla birlikte, failin kastettiği netice kanunda suç olarak tanımlanmış olmakla birlikte harekete ilişkin vasıta veya bir başka nedenden ötürü bir elverişsizlik yahut suçun maddi konusunun yokluğu nedeniyle gerçekleştirilen davranış suç oluşturmuyorsa burada işlenemez suç söz konusudur. İşlenemez suç ise maddi olgulara ilişkin bir hata halidir. Özetle, sözde suçta fiil kanun koyucu tarafından suç olarak düzenlenmemiş, yani failin gerçekleştirmek istediği fiil meşru bir fiildir; ancak işlenemez suçta fiili suç sayan kanun hükmünün aradığı şartlar gerçekleşmemiştir, yani davranış ile ceza normu arasında bir çatışma mevcut iken, kanunun cezalandırdığı neticenin gerçekleşmesi imkansızdır.⁷²¹

Bu kapsamda aşağıda suçta hata kapsamında bahsini uygun gördüğümüz işlenemez suç ve ardından sözde suç konuları ele alınmaya çalışılacaktır.

4.2. İŞLENEMEZ SUÇ

Fail tarafından istenen sonucun gerçekleşmemesi; failin kullandığı vasıtaların veya davranışının neticeyi gerçekleştirmeye elverişsiz olmasından veya kastedilen sonucun suçun maddi konusu üzerinde gerçekleşmesinin imkânsız olmasından yahut suçun maddi konusunun bulunmamasından kaynaklanıyorsa işlenemez suçtan bahsedilir.⁷²²

İşlenemez suçta fail, aslında işleyemeyeceği suçu işleyeceğine inanarak bir suç tipini ihlale yönelmiş bulunmaktadır, fakat gerek vasıtanın elverişsizliği gerekse suç konusunun yokluğu nedeniyle fail kastettiği suçu işleyememektedir.⁷²³ Diğer bir tanıma göre ise işlenemez suç, fail bir ceza normunu ihlale yönelmiş olmasına rağmen, hareketin ya da vasıtanın ihlal edilmek istenen ceza normunun koruduğu zarar veya

⁷²⁰ Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 121-122.

⁷²¹ Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 9.

⁷²² Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 315.

⁷²³ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 332.

tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmaması yahut hareketin mevzuunun bulunmaması sebebiyle davranışın başarısız kalmaya mahkûm olması halidir.⁷²⁴

Yapılan tanımlar bir bütün olarak ele alındığında, aslında işlenemez suç, failin suçu işleyebileceğine inandığı ve fakat somut olay bakımından suçun işlenmesine kesin surette imkân bulunmayan hallerde söz konusu olabilecektir. Burada fiil mevcut bir ceza normunun muhtevasına uymamaktadır. Fail tarafından kast olunan suç, maddi unsur ya da ihlal edilecek hukuki menfaat yokluğu nedeniyle tamamlanamamaktadır. Fail neticenin gerçekleşmesi bakımından elverişli bir harekette bulunduğu veya davranışı ile ihlal etmek istediği hukuki menfaatin mevcut olduğu hususunda hataya düştüğü için özet anlatımla zorunlu fiili unsurların varlığı hususunda hataya düştüğü için suç gerçekleşmemektedir.⁷²⁵

Örneğin, hırsızlık yapmak kastıyla başkasının malı sanarak kendi malını almak, şahit olarak dinlenirken yalan sanarak aslında doğru beyanda bulunmak, on sekiz yaşından küçük sandığı reşit bir kadın ile rıza ile cinsel ilişkide bulunmak, kendisini memur zannedip suçu ihbarda ihmal suçunu işlediğini düşünmek durumlarında şahıs fiilin kanuni tanımında değil, suçun unsurlarında hataya düşmekte ve şahsın davranışı işlenemez suç kavramı sınırları dahilinde kalmaktadır.⁷²⁶

İşlenemez suçun genel ceza teorisi içindeki yeri tartışılmıştır. Konuyu suçun manevi unsuru, yani isnat kabiliyeti ve kusurluluk başlıkları kapsamında inceleyenler olduğu gibi suçu ve cezayı kaldıran sebepler arasında değerlendiren yazarlar da olmuştur. Öğretide genel kabul gören değerlendirme uyarınca işlenemez suç konusu, teşebbüsün olumsuz bir şekli olarak teşebbüs konusu kapsamında ele alınmıştır. Kanaatimizce de davranış ile netice arasında maddi bir illiyet bağı bulunmaması bakımından teşebbüs ile işlenemez suç arasında kapsam bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Diğer taraftan konunun, tipiklik unsuruna etkisi dikkate alınarak tipiklik konusu içerisinde değerlendirilmesi gerektiği de ifade edilmiştir. Bu görüşü ileri sürenlere göre, tipik hareket kanunda tanımlanan fiile sadece dış görünüş bakımından değil, içkin nitelikleri bakımından da uyan, ceza normuyla korunan hak ve menfaati tehlikeye maruz bırakma etkisine haiz olan hareket olup, yalnız elverişli hareket tipik kabul edilmektedir.⁷²⁷

⁷²⁴ Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 1.

⁷²⁵ Vincenzo MANZINI 1981, age s. 576; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 4.

⁷²⁶ age s. 11-12.

⁷²⁷ age s. 18, 52.

Kanaatimizce, kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamaması anlamına gelen suça teşebbüste şartlardan ilki elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamak olunca, işlenemez suçun tanımında başvuru vasıta veya hareketlerdeki elverişsizlik konunun doğrudan teşebbüs müessesesi ile bağlantılı olduğunu göstermektedir. Diğer bir anlatımla, bir davranışın teşebbüs kapsamında kalıp kalmadığı ve cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ortaya konulmasının iki yönü vardır. Tamamlanmış suçlarda, davranışın elverişli olup olmamasının araştırılmasının bir önemi bulunmamaktadır. Teşebbüste ise tamamlanmış suçlardan farklı olarak, vasıtanın sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmadığının araştırılması gerekir. Eğer vasıta sonucu meydana getirmeye elverişli ise teşebbüs, elverişli olmadığı hallerde işlenemez suç söz konusu olacaktır. Bu da her iki konu arasında şartları bakımından aslında ters bir ilişki ve bağlantı olduğunu gösterir. Bununla birlikte, işlenemez suçta hareketteki elverişsizlik veya suçun maddi konusunun yokluğu nedeniyle kanundaki tipe uygun bir fiilin meydana gelmesi de mümkün olmadığından konuyu tipiklik kapsamında ele alan yazarların bu düşüncesinin de tutarlı olduğu değerlendirilmektedir.⁷²⁸

Ne 765 sayılı TCK ne de 5237 sayılı TCK işlenemez suçla ilgili hiçbir hüküm ihtiva etmemektedir. Bununla birlikte işlenemez suçla ilgili kanunlarında özel düzenlemeye yer veren ülke uygulamaları da mevcuttur. Örneğin İCK'nin 49'uncu maddesinin ikinci fıkrasında hareketin elverişli olmaması veya suçun maddi konusunun yokluğu nedeniyle, zararlı veya tehlikeli sonucun meydana gelmesinin mümkün olmaması halinde failin cezalandırılmayacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte yine mezkûr Kanun'da işlenemez suçun failine, emniyet tedbiri uygulanabileceği düzenlenmiştir.⁷²⁹

Türk hukukunda işlenemez suçun cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususu ise genel hükümlerden hareketle kolaylıkla çözüme kavuşturulabilecektir. 5237 sayılı TCK'nin suça teşebbüsü düzenleyen 35'inci maddesi uyarınca cezalandırılabilir bir suça teşebbüs için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya suçun icrasına başlamak gerekmektedir. Kullanılan vasıtanın ya da hareketin suçun icrasına elverişsiz olması

⁷²⁸ age s. 19.

⁷²⁹ Codice Penale Esplicato 2017, s. 88; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 122.

veya suçun maddi konusunun bulunmaması durumunda suçun icrasından ve cezalandırılabilir bir teşebbüsten bahsedilemeyecektir.⁷³⁰

Yukarıda da ifade edildiği üzere, işlenemez suçtan söz edebilmek için iki ihtimal bulunmaktadır. Bunlardan ilki hareketin işlenmek istenen suçun icrası bakımından elverişsiz olmasıdır. Diğer bir ihtimal ise suçun maddi konusunun yokluğudur. Aşağıda sırasıyla iki ihtimal üzerinde ayrıca durulacaktır.

4.2.1. Hareketin Elverişsiz Olması

5237 sayılı TCK'nin suça teşebbüsü düzenleyen 35'inci maddesi uyarınca kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu olur. Dolayısıyla bir suç işleme kastı ile icraya başlayan failin cezalandırılması ancak elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamasına bağlı bulunmaktadır. Kişinin hareketinin işlenmek istenen suçun icrası için elverişsiz olması ise işlenemez suçun varlığı anlamına gelecektir.⁷³¹

Düzenlemede ifade edilen elverişli hareket ile kastedilen, suçun icrası bakımından fail tarafından tercih edilen vasıta veya failin hareketlerinin işlenmek istenen suçu meydana getirmeye elverişli olmasıdır. Nitekim anılan hükmün gerekçesinde:

“Suça teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır.” denilmektedir.⁷³²

Bu kapsamda failin tercih ettiği vasıta ve fiili, işlenmek istenen suçun özellikleri ve somut olay bakımından sonucu meydana getirmeye uygun olmalıdır. Hareketin elverişliliği, failin gerçekleştirmek istediği neticeyi gerçekleştirme imkanına göre belirlenir.⁷³³

İşlenemez suçta, kişi tarafından kastedilen suçun işlenmesine engel olan birinci hal olan hareketin elverişsiz olması, failin tercih ettiği vasıtanın niteliğinden,

⁷³⁰ Nevzat TOROSLU ve Haluk TOROSLU 2021, age s. 315-316.

⁷³¹ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAĞSIZ 2021, age s. 467; Hakan HAKERİ 2019, age s. 520; Berrin AKBULUT 2019, age s. 631.

⁷³² Berrin AKBULUT 2019, age s. 631; Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ 2020, age s. 430 vd.

⁷³³ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 322; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 123.

niceliğinden ya da yapısından veya failin tercih ettiği elverişli vasıtayı kullanım hatası veya tarzından kaynaklanabilir.⁷³⁴

MANZINI'ye göre, somut olayda hedefe ulaştırması imkânsız olan, failin suç işleme iradesinin gerçekleşmesi bakımından tabii ve zorunlu engel teşkil eden vasıta elverişsiz kabul edilecektir. Eş anlatımla, failin iradesine rağmen, kullandığı vasıta dolayısıyla neticenin meydana gelmesi imkansız olan her olayda elverişsiz bir vasıta ve işlenemez suç vardır. Elverişsizliğin, somut olay sırasında karşılaşılan veya sonradan ortaya çıkan tesadüfi veya iradi engellere göre veya amacın gerçekleştirilememiş olmasına değil, failin hareketi vücuda getiriş tarzına bakılarak belirlenmesi gerekir. Fail, fizik illiyet kanunlarında hataya düşmüş veya tesadüfen yanlış bir vasıta seçmiş ise vasıtanın elverişsiz olduğu kabul edilecek, buna rağmen vasıtanın kullanılış şeklinde hataya düşmüş ise onun elverişsizliğe etkisi olmayacaktır.⁷³⁵

Suç işlenirken aynı anda birden fazla vasıta kullanıldığı hallerde ise bunlardan sadece birinin elverişsiz olması, diğerlerinin tamamının etkisini veya sonucun ortaya çıkması olanağını bertaraf etmediği takdirde failin suça teşebbüsten sorumlu tutulmasının önüne geçmeyecektir.⁷³⁶

Bununla birlikte başlangıçta elverişli olan bir hareketin sonradan etki eden bir sebep nedeniyle neticeyi meydana getirmemesi halinde ise failin teşebbüsten sorumlu tutulması gerekecektir. Örneğin, bir kimseye şantaj mektubu göndererek menfaat temin etmeye çalışan failin, haber verilen polis tarafından yakalanması amacıyla torbaya para yerine gazete kağıdı konularak tuzağa düşürülmesi ve polis tarafından çantayı aldığı esnada yakalanması halinde, amacına ulaşamayan fail bakımından işlenemez suçtan bahsedilemeyecek, suça teşebbüsten sorumlu olacaktır.⁷³⁷

Vasıtanın elverişsizliği farklı sebeplerden doğabilecektir. Bunlar vasıtanın niteliği, niceliği veya failin yetersizliği diğer bir anlatımla kabiliyetsizliğidir. Nitelikten doğan yetersizlik failin kullandığı merminin kalitesizliği, zehrin üretim nedeniyle öldürmeye ya da yaralamaya yeterli olmaması şeklinde tezahür edebilir. Nicelikten doğan yetersizlik ise failin kullandığı vasıtanın tek başına sonucu gerçekleştirmeye yeterli olmaması durumudur. Örneğin, failin kullandığı zehir tek

⁷³⁴ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 323.

⁷³⁵ Vincenzo MANZINI 1981, age s. 456; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 71.

⁷³⁶ Vincenzo MANZINI 1981, age s. 458.

⁷³⁷ Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 71-72.

başına faili öldürmeye yetmeyebilir. Failin kabiliyetsizliği ise kullandığı vasıtanın nasıl kullanılacağını bilmemesi ya da o vasıta ile sonuca erişme yeteneğine sahip olmamasıdır. Bununla birlikte, bu sebepler objektif veya sübjektif açıdan da elverişli olmayabilecektir. Örneğin, fail son derece güvenli bir kilidi basit bir maymuncukla açmak isterse objektif bir elverişsizlikten; mağdur bakımından aslında doğru olmayan bir haberi mağdura karşı şantaj aracı olarak kullanırsa sübjektif elverişsizlikten bahsedilecektir.⁷³⁸

Yine failinin hareketinin suçun gerçekleşmesine cevaz verecek nitelik veya yoğunlukta olmaması durumunda da işlenemez suç söz konusu olacaktır. Örneğin fail tarafından hazırlanan ve mağdurun adresine kargo ile gönderilen bombanın mağdurun adresindeki eksiklik nedeniyle ulaşmadan faile iade edilmesi veya bombanın yapım hatası nedeniyle patlamaması halinde işlenemez suç söz konusu olacaktır.⁷³⁹ Bir başka örnekte, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 2018/5151 E. 2018/6088 K. sayılı 29.05.2018 tarihli kararında,

“Sanığın, firara teşebbüs ettiği kabul edilen cezaevinin kapalı bir cezaevi olduğu ve davaya konu olayın gündüz 13:00 sıralarında meydana geldiği, sanığın cezaevi çatısına çıkmasının, iç ve dış güvenlik görevlileri ile firara karşı konulan teknik, mekanik, elektronik veya fizikî engelleri aşarak cezaevinden firar etmesine imkan verebilecek bir hareket olup olmadığının tespiti için olay mahallinde keşif yapıp sanığın cezaevi çatısına çıkmasının belirtilen engelleri aşarak cezaevinden firar etmesi sonucunu doğurup doğuramayacağının bilirkişi raporu ile tespiti ve rapor sonucunda firara imkan olmadığının belirtilmesi durumunda, akli sağlığı hususunda dava dosyasına yansıyan iddia ve şüpheler bulunan sanığın eyleminin, akıl ve muvazene dışı davranış olup, ortada cezaevi disiplin mevzuatının uygulanmasını gerektiren ve işlenemez suç olduğu kabulü...”

gerekir denilmiştir.⁷⁴⁰ Vasıtanın elverişsizliği öğretide farklı teoriler içerisinde değerlendirilmiş ve bu alanda ilk teori 19. yy.’ın objektivist hukukçuları tarafından ortaya atılmıştır.⁷⁴¹

⁷³⁸ Vincenzo MANZINI 1981, age s. 72.

⁷³⁹ Örnek için bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 2016/3543 E. 2017/5248 K. sayılı 20.12.2017 tarihli kararı: “Sanık tarafından 12.09.2006 tarihinde imal edilerek mağdurun adresine kargo ile gönderilen ikinci bombanın mağdurun adresinin eksik olması sebebiyle ulaşmadan geri döndüğü anlaşılmakla; sanığın hareketinin objektif olarak neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olmaması sebebiyle işlenemez suç niteliğinde olacağı düşünülmeyerek sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde kasten öldürmeye teşebbüsten ceza verilmesi” bozma gerekçesi olarak kabul edilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr>, ET. 10.06.2021.

⁷⁴⁰ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr>, ET. 10.06.2021.

⁷⁴¹ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 323.

4.2.1.1. Objektif Teori

Vasıtanın elverişsizliği hakkında ortaya atılan ilk teori “Klasik Teori” diye de adlandırılan “Objektif Teori”dir. Bu teori İtalya’da ROMAGNOSI tarafından ortaya atılmış, FEUERBACH, MITTERMAIER, ROSSI, CARRARA, CARMIGNANI ve ORTOLAN tarafından geliştirilmiştir. Teoriye göre, elverişliliğin olup olmadığının tespiti için gerek vasıtaları gerekse suçun maddi konusunu birbirinden ayırmak ve bunları da kendi aralarında mutlak ve nisbi olarak ikinci bir ayrıma tabi tutmak gerekmektedir. Her iki durumda da elverişsizlik mutlak ise failin cezalandırılmaması, eğer nisbi ise failin teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması gerektiği savunulmuştur.⁷⁴²

4.2.1.1.1. Mutlak Elverişsizlik

Bu düşünceye göre, eğer failin fiili herhangi bir etki nedeni ile kesilmediği halde kullanılan vasıtanın elverişsizliği nedeniyle neticenin gerçekleşmesinin mümkün olmadığı hallerde, yani vasıtanın elverişsizliği nedeniyle mutlak olarak suçun gerçekleşmesi imkânsız ise mutlak olarak elverişsizlik ve işlenemez suç vardır. Bu durumda faili suça teşebbüsten dolayı cezalandırmak da mümkün değildir. Çünkü mutlak elverişsizlik halinde, failin davranışı nedeniyle ceza normu ile korunan suç konusunun fiilen tehlikeye sokulmasına imkân bulunmamaktadır. Örneğin, oyuncak tabanca veya büyü ile insan öldürmeye çalışmak aspirin ile çocuk düşürtmeye çalışmak, hasmını öldürmek amacıyla zehir yerine şeker kullanılması ya da fail tarafından hazırlanan bombanın yapımdaki hata nedeniyle patlamasının imkansız olması durumlarında mutlak elverişsizlik hali vardır.⁷⁴³

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 2020/5788 E. 2021/2526 K. sayılı 17.02.2021 tarihli kararında,

“Olay tarihinde gece vakti, sanık ... ve yanında bulunan teyviz dışı sanıkların katılanın aracını park etmek istediği esnada aracın etrafını sararak sanık ...'in 2-3 cm açıklıktaki şoför mahalli camından silahın namlusunu uzatıp katılana ateş etmesi şeklinde iddia ve kabul olunan olayda; katılanın kafasının sol tarafından cilt kontizyonu olacak BTM ile giderilecek şekilde yaralandığı ve kurşun gözlenmediğinin Adli Tıp Kurumu raporu ile sabit olduğu, araçta meydana gelen isabet izlerinin de ses ve gaz tabancası ile atılan özel şekil ve nitelikteki fişeklerin uç kısmında bulunan

⁷⁴² Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 67; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 485.

⁷⁴³ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 323; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 485.

bilye, saçma, kurşun parçası ile meydana gelmiş olabileceği hususunun Ankara Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğünün 23.10.2007 tarihli Ekspertiz Raporu'yla anlaşılması karşısında, olayda sanığın kullandığı tabanca ele geçirilmemiş olsa bile kuru sıkıdan bozma bilye/saçma/kurşun parçası atar tabanca kullandığı ve katılanın kafasındaki yaranın niteliği, araba kaportasındaki sacın delinmemiş olması dikkate alındığında, ele geçirilemeyen ve ancak soruşturmayla niteliği belirlenen tabancanın öldürmeye teşebbüs suçunu işlemeye elverişli olmadığı ve sanık açısından öldürmeye teşebbüs suçunun işlenemez suç olduğu anlaşılmalıdır...”

denilmiş mutlak elverişsizlik halinin işlenemez suça vücut vereceği ve faili kasten öldürmeye teşebbüs fiilinden dahi sorumlu olmayacağı vurgulanmıştır.⁷⁴⁴

4.2.1.1.2. Nisbi Elverişsizlik

Nisbi elverişsizlik durumunda ise fail tarafından tercih edilen vasıta ile failin istediği neticenin gerçekleşmesi mümkündür, ancak netice, vasıtanın belirli bir şekilde kullanılmaması veya gerekli yeterlilikte olmamasından gerçekleşmemektedir. Nisbi elverişsizlik halinde ceza normunun koruduğu hukuki menfaat için aslında bir tehlike hali meydana gelmiş ancak netice gerçekleşmemiştir. Olaya özgü bazı nitelik ve şartlar yüzünden kullanılan vasıta, eğer neticenin gerçekleşmesi bakımından yeterli değilse nisbi elverişsizlik vardır. Bu durumda suça teşebbüs söz konusu olacaktır. Örneğin, öldürülmek istenen şahısta çelik yelek olması, verilen zehrin bünyesi güçlü olan mağdur üzerinde öldürücü etki göstermemesi veya mağdurun tüfeğin menziline daha uzakta olması nedeniyle merminin mağdura yetişmemesi hallerinde vasıta ve konu yönünden nisbi imkânsızlık vardır.⁷⁴⁵

Bu teoriye göre, failin kullandığı vasıtayla istenen neticenin hiçbir suretle gerçekleşmesi imkânı yoksa elverişsiz vasıta ve işlenemez suç vardır. Buna karşılık, vasıta failin kullanım tarzı, mağdurdan kaynaklanan sebeplerden dolayı netice gerçekleşmemişse elverişli bir vasıta ve cezalandırılabilir teşebbüs söz konusu olur.⁷⁴⁶

Elverişliliğin mutlak ve nisbi oluşuna göre ayrıma tabi tutan objektif teori teşebbüsün alanını aşırı şekilde daralttığı için eleştirilmiştir. Esasında en çok eleştiriye maruz kalan teori de objektif teori olmuştur. Bu anlamda ileri sürülen eleştirilerden ilki elverişsizliğin mutlak ve nisbi olarak ikili bir ayrıma tabi tutulamayacağı yönünde olmuştur. Eğer vasıta, neticenin gerçekleşmesi bakımından somut olayda elverişsizse

⁷⁴⁴ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr>, ET. 14.06.2021.

⁷⁴⁵ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 323; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 485.

⁷⁴⁶ Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 68.

bu vasıtanın o olay ve şartlar kapsamında mutlak surette elverişsiz olduğunu göstermektedir. Söz konusu vasıta ile aynı durum ve şartlar altında hareket ne kadar gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin neticenin meydana gelmesine imkân olmayacaktır. Bu nedenle hareket neticeyi gerçekleştirmeye yeterli değilse duruma göre elverişli duruma göre elverişsiz olarak değerlendirilemeyecektir. Ayrıca soyut anlamda elverişli olarak değerlendirilebilecek bir aracın somut anlamda elverişsiz olması veya bunun aksi mümkün olabilecektir. Örneğin oyuncak tabanca tek başına insan öldürmeye elverişli bir vasıta değildir fakat kabzasını bir insana vurmak suretiyle öldürmeye elverişli hale gelebilecektir ya da bir kalem insan öldürmeye elverişli kabul edilemez ancak aynı kalemin bir insanın şah damarına saplanması suretiyle bir insanın ölümüne sebep olması da söz konusu olabilecektir. Yeri geldiğinde mağduru korkutmak bile kalp hastalığı olan mağdur bakımından öldürme aracı olarak kullanılabilir. Bununla birlikte bir vasıtanın soyut açıdan değerlendirilerek elverişli veya elverişsiz olarak nitelendirilmesi bizi her zaman doğru sonuca götürmeyecektir. Örneğin şeker soyut anlamda zararsız bir maddedir, ancak şeker hastası olduğu bilinen mağdura verildiği takdirde ölüme sebep olabilecek vasıta niteliğini alacaktır.⁷⁴⁷

Objektif teori cezalandırılabilir teşebbüsün alanını aşırı şekilde genişlettiği için de eleştirilmiştir. Vasıtada mutlak elverişsizlik, hiçbir olayda, hiçbir şart altında ve hiçbir istisna kabul etmeksizin vasıtanın neticeyi meydana getirmeye yeterli olmaması şeklinde anlaşıldığı takdirde, işlenemez suçun alanını aşırı şekilde sınırlandırmakta, cezalandırılabilir teşebbüsün alanını ise aksine genişletmektedir. Hareketten bir netice doğup doğmayacağı soyut anlamda önceden tahmin edilebilir niteliktedir. Örneğin kısa namlulu bir silahla uzakta olan şahsa ateş edilmesi halinde elverişsizlik nisbi derecede kalmakta ve hareketin cezalandırılması gerekmektedir. Bu da adalet anlayışına uygun bir sonuç doğurmayacaktır.⁷⁴⁸

⁷⁴⁷ age s. 68 - 69.

⁷⁴⁸ Aksi yönde Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 487. DEMİRBAŞ, objektif teorinin cezalandırılabilir teşebbüsün alanını aşırı şekilde daralttığını ileri sürmektedir. Örneğin her gece belirli bir saatte uyumayı alışkanlık haline getiren mağdurun bu alışkanlığını bilen failin, mağduru öldürmek amacıyla yatak odasına girerek silahını ateşlemesi ancak mağdurun tesadüfen o gece evde olmaması halinde failin cezalandırılmayacağını ileri sürmektedir. Benzer bir örnekle para cüzdanını sağ cebinde taşıyan bir kimsenin sol cebine elini daldırması nedeniyle cüzdanı çalamayan yan kesicinin de objektif görüşe göre cezalandırılmayacağını ifade etmektedir.

4.2.1.2. Yetersizlik Teorisi

Yetersizlik Teorisi ilk kez MANZINI tarafından ortaya atılmıştır. Bu teori, elverişlilik ve yetersizlik kavramlarını birbirinden ayırarak değerlendirme yapılması esasına dayanmaktadır. MANZINI'ye göre failin suç işleme iradesi açık bir şekilde bulunmasına rağmen, kullandığı vasıta dolayısıyla neticenin meydana gelmesini engellediği her olayda elverişsiz vasıta ve işlenemez suç söz konusudur. Elverişsizliğin, somut olay sırasında karşılaşılan veya sonradan meydana gelen tesadüfi veya iradi engellere göre veya amacın gerçekleştirilememiş olmasına bakılarak değil, failin hareketi vücuda getiriş tarzına bakılarak tespit edilmesi gerekir. Fail fizik illiyet kurallarında hataya düşmüş veya tesadüfen yanlış bir vasıta tercih etmiş ise vasıtanın elverişsiz olduğu kabul edilecek; kullanılış şekline ilişkin hatanın vasıtanın elverişliliğine bir etkisi olmayacaktır.⁷⁴⁹

Örneğin, bir insanı büyü yaparak öldürmek isteyen, zehir sanarak unla düşmanını zehirlemek isteyen, dolu zannederek boş bir tüfekte karşısındakini öldürmeye çalışan kişinin kullandığı vasıta elverişsiz kabul edilecektir. Ancak, vasıta elverişli olup da sonradan etkisini gösteren bir sebeple netice meydana gelmiyorsa, failin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması gerekecektir. Örneğin, bir kimseye şantaj yapmak amacıyla tehdit içeren bir mektup gönderen ve para sızdırmak isteyen failin, polis durumdan haberdar edildiği ve çantaya para yerine kâğıt konulduğu hallerde fail teşebbüsten sorumlu tutulacaktır.⁷⁵⁰

MANZINI'ye göre vasıtanın elverişsizliği nitelik, nicelik veya kullanış tarzından kaynaklanır. Nitelik veya nicelikten kaynaklanan yetersizlik barutun kalitesiz olması, zehrin koku ya da lezzetinin özelliği yahut dozunun az olması, vasıtanın tek başına neticenin gerçekleşmesine yeterli olmaması gibi objektif nedenlere; belli bir kişi karşısında etkisiz kalacak bir tehdit gibi sübjektif nedenlere dayanabilmektedir. Kullanma becerisi ile ilgili yetersizlik ise esasen ehliyetsizlik anlamına gelmekle birlikte, bu durum uzman olmayı gerektirecek kadar karışık olmadığı takdirde vasıtanın elverişsizliği sonucunu doğurmayacaktır. Konu MANZINI'nin değerlendirmeleri kapsamında ele alındığında, elverişsizliğin vasıtanın neticenin gerçekleşmesine tek başına yeterli olmaması, vasıta ile netice arasındaki illi ilişkinin bulunmaması olarak tanımlandığı görülmektedir.⁷⁵¹

⁷⁴⁹ Vincenzo MANZINI 1981, age s. 456-457.

⁷⁵⁰ age s. 458; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 71.

⁷⁵¹ Vincenzo MANZINI 1981, age s. 461 vd.; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 72.

Ancak MANZINI'nin bu teorisi de elverişsizlik kavramının yetersizlik kavramından farklı olmadığı, konunun çözümünün bazen somut bazen de soyut hipoteze dayandırıldığı, yapılan değerlendirmelerin esasında mutlak ve nisbi elverişsizlik ayrımını işaret ettiği ve böylece elverişlilik probleminin tatmin edici bir çözüme kavuşturulamadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir.⁷⁵² Kanaatimizce de vasitanın elverişsizliği yetersizlik kapsamında ele alındığında, zehir zannıyla yemeğe konulan şeker ile barutun bozuk olması arasında herhangi bir fark bulunmayacaktır. Bu da elverişsiz vasıta ile yetersiz vasıta ayrımının, mutlak ve nisbi elverişsiz vasıta ile aynı anlamda kullanılması sonucunu doğuracaktır.

4.2.1.3. Somut Tehlike Teorisi

Şu ana kadar incelemeye çalıştığımız mutlak – nisbi elverişsizlik ayrımının konunun çözümünde yetersiz ve soyut kalışı, MANZINI tarafından ileri sürülen yetersizlik teorisinin de sorununun çözümüne tek başına yeterli olmayışı, dönemin ceza hukukçularını vasitanın değil failin yaptığı hareketin tümünün belli bir olayda tehlike arz edip arz etmediğinin aranması gerektiği temeli üzerine oturttukları somut tehlike teorisinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Söz konusu teori ilk kez CARRARA tarafından ortaya atılmıştır.⁷⁵³

Bu teoriye göre, failin davranışı suç konusu üzerinde herhangi bir tehlike yaratmayacak nitelikte ise ya da yarattığı tehlike önemli değilse teşebbüs yoktur ve failin cezalandırılması mümkün değildir. Bunun esası nedensellik bağının tabiat olayları arasında birbirini izleyen bir ilişkinin varlığının kabulünü zorunlu kılmasıdır. Buna göre tüm neticeler bunları doğuran olayların bir sonucudur. Eğer bir davranış bir neticeye sebebiyet vermemişse, somut olayda o neticeyi meydana getirmek için elverişsizdir.⁷⁵⁴

Görüldüğü üzere, somut tehlike teorisi kendisinden önce gelen teorilerden farklı olarak, mutlak – nisbi elverişsizlik ve yetersizliği sonuç yönünden ve o ana göre değil, belirli bir suç bakımından işlenemez suç olup olmadığı konusundaki araştırmayı hareketin gerçekleştirildiği ana göre ve failin tasavvuru ile netice arasında bir uyumluluk olup olmadığına göre yapmakta ve elverişsizlik bağlamında mutlak ve nisbi ayrımına önem vermemektedir. Buna göre, eğer failin tasavvuru ile netice

⁷⁵² Doğan SOYASLAN 2020, age s. 323-324.

⁷⁵³ age s. 324; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 75; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 486.

⁷⁵⁴ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 324.

arasında uyumluluk varsa işlenebilir suç vardır ve fail teşebbüs hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Eğer uyumluluk yoksa işlenemez suç vardır ve fail cezalandırılmayacaktır.⁷⁵⁵

Buna göre hâkim, davranışın gerçekleştiriliş şartlarını dikkate alarak normal bir şahsın bilgisi ile failin bilgisini kıyaslayarak ve genel yaşam deneyimlerini göz önünde bulundurarak, hareketin istenen neticeyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığını araştıracaktır. Eğer davranış istenen neticeyi meydana getirmeye elverişli ise olayda tehlike ve teşebbüs olacak, aksi durumda işlenemez suç söz konusu olacaktır. Bu değerlendirme yapılırken, teorinin adından da anlaşılacağı üzere soyut değerlendirmelerden kaçınılması ve somut şartların dikkate alınması gerekmektedir.⁷⁵⁶

VANNINI'ye göre, eğer teşebbüs hukuken korunan hak ve menfaatin tehlikeye maruz bırakılması ve teşebbüsteki netice, belli bir anda mevcut olmuş gerçek bir tehlikeyse söz konusu tehlikenin varlığı vasıtaların soyut elverişliliğinin değerlendirilmesiyle değil, somut beşerî davranışın ve içinde bulunulan şartların değerlendirilmesiyle tespit olunabilecektir.⁷⁵⁷ Örneğin, bir kadın hamile olduğunu zannederek ve onuncu haftadan sonra çocuğunu aldırtmak için doktora gitse ve bu sırada kadının hamile olmadığı anlaşılrsa dahi doktor çocuk düşürmeye teşebbüsten kadın ise çocuk düşürmeye teşebbüsten sorumlu olacaktır. Benzer şekilde, mağdura verilen zehrin mağdurun dayanıklılığı nedeniyle etkisiz kalması ve fail tarafından tasavvur edilen neticenin gerçekleşmemesi durumunda hareket elverişli kabul edilecek ve fail teşebbüsten dolayı sorumlu olacaktır.⁷⁵⁸

Aksi duruma örnek vermek gerekirse, dolu olduğuna inandığı ancak boş bir tüfekle öldürmek amacıyla mağdura ateş eden ve dolu tüfekle menzil dışındaki bir

⁷⁵⁵ Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 431; Ayhan ÖNDER 1989, age s. 464; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s 487.

⁷⁵⁶ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 325; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 76.

⁷⁵⁷ Ottorino VANNINI (1943), *Il Problema Giuridico del Tentativo*, Giuffrè, Milano, s. 54, Akt. Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 76.

⁷⁵⁸ Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 2018/5151 E. 2018/6088 K. sayılı 29.05.2018 tarihli kararında “Sanığın, firara teşebbüs ettiği kabul edilen cezaevinin kapalı bir cezaevi olduğu ve dava konusu olayın gündüz 13:00 sıralarında meydana geldiği, sanığın cezaevi çatısına çıkmasının, iç ve dış güvenlik görevlileri ile firara karşı konulan teknik, mekanik, elektronik veya fizikî engelleri aşarak cezaevinden firar etmesine imkan verebilecek bir hareket olup olmadığına tespiti için olay mahallinde keşif yapılarak sanığın cezaevi çatısına çıkmasının belirtilen engelleri aşarak cezaevinden firar etmesi sonucunu doğurup doğuramayacağına bilirkişi raporu ile tespiti ve rapor sonucunda firara imkan olmadığına belirtilmesi durumunda, akli sağlığı hususunda dava dosyasına yansıyan iddia ve şüpheler bulunan sanığın eyleminin, akıl ve muvazene dışı davranış olup, ortada cezaevi disiplin mevzuatının uygulanmasını gerektiren ve işlenemez suç olduğu kabulü gereken bir eylem olduğu” karara bağlanmıştır. Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, ET. 01.02.2021; Ayhan ÖNDER 1989, age s. 464; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 487.

kimseye ateş eden şahsın davranışının ise elverişli olmadığı kabul edilecektir. Birinci olayda silah gerektiği gibi doldurulmamış, ikinci olayda ise mesafe çok uzaktır. Her iki durumun da davranıştan önce araştırılması ve bilinmesi mümkün bulunmaktadır. Dolayısıyla somut bir tehlikenin varlığından bahsedilemeyecektir. Ancak dolu bir tüfekle menzil içindeki şahsa ateş edilmiş olsa ve rüzgârın etkisiyle sapma nedeniyle netice gerçekleşmemiş olsa artık işlenemez suçtan bahsedilemeyecektir. Çünkü böyle bir engelin önceden araştırılıp bilinmesine imkân bulunmamaktadır.⁷⁵⁹

4.2.1.4. Hareketin Elverişliliği Hakkında Değerlendirmemiz

Vasıtanın ve hareketin elverişliliği konusunda en doğru sonuca, hareketin yapıldığı ana gidilerek o anda bilinebilen ve fail tarafından bilinen bütün somut durum ve koşullar ile nedensel süreç de dikkate alınarak açıklanması suretiyle gidilebileceğini düşünüyoruz. Bu doğrultuda, hareketin elverişliliği konusunda ileri sürülen en tutarlı düşüncenin soyut kavramlardan kaynaklanan hataları bertaraf ettiğine bizim de inandığımız somut tehlike teorisi olduğunu değerlendiriyoruz. Bununla birlikte hareketin yapıldığı anda somut bir tehlikeliliği teşebbüsün oluşması için biz de yeterli görüyoruz.⁷⁶⁰ Buna göre, hâkim somut olayda elverişli ve cezalandırılabilir bir teşebbüs olup olmadığını, eş anlatımla işlenemez suç olup olmadığını, failin hareketinin gerçekleştiği andaki somut duruma ilişkin genel ve özel bilgisi ve genel yaşam deneyimlerini değerlendirerek bir sonuca ulaşacaktır.⁷⁶¹ Diğer bir anlatımla davranışın gerçekleştiği anda fail tarafından bilinebilen şartlar esas alınarak hüküm tesis edilmesi uygun olacaktır.

Burada elverişliliğin tespitinde çözüme kavuşturulması gereken ikinci husus ise fail tarafından bilinen şartlar kapsamında gerçekleştirilen davranış nedeniyle ortaya çıkan tehlikenin sınırının ne olduğudur. Yukarıda vasıtanın veya hareketin elverişliliğinin nedensellik kanunu sınırları dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştik. Kanaatimizce, fail tarafından tasavvur edilen neticenin, failin davranışı sonucu ortaya çıkmasının muhtemel olduğu durumlarda tehlike mevcut bulunmaktadır.⁷⁶²

⁷⁵⁹ Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 78.

⁷⁶⁰ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 325.

⁷⁶¹ ALACAKAPTAN konu ile ilgili verdiği bir örnekte; tek başına alındığında zararsız olan ancak tuzla birleştiğinde ortaya çıkan kimyasal reaksiyon nedeniyle öldürücü bir zehirli madde olan kalomel alan kişinin bu durumunu bilerek tuzlu yiyecekler yedirmeye çalışan failin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 94.

⁷⁶² age s. 94.

Bu durum, hareketin yapıldığı anda fail tarafından bilinebilen şartlara göre neticenin gerçekleşmesi muhtemel ise suç konusu bulunmasa da teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağını akla getirebilecektir. Örneğin, annenin yeni doğan ve doğumdan hemen sonra ölmüş olan çocuğunu canlı zannederek boğması durumunda, fail tarafından davranışın gerçekleştirildiği anda bilinen şartlara göre davranışın bir çocuğun ölümüne sebep olması muhtemeldir. Ancak somut olayda suç konusu ve tehlike bulunmamaktadır. Aşağıda ayrıca ele alınacağı üzere, hareketin yapıldığı anda fail tarafından bilinebilen şartlar kapsamında suç konusunun bulunduğu da değerlendirilmekte olup, suç konusu mevcut olmayan hallerde hareketin elverişliliğinden bahsedilmesi evleviyetle mümkün olmayacaktır.⁷⁶³

Bununla birlikte, hareketin yapıldığı anda fail tarafından bilinmesi mümkün olmayan ve ayrıca hareketin gelişmesi sırasında veya tamamlanmasından sonra ortaya çıkan şartların, vasitanın veya hareketin elverişliliği konusunda yapılacak değerlendirmeye bir etkisi olmayacaktır. Örneğin, failin cüzdanını almak üzere elini mağduru cebine daldırması ancak cüzdanın mağdurun diğer cebinde olması veya bir bankanın kasa dairesine kadar ulaşan hırsızların kilidin profesyonel mekanizmasını çözümlenememeleri ve kilidini açamamaları ya da araba çalmaya çalışan failin araba içerisine girdikten sonra elindeki aletin aracı çalıştırmaya çalışırken kırılması gibi durumlarda vasitanın veya hareketin elverişli olduğu ve teşebbüsün tüm unsurları ile oluştuğu kabul edilecektir.⁷⁶⁴

Bu noktada, tezin konusu ceza hukukunda hata olduğuna göre, hareketin elverişliliği konusunda tartışılması gereken bir diğer husus, failin teşebbüs hükümlerinden sorumlu tutulabilmesi için veya suça ilişkin hatasının sorumluluğuna etki edebilmesi için elverişlilik hakkında bilgiye sahip olmasının aranıp aranmayacağıdır. Kanaatimizce vasıta veya hareketin elverişliliğinin fail tarafından bilinmesi önem taşımayacaktır. Vasıta veya hareket elverişli olduğu takdirde, netice meydana gelecek ve değişmeyecektir. Failin vasitanın veya hareketin elverişli olduğunu bilerek davranışta bulunması halinde sonuca ilişkin değerlendirme yapmak kolay olacaktır. Bununla birlikte, failin elverişsiz olduğunu bilmediği bir vasıta ile kastı doğrultusunda yine de neticeyi meydana getirdiği durumlarda yine cezalandırılabilir bir davranışta bulunduğu söz edilecektir. Ancak elverişli vasitanın elverişsiz olduğu zannıyla failin aslında istemediği neticeyi meydana

⁷⁶³ Aksi yönde, Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 487.

⁷⁶⁴ age s. 487; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 95.

getirmesi ise işlenemez suç kapsamında değil, suçun manevi unsuru kapsamında failin kusuruna göre değerlendirilecektir. Bu durum failin elverişsiz vasıta ile vasıtanın elverişsiz olduğunu bilerek hareket etmesi durumunda da söz konusu olacaktır.⁷⁶⁵

Özetle, vasıta veya hareketin elverişliliği konusunda yalnızca failin subjektif kanaatine bakan veya soyut hipoteze dayandırarak konuya çözüm üretmeye çalışan görüşleri uygun görmüyoruz. Birinci görüş benimsendiği takdirde failin iradesinin ortaya çıkardığı bütün neticeler failin iradesine bakılarak teşebbüs sınırları içine sokulmakta; ikinci görüş benimsendiği takdirde ise bazen bir faraziye dayanılmakta ve her iki durumda da realiteden uzak, ceza adaleti ile uyumlu olmayan sonuçlar meydana gelmektedir. Bu itibarla, öğretide vasıta veya hareketin elverişliliğinin, nedensel süreç kapsamında davranışın gerçekleştiriliş şartları içerisinde somut olarak değerlendirilmesinin yukarıda bahsedilen hataları bertaraf edeceğini ileri süren görüşe biz de katılıyor ve söz konusu yaklaşımın ceza adaletine uygun sonuç vereceğini değerlendiriyoruz.⁷⁶⁶

4.2.2. Suçun Maddi Konusunun Yokluğu

İşlenemez suçu ortaya çıkaran ikinci hal, failin icra ettiği anda suçun maddi konusunun bulunmamasıdır. Suçun maddi konusu, failin gerçekleştirdiği davranışın üzerinde yapıldığı kişi veya şeydir. Suçun pasif süjesi ile maddi konusu aynı olabileceği gibi bazı olaylarda birbirinden ayrılabilir. Örneğin, kasten öldürme suçunda, suçun maddi konusu ile suçun pasif süjesi aynı olup, öldürülen kişidir. Ancak yağma suçunda, suçun maddi konusu tehdit veya cebre maruz kalan kimse ile bu kimseden zorla alınan maldır. Bazı durumlarda ise suçun faili ile maddi konusu aynı kişi de olabilir. Organ veya doku ticaretinde kendi organını bir başkasına satan kişi hem fail hem de suçun maddi konusudur.⁷⁶⁷

Suçun maddi konusunun yokluğu halinde suçu işlemek, kast olunamı gerçekleştirmek mümkün değildir. Korunmak istenen hukuki menfaate karşı bir zarar tehlikesi mevcut değildir. Dolayısıyla, hareketin elverişliliği yaklaşımına paralel olarak suçun maddi konusunun yokluğu durumunda yine işlenemez suçun varlığı kabul edilir. Örneğin, gece vakti öldürmek üzere hasmı olduğuna inandığı karaltıya

⁷⁶⁵ Vincenzo MANZINI 1981, age s. 460.

⁷⁶⁶ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 325.

⁷⁶⁷ age s. 325; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 113.

ateş eden kimsenin, hasmı yerine bir ağacı vurması halinde suçun maddi konusu bulunmamakta ve işlenemez suç söz konusu olmaktadır.⁷⁶⁸

Bir hareketin elverişli olup olmadığını ortaya koyabilmek için yöneldiği konunun da değerlendirilmesi gerekir. Bu yönüyle, suçu ortaya çıkaracak olan davranış ile suçun maddi konusu arasında birbirinden ayrı iki husus olsa da bunların birbirleri ile ilişkisi failin cezai sorumluluğunu belirleyebilmek için son derece önemlidir. Vasıtanın ya da hareketin elverişliliği kapsamında daha önce açıklamaya çalıştığımız üzere, elverişsiz vasıta veya hareketten somut olayda ceza normu tarafından korunan hak veya menfaatin bütünlüğünü tehlikeye uğratmayan ya da tek başına neticenin gerçekleşmesine yeterli olmayan vasıta ya da hareket anlaşılmaktadır. Vasıta ya da hareketin elverişli olup olmadığını ortaya koyabilmek için bunların yöneldiği suçun maddi konusunun da evleviyetle nazara alınması gerekir. Diğer bir anlatımla, suç konusunun yokluğu halinde suçun icrasına başlanmasından bahsedilemeyeceği gibi vasıtaların ya da hareketin elverişliliğinden de bahsedilemeyecektir. Maddi konunun yokluğu halinde failin cezalandırılması da mümkün olmayacaktır. Örneğin, hırsızlık kastıyla hata ile kendi eşyasını çalan kimsenin tercih ettiği hareket sonucu meydana getirmeye elverişli olsa dahi, çaldığı eşyanın kendisine ait olduğu dikkate alındığında suçun maddi konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez suçtan bahsedilecektir. Bu da göstermektedir ki bazı somut örneklerde suçun maddi konusunun yokluğu, hareketin elverişliliği değerlendirmesine dahi gerek kalmaksızın işlenemez suçun varlığını ortaya koymaktadır.⁷⁶⁹

Benzer şekilde Yargıtay 10. Ceza Dairesi tarafından verilen 2015/1018 E. 2018/9004 K. sayılı 10.12.2018 tarihli kararda,

"...hakkında uyuşturucu madde sattığı yönündeki istihbari çalışma nedeniyle ...'nun ikametinde arama yapıldığı sırada, sanığın ikamete gelip kapıyı açan kolluk görevlisine para uzatıp, "2 tane dalga ver birader" diye söylemesi üzerine yakalandığı olayda, kolluk görevlilerinin arama sırasında uyuşturucu maddelere el koymuş olması nedeniyle, sanığın uyuşturucu madde alması fiilen mümkün olmadığından, eylemin işlenemez suç niteliğinde olduğu ve müsnet suçun yasal unsurlarının

⁷⁶⁸ Yargıtay 8. Ceza Dairesi tarafından verilen 2017/6102 E. 2017/6544. sayılı 05.06.2017 tarihli kararda "11.04.2006 tarihli kriminal raporda manyetik şeritlerinin boş olduğu belirtilen ve bu nedenle kullanılması mümkün bulunmayan suçta konu ... numaralı kredi kartını satın aldığı anlaşılan sanığın eyleminin" suçun maddi konusunun yokluğu sebebiyle işlenemez suçta vücut verdiği hükme bağlanmıştır. Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay,ET.02.02.2021>; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 325.

⁷⁶⁹ Vincenzo MANZINI 1981, age s. 373; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 325; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 114.

gerçekleşmediği gözetilmeksizin, sanığın beraati yerine, mahkûmiyetine karar verilmesi...”

şeklinde hüküm tesis edilmiş ve davranış kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçu bakımından elverişli olsa da söz konusu elverişliliğin tartışılmasına gerek görülmemiştir.⁷⁷⁰

Suçun maddi konusunun, suç fiilinin kurucu maddi unsuru olduğu dikkate alındığında daha önce de açıklandığı üzere maddi konuya ilişkin bilgisizliğin veya yanlış bilginin fiili hata kapsamında değerlendirilmesi uygun olacaktır. Ancak fiili hata halinde kişi, tipik fiilin dışında kalan, yani suç olmadığını düşündüğü bir fiili gerçekleştirmek isterken işlenemez suç halinde kanunun suç olarak öngördüğü bir fiili işlemeyi istemekte ancak fiilin esaslı unsurlarından maddi konu üzerinde hataya düştüğü için davranışı suç teşkil etmemektedir.⁷⁷¹

Suçun maddi konusunun yokluğu halinde gerçekleştirilen davranışın işlenemez suça vücut verip vermeyeceği hususunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide maddi konunun bulunmadığı haller; mutlak ve nisbi yokluk, hareketten önceki ve sonraki yokluk ile suçun işlenmesi tehlikesinin olup olmadığına ilişkin görüşlerdir.⁷⁷²

4.2.2.1. Mutlak veya Nisbi Yokluk

Bu teoriye göre, suçun maddi konusuna ilişkin yokluğun, işlenemez suça mı yoksa teşebbüs aşamasında kalmış bir suça mı vücut verdiği hususu yokluğun mutlak veya nisbi oluşuna göre ikili ayırım yapılarak incelenmektedir. Birinci halde yani yokluğun mutlak olduğu halde işlenemez suç, nisbi olduğu halde ise teşebbüs aşamasında kalmış bir suç olduğu kabul edilmektedir.⁷⁷³

Suçun maddi konusunda mutlak yokluk, ne zaman ve hangi şartlar altında olursa olsun failin kastının gerçekleşmesini imkânsız kılan yokluk halidir.⁷⁷⁴ Mutlak yokluk halinde suçun işlenmesi hiçbir zaman mümkün değildir. Örneğin, öldürülmek istenen kimsenin zaten ölmüş olması, insan zannedilen şeyin yatağın içindeki yastık veya çalılık arkasındaki bir taş olması, çocuğunu düşürmek isteyen kadının aslında

⁷⁷⁰ Corpus Web Mevzuat ve İctihat Programı, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, ET. 02.02.2021.

⁷⁷¹ Devrim GÜNGÖR 2007, age s 124.

⁷⁷² Doğan SOYASLAN 2020, age s. 325; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 485 vd.; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 124; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Emin ALŞAHİN ve Kerim ÇAKIR 2021, age s. 728; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 115 vd.

⁷⁷³ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 326; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 115.

⁷⁷⁴ Vincenzo MANZINI 1981, age s. 466.

gebe olmaması, hırsızlığa girilen meskenin boş olması nedeniyle çalınacak hiçbir şey olmaması, çalınan banka kartının daha önce iptal edilmiş olması ve firar suçu yönünden şahsın askerliğe elverişli olmaması hallerinde suçun maddi konusu mutlak anlamda yoktur ve verilen örneklerde kastedilen suçların gerçekleşmesi hiçbir halde mümkün değildir.⁷⁷⁵

Yargıtay 19. Ceza Dairesi tarafından verilen 2019/29933 E. 2019/14699 K. sayılı 27.11.2019 tarihli kararda “... askerliğe elverişsizlik halinin suç tarihlerini kapsamaması halinde sırf askeri suç olan firar suçunun işlenemez suç niteliğine dönüşeceği ...” hükme bağlanmış ve failin kastının gerçekleşmesini imkânsız kılan maddi unsur yokluğunun işlenemez suça vücut vereceği açıkça ifade edilmiştir.⁷⁷⁶

Bununla birlikte, suçun maddi konusunun failin fiilini icra ettiği anda geçici olarak veya tesadüfen bulunmaması halinde ise suçun tamamlanma ihtimali bulunmaktadır ve bu durumda mutlak yokluktan değil nisbi yokluktan bahsedilecektir.⁷⁷⁷ Örneğin, failin A’nın cüzdanını çalmak amacıyla elini A’nın cebine sokması ve o anda A’nın cüzdanını evinde unutmuş olması veya failin A’nın yatağına bıçak saplaması ancak A’nın o esnada gece tuvalete kalkmış olması hallerinde suçun maddi konusu bulunmasa da konunun bulunmaması tesadüfidir. Bulunmamanın tesadüfi olduğu yerde yokluk mutlak değil nisbi olacaktır. Buna benzer yokluğun nisbi olduğu tüm somut olaylarda failin teşebbüs hükümleri uyarınca davranışından sorumlu tutulması uygun olacaktır.⁷⁷⁸

Öğretide suçun maddi konusunun yokluğunu mutlak ve nisbi yokluk ayırımına tabi tutarak işlenemez suç ve elverişsiz teşebbüs değerlendirilmesine başvurulması

⁷⁷⁵ Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 2017/7700 E. 2017/10852 K. sayılı 04.10.2017 tarihli kararında “...suça sürüklenen çocuğun "...kart ile annesinin bankadan para çektiğini bildiğini, bunu kendisine annesinin söylediğini, arkadaşına olan borcu sebebiyle annesinin cüzdanından kartı aldığını ve bankaya para çekmeye gittiğini, kartının şifresini daha önce annesinden duyduğunu ancak para çekmeye gittiğinde ATM'nin kartı alıkoyduğunu, kendisinin de bankanın içine girerek kartı istediğini, ancak oradaki görevlilerin kendisini yakaladığını, kendisinin bir defa bankadan para çekmeye çalıştığını "savunması, suça konu kartın 17.04.2007 tarihinde kullanıma kapatıldığına dair banka yazısı karşısında, mahkemece suça sürüklenen çocuğun bankamatikten parayı çekmek isterken şifreyi yanlış yazdığı için karta el konulduğu, kartı almak için bankaya gittiğinde yakalandığı bu sebeple eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmişse de bu olaya dair evrakların dosyada bulunmadığı anlaşılacakla, anılan evrakın araştırılıp dosya içine konulması, suç tarihinin kesin olarak tespiti ile karta el konulması sebebinin bankadan sorulup kartın iptal edilmesi sebebiyle kullanılmasının imkansız hale gelmesinden dolayı karta el konulduğu takdirde işlenemez suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi gerekirken eksik incelemeye dayanarak yazılı şekilde hüküm kurulması...” bozma gerekçesi olarak kabul edilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr>, ET. 10.06.2021; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 115.

⁷⁷⁶ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr>, ET. 14.06.2021.

⁷⁷⁷ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 326.

⁷⁷⁸ Vincenzo MANZINI 1981, age s. 467; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 116.

birtakım eleştirilere maruz kalmıştır. Öncelikle, nisbi yokluk halinde de suçun işlenmesi mümkün olmadığından söz konusu ölçüt kapsamında ele alınan her iki halin farklı hukuki neticeye bağlanmasının uygun olmayacağı ileri sürülmüştür. Örneğin ölmüş bir kimsenin nasıl ki yeniden öldürülmesi mümkün değilse, failin davranışta bulunduğu anda yatağında olmayan mağdurun da öldürülmesi mümkün değildir. Mağdurun ya da suç konusunun geçici bir an için bile olsa olay yerinde mevcut bulunmaması sonucu değiştirmemektedir. Suçun konusu somut olay anında ya yerinde olacaktır ya da olmayacaktır. Olmaması durumu ise mutlak yokluk durumunu doğuracaktır. Konunun bulunmamasını nisbi, tesadüfi, geçici ve benzeri sıfatlarla tasvir eden yokluk, konunun daha iyi saklanmış, zannedilenden daha uzakta, alışılmıştın dışında veya failin etki alanının bir an için dışında olması, eline geçmesinin zor olması gibi halleri kapsadığı ifade edilmekle birlikte, bu gibi hallerde suçun maddi konusunun yokluğunu değil, varlığını kabule ve konunun durumuna göre değerlendirme yapmaya zorlamaktadır. Ayrıca her iki halde de tehlike meydana gelmemektedir. Teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni davranışın yarattığı tehlikedir. Tehlike bulunmadığı takdirde hem mutlak yoklukta hem de nisbi yoklukta aynı sonuca ulaşılması gerekmektedir. Ayrıca geçici yokluk halinde, suç konusunun ne kadar zamandır bulunmaması konusunda nisbi yokluk halini ortaya koyan net bir ölçüt bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla, yatağından ayrılan mağdurun, yatağından ne zaman ayrılması ve ne kadar uzaklaşmış olması halinde nisbi yokluk durumundan bahsedilecektir; bu hususta net bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. Benzer örneklerle bir yıldan beri oturulmayan bir ev ile beş dakika önce boşaltılan bir evde esas itibariyle herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bu örnekte yokluğun mutlak veya nisbi olarak nitelendirilmesi sübjektif değerlendirmeye dayanacak ve bu kriterin belirsiz bir ölçüt ortaya koymasına neden olacaktır.⁷⁷⁹ Tüm bu nedenlerle mutlak veya nisbi yokluk ayrımının sorunu çözmeye tek başına yeterli olmayacağı değerlendirilmektedir. Yargıtayın bazı kararlarında da bu görüş ileri sürülmüş ve mutlak–nisbi yokluk ayrımı tek başına değerlendirmeye esas alınmamıştır.⁷⁸⁰

⁷⁷⁹ Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 116; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 326-327.

⁷⁸⁰ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 2018/7103 E. 2019/1953 K. sayılı 21.03.2019 tarihli kararında “... Doktrinde suç konusunun yokluğu halinde eylemin işlenemez suç kapsamında mı yoksa teşebbüs olarak mı kabul edileceğinin, mutlak yokluk-nisbi yokluk ayrımına göre tespit edilebileceği savunulmuştur. Mutlak yokluk halinde işlenemez suç, nisbi yokluk durumunda ise suça teşebbüs vardır. Kasten öldürme suçu yönünden, öldürülmek istenen kişinin olay öncesinde ölmüş olması mutlak yokluğu, konunun geçici olarak olduğu zannedilen yerde bulunmaması ise nisbi yokluğu ifade etmektedir. Bu görüş, özellikle nisbi yokluk kavramının, belirsizliği ve göreceliği nedeniyle sorunu çözmekte yetersiz kalınca konunun, icra hareketlerine başlanmadan önce yok olması halinde işlenemez suçun, hareketin

4.2.2.2. Hareketten Önceki ve Sonraki Yokluk Ayrımı

Bu görüşe göre, somut olayda işlenemez suç veya teşebbüsten hangi durumun var olduğunu ortaya koyabilmek için suçun maddi konusu üzerinden bir ayırım yapılacaksa bu ayırımın failin davranışının konusunu teşkil eden şahıs ya da şeyin,

başlamasından sonra veya başlamasıyla birlikte yok olması halinde ise teşebbüsün varlığından bahsedilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Ex post değerlendirmeye dayanan bu görüş de fiilin "objektif tehlikeliliğini" görmezden gelmesi nedeniyle eleştirilmiştir.

Yüksek Yargıtay'ın bir çok kararında (Yargıtay 1.CD'nin 26/05/1963 tarih ve 320/1134; 2. CD'nin 18/01/1949 tarih ve 355/419; 6. CD'nin 24/10/1959 tarih ve 955/889 ile 14/06/1983 tarih ve 4019/5620; CGK'nun 13/02/1984 tarih ve 291/158, 21/02/1983 tarih ve 6-495/64 ile 25/06/1990 tarih ve 5-157/200; 10. CD'nin 25/01/2005 tarih ve 2004/25426-2005/340 sayılı kararları vb.) kabul edilen, doktrinde büyük ekseriyetle savunulan (Alacakaptan, age, s. 124-127; Soyaslan Doğan, Genel Hükümler, s. 309; Demirbaş Timur, Genel Hükümler, s. 430; Sözüer Adem, Suça Teşebbüs, s. 190; Dönmezer-Erman. C 1, s. 603; İçel-Sokullu-Akıncı, s.323; Zafer Hamide, Genel Hükümler, s.403) ve Dairemizce de benimsenen "somut tehlike teorisi"ne göre ise; hâkim, psişik ve fizyolojik gelişmesi normal olan insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerini nazara almak ve belli istatistik kanunları ile id quod plerumque accidit (ortak hayat tecrübelerine göre, belli insan davranışlarının nedensellik bağlamında netice verdiği makul bir olasılık derecesini ifade eden ortak tecrübe ilkesi) ilkesini ve faili o olay bakımından mevcut özel bilgilerinin de göz önünde bulundurmak suretiyle hareketin yapıldığı anda hareketin mevzuunun mevcudiyetinin muhtemel olup olmadığını araştırarak (Alacakaptan, age, s. 126) muhtemel olması durumunda eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı sonucuna ulaşacaktır.

Yani hâkim, somut olayda ex post değil ex ante bir değerlendirme ile normal bir insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerini, günlük hayat tecrübelerini, failin olay ile ilgili özel bilgilerinin nazara alarak hareketin yapıldığı anda suçun konusunun varlığının muhtemel olup olmadığını araştıracaktır. Konunun varlığı muhtemel ise -ve esasen mutlak yokluk durumu da yoksa- eylemin teşebbüs kapsamında kaldığı kabul edilerek cezalandırılacaktır.

İşlenemez suç hakkında ne mülga 765 sayılı ne de mer'i 5237 sayılı TCK'da bir hüküm vardır. Oysa İtalyan Ceza Kanununun 49, Alman Ceza Kanununun 23. maddelerinde işlenemez suç/elverişsiz teşebbüs ile ilgili düzenlemeler yer almıştır. Gerek anılan kanunlar gerekse Avusturya ve İngiliz ceza kanunları işlenemez suçun cezalandırılmasına ya da güvenlik tedbiri uygulanmasına imkan tanımaktadır. Fransa uygulaması da bu yönde gelişmiştir. (Tozman Önder, Suça Teşebbüs, s.181)

Türk ceza hukuku açısından işlenemez suç/elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması mümkün bulunmama ile birlikte doktrinde ...gibi yazarlar suç işleme kararının icrası kapsamında harici dünyaya yansarak toplumsal tehlikeliliği ortaya koyan fiillerin, failin elinde olmayan nedenlerle istenilen sonucu doğurmasa da cezalandırılması gerektiğini savunmuşlardır.

Bu durumda, hareketin elverişliliği ya da konunun yokluğu hususundaki kurum ve kavramların, özellikle korunan hukuki değer olarak devletin varlığını ve prestijini muhafaza eden suçlar yönünden, işlenemez suçun alanını genişletecek biçimde yorumlanması kabul edilemez.

...Dairemizce de benimsenen "somut tehlike teorisi"ne göre somut olay değerlendirildiğinde; TBMM ve MİT gibi stratejik kurumların hedef alındığı 15 Temmuz darbe teşebbüsü ile ulaşılmak istenen asıl maksadın, doğrudan anayasal düzenin değiştirilmesinin yanında, Cumhurbaşkanının da etkisiz hale getirilmesi olduğunda kuşku yoktur. Bu cümleden olarak, Cumhurbaşkanına suikast eylemi, örgütün ülke genelindeki organik bütünlüğünden ve etkinliğinden istifade edilerek planlanıp uygulanan, neticesi ve başarısı eşzamanlı, senkronize hareketlere bağlı hukuki anlamda tek bir fiil olarak ortaya çıkan anayasayı ihlal suçunu teşkil eden hareketlerden bir tanesidir. Kalkışmanın icra hareketleri akşam saat 20-21 sularında başlamıştır. Sanıkların daha önce hazırlık yaptıkları bu özel görev için kendi birliklerinden ayrılarak Çiğli hava üstünde toplanıp teçhizatlandıklarında saat 23.00'tür. Bu saat itibarıyla Cumhurbaşkanının olay mahalli olan otelde olduğu da nazara alındığında, istatistik kuralları, genel hayat tecrübeleri, örgütün kalkışma saatini öne alarak baskın davranma refleksi içinde olması, özel bilgi ile beceri ile donatılmış bir grup oldukları anlaşılan sanıkların, olay öncesi ve olay sırasındaki davranışları gibi kıstaslar muvacehesinde icra hareketlerinin başladığı anda suçun mevzuunun mevcudiyetinin muhtemel olduğunda şüphe duymamak icap eder.

Bu nedenle eylemin teşebbüs boyutuna ulaştığı ve müsnet suçun oluştuğu yönündeki kabul ve vasıflandırmada bir isabetsizlik bulunmamaktadır." şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargıtay, ET. 03.02.2021>.

davranışa başlanmasından sonra veya davranışla birlikte eş anlamlı yok olması hali ile davranışa başlanmasından önce yok olması hali üzerinden yapılması gerekmektedir. Suçun maddi konusunun davranıştan önce olmaması durumunda işlenemez suç olduğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, ancak davranıştan önce ve yine failin fiilinin tamamlandığı ana kadar suçun maddi konusu yoksa ceza normunda tanımlanan tipik fiil gerçekleşmemiş olacak, diğer bir anlatımla ortada suç olmayacaktır.⁷⁸¹

Buna göre, failin teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilmesi için suçun maddi konusunun mutlak, nisbi veya geçici gibi bir sıfatla değerlendirmeye tutulmasına gerek yoktur. Suçun maddi konusu hareketin başladığı anda varsa teşebbüs söz konusu olacak, fail cezalandırılacaktır. Bununla birlikte, suçun maddi konusu failin davranışından önce muhtelif sebeplerle bulunmuyor ve failin davranışı herhangi bir şekilde konuya etki etmiyorsa işlenemez suç mevzu bahis olacaktır.⁷⁸²

Diğer taraftan, failin hareketinden önce mevcut olmayan konunun, failin suçun icrasına başladıktan sonra ortaya çıkması ve failin suçu sonradan ortaya çıkan konu üzerinde gerçekleştirmesi halinde ise failin cezalandırılması gerekecektir. Nitekim failin netice doğurmayan ilk hareketine ilave olarak sonradan ortaya çıkan konu üzerinde tipik fiili gerçekleştirmesi birincisinden ayrı ikinci bir harekettir. Dolayısıyla, hareketten önceki yokluğun işlenemez suç olarak kabul edilebilmesi için konunun hareketten önce mevcut olmaması ve fiil tamamlanana kadar ortaya çıkmaması yahut sonradan ortaya çıksa bile failin suçun konusu üzerinde etki doğuracak ilave davranışının olmaması gerekmektedir.⁷⁸³

Buna göre, failin hırsızlık kastıyla elini mağdurun boş olan cebine sokması halinde, hareketten önce suçun maddi konusu bulunmadığı için işlenemez suç söz konusu olacaktır. Ancak bu görüşü savunanlar dahi verilen örnekte failin teşebbüs nedeniyle cezalandırılması gerektiğini ifade etmektedirler. Mala karşı suçlarda suçun işlenmiş sayılabilmesi için suçun işlendiği yerde veya kişinin üzerinde suç konusunun bulunması durumunda, fail tarafından konuya dönük harekete başlanmış olması durumunda hareketin konu üzerinde etkisini göstermesinin şart olmadığı ileri sürülmüştür. Hırsızın yakalanmaması halinde, hareketlerine devamla mağdurun diğer ceplerini yoklamasının imkân dahilinde olduğu hallerde failin teşebbüs hükümlerinden

⁷⁸¹ Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 119.

⁷⁸² Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 124-125.

⁷⁸³ Remo PANNAIN (1950), *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, 2. Edizione, Torino, s. 465; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 119.

sorumlu tutulması gerektiği, failin elini mağdurun boş cebine sokmasının bir tesadüften ibaret olduğu, failin elinin altında çalınabilir eşyaların bulunduğu dikkate alındığında davranışın teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilir olduğu söylenmiştir.⁷⁸⁴

İşlenemez suç ile teşebbüs hükümlerini hareketin başladığı anda suçun maddi konusunun bulunup bulunmamasına bağlayan bu görüşte, hareketten ne anlaşılması gerektiğinin de ortaya konması bir zaruret olarak karşımıza çıkmaktadır. Failin henüz hazırlık hareketleri safhası içinde bulunduğu kabul edilecek olursa, suçun maddi konusu mevcut olsa bile teşebbüsten dolayı failin cezai sorumluluğuna gidilemeyecek; suça hazırlık hareketleri içinde suçun maddi konusu bulunsun bile icra hareketlerinin başlaması anında konunun yok olması durumunda yine aynı sonucuna ulaşılabilecektir. Bu bahisle, suça hazırlık hareketleri ile icra hareketleri ayrımının bu görüşü savunanların doğru sonuca ulaşabilmeleri bakımından büyük önemi bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu görüşün savunucuları, hazırlık hareketleri ile icra hareketleri arasında bir yere konumlandıkları başlangıç hareketlerini de icra hareketleri kapsamında sayarak bu görüşün sınırını genişletmek ihtiyacı hissetmişlerdir.⁷⁸⁵

Hiç şüphesiz, suç konusunun hareketin başlamasından önce yok olması veya hareketle eş anlı ya da hareket başladıktan sonra ortaya çıkan bir sebeple ortadan kalkmış olması hallerinde, öncelikle ilk durumda işlenemez suç ve ikinci durumda cezalandırılabilir teşebbüsün varlığının kabulü, suç konusundaki yokluğu mutlak, nisbi veya geçici nedenlere bağlayarak konuyu açıklamaya çalışan görüşlere nazaran keyfi yorumlardan objektif yorum ve kritere dayanan bir esasa dayandığı için hukuki açıdan daha kabul edilebilir olacaktır. Nitekim, hareketin başlamasından sonra ve hareketle eş anlı olarak ortaya çıkan bir sebeple suç konusunun yokluğu halini, teşebbüs hükmü nazarında işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayan failin elinde olmayan bir nedenle suçun tamamlanamaması kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve ortada cezalandırılabilir teşebbüsün bulunduğu değerlendirilmektedir. Örneğin, hasmının kendisini öldürmek üzere evine girdiğini duyarak yatağının içine yastık koyan ve yatakta yattığı izlenimi uyandırmaya çalışarak yatağının altına saklanan mağdurun durumunda hareketin başlamasının

⁷⁸⁴ Carlo FIORE (1959), *Il Reato Impossibile*, Jovene, Napoli, s. 154 – 155, Akt. Uğur ALACAĞAPTAN Tarihsiz, age s. 122.

⁷⁸⁵ age s. 123.

ardından ortaya çıkan bir sebeple suç konusu yok olmuş olsa da faili cezalandırılabilir teşebbüsten sorumlu tutmak uygun olacaktır.⁷⁸⁶

Bununla birlikte, kendisinden önceki görüşlere göre hareketten önceki ve sonraki yokluk ayrımının daha tutarlı olduğu ve uygulayıcıyı daha doğru bir sonuca ulaştıracağı ifade edilebilecek olsa da değerlendirmeyi gerçekleştirmiş durumlara bakarak yaptığı için diğer bir anlatımla ex post değerlendirme yaptığı için olayın fail bakımından sübjektif yönü ve objektif tehlikeliliği ihmal edilmektedir. Bu durum işlenemez suçun alanının, cezalandırılabilir teşebbüse göre genişlemesine neden olacaktır. Örneğin, çalmak istediği saati almak üzere gece vakti arkadaşının evine giren failin, arkadaşının saati o sabah banka kasasına koyması nedeniyle çalamaması halinde, suç konusu hareketin başlamasından önce yoktur; ancak bu durumda hareketin objektif tehlikeliliği göz ardı edilerek failin suç konusunun yokluğu ve işlenemez suç nedeniyle cezasız kalması kabul edilemeyecektir.⁷⁸⁷

4.2.2.3. Somut Tehlike Teorisi

Bu teoriye göre, suç konusunun varlığı hareketin gelişimine göre değerlendirilmemekte olup, fail elverişli hareketlerle suçun icrasına doğrudan doğruya başladığı anda suç konusunun bulunması muhtemel ise teşebbüs hükümlerinden sorumlu tutulacaktır. Eğer suç konusunun bulunması muhtemel değilse işlenemez suç olduğu kabul edilecektir.⁷⁸⁸

Suç konusunun yokluğu konusunda da somut tehlike teorisi daha önce açıklanmaya çalışılan her iki ayrım üzerine ortaya çıkan eleştirileri bertaraf etmeye matuf ve uygulamayı doğru sonuca ulaştırmaya sevk eden bir teoridir. Burada da suç konusundaki yokluk hallerinin tespiti konusunda hareketin elverişli olup olmadığının tespitinde olduğu gibi ex ante bir değerlendirme yapılacaktır. Hâkim, psişik ve fizyolojik gelişimi normal olan insanın tecrübe ve niteliklerini nazara alarak belli istatistiki kanunları kullanarak ve failin o olay bakımından mevcut bilgisini de göz önünde bulundurarak hareketin yapıldığı anda suç konusunun varlığının muhtemel olup olmadığını araştırarak ve neticenin olumlu ya da olumsuz olmasına göre işlenemez suçun varlığına yahut failin teşebbüs hükümlerinden sorumlu tutulmasına

⁷⁸⁶ Gürkan ÖZOCAK (2018), Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 158 vd.

⁷⁸⁷ Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 125.

⁷⁸⁸ Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 431 vd.; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 327; Hakan HAKERİ 2019, age s. 521.

karar verecektir. Diğer bir anlatımla, psişik ve fizyolojik gelişimi normal olan insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerine göre suç konusunun olması muhtemel ise teşebbüs; değilse işlenemez suç söz konusu olacaktır.⁷⁸⁹

Somut tehlike teorisi doğrultusunda, diğer görüşlerin işlenemez suç kapsamı içinde tuttuğu bazı hallerde teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Somut tehlike teorisi suç konusunun bulunmadığı bazı hallerde teşebbüs hükümlerini işlenemez suç aleyhine genişletecektir. Örneğin yukarıda verilen örnekte çalmak istediği saati almak üzere gece vakti arkadaşının evine giren failin, arkadaşının saati o sabah banka kasasına koyması nedeniyle çalamaması halinde fail teşebbüs hükümlerinden sorumlu tutulacaktır. Benzer bir örnekte, bir tümör sebebiyle karısının karnının büyüdüğünü gören ve gebelik testi yaptıran kocanın, testin neticesinin yanlış bildirilmesi yüzünden karısının gebe olduğunu zannederek ona çocuğunu düşürücü ilaçlar ve davranışlarda bulunması halinde suç konusu olmasa bile çocuk düşürmeye teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Yine yankesicinin cüzdanı çalmak için elini otobüste birinin cebine sokması, ancak cebi boş bulması halinde fail hırsızlığa teşebbüsten dolayı cezalandırılacaktır. Kuyumcunun kasasındaki mücevherleri güvenlik gereği başka yere koyması, ancak hırsızın içerisinde mücevher olduğu düşüncesiyle kasayı açmaya çalışırken yakalanması halinde yine teşebbüs var olacaktır. Nitekim, mücevher, para ve kıymetli kağıtların kasada saklanması bize hayat tecrübelerimizin öğrettiği bir husustur. Özetle, suç konusu olmasa bile, hareketin gerçekleştiği anda bilinebilen şartlara göre neticenin meydana gelmesi muhtemel görülüyorsa, yani muhtemel tehlikelilik durumu varsa teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.⁷⁹⁰

Hâkim tarafından yapılacak ex ante değerlendirme sonucunda, hareketin yapıldığı anda bilinebilen şartlara ve duruma göre, suç konusunun varlığı muhtemel görülüyor ise bu sefer işlenemez suç söz konusu olacaktır. Örneğin, şehir dışında olduğu herkesçe bilinen bir şahsın evine öldürmek kastıyla bomba atılması halinde, normal bir insanın gözüyle, mağdur evinde olmadığı için suçun işlenmesi muhtemel olmayacak, dolayısıyla işlenemez suç söz konusu olacaktır. Eğer fail mağdurun o akşam şehre döndüğünü öğrendiği ve mağdurun evine girerek o esnada kendisi bir başka odada iken mağdurun yatağını kurşunladığı takdirde, suç konusunun varlığı fail bakımından muhtemel kabul edilecek ve fail kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu

⁷⁸⁹ Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 348; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 327; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 126.

⁷⁹⁰ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 328; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 127.

tutulacaktır. Hâkim önce normal bir şahsın gözüyle suç konusunun var olup olmadığını araştırarak, arkasından failin özel bilgisini dikkate alarak değerlendirmede bulunacaktır.⁷⁹¹

Daha önce de ifade edildiği üzere, kanun koyucunun suça teşebbüsü cezalandırmasının temel nedeni, failin davranışının ortaya çıkardığı zarar verme tehlikesidir. Yukarıdaki verilen ve somut tehlike teorisi kapsamında failin teşebbüs hükümlerine göre sorumlu tutulmasını gerektirecek her bir örnekte fail zarar tehlikesi yaratmaktadır. Dolayısıyla kanaatimizce somut tehlike teorisi evrensel hukuk anlayışına ve ceza adaletine aykırı sonuçları önleyebilecek bir yaklaşım ortaya çıkarmaktadır. Aslında kendisinden önce gelen teorilerden esinlenen ve hukuki tarihsel süreç içerisinde gelişen ve kendisinden öncekilere göre uygulayıcıyı daha tutarlı sonuca götüren bir yaklaşım sergilemektedir.⁷⁹²

Nitekim Yargıtay da verdiği pek çok kararında somut tehlike teorisini esas almıştır. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 2018/7103 E. 2019/1953 K. sayılı 21.03.2019 tarihli güncel kararında:

“Dairemizce de benimsenen ‘somut tehlike teorisi’ne göre somut olay değerlendirildiğinde; TBMM ve MİT gibi stratejik kurumların hedef alındığı 15 Temmuz darbe teşebbüsü ile ulaşılmak istenen asıl maksadın, doğrudan anayasal düzenin değiştirilmesinin yanında, Cumhurbaşkanının da etkisiz hale getirilmesi olduğunda kuşku yoktur. Bu cümleden olarak, Cumhurbaşkanına suikast eylemi, örgütün ülke genelindeki organik bütünlüğünden ve etkinliğinden istifade edilerek planlanıp uygulanan, neticesi ve başarısı eşzamanlı, senkronize hareketlere bağlı hukuki anlamda tek bir fiil olarak ortaya çıkan anayasayı ihlal suçunu teşkil eden hareketlerden bir tanesidir. Kalkışmanın icra hareketleri akşam saat 20-21 sularında başlamıştır. Sanıkların daha önce hazırlık yaptıkları bu özel görev için kendi birliklerinden ayrılarak Çiğli hava üstünde toplanıp teçhizatlandıklarında saat 23.00’tür. Bu saat itibarıyla Cumhurbaşkanının olay mahalli olan otelde olduğu da nazara alındığında, istatistik kuralları, genel hayat tecrübeleri, örgütün kalkışma saatini öne alarak baskın davranma refleksi içinde olması, özel bilgi ve beceri ile donatılmış bir grup oldukları anlaşılan sanıkların, olay öncesi ve olay sırasındaki davranışları gibi kıstaslar muvacehesinde icra hareketlerinin başladığı anda suçun mevzuunun mevcudiyetinin muhtemel olduğunda şüphe duymamak icap eder. Bu nedenle eylemin teşebbüs boyutuna ulaştığı ve müsnet suçun oluştuğu yönündeki kabul

⁷⁹¹ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 327-328.

⁷⁹² age s. 328; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 127.

ve vasıflandırmada bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” şeklinde hüküm tesis edilmiştir.⁷⁹³

4.2.3. Tahrikçi Ajan ve İşlenemez Suç

Tahrikçi ajan kavram olarak, suçun işlenmesinden doğrudan doğruya bir menfaati bulunmayan ancak suçun işlenmesinden başkaca fayda sağlayan kişidir. Diğer bir anlatımla tahrikçi, suçun işlenmesini istemekte ve bir kimseyi suç işlemek için kışkırtmakta, teşvik etmektedir. Ancak tahrikçinin faili teşvik etmesinin nedeni

⁷⁹³ Aynı kararda “Doktrinde suç konusunun yokluğu halinde eylemin işlenemez suç kapsamında mı yoksa teşebbüs olarak mı kabul edileceğinin, mutlak yokluk-nisbi yokluk ayırımına göre tespit edilebileceği savunulmuştur. Mutlak yokluk halinde işlenemez suç, nisbi yokluk durumunda ise suça teşebbüs vardır. Kasten öldürme suçu yönünden, öldürülmek istenen kişinin olay öncesinde ölmüş olması mutlak yokluğu, konunun geçici olarak olduğu zannedilen yerde bulunmaması ise nisbi yokluğu ifade etmektedir. Bu görüş, özellikle nisbi yokluk kavramının, belirsizliği ve göreceliği nedeniyle sorunu çözmekte yetersiz kalınca konunun, icra hareketlerine başlanmadan önce yok olması halinde işlenemez suçun, hareketin başlamasından sonra veya başlamasıyla birlikte yok olması halinde ise teşebbüsün varlığından bahsedilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Ex post değerlendirmeye dayanan bu görüş de failin "objektif tehlikeliliğini" görmezden gelmesi nedeniyle eleştirilmiştir.

Yüksek Yargıtay'ın bir çok kararında (Yargıtay 1.CD'nin 26/05/1963 tarih ve 320/1134; 2. CD'nin 18/01/1949 tarih ve 355/419; 6. CD'nin 24/10/1959 tarih ve 955/889 ile 14/06/1983 tarih ve 4019/5620; CGK'nun 13/02/1984 tarih ve 291/158, 21/02/1983 tarih ve 6-495/64 ile 25/06/1990 tarih ve 5-157/200; 10. CD'nin 25/01/2005 tarih ve 2004/25426-2005/340 sayılı kararları vb.) kabul edilen, doktrinde büyük ekseriyetle savunulan (Alacakaptan, age, s. 124-127; Soyaslan Doğan, Genel Hükümler, s. 309; Demirbaş Timur, Genel Hükümler, s. 430; Sözüer Adem, Suça Teşebbüs, s. 190; Dönmezer-Erman. C 1, s. 603; İçel-Sokullu-Akıncı, s.323; Zafer Hamide, Genel Hükümler, s.403) ve Dairemizce de benimsenen "somut tehlike teorisi"ne göre ise; hâkim, psişik ve fizyolojik gelişmesi normal olan insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerini nazara almak ve belli istatistik kanunları ile id quod plerumque accidit (ortak hayat tecrübelerine göre, belli insan davranışlarının nedensellik bağlamında netice verdiği makul bir olasılık derecesini ifade eden ortak tecrübe ilkesi) ilkesini ve faili o olay bakımından mevcut özel bilgilerinin de göz önünde bulundurmak suretiyle hareketin yapıldığı anda hareketin mevzuunun mevcudiyetinin muhtemel olup olmadığını araştırarak (Alacakaptan, age, s. 126) muhtemel olması durumunda eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı sonucuna ulaşacaktır.

Yani hâkim, somut olayda ex post değil ex ante bir değerlendirme ile normal bir insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerini, günlük hayat tecrübelerini, failin olay ile ilgili özel bilgilerinin nazara alarak hareketin yapıldığı anda suçun konusunun varlığının muhtemel olup olmadığını araştıracaktır. Konunun varlığı muhtemel ise -ve esasen mutlak yokluk durumu da yoksa- eylemin teşebbüs kapsamında kaldığı kabul edilerek cezalandırılacaktır.

İşlenemez suç hakkında ne mülga 765 sayılı ne de mer'i 5237 sayılı TCK'da bir hüküm vardır. Oysa İtalyan Ceza Kanununun 49, Alman Ceza Kanununun 23. maddelerinde işlenemez suç/elverişsiz teşebbüs ile ilgili düzenlemeler yer almıştır. Gerek anılan kanunlar gerekse Avusturya ve İngiliz ceza kanunları işlenemez suçun cezalandırılmasına ya da güvenlik tedbiri uygulanmasına imkan tanımaktadır. Fransa uygulaması da bu yönde gelişmiştir. (Tozman Önder, Suça Teşebbüs, s.181)

Türk ceza hukuku açısından işlenemez suç/elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması mümkün bulunmamakla birlikte doktrinde ...gibi yazarlar suç işleme kararının icrası kapsamında harici dünyaya yansıtarak toplumsal tehlikeliliği ortaya koyan fiillerin, failin elinde olmayan nedenlerle istenilen sonucu doğurmasa da cezalandırılması gerektiğini savunmuşlardır.

Bu durumda, hareketin elverişliliği ya da konunun yokluğu hususundaki kurum ve kavramların, özellikle korunan hukuki değer olarak devletin varlığını ve prestijini muhafaza eden suçlar yönünden, işlenemez suçun alanını genişletecek biçimde yorumlanması kabul edilemez.” denilmiştir. Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay, ET. 16.02.2021>.

failin fiili neticesinde ortaya çıkacak zararlı ve tehlikeli netice olmayıp, suçun dışında kalan bazı diğer menfaatleri istemesidir.⁷⁹⁴

Tahrikçi ajanın, ceza hukukunun muhtelif konularıyla ve özellikle suça iştirak müessesesi ile hukuka uygunluk nedenleriyle yakından ilgisi bulunmaktadır. İşlenemez suç konusu ile bağlantısı olan ve bu konu kapsamında ayrıca ele alınması gereken tahrikçi ajan ise neticeden kendisi için doğrudan veya dolaylı olarak menfaati olmayan, ancak öncelikli amacı muhtemel suçluyu suça tahrik ederek yahut bir suç işleneceğini herhangi bir şekilde öğrendikten sonra faili suçüstü yakalamak ya da suçluyu meydana çıkarmak amacıyla harekete geçen tahrikçi kişidir.⁷⁹⁵

Tahrikçi ajan iki şekilde kendisini göstermektedir. Bunlardan ilki, tahrikçi ajanın kolluğa suç işleneceğini haber vermesi üzerine, kolluğun gizlenip faili suçu işlerken yakalamasıdır. Failin mağduru kendisine ilişkin gizli bir bilgiyi alenileştireceği hususunda tehdit edilerek bir yere para bırakmasını istemesi, mağdurun bu durumu kolluğa iletmesi ve failin içerisinde para olduğunu düşündüğü ancak gazete kâğıdı dolu çantayı alırken polis tarafından yakalanması bu duruma örnek olarak gösterilebilecektir.⁷⁹⁶

İkinci durumda ise herhangi bir ajanın veya çoğu zaman kolluk görevlisinin suç örgütünü veya suçluyu tespit etmek için kimliğini gizleyerek faileri suça tahrik etmesi, failerin suç işlemek üzere icra hareketlerine başlamaları üzerine bu ajanın ya da kolluğun faileri yakalaması söz konusudur. Alıcı kılığına giren polisin uyuşturucu satıcısını ikna etmesi ve uyuşturucu satın aldığı esnada satıcıyı yakalaması buna örnek olarak gösterilebilecektir.⁷⁹⁷

⁷⁹⁴ Vincenzo MANZINI 1981, age s. 501; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 536; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 100; İbrahim AKAR (2018), "Tahrikçi Ajan", *Marmara Üniveristesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.:24, S.:1, s. 133.

⁷⁹⁵ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 537; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 100; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 328.

⁷⁹⁶ age s. 328.

⁷⁹⁷ Bununla birlikte, ilk olarak 17 ve 18 inci yüzyılda Fransa'da mutlakiyet rejimine yönelik faaliyetlere karşı tahrikçi ajana başvurulmuş daha sonra Almanya ve İngiliz hukukunda tahrikçi ajan kullanılmıştır. Tahrikçi ajanın siyasal otoriteler tarafından hoyratça kullanıldığı kabul edilmektedir ki, zamanla bu müessese hukuk devleti ilkeleri ile uyumlu hale getirilmeye çalışılarak özellikle örgütlü suçlarla mücadelede bir yöntem olarak kullanılmıştır. Artık günümüzde tahrikçi ajanın hukuk devletinde yerinin olmadığı, ancak örgütlü suçların yıkıcı etkisi ve mücadele zorluğu nedeniyle sınırları kanunda açıkça çizilmek suretiyle bazı suçlarda gizli soruşturmacıya başvurulabileceği kabul edilmiş, bu kapsamda 5271 sayılı CMK'nin 139'uncu maddesinde örgütlü suçlarda ve uyuşturucu suçlarında kullanılabileceği düzenlenmiştir. Ancak gizli soruşturmacı hiçbir zaman suçun işlenmesine yönelik hazırlık hareketlerine dahi katılamayacak, suça azmettirmeyecek, teşvik edemeyecek ve kışkırtamayacaktır. Sadece işlenen suça ilişkin delil toplamının ötesinde aktif bir konuma geçemeyecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2014/10 E. 2015/156 K. sayılı 12.05.2015 tarihli kararında ve farklı birçok kararında gizli soruşturmacı dışında 5271 sayılı Kanun'da düzenlenmeyen bir kuruma yer vermiş "kimliğini gizleyen adli kolluk görevlisi" adı altında bir kurum ihdas edilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve öğretide de kısmen

Her iki durumun işlenemez suç müessesesiyle ilişkisi ise tahrikçi ajan ister suç işlenmesini teşvik eden şekilde manevi etkide, ister icrai fiillerde bulunmak suretiyle maddi etkide bulusun, amacı tahrik ettiği faileri suçüstü yakalamak ve adalete teslim etmek olan ve çoğu zaman kolluk personeli olan tahrikçi ajanın fiillerinin, alacağı ve aldiracağı tedbirlerin suçun ve suç konusunun varlığına ya da tahrik edilenlerin gerçekleştirdikleri hareketlerin elverişliliğine etkisinin olup olmadığı noktasındadır.⁷⁹⁸

Öğretide bazı ceza hukukçuları tarafından, tahrikçi ajanın müdahalede bulunduğu olaylarda, polisin önceden faili yakalaması kesin olduğu için hareketin amacına ulaşmasının mümkün olmayacağı ve hareket elverişsiz olduğu için bu durumun işlenemez suça vücut vereceği ileri sürülmüştür. Örneğin, alıcı kılığına giren polisin uyuşturucu satıcısını polis tarafından kuşatılan ve izlenen bir yerde satış yapmaya ikna etmesi ve satış yapıldığı esnada polisin satıcıyı yakalaması halinde, failin gerçekleştirdiği fiil zararlı veya tehlikeli neticeyi meydana getirmeye elverişli değildir. Nitekim alıcı olduğunu ileri süren tahrikçi ajanın gerçekte niyeti uyuşturucuyu satın almak değil, satıcıyı adalete teslim etmektir. Böyle bir durumda uyuşturucu ticaretinin meydana gelmesi mümkün değildir.⁷⁹⁹ Ancak burada hemen ifade etmek gerekir ki, bir polis memuru tarafından tahrik edilen ve genellikle faili polisin ağına düşürmek için kurgulanan örneklerde failin gerçekleştirdiği hareket elverişli kabul edilebilecek ve suç konusu mevcut ise failin teşebbüs hükümlerinden dolayı sorumlu tutulması gerekecektir. Aksi takdirde ajanın her tahrikinin hareketi

kabul gören görüşe göre Cumhuriyet Savcısı 5271 sayılı CMK'nin 160 ve devamı maddeleri uyarınca suç faillerini belirlemek ve delil toplamak için suça azmettirmeden veya teşvik etmeden bilgi toplamak için kimliğini gizleyen kolluk görevlisi görevlendirebilecektir. AİHM de verdiği kararlarda gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi yöntemine başvuru halinde, yapılan başvuruları AİHM'nin 6'ncı maddesi kapsamında ele almaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı, AİHM kararları ve ilgili düzenlemeler uyarınca, gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin elde ettiği delillerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi hiçbir zaman kışkırtıcı ajan gibi hareket etmemeli, önceden failde bulunmayan suç işleme kastı oluşturularak, fail suç işlemeye azmettirilmemelidir. AİHM'in 09.06.1998 tarihinde verdiği 44/1997/828/1034 başvuru numaraları Teixeira de Castro/Portekiz davasında "...Her ne kadar organize suçlardaki artış uygun önlemler alınmasını gerektirse de adil yargılamadan vazgeçilmemelidir. Bu nedenle amaca ulaşmak uğruna adil yargılama hakkı feda edilerek polisin kışkırtması sonucu elde edilen delilin kullanılması meşru değildir..., ...Somut olayda polis memurlarının faili suça kışkırttığı ve olayda onların müdahalesi olmadan da suçun işlenmiş olacağına dair hiçbir bulgu öne sürülmediğinden polis memurlarının hareketlerinin onların gizli ajanlığının ötesine geçtiğinin ve adil yargılama hakkının ihlal edildiğinin kabulü gerekir..." denilmiştir. Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, ET. 18.02.2021; benzer şekilde Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 2019/16283 E. 2021/878 K. sayılı 21.01.2021 tarihli kararı için Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr>, ET. 10.06.2021; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmi Web Sitesi, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database>, ET. 18.02.2021; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 328-329.

⁷⁹⁸ Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 101.

⁷⁹⁹ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 329; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 102.

elverişsiz ve suçu işlenemez kılacağı her durumda failin cezalandırılmaması durumu söz konusu olacaktır. Somut olayda tahrikçi ajanın faaliyetlerine rağmen fiilin bütün unsurlarıyla gerçekleşmesi mümkün ise cezalandırılabilir teşebbüs ortaya çıkacaktır. Bu kapsamda, hareketin elverişsiz kabul edilebilmesi için elverişsizliğin failin hareketine içkin olması gerekir. Hareketin dışında kalan tahrikçi ajanın ortaya çıkardığı bir sebeple yaratılan elverişsizlik durumu işlenemez suça vücut veren elverişsizlik kapsamında değerlendirilemeyecektir.⁸⁰⁰

Diğer bir görüşe göre ise tahrikçi ajanın etkide bulunduğu olaylarda esas itibariyle suç konusu ve mağdur bulunmamakta, mağdur gerçekte mağdur olmayıp suçluyu adalete teslim etmek isteyen kolluk olmakta ve bu nedenle fiil işlenemez suça vücut vermektedir.⁸⁰¹ Kanaatimizce teşebbüsün ve işlenemez suçun, failin yöneldiği suç konusuna göre değerlendirileceği ve suç konusu mevcut değilse veya mevcut olması imkansız ise cezalandırılabilir teşebbüsten bahsedilemeyeceği veya diğer bir anlatımla işlenemez suçun söz konusu olacağı yönündeki bu görüş, konuyu tek başına ceza adaletine uygun olarak nihayete erdirmek bakımından yetersiz kalacaktır. Nitekim tahrikçi ajanın suça yönlendirdiği failin gerçekleştirdiği hareketlerin bir suç konusuna ilişkin olmadığı, olayda suç konusunun olmadığı söylenemeyecektir. Tahrikçi ajanın suç konusunu ortadan kaldırmaya matuf hareketleri, bu konuya yönelmiş hareketlerin etkililiğini hareketin sonuca ulaşmasını engelleyen atipik ve fail tarafından tesadüfi sebeplerdir. Örneğin, tahrikçi ajanın uyuşturucu madde veya yasak silah alım satımında alıcı gibi hareket edip, alım satım gerçekleştiği esnada faili yakalatması durumunda, önemli olan alım satımın gerçekleşmesi olmayıp, zilyetliği ve bu suretle mülkiyeti devre elverişli olan bir suç konusunun ve tahrikçi ajanın esasında bu malı mülk edinmesi amacı taşımamasının failin cezalandırılması bakımından bir etkisinin bulunmaması gerekmektedir.⁸⁰²

Hal böyle olunca, tahrikçi ajanın failin hareketine ve suç konusunun yokluğuna etkisinin ve dolayısıyla işlenemez suçun vücut bulup bulmadığına etkisi değerlendirilirken daha önce hareketin elverişliliği konusunda benimsediğimiz somut tehlike kriterinin esas alınmasının yerinde olduğunu değerlendiriyoruz. Burada da günlük hayat tecrübeleri ışığında fail, hareketi gerçekleştirdiği ana ilişkin yani ex ante bir değerlendirme yapılacaktır. Hemen ifade etmek gerekir ki kolluğun önceden

⁸⁰⁰ Vincenzo MANZINI 1981, age s. 577.

⁸⁰¹ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 329.

⁸⁰² Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 107.

neticenin gerçekleşmemesi amacıyla tedbir aldığı tüm olaylarda ex ante yapılacak her değerlendirmede elverişliliğin kabulü gerekecektir. Kolluk tarafından alınan tedbirler hareketi elverişsiz hale getirmez. Diğer bir ifadeyle bu tedbirler nedeniyle hareketin normal seyirinde bir değişiklik meydana gelmez, bunlar ancak amaca ulaşıldığı takdirde neticenin meydana gelmesine engel olur, suçtan doğacak olan zararlı sonuçları ortadan kaldırmayı amaçlar. Dolayısıyla alınan tedbirlerden bağımsız olarak ex ante yapılan değerlendirmede eğer hareket elverişli denilebiliyor ise ortada cezalandırılabilir teşebbüs, eğer denilemiyor ise işlenemez suç söz konusu olur.⁸⁰³

Suç konusu bakımından ise hakim, psişik ve fizyolojik gelişimi normal olan insanın tecrübe ve niteliklerini nazara alarak belli istatistiki kanunları kullanarak ve failin o olay bakımından mevcut bilgisini de göz önünde bulundurarak hareketin yapıldığı anda suç konusunun varlığı muhtemel ise suça teşebbüs, eğer muhtemel değilse işlenemez suç söz konusu olacaktır. Örneğin, failin mağdura tehdit mektubu göndererek bir yere para bırakmasını istemesi, mağdurun bu durumu polise haber vermesi ve polis failin işaret ettiği yere içi gazete kağıdı dolu bir çanta bırakarak failin harekete geçmesini gözlemeye başlaması durumunda, failin para dolu zannettiği çantayı alırken polis faili yakalaması durumunda, esas itibariyle çantanın içerisinde para olmasa da fail bu hareketinden ötürü teşebbüs nedeniyle sorumlu olacaktır. Çünkü, polis olay yerinde tedbir aldığını bilmeyen failin suç konusuna, yani içi para dolu olduğunu zannettiği çantaya, yönelmesi halinde failin bilgisi dahilinde suç konusunun varlığı muhtemel kabul edilecektir. İşlenemez suçun varlığını kabul eden aksi her görüşte, kanunen korunan hak ve menfaat tehlikeye maruz kalmış olsa bile fail cezalandırılmayacaktır.⁸⁰⁴

4.3. SÖZDE SUÇ

Suçta hata başlığı altında ele alınacak ikinci durum sözde suçtur. Sözde suç, kişinin aslında herhangi bir suç oluşturmadığı halde fiilinin, bir ceza normu tarafından yasaklandığını, suç teşkil ettiğini sanması ve buna inanmasıdır. Bu da esasında kişinin kanunu bilmemesinden yahut yanlış yorumlamasından kaynaklanmaktadır. Şahıs kanunun suç saymadığı bir fiilin suç oluşturduğu hususunda hataya düşmektedir.⁸⁰⁵

⁸⁰³ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 329.

⁸⁰⁴ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2021, age s. 469.

⁸⁰⁵ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2018, age s. 318.

Öğretide sözde suç; mefruz suç, muhal suç ya da varsayımsal suç olarak da anılmaktadır.⁸⁰⁶ Kavram, failin fiilin icrası sırasında haksızlığının idrakinde olmadığını düşünmesi halinde söz konusu olduğu ifade edilen haksızlık yanılığısı kapsamında ele alındığı takdirde, tersine haksızlık yanılığısı olarak tanımlanmaktadır.⁸⁰⁷

Bu hata türü, kusurluluğa etkisi ve sonuçları bakımından kusurluluğu kaldıran hatadan farklıdır. Fail kanunun suç saydığı bir fiili hukuki hataya düşerek suç olduğunu kabul etmeme şeklinde bir hataya düşmemektedir. Kanunun suç saymadığı bir fiili suç saymakta ve suçun varlığında hataya düşmektedir. Failin fiili bir ceza normunu ihlal etmemekte, bir suç teşkil etmemektedir. Sözde suç halinde kişinin, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince işlediğini düşündüğü suçtan dolayı sorumlu tutularak cezalandırılması mümkün değildir.⁸⁰⁸

Öğretide aksi iddia edilmiş olsa da sözde suç ve işlenemez suç birbirinden farklı kavramlardır. Daha önce detaylıca ele alındığı üzere, işlenemez suçta failin gerçekleştirmek istediği netice kanunda suç olarak tanımlanmıştır. Fail tipik neticeyi gerçekleştirmek istemekte ancak hareketin elverişsizliği ya da suç konusunun olmaması nedeniyle netice gerçekleşmemektedir. Sözde suçta ise failin gerçekleştirmek istediği ve bu doğrultuda ortaya çıkan netice kanunda suç olarak düzenlenmemiştir. Buna göre, her iki kavramı birbirinden ayırt etmeye yarayan unsur gerçekleştirilmek istenen neticenin kanunda suç olarak tanımlanmış olup olmamasıdır. Fail hukuken suç olmayan bir fiili hataya düşerek suç sanmış ise sözde suç; failin gerçekleştirmek istediği netice kanunda suç olmasına rağmen harekete ilişkin bir elverişsizlik yahut suç konusunun yokluğu nedeniyle kanunun aradığı şartların gerçekleşmemesi durumunda işlenemez suç söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, her iki kavramın birbiri ile ortak yönlerinin olmadığı da söylenemeyecektir. Her iki durumda da fail gerçekleştirdiği davranışın suç olduğuna inanmakta ve bu inançla hareket ederek neticeyi istemekte; ancak her iki fiil neticesinde hukuk düzeninin koruduğu bir hak veya menfaat tehlikeyle karşılaşmamakta ve zarar görmemektedir.⁸⁰⁹

Bununla birlikte, öğretilerde sözde suç ile işlenemez suçu mahiyetleri itibariyle birbirinden ayrı değerlendirmeyen ya da birini diğerinin bir şekli olarak kabul eden

⁸⁰⁶ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 330; Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2018, age s. 318; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 3.

⁸⁰⁷ Neslihan GÖKTÜRK 2016, age s. 137.

⁸⁰⁸ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN 2018, age s. 318-319.

⁸⁰⁹ Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 8.

yazarlar bulunmaktadır. MANZINI'ye göre sözde suçta fail, suç işleme iradesiyle, meşru veya ceza hukukunun önem vermediği bir fiili ya da suç teşkil etmekle birlikte kendisi tarafından bilinmeyen sebepler dolayısıyla işlenmesi mümkün olmayan bir fiili işlemekte veya işlemeye teşebbüs etmektedir.⁸¹⁰ Yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere MANZINI, failin kendisince bilinmeyen bir sebepten ötürü işlenmesi mümkün olmayan bir fiili tanımlayan işlenemez suçu da sözde suç kapsamı dahilinde değerlendirmiştir. Yazara göre, suçun varlığında hata ile suçun tamamlanması imkanında hata iki ayrı olgudur. İlki ceza normunda hatadır ve sözde suça vücut verecektir. Burada fail ceza normu tarafından yasaklanmış olduğu tasavvuruyla suç teşkil etmeyen bir fiili işlemektedir. Diğer durumda ise fail suçun tamamlanma imkanında hataya düşmektedir. Suçu tamamlayacağına inanmasına rağmen somut olayda suçun tamamlanma ihtimali bulunmamaktadır. Buna göre sözde suç failin suç işleme yolundaki hatalı kanaatinden başka bir şey değildir.⁸¹¹ VANNINI de işlenemez suçu sözde suçun bir şekli olarak değerlendirmektedir.⁸¹² Bununla birlikte, VALSECCHI ise vasıtanın mutlak elverişsiz olduğu ve suç konusunun yokluğu hallerinde failin aslında işleyemeyeceği suçu işleyeceğine inanmakta olduğunu ifade etmektedir.⁸¹³

Ancak yukarıda da belirtildiği üzere her ikisinde de fail bir suç işlemek kastı ile hareket etse de işlenemez suçta hareketin elverişsizliği ya da suç konusunun mevcut olmaması nedeniyle kanunda suç olarak düzenlenen zararlı netice gerçekleşmemekte; sözde suçta ise kişinin fiili kanunda suç olarak düzenlenmemektedir. İşlenemez suçta objektif olarak gerçekte kastedilen zararlı netice bulunmakta, sözde suçta ise fail subjektif olarak kastettiği sonucun zararlı olduğunu tasavvur etmektedir. Bu yönüyle işlenemez suçtan mahiyeti itibariyle farklı olan sözde suç, hukuki hatadan ya da fiili hatadan kaynaklanabilmektedir.⁸¹⁴

⁸¹⁰ Vincenzo MANZINI 1981, age s. 573.

⁸¹¹ Guido NEPPI MADONNA (1973), *Il Reato Impossibile*, A. Giuffrè, Milano, s. 32; Pervin AKSOY İPEKÇİOĞLU (2012), "Karşılaştırmalı Bir İnceleme: Türk Ceza Hukuku ile Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından "İşlenemez Suç"un Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.: 61, S.: 3, Ankara, s. 862.

⁸¹² Ottorino VANNINI 1943, age s. 76, *Akt.* Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 5.

⁸¹³ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 333.

⁸¹⁴ Antonio PAGLIARO (1980), *Principi di Diritto Penale*, Parte Generale, Seconda Edizione, Giuffrè Editore, Milano, s. 415.

4.3.1. Hukuki Hatadan Kaynaklanan Sözde Suç

Failin, fiilinin ceza normu tarafından yasaklandığını sanması halinde hukuki hatadan kaynaklanan sözde suç söz konusu olur. Örneğin taksirle mala zarar verme kanunda suç olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen, trafikte taksirle bir arabaya çarparak zarar görmesine neden olan kişinin mala zarar verme suçunu işlediğini zannetmesi durumunda hukuki hataya dayanan sözde suç söz konusudur.⁸¹⁵ Bir diğer örnekte, evli olan kişinin rüyasında bir başka kadınla birlikte olduğunu görmesi ve bunun zina suçunu oluşturduğunu sanması halinde yine sözde suç mevzu bahis olmaktadır.

Hukuki hatadan kaynaklanan sözde suç da iki nedenden kaynaklanabilecektir. Bunlar failin gerçekleştirdiği davranışın bir ceza normu tarafından suç olarak düzenlendiğine inanması ve failin suçun normatif unsurları ya da cezalandırılma şartlarında hataya düşmesi şeklinde ortaya çıkar.⁸¹⁶ Failin gerçekleştirdiği davranışın ceza normu tarafından suç olarak düzenlendiğine inanması ancak bu davranışın kanunda suç olarak düzenlenmemiş olması halinde sözde suç vardır ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince faile ceza verilmez. Evli olan kişinin rüyasında başka bir kadınla birlikte olması ve zina suçu işlediğini düşünmesinde; toplu taşıma araçlarında hiçbir bedel ödemeksizin kaçak olarak seyahat eden kişinin yahut bir lokantada yemek yedikten sonra hesabı ödmeden kaçan kişinin hırsızlık suçunu işlediğini düşünmesinde bu durum söz konusudur. Nitekim kanunda söz konusu eylemler suç olarak düzenlenmemiştir.⁸¹⁷

Suçun normatif unsurları veya cezalandırılma şartlarında hatada ise gerçekte fiili yasaklayan bir ceza normu bulunmasına rağmen failin fiilinde kanunda yer alan normatif unsurlardan en az biri eksiktir ve fail suç işlediğini düşünmektedir. Cezalandırılma şartı gerçekleşmediğinden kişinin fiili sözde suçu oluşturacak ve cezalandırılmayacaktır. Örneğin, failin fiili gizlice işlemesi ancak bu fiilin cezalandırılması için kanunda cezalandırma şartı olan aleniyetin gerçekleşmemesi durumunda sözde suç söz konusu olacaktır.⁸¹⁸ Benzer şekilde, failin stadyuma ön sıralarda girmek için kapıda bekleyen görevliye para vermesi ve kamu görevlisi olmayan kişiye verdiği bu para ile rüşvet suçunu gerçekleştirdiğini düşünmesi yahut

⁸¹⁵ Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 224; Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN ve Pınar BACAKSIZ 2021, age s. 212.

⁸¹⁶ Hakan HAKERİ 2019, age s. 131-132.

⁸¹⁷ Uğur ALACAĞAPTAN 1975, age s. 30.

⁸¹⁸ Doğan SOYASLAN 2020, age s. 331-332.

başkası ile yaşayan ancak evli olduğuna inandığı kadınla evlenen failin 5237 sayılı TCK'nin 230'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Kendisi evli olmamakla birlikte, evli olduğunu bildiği bir kimse ile evlilik işlemi yaptıran kişi*” kapsamında birden çok evlilik suçu işlediğini düşünmesi hallerinde de sözde suçun varlığından bahsedilecektir.

Sözde suçun hukuki hatadan kaynaklandığı son durum ise kanaatimizce hukuka uygunluk nedeninin kanunda öngörülmemiş olması zannıyla hareket edilmesi durumudur. Örneğin, kişinin meşru müdafanın hukuka uygunluk sebebi olduğunu bilmeden evine giren hırsıza sopayla vurmak suretiyle etkisiz hale getiren kişinin fiilinde olduğu gibi. Burada gerçekleştirilen fiilin hukuki hatadan kaynaklanan sözde suçu oluşturabilmesi için dikkat edilmesi gereken husus, kişinin hukuka uygunluk nedeninin kanunda öngörülmemiş olduğunu düşünerek hareket etmesidir. Nitekim kişi, açıkça hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiş bir hususa ilişkin kanunu bilmeden hareket etmiş, kanunda suç olarak düzenlenmeyen bir davranışı suç işlediği düşüncesiyle gerçekleştirmiştir. Kişi, burada aşağıda açıklanacağı üzere fiili hatadan kaynaklanan sözde suçta olduğu gibi suç teşkil eden fiilin maddi unsurları üzerinde hataya düşmemektedir. Hatası davranışının geneli üzerinde olup hukuka uygunluk nedenini bilmemekten suç işlediğini düşünmektedir. Diğer bir anlatımla, sözde suç halinde cezalandırmayı öngören ceza normunun yokluğu bilinmezken, burada cezalandırılmamayı öngören hukuka uygunluk nedenine ilişkin izin normunun varlığı bilinmemektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif niteliğinin bir sonucu da burada karşımıza çıkmaktadır. Her iki durumda da meşru fiil ve kanunu bilmemekten kaynaklanan hukuki bir hata bulunmaktadır. Ayrıca hemen ifade etmek gerekir ki normatif ve maddi gerçeğin bilinmesine ve kanuni tipe uygun bir fiil gerçekleştirilmiş olmasına rağmen somut olayda failin bilmediği bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması durumunun ise fiili hatadan kaynaklanan sözde suça sebebiyet vereceği değerlendirilmektedir.⁸¹⁹

4.3.2. Fiili Hatadan Kaynaklanan Sözde Suç

Sözde suçun fiili hatadan kaynaklanması durumunda, ceza kanunu kişi tarafından bilinmesine rağmen, gerçekte işlenen somut fiil, tipik suç fiilinin bütün unsurlarını taşıması nedeniyle işlendiği sanılan suç oluşmamaktadır. Örneğin, yalan

⁸¹⁹ Yüksel ERSOY (1967), “Sözde Suç ve İşlenemez Suç”, *Adalet Dergisi*, Y.: 58, S.:6, s. 476; Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 12; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 127.

tanıklığın suç olduğu bilinmesine rağmen yalan söylendiği düşünülerek gerçekte doğrunun söylenmesi durumunda fiili hatadan kaynaklanan sözde suç ortaya çıkar. Başka bir örnekle hırsızlık suçunun oluşabilmesi için başkasına ait olan bir malın zilyedinin rızası olmadan kendisine veya bir başkasına yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alınması gerekmektedir. Bu doğrultuda, kişinin başkasına ait olduğunu düşündüğü bir malı çalması fakat çaldığı malın aslında kendisine ait olması; benzer bir şekilde kişinin sahipsiz bir malı başkasına ait olduğunu düşünerek çalması halinde hırsızlık suçu meydana gelmeyecektir.⁸²⁰ Görüleceği üzere, burada fail kanuni tanımın esasında değil, suçun kanuni tanımında yer alan unsurlarında hataya düşmektedir. Bununla birlikte, failin ceza kanununu bilmesine karşın gerçekte işlenen somut fiilin, kanunda yer alan unsur nedeniyle daha ağır bir suç oluşturduğunu düşündüğü ancak fiilin söz konusu unsuru taşımadığı hallerde de sözde suç söz konusu olup, failin fiili daha ağır suçu oluşturmayacaktır. Ancak bu durum, failin mevcut eyleminin kanunda öngörülen bir başka suçu oluşturmasına engel değildir.

Bununla birlikte, failin suçun varlığı için gerekli niteliği haiz bulunmadığı, ancak bulunduğu tasavvuruyla hareket etmiş olduğu hallerde de sözde suç söz konusu olacaktır. Örneğin, 5237 sayılı TCK'nin 279'uncu maddesi uyarınca,

“Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Bu doğrultuda, kendisini kamu görevlisi sanıp suçu ihbarda bulunmayan kişinin ihmal suçunu işlediğini zannetmesi durumunda fiili hatadan kaynaklanan sözde suç durumu vardır. Benzer bir durum kişinin tacir olmamasına rağmen hileli iflas suçunu işlediğini düşünmesinde de söz konusu olacaktır.⁸²¹

Ayrıca hemen yukarıda da ifade edildiği üzere, kişi tarafından suçun kanuni tanımında yer alan tüm unsurlar ile kanunda düzenlenen hukuka uygunluk nedeni bilinmesine ve kanuni tipe uygun bir fiil gerçekleştirilmiş olmasına rağmen somut olayda kişinin bilmediği bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması durumunda ise fiili hatadan kaynaklanan sözde suç ortaya çıkacaktır. Örneğin, sahibinin rızası olduğunu

⁸²⁰ Francesco ANTOLISEI 1963, age s. 437; Guido NEPPI MADONNA 1973, age s. 33-34; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 127; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 332; Arnold N. ENKER (1968 - 1969), “Impossibility in Criminal Attempts – Legality and the Legal Process”, *Minnesota Law Review*, Vol. 53, Issue 4, s. 687; Sesim SOYER GÜLEÇ 2008, age s. 63.

⁸²¹ Uğur ALACAKAPTAN Tarihsiz, age s. 11-12; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 333.

bilmeden malını çaldığını düşünen kişinin fiili hırsızlık suçunu oluşturmayacaktır. Bu durumda kişinin cezai açıdan sorumlu tutulmamasının ve cezalandırılmamasının sebebi hukuka uygunluk nedenlerinin objektif niteliğinden kaynaklanmaktadır.⁸²²

Son olarak, fiili hatadan kaynaklanan sözde suç kapsamında değerlendirilebilecek durumlardan bir tanesi de ceza kanunlarının dışında kalan kanunlara ilişkin hata nedeniyle kişinin gerçekleştirdiği davranış ceza normları kapsamında meşru olmasına rağmen, bunun suç oluşturduğunu düşünmesi halidir. Örneğin önceki evliliği resmi biçimde sonlanmış olmasına rağmen, dini nikah sona ermediği için kişinin halen evli olduğunu düşünmesi ve ikinci kez evlenmesi halinde, önceki evliliğinin devam ettiğini düşünen kişinin fiili 5237 sayılı TCK'nin 230'uncu maddesinin birinci fıkrası kapsamında birden çok evlilik suçuna vücut vermeyecektir.⁸²³

4.3.3. Türk Hukukunda Sözde Suçun Ceza Sorumluluğuna Etkisi

Ceza hukuku sistemlerinin tamamında sözde suç cezalandırılmamaktadır. Bununla birlikte sözde suça ilişkin ülkeler kanunlarında düzenleme yapıp yapmama noktasında farklı yaklaşımlar benimsemiştir. İtalya'da kanun koyucu İCK'nin 49'uncu maddesinde:

“Suç oluşturduğu yorumuyla, suç oluşturmayan bir fiil işleyen kişi cezalandırılmaz. Ancak fiili başka bir suçu oluşturuyorsa, faile söz konusu suç için kanunda öngörülen ceza verilir.” hükmüne yer verilmiştir.

Bununla birlikte hemen ifade etmek gerekir ki mezkûr düzenlemede hem sözde suç hem de işlenemez suça ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olup her iki durumda da failin cezai sorumluluğunun bulunmadığı açıkça düzenlenmiştir.⁸²⁴

Sözde suç hakkında Alman, İsviçre ve Türk kanun koyucuları ise kanuni düzenleme yapılmaması yolunu tercih etmiştir. Ancak bu durumun sözde suçun cezalandırılması yahut cezalandırılmaması sorunu bağlamında herhangi bir eksikliğe sebebiyet vermediği değerlendirilmektedir. Kanunda açıkça cezalandırılması öngörülen gayri meşru bir fiilin söz konusu olmadığı yukarıda yapılan açıklamalar kapsamında; failin aslında mevcut olmayan tipik fiili gerçekleştirdiğini varsayması, yanlış yorumlamada bulunarak bir ceza normunun sınırlarını aleyhine olacak şekilde

⁸²² Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 127; Doğan SOYASLAN 2020, age s. 333.

⁸²³ Ferrando MANTOVANI 2001, age s. 396; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 127.

⁸²⁴ Antonio PAGLIARO 1980, age s. 415; Codice Penale Esplicato 2017, s. 88.

geniş değerlendirmesi, somut olayda var olan hukuka uygunluk nedeninin varlığını bilmemesi veya kapsamını aleyhine olacak şekilde yanlış yorumlaması yahut cezalandırılmasına engel olan durumu bilmemesi ya da yanlış değerlendirmesi durumlarında söz konusu olan sözde suçun cezalandırılmaması, çağdaş ceza hukuku sistemlerinin kabul ettiği suçta ve cezada kanunilik ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸²⁵

5237 sayılı TCK'nin "*Suçta ve cezada kanunilik ilkesi*" başlıklı 2'nci maddesinde yer verilen "*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz.*" hükmü uyarınca, cezayı gerektiren ve suç teşkil eden bir fiilden söz edilebilmesi için bunun kanunda açıkça suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Somut fiilin ceza normu tarafından düzenlenen soyut suç tipine uygun olması gerekmektedir. Bu doğrultuda, objektif açıdan soyut suç tipine uygun olmayan somut fiilin, fail tarafından bir suç icrası kapsamında yerine getirildiği düşünülse dahi, fiilin suç olarak kabul edilmesi ve cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Aksi düşünce, failin sırf iradesi nedeniyle cezalandırılması anlamına gelecektir. Bu durumun kabulü çağdaş ceza hukuku açısından kabul edilemez bir sonuç doğuracaktır. Bu durumda failin fiilinin ceza normu dışında kalan bir norma aykırı olsa dahi, davranış tipik olmadığından ve sırf irade suç sayılamayacağı için failin cezalandırılması söz konusu olmayacaktır.⁸²⁶

Esas itibariyle, ceza hukukunda netice ile irade arasında ortaya çıkan farklar kural olarak irade lehine çözüme kavuşturulmaktadır. Ancak "*suçta ve cezada kanunilik ilkesi*" gereğince, suç olarak düzenlenmeyen bir hususa ilişkin hata halinde, diğer bir anlatımla suçta hata halinde hâkim tarafından irade değil mevcut durum esas alınarak hüküm tesis edilecektir.⁸²⁷

Bununla birlikte aynı fiile ilişkin olarak failin hukuki bilmemesi hem hukuki hata hem de suçta hata kapsamında sözde suç olarak ortaya çıkabilecektir. Öğretide çifte haksızlık yanılığı olarak da tanımlanan bu durum, failin fiilini yasaklayan bir ceza normunun varlığını bilmediği ve bu davranışının gerçekte var olmayan başka bir

⁸²⁵ Dominik HOTZ (2016), "Untauglicher Versuch und Wahndelikt bei Fehlvorstellungen über Rechtsinstitutionelle Umstände", *Juristische Schulung*, No:3, s. 222; Gözde KAZAKER (2020), "Elverişsiz Teşebbüs ve Mefruz Suç Ayrımı", *Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, 9 (1), s. 134.

⁸²⁶ Yüksel ERSOY 1967, age s. 154; Devrim GÜNGÖR 2007, age s. 127; Timur DEMİRBAŞ 2018, age s. 224; Çetin ÖZEK (2003), "Ceza Normunun Varlığında Hata", *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, C.: III, İstanbul, s. 817.

⁸²⁷ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN 1986, age s. 313; Olgun DEĞİRMENCİ 2014, agm s. 132-133.

ceza normu tarafından yasaklandığını düşündüğü hallerde ortaya çıkacaktır. Bir başka anlatımla, fail gerçekleştirdiği fiili suç olarak tanımlayan normun varlığını bilmemekte ve hukuki hataya düşmekte; ancak bir başka nedenle fiilinin suç teşkil ettiğini tasavvur etmektedir. Örneğin, on sekiz yaşından küçük çocukla rıza ile cinsel ilişkiye giren ancak bunun suç olduğunu bilmeyen fail hukuki hata içerisinde hareket etmektedir. Aynı zamanda evli olan failin, davranışını zina suçu kapsamında değerlendirmesi halinde ise aslında suç olmayan bu durumu gerçekte var olmayan bir suç teşkil ettiğini düşünerek hareket etmektedir. Hem hukuki hatanın hem de suçta hatanın ortaya çıktığı bu durumda, fiil ve failin suç işleme iradesi tek olsa da konunun iki ayrı hukuki bilmeme kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. Somut örnekte sözde suçun failin ceza sorumluluğuna etkisi bakımından bir önemi olmayacaktır. Nitekim fail suç işleme iradesi kapsamında haksızlık oluşturan bir düşünce, diğer bir anlatımla suç işleme kastı ile hareket etmektedir. Olayda failin çocukla rıza ile cinsel birlikteliğin suç olduğunu bilmemesi durumu ise hukuki hata kapsamında değerlendirilecek, 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşmedikçe, hukuki bilmemesi mazeret kabul edilmeyecektir. Benzer bir örnekle, failin başkasına ait bir eşyayı tehdit kullanarak çalmasının yağma suçu değil de hırsızlık suçu olduğunu düşünmesi halinde de fail istediği ve gerçekleştirdiği davranışın somut haksızlığında değil, işlediği haksızlığın hukuki nitelendirmesi kapsamında hataya düşmektedir. Bu durumda sözde suçun failin ceza sorumluluğu bakımından hiçbir önemi olmayacaktır.⁸²⁸

⁸²⁸ Neslihan GÖKTÜRK 2016, age s. 137.

SONUÇ

Ceza hukukunda suçtan bahsedebilmek için ceza normunun belirlediği yasaklara ve kişiye yüklediği ödevlere aykırı bir davranışın olması gerekir. Ancak kişinin ceza normuna aykırı davranışı cezai açıdan sorumlu tutulabilmesi için tek başına yeterli olmaz. Bir şahsın gerçekleştirdiği suçtan sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması, fiilin psikolojik açıdan faile isnat edilebilmesi gerekir.

Davranışını gerçekleştirirken içinde bulunduğu değerlendirme sürecinde, şahsın hiçbir bilgiye veya doğru bilgiye sahip olmaması veya yanlış tasavvuruna neden olabilecek bir durumun varlığı, davranışıyla netice arasında olması gereken psikolojik bağı ortadan kaldırabilir. Kısaca hata olarak adlandırabileceğimiz bu durum, failin fiili ile netice arasında psikolojik bağı kestiğinden, failin kusurluluğuna etki edebilecek veya kastını ortadan kaldırabilecektir.

Hata, şahsın kanunda hareketinin suç olduğunu düzenleyen bir norm bulunduğuna ilişkin hiçbir bilgiye sahip olmaması durumunda ortaya çıkabilecek olan hukuku bilmeme, davranışının suç olduğunu bilmesi ancak normun yorumlanmasında hata ederek cezai sorumluluk doğuran bir hareketi meşru sanması durumunda ortaya çıkan hukuki hata, norma ilişkin herhangi bir bilgisizliği veya hatası olmamasına rağmen tipik fiile ilişkin maddi unsur ve şartların mevcut olmadığını düşünerek suç işlemediğini sanması veya bir suçun nitelikli halini işlediğini düşünmediği durumlarda fiili hata ve son olarak aslında suç olmayan hareketinin suç olduğunu sanması durumunda ise suçta hata şeklinde kendisini gösterir.

Buna göre, hatanın iki esaslı noktada toplandığını görürüz. Bunlar; failin ya fiilini cezalandıran normun bulunduğunu bilmemesi veya var olduğunu bildiği bir norma yanlış anlam vermek suretiyle fiilin bu norm kapsamında suç olduğunu düşünmemesi kapsamında ortaya çıkan hukuki hata veya norm bakımından bilgisizliği veya hatası olmadığı halde, işlediği suçun maddiyetine ilişkin bir unsur veya şartlarda hata etmesi durumunda ortaya çıkan fiili hatadır.

Hukuki hata iki şekilde ortaya çıkabilmektedir. Bunlar olumlu ve olumsuz hukuki hatadır. Olumlu hukuki hata, failin kanunda suç olarak düzenlenmeyen bir fiili,

suç olduğu düşüncesiyle işlemesidir. Bu durumda, kanunda suç olarak düzenlenmeyen bir fiil nedeniyle kimseye ceza verilemeyeceğinden, failin suç işlediğine yönelik tasavvurundan dolayı cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Öğretide bu durum mefruz suç, hayali suç, sözde suç olarak tanımlanmaktadır. Olumsuz hukuki hata ise kanunda suç olarak tanımlanan bir fiilin, suç teşkil etmediği inancıyla gerçekleştirilmesidir.

Olumsuz hukuki hata, failin bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği bir fiilin, ceza normu ile tanımlanan bir suç olduğunu bilmemesi veya bir ceza normunu yanlış yorumlayarak suç teşkil etmediği düşüncesiyle gerçekleştirdiği bir davranışın aslında ceza normu ile yasaklanması durumudur. Fail gerçekleştirdiği davranışın ve sonucunun bir ceza normu ile yasaklandığını bilmemektedir. Ancak bu bilmeme işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği hususunda kaçınılmaz hata halleri dışında, ceza siyaseti açısından mazeret olarak kabul edilmemektedir.

Hukuki bilmemenin ceza hukukunun konusu olabilmesi için failin bir davranışta bulunması, bu davranışının kanunda suç olarak düzenlenmesi, ancak fail tarafından davranışının kanunda suç olarak düzenlendiğinin bilinmemesi ve failin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunun bilincinde olmaması gerekir.

Hukuki hata doğrudan ceza normunun bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından doğabileceği gibi ceza normları dışında kalan normların bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından da kaynaklanabilecektir. 765 sayılı TCK'nin 44'üncü maddesinde "*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*" kuralına yer verilmişken, 5237 sayılı TCK'de kapsam ceza kanunlarının bilinmemesi durumu ile sınırlandırılmıştır. Yürürlükteki düzenlemeden ceza kanunları dışında kalan kanunların bilinmemesinin mazeret teşkil edeceği sonucunu çıkarmak mümkündür. Öğretide bu yönde görüşler de bulunmaktadır. Hatta 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrası karşısında "*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*" kuralına artık ihtiyaç kalmadığı ve her iki hükmün birbiri ile çeliştiği de ileri sürülmektedir. Ancak, burada kapsamın daraltılmasının, ceza hukuku kapsamında kanunlar arasında ceza kanunları lehine üstünlük tanıyan bir ayrıma gidilmesi olarak anlaşılması gerekir. Genel anlamda kanunları bilmemek mazeret sayılmaz. Yasama organınca kabul edilen kanunlardan birinin diğerinden üstün olduğu kabul edilemez. Özel hukuk hükümleri bakımından da kanunu bilmediğini ifade eden şahsın, bilmediği hükmün kendine uygulanmamasını talep hakkı bulunmamaktadır. 5237 sayılı TCK'nin 4'üncü maddesinden ceza kanunları dışında kalan kanunları bilmemenin

mazeret sayılabileceği şeklinde bir anlam ortaya çıksa da kanun koyucunun amacının, önlenemez bilgisizlik nedeniyle bir ceza normunu ihlal eden şahsın bilgisizliğinin kusurluluğuna olan etkisini göz önünde bulundurmak olduğu değerlendirilmektedir. Ceza kanunları dışındaki bir kanuna ilişkin bilgisizlik durumunda fiili hata kavramına başvurulması gerekecektir. Bu itibarla, her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu hükümlerin birbirini tamamladığı düşünülmektedir. 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesine daha sonra ilave edilen dördüncü fıkranın, siyasi bir tercihin sonucu olarak, katı şekilde uygulanmasının önüne geçmek adına belli şartlar altında haksızlık bilincinin bulunmaması durumunda ilkenin ceza adaletine uygun olarak yumuşatılarak uygulanması ihtiyacından doğduğu mütalaa edilmektedir.

Bugün yürürlükte çok sayıda kanun olması, bunların sıklıkla değiştirilmesi, özellikle günümüzde kanun değişikliklerinin torba kanunlarla gerçekleştirilmesi ve değiştirilen hükümlerin takibinin zor olması, kanun değişikliklerinin aceleyle ve tartışılmasına fırsat kalmaksızın yasalaşması veya son anda verilen önergeler nedeniyle teknik hataların yapılması gibi nedenlerle kanun metinlerinin yorumlanmasında güçlük yaşanmaktadır. Hatta bir konu üzerine farklı yargı kararlarının bulunması bile, işi kanunu uygulamak ve adaleti tesis etmek olan hakimlerin aynı madde hakkında farklı anlamlar çıkardıklarını göstermektedir. Böyle bir ortamda, kanunları bilmemenin mazeret sayılmamasının istisnasız ve mutlak bir şekilde uygulanması ceza adaletine uygun olmayan sonuçların doğmasına neden olabilecektir.

5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrasına, Kanun'un yürürlüğe girmesinden hemen sonra 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4'üncü maddesiyle ilave edilen dördüncü fıkrada *“İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”* denilmektedir. Her ne kadar yapılan değişikliğin gerekçesinde kaçınılmaz nitelikteki haksızlık hatasının kusurluluğu ortadan kaldıracığından bahsedilmişse de gerekçe ile hüküm arasında farklılık bulunmaktadır. Kaynak ACK'nin 17'nci maddesinde kaçınılmaz haksızlık hatasında failin kusursuz sayılacağı açıklıkla belirtilmişken, 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrasında *“kaçınılmaz hataya düşen kişi, cezalandırılmaz”* denilmektedir. Bu itibarla, haksızlık hatasına ilişkin hükmün dayanağı kusur teorisi olduğundan, düzenleme ile gerekçe arasında paralelliğin sağlanmasının ve madde metninde de *“kusursuzdur”* denilmesinin teorinin öğretisine daha uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Ayrıca, 5237 sayılı TCK'nin Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilen ilk şeklinde 4'üncü maddede yer alan, ancak 5377 sayılı Kanun'la ilga edilen ikinci fıkrada, sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimsenin cezaen sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. Mülga ikinci fıkrada, sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimseden bahsedildiğinden, failin cezadan sorumlu tutulamaması için sakınamayacağı bir hatasının bulunmasına ilave olarak, failin tasavvurunda olumlu anlamda bir meşruiyet düşüncesinin bulunması koşulu aranmıştır. Ancak anılan hüküm Kanunun 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrasına taşınırken, hukuki hatasından faydalanabilmesi için failin, bir de davranışının meşru olduğu inancına sahip olması koşulu kaldırılmıştır.

Yapılan ikinci değişiklik ise 4'üncü maddenin mülga ikinci fıkrasında, "*meşru sanarak bir suç işleyen kişi*"den bahsedilirken, Kanunun yürürlükte olan 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrasında "*failin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi*"den bahsedilmesidir. Yani 4'üncü maddenin ikinci fıkrasında "*suça*", 30'uncu maddenin dördüncü fıkrasında ise "*fiile*" atıfta bulunmaktadır. 5237 sayılı Kanun'un 30'uncu maddesi fiili hatayı düzenlediğinden ve fıkra fiile atıf yapar şekilde anılan maddeye dahil edildiğinden, hukuki hata mazeret sayıldığında fiili hataya sebep olacağı anlamı uyandırmaktadır. Mevcut bu durum da kanunun gerekçesi ile açıkça çelişki yaratmaktadır. Buna göre işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişinin hatası kusurluluğuna mı etki edecek yoksa kastını mı kaldıracaktır?

765 sayılı TCK'nin yürürlükte olduğu dönemde hukuki hata ceza normuna ilişkin hukuki hata ve ceza normları dışında kalan normlara ilişkin hukuki hata şeklinde ikili ayrıma tabi tutulmuş; ceza normuna ilişkin hukuki hata mazeret olarak kabul edilmemiş, ceza normu dışında kalan normlara ilişkin hukuki hata ise benzer şekilde kastı kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir. Yargıtay uygulaması da bu görüşe uygun olarak şekillenmiştir. 5237 sayılı TCK döneminde ise Yargıtay uygulamalarının henüz istikrar kazanmadığı, kararlarda halen kast teorisinin etkilerinin görüldüğü gözlemlenmektedir.

5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin son fıkrasında, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişinin, cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir. Aksi anlatımla, hukuki hataya düşmekte kusuru bulunan failin, fiilinden dolayı kasten sorumlu tutulması gerekecektir. Hukuki hata,

fiili hatanın aksine kastı kaldıran bir neden değil, failin kusurunu ortadan kaldıran bir neden olarak karşımıza çıkmaktadır. Şahsın hukuki hatası söz konusu ise ve işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki bu hatası kaçınılmaz ise fail kusursuz, aksi takdirde kusurlu yani kasten hareket ettiğinin kabulü gerekecektir. Çünkü kasıttaki failin gerçekleştirdiği davranışı ve bunun neticesini bilmesi sonucu istemesi veya göze alması durumu söz konusudur. Kastın gerçekleşmesi için ayrıca, kanunun emrine aykırı hareket etmek iradesinin bulunmasına gerek bulunmamaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi hukuki hata mazeret sayılmadığında, failin kasten hareket ettiğinin kabulü gerekir. Bu nedenle, mazeret teşkil eden hukuki hatanın düzenlendiği yer itibarıyla fiili hata hükümleriyle birlikte ele alınmasının, işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hatanın kaçınılabılır olduğu hallerde fiili hata hükümleri kapsamında failin kasten hareket etmediğinin ileri sürülebilmesi olanağını getirdiği ve bu durumun hukuki hatanın fiili hata içerisinde değerlendirilerek kastı mı kaldıracağı, yoksa hataen gerçekleştirilen davranış kınanır olmadığından kusurluluğu mu kaldıracağı hususunu tartışılır kıldığı değerlendirilmektedir.

Hükmün gerekçesi bu tartışmayı nihayete erdirmeyi amaçlamaktadır. Her ne kadar düzenlendiği yer açısından hukuki hatanın, fiili hataya vücut vererek kastı kaldıracağı gibi bir tartışma ortaya çıksa da hükmün gerekçesi hukuki hatanın kusurluluğa etkisinden bahsetmektedir. Kanaatimizce de işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen failin hatası, kusurluluğuna etki edecek ve hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekecektir.

Bu sebeple, hukuki hataya ilişkin “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” düzenlemesinin fiili hatayı düzenleyen Kanunun 30’uncu maddesine aktarılmasının uygulamada çelişki yarattığı ve hukuki bilmemenin “kaçınılmazlık” kapsamında istisnai hallerde mazeret olarak kabul edileceği dikkate alındığında, konunun 30’uncu maddenin dördüncü fıkrasında değil, Kanun’un ilk şeklinde olduğu gibi kanunu bilme zorunluluğunu düzenleyen 4’üncü madde kapsamında bir bütünlük içerisinde düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Somut olayda hukuki hatanın bulunabilmesi, bazı unsurların birlikte varlığına bağlıdır. Bunlar; bir hukuk normunun bulunması, failin fiilinin bu hukuk normuna aykırı olması, ancak failde fiilinin bu hukuk normuna aykırı olduğu yönünde bir bilincin bulunmaması ve failin hukuki hatasının kaçınılmaz olması, diğer bir anlatımla failde fiilinin haksızlık teşkil ettiğine dair bilincin bulunmaması gerekir.

5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrasında kaçınılmaz hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir. Kanun'da kaçınabilirlik ve kaçınılırlılığın ölçütü hakkında normatif bir belirleme yapılmamıştır. Bu ölçütler genel olarak öğreti ve içtihat tarafından ortaya konmaktadır.

5237 sayılı TCK'nin 22'nci maddesinde, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi taksir olarak tanımlanmaktadır. Fiili hata kastı kaldırmakta, ancak taksir derecesindeki sorumluluk halini saklı tutmaktadır. İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılıbilir hataya düşülmesi de aslında taksirin tanımı ile benzerlik göstermektedir. Kaçınılıbilir hataya düşülmesi ile dikkat ve özen yükümlülüğün yerine getirilmemesi benzer durumlardır. Kaçınılıbilirlik, dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesini de kapsamaktadır. Ayrıca fail fiilinin haksızlık oluşturduğunu bilmediğinden, suçun kanuni tanımında belirtilen neticenin gerçekleşmesini de zaten evleviyetle öngörmeyecektir. Bu doğrultuda hatanın kaçınılıbilir olup olmadığının belirlenmesinde, failin hataya düşmekte en azından taksir derecesinde kusurunun olup olmadığı araştırılacaktır.

Fıkranın gerekçesinde, hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde, kişinin bilgi düzeyinin, gördüğü eğitimin içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşullarının göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Burada ayrıca failin, sayılan kişilik özelliklerinin yanı sıra içerisinde bulunduğu ortam itibariyle ceza normuna ulaşma imkanının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Özetle, hukuki hata faile isnat edilemeyen durumlarda mazeret olarak kabul edilebilecek; failin eyleminin haksızlığı, herkes açısından anlaşılabilir mahiyette ise veya failin işi, mesleği, hayata dair tecrübesi, eğitim ve kültür seviyesi nazara alındığında, ceza normuna ulaşabilecek ve araştırabilecekken ulaşmadığı ve araştırmadığı veya normu hatalı yorumladığı takdirde hatasından sorumlu tutulacaktır.

Bununla birlikte, failin haksızlık bilincine sahip olup olmadığının araştırılacağı alan ise şu şekilde belirlenebilecektir: Suç tipinin maddi unsurlarına veya hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarına ilişkin olan fiili hata dışında, failin hukuki hata içerisinde hareket ettiği durumlarda haksızlık bilincinin bulunmaması fail açısından mazeret teşkil edecektir. Nitekim, bir hatanın ceza sorumluluğunu etkileyebilmesi için failin davranışını haksızlık teşkil etmediği düşüncesi ile yerine getirmesi gerekmektedir. Her hata durumunda haksızlık bilinci ortadan kalkmakta ancak hata suçun maddi unsurlarına ilişkin olduğunda fiili hata kapsamında bir değerlendirme

yapılarak kastın ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla hukuki hatanın haksızlık bilincine oranla daha kapsayıcı bir olguya işaret ettiği değerlendirilmektedir.

Haksızlık hatasının kaçınılabilir olduğu durumlarda ise failin hukuki hatası lehine mazeret teşkil etmeyecek, kusurlu olduğu ve kasten hareket ettiği kabul edilecektir. Her ne kadar hatanın kaçınılabilir olması failin ceza sorumluluğunu etkilemeyecek olsa da failin içinde bulunduğu hata durumu kusurluluğuna etki edecek, hataya düşerek gerçekleştirilen fiil nedeniyle daha az kınanmasını gerekli kılacaktır. Kaynak ACK'nin 17'nci maddesinde, kaçınılabilir hata durumunda anılan Kanun'un 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen şekilde cezada indirim gidilebileceği açıkça ifade edilmiş olsa da 5237 sayılı TCK'de bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, gerekçede hatanın kaçınılabilir olması durumunun, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabileceği belirtilmektedir. Bunun da bir tartışmayı beraberinde getirdiği değerlendirilmektedir. Bir hukuk devletinde hâkim için bağlayıcı olan, Anayasa'ya uygun olarak yürürlüğe konulan kanunun bizzat kendisidir. Madde gerekçeleri kanun metnine dahil olmadığı gibi düzenlemeye yansımaları takdirde herhangi bir bağlayıcılıkları da olmayacaktır. Ancak göreceli olarak hükmün yorumlanmasında göz önünde bulundurulacaktır. Bu itibarla, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereği olarak hâkimin muhatabı da kanun metni olacaktır. Öyle ki ceza hukuku gibi bir alanda, gerekçeden yola çıkılarak kanun metninin anlamının genişletilmesi ya da daraltılması, yorum farklılıklarını beraberinde getirecek ve bu da ceza adaletinin sağlanması bakımından bir tehdit oluşturacaktır. Bu itibarla, her ne kadar hatanın kaçınılabilir olması gerekçede failin cezası bakımından indirim sebebi olarak düzenlenmiş olsa da aksi yorumların ve kararların da olabileceği dikkate alındığında, ceza adaletinin sağlanması bakımından gerekçede belirtilen hususun kanun metninde de açıkça düzenleme altına alınması uygun olacaktır.

Hatanın ikinci görünüm şekli fiili hatadır. Fiili hata ise failin kural bakımından herhangi bir bilgisizliği veya hatası olmadığı halde, gerçekleştirdiği davranışın maddiyetine ilişkin bir hususta hataya düşmesi halinde ortaya çıkar. Fiili hatada fail, gerçekleştirdiği davranışın kanunda suç olarak tanımlanan davranıştan farklı olduğu inancıyla hareket etmektedir. Kanunun 30'uncu maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca "*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz.*" Görüldüğü üzere, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilinmemesi etkisini doğrudan kast üzerinde göstermektedir.

Buna göre, failin kanunda yer alan suç tanımındaki maddi unsurlardan herhangi biri bakımından hataya düşmesi, suçun maddi varlığına ilişkin bir hususta bilgisizliği, eksik veya yanlış bilgisi ya da gerçekliği olduğundan farklı bir biçimde algılanması, failin kastı nedeniyle cezalandırılma bilirliliğini ortadan kaldırır. Nitekim 30'uncu maddenin gerekçesi:

“Birinci fıkrada suçun maddi unsurlarında hataya ilişkin hükme yer verilmiştir. Kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması durumu ise, maddi unsurlarda hata olarak adlandırılır. Böyle bir hata kastın varlığına engel olur...” şeklindedir.

Fiili hatanın, kastı kaldırabilmesi için hatanın “*esaslı*” olması gerekir. Failin kusuru olmaksızın fiili hataya düşmesi cezalandırılmasına engel olacaktır. Diğer bir anlatımla failin hatadan kaçınabilme imkânı yoksa, fail her türlü dikkat ve özeni göstermiş ancak buna rağmen hataya düşmesini önleyememişse cezalandırılmayacaktır. Buna karşılık, düşülmemesi mümkün olan bir hatada failin kusurlu olduğu kabul edilecektir. Ancak burada fail tarafından gerekli dikkat ve özen gösterilmemesi nedeniyle hataya düşüldüğünden, bu gibi hallerde olması gereken kasıtlı sorumluluk değil, taksirli sorumluluktur. Buna göre, hataya düşülmesinde failin dikkat ve özensizliği varsa ve işlenen fiilin taksirli şekli de suç olarak öngörülmüşse, taksirli sorumluluk söz konusu olacaktır. 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi bu hususu düzenlemektedir. 765 sayılı TCK'de benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanaatimizce, mezkûr düzenleme bu noktada önem ihtiva etmektedir. Düzenleme uyarınca, kanunda taksirli sorumluluğun özel olarak öngörüldüğü durumlarda, kastı bulunmayan bir kişinin taksirinin bulunup bulunmadığını saptamak gerekmektedir. Bu doğrultuda taksirden kaynaklanmayan fiili hata nedeniyle kişinin sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Nitekim Mülga Kanun döneminde de konu benzer şekilde çözüme kavuşturulmuş ve aynı sonuca ulaşılmıştır.

Fiili hata birkaç şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki suçun maddi unsurlarında hatadır. Suçun maddi unsurlarında hata, failin davranışının suç teşkil etmesi için zorunlu olarak bilmesi gereken unsurlarından biri veya birkaçına ilişkin bilgisizliği ya da hatalı tasavvuru nedeniyle dış dünyada arzu ettiğiinden farklı bir neticenin meydana gelmesinde söz konusu olur. Suçun maddi unsurları, dışarıdan algılanabilir konu ve olgular yanında, ceza normu ile suç olarak düzenlenen tipik fiilde

yer alan hareket, netice, mağdur, nedensellik bağı gibi tüm unsurlardır. Bu unsurlardan biri üzerinde hataya düşülmesi failin kastını ortadan kaldıracaktır.

Hatanın kusurluluk üzerindeki etkisini açıklamakta en çok kullanılan ve benimsenen ölçüt esaslı olan ve olmayan hata ayırımıdır. Esaslı hata, failin fiili hatası söz konusu olmasaydı suç oluşmayacaktı denilen hallerde söz konusu olmaktadır. Buna karşılık fail hataya düşmemiş olmasına rağmen fiilinin yine de suç teşkil etmesi durumunda ise failin hatası esaslı kabul edilmeyecektir. Buna göre hata ancak suç tipinin kurucu maddi unsurlarına ilişkin olduğu takdirde esaslı kabul edilebilecektir. Bununla birlikte, fiili hatanın ceza sorumluluğunu tam olarak kaldırabilmesi için esaslı olmasının yanı sıra aynı zamanda “kaçınılmaz” olması da gerekir. Yani failin hataya düşmekte dikkatsizliğinin, tedbirsizliğinin olmaması, üzerine düşen özen yükümlülüğünü eksiksiz yerine getirmiş olması gerekir.

Fiili hata esas itibarıyla suçun maddi unsurlarında, suça etki eden sebeplerde, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde ve şahısta ortaya çıkabilecektir. Suçun maddi unsurlarında hata ise suç konusunda, fiile ilişkin ve nedensellik bağında hata şeklinde kendisini gösterebilecektir. Nedensellik bağında hata, farklı şekillerde ortaya çıkabilecektir. İlk durumda fail başlangıçta kastettiği neticeyi, ilk davranışı ile değil, sonradan icra ettiği bir başka davranışı sonucunda gerçekleştirebilecektir. İkinci durumda ise failin başlangıçtaki plan ve tasavvuru çerçevesinde sonraki davranışı ile tamamlamak istediği suçu, önceki davranışları ile gerçekleştirmesi halidir. Failin davranışı ile ortaya çıkan netice arasında nedensel bağ bulunduğu müddetçe, failin kastının nedensel bağı kapsamı gerekeceğinden, davranış sonucu ortaya çıkan neticenin failin muhtelif davranışları kapsamında farklı şekillerde meydana gelmesi sorumluluğunu etkilemeyecektir. Bununla birlikte, nedensellik bağında ortaya çıkan üçüncü hata durumu ise failin gerçekleştirmek istediği neticenin failin davranışlarından bağımsız olarak üçüncü kişilerin sürece dahil olması sonucu, failin başlangıçta öngördüğünden farklı bir nedensel gelişim süreci içinde üçüncü kişilerin davranışları üzerine veya üçüncü kişilerin failin davranışlarına eklenen davranışları nedeniyle neticenin gerçekleşmesi durumudur. Bu durumda da nedensellik bağında hata, nedensel sürecin fail tarafından tasavvur edilenden farklı şekilde oluşmasına rağmen istenen sonucun yine de meydana gelmesi olduğuna göre ve nedensel süreçteki farklılık önemli olmadığından fail meydana gelen neticeden sorumlu olacaktır.

Nedensellik bağında en çok tartışılan ve tereddüt edilen husus failin suç tamamladığına inanarak mağdura karşı başka davranışlarda bulunması ve

gerçekleştirilmek istenen neticenin daha sonraki hareketlere bağı olarak gerçekleşmesi durumunda failin genel kasta sahip olmasından dolayı tek bir suçun varlığının mı söz konusu olacağı, yoksa her bir davranış bakımından biri kasten diğer taksirle işlenmiş olmak kaydıyla iki ayrı suçun varlığının mı kabul edileceğidir. 5237 sayılı TCK’de konuya ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmaması bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce burada fail nedensellik bağının gelişimine ilişkin hataya düşse de dış dünyada tasavvurunda kastettiği neticeyi meydana getirmektedir ve nedensellik sürecine ilişkin kastı kaldıran esaslı bir hata da bulunmamaktadır. Bu sebeple failin meydana gelen neticeden kasten sorumlu tutulması gerektiği ve Kanunda bu yönde açık bir düzenlemeye yer verilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

5237 sayılı TCK’nin 30’uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi bu hatasından yararlanacaktır. Şahısta hata halinin, nitelikli hallerde veya suçun konusunda hata hükümlerine göre çözüme kavuşturulması uygun olacaktır. Bununla birlikte 765 sayılı TCK’de şahısta hata halinde mağdurun sıfatından doğan ve cezayı ağırlaştırıcı nedenlerin faile uygulanamayacağı açıkça düzenlenmişken, 5237 sayılı TCK’de failin nitelikli hallere ilişkin hatasından yararlanacağı düzenlenmekle yetinilmiştir. Kanun koyucunun bu tercihinin, kapsamı genişleterek cezayı hafifleten nitelikli hallerin de o halin varlığını bilmeyen fail hakkında uygulanması düşüncesinden doğduğu değerlendirilmektedir. Buna göre düzenlemenin, failin kastettiğinden daha ağır bir sonuç meydana gelmişse failin gerçekleşen daha ağır sonuçtan değil kastettiği meydana gelmeyen sonuçtan; kastettiğinden daha hafif bir sonuç meydana gelmişse kastettiği ağır sonuçtan değil, meydana gelen daha hafif sonuçtan sorumlu olması gerektiği şekilde anlaşılması gerektiği değerlendirilmektedir.

5237 sayılı TCK’de hukuka uygunluk nedenleri ise ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler kapsamında düzenlenmiş ve hukuka uygunluk nedenlerinde hata, Kanun’un 30’uncu maddenin üçüncü fıkrasında yer verilen “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” hükmü ve yine aynı maddenin dördüncü fıkrasında yer verilen “*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*” hükmü kapsamında ele alınmıştır.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata nedeniyle failin cezalandırılmaması için de hatanın kaçınılmaz olması gerekmektedir. Hatanın kaçınılmaz olup olmadığı ise somut olayın özelliklerine göre ve ex ante yapılacak bir değerlendirmeye göre belirlenecek, ayrıca failin bilgi düzeyi, mesleği, gördüğü eğitim, yaşı, tecrübesi, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevresi ve olayın meydana geldiği koşullar bir bütün halinde dikkate alınacaktır.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata üç şekilde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan ilki, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunmasına rağmen failin bunu bilmemesi ve fiilin suç teşkil ettiğini sanmasıdır. İkinci durumda ise somut olayda objektif olarak bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamakla birlikte, failin bu yönde bir hukuka uygunluk nedeni var olduğuna dair hatalı tasavvurla hareket etmesidir. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına ilişkin değerlendirebileceğimiz her iki durumda failin hatası izin normuna ilişkin olup, konunun hukuki hata kurumu içerisinde ve 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrası çerçevesinde haksızlık hatası kapsamında ele alınması; özetle failin işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiği hususunda kaçınılmaz hataya düştüğü durumlarda failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması, eğer hatası kusurundan ileri geliyorsa fiili nedeniyle kasten sorumlu tutulması uygun olacaktır.

Bununla birlikte, kanun koyucunun maddeye ilişkin gerekçesinde hatanın kaçınılabilir olması durumunda, kişinin kusurlu sayılacağı ve bunun temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağı belirtilmektedir. Kanaatimizce kaçınılabilir hataya düşen failin kaçınılabilirliğinin ölçüsüne göre kasten işlediği suça ilişkin cezasında indirim yapılması gerekecektir, ancak madde gerekçesinin hâkimi bağlamayacağı dikkate alındığında süreç içerisinde aksi uygulamanın gelişmesi de mümkün olacaktır. Bu itibarla, gerekçede yer verilen kaçınılabilirliğin ölçüsüne göre failin suça ilişkin cezasında indirim yapılabilmesi hususunda Kanun'da düzenleme yapılmasının, olası farklı değerlendirmeleri ortadan kaldırmaya matuf ve gerekli olduğu değerlendirilmektedir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hataya ilişkin son durum ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatada, failin hatası maddi bir unsura ilişkin olup bu durumun fiili hata kapsamında değerlendirilmesi gerekir. 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında hatanın kaçınılabilir olması durumunda, failin cezai sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği hususunda herhangi bir düzenleme

bulunmamaktadır. Ancak düzenlemenin mefhumu muhalifinden kaçınılabılır hataya düşen failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacağı ve hükmün gerekçesinde katı kusur teorisinin benimsendiğine ilişkin ifadelere yer verilmesi birlikte değerlendirildiğinde, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında kaçınılabılır hataya düşen failin, işlediği fiilden kasten sorumlu tutulması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir. Kanaatimizce hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata, maddi vakiya ilişkin olup, bu husus kast kapsamında değerlendirilmelidir ve 30'uncu maddenin üçüncü fıkrasının lafzından aynı maddenin birinci fıkrasına gidilmesine herhangi bir engel bulunmadığı ve failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında taksirle hataya düşmesi halinde, kanunda fiilin taksirli şeklinin de cezalandırılması öngörülmüşse, fail hakkında taksirinden dolayı mahkûmiyet tesis edilmesinin, aksi görüşlerin izin normuna ilişkin hata ile maddi unsurlara ilişkin hatanın mahiyetini açıklayan esaslarla çelişeceği ve bu hususta Kanun'da açık düzenleme yapılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte 5237 sayılı TCK'nin 30'uncu maddesinin üçüncü fıkrası hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşulları ile kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi koşullarında hatayı aynı kapsamda ele almaktadır. Ancak kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerle hukuka uygunluk sebepleri arasındaki ayrımın önemi burada karşımıza çıkmaktadır. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin maddi koşullarında hata durumunda eğer hata kaçınılmaz ise fail ceza almayacaktır. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise fail suçun cezasından sorumlu olacak ancak cezası indirilecektir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata durumunda ise daha önce gerekçeleri açıklandığı üzere bu durum kastı ortadan kaldıracak ancak söz konusu fiil ile ilgili taksirli sorumluluk hali saklı kalacaktır. Bu doğrultuda somut olayda hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin açıkça ortaya konulması ve buna göre sorumluluğun belirlenmesi önem taşımaktadır. Bu durumda gerekli olanın, bu kurumlar arasında ayrıma gidilmesi ve sorunun farklı bentlerde ve her iki müesseseye uygun olarak çözüme kavuşturulması olacağı değerlendirilmektedir.

Yine suçun icrası esnasında hataya düşülmesi kapsamında değerlendirilecek olan sapma konusunda ise 765 sayılı TCK'nin 52'nci maddesinde failin suçun gerçekleştirmek istediği konu üzerinde gerçekleşmiş gibi cezalandırılması öngörülmüştür. 5237 sayılı TCK'de ise sapma hataya ilişkin 30'uncu madde kapsamında değerlendirmemiş fikri içtimaya ilişkin 44'üncü madde kapsamında ele

alınmıştır. Fikri içtimada, tek bir fiilin birden fazla suçu ortaya çıkarması gerekmektedir ve bu durumda fail hakkında en ağır suçun cezasına hükmolunmaktadır. Kanaatimizce sapma kurumunun fikri içtima içerisinde değerlendirilmesi ceza siyaseti açısından her zaman doğru ve adalete uygun sonuç vermeyecektir. Ayrıca, hedefte sapma nedeniyle birden fazla sonucun meydana geldiği hallerde fikri içtimaya ilişkin hükümlerin uygulanmasının öngörülmesinin teorik açıdan da uygun olmadığı ve bu nedenle 5237 sayılı TCK'de saptmaya ilişkin özel bir düzenlemenin olmamasının eksiklik olduğu, konunun hata hükümleri kapsamında yeniden ele alınmasının teoriye ve ceza siyasetine uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Fail psşik açıdan suç teşkil eden bir davranış gerçekleştirdiğini düşündüğü halde, ortada kanun tarafından suç olarak öngörülen bir fiil olmaması veya kullandığı vasıtaların veya hareketin elverişsiz olması yahut suçun konusunun bulunmaması nedeniyle suçun tamamlanmasının imkânsız olduğu durumlarda ise suçta hata söz konusu olacaktır. Suçta hata durumunda ise fail her ne kadar psşik açıdan suç teşkil eden bir davranış gerçekleştirdiği halde, ortada kanun tarafından suç olarak öngörülen bir fiil olmadığından suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince sorumlu tutulmayacak veya gerçekte ceza normunun koruduğu bir menfaati ihlal etmeyi amaçlasa da suçun tamamlanması imkansız olduğunda tehlikelilik durumu söz konusu olamayacak ve sorumluluğu doğmayacaktır.

Failin suç işlemek inancıyla hareket etmesine rağmen kullanılan vasıtaların veya hareketin elverişsizliğinden yahut suçun konusunun bulunmaması durumunda söz konusu olan işlenemez suç ile gerçekte kanuna aykırı olmayan fakat hatası sonucu failin suç olduğunu veya daha ağır bir suçta vücut verdiğini düşündüğü bir fiili gerçekleştirmesi halinde söz konusu olan sözde suç bu kapsamda değerlendirilecektir. Sözde suçta konunun hukuki bilmeme ve hata kapsamında, işlenemez suçta ise kanunun suç olarak öngördüğü bir fiili işlemeyi isteyen kişi fiilin esaslı unsurlarından olan maddi konu üzerinde hataya düştüğü için fiili hata ile ilişkili olduğu değerlendirilmektedir.

Suç teorisinde pek çok konuyla doğrudan bağlantısı bulunan pek çok görüşün ileri sürüldüğü, her zaman güncel tartışmalardan beslenen bir konu olarak kendisini gösteren hata konusunda yukarıda arz edilen değerlendirmelerimizin kuruma ilişkin esasların ortaya konulması bakımından büyük önemi haiz olduğu ve bu doğrultuda yapılacak geliştirmelerin en doğru sonucu vereceği kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

- AKAR İbrahim (2018), “Tahrikçi Ajan”, *Marmara Üniveristesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.:24, S.:1, ss. 132-148.
- AKBULUT Berrin (2019), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- AKSOY İPEKÇİOĞLU Pervin (2012), “Karşılaştırmalı Bir İnceleme: Türk Ceza Hukuku ile Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından “İşlenemez Suç”un Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.: 61, S.: 3, Ankara, ss. 859 – 886.
- ALACAKAPTAN Uğur (1975), *Suçun Unsurları*, Sevinç Matbaası, Ankara.
- ALACAKAPTAN Uğur (Tarihsiz), *İşlenemez Suç*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 223, Ankara.
- ANTOLISEI Francesco (1963), *Manuale di Diritto Penale*, Milano, PG.
- APAYDIN Cengiz (2018), *Ceza Hukukunda Kusurluluk*, Seçkin Hukuk, Ankara.
- APAYDIN Cengiz (2020), *Meşru Savunma*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet ve YENİDÜNYA Caner (2002), *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, ALŞAHİN Emin ve ÇAKIR Kerim (2021), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ARZT Günther (1976), “Ignorance or Mistake of Law”, *The American Journal of Comparative Law*, ss. 646 – 679.
- AYDIN Devrim (2009), *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmi Web Sitesi, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database>.
- BABAYİĞİT Mustafa (2016), “Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 124, ss. 183 – 220.
- BENGÜ Cemil Halit (1948), *Ceza Hukukunda Hata*, Sakarya Basımevi, Ankara.

- BİRTEK Fatih (2018), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>.
- CENTEL Nur, ZAFER Hamide ve ÇAKMUT Özlem (2020), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Basım, 11. Bası, İstanbul.
- Codice Penale Esplicato (2017), Edizioni Giuridiche Simone, XV Edizinone, Napoli.
- Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay>.
- DEĞİRMENCİ Olgun (2014), “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.: 110, ss. 129 – 188.
- DELITALA Giacomo (1930), *Il fatto nella Teoria Generale del Reato*, CEDAM, Padova.
- DEMİRBAŞ Timur (2018), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- DOĞAN İlyas (2020), *Hukuka Giriş*, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara.
- DOĞAN Koray (2014), “Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası”, *İçinde Prof. Dr. Feridun YENİSEY’e Armağan*, Cilt I, Beta Basım, İstanbul, ss. 183 – 228.
- DÖNMEZER Sulhi ve ERMAN Sahir (1986), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 9. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul.
- DÜLGER Murat Volkan, ÖZKAN Onur ve BAKDUR Merve (2021), “Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.: 12, S.: 45, ss. 227 – 263.
- EKİCİ Şahin Meral (2015), “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.:64, S.:3, ss. 637-686.
- ENKER Arnold N. (1968 - 1969), “Impossibility in Criminal Attempts – Legality and the Legal Process”, *Minesota Law Review*, Vol. 53, Issue 4, ss. 665-710.
- ERDEM Mustafa Ruhan (2019), “Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.:21, Özel Sayı, ss. 43-68.
- EREM Faruk (1958), *Türk Ceza Hukuk, Genel Hükümler*, C. I, 4. Bası, Ankara.
- ERMAN Ragıp Barış (2006), *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.

- ERMAN Sahir (1946), “Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.: XII, S.: 2-3, ss. 509 – 536.
- ERSOY Yüksel (1967), “Ceza Hukukunda Bilememe ve Hatanın Hukuki – Psikolojik Anlamı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C.: 22, S.:4, ss. 249 – 259.
- ERSOY Yüksel (1967), “Sözde Suç ve İşlenemez Suç”, *Adalet Dergisi*, Y.: 58, S.:6, ss. 470 – 481.
- ERSOY Yüksel (1968), *Ignoranza ed Errore Nel Diritto Penale*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara.
- FERRI Enrico (1928), *Principi di Diritto Criminale*, Torino.
- FIORE Carlo (1959), *Il Reato Impossibile*, Jovene, Napoli.
- FROSALI Raoul Alberto (1933), *L'errore nella Teoria Del Diritto Penale*, Roma: Tipografica Editrice.
- FROSALI Raul Alberto (1958), *Sistema Penale Italiano*, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1958.
- GERÇEKER Hasan (2010), *Türk Ceza Kanunu*, C. I, Madde 1 – 44, Adalet Yayınevi, Ankara.
- GERÇEKER Hasan (2017), *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C.: I, Madde 1-140, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara.
- GÖKTÜRK Neslihan (2016), *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- GÖKTÜRK Neslihan (2016), “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, *İçinde İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.: 7, S.: 1, Malatya, ss. 407 – 450.
- GÜLER Dilek (2017), *Meşru Savunma*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- GÜNDÜZ Nurcan (2015), “Türk Ceza Hukukunda Hukuki Hata”, *İçinde Prof. Dr. Nevzat TOROSLU’ya Armağan*, C. I, *Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459*, Ankara, ss. 489 – 543.
- GÜNGÖR Devrim (2007), *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- GÜNGÖR Devrim (2007), *Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 69, ss. 135 – 160.

- HAFIZOĞULLARI Zeki (1973), “Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, Ellinci Yıl Armağanı, Ankara, ss. 193 – 211.
- HAFIZOĞULLARI Zeki (1996), *Ceza Normu*, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, US-A Yayıncılık, Ankara.
- HAFIZOĞULLARI Zeki (2007-2008), *Türk Ceza Hukuku Ders Notları*, Ankara.
- HAFIZOĞULLARI Zeki (2008), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2008.
- HAFIZOĞULLARI Zeki ve ÖZEN Muharrem (2018), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara.
- HAKERİ Hakan (2019), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- HEINRICH Bernd (2005), *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Köln.
- HEINRICH Bernd (2014), *Ceza Hukuku Genel Kısım – I, Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- HOTZ Dominik (2016), “Untauglicher Versuch und Wahndelikt bei Fehlvorstellungen über Rechtsinstitutionelle Umstände”, *Juristische Schulung*, No:3, ss. 221 – 225.
- İÇEL Kayıhan (2000), *Suç Teorisi*, 2. Bası, Beta, İstanbul.
- JESCHECK Hans Heinrich (1988), “L’errore Di Diritto nel Diritto Penale Tedesco e Italiano”, *L’indice Penale*, Anno XXII, Dike Giuridica Editrice, ss. 185 – 204.
- JESCHECK Hans Heinrich (2007), *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul.
- JESCHECK Hans Heinrich ve WEIGEND Thomas (1996), *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin.
- KARAASLAN Reşit (2019), “Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Sapma”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.:18, S.:2, ss. 215 – 315.
- KARAKURT Ahu (2009), “Türk Ceza Hukukunda Hata”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.: 4, S.:10, Seçkin Yayıncılık, ss. 63 – 90.
- KATOĞLU Tuğrul (2003), *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- KAZAKER Gözde (2019), *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- KAZAKER Gözde (2020), “Elverişsiz Teşebbüs ve Mefruz Suç Ayrımı”, *Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, 9 (1), ss. 129 – 141.

Kazancı İctihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr>.

KEÇELİOĞLU Elvan (2010), “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.: 87, Ankara, ss. 299 – 321.

KEÇELİOĞLU Elvan (2013), “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl:8, S.:21, ss. 21 – 32.

KEEDY Edwin R. (1908), “Ignorance and Mistake in the Criminal Law”, *Harvard Law Review*, Vol. XXII, No. 2, ss. 75 – 96.

KINDHÄUSER Urs (1990), “Zur Unterscheidung von Tat und Rechtsirrtum”, *İçinde Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, ss. 407 – 423.

KOCA Mahmut (2006), “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *İçinde Ceza Hukuku Dergisi*, Y.:1, S.:1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, ss. 115 – 148.

KOCA Mahmut ve ÜZÜLMEZ İlhan (2020), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

KOCA Mahmut ve ÜZÜLMEZ İlhan (2019), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

KOÇ Coşkun (2020), “Ceza Hukuku Bağlamında Tasarlamının Niteliği Sorunu”, *İzmir Barosu Dergisi*, C.:85, S.: 1, ss. 175 - 204.

KUNTER Nurullah (1955), *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

LEONE Giovanni (1964), *Il Reato Aberrante (Artt. 82 e 83 Cod. Pen.)*, Jovene, Napoli.

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat>.

LÖW Christine (2002), *Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB*, Peter Lang Verlag, Frankfurt.

MAGGIORE Giuseppe (1950), *Diritto Penale*, Parte Generale, Vol. I, Niccola Zanichelli Editore, Bologna.

MANZINI Vincenzo (1961), *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Vol. 2, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino.

MANZINI Vincenzo (1981), *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino.

- MONTAVANI Ferrando (1979), *Diritto Penale*, Parte Generale, Terza Edizione, CEDAM, Milano.
- NEPPI MADONNA Guido (1973), *Il Reato Impossibile*, A. Giuffre, Milano.
- OZANSÜ Mehmet Cemil (2006), “Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı”, *Suç Politikası*, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Prof. Dr. H.C. Mult. Claus Roxin’e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara, ss. 385 – 402.
- ÖNDER Ayhan (1989), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II, Beta, İstanbul.
- ÖZAL Nejat Hüseyin (1989), *Tam ve Kısmi Akıl Hastalıklarının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.
- ÖZAR Süleyman (2006), “Türk Ceza Hukukunda ‘Sapma’”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.:66, ss. 225 – 256.
- ÖZBEK Veli Özer (2006), *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, C. I, Seçkin Yayınları, Ankara.
- ÖZBEK Veli Özer (2008), “Türk Ceza Hukukunda Hata”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.:3, S.:7, Seçkin Yayıncılık, ss. 83 – 99.
- ÖZBEK Veli Özer, DOĞAN Koray ve BACAKSIZ Pınar (2021), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZEK Çetin (2003), “Ceza Normunun Varlığında Hata”, *Bilgi Toplumunda Hukuk*, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.: III, İstanbul, ss. 817 – 830.
- ÖZEN Mustafa (2019), *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ÖZGENÇ İzzet (2021), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZGENÇ İzzet ve ŞAHİN Cumhur (2001), *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZOCAK Gürkan (2018), *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZTÜRK Bahri ve ERDEM Mustafa Ruhan (2007), *Ceza Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve mala karşı suçlar)*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- ÖZTÜRK Bahri ve ERDEM Mustafa Ruhan (2021), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- PAGLIARO Antonio (1980), *Principi di Diritto Penale*, Parte Generale, Seconda Edizione, Giuffr  Editore, Milano.
- PALUT Adem (2019), *Kasten Adam  ldürme Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- PANNAIN Remo (1942), *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, Roma.
- PULITANO Domenico (1976), *L'Errore di Diritto Nella Teoria Del Reato*, Giuffr  Editore, Milano.
- RANIERI Silvio (1949), *Il Concorso di Più Persone in un Reato*, Giuffr  Edizione, Milano.
- ROCCO Arturo (1913), *L'oggetto Del Reato e Della Tutela Giuridica Penale*, Fratelli Bocca Editori, Milano.
- ROXIN Claus (2006), "Yasağa İlişkin Yanılma", *Suç Politikası*, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Prof. Dr. H.C. Mult. Claus Roxin'e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara, ss. 277 – 296.
- ROXIN Claus (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, B.I, München.
- SAVAŞ Vural ve MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık (1995), *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, C.: I, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- SAVAŞ Vural ve MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık (1999), *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, 3. Baskı, C.: I, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- SCHMIDHAUSER Eberhard (1984), *Strafrecht Allgemeiner Teil – Studienbuch*, 2. Bası, C.B. Mohr Verlag, Tübingen, 1984.
- SCHROEDER Horst (2003), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, Grosskommentar 11. Neu Bearbeitete Auflage, 1. Band, Berlin.
- SOYASLAN Doğan (2020), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- SOYER GÜLEÇ Sesim (2008), "Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.: 10, S.: 1, ss. 59 – 91.
- SÖZÜER Adem (1995), "Hukuki Hata", *Yargıtay Dergisi*, C.:21, S.: 1 – 2, ss. 446 – 490.
- SZABO Imre (1969), "Kimsenin Kanunu Bilmediği Kabul Olunamaz Kuralının Günümüzdeki Yeri", Çev: Asis. Köksal Bayraktar, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yeni Seri III, ss. 269 – 284.
- ŞENOL Cem (2018), "5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Suçun Maddi ve Nitelikli Unsurlarında Hata", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.:13 S.:38, Aralık, ss. 117 – 145.

- ŞİRİN Osman (2005), “Silah Kullanan Kolluk Görevlileri Hakkında Verilen Yargıtay Kararları”, *Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi*, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları 6, No: 6, İstanbul, ss. 81 – 95.
- TONGÜR Ali Rıza ve ÇETİNTÜRK Ekrem (2020), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- TOROSLU Nevzat ve TOROSLU Haluk (2021), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 26. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara.
- TRINCI Alessandro ve FARINI Sara (2016), *Compendio di Diritto Penale*, Parte Generale, III Edizione, Dike, Roma.
- ÜNVER Yener (1998), “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”, *Ceza Hukuku Günleri*, Beta Yayınları, İstanbul, ss. 109 – 195.
- VANNINI Ottorino (1943), *Il Problema Giuridico del Tentativo*, Giuffrè, Milano.
- WELZEL Hans (1955), “Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als Legislatorrisceh Problem”, *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 67, De Gruyter, ss. 196 – 228.
- WELZEL Hans (1969), *Das Deutsche Strafrecht*, Elfte Neubearbeitete und Erweiterte Auflage, Walter de Gruyter & Co., Berlin.
- YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin ve ARTUÇ Mustafa (2010), *Türk Ceza Kanunu*, Yorumlu – Uygulamalı, C.: I, Adalet Yayınevi, Ankara.
- YAVUZ Hakan (2021), “Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Hatası (TCK m. 30/4) (Teoride ve Güncel Yargıtay Uygulamasında)”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.: 12, S.: 46, ss. 201 – 254.
- YERDELEN Erdal ve SEÇKİN Mehmet Beyhan (2016), “Tasarlayarak Öldürme Suçunda Özel Durumlar ve Yargıtay Yorumu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.:11, S.:32, Seçkin Yayıncılık, ss. 29 – 61.
- YILDIZ Mehmet Emre (2020), *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri*, Adalet Yayınevi, Ankara.