

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
HUKUK BİLİM DALI

CEZA HUKUKUNDA KASTI ENGELLEYEN HATA

Doktora Tezi

KÜBRA TUNÇ

İstanbul, 2020

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
HUKUK BİLİM DALI

CEZA HUKUKUNDA KASTI ENGELLEYEN HATA

Doktora Tezi

KÜBRA TUNÇ

Danışman: Prof. Dr. HAMİDE ZAFER

İstanbul, 2020

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

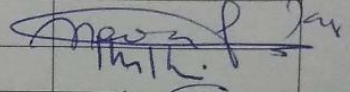
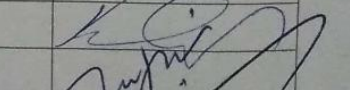
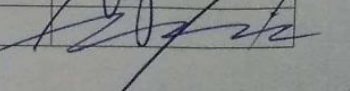
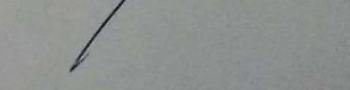
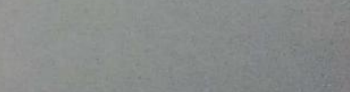
TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi KÜBRA TUNÇ'nın CEZA HUKUKUNDA KASTI ENGELLEYEN HATA adlı tez çalışması,
Enstitümüz Yönetim Kurulunun 29.08.2019 tarih ve 2019-28/12 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi ...28.../...01.../...2020...

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1.	Tez Danışmanı	Prof. Dr. HAMİDE ZAFER	
2.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. HAKAN HAKERİ	
3.	Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi KERİM ÇAKIR	
4.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. AHMET GÖKCEN	
5.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. MEHMET EMİN ALŞAHİN	

ÖZET

Bu tezde ceza hukukunda kastı engelleyen hata halleri ele alınmaktadır. Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde Alman ve Türk hukukunda hata türleri ve hata türlerini birbirinden ayırmaya yarayan kıstaslar tarihi gelişim bağlamında ele alınmaktadır. İkinci bölümde kastı engelleyen hatanın suç genel teorisinde en çok ilişkili olduğu iki konu olan suç tipi ve kast, konunun gerektirdiği ölçüde ele alınmaktadır. Üçüncü bölümde ise kastı engelleyen hata türleri olarak suç tipinin unsurlarında hata ve nitelikli unsurlarda hata incelenmektedir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata Alman ceza hukukunda ağırlıklı olarak, kastı engelleyen hata olarak ele alınmaktayken; Türk hukukundaki durum öğretiyeye ve kanundaki düzenlemeye göre farklılık arz etmektedir. Bu sebeple hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata bahsine de değinilmektedir. Bu bölümde ayrıca hata bahsiyle bağlantılı olan elverişsiz teşebbüs ve mefruz suç konularının yanı sıra çifte hata kurumuna ve diğer hata türleri başlığı altında kastın kapsamında olmayan unsurlarda hata bahsine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: kastı engelleyen hata türleri, suç tipi, suç tipinin unsurları, kastın kapsamı

ABSTRACT

This dissertation deals with mens rea-eliminating mistake in criminal law. The study is composed of three chapters. The first chapter handles types of mistakes and criteria to distinguish between the types of mistakes in both German and Turkish criminal law. The second chapter handles legal definition of crime and mens rea (guilty mind), the two topics of general theory of crime that have the closest relationships with mens rea-eliminating mistake. The third chapter examines mistake in material elements of crime and mistake in aggravating circumstances as types of mens rea-eliminating mistakes. Mistake in material elements of a justification defence is generally regarded as a mens rea-eliminating mistake in German criminal law; yet its legal position is controversial in Turkish criminal law. For this reason, mistake in material elements of a justification defence is also stated in this study. Additionally, the topics of impossible attempt, hypothetical crime, double-mistake (in one case) and under the title of other types of mistakes, mistakes in the elements out of the mens rea's scope are stated in the study.

Key words: types of mens-rea eliminating mistakes, legal definition of crime, elements of legal definition of crime, scope of mens rea

İÇİNDEKİLER

ÖZET	ii
ABSTRACT	iv
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1

Birinci Bölüm

HATA KAVRAMI VE HATANIN SINIFLANDIRILMASININ TARİHSEL GELİŞİMİ

I. HATA KAVRAMI	4
II. HATANIN SINIFLANDIRILMASI	11
A. ALMAN HUKUKUNDA HATANIN SINIFLANDIRILMASI VE HATAYA BAĞLANAN SONUÇLAR	12
1. Alman İmparatorluk Ceza Kanunu (<i>RStGB</i>) Dönemi	12
a. Alman İmparatorluk Mahkemesinin hata ayrımı ve buna bağladığı sonuçlar	13
b. Alman İmparatorluk Mahkemesi'ne yöneltilen eleştiriler ve yorumlar	16
c. Alman İmparatorluk Ceza Kanunu (<i>RStGB</i>) zamanında doktrinin hata öğretisi	17
2. Alman Ceza Kanunu (<i>StGB</i>) Dönemi	21
a. Alman Federal Mahkemesi'nin hata ayrımı	21
i. Haksızlık hatasının kabulü	22
ii. İmparatorluk Mahkemesi'nin fiili-hukuki hata ayrımı ile Alman Federal Mahkemesi'nin suç tipi (tipiklik)-haksızlık hatası ayrımı arasındaki ortak noktalar	23
b. Modern hata doktrininin hata ayrımı	23
B. TÜRK HUKUKUNDA HATANIN SINIFLANDIRILMASI VE HATAYA BAĞLANAN SONUÇLAR	26
1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi	26
2. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi	30

İkinci Bölüm

KASTI ENGELLEYEN HATANIN YAPISI İLE İLGİLİ KAVRAMLAR: SUÇ TİPİ VE KAST

I. GENEL OLARAK	37
II. SUÇ TİPİ	38

A. SUÇ TİPİ KAVRAMININ ANLAMI VE ELE ALINIŞ ŞEKLİ	38
B. SUÇ TİPİ VE NİTELİKLİ UNSURLAR	42
C. SUÇ TİPİNİN YAPISI	47
1. Genel olarak	47
2. Suç tipine hâkim olan ilkeler ve istisnaları.....	48
a. Kanunilik ilkesi	48
b. Belirlilik ilkesi (Belirsizlik yasağı)	50
c. Örf ve âdet hukukuyla suç ihdas etme ve cezayı ağırlaştırma yasağı.....	51
d. Kıyas yasağı.....	53
e. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdası yasağı	55
3. Suç tipinin sınırları	57
D. SUÇ TİPİ VE HUKUKA AYKIRILIK.....	59
1. Suçun tipinin olumsuz unsurları öğretisi	59
2. Açık suç tipi.....	63
3. Fiilin genelini değerlendirci unsur teorisi	65
4. Hukuka aykırılığın suç tipinde gösterilmesi-Hukuka Özel Aykırılık Hali.....	68
E. SUÇ TİPİNİN UNSURLARI.....	72
1. Yazılı olan ve yazılı olmayan unsurlar	74
2. Objektif (maddi) ve sübjektif (manevi) unsurlar.....	74
3. Deskriptif ve normatif unsurlar	77
4. Özel kusur unsurları.....	81
5. Çerçeve normun eksik unsuru	83
III. SUÇ TİPİ İLE KAST ARASINDAKİ İLİŞKİ	85
A. KASTIN SUÇUN YAPISINDAKİ YERİ.....	85
B. KASTIN TANIMI	88
C. KASTIN KAPSAMI	91
1. Suçun maddi unsurlarının bilinmesi ve bilinmemesi	95
a. Deskriptif unsurlarda kastın kapsamı.....	96
b. Normatif unsurlarda kastın kapsamı	98
2. Bilmenin ve bilmemenin doğası	101
3. Failin unsurlara ilişkin bilgisinin kapsamı ve zamanı.....	103
D. KASTIN ÇEŞİTLERİ VE ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ	106
1. Kastın çeşitleri	106
2. Kastın özel görünüm şekilleri.....	109

Üçüncü Bölüm

KASTI ENGELLEYEN HATA TÜRLERİ, TERSİNE HATA, ÇİFTE HATA VE

DİĞER HATA TÜRLERİ

I. KASTI ENGELLEYEN HATA TÜRLERİ	113
A. GENEL OLARAK	113
B. SUÇ TİPİNİN MADDİ UNSURLARINDA HATA	115
1. GENEL OLARAK	115
2. SUÇUN KONUSUNDA HATA	118
a. Genel olarak.....	118
b. Konuda hataya ilişkin özel durumlar	125
i. Fail ile mağdurun yüz yüze olmadığı durumlar	125
ii. Türk hukukunda çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar	128
3. MAĞDURUN KİMLİĞİNDE HATA	133
a. Genel olarak.....	133
b. Mağdurun kimliğinde düşülen hataya ilişkin özel durumlar	136
4. NEDENSELLİK BAĞINDA HATA	149
a. Sübjektif isnadiyet (hata) sorunu olarak nedensellik bağında sapma.....	150
b. Objektif isnadiyet sorunu olarak nedensellik bağında sapma	155
c. Nedensellik bağında sapma konusunda özel sorunlar ve çözümleri.....	159
i. Failin neticeyi tasavvur ettiğinden erken gerçekleştirmesi	159
ii. Failin neticeyi tasavvur ettiğinden geç gerçekleştirmesi.....	160
iii. Serbest hareketli suçlar	164
5. SEÇİMLİK UNSURLARDA HATA	164
a. Genel olarak.....	164
b. Seçimlik unsurlarda hataya ilişkin özel durumlar	168
i. Seçimlik unsurların denk olması ve kastın seçimlik olarak belirlenmesi	168
ii. Haksızlığı nicelik olarak derecelendiren seçimlik unsurlarda hata	172
iii. Haksızlığı nitelik olarak derecelendiren seçimlik unsurlarda hata	172
iv. Genelleme yapan toplama seçimlik unsurlarda hata	173
6. ÇERÇEVE NORMUN EKSİK UNSURUNDA HATA.....	174
C. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİNDE HATA.....	181
1. GENEL OLARAK	181
a. Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halde hata	183

b. Daha az cezayı gerektiren nitelikli halde hata	185
2. NİTELİKLİ HALLERDE HATAYA İLİŞKİN ÖZEL SORUNLAR.....	190
D. HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNİN MADDİ ŞARTLARINDA HATA	192
1. ALMAN HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNİN MADDİ ŞARTLARINDA HATA .	
.....	193
a. Genel olarak.....	193
b. Teorilere göre hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata	194
i. Kast teorisi	194
ii. Suçun olumsuz unsurları öğretisi	194
iii. Katı kusur teorisi	196
iv. Sınırlı kusur teorisi.....	197
v. Hukuki sonuçlarında sınırlı kusur teorisi	199
vi. Hukuki sonuçlar bakımından bağımsız kusur teorisi	200
vii. Hukuki nedenlere atıfta bulunan sınırlı kusur teorisi	201
2. TÜRK HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNİN MADDİ ŞARTLARINDA HATA	202
.....	202
a. Genel olarak.....	202
b. Türk hukukunda hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın	
değerlendirilmesi.....	203
c. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında özel durumlar	209
i. Hukuka uygunluk sebeplerinde hata ve şeriklerin sorumluluğu	209
ii. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartları kapsamında şahısta hata ve sapma ..	
.....	210
II. TERSİNE MADDİ UNSUR HATASI-TERSİNE HAKSIZLIK HATASI	212
A. GENEL OLARAK	212
B. TERSİNE MADDİ UNSUR HATASI VE ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS	214
C. TERSİNE HAKSIZLIK HATASI VE MEFRUZ SUÇ.....	223
D. TERSİNE MADDİ UNSUR HATASI VE TERSİNE HAKSIZLIK HATASINA İLİŞKİN ÖZEL	
SORUNLAR.....	226
III. ÇİFTE HATA	228
IV. DİĞER HATA TÜRLERİ	234
A. HUKUKİ YORUM/ DEĞERLENDİRME HATASI.....	234
B. AMAÇ VEYA SAİK HATASI.....	235

C. MUHAKEME ŞARTLARINDA HATA.....	236
D. ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİNDE HATA.....	236
E. OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTLARINDA HATA.....	238
SONUÇ.....	241
KAYNAKÇA.....	247



KISALTMALAR

Alm.CK. : Alman Ceza Kanunu

Alm.İmp.CK.: Alman İmparatorluk Ceza Kanunu (1871 sayılı Alman Ceza Kanunu)

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AT : (Strafrecht) Allgemeiner Teil (Ceza Hukuku) Genel Hükümler

BGH : Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)

BGHSt : Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen (Alman Federal Mahkemesi Kararları)

bs. : bası/baskı

C. : Cilt

CHD : Ceza Hukuku Dergisi

dn. : dipnot

E. : Esas

Ed. : editör

FS : Festschrift (Armağan)

GA : Goltdammer's Archiv für Strafrecht

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

JA : Juristische Arbeitsblätter

JR : Juristische Rundschau

Jura	: Juristische Ausbildung
JuS	: Juristische Schulung Zeitschrift für Studium und Ausbildung
JZ	: Juristen Zeitung
K.	: Karar
Krşl.	: Karşılaştırınız
LK-StGB	: Leipziger Kommentar
LPK-StGB	: Nomos Lehr- und Praxis Kommentar
m.	: madde
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
MüKo-StGB	: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NK-StGB	: Nomos Kommentar
RG	: Reichsgericht (Alman İmparatorluk Mahkemesi)
RStGB	: Reichsstrafgesetzbuch (Alman İmparatorluk Ceza Kanunu)
S.	: Sayı
s.	: sayfa
StGB	: Strafgesetzbuch (Alman Ceza Kanunu)
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu

vd. : ve devamı

ZJS : Zeitschrift für das Juristische Studium

ZStW : Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft



GİRİŞ

Ceza hukukunda hata, suç teorisinin en karmaşık konularından birini teşkil etmektedir. Bu bahsin incelenmesindeki zorluğun sebebi, konunun suç teorisi, fiil teorileri, suçun unsurları, özellikle suçun manevi unsuru, kusurluluk, teşebbüs, iştirak başta olmak üzere birçok alanla doğrudan veya dolaylı ilişkisinin bulunmasıdır. Bu bağlamda hata konusu incelenirken çizilecek şablon, yapılan ayrımlar ve varılacak sonuçlar suç teorisinin birçok konusunda da bir karşılık bulacağı için, tutarlılığın korunması hassas ve gözetilmesi gereken bir meseledir.

Elinizdeki çalışmada, kastı engelleyen hata halleri incelenmektedir. Kastı engelleyen hata halleri Türk doktrininde genellikle suçun maddi unsurunda hata (TCK m.30/1) ve suçun nitelikli hallerinde hata (TCK m.30/2) ile hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata (TCK m.30/3) başlıkları altında incelenmektedir¹.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde hata türlerinin ayrımlarının şekillenmesi tarihsel bağlamda, mahkeme içtihatları ve öğretide kabul edilen görüşlerle birlikte ele alınmaktadır. İkinci bölümde kast, suç tipi ve hata konuları arasındaki ilişki irdelenmektedir. Kast ve suç tipi konularının ayrıntılı işlenmesinin sebebi, bu kavramların kastı engelleyen hata konusuyla olan yakın ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Kastı engelleyen hatanın kanuni dayanağı olan TCK m.30/1’de “*suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarında hata*”dan bahsedilmesinin sonucu olarak, bu hata türünün sınırlarını suç tipinin çizdiği anlaşılmaktadır. Yine ilgili maddede kastı engelleyen hatanın sonucu olarak da failin kasten hareket etmiş sayılmayacağı belirtilerek, suç tipindeki hata ile kastın tabiri caiz ise “bir madalyonun iki yüzü” oldukları ortaya konulmuştur. Bu bakımdan içeriğinin doldurulması büyük çoğunlukla öğreti ve mahkeme kararlarıyla şekillenen kast konusu ile hata ve suç tipi konularının arasındaki ilişki araştırılmaya değerdir.

Üçüncü bölümde, suç tipinin unsurlarında ve suçun nitelikli hallerinde hata münferit sorunlarla beraber ayrıntılı bir şekilde incelenmektedir. Devamında ise hukuka uygunluk

¹ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara: Adalet, 2019, s.640 vd.; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara: Seçkin, 2018, s.255 vd.; Özgenç, İzzet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara: Seçkin, Ağustos 2018, s.463 vd.

sebeplerinin maddi şartlarında hata bahsi, Alman ve Türk hukukunda olmak üzere ayrı ayrı incelenmiştir. Alman Ceza Kanunu'nda bu bahse ilişkin düzenleme olmadığı için bu tür hatanın çözümüne ilişkin birçok teori ortaya çıkmıştır. Buna mukabil, Türk Ceza Kanunu'nda yoruma muhtaç kısımları olmakla beraber, bir düzenleme mevcuttur. Ancak Türk öğretisinde bu konuya Alman hukukundaki tartışmalar ışığında çözüm önerisi getirme eğilimi bulunmaktadır. Her ne kadar çalışmamızda bu hata türünün kastın oluşumunu engellemediği sonucuna varılsa da yukarıda açıklanan sebeple bu konuya da çalışmamızda yer verilmiştir.

Üçüncü bölümde ayrıca tersine maddi unsur hatası ve tersine haksızlık hatası ilişkili oldukları elverişsiz teşebbüs ve mefruz suç konularıyla beraber irdelenmiştir. Bunların yanı sıra birden fazla hatanın bir arada bulunması hali olan “çifte hata” konusu ele alınmış ve akabinde maddi unsur hatası dışında kabul edilen hukuki yorum/ değerlendirme hatası, saik hatası, muhakeme şartlarında hata, şahsi cezasızlık sebeplerinde hata ve objektif cezalandırma şartlarında hata konularına diğer hata türleri başlığı altında kısaca değinilmiştir.

Çalışmanın içeriğine geçmeden önce çalışmanın adlandırılması hususunda kısa bir açıklama yapılması gerekmektedir. Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmemek olarak tanımlanan ve TCK m.30/1'de düzenlenen hata, öğretilde kastı kaldıran hata olarak da isimlendirilmektedir². TCK m.21'de kast “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” olarak tanımlanmıştır. Kanun koyucunun, kastın oluşumu için bilme ve istemenin birlikte mevcudiyetini aradığı anlaşılmaktadır. Örneğin, başkasının taşınır malı olduğu zannıyla kendi malını alan kişinin fiili hırsızlık suçuna vücut vermeyecektir. Burada failin hırsızlık suçuna ilişkin bir iradesi, yani istemesi mevcuttur, ancak hırsızlık suçunun konusuna ilişkin bilgisi eksiktir. Bu bakımdan kastın bilme unsuru somut olayda bulunmadığı ve tek başına istemenin kastı oluşturmaya mümkün olmadığı için, failin hatası ilgili suça ilişkin kastını engellemektedir. Aslında “kastı kaldıran hata” ifadesi ile de aynı durum anlatılmaktadır. Ancak bu ifade ile somut olayda öncelikle oluşan kast, sonrasında failin

² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.640 vd.; Koca /Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.255vd.; Karaaslan, Reşit, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata, Legal Hukuk Dergisi (LHD), Cilt: 15, Sayı: 172, Yıl: 2017, s.1665-1722, s.1669; Değirmenci, Olgun, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Yanılma, TBB Dergisi 2014 (110), s.129-188, s.130. Kastı engelleyen hata ve kastı kaldıran hata ifadelerinin beraber kullanımı için bkz. Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, İstanbul: Beta, 2019, s.306vd.

hatası sonucu ortadan kalkıyor şeklinde bir yoruma sebebiyet verebilir. Bu nedenle, kastın oluşumunu en başından engelleyen “bilmeme veya yanlış bilme”ye, yani hataya kasti engelleyen hata demek etimolojik açıdan daha doğru olacaktır.

Suç genel teorisinin birçok konusuna ilgili yerlerde değinilen çalışmamızda Türk ceza hukuku kaynaklarının yanı sıra, Türk ceza hukukundaki teorik görüş ve tartışmaları etkileyen Alman ceza hukuku kaynaklarına da sıklıkla başvurulmuştur. Böylece kurumların özüyle, geçmişiyile ve diğer kurumlarla bağını koparmaksızın mehzazın incelenmesi ve mehzazın ışığında Türk hukukunda uygulanmaya müsait alanlara öneri getirilmesi amaçlanmıştır. Elbette Alman ceza hukuku literatürünün yoğunluğu göz önünde bulundurularak seçici davranılmış ve Türk hukukunda yeri olmayan (veya yer verme imkanı bulunmayan) ve belli bir amaca hizmet etmeyen konulara çalışmada yer verilmemiştir. Ayrıca Alman kaynaklarına atıfta bulunulduğunda ilgili suç tipinin Alman Ceza Kanunu’ndaki maddesine yer verilmiş olup; okuyucuya kolaylık sağlaması açısından zaman zaman –varsa- Türk Ceza Kanunu’ndaki karşılıklarına da dipnotta veya parantez içerisinde yer verilmiştir.

Birinci Bölüm

HATA KAVRAMI VE HATANIN SINIFLANDIRILMASININ TARİHSEL GELİŞİMİ

I. HATA KAVRAMI

Sözlük anlamına bakıldığında hata, istemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, günah, suç, yanılma, yanılğı anlamlarına gelmektedir³. Ceza hukuku anlamında hata ise failin subjektif gerçekliği olan tasavvuru ile objektif gerçekliğin birbirine uymaması halini ifade eder⁴.

Hata, TCK m.30'da “(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

³ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 17.10.2019).

⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.639; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.253; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, İstanbul: Beta, Eylül 2017, s.429; Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tebdirleri Hukuku, 18. Baskı, Ankara: Seçkin, Eylül 2018, s.334; Değirmenci, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Yanılma, s.131. Öğretide hataya ilişkin olarak benzer tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlar kısaca şu şekildedir: “Dış dünyaya ait bir şeyin gerçekte olduğu gibi değil, yanlış biçimde tanınmasına, bilinmesine neden olan zihinsel bir durum” (Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2018, s.252), “Kişinin iradesiyle, meydana gelen netice arasındaki farklılık” (Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara: Adalet, Eylül 2019, s.449). Bir görüşe göre ise hata failin bir kural veya olaya ilişkin iradesinin gerçekte çelişmesidir, hata için gerçekte çelişen tasavvur yeterli değildir. Arkadaşlarına şaka yapmak amacıyla soygun ihbarında bulunma örneğinde olduğu gibi kişinin şaka amacıyla gerçekte çelişen bir tasavvurda bulunması mümkündür, bu durumda kişinin iradesi gerçekte çelişmediği için hatadan söz edilemez (Karakurt, Ahu, Türk Ceza Kanunu'nda Hata, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2009, Sayı:10, s.109-155, s.110 (jurix.com.tr, Erişim Tarihi: 16.11.2019).

Hatanın tezahür şekilleri bilmemek veya yanlış bilmektir⁵. Bilmemek olumsuz/negatif hata, yanlış bilmek de olumlu/pozitif hata olarak adlandırılmıştır⁶. Bir görüşe göre ise bilmemek hata değildir⁷. Ancak bu görüşü kabul etmek madde metninde sadece hata teriminin kullanıldığı yerler için ileri sürülebilir⁸. TCK m.30/1’de “*fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz*” denilerek bilmeme de hatanın kapsamına dahil edilmiştir⁹. Yine TCK’nun 30. maddesinin gerekçesine göre suçun kanuni tanımındaki *maddi unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgiye sahip olunması* da hata kapsamındadır¹⁰. Bu sebeple, ceza hukukunda hatanın bilmemeyi de kapsayan daha geniş bir kavram olduğu ifade edilebilir¹¹.

Hata kavramı şüphe kavramını kapsamamaktadır¹². Şüphe bilmemeden fazla, bilmeden ise eksik bir haldir¹³. Şüphe halinde fail, bir unsurdan emin olmamaktadır; ancak bu

⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.639; Centel /Zafer /Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.429; Mayer, Max Ernst, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts (AT), 2. Auflage, Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923, s.314 (BI1); Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 4. Auflage, Berlin Heidelberg: Springer, 2015, s.563, Kn.15; Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, 10. Bası, İstanbul: Beta, Ocak 1994, s.314, Kn.1039.

⁶ Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 8. Auflage, München: Verlag Franz Vahlen, 2017, §13, s.441-442, Kn.8-9; Warda, Günter, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Beitrage zur Rechtswissenschaft Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag (Stree/Wessels-FS), Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1993, s.267-284, s. 267-268.

⁷ Kaufmann, Arthur, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Aalen: Scienta Verlag, 1985 (Mainz 1949 yılı basısının tıpkı basımı), s.77. Bir görüşe göre hata bilmemeden farklıdır; çünkü bilmeme bir şeyi tanıma eksikliği olup negatif özellik taşıırken, hata bir kanaat olup pozitif özellik taşımaktadır (Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s.446; Toroslu/Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.252; Güngör, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara: Yetkin, 2007, s.23; Değirmenci, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Yanılma, s.133).

⁸ Schlüchter, Ellen, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Tübingen: J.C.B. MOHR (PAUL SIEBECK), 1983, s.27.

⁹ Alman Ceza Kanunu (StGB) m.16 c.1’de de bilmemeden bahsedildiğine ve hatanın bilmemeyi de kapsadığına ilişkin olarak bkz. Schlüchter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, s.27.

¹⁰ Özgenç, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.464-465.

¹¹ Aynı yönde bkz. Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara: Seçkin, Eylül 2017, s.420; Karakurt, Türk Ceza Kanunu’nda Hata, s.110. Öğretide bilmemenin hatadan daha geniş bir kavram olduğu da savunulmaktadır. Bu görüşe göre, hata bilmemenin sonucudur, ancak bilmeme, hatanın sınırları dışında da söz konusu olabilir (Centel /Zafer /Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.429-430; Soyaslan, Genel Hükümler, s.446; Ersoy, Yüksel, Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.22, S.4, 1967, s.249-259, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/411/4523.pdf>, s.257vd.)

¹² Soyaslan, Genel Hükümler, s.447; Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s.252; Güngör, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, s.24. Şüphenin bilmemeden farklı olduğuna ilişkin olarak bkz. Ersoy, Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı, s.256.

¹³ Ersoy, Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı, s.256.

emin olmama hali failin, fiilini icra etme isteğini gidermemektedir¹⁴. Katılmadığımız bir görüşe göre failin şüphe ile hareket ettiği durumda duruma göre bilinçli taksir veya olası kasttan sorumluluğu söz konusu olabilir¹⁵. Kanaatimizce şüphe durumunda failin ilgili suçtan olası kastla sorumluluğu kabul edilebilirse de bilinçli taksirden sorumluluğu mümkün değildir. Çünkü bilinçli taksirde fail neticenin gerçekleşebileceğini öngörmekle beraber gerçekleşmeyeceğine inanmaktadır. Şüphenin olduğu yerde inançtan söz edilemeyeceği için, şüpheyile hareketin sonucunda bilinçli taksirden sorumluluk mümkün değildir.

Buna karşılık unutma kavramı bilmeme ve hata ile aynı hukuki anlamı haizdir¹⁶. Kast için gerekli bilgi en geç fiil işlendiği sırada mevcut olmalıdır. Fail, fiilini işlemeyen önce suç tipi için gerekli bilgiyi unutursa bilmeden bahsedilemez. Failin fiil işlendiği sırada güncel olmayan (unuttuğu) bilgisi, ilgili suç tipinden kasten sorumluluk için yeterli değildir¹⁷. Örneğin kendisine ait bir kazağı arkadaşına hediye eden kişi, sonrasında kazağı hediye ettiğini unutsa ve kazağı, “kazağın arkadaşına ait olduğunu” bilgisini unutarak arkadaşının rızası hilafına alsa, hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Çünkü kişi, kazağın kendisine ait olmadığı bilgisini unutmuştur ve fiilin icrası sırası bu bilgiyi haiz değildir.

Hatanın konusu her şey olabilmesine karşın ceza hukuku açısından bu hatanın konusu olabilecek alanı “*cezalandırılabilir fiilin unsurlarında hata*” şeklinde sınırlandırabiliriz. Bu alan dışındaki hatalar önemsizdir¹⁸. Ceza hukuku bakımından önemli olan hatanın konusu; suç tipinin, hukuka aykırılığın ve kusurluluğun unsurlarına ilişkin olabilir¹⁹. Her halükarda gerçek ile failin düşüncesinin birbirinden farklı olması durumunda hata söz konusudur. Gerçeklikten kasıt sadece duyularla algılanabilen şeyler değil, ayrıca bir karar, düşünce, norm

¹⁴ Merkel, Adolf, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1912, s.106; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.642.

¹⁵ Ersoy, Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı, s.256; Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt Md.1-44, 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2014, s.894.

¹⁶ Soyaslan, Genel Hükümler, s.447; Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s.252; Güngör, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, s.23; Ersoy, Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı, s.259.

¹⁷ Haft, Fritjof, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 9. Auflage, München: C.H. Beck, 2004, s.153.

¹⁸ Gropp, AT, §13, s.562, Kn.13.

¹⁹ Gropp, AT, §13, s.563, Kn.14.

ya da görev (*Pflicht*), yani mevcut önemli bir şey olabileceği gibi, yarın savaş çıkması tehlikesi gibi ihtimal/potansiyel kapsamında bir şey de olabilir²⁰.

Yanlış veya eksik tasavvurun konusuna göre hata, kastı veya kusuru etkileyebilir ve bu bakımdan farklı hata türleri olarak ele alınmaktadır. Hata, suç tipinin maddi unsurlarının dış dünyadaki yansımalarına ilişkin ise kastı engellemekte, suç tipinin hukuki değerlendirmesine ilişkin ise kusur üzerinde etkilidir. Bu bakımdan hata, kastı engelleyen hata ve kusuru etkileyen hata olarak ikili bir şekilde ele alınabilir²¹. Öğretide kastı engelleyen hatanın kapsamında suç tipinin maddi unsurlarında hata (TCK m.30/1), suçun nitelikli hallerinde hata (TCK m.30/2) ve hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata incelenirken, kusurluluğu etkileyen hata kapsamında ise haksızlık hatası (TCK m.30/4) ve kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hata ele alınmaktadır²².

Hatanın önemliliği konusu²³ hata öğretisinin amacını teşkil etmektedir. Çünkü sadece önemli bir hata hukuken anlamlıdır. Bu sebeple önemlilik, fail için cezalandırılmaya ait bir unsur bilmeme örneğinde olduğu gibi bir avantaj olabileceği gibi, suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halini bilmeme örneğinde olduğu gibi bir dezavantaj da teşkil edebilir²⁴. Fiil

²⁰ Mayer, AT, s.315 (BI1), Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Band 2, Schuld und Vorsatz, Hälfte 1: Zurechnungsfähigkeit, Schuld, Leipzig 1914 yılı basısının (2.bası) tıpkı basımı, Aalen: Scienta Verlag, 1965, s.15.

²¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.640; Koca/Üzülmüş, Genel Hükümler, s.254.

²² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.640; Özgenç, Genel Hükümler, s.463; Koca/Üzülmüş, Genel Hükümler, s.254. Koca/Üzülmüş, hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında hatayı (TCK m.27/1) da kusurluluğu etkileyen hata başlığı altında incelemektedir.

²³ Hatanın önemli olması hususunu Önder şu şekilde izah etmiştir: Önemli hatada failin kastı sorumluluğu etkilenmekle birlikte işlediği fiil hala suç teşkil etmektedir. Bu bakımdan önemli fiili hata, esaslı fiili hatadan ayrılmaktadır. Değerli olduğu zannıyla değersiz eşyanın alınması veya av hayvanı olduğu zannıyla bir insanı öldürmesi durumları önemli hataya örnek olarak gösterilebilir. Her iki örnekte de failin işlediği fiil, hatasına rağmen suç teşkil etmeye devam etmektedir. İlk örnekte failin sorumluluğu hırsızlığın daha az cezayı gerektiren haline göre, ikinci örnekte ise taksirli öldürmeye göre belirlenecektir (Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Nisan 1992, s.312-313).

²⁴ Gropp, AT, §13, s.564, Kn.20. Yazarın avantaj ifadesinden kastı, cezalandırmayı temellendiren bir maddi unsur bilmemesi durumunda failin cezalandırılmamasıdır. Yazarın dezavantajdan kastı ise somut olayda mevcut olan daha az cezayı gerektiren nitelikli hali bilmemesi durumunda, failin bu hafifletici halden faydalanmamasıdır. Türk hukukundan farklı olarak Alman hukukunda failin daha az cezayı gerektiren halden faydalanabilmesi için bu hali bilmesi gerektiği savunulmaktadır (Kühl, AT, §13, s.446-447, Kn.16; Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 7. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2015, §27, s. 218, Kn.5-6; Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre (AT I), 4. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2006, §12, s.505, Kn.139; Heinrich, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil SR (AT), 5. überarbeitete Auflage, Stuttgart: Kohlhammer, 2016, §30, s.475, Kn.1113).

hatası önemli olmalıdır. Çünkü dış dünyada meydana gelen *duyularla algılanabilir* fiili olgularda (*Tatsachen*) hataya düşüldüğünde, failin kastı oluşmaz²⁵.

Suçun kanuni tanımında yer alan, ancak haksızlığın konusuna ilişkin olmayan, yani kastın kapsamında olmayan şahsi cezasızlık sebebi veya cezayı ortadan kaldıran veya azaltan şahsi sebepler gibi hususlarda düşülen hatalar da önemsiz hatadır²⁶. Suçun kanuni tanımında yer alan unsurun ceza hukukundaki niteliği konusunda düşülen hata olarak tanımlanabilen hukuki yorum/değerlendirme hatası (*Subsumtionsirrtum*)²⁷ da bu unsurlara ilişkin hukuki değerlendirmelerin kastın kapsamında olmaması sebebiyle önemsiz bir hatadır²⁸.

Türk hukukunda hatanın önemliliği konusu ayrıca suçun maddi unsurlarına ilişkin hatada esaslılık kapsamında²⁹, ceza sorumluluğunu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında ve işlenen fiilin haksızlığı konusunda düşülen hatada kaçınılmazlık kapsamında ele alınmaktadır.

²⁵ Gropp, AT, §13, s.569, Kn.47.

²⁶ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.261; Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil (AT), 5. Auflage, Berlin: Duncker&Humblot, 1996, §30, s.315-316.

²⁷ *Subsumtionsirrtum* kelimesi Sub-sumption-irrtum olmak üzere üçe ayrılabilir. “Irirtum” kelimesi Almancadır ve Türkçe karşılığı hatadır. “Sub” kelimesi Latince kökenli olup “alt” anlamına gelmektedir. “Sumption” kelimesi Latince “sumere” kelimesinden türemiş olup, (ele) almak anlamına gelmektedir (<https://www.duden.de/rechtschreibung/subsumieren#b2-Bedeutung-1>). Bu bakımdan “Subsumtion” ifadesi bir şeyi başka bir şeyin altında ele almak, değerlendirmek, sınıflandırmak şeklinde Türkçeye çevrilebilir. Öğretide bu hata türüne (*Subsumtionsirrtum*) hukuki yorum hatası, niteleme hatası diyenler (bkz. Erman, Ragıp Barış, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s.39) olduğu gibi, hukuki değerlendirme hatası diyenler de (bkz. Yerdelen, Erdal, Ceza Hukukunda Yorum Hatası (Der Subsumtionsirrtum), Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 25, Ağustos 2014, s.69-101, jurix.com.tr, Erişim Tarihi: 11.11.2018) bulunmaktadır. Kanaatimizce “*Subsumtionsirrtum*” kelimesinin karşılığı olarak “hukuki değerlendirme hatası” ifadesini kullanmak etimolojik açıdan daha doğru olsa da okuyucuya kolaylık olması açısından çalışmamızda “hukuki yorum/değerlendirme hatası” ifadesi kullanılmıştır. *Subsumtionirrtum* kavramının anlamları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, İsmail, Der Subsumtionsirrtum und seine Stellung in der strafrechtlichen Irrtumslehre, Berlin, Logos Verlag, 2019, s.57vd. Çınar, hatayı olguya ilişkin hatalar ve norma ilişkin hatalar olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Yazara göre olguya ilişkin hatalar, fiili olguda hata (*Tatsachenirrtum*), fiili olgunun anlamında hata (*Bedeutungsirrtum*) ve fiili olgunun değerlendirmesinde (*Bewertungsirrtum*) hata şeklinde üçe ayrılmaktadır. Yazar, norma ilişkin hataları ise haksızlık hatası (*Verbotsirrtum*), hareketin cezalandırılabilirliğine ilişkin hata (*Strafbarkeitsirrtum*) ve hukuki yorum/ değerlendirme hatası (*Subsumtionsirrtum*) olmak üzere üçlü bir şekilde ele almaktadır. Yazara göre hukuki yorum/ değerlendirme hatası, hareketin cezalandırılabilirliğine ilişkin hatanın özel bir türünü teşkil etmekte olup, fiili olgunun değerlendirilmesinde hata ile karıştırılmamalıdır. Yazarın da ifade ettiği üzere öğretide hukuki yorum/ değerlendirme hatası ifadesini fiili olgunun değerlendirilmesinde hatayı kapsayacak şekilde kullananlar olduğu gibi, bu iki kavramı birbirinin yerine kullanan yazarlar da vardır (Çınar, Der Subsumtionsirrtum und seine Stellung in der strafrechtlichen Irrtumslehre, s.198-199). Çalışmamızda hukuki yorum/ değerlendirme hatası, fiili olgunun değerlendirilmesine ilişkin hata kavramını kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

²⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.260.

²⁹ Cihan, Erol, Ceza Hukukunda Fiili Hata (Doçentlik Tezi), İstanbul, 1971, s.201. Yargıtay’ın hatanın esaslılığını hatanın önemliliği ile bir tuttuğuna ilişkin olarak: “*Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı*

Esasen TCK m.30/1’de “suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz” denilmiş olup m.30/3 ve m.30/4’teki gibi “kaçınılmazlık” bir ek şart olarak aranmamıştır³⁰. Bu bakımdan kanunda kastı engelleyen hatanın önemliliği bakımından esaslilik şartı aranmamaktadır³¹. Öğretide ise m.30/1 kapsamındaki hatanın esaslı olması gerektiği belirtilmiş; “fail yanılmamış olsaydı, fiil suç teşkil etmeyecekti” denilen halde hatanın esaslı olacağı belirtilmiştir³².

Kanun koyucu TCK m.30/1’deki hata türü için kaçınılmazlık gibi bir ölçüt koymadığı için kural olarak failin tamamen kendi akılsızlık veya şaşkınlığından kaynaklanan hatasından faydalanabilmesi mümkündür. Ancak failin gerçekten hataya düşüp düşmediği hususunun tespiti, önemli bir ispat sorunu teşkil edecektir. Her “hata ettim, ilgili hususları bilmiyordum” diyen failin işlediği fiilin sorumluluğundan kaçmasını engellemek adına Yargıtay, hatanın hayatın olağan akışı içerisinde uygun olup olmadığı³³ veya dış olgulara göre böyle bir hataya

halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 sayılı TCK’nun 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurenin yaşına ilişkin bu hatasından yaralanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK’nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir.” YCGK, T. 14.1.2014, E. 2013/14-743, K. 2014/8 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 9.9.2018).

³⁰ Bir önceki dipnotta yer alan davayı (YCGK, T. 14.1.2014, E. 2013/14-743, K. 2014/8) Yargıtay Ceza Genel Kurulu’ndan önce ele alan Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin 4.4.2013 gün ve 2011/10923-3992 sayılı bozma kararında ise yanlış bir değerlendirmede bulunularak, TCK m.30/1’deki hatadan faydalanmanın, hatanın kaçınılabilir olmasına bağlı olması gerektiği ifade edilmiştir. “...Nüfus kaydına göre suç tarihinde 15 yaşından küçük olan mağdurenin sanıkla rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği, daha sonra sanık ile mağdurenin resmî olarak evlendikleri ve bir çocuklarının olduğunun anlaşılmış bulunması karşısında, sanığın Sulh Ceza Hakimi huzurunda, mağdurenin yaşının küçük olduğunu bilmediğini ve daha büyük göründüğünü savunduğu dikkate alınarak, genetik faktörler ve beslenme düzeni gibi etkenlerle kişinin gerçek yaşından daha büyük yaşta görünebileceği gerçeği karşısında **TCK’nın 30. maddesi hükümlerine göre hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin suç tarihi itibarıyla 15 yaşından büyük gösterip göstermediği, sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı** gerekirse bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle araştırılarak, mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemini de tespit edip, tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması...”

³¹ Zafer, Genel Hükümler, s.308.

³² Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.316, Kn.1042; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.426; Soyaslan, s.450; Zafer, Genel Hükümler, s.308.

³³ “Sanık ile suç tarihi itibarıyla ondört yaşında olan mağdurenin birbuçuk yıl kadar önce tanışıp duygusal arkadaşlık yaşadıkları, ardından cinsel ilişkiye girdikleri sabit olan olayda; mağdureden dokuz yaş büyük olan ve cinsel birleşme esnasında hamile kalmaması konusunda dikkat ettiklerini, buna rağmen hamile kaldığını savunan sanığın, mağdurenin onbeş yaşından küçük olduğunu bilmemesinin hayatın olağan akışına uygun bulunmadığı nazara alındığında, TCK’nun 30. maddesinde düzenlenen hata halinin uygulanma şartları mevcut olmayıp sanığın çocuğun cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme

düşmenin mümkün olup olmadığı³⁴ şeklindeki ölçütlerle bu ispat sorununu çözmeye çalışmaktadır.

Hata denilince değinilmesi gereken önemli bir kavram da hedefte sapmadır (*aberratio ictus*³⁵). Türk hukukunda bunun tarihsel sebepleri bulunmaktadır. Şöyle ki 765 sayılı TCK'da hedefte sapma konusu m.52'de şahısta hata ile beraber düzenlenmiştir. Ancak 5237 sayılı TCK'da hata bahsi, TCK m.30'da bağımsız olarak düzenlenmiş ve hedefte sapma konusu açıkça düzenlenmeyerek fikri içtimayı düzenleyen 44. maddenin gerekçesinde kendisine yer bulmuştur. Hedefte sapmada, hatadan farklı olarak fail, bilmemeye veya yanlış ya da eksik bilmeye dayalı hatalı irade etkisinde hareket etmemekte³⁶; failin fiili, aracın yetersizliği veya kötü kullanılması veya başka dış nedenlerden ötürü hedeflenenden başka bir konu üzerinde etkisini göstermektedir³⁷. Alman hukukunda ise hedefte sapma, güncel Türk hukukundan farklı olarak hatanın özel bir görünüm şekli veya özel bir konu olarak hata bahsinde ele alınmaktadır³⁸.

hükümünde bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” YCGK, T. 2.6.2015, E. 2014/14-47, K. 2015/178; aynı ölçütün arandığı diğer kararlar: YCGK, T. 15.9.2015, E. 2013/14-749, K. 2015/277; YCGK, T. 17.6.2014, E. 2014/14-88, K. 2014/334; YCGK, T. 17.6.2014, E. 2014/14-88, K. 2014/334 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 9.9.2018).

³⁴ “Suç tarihinde 15 yaşında olan ancak bu yaşı tamamlamayan mağdurenin, önce sanık A.'le rızası ile kaçıp ilişkiye girdiği, bunun üzerine ailelerin araya girdiği ve bilahere resmi olarak evlenip bir çocuklarının olduğu ve halen evliliğin de devam ettiği olayda; sanığın yargılamadaki savunmasında, gerçekte suç tarihinde mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmediğini beyan etmesi, Adli Tıp uygulamalarına göre de bazen kemik yaşının hormon veya beslenme gibi faktörlerin etkisiyle gerçek yaşa göre farklılık gösterebileceğinin de bilinmesi karşısında, T.C.K.nın 30. maddesi hükümleri yönünden hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mahkemece gözlem yapılarak, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılarak mağdurenin görünüm itibarıyla 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılmayacağı, **sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak** sanık ve mağdurenin içinde bulundukları sosyal ve kültürel durumları da dikkate alınıp, dosyadaki tüm verilerle birlikte yapılacak değerlendirme sonucuna göre sanık A. ve ona bağlı olarak suçlanan ve yaş konusunda bilgileri de sorulmayan diğer sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırı...görölmüş olduğundan, hükümlerin 5320 Sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek C.M.U.K.nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, temyiz harcının istenmesi halinde iadesine, 07.06.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Y14.CD, T. 7.6.2013, E. 2011/11939, K. 2013/7304 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 11.9.2018).

³⁵ *Aberratio ictus* ifadesi Latince olup Türkçe kelime karşılığı hareketin/darbenin sapması olarak çevrilebilir. Almanca karşılığı olarak ise *Fehlgehen der Tat* ifadesi kullanılmaktadır (Heinrich, AT, §30, s.471, Kn.1105; Kühl, AT, §13, s.452, Kn.29; Jescheck/Weigend, AT, §29, s.313).

³⁶ Zafer, Genel Hükümler, s.308.

³⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.258; Zafer, Genel Hükümler, s.308-309.

³⁸ Heinrich, AT, §30, s.471vd., Kn.1105vd; Kühl, §13, s.452vd., Kn.29vd; Jescheck/Weigend, AT, §29, s.313vd; Kindhauser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 7. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2015, §27, s.229vd, Kn.53vd.

II. HATANIN SINIFLANDIRILMASI

Hata, suçun yapısına göre, suçun yapısından bağımsız olarak hatanın niteliğine göre veya hatanın konusunun lehte veya aleyhte olup olmamasına göre sınıflandırılabilir. **Birinci durumu** izah etmek gerekirse; suç yapısıyla doğrudan ilgili olan hata konusu; suç tipinde, hukuka aykırılıkta ve kusurda/kusura ilişkin hata olarak incelenebilir. Suç inceleme sistematğine göre kusurdan sonra incelenen koşullarda –cezalandırma şartları gibi- düşülen hatalar da ayrı bir grup olarak incelenebilir³⁹.

İkinci durumda ise hatanın suç inceleme metodundaki yerinden bağımsız olarak niteliksel olarak incelenmesi söz konusudur. Bunlar gerçeğe ilişkin maddi şartlarda hata (*Irrtum über tatsächliche Umstände*) ve hukuki değerlendirme hatasıdır (*Irrtum über rechtliche Bewertung*). Maddi şartlarda hatada fail gerçek hayatta mevcut olan belirli şeyleri bilmemekte veya yanlış bilmektedir. Bu tür hatanın sonucu failin lehine olmak zorundadır. Çünkü fail hukuk tarafında olup, hukuka sadık (uygun) davrandığını düşünmekte, sadece maddi olayı yanlış algılamaktadır⁴⁰. Hukuki yorum/ değerlendirme hatasında fail olguların hukuki değerlendirmesinde hataya düşer ve davranışının hukuk düzenince caiz görüldüğünü zanneder. Bu hatanın faile yüklenmesi gerektiği düşüncesi, failin, işlediği fiilin hukuk düzeninden uzaklaştığını bilmesi ile gerekçelendirilmektedir. Yani fail, fiilinin normal şartlar altında hukuka aykırı kabul edileceğini bilmekte; ancak somut olayda fiilinin hukuka uygun olacağı şeklinde hukuk düzeniyle uyuşmayan bir değerlendirmede bulunmaktadır⁴¹.

Kanaatimizce hukuki hataya düşen failin hukuka sadık olmadığı yorumu yerinde değildir. Çünkü –dolaylı haksızlık hatasında- yanlış değerlendirme yapan fail, yaptığı haksızlığın farkında olmasına rağmen davranışının bir vesile ile (hukuka uygunluk sebebi gibi) hukuk düzeni içerisinde olduğunu düşünmektedir. Yani fail, hukuk düzeninin davranışına cevaz verdiğini ve hukuka sadık kaldığını zannetmektedir.

³⁹ Heinrich, AT, §29, s.450-451, Kn.1063-1064.

⁴⁰ Heinrich, AT, §29, s.451, Kn.1065-1066.

⁴¹ Heinrich, AT, §29, s.452, Kn.1067.

Üçüncü durumda ise fail, lehine veya aleyhine durumlarda hataya düşmektedir. Fail somut olayda mevcut olmayan lehine veya aleyhine bir durum olduğunu var zannedebilir. Failin aleyhine bir fiili olgunun mevcut olduğunu düşünmesi veya aleyhine olacak şekilde bir hukuki değerlendirmede bulunması hususları, elverişsiz teşebbüs ve mefruz suç bahisleriyle bakımından önemli olup⁴² çalışmanın ilerleyen kısımlarında bu bahislerle beraber ele alınacaktır.

A. ALMAN HUKUKUNDA HATANIN SINIFLANDIRILMASI VE HATAYA BAĞLANAN SONUÇLAR

1. Alman İmparatorluk Ceza Kanunu (*RStGB*) Dönemi

Hata ayrımlarının tarihi gelişiminin takibini daha rahat yapabilmek adına şu bilgileri göz önünde bulundurmak uygun olacaktır. Alman Ceza Kanunu (Alm.CK.-**StGB**) çok köklü bir kanun olup 15 Ekim 1871 tarihli'dir. Bizdeki Yargıtay benzeri işlevi olan ve hem hukuk hem de ceza daireleri bulunan Alman İmparatorluk Mahkemesi (*Reichsgericht-kısaca **RG***) de 1879 yılında kurulmuştur ve 1945 yılına kadar da hizmet vermiştir. İkinci Dünya Savaşından sonra Almanya'nın toparlanma sürecinde 1 Ekim 1950'de Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin yerine Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof- kısaca **BGH***) kurulmuştur.

Alman İmparatorluk Ceza Kanunu (Alm.İmp.CK.-15.5.1871) İkinci Dünya Savaşından sonra gerçekleştirilen büyük reformlarla değişikliğe uğramıştır. 1954 yılında Alman Ceza Kanunu'nda reform yapmak adına çeşitli alanlarda çalışan hukukçulardan bir komisyon kurulmuş ve 1960 ve 70'li yıllarda reform kanunları çıkarılmış ve reformlar en geç 1 Ocak 1975'de yürürlüğe girmiştir. İmparatorluk Ceza Kanunu'nun hata bahsini düzenleyen 59. maddesinin 16. maddeye çevrilmesi ise 10.7.1969 tarihli Ceza Kanunu Reformuna ilişkin İkinci Kanun (*Zweites Gesetz zur Reform des Srafrechts-2.StrRG*) ile gerçekleşmiştir⁴³.

⁴² Heinrich, AT, §29, s.455, Kn.1070.

⁴³ İlgili Kanun için bkz. Bundesgesetzblatt, Teil I, Z1997A, 1969, Nr.56, s.717 vd., https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl169s0717.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl169s0717.pdf%27%5D_1516015761442 (Erişim Tarihi: 11.1.2018).

a. Alman İmparatorluk Mahkemesinin hata ayrımı ve buna bağladığı sonuçlar

Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin içtihadı Alm.CK. m.16 ile bazı benzerlikler taşıyan Alm.İmp.CK. m.59'a dayanmaktaydı⁴⁴. Esasında Alm.İmp.CK. m.59, Alm.CK. m.16'nın birinci paragrafıyla neredeyse aynıdır.

Alm.İmp.CK. m.59: *"1. Cezalandırılan bir fiili gerçekleştiren fail, suçun kanuni tanımına (suç tipine/tipikliğe) ait veya cezalandırılabilirliği arttıran bir fiili olgunun varlığında hataya düşerse, kişi bu fiili olgudan sorumlu tutulamaz. 2. Kişi hataya kendi taksiriyle düşmediği sürece taksirle işlenen fiilden de sorumlu tutulamaz."*

İmparatorluk mahkemesi fiili hata-hukuki hata (*error facti-iuris*) ayırımına gitmiştir⁴⁵. Mahkemeye göre fiili olguda hata (*Tatsachenirrtum*) her zaman kastı engeller⁴⁶. Mahkeme, hukuki hatayı ise ceza hukukuna ilişkin hata ve ceza hukukuna ait olmayan hata olmak üzere ikili bir ayırım ile ele almıştır. Ceza hukukuna ilişkin hatada, suç tipinde mevcut olan kavramda hataya düşülürken; ceza hukuku dışına ilişkin hatada ise suç tipini dolduran/yerine getiren fiili olguda hataya düşülmektedir⁴⁷. Ceza hukukuna ilişkin hata önemsiz bir değerlendirme hatası (*Subsumtionsirrtum*) olup, failin kastına etkisi bulunmazken; ceza hukuku dışına ilişkin hata, fiili hata gibi kastın oluşmasını engellemektedir⁴⁸. Bu ayırımın temelinde ise ceza kanunlarının bilinmemesinin mazeret sayılmasının önüne geçip, bu durumda faili, kasti fiilden cezalandırma amacı yatmaktadır⁴⁹.

⁴⁴ Gropp, AT, §13, s.569, Kn.44.

⁴⁵ Gropp, AT, §13, s.569; Kn.47. Aslında bu hatanın temeli Aristo'ya kadar dayanmaktadır. Aristo, Nikomahkos'a Etik kitabında pozitif hukuk metinlerinde hataya düşen failin bundan faydalanamayacağını belirtmiştir (Schroth, Ulrich, Vorsatz und Irrtum, München: Verlag C.H. Beck, 1998, s.15, dn.53).

⁴⁶ Nierwetberg, Rüdiger, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum- Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, Jura (Juristische Ausbildung), 7. Jahrgang, 1985, Walter de Gruyter, Berlin New York, s.238-243, s.238.

⁴⁷ Puppe, Ingeborg, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA (Goldammer's Archiv für Strafrecht), Heidelberg: R.v. DECKER'S Verlag, G. Schenck, 1990, s.145-182, s.159.

⁴⁸ Puppe, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA, 1990, s.154; Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.16

⁴⁹ Nierwetberg, Rüdiger, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum- Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, Jura 1985, s.238.

Örneğin, arkadaşının bir suç işlediğini zannederek onun hakkında yalan ifade veren kişi ceza hukukuna ilişkin hataya düşmüştür. Ancak bu ceza hukukuna ilişkin hata suçluyu kayırma (*Strafvereitelung*-Alm.CK. m.258-TCK m.283) suçunun kastını oluşturur; bir mefruz suçu oluşturmaz. Çünkü fail ihlal ettiği ceza kanununun içeriğinde değil, başka bir kimsenin (olayda arkadaşının) kovuşturulabilirliğinde hataya düşmüştür. “Başkasının cezalandırılabilirliği” hususu Alm.CK. m.258’de “ana unsur” olarak düzenlenmiştir⁵⁰.

İmparatorluk Mahkemesi Alm.İmp.CK. m.59’daki “fiili olgular” (*Tatumstände*) kavramını geniş yorumlamış; sadece suçun kanuni unsurlarını değil, ceza hukuku alanı dışındaki hukuk alanlarına ilişkin olmak kaydıyla, suç tipinin bir parçası haline gelen hukuki ilişkilere ilişkin unsurları da bu kapsamda ele almıştır. Buradaki hataların da kastı engellediğini kabul etmiştir⁵¹.

İmparatorluk Mahkemesi, kusur teorisini benimseyip (*Schuldtheorie*) haksızlık bilincinin olmamasının, kastın oluşumunu engellemediği görüşündeydi. Haksızlık bilinci hukuka aykırılığın bilincinde olmaktır. Haksızlık bilinci, kast sorumluluğunu oluşturan bir unsur değildir⁵². Ancak mahkeme bunun istisnasını da kabul etmiştir. Örneğin “hukuka aykırı olarak” veya “yetkisiz olarak” gibi haksızlık bilincine işaret eden unsurların suç kalıbında yer aldığı ve suç tipinin bir unsuru olarak görülmesi gerektiği durumda haksızlık bilinci de suç tipinin bir unsuru haline gelmiştir⁵³. Böylece hukuka aykırılıkta yapılan hata, kastın oluşumunu engelleyebilmektedir.

İmparatorluk Mahkemesi, hataya düşülen hukuki meselenin ceza hukuku alanına mı yoksa ceza hukuku dışı alana mı ait olduğunu değerlendirirken hassas davranıyor ve mümkün olduğunca, düşülen hataları ceza hukuku dışı alana ait kabul edip, hatayı düşenin kasten sorumluluğunu reddediyordu. Mahkeme, özgü suçlarda kamu görevlisi olma özelliğine ilişkin hatayı kamu hukukuna ilişkin saymakta ve kastın engellendiğini savunmaktaydı. Benzer olarak

⁵⁰ Puppe, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA, 1990, s.159.

⁵¹ Vogel, Joachim, Leipziger Kommentar Band 1 Einleitung §§1-31 (Vogel, LK-StGB), 12. Auflage, Berlin: Walter de Gruyter, 2006, §16, s.1120, Kn.6.

⁵² Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.15.

⁵³ Kohlrausch, Eduard, Schuld und Irrtum im Strafrechts, Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung G.m.b.H, 1903, s.78.

hırsızlıkta malın başkasına ait olması medeni hukukun alanına girdiği için burada düşülen hata ceza hukuku dışına ilişkin olup kastı engellemektedir⁵⁴. Yine Mahkeme, eksik normu dolduran normun idari nitelikte olduğunu düşünüyor; bu sebeple burada düşülen hatayı da ceza hukuku dışına ilişkin hata olarak kabul ediyordu⁵⁵. Ancak Mahkeme, özel belgenin kanıt olma özelliği hakkındaki hatayı önemsiz bir ceza hukuku hatası olarak kabul etmekteydi⁵⁶.

İmparatorluk Mahkemesi, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatayı fiili hata olarak kabul etmekteydi. Mahkeme, hukuk düzenince kabul edilen ancak ceza hukukunun kendisi tarafından düzenlenmeyen bir hukuka uygunluk sebebinin uygulanmasına ilişkin bir hatayı, ceza hukuku dışına ilişkin önemli/esaslı hata olarak ele almaktaydı. Hukuk düzenince tanınan ve ceza hukuku tarafından düzenlenen bir hukuka uygunluk sebebinin uygulanmasında düşülen hata önemsiz, ceza hukukuna ilişkin hatadır. Yine hukuk düzenince tanınmayan bir hukuk uygunluk sebebinde hata, ceza hukukuna ilişkin önemsiz hata kabul edilmekteydi⁵⁷.

Ceza kanununda kullanılan ve tanımı başka bir kanunda yer alan bir terim söz konusu olduğunda, fail ilgili kanundaki tanımı “esas” alabilir. Bu durumda bu tanımın içeriğinde hataya düşüldüğünde iyi niyetle ceza hukuku dışına ilişkin bir hata olarak kabul edilebilir. Ancak bu, hatanın önemsiz kavram hatası (*Begriffsirrtum/Subsumtionsirrtum*) olduğu ve fiili hata olmadığı gerçeğini değiştirmemektedir⁵⁸.

Örneğin gaz veya ısı buharını çalan, kullanan kişi, gaz ve ısı buharının “mal” olmadığı kanaatiyle hırsızlık işlemediğini düşünse; “mal” kavramının Alman Medeni Kanunu m.90’da tanımlandığı ve bu tanımı bilmediği gerekçesiyle, hırsızlık suçunu düzenleyen Alm.CK. m.242 kapsamında sorumlu tutulmayacağını iddia edemez⁵⁹.

⁵⁴ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.16.

⁵⁵ Vogel, LK-StGB, §16, s.1120, Kn.6.

⁵⁶ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.17.

⁵⁷ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.17.

⁵⁸ Puppe, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA, 1990, s.160.

⁵⁹ Puppe, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA, 1990, s.160.

b. Alman İmparatorluk Mahkemesi'ne yöneltlen eleştiriler ve yorumlar

Schroth'a göre İmparatorluk Mahkemesinin hata içtihadında iki sorun bulunmaktadır. Bu sorunlardan birincisi, ceza hukukuna ilişkin her hatayı kastla ilgisiz görme zorunluluğunun bulunmasıdır. İkincisi ise, Mahkemenin ceza hukukuna veya ceza hukuku dışına ilişkin hata ayrımı yapması ve bu ayrımın her zaman düzgün bir şekilde yapılmamasıdır⁶⁰. Bazen kasıtlı suçtan cezalandırma, fail sadece fiilin anlamını bilirse mantıklı olmaktadır. Ceza hukukundaki haksızlığın sosyal hayatta da haksızlık olarak kabul edildiği durumlarda bu haksızlığa ilişkin ceza hukuku hatası esassız olmaktadır. Ancak ceza hukukunda düzenlenen haksızlığın sosyal hayatta bir karşılığı yoksa her ceza hukuka ilişkin hata kastla ilgisiz diyemeyiz; bu hata, kastı da ilgilendirebilir. Bu durumda fail, fiilinin ceza hukukuna ilişkin anlamını biliyorsa haksızlık mevcuttur⁶¹.

Diğer bir eleştiri ise hukuki hatanın ceza hukukuna ilişkin ve ceza hukuku dışına ilişkin hata şeklindeki ayrımın mantıklı bir şekilde uygulanabilir olmaması ve mahkemenin, içtihatlarını tutarlılıktan uzak bir şekilde keyfi ve “adalet duygusuna” göre oluşturmasıdır⁶².

Öğretide, İmparatorluk Mahkemesi'nin içtihadını tümüyle reddetmek yerine gerekli değişikliklerin yapılmasının gerektiği de savunulmuştur⁶³. Bir görüşe göre, modern hata öğretisine göre çözümlenirse, ceza hukukuna ilişkin hukuk hataları da Alm.CK. m.16/1c.1 bağlamında kastı engelleyici etki doğurabilir. Bunun önüne geçmek adına İmparatorluk Mahkemesinin ayrımı yerinde olacaktır⁶⁴.

Örneğin, polis, hukuki hata sonucu belirli bir davranışın cezalandırılabilirliğini yanlış değerlendirir ve araştırması kapsamında kaydetmesi gereken bilgileri kaydetmez. Polis, söz konusu failin davranışının cezalandırılabilirliğini yanlış şekilde değerlendirerek ceza hukukuna ilişkin bir hataya düşmesine rağmen, kamu görevlisinin cezayı engellemesi (Alm.CK. m.258a)

⁶⁰ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.17.

⁶¹ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.17.

⁶² v.Hippel, Robert, Lehrbuch des Strafrechts, Berlin: Verlag von Julius Springer,1932, § 41 III 2, s.140.

⁶³ Nierwethberg, Rüdiger, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum- Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, Jura, 1985, s.239.

⁶⁴ Nierwethberg, Rüdiger, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum- Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, Jura, 1985, s.239.

suçundan cezalandırılmaz. Çünkü fail, devletin ceza iddiasının ortaya çıkmasından haberdar değildir. Burada Alm.CK. m.258a bakımından bir suç tipi hatası mevcuttur. Halbuki, İmparatorluk Mahkemesi, burada kendi hata ayırım esasına göre önemsiz bir hukuki hata olduğunu kabul ederdi⁶⁵.

c. Alman İmparatorluk Ceza Kanunu (RStGB) zamanında doktrinin hata öğretisi

v. *Liszt*'e göre fiili ve hukuki hata ayrımı mantıksızdır, kanuni bir dayanaktan yoksundur ve mahkemelerce de uygulanmamaktadır. Yine hukuki hatayı ceza hukukuna ilişkin olan ve olmayan diye ikiye ayırmak ve ceza hukuka ilişkin olmayan hukuki hatayı fiili hata ile bir tutmak yanlıştır⁶⁶. Bu ayrımın başarısız olmasının sebeplerinden biri de saf ceza hukuku teriminin bulunmaması, ceza hukukunun diğer hukuk dallarından birçok terimi bünyesinde barındırmasıdır⁶⁷.

v.*Liszt*'e göre ceza hukukuna ilişkin hata, yorum/ değerlendirme hatası (*Subsumtionsirrtum*) şeklinde bile olsa kastın oluşumunu engellemelidir⁶⁸. v.*Liszt*'in, kastın, failin davranışı hakkındaki bir değerlendirmesini içermediğini savunmasına rağmen⁶⁹, failin fiilinin anlamını bilmesinin, yani değerlendirmesinin (*Subsumtion*) kastın kapsamında olduğunu ifade etmesi⁷⁰ bir tutarsızlık olarak eleştirilmektedir⁷¹.

Richard Frank (1931), v.*Liszt*'in kastın failin değerlendirmesini kapsamaması gerektiği görüşüne karşı çıkmaktadır. *Frank*'a göre v.*Liszt* haklı olsaydı sadece hukukçular suç işleyebilirdi⁷². *Frank*'a göre fiili olguların bilinmesi kendiliğinden kast için yeterlidir. Karmaşık kavramlarda kastın oluşması için failin korunan hukuki değeri ihlal etme bilincinin

⁶⁵ Nierwetberg, Rüdiger, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum- Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, Jura 1985, s.239.

⁶⁶ v.*Liszt*, Franz, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts (Lehrbuch), 19. Auflage, Berlin: Guttentag, Verlagsbuchhandlung G.m.b.H, 1912, §40, s.181.

⁶⁷ v. *Liszt*, Lehrbuch, §40, s.181.

⁶⁸ Vogel, LK-StGB, §16, s.1120, Kn.7.

⁶⁹ v. *Liszt*, Lehrbuch, §40, s.184, Yazar hukuka aykırılık bilincini kastın bir unsuru olarak kabul etmemektedir.

⁷⁰ v. *Liszt*, Lehrbuch, §39, s.179, §40, s.180.

⁷¹ Kühlen, Lothar, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, Frankfurt am Main, Bern, New York: Verlag Peter Lang, 1987, s.131.

⁷² Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931, § 59 II, s.182.

bulunması gerekmez⁷³. **Rümelin** ise değeri olan/olduğu kabul edilen her menfaate zarar verme bilincinin kast sorumluluğu için gerekli olduğunu savunmuştur⁷⁴.

Belting, hata bahsinde suç tipi ve hukuka aykırılık ayırımına gitmiş ancak bu ayırımı dayalı bir hata sistemini kabul etmemiştir⁷⁵. **Belting**'e göre Alm.İmp.CK. m.59'daki hata, suç tipine ilişkin hatalara uygulanabilirken⁷⁶, davranışın hukuka aykırılığına ilişkin hatalara uygulanamamaktadır⁷⁷. Ayrıca failin davranışına ilişkin değerlendirmesi (*Subsumtion*), Alm.İmp.CK. m.59 kapsamında değildir⁷⁸. Suç tipi hataları kastı kaldırırken, hukuka aykırılık bilinci kastın parçasını oluşturduğu⁷⁹ için hukuka aykırılığa ilişkin hata da kastı engellemektedir⁸⁰.

M.E.Mayer de **Belting**'in suç tipinin hukuka aykırılıktan ayrılmasını benimsemiş⁸¹ ve Alm.İmp.CK. m.59'un sadece suç tipine ilişkin hatalarda uygulanacağını, hukuka aykırılık bilincini kapsamadığını kabul etmiştir⁸². Ayrıca saf yorum/ değerlendirme (*Subsumtionsirrtum*) hatasını kast bakımından önemsiz kabul etmiştir⁸³. Failin, fiilinin göreve aykırılığını (*Pflichtwidrigkeit*) bilmediği durumlarda yani haksızlık bilincinin olmadığı durumlarda, ayrıca hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata durumunda, eğer fiili olguları bilmesine rağmen haksızlık bilincinde olması imkansız ise failin, fiilinden sorumlu olmadığını belirtmiştir (düşman zannıyla arkadaşını vuran asker örneği)⁸⁴. Eğer hata kaçınılmazsa kusurun (yani kasta veya taksire dayalı sorumluluğun) kalktığını; eğer kaçınılmaz değilse kasta dayalı sorumluluğun devam ettiğini savunmuştur⁸⁵.

⁷³ Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, § 59 II, s.184.

⁷⁴ von Rümelin, M, Über den Rechtswidrigkeitsirrtum, ZStW (Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft) 41, 1920, (s.495-527), s.514-515; Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.18.

⁷⁵ Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, s.131.

⁷⁶ Belting, Ernst, Die Lehre vom Verbrechen, Aalen: Scienta Verlag, 1964 (Tübingen 1906 yılı basısının tıpkı basımı), s.186.

⁷⁷ Belting, Die Lehre vom Verbrechen, s.187.

⁷⁸ Belting, Die Lehre vom Verbrechen, s.189.

⁷⁹ Belting, Die Lehre vom Verbrechen, s.185, s.191.

⁸⁰ Belting, Die Lehre vom Verbrechen s.191, s.327.

⁸¹ M.E.Mayer, AT, s.8 (AI2).

⁸² M.E.Mayer, AT, s.262 (CIII1).

⁸³ M.E.Mayer, AT, s.264 (CIII2).

⁸⁴ M.E.Mayer, AT, s.319 (BI2), s.323 (BI2).

⁸⁵ M.E.Mayer, AT, s.319 (BI2), s.323 (BI2).

Merkel, failin, fiiline ilişkin hukuki değerlendirmelerinin (*Subsumtion*) kastın kapsamında olmadığını kabul etmiştir⁸⁶. Hukuka aykırılık unsurlarına, hukuka uygunluk sebeplerine (suçun olumsuz unsurlarına) veya amirin emri veya iznine ilişkin hatanın, bu unsurların suçun kanuni tanımı içinde yer aldığı sürece kastı engellediğini savunmuştur⁸⁷.

Binding, fiili-hukuki hata ayrımını yapay olduğu gerekçesiyle reddetmiştir; hatanın kaynağına dayalı bir ayrımın yanlış olduğunu belirtip, aslında temel bir hata formunun olduğunu kabul etmiş ve hukuki hata kavramının kullanılmasına karşı çıkmıştır⁸⁸. Ayrıca kastın kapsamına failin davranışının hukuki yorumunun/değerlendirmesinin (*Subsumtion*) de girdiğini savunmuştur⁸⁹. **Binding** ayrıca hukuka aykırılık unsurunun suçun bir unsuru olduğunu⁹⁰ ve hukuka aykırılığa ilişkin hatanın da kastı kaldırması gerektiğini savunmuştur⁹¹.

Dohna, hukuki hata veya haksızlık hatasının, fiili hata veya suç tipi hatasından farklı olarak, kaçınılabilir olduğu durumda ceza indirimine, kaçınılmaz olduğu durumda da cezasızlığa sebep olmasını savunmuştur⁹². **Dohna**, İmparatorluk Mahkemesi'nin fiili-hukuki hata ayrımını da zor ve mantıksız bulmuştur⁹³. **Dohna**, hata öğretisi ile suç yapısı-öğretisinin (*Verbrechenslehre*) bir uyum içerisinde olmasını önermiş; buna bağlı olarak da hatayı suç tipinde ve hukuka aykırılıkta hata olmak üzere ikili bir şekilde incelemiştir⁹⁴. Ancak **Dohna**, diğer yazarlardan farklı olarak hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatayı hukuka aykırılığa ilişkin diğer hatalardan farklı bir şekilde ele almamıştır⁹⁵. **Dohna**'nın suç tipine ilişkin tüm hataları bir tutup tutmadığı veya saf değerlendirme hatasının kasta etkisine ilişkin görüşü açıkça tespit edilememektedir⁹⁶. Karmaşık kavramlarda hatanın değerlendirmesinde

⁸⁶ Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, s.107.

⁸⁷ Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, s.106.

⁸⁸ Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Band III, Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1918, s.130.

⁸⁹ Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, § 59 II, s.182.

⁹⁰ Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band III, s.309, s.311.

⁹¹ Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band III, s.311; Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band 2, Schuld und Vorsatz, Hälfte 1: Zurechnungsfähigkeit, Schuld, s.145.

⁹² Dohna, Alexander Graf zu, Recht und Irrtum Zwei Kernprobleme der Verbrechenslehre (Recht und Irrtum), Mannheim/Berlin/Leipzig: J.Bensheimer, 1925, s.19.

⁹³ Dohna, Recht und Irrtum, s.24.

⁹⁴ Dohna, Recht und Irrtum, s.22.

⁹⁵ Dohna, Alexander, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Vierte durchgesehene Auflage, Bonn:Ludwig Rührscheid Verlag, 1950, s.51.

⁹⁶ Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, s.135.

hukukçu olmayan makul üçüncü şahsın, bir hukuki kavramdan anlayabileceği kadarını anlamasının (*Parallelwertung in der Laiensphäre*⁹⁷) yeterli olduğunu; ayrıca hukuki kavramların fail tarafından tam olarak bilinmesinin beklenebilir olmadığını, yoksa sadece hukukçuların kasten sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir⁹⁸.

Welzel, Alm.İmp.CK. m.59'un kıyasen hukuka uygunluk şartlarında hataya uygulanması gerektiğini savunmuştur. Bu durumda failin haksızlık bilinci kalkmakta ve haksızlık bilinci de kast yerine hukuka aykırılığa dahil olduğu için, hata kaçınılmaz ise failin kusuru kalkmaktadır⁹⁹. **Welzel**, İmparatorluk Mahkemesi'nin fiili-hukuki hata ayrımını başarısız bulmuş ve fiili-hukuki hata ile suç tipi-haksızlık hatasının birbirinden farklı olduğunu belirtmiştir. **Welzel**, suç tipi hatasını tipik haksızlığa ilişkin fiili (deskriptif) veya hukuki (normatif) özellik taşıyan unsurlar/olgularda (*Tatumstand*) hata olarak tanımlarken¹⁰⁰; haksızlık hatasını ise fiilin yasaklılığına (hukuka aykırılığın) ilişkin hata olarak tanımlamıştır. Ayrıca hukuka uygunluk sebebinin varlığında, yorumunda ve maddi şartlarında düşülen hatanın da fiilin yasaklılığına ilişkin hata kapsamında ele alınması gerektiğini belirtmiştir¹⁰¹.

Haksızlık bilincinin nerede konumlandığı hata konusuyla yakından ilgilidir. Bir grup, hukuka aykırılık bilincini kastın kapsamında kabul ederken (*Binding ve takipçileri*, yükümlülüğe aykırılık bilinci: *Finger, Dohna*), bir grup ise böyle bir bilincin ihtimalinin kast için yeterli olduğunu savunmuştur (*Merkel, Mayer, Frank*), üçüncü grup ise bunun hukuki hata olduğunu ve önemsiz olduğunu belirtmiştir (v. *Liszt*)¹⁰².

Kast teorisinin savunucuları, hukuka veya göreve aykırılık bilincinin (*das Bewusstsein der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit*) kast kapsamında ele alınması gerektiğini ve haksızlık bilincinin oluşmasına engel olan hukuki hataların, ceza hukuku alanına aidiyetine

⁹⁷ Bu kavram Türkçe'ye "hukuk uzmanı olmayan kişinin kanun koyucuya koşut/paralel değerlendirmesi" şeklinde çevrilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. "Normatif unsurlarda kastın kapsamı" başlığı (İkinci Bölüm, III.D.1.b).

⁹⁸ Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, s.25.

⁹⁹ Welzel, Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, Zweite Auflage, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1949, s.83-84.

¹⁰⁰ Welzel, Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen (1949), s.81-82.

¹⁰¹ Welzel, Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen (1949), s.81, 84.

¹⁰² v. Hippel, s.140.

bakılmaksızın kastı kaldırması gerektiğini savunmuşlardır¹⁰³. Finalistlere göre ise hukuka aykırılık unsuru kastın kapsamında olmak zorunda değildir¹⁰⁴. Bu bakımdan hukuka aykırılık unsuruna ilişkin hata, her zaman kastın oluşumunu engellememektedir.

2. Alman Ceza Kanunu (StGB) Dönemi

a. Alman Federal Mahkemesi'nin hata ayrımı

İmparatorluk Mahkemesi'nin öğretisine getirilen eleştiri ve iyileştirme önerileri sonuçsuz kalmış; bu konuda ne kanun koyucu bir düzenleme getirmiş ne de Mahkeme, kararlarında bir değişime gitmiştir¹⁰⁵. Öğreti ile mahkeme içtihatları arasındaki bu derin farklılığın giderilmesinde ilk adım Alman Federal Mahkemesi Ceza Genel Kurulu'nun (*Grossen Senats für Strafsachen-GSS*) 18.3.1952 tarihli 2/51 sayılı kararıyla¹⁰⁶ atılmıştır. Karar, ileri tetkik olmaksızın dışarıdan anlaşılamayacak zeka geriliği bulunan 14 yaşındaki bir çocuğa karşı cinsel davranışlarda bulunmak ve çocukla cinsel ilişkiye girilmesi hakkındadır. Federal Mahkeme Ceza Genel Kurulu, olayın objektif gidişatından ve failin kişiliğinden yola çıkarak failin suç işleme kastının bulunduğunu kabul etmiştir. Ancak Ceza Genel Kurulu, failin, mağdurun bu cinsel davranışlara rızasının ilgili suç tiplerini (çocuğun cinsel istismarı ve hakaret) ortadan kaldıracağına ilişkin inancını haksızlık hatası olarak ele almış ve failin hatasından faydalanabilmesi için yaşı ve eğitim seviyesi göz önünde bulundurularak, hatasının kaçınılmaz olması gerektiğini aramıştır¹⁰⁷.

¹⁰³ Lang-Hinrichsen, Dietrich, Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum, JR (Juristische Rundschau), 1952, (s.184-192), s.192; Schröder, Horst, Vorsatz und Schuld, MDR (Monatsschrift für Deutsches Rechts), 1950, (s.646-650), s.647; Mezger, Edmund, Kurz Lehrbücher für Das Juristische Studium-Strafrecht I. Allgemeiner Teil, Achte Auflage, München und Berlin: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1958, s.178-179; Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Band 2, Schuld und Vorsatz, Hälfte 2: Der rechtswidrige Vorsatz Mit Sachregister zu Band 1 und 2, Leipzig 1916 yılı basısının (2.bası) tıpkı basımı, Aalen: Scienta Verlag, 1965, s.940vd.

¹⁰⁴ Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, Elfte neuarbeitete und erweiterte Auflage, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969, s.77; bkz. Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.19.

¹⁰⁵ Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, s.83

¹⁰⁶ BGHSt 2, s.194 vd.

¹⁰⁷ Karar için bkz. rechtsportal.de, (Erişim Tarihi: 20.10.2019).

Bu kararla Federal Mahkeme, İmparatorluk Mahkemesi'nin fiili-hukuki¹⁰⁸ hata ayırımının sürdürülemez olduğunu göstermiş¹⁰⁹ ve suç tipi hatası-haksızlık hatası ayırımını kabul etmiştir¹¹⁰. Haksızlık hatasını da kaçınılabilir ve kaçınılmaz olmak üzere ikiye ayırmış; kaçınılmaz haksızlık hatasının kusuru kaldırdığını, kaçınılabilir haksızlık hatasının da takdiri bir ceza indirim sebebi olarak kabul edileceğini savunmuştur. Federal Mahkeme kusur teorisini kabul etmiş (daha sonra sınırlı kusur teorisine dönüştürülecek), hukuka aykırılık alanına ilişkin hataların da hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata olduğu sürece kastı engellediğini savunmuştur¹¹¹.

i. Haksızlık hatasının kabülü

1975 tarihli Ceza Hukuku Reformu Yasası kapsamında, Alman Ceza Kanunu'na haksızlık hatası girmiştir. Haksızlık hatasını düzenleyen Alm.CK. m.17¹¹² şu şekilde düzenlenmiştir: *“İşlediği fiilin haksızlığı konusunda kaçınılmaz hataya düşen fail, kusursuz hareket etmiştir. Eğer hata kaçınılabilir idiyse, m.49 I uyarınca failin cezasında indirime gidilebilir”*. O zamana kadar haksızlık hatasının önemliliği tartışma konusu bile değildi. Ceza hukukundaki bir yanlış kavrayış, failin sorumluluğunu hafifletemezdi¹¹³.

¹⁰⁸ Hukuki hatadan kastedilen sadece ceza hukuku alanına ilişkin hatadır. İmparatorluk Mahkemesi ceza hukuku dışındaki alanlara ilişkin hataları fiili hata olarak ele almaktadır.

¹⁰⁹ Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, s.83.

¹¹⁰ Alman Federal Mahkemesi suç inceleme sistematığına göre hata ayırımından etkilenmiştir (Kuhlen'e göre dikey inceleme, bkz. s.128vd. Yazar İmparatorluk Mahkemesi'nin fiili-hukuki hata ayırımını ise yatay inceleme olarak adlandırmaktadır. Bkz. s.122vd.).

¹¹¹ Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, s.83.

¹¹² Madde başlığı *Verbotirrtum* olup, Türkçe'ye yasak hatası olarak çevrilebilir. Bu hata türünün Türk Ceza Kanunu'ndaki karşılığı haksızlık hatasıdır (TCK m.30/4: *“İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”*). Ancak Türk öğretisinde de haksızlık hatası yerine yasak hatası kavramını kullananlar olduğu gibi (bkz. Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara: Seçkin, 2018, s.419vd.); haksızlık hatası ve yasak hatası kavramlarını ikameli bir şekilde kullananlar da vardır (bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 368; Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara: Adalet, Eylül 2018, s.588vd.; Değirmenci, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, s.140vd.). Çalışmanın bundan sonraki kısmında okuyucuya kolaylık olması açısından, kurumun Türk ceza hukukundaki karşılığı olan haksızlık hatası ifadesi tercih edilmiştir.

¹¹³ Gropp, AT, §13, s.568, Kn.42.

ii. İmparatorluk Mahkemesi'nin fiili-hukuki hata ayrımı ile Alman Federal Mahkemesi'nin suç tipi (tipiklik)-haksızlık hatası ayrımı arasındaki ortak noktalar

Her iki ayrım da hatanın kast üzerindeki etkisi üzerine yoğunlaşmıştır. Fiili hata ve suç tipi hatası kastı engellerken, hukuki hata ve haksızlık hatası kural olarak kastı engellemez. Bunların istisnasını hukuki hatada, ceza hukuku dışına ilişkin hata ve haksızlık hatasında, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi unsurlarında hata oluşturur¹¹⁴.

Fiili hata ve suç tipi hatasının hukuki hata ve haksızlık hatasına göre öncelikleri vardır; önce onların olup olmadığı incelenir. Onların bulunmadığı durumda diğerlerinin incelemesi yapılır¹¹⁵.

b. Modern hata doktrininin hata ayrımı

Haft'a göre hatalar nesneye ve kavrama ilişkin olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Nesneye ilişkin hata kastı engellerken, kavrama ilişkin hata ise değerlendirme hatasıdır (*Subsumtionsirrtum*)¹¹⁶. Ancak tavuk hırsızının tavuğun eşya olduğunu bilmemesi durumunda olduğu gibi nesneye ilişkin bazı hatalar kavramsal özellik taşımaktadır. *Haft*'a göre bu durumda nesneye ilişkin hata sonucunda tavuk hırsızının hırsızlığa ilişkin kastının kalkması gerekmektedir¹¹⁷. *Haft*'ın nesneye-kavrama ilişkin hata ayrımı, hukuksal anlam içeriğine ilişkin hatalarda uygulanamaması gerekçesiyle eleştirilmektedir¹¹⁸.

Azınlıkta kalan bir kısım yazar, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin hata öğretisinin, düzenleme yapılarak devam ettirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bunlar; *Kuhlen, Puppe ve Kindhäuser*'dir. Bu yazarlara göre normatif ve deskriptif unsur ayrımı gereksizdir. Ayrıca normatif unsurlarda kastın oluşumu için hukukçu olmayan üçüncü şahsın kanun koyucuya

¹¹⁴ Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, s.121.

¹¹⁵ Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, s.122.

¹¹⁶ Haft, Fritjof, Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JA (Juristische Arbeitsblätter) 13. Jahrgang 1981, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, s.281-285, s.284.

¹¹⁷ Haft, Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JA 1981, s.284.

¹¹⁸ Roxin, AT I, §12, s.494-495, Kn.116.

paralel değerlendirmesinin¹¹⁹ (*Parallelwertung in der Laiensphäre*) aranması da gerekli değildir¹²⁰.

Kastı engelleyen ve kastı engellemeyen hata olmak üzere cesur bir ayrımı ise **Kuhlen** kabul etmiştir. *Kuhlen*, Alman İmparatorluk Mahkemesinin öğretisine geri dönmüş; fiili olgu hatası ve ceza hukuku dışına ilişkin hatayı kastı engelleyen hata; ceza hukukuna ilişkin hatayı ise kural olarak önemsiz bir değerlendirme hatası (*Subsumtionsirrtum*) olarak ele almıştır¹²¹. Yazar, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin kabul ettiği ceza hukukuna ilişkin ve ceza hukuku dışına ilişkin ayrımının yeniden kullanılmasını ise “Zaman yapısı ölçütü” ile haklı çıkarmaya çalışmıştır¹²². Ceza normu, ceza hukuku dışına atıfta bulunduğu zaman burada dinamik bir norm yapısı mevcuttur ve burada düşülen hata da kastı engeller. Buna karşılık ceza kanunundaki bir kavram ceza hukuku içerisinde kalmış bir statik norm yapısına sahiptir ve buradaki hata da haksızlık hatasıdır¹²³. Ancak dinamik ve statik norm yapısı ayrımı başka sorunları da doğurması açısından eleştirilmektedir. Örneğin, bir köpek hırsız, köpeğin Alman Medeni Kanunu m.90 anlamında bir mal kabul edilip edilmediğini düşünmeden, mal kavramını ceza hukukuna ilişkin bir kavram kabul etse ve köpeğin mal olmadığını düşünse burada düştüğü hata önemsiz haksızlık hatası olacaktır. Halbuki bu kavramın ceza hukukuna ilişkin olduğunu düşünmese o zaman hatası medeni hukuka ilişkin olacak ve kastı engellenecektir¹²⁴.

¹¹⁹ Bu değerlendirme normatif unsurlarında bilmeye karşılık gelen ve bu isimle ilk defa *Mezger* tarafından ileri sürülen bir ölçüttür. “*Mezger’e göre, kasıtlı eylem, tipin her bir unsurunu bilmeyi kapsadığı gibi, normatif unsurlar söz konusu olduğunda, bunların anlamını da kavramayı gerektirir. Hukukçu olmayan birinden ise her bir kavramın hukuksal kapsamı konusunda bilgi sahibi olması beklenemeyeceğinden, “tipin unsurunun, failin birey olarak kendisinde ve çevresinde yerleşik bakış açısına göre, yasal-içtihadî değerlendirme ile aynı doğrultudaki tahmini değerlendirmesi” kastın varlığı için yeterli kabul edilecektir. Fail koşut değerlendirme yolu ile tipte yer alan maddi unsurları “biliyor” kabul edilebildiğinde, düştüğü yanlış basit bir değerlendirme yanılığı olacak ve kast açısından dikkate alınmayacaktır. Örnek olarak, tavuk çalan bir kişi, tavuğun canlı olduğu için ceza kanunu anlamında “mal” kapsamında bulunmadığını sansa dahi koşut değerlendirme konusunda bir eksikliği bulunmadığı için hırsızlık suçunu kasten işlemiş sayılacak, yanılığı kastını etkilemeyecektir”* (Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.46). *Mezger*’den önce *Binding* de normatif unsurlarda bilme için benzer şekilde “*Subsumtion in Laienart*” adını verdiği bir değerlendirme aramıştır (Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band III, s.148).

¹²⁰ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.24.

¹²¹ Roxin, AT I, §12, s.495, Kn.118.

¹²² Roxin, AT I, §12, s.495, Kn.118.

¹²³ Roxin, AT I, §12, s.495-496, Kn.118.

¹²⁴ Roxin, AT I, §12, s.495-496, Kn.118.

Puppe de Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin fiili-hukuki hata ayrımını prensip olarak doğru bulmakla beraber¹²⁵ hukuki hatanın ceza hukukuna ilişkin olan ve olmayan şeklinde ikiye ayrılmasına karşı çıkmıştır¹²⁶. Yazar, suç tipi hatası ve değerlendirme hatasını (*Subsumtionsirrtum*) ayırmaya yönelik bir usul izlemiştir¹²⁷. Kastın içeriğini, suç tipinin içeriği oluşturmaktadır¹²⁸. Yazara göre eğer suç tipinin içerisinde hukukla veya hukuki ilişkiyle ilgili unsurlar mevcutsa, kasten hareket etmek için bu unsurların bilinmesi yeterlidir; hukuk uygulayıcıları, bu bilme gerekliliğini hukukçu olmayan makul üçüncü kişinin kanun koyucuya paralel değerlendirmesi (*Parallelwertung in der Laiensphäre*) ile yumuşatmaya yetkili değildirler¹²⁹. Eğer fail hukuki içerikleri bilmiyorsa burada ceza hukukuna ilişkin olmayan bir hata mevcuttur ve failin kastı engellenmektedir¹³⁰.

Kindhäuser, hatayı bir ifadenin anlamına ilişkin hata ve belirli bir durumda ilgili ifade kapsamında uygulanacak olan olgusal şartlara ilişkin hata olmak üzere ikiye ayırmıştır. İlk durumdaki hata, norm içeriğine ilişkindir ve kusura ilişkin hukuki hatadır. İkinci durumdaki hata ise kastı engelleyen fiili hatadır¹³¹.

Schlüchter'e göre ise kast için failin, davranışının zarar verici anlamını bilmesi gerekir¹³². Ancak yazar failin, davranışının zarar verici anlamını ne ölçüde bilmesi gerektiğini açıklamamaktadır¹³³.

¹²⁵ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.30; Roxin, AT I, §12, s.496, Kn.121.

¹²⁶ Puppe, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA, 1990, s.154-155.

¹²⁷ Puppe, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA, 1990, s.151 vd.

¹²⁸ Puppe, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA, 1990, s.153, s.182.

¹²⁹ Puppe, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, s.176, s.182.

¹³⁰ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.34.

¹³¹ Kindhäuser, Urs, Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum, Heidelberg: Goldammer's Archiv für Strafrecht, R.v.Decker's Verlag, G. Schenck, Jahrgang 1990, s.407-423, s.407.

¹³² Schlüchter, Ellen, Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzenbereich zwischen §§16 und 17 StGB, JuS 1985, Heft 5, (s.373-380), s.375.

¹³³ Roxin, AT I, §12, s.495, Kn.117.

B. TÜRK HUKUKUNDA HATANIN SINIFLANDIRILMASI VE HATAYA BAĞLANAN SONUÇLAR

1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

1.3.1926 tarihli 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (ETCK) sistematüğinden açıkça bir fiili-hukuki hata ayrımı çıkarılamamasına rağmen, doktrinde bu hata türleri geniş ölçüde kabul görmüştür. ETCK 44. maddede “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” denilerek failin hukuki hatasının önemsiz olduğu belirtilmiştir. Kanunda, bu kuralı yumuşatacak açık bir hüküm olmamasına rağmen, Yargıtay bazı kararlarında bu kuralı, ceza normunun fail tarafından bilinmesinin beklenemezliği veya failin hukuka aykırılık bilincinin olmamasının kastı engelleyeceği gerekçeleriyle yumuşatmıştır¹³⁴. Yargıtay, bazen de olaya fiili hata açısından yaklaşmıştır¹³⁵.

ETCK 52. maddesinde ise fiili hatanın bir türü olan şahısta hata, sapma ile beraber düzenlenmiştir. Kanun maddesi şu şekildedir:

“Madde 52 - Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlenmiş gibi telakki olunarak fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffefeden istifade eder.”

¹³⁴ Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s.339; Göktürk, Neslihan, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Ankara: Seçkin, Aralık 2016, s.91-92. Yargıtay’ın hukuki hatayı, haksızlık bilincinin bulunmaması sebebiyle kast yokluğuna karar vererek çözmesine ilişkin davalar için bkz. “Her ne kadar 3476 sayılı Yasa hükmüne göre ünvan değişikliğinin 26.4.1989 tarihine kadar yaptırılması mecburi isede, dosya içeriğine göre kooperatife konut kredisi alacak miktarda üye kaydı yapılmadığı cihetle, tasfiye sürecine girdiği ve nitekim 24.6.1989 gününde kurucu üyelerin toplanması ile tasfiye kararı verildiği, ünvan değişikliği yapmaktan gayenin faaliyet sırasında resmi ünvanlarla etki ve teslimi bertaraf etmek maksadına matuf olduğuna nazaran sanıkların eylemlerinde suç kastı bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi, yasaya aykırı, sanıkların temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün istem gibi (BOZULMASINA), 28.5.1992 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”. Y7.CD, E.1992/2006, K.1992/3317, T.28.5.1992 ” (kazancı.com.tr, Erişim Tarihi: 27.20.2019); “İşyerinde atalarından intikal ettiğini söylediği bir adet II. Mahmut dönemine ait çeyrek bulunduran sanıkta suç kastının mevcut olup olmadığı karar yerinde tartışılmadan, mahkumiyetine karar verilmesi” Y11.CD, E.2001/8605, K.2001/8661, T. 26.9.2001 (Göktürk, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.92, dn.363).

¹³⁵ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.339.

Maddede şahısta hata (mağdurun kimliğinde hata) ve şahısta sapmaya aynı sonuç bağlanmıştır¹³⁶. Özellikle mağdurun şahsının, cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlendiği durumlarda, şahısta hataya düşen kişiye bu ağır hal uygulanmayacaktır. İkinci cümleye bakılacak olursa da eğer fail, kast ettiği şahsa karşı fiilini gerçekleştirmiş olsaydı kendisine bir hafifletici sebep uygulanacak idiyse, failin bundan da faydalanması gerektiği anlaşılmalıdır.

Her ne kadar madde metninde sadece şahısta hata ve sapmaya yer verildiyse de öğretide konu bakımından yapılan hata ve sapmanın da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur¹³⁷.

Öğretide, 52. maddenin uygulanabilmesi için ilgili suçun kasıtlı olması gerektiği, taksirle işlenen suçlarda uygulanamayacağı¹³⁸; ayrıca failin işlemek istediği ve gerçekleşen suç arasında da nitelik bakımından farklılık bulunmaması gerektiği belirtilmiştir¹³⁹.

Taner hukuki-fiili hata ayrımını kabul etmiştir¹⁴⁰. Yazar, fiili bilmeme veya yanılmayı, suçun unsurlarında, nitelikli hallerde ve şahısta hata olmak üzere üçlü bir şekilde incelemiştir¹⁴¹. Yine yazar, kanunu bilmemenin veya yanlış yorumlamanın hiçbir durumda faili sorumluluktan kurtaramayacağını, çünkü kanunun buna ilişkin bir ifadesinin olmadığını veya hakime bu konuda takdir yetkisi verilmediğini ifade etmiştir¹⁴².

Dönmezer/Erman da fiili-hukuki hata ayrımını benimsemiş; hukuki hatanın ceza hukukunun kaynaklarını ilgilendirdiğini, fiili hatanın ise kusurluluğa ilişkin olduğunu belirtmiştir¹⁴³. Yazar, hukuki hatayı ceza hukuku kaynakları hakkında bilgisizlik veya bunların

¹³⁶ Önder, Genel Hükümler Cilt: II-III, s.318.

¹³⁷ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.326, Kn.1059; Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt:I Genel Hükümler, Onikinci Baskı, Ankara: Seçkin Kitabevi, 1984, s.75.

¹³⁸ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.324, Kn.1057; Erem, Genel Hükümler c.I, s.75-76; Önder, Genel Hükümler Cilt: II-III, s.322.

¹³⁹ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.324, Kn.1058. Sapmada konuların farklı nitelikte olabileceği görüşü için bkz. İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/ Sözüer, Adem/ Mahmutoglu, Fatih S./ Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2004, s.277.

¹⁴⁰ Taner, Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, Üçüncü Basım, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1953, s.388.

¹⁴¹ Taner, Umumi Kısım, s.390 vd.

¹⁴² Taner, Umumi Kısım, s.389.

¹⁴³ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.314, Kn.1039.

yanlış yorumu başlığı altında incelemiş ve kural olarak ceza kanunlarının bilinmemesinin veya yanlış bilinmesinin özür sayılmaması gerektiğini savunmuştur¹⁴⁴. Bu duruma istisna olarak ise kastın engellenmesine neden olan hukuki bilgisizlik hallerini yani resmi organ, mahkeme ve yetkililerin karar ve açıklamalarına veya kanuna aykırı düzenleyici işleme dayanan yanlış yorum hallerini göstermiştir¹⁴⁵. Resmi organ veya yetkilinin açıklamasına dayanan yanlış yorumun ETCK m.49’da düzenlenmiş olan kanunun hükmünü veya emri icra hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. *Dönmezer/Erman*, kanuna aykırı düzenleyici işlemlere dayanan hukuki bilgisizlik hallerinin ise iyi niyetten kaynaklanan yenilemez bir hata olduğu belirtilmiş ve bu halin etkisini mücbir kuvvet ile bir tutmuştur¹⁴⁶. Yazarlar, fiili hatayı ise kasıtlı ve taksirli suçlarda olmak üzere ikili bir şekilde ele almıştır. Kasıtlı suçlarda, eğer failin hatası kastın oluşmasını engeller nitelikte ise, yani failin düşüncesi

¹⁴⁴ Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I, 11. Bası, İstanbul: Beta, Ocak 1994, s.198, Kn.311.

¹⁴⁵ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.I, s.198, Kn.312. “*Ancak blokaj mükellefiyetine tabi olunup olunamayacağı hususunda, ortaya çıkacak sorunun da Karar ve Tebliğlerde yazılı usullere uyularak halli gerekir. Bu takdirde gerek mercilerin ve gerekse sanıkların suçun oluşmasını önleyecek önlemleri almaları ve bu süre içinde incelemelerin süratle bitirilerek taraflara hareket tarzlarının bildirilmesi de lüzumludur... Yasalara uygun hareket bütün bireylerin yerine getirmekle yükümlü bulundukları bir davranıştır. Ancak, idarenin de tasarruflarında topluma güvence verecek biçimde tutarlı ve ciddi davranması, kimseye yanlışlığa düşme olasılığı vermemesi de gerekir*” Y7.CD, 5.5.1978-2234 (Erman, Sahir, Döviz Suçları, Ek, İstanbul, 1979, s.47, not 13/b’den naklen, Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.I, s.199, Kn.312, dn.30) Yargıtay’ın 5237 sayılı TCK dönemindeki benzer bir kararı şöyledir: “*Sanığın soruşturma aşamasında 2002 ile 2006 yılları arasında hapisanede olduğunu, mağdurenin velâyetinin babasına verilmesine ilişkin 22.09.2004 kesinleşme tarihli kararın kendisine tebliğ edilmeyip, bu nedenle haberinin olmadığını olay tarihi olan 2009 Haziran ayından sonra öğrenmesi üzerine 2009 Temmuz ayında velâyeti almak için mahkemeye başvurduğunu, ancak kalem personeli tarafından velâyetin kendisinde olduğunu söylendiğini, keza sanığın temyiz dilekçesinin eki olarak sunduğu 17.07.2009 tarihli nüfus kayıt örneği incelendiğinde mağdure ...'nın velâyetinin sanığa ait olup, yine 21.06.2010 tarihli nüfus kayıt örneğinde velâyetin sanıktan alınıp katılana verilmesine ilişkin ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesinden verilen 22.09.2004 gün ve 2002/361 Esas, 2002/361 Karar sayılı hükmün 15.02.2010 tarihinde nüfusa tescil edildiğinin anlaşılması karşısında, sanığın TCK'nın 30. madde hükümleri bakımından hataya düştüğünün kabulüyle, kastının bulunmadığı gözetilip eylemi nedeniyle beraatine hükmolunması gerektiğinin düşünülmemesi, kanuna aykırı...*” Y4.CD, E.2012/13324, K.2013/7988, T.20.6.2013). Kararda fail, 5237 sayılı TCK m.234’de özgü fail olarak düzenlenen “velâyet yetkisi elinden alınmış olan ana veya baba” niteliğini taşıdığını bilmeyerek, ilgili maddede yer alan hareketi işlemektedir. Failin, maddi bir unsur olan özgü niteliğe ilişkin bilgisizliği resmi mercilerin hatalı açıklamasına dayanmaktadır. Failin hukuki bilgisizliği çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suç tipinin (TCK m.234) maddi bir unsuruna ilişkin olduğu ve suç tipinin maddi unsurunda hatayı düzenleyen TCK m.30/1’de kaçınılmazlık şartı aranmadığı için, buradan hatasının kaynağının resmi merci olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Resmi mercinin yanlış bilgilendirmesi sonucu maddi unsur hatasına düşülen başka bir Yargıtay kararı için bkz. Y13.CD, E.2016/11522, K.2018/1955, T.14.2.2018 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 9.11.2019). Resmi mercilerin sebep olduğu hata hakkındaki ayrıntılı görüşler için bkz. Hafizoğulları, Zeki, Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları, AÜHF 50. Yıl Armağanı, Ankara, 1977, s.195-211, s.200vd.; Erman, Sahir, Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma, İHFM 12/2-3 (2011), s.509-536, s.526vd.

¹⁴⁶ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.I, s.198, Kn.312; Yargıtay’ın aksi görüşü olduğu konusunda bkz. Önder, Genel Hükümler c.II-III, s.332.

gerçekleşseydi suç oluşmayacak idiyse, hata esaslı olarak kabul edilmiştir¹⁴⁷. Buna karşılık failin düşüncesi gerçekleşseydi, somut olayda gerçekleşenden farklı bir suç gerçekleşecek idiyse, hata esassız kabul edilmektedir. Bu durumda failin, somut olayda işlediği suça ilişkin kastı olmadığı için sorumluluğu kalkmakta iken, iradesinin yöneldiği, yani işlemek istediği suçu kasten işlediği kabul edilmektedir¹⁴⁸. Yazarlar, taksirli suçlarda ise failin hatasının taksirle olan ilişkisinin önemli olduğunu ifade etmiştir. Örneğin gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek hastaya yanlış ilacı vermek suretiyle onun ölmesine sebep olan eczacının hatası taksirden kaynaklanmıştır ve sorumluluğu taksirli ölmeye göre belirlenmelidir. Ancak ilaçların veya şişelerin eczacıdan habersiz olarak değiştirilmesi ihtimalinde eczacının hatası varsa da bu hata taksirden kaynaklanmamaktadır. Bu sebeple bu ihtimalde eczacının taksirden dolayı cezalandırılması mümkün değildir. Taksire dayanmayan hata, kaza ve tesadüf olarak kabul edilebileceği gibi ETCK m.45'teki taksir kapsamında da ele alınamamaktadır¹⁴⁹.

Önder de fiili-hukuki hata ayrımını kabul etmiştir. Yazar, Kanunda fiili hataya ilişkin bir madde öngörülmemesini bir eksiklik olarak görmemiş; bu durumlarda sorunun genel kast kurallarına göre çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁵⁰. Fiili yanılmayı suçun unsurlarında, hukuka aykırılıkta, kusurlulukta ve unsur dışında kalan haller bakımından yanılma şeklinde dörde ayırarak; şahısta hata ve sapmayı düzenleyen ETCK m.52'yi de ayrı bir başlık altında incelemiştir¹⁵¹. **Önder** olayın hukuki yorumunda/değerlendirmesinde yanılmayı (*Subsumtionsirrtum*) hukuki hata olarak benimsemiştir¹⁵². Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın da kural olarak hukuka aykırılığı kaldırmayacağını savunmuştur¹⁵³.

Erem de hukuki-fiili hata ayrımına gitmiş¹⁵⁴; hukuki hatayı “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesi altında incelerken¹⁵⁵, fiili hatayı da fiili bilmemezlik veya hata olarak

¹⁴⁷ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.316, Kn.1042.

¹⁴⁸ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.316-317, Kn.1042.

¹⁴⁹ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.317-318, Kn.1043.

¹⁵⁰ Önder, Genel Hükümler c.II-III, s.312.

¹⁵¹ Önder, Genel Hükümler c.II-III, s.313.

¹⁵² Önder, Genel Hükümler c.II-III, s.315.

¹⁵³ Önder, Genel Hükümler c.II-III, s.157.

¹⁵⁴ Erem, Genel Hükümler c.I (1984), s.73.

¹⁵⁵ Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt:I Genel Hükümler, Onuncu Baskı, Ankara: Sevinç Matbaası, 1973, s.105 vd.

ele almıştır¹⁵⁶. **Erem**, kanunda fiili hatayı düzenleyen bir maddenin olmamasının bir eksiklik olmadığını çünkü fiili bilmemezlik veya hata durumunda failin iradesi ile gerçekleşen netice arasında bir nedensellik bağı ve dolayısıyla kastın olmayacağını savunmuştur¹⁵⁷. **Erem**, ETCK m.52 kapsamındaki şahısta hata ve isabette hatayı (sapma), fiili hatadan ayrı incelemiş olup; kural olarak –şahsın veya isabetin şiddet sebepleri bakımından önem arz ettiği durumlar ayrı olmak üzere- ceza sorumluluğunu etkilemeyeceğini belirtmiştir¹⁵⁸.

2. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

26.9.2004 tarihli 5237 sayılı Kanun'un 30. maddesinde hata bahsi bütüncül bir şekilde ele alınmaktadır. TCK m.30, fıkra bazında incelendiğinde; birinci fıkra suçun kanuni tanımındaki unsurlarda hatanın, ikinci fıkra suçun nitelikli hallerinde hatanın, üçüncü fıkra ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde hatanın ve dördüncü fıkra ise işlenen fiilin haksızlığı konusunda düşülen hatanın (haksızlık hatası) düzenlendiği görülmektedir.

Alman Ceza Kanunu'nda ise hata bahsi m.16'da maddi unsurda hata, m.17'de haksızlık hatası ve m.35 II'de kusuru kaldıran veya azaltan zorunluluk halinde hata olmak üzere farklı maddelerde düzenlenmiştir. Alm.CK. m.16 I ile TCK m.30/1 neredeyse kelimesi kelimesine aynıdır. TCK m.30/1, suç tipinin maddi unsurunda hatayı "*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*" şeklinde ifade etmiştir. Kanunun metninden açıkça anlaşılabileceği üzere, kişinin, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları, yani bu unsurları temellendiren fiili olguları bilmemesi durumunda ilgili suç tipine ilişkin kastı engellenmektedir. Bu hata türü için kanun koyucu kaçınılabilirlik gibi bir şart da öngörmemiştir. Ancak ilgili suç tipinin taksirli halinin kanunda düzenlenmesi halinde, failin taksir sorumluluğu ayrıca incelenmelidir¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Erem, Genel Hükümler c.I (1984), s.71.

¹⁵⁷ Erem, Genel Hükümler c.I (1984), s.71.

¹⁵⁸ Erem, Genel Hükümler c.I (1984), s.73vd.

¹⁵⁹ Bir görüşe göre TCK m.30/1'deki taksirden anlaşılması gereken sadece basit taksir olup, bilinçli taksir bu kapsamda değerlendirilmemelidir (Karakurt, Türk Ceza Kanunu'nda Hata, s.118, dn.41).

TCK m.30/2’de ise “*bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi*”nin bu hatadan faydalanacağı belirtilmekle beraber bu faydalanmanın nasıl olması gerektiği açıkça izah edilmemiştir. Öğretide bir görüş nitelikli halleri suçun tipiklik unsuru içinde incelemekte¹⁶⁰ ve bu hallerde düşülen hatadan faydalanmayı failin kastının engellenmesiyle açıklamaktadır. Bu görüşe göre nitelikli halde hataya düşen failin nitelikli unsura ilişkin kastı engellenir, ancak suçun temel halinden sorumluluk söz konusu olacaktır¹⁶¹. Öğretideki bir diğer görüşe göre ise nitelikli haller suçun özel görünüm şekli olarak ele alınmakta¹⁶² ve nitelikli hallerde hata, failin daha az kusurlu sayılmasını gerektiren bir hal olarak ele alınmaktadır. Bu görüşe göre, nitelikli hallerde hata kasta ilişkin değildir. Çünkü hem TCK m.21/1¹⁶³ hem de m.30/1¹⁶⁴ incelendiğinde kastın, suçun asli/kurucu unsurlarına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Kurucu unsura ilişkin bir kavramın nitelikli unsurlar bakımından kullanılması kavram karmaşasına sebep olacaktır. Nitelikli unsurlarda hatanın kastı engellediğinden bahsetmek, bu durumda suçun manevi unsurunun da oluşmaması nedeniyle ilgili suçun oluşmayacağı izlenimini yaratmaktadır¹⁶⁵.

TCK m.30/3’te yer alan “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşme*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda da farklı görüşler öne sürülmüştür. 5237 sayılı TCK’nın genel hükümleri düzenleyen birinci kitabın, ceza sorumluluğunun esasları başlıklı ikinci kısmının ikinci bölümünün başlığı ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerdir. Bu başlık altında yer alan maddelere bakıldığında hukuka uygunluk sebepleri ile kusuru etkileyen hallerin olduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan m.30/3’teki ifadeyle anlatılmak istenenin hukuka uygunluk sebepleri ve kusuru etkileyen haller olduğunu iddia edenler olduğu gibi¹⁶⁶; bu fıkranın

¹⁶⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.141 vd.; Özgenç, Genel Hükümler, s.220 vd.; Artuk/Gökçen /Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.383 vd.

¹⁶¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.262; Özgenç, Genel Hükümler, s.466; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.649.

¹⁶² Zafer, Genel Hükümler, s.599 vd.

¹⁶³ TCK m.21/1: “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*”

¹⁶⁴ TCK m.30/1: “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*”

¹⁶⁵ Zafer, Genel Hükümler, s.603-604.

¹⁶⁶ Zafer, Genel Hükümler, s.307; Özgenç, Genel Hükümler, s.472; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.653-654. Özgenç ve Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır her ne kadar hukuka uygunluk sebeplerinin

kapsamında sadece kusuru etkileyen hallerin bulunduğunu, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın ise m.30/1 kapsamında çözülmesi gerektiğini savunanlar¹⁶⁷ da mevcuttur. Kanaatimizce hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata, TCK m.30/3 kapsamında ele alınmalıdır, çünkü TCK m.30/3 “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşullarda” hatayı düzenlerken, TCK birinci kitap, ikinci kısım, ikinci bölümde (m.24-34) hukuka uygunluk sebepleri ve kusuru etkileyen haller, “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan haller” başlığı altında birlikte düzenlenmiştir. Bu bakımdan TCK m.30/3’ün açık ifadesi karşısında, bu düzenlemenin sadece kusurluluğu etkileyen hallerin maddi şartlarında hatayı kapsadığı söylenemeyecektir.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndan farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda şahısta hata ve hedefte sapma ayrıca düzenlenmemiştir. Bunun sebebi ise TCK m.30 gerekçesinde şu şekilde izah edilmiştir: “*Şahısta hata aslında bir ve ikinci fıkra hükümleri bağlamında düşünülmesi gereken bir durum olduğu için, bu hususa ilişkin ayrı bir hükme yer verilmesi gereksiz görülmüştür.*

Keza hedefte sapma hali ile ilgili olarak bu madde kapsamında düzenleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Çünkü hedefte sapma halinde 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.”¹⁶⁸

maddi şartlarında hatanın TCK m.30/3 kapsamında olduğunu belirtse de buradaki kaçınılmaz hatanın kastı engelleyeceğini, kaçınılabılır hatada ise ilgili suçun kanunda taksirli halinin düzenlenmiş olması durumunda failin bundan sorumlu olması gerektiğini belirtmiştir (Özgenç, Genel Hükümler, s.469-473; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.653-654).

¹⁶⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.30.

¹⁶⁸ Ancak Kanundaki bu değişikliğe Yargıtay hemen uyum sağlayamamış ve 765 sayılı TCK zamanından kalma alışkanlıkla bir süre daha hedefte sapmanın TCK m.30’da düzenlenen “hata” bahsi altında ele alınması gerektiğini belirtmiştir. “*Saniğin eniştesi olan Vedat ile aralarında çıkan tartışma sırasında, eniştesini kendisinden uzakta tutmak maksadıyla kokoreç yapımında kullandıkları bıçağı salladığı esnada araya giren maktulün bacağına bir kez isabet ettirerek kan kaybından ölümüne sebebiyet verdiği olayda, saniğin eylemi 5237 sayılı TCK.nun 30. maddesinde hedefte yanılğıya yer verilmiş olmasına göre Vedat’ı silahla kasten yaralamaya teşebbüs, maktulü ise olası kastla yaralama sonucu ölüme neden olma suçlarını oluşturacağı dikkate alındığında; buna göre saniğin her bir eylemi yönünden uygulamanın denetime olanak verecek şekilde ayrı ayrı gösterilmesi, lehe olan yasanın tespiti gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi...*” Y1.CD, E. 2006/7389, K. 2007/8583, T. 20.11.2007 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 22.9.2018).

Öğretide hata, bazı yazarlarca hatanın neticesinden yola çıkarak kastı engelleyen ve kusuru etkileyen hata olmak üzere ikili bir şekilde ele alınmaktadır. Kastı engelleyen hata halleri kapsamında; suçun maddi unsurlarında hata, nitelikli unsurlarda hata ve hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata; kusuru etkileyen hata halleri kapsamında ise; kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir nedenin maddi şartlarında hata ve işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hata (haksızlık hatası) ele alınmaktadır¹⁶⁹.

Öğretide haksızlık hatası, doğrudan (soyut) ve dolaylı (somut) olmak üzere ikili bir şekilde incelenmektedir. Doğrudan haksızlık hatasında fail, fiilini yasaklayan ceza normunu ya bilmez ya bilir ancak hükümsüz olduğunu zanneder yahut yanlış yorum sonucu kendi fiiline uygulanamaz olduğunu zanneder¹⁷⁰. Dolaylı haksızlık hatasında ise fail, fiilini yasaklayan ceza normunu bilir, ancak yasaklanan fiiliyle, ilgili ceza normunun koruduğundan daha yüksek bir değere hizmet ettiği düşüncesiyle, ilgili normun kendisine uygulanmayacağını düşünür¹⁷¹. Diğer bir ifadeyle fail, fiilini hukuka uygun hale getirecek bir hukuka uygunluk sebebi

¹⁶⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.640 vd.; Özgenç, Genel Hükümler, s.639 vd.; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.253 vd, 368 vd. Koca/Üzülmez ayrıca hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarının sınırında hataya düşülmesi halini de kastı engelleyen hata kapsamında ele almaktadır (Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 264 vd.).

¹⁷⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.369; Zafer, Genel Hükümler, s.464; Göktürk, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.115. Doğrudan haksızlık hatasına “*hukuki hatadan kaynaklanan haksızlık hatası*” da denmektedir. Çünkü hukuki hata, yani ceza normunu bilmeme, normun uygulanmayacağını düşünme veya normu yanlış yorumlama kural olarak failin, fiilinin haksızlığına ilişkin bilincini etkilemektedir (Zafer, Genel Hükümler, s.465).

¹⁷¹ Zafer, Genel Hükümler, s.467. Örneğin Askeri Yargıtay 1. Dairesi’nin 3.12.2014 tarihli kararına konu olan olayda sanık asker, yetkili personel dışındakilerin birliğin forkliftlerini kullanmasının yasak olduğunu, yasağın iki kez tebliğ edilmesi neticesinde bilmesine rağmen, ihtiyaç duyulduğu zaman birlikte kendisine ve başkalarına forklift kullandırılması ve birlikte o gün forklift kullanacak yetkilinin bulunmaması sebebiyle işlerin aksamaması amacıyla forklift kullanarak emre itaatsizlikte ısrar etmiştir. Sanık asker her ne kadar kendisinin forklift kullanmasının yasak olduğunu bilse de, birlikte işlerin aksamaması amacının, haksızlığı ortadan kaldıran bir husus olduğunu düşünmüştür. Bu sebeple sanığın buradaki hatası, dolaylı haksızlık hatası olarak kabul edilmelidir. Sanığın hatası, birlikte zaman zaman kendisine ve yetkisiz diğer birtakım askerlere forklift kullandırıldığı için, kaçınılmaz kabul edilmeli ve hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir. Ancak Askeri Yargıtay 1. Dairesi, sanığın suç kastının bulunduğu sabit olmadığı için, sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: “*Tebliğ edilen emre rağmen, Birlik Komutanlığınca ihtiyaç duyulduğunda, forklift kullanmasına müsaade edilen, çalışan ve disiplinli bir yapıya sahip olduğu Birlik Komutanlığınca gözlemlenen ve tamamen hizmete müteallik emri ihlal etmek için değil, hizmetin aksamaması amacıyla hareket eden sanığın, somut olaya münhasır olarak, suç kastıyla hareket ettiği söylenemeyeceğinden, en azından suç kastı ile hareket edip etmediği hususu şüpheli kaldığından, hakkında beraat hükmü verilmesi gerekirken, mahkumiyetine hükmedilmesi, hukuka aykırı bulunduğundan, mahkumiyet hükmünün esastan bozulmasına karar verilmiştir*” (E.2014/0841, K.2014/0949, karar için bkz. Askeri Yargıtay Dergisi, Sayı:28, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2015, s.71-73).

olduğunu zanneder, yani hukuka uygunluk sebebinin varlığında¹⁷² veya bu sebebin hukuki sınırında¹⁷³ hataya düşer.

Failin kusurlu addedilebilmesi, failin hukuk düzeninin getirdiği kuralları bilmesine ve bu kurallara uygun davranma imkanı ve yeteneği varken hukuka aykırı davranmasına bağlıdır¹⁷⁴. Failin haksızlık hatası, hukuku bilmemesine dayanabilir. Ancak aslında failden beklenen, işlediği fiilin suç teşkil edip etmediğini bilmesi değil, işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmesi¹⁷⁵ ya da en azından tahmin etmesidir. Fiilinin haksızlığında hataya düşen failin haksızlık bilinci bulunmamaktadır, bu bakımdan fail artık kusurlu addedilemez¹⁷⁶. Haksızlık hatasının sonucu olarak ise madde metninde failin cezalandırılmayacağı öngörülmüştür. Bu bakımdan kaçınılabılır hataya düşen failin kusuru oluşmadığı için fail hakkında CMK m.223/3-d¹⁷⁷ uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Failin düştüğü hatanın kaçınılabılır olması durumuna ne sonuç bağlanacağı kanunda düzenlenmemiştir. TCK m.30 gerekçesinde, kaçınılabılır hata durumunda kişinin kusurlu sayılacağı, ancak hatasının temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağı ifade edilmiştir¹⁷⁸. Bu durumda TCK

¹⁷² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.369.

¹⁷³ Göktürk, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.115.

¹⁷⁴ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.370.

¹⁷⁵ TCK m.30/4 gerekçesi: “...kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, kişi, işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olmalıdır. **Kişinin, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ceza hukuku bakımından sorumluluk için önemli olan, işlenen fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesidir...**”, Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), Güncellenmiş 22. Bası, Ankara: Seçkin, Eylül 2018, s.183-184. “Fiilin bir ceza normu ile yasaklandığını, cezalandırılabilir bir davranış olduğunu bilmek haksızlık bilinci için şart değildir. Fail, bir ceza normunu ihlal ettiğinin bilincinde olmasa bile hukuk düzenine aykırı hareket ettiğinin bilincinde ise kusurludur. Çünkü, her haksızlık cezalandırılabilir olmadığı gibi; fail, haksızlığı suç olarak tanımlayan kanun hükmünü veya ceza tehdidini bilmeksizin de hukuka aykırılık bilinci ile hareket edebilir. Kusur isnadı için belirleyici olan husus, davranışın hukuki nitelik taşıyan bir değere aykırılık arz ettiğinin bilinmesidir; herhangi bir kanuni bilgiye hiçbir şekilde ihtiyaç yoktur.” (Göktürk, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.54-55).

¹⁷⁶ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.370.

¹⁷⁷ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.223/3: “(3) Sanık hakkında; a) Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, b) (Değişik: 25/5/2005 - 5353/30 md.) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, c) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, d) **Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi**, hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.”

¹⁷⁸ Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), s.184.

m.61/1 uyarınca kaçınılabilir haksızlık hatası cezanın alt sınırdan belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilir¹⁷⁹.

Failin haksızlık hatasından faydalanması, hatasının kaçınılmaz olmasına bağlıdır. Nitekim bu şart TCK m.30/4'te "*işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz*" şeklinde yer almaktadır. Kaçınılmazlıktan maksat, failden işlediği fiilin haksız olduğunu bilmesinin beklenememesidir. Failin hatası, failin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları nedeniyle kaçınılmaz addedilebileceği gibi¹⁸⁰, failin yabancı bir ülkeden yeni gelmesi¹⁸¹, failin ağır hastalığa yakalanması, genel bir afetin yaşanması gibi failin, fiilinin haksızlığını temellendiren ceza normunu bilmemesi ve bu bilmemenin sonucunda haksızlık bilincinin etkilenmesi durumunda da kaçınılmaz hatadan söz edilebilir¹⁸².

Modern öğretide ayrıca, fiili-hukuki hata ayrımını benimseyen yazarlar da bulunmaktadır. Fiili hata kapsamında; suç tipinin unsurlarında hata, nitelikli unsurlarda hata, neticede, nedensellik bağında hata, hukuka uygunluk sebebinde ve kusurluluğu ortadan

¹⁷⁹ Zafer, Genel Hükümler, s.466-467.

¹⁸⁰ TCK m.30/4 gerekçesi: "...Ancak, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatanın 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..." Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), s.184. Yargıtay, hakkında idari soruşturma başlatılması için başkasına ait doğum belgesini hastaneden alan sanık hakkında verdiği bir kararda sanığın mesleki konumu, medeni hal ve çocuklu olması hususlarını da, işlediği fiilin haksızlığını bilmemesinin mümkün olup olmadığını tespit ederken dikkate almıştır: "*Suçta konu doğum belgesinin yapılacak şikayetin delili olarak sunulmak amacıyla alınmış olması nedeniyle eylemin haksızlık oluşturduğu konusunda hataya düşüldüğü ileri sürülebilir ise de, uzun süredir memur olarak çalışan sanığın başkasına ait bilgiler içeren bir belgeyi ilgilinin bilgi ve rızası olmaksızın almasının hukuka aykırı olduğunu bilecek durumda bulunması, eşinin sağlık çalışanı olması ve iki çocuğunun bulunması nedeniyle doğum belgesinin ne şekilde alındığını biliyor olması, şikayet dilekçesi içeriğinde belirtilmek suretiyle ilgili belgenin şikayet başvurusu yapılan kurumca temininin imkan dahilinde bulunması göz önünde bulundurulduğunda, fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hatadan söz edilmesi mümkün değildir.*" YCGK, E.2012/1514, K.2014/312, T.10.06.2014 (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 17.11.2019).

¹⁸¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 10.10.1952 tarihli kararında, kanun hakkında bilgi edinmesinin mutlak olarak imkansız olduğu yabancının kanunu bilmemesini mazeret olarak kabul etmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Türkçe bilmeyen ve konuşamayan yabancının ekonomik mahiyetteki kömürün müsaadesiz başkasına devredilmesi yasağını bilemeyeceği için bu suça iştirak edemeyeceğine karar vermiştir. (Erem, Faruk/ Danışman, Ahmet/ Artuk, Mehmet Emin, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt:I Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş Ondördüncü Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997, s.122; Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları, s.197, dn.15).

¹⁸² Zafer, Genel Hükümler, s.466.

kaldıran nedenlerin maddi şartlarında hata ele alınmaktadır. Hukuki hata ise kişinin işlediği fiilinin haksızlığına ilişkin hatasıdır¹⁸³.



¹⁸³ Demirbaş, Genel Hükümler, s.420vd.; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.448vd. *Hakeri* neticede hatayı fiili-hukuki hata türlerinin yanında üçüncü bir tür olarak şahısta hata olarak incelemektedir (Hakeri, Genel Hükümler, s.464vd.). *Demirbaş'a göre* kanun koyucu “ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılamayacağı” kuralını düzenleyen TCK m.4’te hukuki-fiili hata ayrımını, TCK m.30’da ise unsur ve haksızlık hatası ayrımını esas almıştır (Demirbaş, Genel Hükümler, s.424).

İkinci Bölüm

KASTI ENGELLEYEN HATANIN YAPISI İLE İLGİLİ KAVRAMLAR: SUÇ TİPİ VE KAST

I. GENEL OLARAK

Fiili olguda hata, kastın bilme unsurunun (TCK m.21/1) tam aksini teşkil etmektedir. Eğer hataya düşen kişi kast için gerekli bilgiye sahip değilse kastın oluşması engellenmiş olmaktadır¹⁸⁴. Nitekim TCK m.30/1’de suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarını bilmeyenin kasten hareket etmiş olmayacağı ifade edilerek bu husus vurgulanmıştır. Suçun kanuni unsurlarını bilmemeden maksat, kanuni unsurları temellendiren fiili olguları bilmemektir. Bu sebeple kanuni tanımın maddi unsurunda hata (suç tipinin maddi unsurunda hata veya kısaca unsur hatası), fiili olguda hataya karşılık gelmektedir¹⁸⁵. Aksi halde, kişiden, suç tiplerini ve onun unsurlarını bir ceza hukukçusu gibi bilmesinin beklenmesi gibi anlamsız ve uygulaması zor bir sonuç ortaya çıkacaktır. Suç tipinin maddi unsurunda hatada aranan, failin kastın varlığı için gerekli olan bilgilere sahip olup olmadığı hususudur. Aksine, bilgisizliğin veya yanlış bilmenin kaçınılabılır olup olmaması değildir. Hata salt bilgisizlikten veya fiili olguya dayalı veya –normatif unsurlar bakımından-hukuki anlama dayalı bir yanlış bilmeden de kaynaklanabilir¹⁸⁶. Bilgisizlik, faili cezalandırmadan korur. Ancak suçun taksirli hali kanunda öngörülmüş ise ve taksirin şartları sağlanıyorsa taksirli halden sorumluluk söz konusu olacaktır (TCK m.30/1)¹⁸⁷. Bu son halde hatanın kaçınılabilirliği veya kınanabilirliği bir rol oynamaktadır¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Kühl, AT, §13, s.444, Kn.12.

¹⁸⁵ Çalışmamızda bu terimler birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmaktadır.

¹⁸⁶ Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat und ihr Aufbau (AT), 46. Auflage, Heidelberg: CF Müller, 2016, §7, s.111, Kn.356.

¹⁸⁷ Kühl, AT, §13, s.444, Kn.13; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.111, Kn.357.

¹⁸⁸ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.111, Kn.357.

II. SUÇ TİPİ

A. SUÇ TİPİ KAVRAMININ ANLAMI VE ELE ALINIŞ ŞEKLİ

Türk hukukunda, Alman ceza hukuku literatüründeki “*Tatbestand*” kavramı yerine kanuni unsur¹⁸⁹, tipiklik¹⁹⁰, suç kalıbı¹⁹¹, suç tipi, kanuni tip¹⁹² ifadeleri kullanılmaktadır. Kanun koyucu ise bu kavramlar yerine “suçun kanuni tanımı” ibaresini kullanmıştır¹⁹³. Her ne kadar tipiklik, somut ve gerçekleşmiş bir davranışın “henüz gerçekleşmemiş bir suçun soyut ve değişmez bir biçimini ortaya koyan”¹⁹⁴ suç kalıbına/tipine uygun olması hususunu ifade etse de öğretide tipiklik kavramı suç kalıbı/tipi ifadeleriyle eş anlamlı kullanılmaktadır¹⁹⁵. Kanaatimizce yaptırıma bağlanmak istenen davranışı belirlemeyi amaçlayan soyut suç tanımını ifade etmek üzere suç tipi veya suç kalıbı kavramlarını kullanmak yerinde olacaktır.

Suç tipi öğretisi *corpus delicti*¹⁹⁶ öğretisine dayanmaktadır¹⁹⁷. Genel hukuk öğretisinde bir hukuki sonuca ulaşmak için gerekli olan şartların tümü için bu kavram

¹⁸⁹ Taner, Umumi Kısım, s.82. Taner kanuni unsuru, suç teşkil eden fiilin kanunda tasrih edilmesi ve karşılığında bir ceza öngörülmesi olarak tanımlamıştır (Taner, Umumi Kısım, s.82). *Dönmezer/Erman* ise işlenen fiilin kanuni tarife uygun olması hususu için yani tipiklik kavramı yerine kanuni unsur ibaresini kullanmıştır (Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.I, s.362, Kn.495).

¹⁹⁰ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.166. Almandaki *Tatbestandsmäßigkeit* veya *Typizität* olarak ifade edilen kavramın Türkçede karşılığı olarak kullanılan kanuni unsur ifadesi yerine tipiklik ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağına dair bkz. Kunter, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949, s.39-40.

¹⁹¹ Yüce, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri Cilt: I, Manisa: Şafak Basım ve Yayınevi, 1982, s.237.

¹⁹² Kunter, *Tatbestand* kavramının Türkçe’ye kanuni tip veya fiilin muhtevası olarak çevrilebileceğini ifade etmiştir (Kunter, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, s.44).

¹⁹³ TCK m.21/1’de kast “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” ve m.30/1’de kastı engelleyen hata “suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilmemesi” şeklinde ifade edilmiştir. Zafer, Genel Hükümler, s.217.

¹⁹⁴ Yüce, Ceza Hukuku Dersleri Cilt: I, s.237, d.1; Zafer, Genel Hükümler, s.217.

¹⁹⁵ Koca/Üzülmüş, Genel Hükümler, s.106 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.285 vd.; Hakeri, Genel Hükümler, s.128 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.208 vd.

¹⁹⁶ *Corpus delicti* Latince bir ifade olup Türkçe kelime karşılığı suç bedenidir (*corpus*:beden, *delicti*: suç). Ancak manası cezai takibatını haklı kılan suçun dış işaretleridir (Jakobs, Günter, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch (AT), s.153, Kn. 48; Kindhäuser, Urs, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxis Kommentar (LPK-StGB), 7. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2017, Vor §13, s.94, Kn.27). Yani suçun dış dünyadaki görünümüdür ki bu ifade suçun cismi olarak da çevrilebilir. Tipiklik kavramı ceza muhakemesi hukuku içerisinde doğan ve sonradan hukukun diğer dallarına aktarılan bir kavramdır. Ceza tahkikatında bir davranışın cezalandırılmaya layık olup olmadığı genel ve devamında gerekirse özel tahkikatla belirlenirdi. Özel tahkikatın ön şartı olan genel tahkikat “bir suçun işlenip işlenmediğinin kanıtını oluşturabilecek tüm objektif unsurlar”ı kapsamaktaydı. Ceza muhakemesindeki gelişmelerle birlikte “*corpus delicti*” yerine tipiklik kavramı kullanılmış ve kavram maddi ceza hukuku kavramı haline gelmiştir (Keyman, Selahattin, Tipiklik ve Ceza Hukuku, AHFD XXXVII, 1-4 (1980), s.59-105, s.59-60).

kullanılmıştır¹⁹⁸. *Beling* tarafından ceza hukukuna kazandırılan “*Tatbestand*” (suç tipi) kavramının ise birden fazla anlamı vardır¹⁹⁹.

Bu kavramın sistematik, ceza politikasına ilişkin ve dogmatik olmak üzere üç işlevi bulunmaktadır. **Sistematik manada “suç tipi” (*Systemtatbestand*)**, ilgili suçu tipik hale getiren unsurların bütünü oluşturur²⁰⁰; yani haksızlık tipinin kanuni tanımıdır (*Unrechtstatbestand*)²⁰¹. Haksızlık tipinin objektif ve sübjektif yönlerinin (ya da objektif ve sübjektif haksızlık tipi) birleşimidir²⁰². Suç tipi kavramının ortaya çıkmasıyla hareket (*Handlung*) ve hukuka aykırılık (*Rechtswidrigkeit*) dışında bir üçüncü kategori oluşmuştur. Öncesinde suç, hukuka aykırı, cezayla tehdit edilen kusurlu fiil²⁰³ olarak tanımlanırdı. Suç tipi kavramıyla, daha önce suç öğretisinde tam olarak bir yere oturtulamamış netice, nedensellik bağı, konu gibi unsurların uygun bir sistematik sınıflandırmaya tabi tutulması mümkün olmuştur²⁰⁴.

Suç tipi kavramının ceza politikası bakımından anlamı (*Garantietatbestand*) ise ceza yasalarının güvence işlevidir²⁰⁵. Yani suç tipi kavramı cezalandırmaya neden olan yasa tarafından düzenlenmiş şartların toplamı olarak kullanılmıştır²⁰⁶. Bu şartların failin aleyhine olacak şekilde örf ve âdet kuralları veya kıyas yoluyla genişletilmesi engellenmektedir²⁰⁷.

¹⁹⁷ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.94, Kn.27; *Tatbestand* kavramının, *Deliktstatbestand* kavramının kısa hali olduğu hakkında bkz. Kindhäuser, AT (7. Auflage, 2015), §8, s.65, Kn.1.

¹⁹⁸ Jakobs, AT, s.153, Kn. 48; Jescheck/Weigend, AT, §25, s.246.

¹⁹⁹ Roxin AT I, §10A, s.280, Kn.1; Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.94-95, Kn.27.

²⁰⁰ Roxin AT I, §10A, s.280, Kn.1; Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.94, Kn.26.

²⁰¹ Jescheck/Weigend, AT, §25, s.246.

²⁰² Walter, Tonio, Der Kern des Strafrechts: die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, s.62.

²⁰³ Buradaki kusurdan kasıt, klasik suç teorisinde kusur türleri olarak ele alınan kast veya taksirle işlenen fiildir.

²⁰⁴ Roxin AT I, §10A, s.280, Kn.1.

²⁰⁵ Roxin AT I, §10A, s.280, Kn.2. Ceza yasalarının güvence fonksiyonundan anlaşılması gereken cezalandırılacak fiilin belirli bir şekilde önceden düzenlenmesidir; “kanunsuz suç olmaz” (*Nullum crimen sine lege*) ilkesiyle açıklanmaktadır. Bkz. Kaufmann, Arthur, Tatbestand, Rechtsfertigungsgründe und Irrtum, JZ (JuristenZeitung), 11. Jahrg., Nr. 12 (20. Juni 1956), Tübingen: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, s. 353-358, s.355.

²⁰⁶ Jescheck/Weigend, AT, §25, s.246.

²⁰⁷ Kaufmann, Tatbestand, Rechtsfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956, s.355; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.54, Kn.175.

Ayrıca fail de davranışının kanunda unsurları belirtilen fiile uygun olup olmadığı hususunu değerlendirme imkânına kavuşmaktadır²⁰⁸.

Suç tipi kavramının dogmatik işlevi (*Irrtumstatbestand*) ise bilinmemesi kastı engelleyen unsurları tanımlamaktır²⁰⁹. Bu işleve, kastı temellendiren veya hatanın konusunu oluşturan suç tipi de denebilir. TCK m.21’de kastın tanımı yapılmıştır. Ancak bu düzenleme olmasaydı dahi suç tipinin maddi unsurlarında hatayı düzenleyen TCK m.30/1 c.1’den kastın tanımı çıkarılabilirdi.

Sistematik anlamda suç tipi (*Systemstatbestand*) ve kastı temellendiren suç tipi (*Irrtumstatbestand*) her zaman aynı olmak zorunda değildir. Örneğin kast, sistematik anlamda suç tipinin sübjektif yönünü oluşturmaktadır. Aynı zamanda kast, hatanın konusunu oluşturan (kastı temellendiren) suç tipinin objektif unsurlarını bilmektedir. Bu bakımdan kast, hatanın konusunu oluşturan suç tipinin konusunu teşkil edemez²¹⁰. Alman doktrindeki hakim görüşe göre hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşulları sistematik anlamda suç tipinin bir unsuru değildir. Çünkü sistematik anlamda suç tipi, fiili tipik hale getiren unsurların bütününi teşkil etmektedir. Hukuka uygunluk sebeplerinin, kanun metninde yer almadıkça, fiili tipik hale getirme işlevi bulunmamaktadır. Ancak yine hakim görüşe göre bu koşullarda hata kastın oluşumunu engellemektedir. Yani bu koşullar, hatanın konusunu oluşturan suç tipinin bir unsurunu oluşturmaktadır²¹¹.

Suç tipi kavramı ceza hukuku öğretisinde geniş anlamda, dar anlamda ve bütüncül olmak üzere üçlü bir ayrımla incelenmektedir. **Geniş anlamda suç tipi** cezalandırılabilirliğin bütün şartlarını içerir. Suç (*Tatbestand*) geniş anlamda; haksızlık, hukuka aykırılık ve kusurun unsurlarını ihtiva ettiği gibi cezalandırmanın objektif unsurlarını da ihtiva eder²¹². **Dar anlamda suç tipi** ise haksızlık unsuru olarak açıklanabilir. Yani tipik haksızlığı gösteren suç

²⁰⁸ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.94, Kn.25.

²⁰⁹ Roxin AT I, §10A, s.281, Kn.3.

²¹⁰ Bunu şu şekilde de ifade edebiliriz:

Sistematik anlamda suç tipi= suçun maddi unsuru+suçun manevi unsuru

Kastı temellendiren suç tipi= suçun maddi unsuru. Bu bakımdan, sistematik anlamda ve kastı temellendiren suç tiplerinin aynı olmadığı anlaşılmaktadır.

²¹¹ Roxin AT I, §10A, s.281, Kn.5.

²¹² Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.54, Kn.175.

kalıbındaki unsurlardır²¹³. Bu kavrama karşılık olarak **haksızlık tipi (Unrechtstatbestand)** kavramı da kullanılmaktadır²¹⁴. Kanun koyucunun sosyal olarak zararlı ve sosyal etik bakımından kınanması gereken davranışları seçip gösterme ödevi mevcuttur. Bu amaca hizmet etmek üzere suç tipinin iki işlevi vardır. Bunlar seçme-ayırma ve suç kalıbı oluşturma işlevidir. Seçme-ayırma işlevinden anlaşılması gereken şudur: suç tipinde izin verilmeyen davranış göstermek suretiyle insanlara izin verilen davranış alanı gösterilir. Suç kalıbı oluşturma işleviyle de her bir suç tipinde zarar gören hukuki değer somutlaştırılmış olmaktadır²¹⁵. **Bütüncül haksızlık tipi (der Gesamt-Unrechtstatbestand)** geniş suç kavramından daha dar ve dar suç kavramından daha geniş bir suç kavramını ifade etmektedir. Bütüncül haksızlık tipi, objektif cezalandırma şartları ile kusurluluğun objektif şartları dışındaki haksızlığı oluşturan veya haksızlığı engelleyen bütün unsurları kapsamaktadır²¹⁶. Örneğin öldürmede bütüncül haksızlık unsuru, sadece ilgili kanun maddesinde yazan, yani suç tipine dahil unsurları değil; ayrıca meşru savunmanın unsurlarını da kapsar. Bu anlayışla hak ve haksızlığın sınırları iyice belirlenmektedir²¹⁷. Suçun olumsuz unsurları öğretisinde bu tür suç tipi anlayışı kabul edilmektedir²¹⁸.

Suç tipi kavramı bir başka görüşe göre de **tipik haksızlık/haksızlık tipi (Unrechtstatbestand)** ve **hukuka uygunluk sebebi tipi (Erlaubnistatbestand)** olmak üzere ikili bir ayrımla incelenmektedir²¹⁹. Haksızlık tipinde incelenen, suçun kanuni unsurlarının yerine getirilmesi hususu iken hukuka uygunluk sebebi tipinde incelenen ise failin fiilini bir hukuka uygunluk sebebi kapsamında işlemesi hususudur²²⁰. Bu bakımdan bu iki aşamalı inceleme bütüncül haksızlık tipiyle aynı özelliği göstermektedir.

Suç tipi, objektif ve sübjektif olmak üzere ikili bir ayrıma tabii tutulmaktadır. Suç tipinin objektif yönü (*objektive Deliktstatbestand*), netice haksızlığını temellendiren gerekli unsurların bütünü oluştururken; suç tipinin sübjektif yönü (*subjektive Deliktstatbestand*) ise

²¹³ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.55, Kn.176.

²¹⁴ Stratenwerth/Kuhlen AT, §7, Kn.7 vd. Nakleden Walter, Der Kern des Strafrechts, s.62.

²¹⁵ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.55, Kn.176.

²¹⁶ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.55, Kn.180.

²¹⁷ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.55, Kn.180.

²¹⁸ Heinrich, AT, §7, s.42, Kn.107.

²¹⁹ Kühl, AT, §6, s.127, Kn.7.

²²⁰ Kühl, AT, §6, s.127, Kn.7.

hareket haksızlığını temellendirmek için gerekli unsurların özetidir²²¹. Türk öğretisinde bunlar suç tipinin maddi (objektif) ve manevi (sübjektif) unsuru şeklinde isimlendirilmektedir²²².

B. SUÇ TİPİ VE NİTELİKLİ UNSURLAR

Unsur, bir suçun varlığı için bulunması gerekli şartlar olarak ele alınabilir. Bu bakımdan unsurlar, suçun kurucu unsurları ve arızı/tali unsurları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kurucu unsurlar, suçun basit şekline vücut veren unsurlardır. Bulunmamaları, suç tipinin oluşmasını engellemektedir²²³. Cezalandırılan fiile tipik şeklini veren tüm kurucu unsurları içeren suç tipi, temel (basit) suç tipidir ve ilgili suç tipinin esas şeklini teşkil etmektedir²²⁴. Tali unsurlar ise suçun varlığına değil, ağırlığına ilişki unsurlardır. Bu unsurlar haksızlığın derecesini, yani ağırlık veya hafifliğini etkileyerek²²⁵, suçu mevsuf, yani nitelikli hale getirir²²⁶. Bu sebeple eklenmesiyle suçu nitelikli hale getiren unsurlara, nitelikli unsurlar da denmektedir. Suçun basit şeklinden, çeşitli unsurların eklenmesiyle türetilen ve suçun basit şeklinden bağımsız olmayan suç tiplerine suça etkili haller denmektedir²²⁷. Bu türeme ile, suçun basit şekli daha hafif veya daha ağır bir nitelik kazanmış olabilir. Buna uygun olarak suça etkili haller, suça etkili hafifletici sebepler veya suça etkili ağırlatıcı sebepler olarak adlandırılmaktadır²²⁸. Suçun temel şeklinin yanında, hareketin haksızlığına ilişkin bu ek

²²¹ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.95, Kn.31.

²²² Hakeri, Genel Hükümler, s.128, 145, 216; Zafer, Genel Hükümler, s.220-221, 224, 276; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.111, 114, 145. Sadece maddi-manevi unsur şeklinde kullanım için bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.173, 236. Sadece objektif-sübjektif unsur şeklindeki kullanım için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.210, 252.

²²³ Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, s.35; Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.I, s.308, Kn.448bis.; Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Kısmen yenilenmiş ve genişletilmiş 10. Baskı, Ankara: U S-A Yayıncılık, Eylül 2017, s.162.

²²⁴ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.96, Kn.38; Jescheck/Weigend, AT, §26, s.268.

²²⁵ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.I, s.309, Kn.448bis; Hafizoğulları/ Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.162.

²²⁶ Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, s.36. *Dönmezer/Erman* suça etki eden halleri, unsur olarak ele almaz. Yazarlara göre unsur, suçun teşekkülü için gerekli olan veya eklenmekle mevcut suçun vasfını, yani adını değiştiren öğelerdir. Bu bakımdan yazarlar sadece kurucu unsurları, unsur olarak ele almaktadır. Yazarlar suça etki eden sebepleri, “suçun kurucu unsurları yanında bulunması veya bulunmaması ile suçun mevcudiyetini veya hukuki vasfına etki etmeyen, bulunmasıyla sadece suçun daha hafif veya ağır sayılmasına ve buna bağlı olarak da failin daha az veya çok cezalandırılmasına yol açan sebepler” olarak tanımlamaktadır (Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.339, Kn.1072).

²²⁷ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.181; Heinrich, AT, §8, s.62-63, Kn.179, 182; Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.96, Kn.39; Roxin AT I, §10H, s.342, Kn.135.

²²⁸ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.182; Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.96, Kn.39.

unsurlar da tamamlanmalıdır²²⁹. Nitelikli halin işlenmesi söz konusu olduğunda her iki suç tipi, yani temel suç tipi ve nitelikli suç tipi de uygulanabilir görünmektedir²³⁰. Sorun ise görünüşte içtima (*Gesetzeskonkurrenz*) kurallarıyla çözümlenmektedir²³¹.

Her ne kadar modern ceza hukukunda suçu nitelikli hale getiren unsurların, hafifletici-ağırlatıcı sebepler olarak adlandırılmasında vazgeçildiği ifade edilse²³² de, bu ifadeler hem öğretilde kullanılmaya devam etmekte²³³ hem de TCK m.42’de bileşik suçun “*biri diğerinin unsuru veya ağırlatıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suç*” şeklinde ifade edilmesi kanun koyucunun da bu adlandırmayı terk etmediğini göstermektedir²³⁴.

Nitelikli unsurlar fiilin işleniş tarzına, fail ile mağdur arasındaki ilişkiye, failin veya mağdurun sıfatına veya failin fiilin işleniş sırasında güttüğü amaç veya saike²³⁵, konunun özelliğine, fiilin işlendiği yer ve zamana²³⁶, fiil aracına²³⁷ ilişkin olabilir. Eziyet çektirerek öldürme (TCK m.82/1.b), fiilin işleniş tarzından kaynaklı; üstsoy veya altsoydan birine ya da

²²⁹ Heinrich, AT, §8, s.62, Kn.177; Roxin AT I, §10H, s.340, Kn.132; Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.96, Kn.39; Jescheck/Weigend, AT, §26, III.2, s.268; Hafizoğulları/ Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.162.

²³⁰ Roxin AT I, §10, s.341, Kn.133; Jescheck/Weigend, AT, §26, s.269.

²³¹ Roxin AT I, §10, s.341, Kn.133. *Gesetzeskonkurrenz* kavramının Türkçe karşılığı kanunların yarışması olup Türk hukukunda görünüşte fikri içtima veya görünüşte normlar çatışması kavramlarıyla ifade edilmektedir. Şöyle ki yazarın kitabı incelendiğinde *Gesetzeskonkurrenz*’in üç hali mevcuttur; bunlar *Spezialität*, *Subsidiarität* ve *Konsumption*’dur (Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat (AT II), München: Verlag C.H. Beck, 2003, §33V, s.846 vd., Kn.170vd). Bu kavramların Türkçe karşılıkları ise sırasıyla özel-genel norm ilişkisi, asli-yardımcı norm ilişkisi ve tüketen-tüketilen norm ilişkisidir (Hakeri, Genel Hükümler, s.632vd.). Nitelikli hallerde uygulanan görünüşte içtima hali ise özel-genel norm ilişkisi kapsamındadır (Roxin, AT II, §33V, s.849vd., Kn.180vd.; Zafer, Genel Hükümler, s.564).

²³² Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, YD, Ocak-Nisan 1999, Cilt:25, Sayı:1-2, s.70-96, s.92. Ağırlatıcı nedenler-hafifletici nedenler kavramlarının klasik ceza hukuku anlayışında kullanıldığına ilişkin olarak bkz. İçel, Genel Hükümler, s.302.

²³³ Demirbaş, Genel Hükümler, s.431vd; Toroslu/ Toroslu, Genel Kısım, s.282; Soyaslan, Genel Hükümler, s.213vd; Hafizoğulları/ Özen, Genel Hükümler, s.336vd. Öğretilde her iki adlandırmayı beraber kullanan yazarlar için bkz. Zafer, Genel Hükümler, s.599vd; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler (2017), s.409vd.

²³⁴ Ayrıca TCK m.40’ın gerekçesindeki “*cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran kişisel nedenler, ancak ilgili suç ortağı açısından hukuki sonuç doğurur.*” ifadesinin de kanun koyucunun bu adlandırmayı terk etmediğine bir örnek teşkil ettiğine ilişkin olarak bkz. Ekici Şahin, Meral, İştirak Haline İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti, AÜHFD, 64 (3) 2015, s.637-686, s.642.

²³⁵ Özgenç, Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, s.92-93; Zafer, Genel Hükümler, s.524; Akbulut, Genel Hükümler, s.380; Koca/ Üzülmmez, Genel Hükümler, s.143-144.

²³⁶ Hakeri, Genel Hükümler, s.142; Akbulut, Genel Hükümler, s.380; Koca/ Üzülmmez, Genel Hükümler, s.143; Zafer, Genel Hükümler, s.601.

²³⁷ Hakeri, Genel Hükümler, s.142; Zafer, Genel Hükümler, s.601.

eş veya kardeşi öldürme (TCK m.82/1.d), fail ile mağdurun arasındaki ilişkiden kaynaklı²³⁸; çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiyi öldürme (TCK m.82/1.e), mağdurun sıfatından kaynaklı; bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla hırsızlık, (TCK m.144/1.b), failin işleniş sırasında güttüğü amaçtan kaynaklı²³⁹; kan gütme saikiyle öldürme (TCK m.82/1.j), failin fiilin işleniş sırasındaki saikinden kaynaklı²⁴⁰ nitelikli hallerdir. Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanmak suretiyle kasten yaralama ise (TCK m.86/3.d), failin sıfatından kaynaklanan; payda veya elbirliği ile malik olunan mal hakkında hırsızlık (TCK m.144/1.a), konudan kaynaklanan; silahla cinsel saldırı (TCK m.102/3.d), fiil aracından kaynaklanan; uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ülke içinde okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve tesisler ile bunların varsa çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen sınırlarına iki yüz metreden yakın mesafe içindeki umumi veya umuma açık yerlerde ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak satma, satışa arz etme, başkalarına verme, sevk etme, nakletme, depolama, satın alma, kabul etme, bulundurma (TCK m.188/4.b), fiilin işlendiği yerden kaynaklanan; hırsızlık suçunun gece işlenmesi (TCK m.143), fiilin işleniş zamanından kaynaklanan²⁴¹ nitelikli hallerdir.

Cezayı artıran nitelikli haller kastın kapsamında olmalıdır. Yani failin, olayda mevcut bulunan daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halden sorumlu tutulabilmesi için, failin bu nitelikli halin mevcudiyetini bilmesi gerekir. Bu hali bilmeyen failin sorumluluğu ilgili suçun temel şeklinde göre belirlenir²⁴². Örneğin kasten öldürme suçunun gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haldir. Failin bu nitelikli halden sorumlu tutulması, öldürdüğü kadının gebe olduğunu bilmesine bağlıdır²⁴³. Failin, bir suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini işlediğini zannederken aslında o halin somut olayda mevcut olmaması durumunda ise failin nitelikli hale ilişkin kastı olmakla beraber, bu nitelikli

²³⁸ Özgenç, Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, s.92.

²³⁹ Koca/ Üzülmüş, Genel Hükümler, s.145.

²⁴⁰ Koca/ Üzülmüş, Genel Hükümler, s.144.

²⁴¹ Hakeri, Genel Hükümler, s.142; Zafer, Genel Hükümler, s.601, dn.5; Koca/ Üzülmüş, Genel Hükümler, s.144.

²⁴² Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.649; Koca/ Üzülmüş, Genel Hükümler, s.262-263; Hakeri, Genel Hükümler, s.456. *Hakeri*'ye göre burada irade ile gerçek arasındaki farklılığın irade lehine çözümlenmesi kuralına bir istisna getirilmekte ve mefruz suç kuralı gereğince daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal faille uygulanmamaktadır (Hakeri, Genel Hükümler, s.456).

²⁴³ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.649.

hal ona yüklenemeyecektir²⁴⁴. Örneğin somut olayda karnında şişlik olan kadını gebe zannederek öldüren failin sorumluluğu kasten öldürmenin temel şekline göre belirlenecektir²⁴⁵.

Nitelikli hallerden farklı olarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta failin, bilmediği ağır neticeden sorumluluğuna gidilmesi için taksir yeterlidir (TCK m.23)²⁴⁶. Fail, iradesinin daha hafif neticeye yönelik olduğunu iddia etse bile netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, failin ağır neticeye yönelik taksiri mevcutsa fail bu neticeden sorumlu olacak, taksiri dahi yoksa bu neticeden sorumlu olmayacaktır. Örneğin failin iradesi kapsamında olmasa bile, eğer fail, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak kasten yaralama sonucu kemik kırılmasına neden olduysa bu neticeden taksirle sorumlu olacaktır (TCK m.87/3)²⁴⁷.

Daha az cezayı gerektiren nitelikli halin olayda bulunmasının fail tarafından bilinmesine gerek yoktur. Hafifletici nitelikli hal olayda varsa ve fail bundan haberdar değilse, objektif durum esas alınır ve fail bu halden faydalanır²⁴⁸. Fail, hafifletici nitelikli halin bulunmadığı durumlarda bu nitelikli halin mevcut olduğunu zannederse bu durumda fail TCK m.30/2 gereğince bu hatasından faydalanır. Örneğin değerli bir malı değersiz olduğunu düşünerek çalan fail TCK m.145'teki indirimden faydalanacaktır²⁴⁹.

Failin, somut olayda mevcut olan –ancak failin haberdar olmadığı- daha az cezayı gerektiren nitelikli halden faydalanması konusunda Alman öğretisinde dört farklı görüş öne

²⁴⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s.467; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.650; Koca/ Üzülmöz, Genel Hükümler, s.263; Hakeri, Genel Hükümler, s.457.

²⁴⁵ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.650.

²⁴⁶ Hakeri, Genel Hükümler, s.456-457; Demirbaş, Genel Hükümler, s.432; Heinrich, AT, §8, s.62, Kn.180 (Yazarlar, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halin özel bir şekli olarak ele almaktadır).

²⁴⁷ Hakeri, Genel Hükümler, s.457.

²⁴⁸ Demirbaş, Genel Hükümler, s.432; Dönmezer-Erman, II, s.321, kn. 1052; Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler, s.263-264. Somut olayda mevcut olan, ancak failin kendisinden haberdar olmadığı hafifletici nitelikli halin varlığından faili faydalandırmamak bir görüşe göre “fiilsiz suç olmaz” ilkesine aykırıdır (Cihan, Ceza Hukukunda Fiili Hata, s.253). Yazara göre somut olayda mevcut olmayan bir hafifletici nitelikli hali, failin var zannetmesi durumunda ise faili bu sebepten faydalandırmamak “kusursuz ceza olmaz” ilkesine aykırıdır (Cihan, Ceza Hukukunda Fiili Hata, s.250).

²⁴⁹ Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler, s.264; Zafer, Genel Hükümler, s.605; Akbulut, Genel Hükümler, s.414-415; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler (2017), s.410; Toroslu/ Toroslu, Genel Kısım, s.287-288.

sürülmektedir²⁵⁰. *Birinci görüşe göre* daha az cezayı gerektiren nitelikli hal, kastın kapsamındadır, bu hallerden faydalanmak için failin bunları bilmesi gerekmektedir. Eğer fail somut olaydaki hafifletici hali bilmiyorsa sorumluluğu suçun temel şekline göre belirlenmelidir²⁵¹. *İkinci görüşe göre* fail sadece temel şekle teşebbüsten sorumludur²⁵². *Üçüncü görüşe göre* somut olayda mevcut olan daha az cezayı gerektiren nitelikli halin bilinmemesi özellik arz etmektedir. Fail objektif olarak daha hafif bir haksızlık işlerken, sübjektif olarak ise suç tipinin temel şeklindeki haksızlığı işlemiştir. Bu sebeple failin sorumluluğu fikri içtima kapsamında ilgili suçun temel şekline teşebbüs ve suçun daha az cezayı gerektiren halinin tamamlanmış şekline göre belirlenmelidir²⁵³. *Dördüncü görüşe göre* ise failin sadece suçun daha az cezayı gerektiren şeklinden sorumlu olacağı ifade edilmektedir²⁵⁴. Dördüncü görüş şu hususla desteklenebilir: Alman kanun koyucu somut olayda mevcut –ancak failin haberdar olmadığı- daha az cezayı gerektiren nitelikli halin bilinmemesini kanunda düzenlememiştir. Bu bakımdan bu durumda Alm.CK m.16 I uygulanabilir. Buradaki mantık şudur: Nasıl ki olayda mevcut olmayan, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini mevcut zanneden faile bu hal uygulanmaz, ağırlatıcı hale göre hafif olan ve olayda mevcut olan suçun temel şekli uygulanır. Aynı şekilde olayda mevcut olmayan suçun temel şeklinin bulunduğunu zanneden faile temel şekil uygulanmaz, temel şekle göre hafif olan ve olayda mevcut bulunan daha az cezayı gerektiren nitelikli hal uygulanır.

Alman hukukunda bazı durumlarda kanun koyucu özel ağır veya hafif haller (*besonders schweren Fällen/ minder schweren Fällen*) şeklinde örnek durumlar düzenlemektedir. Örneğin Alm.CK. m. 243'te hırsızlığın özel ağır halleri kapsamında kapalı alanda, sahte anahtarla, kendini savunma durumunda olmayan kişiye karşı yapılan hırsızlık vb. haller düzenlenmiştir²⁵⁵. Bu unsurlar her ne kadar Alman hukukunda nitelikli hal olarak kabul edilmese de hata ve fikri içtima gibi bazı konularda, bu unsurların suçun unsurları gibi

²⁵⁰ Vogel, LK-StGB, §16, s.1162, Kn.106.

²⁵¹ Heinrich, AT, §8, s.63, Kn.182; Lackner, Karl/ Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar (Lackner/Kühl, StGB), 26. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2007, §16, s.124, Kn.7; Kühl, AT, §13, s.447, Kn.16.

²⁵² Backmann'ın görüşü için bkz. Vogel, LK-StGB, §16, s.1162, Kn.106.

²⁵³ Kindhäuser, AT (7. Auflage, 2015), §27, s.217, Kn.4; Jescheck/Weigend, AT, §29, s.310-311.

²⁵⁴ Vogel, LK-StGB, §16, s.1162, Kn.106.

²⁵⁵ Roxin, AT I, §10, s.341, Kn.134; Heinrich, AT, §8, s.63, Kn.184.

ele alınması gerektiği kabul edilmektedir²⁵⁶. Bu görüş uyarınca, bu unsurlar suç kalıbına dâhil olmamasına rağmen kastın kapsamında olmalıdır²⁵⁷.

C. SUÇ TİPİNİN YAPISI

1. Genel olarak

Ceza normu, bir kısmı suça bir kısmı yaptırıma ilişkin olmak üzere birçok unsur içermektedir. Failin fiilinin haksızlık içeriğini belirleyen unsurları içeren suç kalıbı da ceza normunun bir parçasını oluşturmaktadır²⁵⁸. Her ceza normunun “şu fiili işleyen (veya ihmal eden) bu şekilde cezalandırılır” şeklinde bir yapısı bulunmaktadır²⁵⁹. Bu bakımdan ceza tehdidi içeren normun özünü suç tipi oluşturmaktadır²⁶⁰. Ceza tehdidi içeren norm, cezalandırılacak fiilin tüm şartlarını değil sadece tipi, yani haksızlık tipini/tipik haksızlığı içermektedir²⁶¹. Fiilin cezalandırılması için gerekli olan hukuka aykırılık unsuru²⁶² ve kusur²⁶³ Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümlerinde ayrıca düzenlenmiştir. Suç tipinde failin davranışı tarif edilerek ilgili haksızlık tipikleştirilmektedir. Böylece buna haksızlık tipi (*Unrechtstatbestand*) de denebilir. Suç tipinin, cezalandırılan davranışı cezalandırılmayan

²⁵⁶ Roxin, ATI, §10, s.341-342, Kn.134; Jescheck/Weigend, AT, §27, s.272. Alman hukukunda kanun koyucunun daha ağır veya hafif cezayı gerektiren özel haller şeklinde düzenlediği haller, suç tipinin varyasyonları olan suçun nitelikli hallerinden farklıdır. Bunlar suç tipi bahsine değil, aksine cezalandırma ölçütü (*Strafzumessungslehre*) alanına aittir. Bu haller, kanunda örnekleme yoluyla (*Regelbeispiele*) ortaya konmaktadır. Kural olarak bu örnekler somut olayda mevcut olsa bile, hakim bu sebeple cezayı ağırlaştırmak zorunda değildir. Benzer şekilde kanunda bir örnek mevcut olmasa bile hakim somut olayda ağırlaştırmaya gidebilir (Roxin, AT I, §10, s.341, Kn.134).

²⁵⁷ Jescheck/Weigend, AT, §29, s.296.

²⁵⁸ Zafer, Genel Hükümler, s.219.

²⁵⁹ Haft, AT, s.45.

²⁶⁰ Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch (AT), 12. Auflage, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2016, §6, s.98, Kn.3.

²⁶¹ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §6, s.97, Kn.2.

²⁶² İstisnai olarak bazı suç tiplerinde hukuka aykırılık unsuruna yer verilmektedir. Hırsızlık suç tipini düzenleyen TCK m.141’deki “*Zilyedinin rızası olmadan*”, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suç tipini düzenleyen TCK m.133’ün sırasıyla birinci ve ikinci fıkralarındaki “*taftlardan herhangi birinin rızası olmaksızın*” ve “*diğer konuşanların rızası olmadan*” ifadeleri buna örnek olarak gösterilebilir.

²⁶³ TCK’nın genel hükümlerinde, 24/2, 25/2, 27, 28, 29, 30/4, 31, 32, 33 ve 34. maddelerinde kusuru etkileyen (azaltan veya kaldıran) haller düzenlenmektedir. Kusuru temellendiren kusur yeteneğinin açık tanımı TCK’nın genel hükümlerinde bulunmasa da yaş küçüklüğünü (TCK m.31) ve akıl hastalığını (TCK m.32) düzenleyen maddelerden kusur yeteneğinden kastın ne olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre kusur yeteneği, kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama (algılama yeteneği) ve buna göre davranışlarını yönlendirme yeteneği (irade yeteneği) olarak tanımlanabilir (Koca/Üzölmez, Genel Hükümler, s.314; Hakeri, Genel Hükümler, s.382; Dönmezer/ Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Kanunu c.II, s.148, Kn.849-850).

davranıştan ayırma özelliği mevcuttur. Suç tipi kavramı cezalandırılan hareketin soyut bir tanımını oluşturmaktadır²⁶⁴.

2. Suç tipine hâkim olan ilkeler ve istisnaları

Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan kanunilik ilkesi suç tipine hakim olan ilkelerin en önemlisidir. Ancak kanunilik ilkesi diğer bazı ilkelerle birlikte ele alındığında anlam kazanmaktadır. Bunlar belirlilik ilkesi (belirsizlik yasağı), örf ve adet hukukuyla suç ihdas etme ve cezayı ağırlaştırma yasağı, kıyas yasağı, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdası yasağı ve geçmişe yürüme yasağıdır. Çalışmamızda kanunilik ilkesi ve tamamlayıcı ilkelere açıklanacaktır; ancak suç tipi bakımından önem arz etmeyen geçmişe yürüme yasağına çalışmamızda yer verilmeyecektir.

a. Kanunilik ilkesi

Türk hukukunda kanunilik ilkesi Türk Anayasası m. 38 ve TCK m.2’de²⁶⁵; Alman hukukunda ise Alman Anayasası m.103/2 ve Alm.CK. m.1 (Anayasanın 103. maddesinin lafzıyla aynı) ile düzenlenmiştir. İlgili maddeler uyarınca, bir fiilden ötürü ceza sorumluluğunun söz konusu olabilmesi fiil işlenmeden önce bu fiilin soyut tasvirinin ve işlendiği takdirde bundan doğacak ceza sorumluluğunun yasa ile belirlenmesi gerekir. Yani, ceza ve cezalandırılan fiil daha öncesinde bir kanunun varlığını gerektirmektedir²⁶⁶. TCK m.2/2’de yer alan “*idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz*” ifadesiyle, madde metninde yer alan “kanun” teriminin biçimsel anlamda kanun olduğu ve suç ve ceza

²⁶⁴ Haft, AT, s.44.

²⁶⁵ Anayasa m.38/1: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”, TCK m.2: “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”. Zaman bakımından uygulama başlıklı TCK m.7 de kanunilik ilkesini tamamlayıcı niteliktedir. TCK m.7/1: “İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanunî neticeleri kendiliğinden kalkar.”

²⁶⁶ Hakeri, Genel Hükümler, s.13; Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 8. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2017, §3, s.41, Kn.1; Roxin, AT I, §5, s.139, Kn.2.

koyma yetkisinin sadece yasama organına ait olduğu ifade edilmiştir²⁶⁷. Bu ilke AİHS m.7/1’de ise daha somut bir şekilde ifade bulmuştur²⁶⁸. AİHS m.7/1’e göre, “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”²⁶⁹.

Bu belirliliği sağlamak adına da hem cezalandırılacak davranışın sınırları belirlenmeli hem de davranışın hukuki sonucu olarak dayatılacak cezanın bir yasa ile düzenlenmesi gerekir²⁷⁰. Bu şekilde hangi davranışa hangi yaptırımın uygulanacağı bileneceği için, insanlar bu davranışlardan kaçınırlar. Bu da suç tipinin genel önleme (*Generalprävention*) işlevini ortaya koymaktadır²⁷¹.

Kanunilik ilkesi²⁷², vatandaşa öncesinden kanunla sınırları çizilmemiş bir suçun unsurlarını gerçekleştirmediği sürece cezalandırılmayacağını garanti etmektedir. Buna ceza hukukunun hukuk devletinde güvence işlevi denilmektedir. Böylece kanunilik ilkesi, ceza hukukunun toplumu koruma amacı ile bireyi koruma amacını bağdaştırarak; toplum ve bireyin faydalarını dengelemektedir²⁷³. Bu ilke, Latince “*nulla poena, nullum crimen sine lege*” (kanunsuz suç ve ceza olmaz) şeklinde ifade edilmektedir²⁷⁴. Her ne kadar Latince olsa da bu ifade Roma hukukunda bulunmamaktadır; ifade 19. yüzyıl ceza hukukçularından *Feuerbach*’a aittir²⁷⁵.

²⁶⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.151; Özgenç, Genel Hükümler, s.117-118.

²⁶⁸ Heinrich, AT, §3, s.10, Kn.23.

²⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, (Erişim Tarihi: 10.08.2018).

²⁷⁰ Kindhäuser, AT (8. Auflage, 2017), §3, s.41, Kn.1.

²⁷¹ Hakeri, Genel Hükümler, s.13-14; Heinrich, AT, §3, s.10, Kn.24.

²⁷² Kanunilik ilkesinin hukuk devleti ilkesinin bir görünüş şekli olduğu görüşü için bkz. Heinrich, AT, §3, s.10, Kn.24.

²⁷³ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.I, s.17, Kn.30-31.

²⁷⁴ Kindhäuser, AT (8. Auflage, 2017), s.41, §3, Kn.2.

²⁷⁵ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.I, s.17, Kn.31, dn.29; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.147, dn.24; Özgenç, Genel Hükümler, s.116.

b. Belirlilik ilkesi (Belirsizlik yasağı)

Suç tipi açık olmalı; öyle ki suç tipinden, hangi değer korunmak istendiği, hangi hareket araçlarının düşünüldüğü, yasaklanan hareketin icrai veya ihmali hareket ile mi işleneceği, bir zarar veya somut bir tehlikenin mi arandığı, kastın gerekli mi olduğu yoksa taksirin yeterli mi olduğu anlaşılmalıdır²⁷⁶. Suç tipinin açık olması kanunilik ilkesi kapsamındaki dört yasaktan²⁷⁷ biri olan belirsizlik yasağı, diğer adıyla belirlilik ilkesi ile anlaşılabilir.

Belirlilik ilkesi ile kast edilen, ceza normlarının hem emir ve yasaklarının herkesin anlayacağı şekilde açık olması²⁷⁸ hem de hukuki sonuçlarının belirli olmasıdır²⁷⁹. Belirlilik ilkesinin bir işlevi, kişilere hangi davranışın yasaklandığını göstererek, onlara serbest davranış alanını göstermektir. İlkenin diğer işlevi ise kamu otoritesinin keyfi ve ayrımcı davranışlarının önüne geçmektedir. Hakimler, açıkça yasaklanmayan davranışları cezalandıramayacaktır²⁸⁰.

Bu ilke, suç tipinin tüm ayrıntılarıyla düzenlenmesini gerektirmemektedir. Eksik normlar, bir değer yargısıyla doldurulması gereken düzenlemeler (*Generalklauseln*) kısıtlı da olsa ceza hukukunda kullanılabilmelidir²⁸¹. Aynı şekilde taksirli suçlar veya gerçek olmayan ihmali suçlar bu durumun istisnasını teşkil etmektedir. Burada eksik olan unsurlar hakim tarafından tamamlanmaktadır²⁸². Belirli bir suçun haksızlık içeriğini ortaya koyan unsurların kanun koyucu veya hakim tarafından doldurulmasının anayasal belirlilik ilkesiyle ilgili olduğu, bu unsurun suç tipine ilişkin olmadığı savunulmaktadır. Buna örnek olarak da gerçek

²⁷⁶ Jescheck/Weigend, AT, §25, s.245.

²⁷⁷ Kanunilik ilkesinin yasak şeklinde dört görünümü mevcuttur. Bunlar: örf ve adet hukuku yasağı (nullum crimen sine lege *scripta*), kıyas yasağı (nullum crimen sine lege *stricta*), belirsizlik yasağı (nullum crimen sine lege *certa*) ve geriye yürüme yasağıdır (nullum crimen sine lege *praevia*) bkz. Kindhäuser, AT (8. Auflage, 2017), s.41, §3, kn2; Haft, AT, s.32.

²⁷⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s.127; Haft, AT, s.35; Hakeri, Genel Hükümler, s.16.

²⁷⁹ Hakeri, Genel Hükümler, s.16; Heinrich, AT, §3, s.12, Kn.28.

²⁸⁰ Hakeri, Genel Hükümler, s.17.

²⁸¹ Heinrich, AT, §3, s.12, Kn.29; Krş. “Yasaklanan şey tamamen ve kapsamlı olarak açıklanmalıdır; çünkü kanun koyucu ilgili suçun tipik haksızlık içeriğini ortaya koyan unsurların bütünlüğünü sağlamalıdır.” Jescheck/Weigend, AT, §25, I.2, s.245.

²⁸² Jescheck/Weigend, AT, §25, I.2, s.245.

olmayan ihmali suçlardaki garantörlük gösterilmektedir²⁸³. Aynı şekilde taksirli suçlardaki, failin dikkat ve özen yükümlülüğü de bu kapsamdadır.

Belirlilik ilkesi kanun koyucunun ceza normlarını vazederken belirlenmesi mümkün olmayan kavramları kullanmaktan veya birden fazla anlama gelebilecek ifadelerden sakınmasını gerektirir²⁸⁴. Ancak deskriptif unsurlar bile az-çok belirsizlik taşıyıp, bir değerlendirme gerektirmektedir. Normatif unsur veya bir değerle doldurulması gereken (*generalklauselartig*) kavramlarda da biraz belirsizlik söz konusudur²⁸⁵. Kanun koyucu hayatın değişimi karşısında bu şekilde belirsiz kavramları kullanmak zorunda kalmaktadır²⁸⁶. Örneğin TCK m.98’de “Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen” kişinin cezalandırılması öngörülmüştür. Burada “hal ve koşulların elverdiği ölçüde” ifadesi kullanılarak yardım etmemenin her bir olayda farklı ele alınması gerektiği belirtilmiştir. Yine “derhal” ifadesi her ne kadar kesinlik ifade etse de, bu kelimeyle asıl anlatılan, olayın somut şartlarına göre mümkün olan en kısa sürede yetkili makamlara bildirimde bulunmadır²⁸⁷. Bir diğer örnek olarak, Alman Ceza Kanunu m. 142 I Nr.2’de olay yerini izinsiz terk suçu düzenlenmiştir. Bu norma göre, somut şartlara göre uygun bir zaman olay yerinde beklenmelidir. Ancak bu zamanın miktarı kesin bir şekilde belirlenmemesine rağmen, bu durum yine de belirsizlik yasağına uygundur²⁸⁸.

c. Örf ve âdet hukukuyla suç ihdas etme ve cezayı ağırlaştırma yasağı

Örf ve âdet hukuku “resmi bir düzenleme olmaksızın, uzun yıllar boyunca sürekli, aynı şekilde ve herkes için başvuru ve toplumca da bağlayıcı bir hukuk normu gibi kabul

²⁸³ Jescheck/Weigend, AT, §25, I.2, s.246.

²⁸⁴ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.60.

²⁸⁵ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §7, s.134, Kn.9; Haft, AT, s.35.

²⁸⁶ Haft, AT, s.35.

²⁸⁷ Y2.CD, 20201/32787, 6.12.2010 (nakleden Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt Md.88-153, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s.3596, dn.203).

²⁸⁸ Haft, AT, s.35.

gören fiili uygulamadır”²⁸⁹. Medeni hukuk ve kamu hukukunda örf ve adet hukuku ile kişilere ve kurumlara sorumluluk yüklenebilir²⁹⁰, ancak ceza hukukunda bu mümkün değildir. Ceza hukukunda **örf ve adet hukuku** ile suç kalıbı yaratılamaz²⁹¹. Ancak bundan, örf ve adetin ceza hukuku alanında hiçbir değeri haiz olmadığı sonucu çıkarılamaz²⁹². Örf ve adete, ceza normunun diğer hukuk dallarına atıf yaptığı durumda başvurulabilir²⁹³. Bazen de kanun metnindeki ifadelerin anlamı örf ve adete göre değişebilir²⁹⁴. Yine kanunla düzenlenmiş hukuka aykırılığı veya kusuru kaldıran hallerin de örf ve adet ile kısıtlanması söz konusu olamaz. Çünkü bu kısıtlamalar da ceza oluşturma etkisi göstermektedir²⁹⁵.

Bu durumun istisnası olarak ise örf ve adet hukukunun failin lehine olması durumu gösterilebilir. Örneğin bir kanun hükmü uzun yıllar uygulanmamak suretiyle yürürlükten kalkabilir. I. Dünya Savaşı’ndan sonra, savaşa ilişkin ceza normlarının uygulanmayarak yürürlükten kalkması gibi²⁹⁶. Yahut örf ve adet, yürürlükte olan bir ceza normunu somut olayda uygulanmaz kılabilir. *“Arkadaşlarıyla, mağdura ait bahçenin yakınında oyun oynamakta olan sanığın, bahçedeki elma ağaçlarından birkaç elma koparıp yemesinden ibaret olan eylemi törelere, örf ve adetlere göre süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel hoşgörünün doğal ve olağan bir tezahürüdür”*²⁹⁷. Burada örf ve adet, failin kastına, failin

²⁸⁹ BVerfGE 22,114 (121) için bkz. Kindhäuser, AT (8. Auflage, 2017), s.41, §3, Kn.3. Örf ve adet hukukunun kesin bir tanımı olmayıp; öğretilerde, bu kavramın birbirine benzer çeşitli tanımları yapılmıştır. Bunlardan birkaçı şu şekildedir: *“Bir topluluk içinde, zamanla, kendiliğinden meydana gelen ve bazen hukuken uyulması zorunlu olan normlar”* (Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.I, s.152, Kn.222); *“Bir davranışın toplumda ciddi ve genel bir uygulama bulmuş, devamlılık hali göstermiş olması”* (Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.61); *“Topluluğun içine yerleşmiş ve topluluk tarafından uyulmasının zorunlu olduğu inancı yerleşmiş kurallar”* (Zafer, Genel Hükümler, s.104). Bu kuralların örf ve adetten sayılabilmesi için bu kurallara uyulmasının zorunlu olduğuna ilişkin inancın gerekliliği konusunda benzer görüş için bkz. Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s.50; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.177.

²⁹⁰ Heinrich, AT, §3, s.11, Kn.26.

²⁹¹ Alacakaptan, Uğur, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, s.8; Haft, AT, s.32-33, Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §7, s.141, Kn.29.

²⁹² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.178.

²⁹³ Erem/ Danışman/ Artuk, Genel Hükümler, s.100; Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.I, s.152, Kn.223.

²⁹⁴ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.I, s.152, Kn.223; Hakeri, Genel Hükümler, s.25. Örneğin yerel ifadelerin hakaret özelliği taşıyıp taşımadığı örf ve adete göre belirlenir (Hakeri, Genel Hükümler, s.25).

²⁹⁵ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §7, s.141, Kn.29.

²⁹⁶ Haft, AT, s.32-33. Aksi görüşe göre örf ve adet neticesi bir ceza normu uzun süre uygulanmayabilir. Ancak bu uygulamama halinin ceza normunun geçerliliğine etkisi yoktur, ilgili norm mülga edilmiş sayılamaz (Taner, Umumi Kısım, s.172, Erem/ Danışman/ Artuk, Genel Hükümler, s.100, Alacakaptan, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, s.8; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.178, dn.169).

²⁹⁷ CGK 6-406/499, 26.10.1987, karar için bkz. Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.61.

hukuka aykırılığına ve cezalandırılabilirliğine etki etmektedir²⁹⁸. Örf ve adet hukuku bir ceza normunun uygulamasını da daraltabilmektedir²⁹⁹. Örneğin somut olayda kumar suçunun tüm unsurları oluşsa dahi ortadaki paranın önemsizliği ve oyun oynayanların eğlence amacıyla oynamaları durumunda kumar suçu oluşmayacaktır³⁰⁰.

d. Kıyas yasağı

Kıyas, karşılaştırılan iki şeyin arasında benzerlik kurup, birine ilişkin kuralı diğerine uygulamaktır³⁰¹. Kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak kıyas ile yeni suç kalıpları ve hukuki sonuçlar yaratılamaz³⁰². Kıyas yasağı TCK m.2/3'te şu şekilde ifade bulmuştur: “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*”. Kanun koyucu kıyas ve yorumu birbirinden ayırmış; kıyası yasaklarken yoruma cevaz vermiştir. Her ne kadar genişletici yorum ve kıyas birbirine yakın kurumlar olsalar da³⁰³, yorum ve kıyasın birbirinden ayrılması önem arz etmektedir³⁰⁴. Zira dikkat etmek gerekir ki, kanun koyucu genişletici yoruma cevaz verirken, genişletici yorum gerekçesiyle kıyas teşkil eden uygulamaları yasaklamaktadır³⁰⁵.

Kıyas yasağının istisnaları ise şunlardır: 1) Bir suç tipinin içerisinde yapılan kıyas mümkündür³⁰⁶. Mesela kanun koyucunun örnek mahiyetinde yer verdiği, bir suç tipinin daha ağır veya az cezayı gerektiren özel hallerine (*Regelbeispiele*) kıyas mümkündür. Örneğin Alm.CK. m.243 I c.2'de kapalı bir yerde veya **benzer** şekilde muhafaza altında olan bir eşyanın çalınmasından bahsedilmektedir. Buradaki kıyas uygundur. Örnekler (*Regelbeispiele*) *de facto* suçun unsuru olduğu için bu kanun yapım tekniği tartışmalıdır³⁰⁷. Benzer şekilde TCK m.142/1-d maddesinde “Haksız yere elde bulundurulan veya taklit anahtarla ya da diğer

²⁹⁸ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.61.

²⁹⁹ Hakeri, Genel Hükümler, s.24-25; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.61.

³⁰⁰ Y2.CD, E.8132, K.8403, 30.12.1981 nolu karar için bkz. Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.61.

³⁰¹ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.61; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.66.

³⁰² Hakeri, Genel Hükümler, s.29; Haft, AT, s.33. Kıyas yasağının sadece suç kalıpları için geçerli olduğu, suç teorisinin genel ilkeleri bakımından kıyasın mümkün olduğu görüşü için bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.132.

³⁰³ Zafer, Genel Hükümler, s.102.

³⁰⁴ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.I, s.175, Kn.259; Haft, AT, s.34, Kindhäuser, AT (8. Auflage, 2017), §3, s.42, Kn.6.

³⁰⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.161.

³⁰⁶ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §7, s.139, Kn.22.

³⁰⁷ Haft, AT, s.34.

bir aletle kilit açmak veya kilitlenmesini engellemek suretiyle” hırsızlık, nitelikli hırsızlık olarak düzenlenmiştir. Buradaki “diğer bir alet” ifadesi madde metnini kıyasa açmaktadır.

2) Failin lehine olduğu durumda kıyasa başvurulabileceği hususunda Türk öğretisinde iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Birinci görüşe göre failin lehine kıyas yoluna gidilebilirken, aleyhine hukuki sonuç doğuracak kıyas yapılamaz³⁰⁸. İkinci görüşe göre ise lehe-aleyhe ayrımı yapılmaksızın hiçbir surette kıyas yoluna gidilemez³⁰⁹.

Alman hukukunda ise failin lehine olan durumlarda da kıyasın mümkün olduğu ağırlıklı kabul edilmekle beraber, kıyasın hangi şartlara tabi olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre kıyasın mümkün olması şuna dayanır: Alman Anayasası m.103/2, Alm.CK. m.1 ve AIHS m.7 uyarınca sadece failin aleyhine kıyasın yasaklanması, lehine kıyasa ilişkin bir sınırlama olmaması³¹⁰. Ancak yine de kıyas belirli şartlara tabi olmalıdır: **a) Kanunda bir boşluk olmalıdır.** Olaydaki gerçeklik, yorum yoluyla ilgili norm

³⁰⁸ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.67, Alacakaptan, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, s.26, Özgenç, Genel Hükümler, s.136; İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler (GH), Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul, Beta, Eylül 2017, s.110; Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s.68, Keçelioğlu, Elvan, Ceza Hukukunda İçtihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas, TAAD, Yıl:3, Sayı:11 (Ekim 2012), s.77-100 (<https://studylibtr.com>, Erişim Tarihi:12.5.2019), s.94-95. Aleyhe-lehe kıyas ayrımı yapan yazarlar arasında da kıyasın kapsamı bakımından fikir ayrılığı mevcuttur. İçel’e göre “örnekseme yasağı kanuni tipin öngördüğü bütün yasal öğeleri kapsar. Yani tipikliğin yanı sıra, hukuka aykırılık, kusurluluk unsurları, objektif cezalandırılabilme koşulları ve diğer tüm özel öğeler yönünden failin zararına olarak örnekseme yoluna gidilemez. Bunun gibi, kanunda öngörülen cezaların örnekseme ile ağırlaştırılması veya kanunda gösterilmeyen bir cezanın yine bu yolla ek olarak uygulanması imkansızdır.” (İçel, Genel Hükümler, s.106-107). Toroslu/Toroslu’ya göre ise “Türk Ceza Kanunu sadece suç ve ceza içeren hükümlerin yorumlanmasında ve uygulanmasında kıyası yasakladığına göre suç ve ceza içermeyen hükümler yönünden lehte kıyas yapılmasına kanuni bir engel bulunmamaktadır. Bu itibarla, failin hukuka aykırılığını önleyen nedenler, bir başka deyişle hukuka uygunluk nedenleri konusunda kıyas işleminin yapılabilmesi kabul edilmelidir. Lehte kıyas aynı şekilde, isnat edilebilirliği önleyen veya ortadan kaldıran nedenler yönünden olduğu gibi, açıklayıcı ceza normları yönünden de mümkündür. Nitekim TCK’nun 61. maddesinin son fıkrasındaki kıyas yasağı, somut cezanın belirlenmesi sürecinde söz konusu olan cezayı ağırlaştırıcı, azaltıcı veya değiştirici nedenler yönünden geçerlidir.” (Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s.68).

³⁰⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.162-163; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.66; Hakeri, Genel Hükümler, s.30; Baytaç, Abdullah Batuhan, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, Temmuz 2018, s.364-365. Baytaç’a göre her ne kadar lehe kıyas, kıyas yasağının ortaya çıkış amacıyla (bireyin hukuk güvenliğini sağlama) örtüşmekteyse de (Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, s.362-363) TCK m.2/3’ün lafzından dolayı lehe kıyas kabul edilemez. Türk hukuku bakımından bu tartışma sadece olması gereken hukuk bakımından ortaya konulabilir (Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, s.364-365). Koca/Üzülmez’e göre TCK m.61/10’da cezanın azaltılması bakımından kanunda açık hüküm bulunmasını vazeden kanun koyucu cezayı ortadan kaldıran sebepler bakımından da bunu aramaktadır (Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.66).

³¹⁰ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §7, s.140, Kn.24.

altında değerlendirilemiyor olmalıdır³¹¹. **b)** Boşluk bilinçli olmamalıdır. Kanun boşluğunun açıkça bilinçli olarak bırakıldığı anlaşılmıyorsa, failin lehine kıyas mümkündür. Bilinçli boşluklarda ise kıyas mümkün değildir³¹². **c)** Kıyas edilen normla olay arasında önemli bir benzerlik olmalı ve kıyas edilen norm, ilgili olayı da kapsayacak şekilde düzenlenmiş olmalıdır³¹³.

e. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdası yasağı

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdası yasağı, Türk Ceza Kanunu'nun kanunilik ilkesi başlıklı 2. maddesinin 2. fıkrasında “*İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz*” denilmek suretiyle açıkça düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de “*idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımının kapsamının belirlenemeyeceği*” ifade edilmiştir. Yine Anayasanın çeşitli maddelerinde de bu ortaya konmuştur. Bu maddeler şunlardır: “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.*” (m.38/3), “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*” (m.13), “*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” (m.104/14).

Her ne kadar bu yasak çeşitli maddelerde tekrar edilse de, bu ilke bakımından tartışmalı olan çerçeve normlara³¹⁴ Türk ceza hukukunda rastlanmaktadır. Kanun koyucu bazı ceza normlarında yaptırımı açıkça belirtir, yaptırım altına alınacak fiili ise ayrıntılı olarak belirtmez, sadece fiilin sınırlarını çizer. Bu norma çerçeve norm denmektedir. Kanun koyucu, normda sınırını çizdiği fiilin tayinini ise bir idari makama bırakır. Bu bakımdan çerçeve norm, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdas etmesine olanak sağlamaktadır³¹⁵. TCK m.193'te

³¹¹ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §7, s.140, Kn.25.

³¹² Kindhäuser, AT (8. Auflage, 2017), §3, s.42, Kn.6; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §7, s.140,Kn.25.

³¹³ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §7,s.140, Kn.25.

³¹⁴ Öğretide çerçeve normlar açık-beyaz norm veya kör kanun olarak da isimlendirilmektedir. Bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.69; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.155; Özgenç, Genel Hükümler, s.120

³¹⁵ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.155-156.

düzenlenen zehirli madde imal ve ticareti suçu³¹⁶ ve TCK m.195'te düzenlenen bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu³¹⁷ çerçeve norma örnek olarak gösterilebilir.

Bir görüşe göre çerçeve normlar, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdas etmesi yasağına, dolayısıyla kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir³¹⁸. Bir başka görüşe göre ise çerçeve normlar bu yasağa aykırı değildir³¹⁹. Çünkü *kanunla çerçevesi çizilen bir suçun içeriğinin idare tarafından düzenleyici işlemlerle belirlenmesi, idarenin düzenleyici işlemlerle suç yaratmasından* farklı bir kavramdır. İdarenin, bir kanuna dayanmadan suç yaratması mümkün değildir. Ayrıca çerçeve kanunda suç zaten halihazırda yaratılmıştır, idarenin bu çerçeveyi doldurması suç yaratması anlamına gelmemektedir³²⁰. Her ne kadar TCK m.2 gerekçesinde “*idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımının kapsamının belirlenemeyeceği*” ifade edilmiş olsa da gerekçe bağlayıcı nitelikte değildir. Çerçeve normların kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmesi için gerekçedeki ilgili ifadenin Anayasa'ya konması gerekir. Bu ifadenin TCK'ye eklenmesi de sorunu çözmez. Çünkü TCK de bir kanundur ve sonradan yürürlüğe giren kanunlarla örtülü olarak değiştirilmesi mümkündür³²¹.

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdası etme yasağı, hata bahsi bakımından kendisini çerçeve norm bakımından göstermektedir. Çerçeve normun eksik unsurunu tamamlayıcı normun unsurları da suç tipinin kapsamındadır ve failin ilgili çerçeve norma ilişkin kastının kapsamına bu unsurlar da dahildir. Bu unsurların bilinmemesi ise kastı engelleyici etki doğurmaktadır³²². Tamamlayıcı normun varlığına, geçerliliğine ve

³¹⁶ TCK m.193/1: “İçeriğinde zehir bulunan ve üretilmesi, bulundurulması veya satılması izne bağlı olan maddeyi izinsiz olarak üreten, bulunduran, satan veya nakleden kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

³¹⁷ TCK m.195/1: “Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

³¹⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s.120; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.69; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.158; İçel, Genel Hükümler, s.124-127; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.74.

³¹⁹ Zafer, Genel Hükümler, s.70.

³²⁰ Zafer, Genel Hükümler, s.70.

³²¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.74; Zafer, Genel Hükümler, s.70.

³²² Vogel, LK-StGB, §16, s.1133-1134, Kn.37; Warda, Heinz-Günter, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, Berlin: Gruyter & Co, 1955, s.36-38.

uygulanabilirliğine ilişkin hata ise haksızlık hatası kapsamında değerlendirilmelidir³²³. Çerçeve normların eksik unsurlarını tamamlayan normun kastın kapsamında olup olmadığına ilişkin ayrıntılı açıklamalara çalışmanın çerçeve normun eksik unsurunda hata başlığı altında yer verilmiştir³²⁴.

3. Suç tipinin sınırları

Suç tipinin kapsamının genel ilkelere göre sınırlanıp sınırlanamayacağı, sınırlanacaksa ne derece sınırlanabileceği tartışmalıdır. Sosyal uygunluk (*Sozialadäquanz*), anlamsızlık/haksızlığın azlığı (*Geringfügigkeit*) ve mağdurun korunmaya layık olması (*Schutzwürdigkeit des Opfers/ Viktimodogmatisches Prinzip*) ilkeleri bu bağlamda değerlendirilmelidir³²⁵.

Welzel tarafından geliştirilen **sosyal uygunluk ilkesi**, toplumun sosyal etik düzenine uygun davranışların, suç tipinin lafzına uysalar dahi bu kapsamda ele alınmaması anlamına gelmektedir³²⁶. Bu ilkeye örnek olarak, kaçmış ve yaralı fail V'ye tıbbi yardımda bulunan doktor T'nin suçluyu kayırma (TCK m.283-Alm.CK. m.258 I (*Strafvereitelung*)) suçunu işlememesi örnek olarak gösterilebilir. Tabii T'nin V'ye gerekli tıbbi yardımın ötesinde kaçması için ek bir yardımda bulunmaması gerekmektedir. Aksi durumunda bu suç işlenmiş kabul edilmelidir³²⁷. Örnekteki doktor T'nin, davranışının suçluyu kayırma suç tipi içerisinde değerlendirmesi, aleyhine hukuki yorum/değerlendirme hatası yani tersine haksızlık hatası olarak kabul edilmeli ve mefruz suç kuralları gereğince T cezalandırılmamalıdır³²⁸.

³²³ Vogel, LK-StGB, §16, s.1133-1134, Kn.37; Welzel, Hans, Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtum vom Verbotsirrtum, MDR, 1952, s.586; Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, s.36-38; Jakobs, AT, s.287, Kn.47; Jescheck/Weigend, AT, § 29, s.309; Herzberg, Rolf Dietrich, Tatbestands- oder Verbotsirrtum?, GA (Goltdammer's Archiv für Strafrecht), Heidelberg: R.v. Decker's Verlag, G.Schenk, Jahrgang 1993, s.439-459, 457 vd.

³²⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm, I.B.6 nolu başlık.

³²⁵ Haft, AT, s.43. Yazar ilk iki ilkenin sınırlamada ele alınması gerektiğini; üçüncüsünün ise sınırlamada kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir (Haft, AT, s.43).

³²⁶ Roxin, AT I, §10, s.295, Kn.33.

³²⁷ Haft, AT, s.44.

³²⁸ İfade etmek gerekir ki doktorun, tedavi dışında bir amaç taşımaması bu suça vücut vermemektedir. Nitekim TCK m.283'ün gerekçesinde bu durum "Bu suçun oluşabilmesi için, kayırılan kişinin araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması amacıyla hareket edilmesi gerekir. Böyle bir amaç güdülmemekle beraber, kişinin insani mülahazalarda bazı ihtiyaçlarının karşılanmış olması durumunda, söz konusu suç oluşmayacaktır."

Anlamsızlık/haksızlık içeriğinin azlığı ilkesi, sosyal olarak hoşgörülen önemsiz davranışların suç tipi dışında değerlendirilmesini ifade etmektedir³²⁹. Örneğin rüşvet suçunda memurun sağladığı menfaatin belli bir ekonomik değeri olmalıdır. Basit bir içecek, yemek, tatlı ısmarlanması bu suç kapsamında değerlendirilemez³³⁰. Memurun yaptığının rüşvet suç tipi kapsamında olduğunu düşünmesi, tersine (hukuki yorum/değerlendirme) haksızlık hatası olarak ele alınmalı ve memur, mefruz suç kuralları gereğince cezalandırılmamalıdır.

Mağdurun korunmaya layık olması ilkesine³³¹ göre hırsızlık, dolandırıcılık gibi suçlarda eğer mağdur, kendisini dikkati ve alacağı basit tedbirlerle koruyabilecek durumda ise artık hukuk tarafından korunmaya layık değildir ve kendisine karşı işlenen fiiller tipik kabul edilmemektedir. Suç tipinin bu şekilde sınırlandırılması reddedilmelidir³³². Çünkü cezaya layık olma durumu, mağdurun kendisini korumasından bağımsız olarak düzenlenmelidir. Mağdur dikkatli olsa da olmasa da onun malını rızası hilafına alan hırsız olacaktır³³³. Bu bakımdan dikkatsiz olan ve malını orta yerde savunmasız bırakan mağdurun malını alan hırsızın³³⁴, davranışının hırsızlık suç tipi dışında olduğunu düşünmesi kastı etkilemeyen hukuki yorum/değerlendirme hatası olarak kabul edilmelidir. Failin sorumluluğu hırsızlık suçuna göre belirlenmelidir.

şeklinde ifade edilmektedir (Gerekçe için bkz. Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), s.531).

³²⁹ Roxin, AT I, §10, s.298, Kn.40.

³³⁰ Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s.695; Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara: Seçkin, 2017, s.1087. Ancak rüşvet suçuna vücut vermeyen yemek ısmarlama gibi haksızlık içeriği az olan davranışlar görevi kötüye kullanma kapsamında değerlendirilebilir (Özbek/Doğan/Bacaksız, Tepe, Özel Hükümler, s.1087). Alman hukukunda da vergi müfettişinin denetlediği firmanın bir fincan çay veya kahve ikramını kabul etmesinin, Alm.CK. m.331'de düzenlenen fayda sağlama (*Vorteilsannahme*) suçuna vücut vermemesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Ya da toplu taşıma aracında kısa süreli olarak birinin geçmesini engelleyen kişi §240'daki zorlama (*Nötigung*) suçunu işlemiş olmayacaktır (Haft, AT, s.44).

³³¹ Mağdurun korunmaya layık olması ilkesi, mağdurun suça yol açması durumunu akla getirebilir. Kanun koyucu, bazı durumlarda mağduru ya hiç korumamış veya daha az korumuştur. Birinci duruma örnek olarak; birine saldıran kişi, saldırdığı kişinin kendisine karşı meşru savunma içerisinde olması durumunda, meşru savunma şartlarına riayet edildiği ölçüde, meşru savunma fiilinin mağduru olmasına rağmen hukuk tarafından korunmayacaktır. İkinci duruma örnek olarak ise haksız tahrik gösterilebilir. Kendisine karşı suç işlenilmesine yol açan mağdur, hukuk düzenince daha az korunacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sokullu-Akıncı, Füsün/ Dursun, Selman, Viktimoloji (Mağdurbilim), 3. Bası, İstanbul: Beta, Ağustos 2016, s.132vd.

³³² Jescheck/Weigend, AT, §26, s.254; Haft, AT, s.44; Roxin, AT I, §14, s.607, Kn.18-19.

³³³ Roxin, AT I, §14, s.607, Kn.19.

³³⁴ Örneğimizde kişi, ortamı terk etmemekte, malı üzerindeki fiili egemenliği zayıflasa da zilyetliği devam etmektedir.

D. SUÇ TİPİ VE HUKUKA AYKIRILIK

1. Suçun tipinin olumsuz unsurları öğretisi

Günümüz Alman ceza hukuku doktrininin neredeyse tamamı haksızlığı ve kusuru birbirinden ayırmaktadır. Ancak haksızlığın unsurları olan suç tipi ve hukuka aykırılığın, suçun iki farklı aşaması mı olduğu veya bunların, suç fiilini değerlendiren aynı seviyede iki farklı değerlendirme kriteri mi olduğu tartışmalıdır³³⁵. Kurucusu *Adolf Merkel* olan suçun olumsuz unsurları teorisine göre, suç tipi sadece kanuni tanımdaki unsurlardan ibaret olmayıp, hukuka aykırılığa ilişkin tüm unsurları da içermektedir³³⁶. Bu öğretiye göre suç tipi sadece korunan değeri ihlal eden fiilin soyut olarak norma aykırılığına ilişkin bir değerlendirmeyi içermemektedir. Ayrıca somut olaydaki fiil hakkında kesin bir haksızlık değerlendirmesini de içermektedir³³⁷.

Suçun gerçekleşmesi için, suç tipinin haksızlığı temellendiren unsurlarının, yani suçun kanuni tanımındaki unsurların mevcudiyeti aranmaktadır. Bu bakımdan bu unsurlar olumlu niteliktedir. Suçun gerçekleşmesi için hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması aranmaktadır. Bu sebeple bu unsurlar, suç tipinin olumsuz unsurları olarak ele alınmaktadır³³⁸. Bu olumlu ve olumsuz unsurlar, birlikte ve birbirini tamamlayıcı şekilde suçu oluşturmaktadır ve sistematik olarak aynı seviyededir³³⁹. Böylece kanuni tanımdaki unsurlar ve hukuka aykırılık bütüncül haksızlığı oluşturmaktadır³⁴⁰. Hukuka uygunluk sebeplerinin özel hükümlerdeki her bir suç tipinde ayrıca tekrar edilme zorunluluğunun bulunmaması da kanun tekniğine ilişkin nedenlere dayanmaktadır³⁴¹.

Bu anlayışa göre ceza normu ve izin normu, yani hukuka uygunluk sebebi birbirinden bağımsız olmayıp, ikincisi birincisini sınırlamaktadır. Böylece kural “öldürme!”

³³⁵ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.91, Kn.13.

³³⁶ Merkel, Adolf, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1889, s.82-83; Jescheck/Weigend, AT, §25, III.1, s.249; Kühl, AT, §6, s.127, Kn.8; Roxin, AT, §10C, s.286, Kn.13vd.

³³⁷ Jescheck/Weigend, AT, §25, III.1, s.249.

³³⁸ Roxin, AT, §10C, s.286-287, Kn.14; Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.91-92, Kn.15; Heinrich, AT, §7, s.43, Kn.108.

³³⁹ Jescheck/Weigend, AT, §25, III.1, s.249; Kühl, AT, §6, s.127, Kn.8; Roxin, AT I, §10C, s.286, Kn.13.

³⁴⁰ Roxin, AT I, §10C, s.287, Kn.15; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.55-56, Kn.181.

³⁴¹ Roxin, AT I, §10C, s.286, Kn.14.

değil; “meşru savunma, savaş hali vb. dışındaki hallerde öldürme!”dir. Yani fiil, başından itibaren yasaklanmış değildir ve tipik değildir³⁴². Bu bağlamda hukuka uygunluk sebepleri hukuka aykırılık aşamasında değil, öncesinde tipikliği ortadan kaldırmaktadır³⁴³.

Bu görüşe karşı olarak Alman Ceza Kanununun kendisinin de bu unsurları suç tipinin olumsuz unsuru olarak görmediği iddia edilmiştir. Şöyle ki, Alm.CK. m.32 ve m.34’te meşru savunma ve zorunluluk halindeki fiillerin “hukuka aykırı olmadığı” ayrıca belirtilmiştir. Buradan hukuka uygunluk sebeplerinin sadece tipik fiillerin hukuka aykırılığını kaldırdığının, suç tipini olduğu gibi kaldırmadığının anlaşıldığı iddia edilmektedir³⁴⁴. Kanaatimizce benzer bir sonuca Türk Ceza Kanunu’ndaki hukuka uygunluk sebepleri bakımından da ulaşılabilir. Örneğin TCK m.26/1’de düzenlenen hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu ifadenin mefhumu muhalifinden “hakkını kullanmayan kimseye ceza verilir” anlamı çıkmaktadır. Hakkını kullanmayan bir kişiye ceza verilebilmesi için ise kişinin fiilinin, ceza hukuku anlamında bir öneminin bulunması gerekir. Bu önemin dayanağı ise fiilin bir suç tipine uygun olmasıdır. Buradan suç tipinin, hukuka aykırılıktan önce incelenen bir aşama olduğu anlaşılmaktadır.

Bu teori suçun ikili yapısını kabul etmekte ve suçu haksızlık ve kusur olmak üzere ikili bir şekilde incelemektedir³⁴⁵. Ancak suçun ikili yapısı sadece suçun olumsuz unsurları öğretisi tarafından değil, hâkim görüş temsilcileri tarafından da benimsenebileceği; haksızlıktan suç tipi ve hukuka aykırılığın pekâlâ anlaşılabileceği de belirtilmiştir³⁴⁶.

Üçlü suç yapısının temelinde *Beling*’e ait “*Tatbestand*” (suç tipi/kalıbı) öğretisi yatmaktadır. Bu öğretiye göre suç tipi tarafsız/nesnel bir davranış tanımından ibaret olup, bu davranışın ceza hukuku anlamında değerlendirilmesi ilk olarak hukuka aykırılık aşamasında

³⁴² Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.56, Kn.182.

³⁴³ Roxin, AT I, §10C, s.287, Kn.15.

³⁴⁴ Hirsch, Strafrechtliche Probleme, Systematische Einordnung und allgemeine Fragen der Rechtfertigung (s.326-350), s.329; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.56, Kn.184.

³⁴⁵ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.55-56, Kn.181; Roxin, AT I, §10C, s.287, Kn.15. Heinrich ikili ayrımın haksızlık ve kusur olarak değil, suç tipi (*Tatbestand*) ve kusur şeklinde yapıldığını belirtmiştir. (Heinrich, AT, §7, s.43, Kn.108).

³⁴⁶ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.56, Kn.185.

söz konusu olmaktadır³⁴⁷. Üçlü suç yapısının savunucuları, failin “sadece” hukuka uygun hareket etmesi veya ceza hukuku bakımından ilgisiz bir hareket yapması arasında bir fark olması gerektiğini savunmaktadırlar³⁴⁸. Örneğin hasta köpeğini kasten öldüren kişi hiçbir ceza normunu ihlal etmemektedir. Başkasının köpeğini kasten öldüren, mala zarar verme suç tipini ihlal eder (TCK m.151/Alm.CK. m.303) ve cezadan muaf olmak için bir hukuka uygunluk sebebine ihtiyaç duymaktadır (ör. Türk Borçlar Kanunu m.64³⁴⁹/Alman Medeni Kanunu BGB m.228)³⁵⁰.

Üçlü suç yapısı savunucuları tarafından tipik olmayan sinek öldürme davranışı ile tipik ancak hukuka uygun meşru savunma halinde bir insanı öldürme davranışı arasında bir fark olması gerektiği, bu davranışların karşılaştırılmaz olduğu savunulmuştur³⁵¹. Suç tipine uymayan fiil cezaya layık değildir. Çünkü onun ceza hukuku ile ilişkisi ortadan kalkmış olur. Ancak tipik fakat hukuka uygun davranışın cezalandırmaya layık olmaması, korunan hukuki değer ihlal edilmesinin, istisnai olarak önemli bir haksızlık ortaya çıkarmamasında yatmaktadır. Bu değer farkı, suç tipinin genel önleme işlevinin temelini oluşturan bildirim işlevine (*Appellfunktion*) dayanmaktadır³⁵².

İkili suç yapısının savunucuları ise buna karşılık ceza normunun ve izin normunun, yani hukuka uygunluk sebebinin aynı aşamada olduğunu ve ceza hukuku bakımından hukuka uygun davranış ile başından itibaren tipik olmayan, yani ceza normunun kapsamına girmeyen davranışın haksızlık içeriğinin aynı olduğunu savunmuşlardır. Buna göre meşru savunma

³⁴⁷ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.92, Kn.16.

³⁴⁸ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.92, Kn.16.

³⁴⁹ TBK m.64: “Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz. Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler. Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.”

³⁵⁰ Jescheck/Weigend, AT, §25, III.2, s.251.

³⁵¹ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.92, Kn.16; İnsan-sinek örneği için bkz. Welzel, Hans, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW (Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft) 67, 1955, (s. 196-228), s.210.

³⁵² Jescheck/Weigend, AT, §25, III.2, s.250. Suç tipinin bildirim işlevi, kanunda tipleştirilmiş haksızlık ile kişinin hukuk düzeni tarafından neyin yasaklandığını anlayabilmesini ifade etmektedir (Heinrich, AT, §8, s.44, Kn.110).

halinde insan öldüren ile bir sineği öldüren aynı derecede kusurludur ve bu iki davranış arasında ceza hukuku anlamında önemli bir fark bulunmamaktadır³⁵³.

Suç tipinin ve hukuka aykırılığın denk görülmesi sebebiyle hâkim görüş suçun olumsuz unsurları öğretisini reddetmektedir³⁵⁴. Çünkü bu unsurların denk olarak ele alınması bazı sorunlara yol açmaktadır. Şöyle ki, başından beri tipik olmayan bir fiil ile tipik ancak bir hukuka uygunluk sebebi kapsamında olan fiil arasındaki değer farkı kaybolmaktadır. Tipik olmayan bir davranış, bir haksızlık içeriğine sahip olup, bu davranışa karşı bir hukuka uygunluk sebebi söz konusu olabilir. Örneğin sahibinin rızası olmadan bir kişinin kitabını “alma”, kitabı alınan kişiye meşru savunma hakkı sağlar. Ancak hukuka uygunluk sebebi kapsamında bir kişinin eşyasını rızası hilafına kullanmak yasaldır ve mal sahibi buna katlanmak zorundadır³⁵⁵. Örneğin sokakta haksız bir saldırıya uğrayan kişi, kendisini korumak amacıyla bir sokak satıcısının taburesini kullanabilir. Bu halde, meşru savunma hukuka uygunluk sebebi kapsamında kendisini savunan bu kişiye karşı meşru savunma olmaz. Suçun olumsuz unsurları öğretisine göre, tipik ancak hukuka uygun fiil başından itibaren yasaklanmış değildir. Böylece bu öğreti, tipik fiilden etkilenen kişinin neden/nasıl kendi hukuksal değerine yapılan saldırıyı hoş görmesi gerektiğini açıklayamaz. Bu hoşgörü zorunluluğu sadece hukuka uygunluk sebebinin yapısının bağımsızlığından kaynaklanır³⁵⁶.

Suçun olumsuz unsurları teorisinin hata bahsindeki yerine değinilecek olursa, hukuka uygunluk sebepleri suç tipinin olumsuz unsuru kabul edildiği için bu unsurlarda düşülen hata doğrudan suç tipi hatası olarak ele alınacaktır³⁵⁷. Bunun sebebi de, bu öğretide hukuka aykırılık aşamasının suç tipinin içerisinde ele alınması ve kastın, suçun maddi koşullarının yanı sıra hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmamasını da kapsaması gerekliliğidir³⁵⁸. Bu durumda mefruz/varsayılan saldırıya karşı savunmada doğrudan TCK

³⁵³ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.92, Kn.16.

³⁵⁴ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.56, Kn.183; Jescheck/Weigend, AT, §25, III.2, s.250.

³⁵⁵ Alm.CK. m.248b’da araçların izinsiz kullanımı suç olarak düzenlenmiştir.

³⁵⁶ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.56, Kn.183.

³⁵⁷ Jescheck/Weigend, AT, §25, III.1, s.249; Heinrich, AT, §7, s.43, Kn.109.

³⁵⁸ Heinrich, AT, §7, s.43, Kn.109.

m.30/1 (Alm.CK. m.16 I c.1) uygulanacaktır ve kastın olmaması sebebiyle kasten yaralamadan cezalandırma reddedilecektir³⁵⁹.

Suç tipinin olumsuz unsurları denince ekseriyetle akla sadece hukuka uygunluk sebepleri gelir. Hukuka uygunluk sebebi olumsuz unsur olarak kabul edilmese dahi suç tipinin içerisinde hukuka uygunluk sebebi, olumsuz olarak, yani hukuka aykırılık unsuru olarak yer alabilir. Hırsızlık suç tipindeki “zilyedin rızası hilafına” ifadesi buna örnek olarak gösterilebilir. Ancak her olumsuz ifade suçun olumsuz unsuru değildir, bazı unsurlar kanunda olumsuz olarak ifade edilmektedir³⁶⁰. Şöyle ki konu, araç veya faile ilişkin özellikler suç kalıbında olumsuz olarak düzenlenebilmektedir³⁶¹. Örneğin çocuk kaçakçılığında (Alm.CK. m.236) “henüz on sekiz yaşında olmayan çocuk” yerine “küçük” ifadesi de kullanılabilir. İlgili unsurlar olumsuz şekilde ifade edilmesine rağmen bu, ceza normunun içeriğinin pozitif tanımı meselesidir. Hukuka uygunluk sebepleri ile olumsuz olarak ifade edilen unsurlar birbirinden farklıdır³⁶².

2. Açık suç tipi

Welzel tarafından suç kalıbının kural olarak haksızlığı temellendiren tüm unsurlar olarak yeniden tanımlanmasıyla³⁶³ beraber haksızlığı ortadan kaldıran bir unsurun olup olmadığının tespitinin gerekliliği ortaya çıkmıştır³⁶⁴. *Welzel*'e göre tipik haksızlığı tamamen gösteren tamamlanmış/kapalı (*geschlossenen*) suç kalıplarının yanı sıra bazı “açık”/“tamamlanmaya muhtaç” suç kalıpları da bulunmaktadır³⁶⁵.

Açık suç kalıbında haksızlığa ilişkin unsurlar tamamen değil, kısmen ortaya konulmaktadır. Bu eksiklikler olumlu bir saptama yardımıyla hukuka aykırılık unsuruyla

³⁵⁹ Jescheck/Weigend, AT, §25, III.1, s.249.

³⁶⁰ v. Weber, Hellmuth, Negative Tatbestandsmerkmale, Festschrift Für Edmund Mezger Zum 70. Geburtstag 15.10.1953, München und Berlin: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1954, s.183-192, s.184.

³⁶¹ v. Weber, Negative Tatbestandsmerkmale, Mezger-FS, s.184-185.

³⁶² Jescheck/Weigend, AT, §25, III.3, s.251.

³⁶³ Welzel, Hans, Die Irrtum über Amtspflicht, JuristenZeitung, 7. Jahrg., Nr. 7/8 (15. April 1952), Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, s. 208-209; Welzel, Hans, Die Irrtum über die Rechtmäßigkeit Amtsausübung, JZ (JuristenZeitung), 7. Jahrg., Nr. 1/2 (15. Januar 1952), Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, s. 19-20.

³⁶⁴ Roxin, AT I, §10 E I, s.300, Kn.43.

³⁶⁵ Welzel, AT (1969), §10, s.49-50.

doldurulmalıdır³⁶⁶. Dahası hukuka aykırılık bakımından özel bir hukuka aykırılık unsuru belirlenmelidir³⁶⁷. Suç kalıbını tamamlamaya yönelik ilgili bir model/örnek bulundurmeyen her cezai hüküm açık suç kalıbı olarak tanımlanabilir. Bu metinde, izin verilen ve yasaklanan davranış arasındaki fark tam olarak ortaya konmamış olabilir³⁶⁸.

Örneğin Alman Ceza Kanunu'nda şantaj, zorlama gibi bazı suç tiplerinde hukuka aykırılık ölçüsü konulmaktadır³⁶⁹. Alm. CK. m.240'da zorlama (*Nötigung*) suçunun ilk iki fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: *(I) Bir başkasını bir şeyi yapması veya yapmaması için ciddi bir zarar uğratacağından bahisle hukuka aykırı olarak tehdit eden veya zorlayan kimse üç yıla kadar hapis cezasıyla veya adli para cezasıyla cezalandırılır. (II) Eğer tehdit veya zorlama, elde edilmek istenen sonuç bakımından uygunsuz (kınanması gerekir) ise failin fiili hukuka aykırıdır*". Welzel'e göre m.240 I'deki fiili yerine getiren kişi her durumda bu suçu işlemiş olacak; m.240 II'deki "uygunsuzluk" (*Verwerflichkeit*) ise her zaman bir hukuka aykırılık sorusu olarak kalacaktır³⁷⁰. Bu durumda hakim, failin suç tipine uyan hareketiyle hukuka aykırılığın da olduğu karinesinden yola çıkamayacaktır. Hakim, suç tipindeki hukuka aykırılık gerçekleşmediği müddetçe failin fiilinin hukuka aykırı olmadığını kabul edecektir³⁷¹.

Açık suç kalıbı, özellikle taksirli ve gerçek olmayan ihmali suçlarda söz konusudur. Taksirli suçlarda korunan hukuki değere zarar verilmesi veya bu değer tehlikeye atılması şeklinde netice ortaya konmakta, buna karşılık bu normun ihlali bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık hakim tarafından saptanmaktadır³⁷². Gerçek olmayan ihmali suçlarda da faillik dairesi açık bırakılmış olup, failin kim olabileceği hakim tarafından "garantörlük" kapsamında belirlenmektedir³⁷³.

³⁶⁶ Jescheck/Weigend, AT, §25, II.1, s.247; Roxin, AT I, 10 E I, s.300, Kn.43; Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.95, Kn.30.

³⁶⁷ Roxin, AT I, §10 E I, s.300, Kn.43.

³⁶⁸ Jescheck/Weigend, AT, §25, II.1, s.247.

³⁶⁹ Jescheck/Weigend, AT, §25, II.1, s.247.

³⁷⁰ Roxin, AT I, §10 E I, s.301, Kn.43.

³⁷¹ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.217.

³⁷² Welzel, Das Deutsche Strafrecht, Elfte neuarbeitete und erweiterte Auflage, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969, §10, s.50.

³⁷³ Welzel, Das Deutsche Strafrecht (1969), §10, s.50.

Açık suç kalıbı fikri, öğretide ağırlıkla reddedilmektedir³⁷⁴. Gerekçesi ise suç kalıbı sadece haksızlık tipi olarak düşünüldüğünde “tamamlanmış” olarak kabul edilir. Aksi halde zaten suç kalıbı “tip” olma özelliğini (*Typuseigenschaft*) haiz olmaz³⁷⁵. Bu da demek oluyor ki suç kalıbı, ilgili suçun haksızlık içeriğini belirleyen tüm unsurları istisnasız içermelidir ve hukuka aykırılık sorusu olumsuz bir soru olarak kalmalıdır. Tabii ki yasaklanan meselenin ele alınış derecesi/kapsamı her bir ceza hükmünde farklılık gösterebilir³⁷⁶.

Hakimin değer yargısıyla veya diğer unsurlarla ilişkili olarak ortaya çıkardığı tamamlamalar da yine suçun unsurlarıdır. Onların ortaya çıkış şekilleri kanunda açıkça gösterilenden farklı olabilir³⁷⁷. Örneğin Alm.CK. m.240 II'deki hukuka aykırılık ölçütü olan “uygunsuzluk” kavramını temellendiren olgular bu kavramı suç tipi dışında ele almak için yeterli değildir. Çünkü *M.E. Mayer*'in belirttiği üzere hukuki haksızlık yargısına ilişkin de olsalar normatif olgular da suç tipinin unsurlarıdır³⁷⁸. Alm.CK. m.240 II'deki uygunsuzluğu temellendiren fiili vakıalar da suç tipinin unsurları olup kastın konusunu oluşturmaktadır³⁷⁹. Bu bakımdan bu unsurlarda hataya düşen kişi suç tipinin unsurunda hataya düşmüş demektir³⁸⁰.

3. Fiilin genelini değerlendirici unsur teorisi

Roxin'in genel değerlendirici unsur öğretisi, temelinde *Welzel*'in, sonradan “özel hukuka aykırılık unsuru” olarak adlandırılacak, “hukuki yükümlülük unsuru” (*Rechtspflichtmerkmal*) öğretisinin değiştirilmiş halidir³⁸¹.

Bazı normatif unsurlar vardır ki bunlar ne sadece suç tipinde ne de sadece hukuka aykırılıkta değerlendirilebilir³⁸². Bu unsurların hem fiili olgulara işaret eden kısmı (maddi

³⁷⁴ Roxin, AT I, § 10 E, s.300-301, Kn43-44 ; Jescheck/Weigend, AT, §25, II.1, s.247.

³⁷⁵ Jescheck/Weigend, AT, §25, II.1, s.247.

³⁷⁶ Jescheck/Weigend, AT, §25, II.1, s.247.

³⁷⁷ Jescheck/Weigend, AT, §25, II.1, s.247.

³⁷⁸ Roxin AT I, §10 E I, s.301, Kn.44.

³⁷⁹ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.95, Kn.30.

³⁸⁰ Jescheck/Weigend, AT, §25, II.1, s.247.

³⁸¹ Papathanasiou, Konstantina, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, Berlin: Duncker & Humblot, 2014, s.61. Ancak ifade etmek gerekir ki, suçun genelini değerlendirici unsur, her zaman hukuka aykırılığa ilişkin olmak zorunda değildir.

unsur) hem de olguların hukuki değerlendirmesine ilişkin (haksızlık bilinci) bir kısmı bulunmaktadır. Bu unsurlar bakımından kast, sadece fiili olgulara işaret eden kısım için söz konusu olabilir. Hukuki değerlendirmeye ilişkin kısım hukuka aykırılık bilincine ilişkin kurallara göre incelenir³⁸³. Örneğin hukuka aykırı olarak kişisel verilerin kaydedilmesini düzenleyen TCK m.135/1'deki ve kişisel verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına vermeyi, yaymayı ve ele geçirmeyi düzenleyen TCK m.136'daki "hukuka aykırı olarak" ifadesi genel değerlendirici unsur olarak kabul edilebilir.

Alman Federal Mahkemesi de bazı alanlarda genel değerlendirici unsur öğretisine bağlı kalmaktadır. Mahkeme, Alm.CK. m.240 II'deki³⁸⁴ "uygunsuzluk" unsurunu bir genel değerlendirici unsur olarak kabul etmekte; ancak failin kasten davranması için, failin davranışının uygunsuz olduğunu bilmesini aramamakta, fiilin uygunsuzluğunu temellendiren unsuru bilmesini yeterli görmektedir³⁸⁵. Yani Alm.CK. m.240'ta tanımlanan cebir suçunda failin fiilinin "uygunsuz" olmasına ilişkin "fiili olgular" suç tipine ait sayılırken, failin "fiilin uygunsuz olduğuna ilişkin değerlendirmesi" hukuka aykırılık bilincine dahildir³⁸⁶.

Alman Federal Mahkemesi garantör yükümünü de fiilin genelini değerlendirici unsur olarak kabul etmiştir³⁸⁷. Öğretide, garantörlük yükümünün suç tipinin maddi bir unsuru olmadığı, hukuka aykırılık gibi genel bir suç unsuru olduğu da savunulmaktadır³⁸⁸.

Genel değerlendirici unsurun pratik anlamı hata öğretisinde ortaya çıkmaktadır. İlgili unsurları temellendiren fiili olgularda hatanın, suçun maddi şartlarında hata olarak ele alınması gerekirken; failin fiiline ilişkin maddi unsurları bildiği ancak suçun genelini

³⁸² Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.20.

³⁸³ Jescheck/Weigend, §29, s.296; Roxin, AT I, §10 E II, s.303, Kn.49.

³⁸⁴ Alm.CK. §240 II: "Eğer tehdit veya zorlama, elde edilmek istenen sonuç bakımından uygunsuz (kınanması gerekir) ise failin fiili hukuka aykırıdır."

³⁸⁵ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.20. Bu unsurların doğrudan suç tipinin unsuru olmadığı, ancak bu unsurları temellendiren maddi vakıaların kastın kapsamında olduğu hususuna ilişkin bkz. Kindhäuser, AT (7. Auflage), §8, s.65-66, Kn.3.

³⁸⁶ Jescheck/Weigend, AT, §25, II.2, s.248.

³⁸⁷ BGHSt 16,155 için bkz. Puppe, Ingeborg, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung (AT), 3. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2016, §31, s.378, Kn.3.

³⁸⁸ Lackner/Kühl, StGB, §15, s.99, Kn.7.

değerlendiren unsurlara ilişkin yanlış hukuki değerlendirmede bulunduğu durumda ise haksızlık hatası söz konusu olacaktır³⁸⁹. Örneğin alacaklı, kredi borçlusunu, kredinin geri ödenmesinde hileye başvurduğu iddiasıyla, hakkında suç duyurusunda bulunmakla tehdit etmiştir. Alacaklı, borçlunun krediyi alırken kendisini kandırdığını zannetmektedir. Bu durumda suç tipinin unsurunda hata mevcuttur. Çünkü yaptığı şeyin uygunsuz olmasına ilişkin fiili/maddi şartlar yerine getirilmemiştir. Ancak alacaklı hile iddiasında bulunmaya hakkı olmadığını biliyorsa; ama yaptığı şeyin kredi ticaretinde uygunsuz olmadığını düşünüyorsa burada bir haksızlık hatası mevcuttur³⁹⁰.

Geneli değerlendirici unsura sahip olan suç tiplerindeki hukuka uygunluk sebeplerinde ne yapılacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre hukuka uygunluk sebepleri “uygunsuzluğun” değerlendirilmesi kapsamında suç kalıbına dahil olmaktadır. Bu durumda kanun koyucu suç tipi ve haksızlığın unsurları arasında bir ayrım gözetmemektedir³⁹¹. Ancak diğer bir görüşe göre doğru olan, suç tipindeki “uygunsuzluğun” sadece soyut olarak araştırılması, hukuka uygunluğun ise hukuka aykırılık aşamasında incelenmesidir³⁹².

Türk öğretisinde de hukuka aykırılığa ilişkin ifadenin, fiilin genelini değerlendirici bir unsur olarak suç tipinde yer alması durumunda, failin hukuka aykırılığında düştüğü hatanın, onun haksızlık bilincini etkilediği gerekçesiyle, haksızlık hatası kapsamında ele alınması gerektiği savunulmuştur³⁹³. Bu görüş fiilin genelini değerlendiren unsurun, fiilin haksızlığını temellendiren maddi vakıya ilişkin koşullarla bir ilgisi olmadığını ve bu sebeple bu unsurun kast kapsamında ele alınmasının yanlış olduğunu vurgulamıştır³⁹⁴.

³⁸⁹ Roxin, AT I, §10 E II, s.303-304, Kn.50.

³⁹⁰ Jescheck/Weigend, AT, §25, II.2, s.248.

³⁹¹ Roxin, AT I, §10 E II, s.301-302, Kn.45.

³⁹² Jescheck/Weigend, AT, §25, II.3, s.248.

³⁹³ Göktürk, Neslihan, Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:1 Yıl 2016, s.407-450, (<https://dergipark.org.tr/download/article-file/416380>, Erişim Tarihi: 25.05.2019), s.427-428.

³⁹⁴ Göktürk, Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, s.428-429.

4. Hukuka aykırılığın suç tipinde gösterilmesi-Hukuka Özel Aykırılık Hali

Hukuka aykırılık suçun genel bir yapısal unsurudur. Ancak suç tipinin bir unsuru değildir³⁹⁵. Bazı durumlarda suç tipinde hukuka uygunluk nedenine veya fiili meşru kılan bir nedenin bulunmadığına genel ifadelerle işaret edilir³⁹⁶. Bu ifadelere suç tipinde açıkça veya örtülü olarak³⁹⁷ yer verilmesi Türk hukukunda “özel hukuka aykırılık” olarak adlandırılmaktadır³⁹⁸.

³⁹⁵ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.58, Kn.194, Aynı yönde Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.167; Zafer, Genel Hükümler, s.363; Göktürk, Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, s.408. Hukuka aykırılığın niteliği hakkındaki görüşler konusunda bkz. Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.2vd., Kn.667vd.; Erem/ Danışman/ Artuk, Genel Hükümler, s.61-62; Katoğlu, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara: Adalet, 2003, 127 vd.

³⁹⁶ Zafer, Genel Hükümler, s.363-364. Madde 117: (1) “*Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişiye, mağdurun şikayeti halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.*”; Madde 99: “(1) *Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”; Madde 121: “(1) *Kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi halinde, fail hakkında altı aya kadar hapis cezasına hükmolunur.*”; Madde 174: “(1) *Yetkili makamlardan gerekli izni almaksızın, patlayıcı, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeyi imal, ithal veya ihraç eden, ülke içinde bir yerden diğer bir yere nakleden, muhafaza eden, satan, satın alan veya işleyen kişi, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Yetkili makamların izni olmaksızın, bu fıkra kapsamına giren maddeleri imal etmek, işlemek veya kullanmak amacıyla, gerekli olan malzeme ve teçhizatı ithal eden, ihraç eden, satışa arz eden, başkalarına veren, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi de aynı ceza ile cezalandırılır.*”; Madde 264: “(1) *Bir rütbe veya kamu görevinin veya mesleğin, resmi elbisesini yetkisi olmaksızın alenen ve başkalarını yanıltacak şekilde giyen veya hakkı olmayan nişan veya madalyaları takan kimseye üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*”; Madde 287: “(1) *Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*”.

³⁹⁷ Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s.122. Hukuka aykırılık unsuruna suç tipinde örtülü yer vermeye örnek olarak “memuriyet sıfatını suistimal suretiyle” ifadesi gösterilebilir (Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s.122). Yazarın bu ifadesinden yola çıkarak, TCK’daki “görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle” (irtikap, m.250) ve “görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle” (görevi kötüye kullanma, m.257) suçun temel şeklindeki, “kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle” (kasten yaralama, m.86/2.d) ve “Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle” (cinsel saldırı, m.102/3.b) ifadeleri, suçun nitelikli halindeki örtülü hukuka aykırılık unsuru olarak gösterilebilir. Bir görüşe göre suç tipinde yer verilen kamu görevine ilişkin ifadelerin maddi unsur olarak değil hukuka aykırılık unsuru olarak ele alınması gerekmektedir (Welzel, Hans, Irrtum über die Amtspflicht, JZ 1952, s.208-209). Nitekim ilgili suç tiplerinde yer alan “görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle”, “görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle” gibi kamu görevine ilişkin ifadeler yerine sadece “kamu görevlisi, hukuka aykırı olarak hareket etmek suretiyle” ifadesi kullanılsa, buradaki hukuka aykırılıktan neyin anlaşılması gerektiğini izah etmek üzere bakılması gereken yer, idare hukukuna göre kamu görevlisinin görev alanı, yetki ve sorumlulukları olacaktır. Bu sebeple, kamu görevlisinin görevine ilişkin aykırılıklar örtülü hukuka aykırılık unsuru olarak kabul edilmelidir.

³⁹⁸ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.18vd., Kn.692vd.; Demirbaş, Genel Hükümler, s.270; Zafer, Genel Hükümler, s.363; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler, s.262; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.301. Göktürk ise “hukuka aykırılığın tek ve bütün bir kavram olduğu; suçun yasal tanımında yer verilip verilmemesine göre genel-özel şeklinde bir ayırımı tabii tutulamayacağı” gerekçesiyle hukuka

Hukuka aykırılığa ilişkin ifadenin suç tipinde yer almasının sebebi ve sonuçları bakımından çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. *Bir görüşe göre* kanun koyucunun, bu ifadelere tüm suçlar bakımından değil de sadece bazı suç tiplerinde yer vermesi sebepsiz değildir. *Bu görüşe göre* bu halde, hukuka özel aykırılık unsuru kastın kapsamındadır³⁹⁹. Fiilin suç tipine uyması onun hukuka aykırı olmasını gerektirmez. Hakim failin kastının bu unsuru kapsayıp kapsamadığını ayrıca incelemelidir⁴⁰⁰, diğer bir ifadeyle bu suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilirler⁴⁰¹. Örneğin, zilyedinin rızası hilafına taşınır malını alan failin hırsızlık suçunu işleyebilmesi için failin, zilyedin rızasının bulunmadığını bilmesi gerekir. Somut olayda zilyedin rızası yok, ancak fail bu durumdan habersiz ise suç tipinin maddi bir unsurunda hataya düşmüş demektir ve hırsızlık suçuna ilişkin kastı TCK m.30/1 uyarınca engellenmiş olur.

Bu görüş, haksızlığın tümünü değerlendiren hukuka aykırılık unsurunun, her durumda suç tipinin unsuru olarak ele alınması, hukuka uygunluk sebebinin suç tipinin olumsuz unsuru olarak kabul edilmesi anlamına gelmesi nedeniyle eleştirilmektedir⁴⁰². Bir diğer eleştiri konusu ise, failin hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyetinden haberdar olmadığı, ancak bu sebebin objektif olarak mevcut olması durumunda bir haksızlığın

özel aykırılık kavramına karşı çıkmaktadır (Göktürk, Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, s.426). Öztürk/ Erdem ise suç tipinde yer verilen hukuka aykırılığa işaret eden “haksız olarak”, “hukuka aykırı olarak”, “rıza dışında” gibi unsurların suç tipinde yer almasının bir önemi olmadığını, bunların sadece gereksiz vurgular teşkil ettiği sebebiyle suç tipinde yer alan hukuka aykırılık unsurlarıyla, suç tipinde yer almayan hukuka aykırılık-hukuka uygunluk unsurları arasında bir fark olmadığını ifade etmişlerdir. Bu sebeple yazarlar hukuka özel aykırılık-hukuka genel aykırılık ayrımını anlamsız bulmaktadırlar (Öztürk/ Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tebdirleri Hukuku, s.235-236). Katoğlu’na göre de hukuka aykırılık unsurlarının her biri ayrı bir yapıya sahip olan, farklı kurumlara işaret etmektedir. Bu sebeple, bu unsurların her biri ayrı ele alınmalıdır, toptancı bir genel-özel hukuka aykırılık ayrımını kabul etmek güçtür (Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, s.125-126).

³⁹⁹ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.20, Kn.694; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler, s.262; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.486-487; Centel/ Zafer/ Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.302. Kunter, hukuka genel-özel aykırılık ayrımını ve hukuka özel aykırılığı, failin kural olarak bilmesi gerektiğini kabul etmiştir, ancak bu bilmenin kast ile ilişkilendirilmesini kabul etmemiştir. Yazara göre kast, hareket ve neticeden teşekkül eden fiil (maddi) unsuru ile fail arasındaki ruhi bağıdır. Suçun fiil (maddi) unsurundan bağımsız bir unsur olan hukuka aykırılıkla kastın bir ilişkisi bulunmamaktadır (Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, s.159-160).

⁴⁰⁰ İçel, Genel Hükümler, s.319; Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.20, Kn.694; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler, s.262; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.486-487; Centel/ Zafer/ Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.302.

⁴⁰¹ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.20, Kn.694; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler, s.262; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.486-487.

⁴⁰² Göktürk, Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, s.430.

bulunmadığını kabul etmenin ve faili bu sebepten faydalandırmanın hakkaniyete aykırı olmasıdır. Yine failin hukuken tanınmayan bir hukuka uygunluk sebebinde veya hukuken tanınan bir hukuka uygunluk sebebinin sınırında hataya düşmesi halinde, normal şartlar altında TCK m.30/4'e göre çözülmesi gereken hata sorunu, bu görüşe göre, haksızlık bilincine ait hukuka aykırılık unsurunda hatanın kast alanına taşınması dolayısıyla, TCK m.30/1'e göre çözülecektir. Bu da haksızlık yanılığıyla ceza sorumluluğundan kurtulmak anlamına gelecektir⁴⁰³.

Başka bir görüşe göre ise, kanun koyucunun suç tipinde hukuka aykırılığa ilişkin bir ifadeye yer vermiş olması, genel hukuka uygunluk sebeplerinin tekrarından başka bir şey değildir. Amaç, sadece hakim dikkatini bu sebeplere çekmektir. Bu durumda, hukuka aykırılığa ilişkin ifadelerde düşülen hata, suç tipinin maddi unsurunda hata teşkil etmeyecektir, buradaki hata TCK m.30/3 uyarınca çözümlenmelidir⁴⁰⁴.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise hukuka aykırılığa ilişkin ifade, bir ceza normunda olduğu zaman bazen kasta ilişkin bir unsur, bazen ise genel suç unsuru olarak hukuka aykırılığa gereksiz bir işaret teşkil etmektedir⁴⁰⁵. Bu durumların çoğu kanun koyucunun, kullanılan dile vakıf olamayışından kaynaklanmaktadır. Ancak bazen de bu kavramlar özel bir anlam taşımakta ve gerçekten suçun (objektif, normatif) bir unsuru olmaktadır⁴⁰⁶. Bu kavram suçun unsurlarından birinin özelliği olarak ortaya çıkmışsa, yani bir unsur niteliyorsa, artık hukuka aykırılık, suç tipinin unsuru haline gelmiştir ve kastın kapsamına dâhildir⁴⁰⁷. Örneğin TCK m.91/5'teki⁴⁰⁸ “*hukuka aykırı yollarla elde edilmiş*

⁴⁰³ Göktürk, Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, s.431.

⁴⁰⁴ Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatayı TCK m.30/1 uyarınca çözen yazarlara göre ise hata sorunu TCK m.30/3'ün yollamasıyla TCK m.30/1'e göre çözülecektir. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.301-302; Özgenç, Genel Hükümler, s.469-472.

⁴⁰⁵ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.98, Kn.49; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.268-269; Özgenç, Genel Hükümler, s.312-313; Göktürk, Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, s.426vd.; Ozansü, Mehmet Cemil, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Ankara: Seçkin, 2007, s.121.

⁴⁰⁶ Haft, AT, s.46.

⁴⁰⁷ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.58, Kn.194; Ozansü, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, s.121. Yargıtay da 14.2.2018 tarihli bir kararında hukuka aykırılık unsurunun, suçun konusunu nitelediği gerekçesiyle artık bir maddi unsur olarak ele alınması gerektiğini ve bu hukuka aykırılık unsurunda yapılan hatayı TCK m.30/3 yerine m.30/1 kapsamında çözmek gerektiğini şöyle ifade etmiştir: “*Somut olayda sanığın borcu nedeniyle, mahkeme tarafından katılanın dairesinden tahliyesine ve kira borcunun ödenmesine, ilgili icra*

olmak”, suçun konusu olan organ veya dokunun bir sıfatıdır. Fail, suçun diğer maddi unsurları yanında hukuka aykırılık bilincinde de olmalıdır. Bu bakımdan bu suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilirler. Kast bu özel hukuka aykırılık unsurunu da kapsamalıdır⁴⁰⁹. Burada düşülen hata da TCK m.30/1 kapsamında çözümlenmelidir.

Eğer hukuka aykırılık kavramı fiilin tümünü değerlendiriyorsa, burada suçun genel yapısal unsurlarından olan hukuka aykırılık söz konusudur. Kanun koyucu hâkimlere ilgili olaylarda hukuka uygunluk sebebi bulunabileceği yönünde bir hatırlatmada bulunmaktadır⁴¹⁰. TCK madde 120’deki⁴¹¹ *hukuka aykırı olarak* ifadesi ve TCK m.152/2’deki⁴¹² *haklı bir neden olmaksızın* ifadesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda kastın hukuka aykırılık unsurunu kapsaması gerekmemektedir⁴¹³. Failin, hukuka uygunluk sebebinden

müdürlüğü tarafından da evdeki eşyaların hazine ve yediemin olarak katılan vekiline teslimine karar verilmiş olup, ilgili icra müdürlüğünün katılan vekilinin talebi üzerine sanığa “... ihtarnamenin tebliğinden itibaren 7 gün içinde hacizli malları teslim almanız, almadığınız taktirde malların satışı cihetine gidileceği ihtaren tebliğ olunur.” şeklinde bir ihtarname çekmesi üzerine sanığın, suç tarihinde katılana ait daireyi çilingir marifetiyle açtırıp, hacizli eşyaları bulunduğu yerden aldıktan sonra yeni anahtarı apartman yöneticisine teslim ettiği sabittir. TCK’nın 26/2. maddesine göre ‘ilgilinin rızası’ hukuka uygunluk sebebi ise de, aynı Kanun’un hırsızlık suçunu düzenleyen 141. maddesi hükmü ve gerekçesine göre, hırsızlık suçunun maddi unsuru, zilyedinin rızası olmaksızın başkasına ait taşınır bir malın bulunduğu yerden alınmasıdır. **Yeni suç teorisine göre konu, suçun maddi unsurlarındandır. Hırsızlık suçunun konusu, bulunduğu yerden alınmasına zilyedinin rızası bulunmayan başkasına ait bir taşınır mal’dır.** Kural olarak, failin kendisine ait olan taşınır mal, hırsızlık suçunun konusu olamaz ise de; TCK’nın 290/2. maddedeki hâller bu kuralın bir istisnasıdır. Maddeye göre, fail kendisine ait olan, ancak haczedilerek katılan vekiline yediemin olarak teslim edilen taşınır malı bulunduğu yerden aldığı taktirde hırsızlık suçundan cezalandırılmakla birlikte verilecek cezanın yarısından dörtte üçüne kadar indirim yapılacaktır. Bu sebeple, olayımızda TCK’nın 290/2. maddesinin yollamasıyla işlenen hırsızlık fiilinde aynı Kanun’un 30. maddesinin üçüncü fıkrasının değil, birinci fıkrasının değerlendirilmesi gerekir. Sanık, kamu otoritesinin yani ilgili icra müdürlüğünün yanlış ve hatalı işlemi sebebiyle suçun maddi unsuruna dair hataya düşmüş ve zilyedin rızası olmadığını bilmeksizin kendisine ait hacizli malı bulunduğu yerden almıştır. Sanığın, kastı kaldıran bu hatasından yararlanması gerekir. Manevi unsur yokluğu sebebiyle verilen beraat kararı yerindedir.” Y13.CD, E.2016/11522, K.2018/1955 (www.karararamayargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.12.2019).

⁴⁰⁸ TCK m.91/5: “**Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因 kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.**”

⁴⁰⁹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.268; Göktürk, Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, s.427; Özgenç, Genel Hükümler, s.312. Özel hukuka aykırılık ifadesinin kastın kapsamında olduğu ve suçu işlemek için olası kastın yeterli olduğu görüşü için bkz. Haft, AT, s.46.

⁴¹⁰ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.58, Kn.194; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.269; Zafer, Genel Hükümler, s.221, 365.

⁴¹¹ Madde 120: (1) “**Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.**”

⁴¹² TCK m.152/2: “(2) **Haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.**”

⁴¹³ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.58, Kn.194; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.269; Zafer, Genel Hükümler, s.221, 365. Bu durumda failin kastı değil, hukuka aykırılık bilinci etkilenmektedir (Ozansü, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, s.121).

faaydalanması için bu sebebi bilmesi gerekmez, hukuka uygunluk sebebinin somut olaydaki objektif varlığı yeterlidir. Hukuka uygunluk sebebinin maddi koşullarında hata ise TCK m.30/3 uyarınca çözülr⁴¹⁴. Ayrıca bu tür bir hukuka aykırılık kavramı, kusur konusu kapsamındaki haksızlık bilinci için bir bağlantı noktası oluşturmaktadır⁴¹⁵. Eğer hukuka aykırılığın somut olaydaki mevcudiyetine ilişkin düşülen hata haksızlık bilincini etkilerse, bu halde failin hatası TCK m.30/4 uyarınca haksızlık hatası kapsamında değerdendirilmelidir⁴¹⁶.

Bazen de hukuka aykırılık kavramının hem kasta hem de genel hukuka aykırılığa işaret ettiğı kabul edilmektedir. Suç tipinde “*yetkili bir makamın izninin bulunmaması*”na yer verilmişse, bu ifade böyle bir çift fonksiyona sahiptir. Yetkililerden alınan bir izin/onay, suç tipini ortadan kaldırır (*tatbestandsausschliessend*)⁴¹⁷. Örneğın TCK m.320’da tanımlanan, yabancı hizmetine asker yazma, yazılma suçunun birinci fıkrasındaki⁴¹⁸ “*Hükümetin izni olmaksızın*” ifadesinin böyle bir fonksiyona sahip olduğı söylenebilir.

E. SUÇ TİPİNİN UNSURLARI

Her suç tipinin unsur sayısı değışmektedir. Ancak her suç tipinin ortak temel bir yapısı bulunmaktadır⁴¹⁹. Bu temel yapıya fail ve fiil dâhildir. Netice suçlarında ise ayrıca netice ve nedensellik bağı da dâhildir⁴²⁰. Her suç tipinde bulunan unsurlar suçun genel unsurları şeklinde ifade edilebilir. Sadece belirli suç tiplerinde yer alan unsurlar da tipin özel unsurlarıdır. Niteliklerinin genel veya özel olmasından bağımsız olarak, yoklukları suçun oluşumunu engelleyen unsurlar asli kurucu unsurlar olarak adlandırılmaktadır⁴²¹.

Her suç kalıbında cezalandırılacak davranışın özelliğine göre farklı unsurlara yer verilebilir. Bu unsurlar; 1) fail ve özellikleri, 2) mağdur ve özellikleri, 3) fiilin işleniş şekli, 4)

⁴¹⁴ Zafer, Genel Hükümler, s.365.

⁴¹⁵ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.58, Kn.194; Koca/Üzölmez, Genel Hükümler, s.269.

⁴¹⁶ Zafer, Genel Hükümler, s.366.

⁴¹⁷ Haft, AT, s.46.

⁴¹⁸ TCK m.320/1: “*Hükümetin izni olmaksızın bir yabancı veya yabancı Devlet hizmetinde veya bunların lehinde çalışmak üzere Ülke içinde vatandaşlardan asker yazan veya vatandaşları silahlandıran kimseye üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.*”

⁴¹⁹ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §6, s.100, Kn.8.

⁴²⁰ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §6, s.100-104, Kn.9vd.

⁴²¹ Zafer, Genel Hükümler, s.211.

hareketin özelliği (icrai-ihmalî), 5) netice, 6) suçun konusu ve özellikleri, 7) fiilin işlendiği yer, zaman ve kullanılan araç, 8) kast, taksir, saik ve amaç gibi sübjektif unsurlar, 9) yoruma ve değerlendirmeye bağlı diğer unsurlar olabilir⁴²².

Suç tipinin unsurları farklı şekilde ayrımlara tabi tutulabilir. Bu ayrımlar yazılı olan-yazılı olmayan, deskriptif-normatif, fiile ilişkin-faile ilişkin, objektif-sübjektif olabileceği⁴²³ gibi, özel hukuka aykırılık unsuru, eksik unsur, yani başka hukuki düzenlemeye atıfta bulunan unsur (*Blankettmerkmale*), özel kusur unsurları da ayrıca suç tipinin unsurları olarak incelenmektedir.

Klasik öğretiyeye göre suç kalıbının emir ve yasak kısmı sadece deskriptif ve objektif unsurlardan oluşmaktadır. Modern ceza öğretisiyle beraber bu unsurların yanında, normatif ve sübjektif unsurların da suç tipinde yer alabileceği kabul edilmiştir⁴²⁴. Sübjektif unsura kast ve kanunda ayrıca aranıyorsa saik dâhildir⁴²⁵.

Deskriptif-normatif ve objektif-sübjektif unsurlar arasında kesin sınırlar çizmek mümkün olmadığı gerekçesiyle bu sınıflandırmalara gereğinden fazla bir değer vermemek gerektiği savunulmaktadır. Örneğin, bir hayvanın hırsızlık suçu bağlamında eşya kabul edilmesi değerlendirmeye bir düşünceyi gerektirmektedir. Cebir suçunun objektif unsuru olan “cebir kullanma”, yani fiziksel kuvvet kullanma aynı zamanda sübjektif bir yön de içermektedir (düz cebir yerine bir amaca yönelik cebir)⁴²⁶.

Bir görüşe göre hata bahsi bakımından önemli olan deskriptif ve normatif unsurların birbirinden ayrılması ve bu ayırımda kullanılacak ölçütler değildir. Aksine bu unsurlarda hataya farklı hukuki sonuçlar bağlanıp bağlanmayacağıdır⁴²⁷.

⁴²² Zafer, Genel Hükümler, s.220.

⁴²³ Heinrich, AT, §8, s.48 vd., Kn.122 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.290 vd.

⁴²⁴ Haft, AT, s.45.

⁴²⁵ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §6, s.98, Kn.3.

⁴²⁶ Haft, AT, s.45.

⁴²⁷ Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.39.

1. Yazılı olan ve yazılı olmayan unsurlar

Yazılı unsurlardan, kanunda açıkça yer alan unsurlar anlaşılmaktadır. Örneğin TCK m.141'deki hırsızlık suçunda taşınır, mal, almak unsurları yazılı unsurlardır. **Yazılı olmayan unsurlar** ise kanunda açıkça yer almamasına rağmen suçun kanuni tanımını sınırlamak için zaman içerisinde hukuk uygulamasının keşfettiği unsurlardır⁴²⁸. Örneğin TCK m.157'deki dolandırıcılık suçunda failin hileli davranışıyla aldatılan mağdurun malvarlığında bir azalma gerçekleşmelidir. Bu da mağdurun kendi zararına işleyeceği bir davranış neticesi gerçekleşir. Böyle bir davranış kanunda açıkça yer almasa da malvarlığı üzerinde tasarruf edebilme, TCK m.157'ye dahil bir şekilde anlaşılmalıdır⁴²⁹. Yazılı olmayan unsurlara neticeli suçlarda nedensellik bağı da dâhildir⁴³⁰. Yazılı olmayan unsurlar da kastın kapsamına dâhildir⁴³¹.

2. Objektif (maddi) ve sübjektif (manevi) unsurlar

Modern ceza hukuku öğretisine göre tipik haksızlık, suç tipinin objektif yönü (*der Objektive Tatbestand*) ve suç tipinin sübjektif yönü (*der Subjektive Tatbestand*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Buna uygun olarak da objektif ve sübjektif unsurlar vardır⁴³². Bu unsurlara Türk hukukunda suç tipinin maddi ve manevi unsurları da denilmektedir⁴³³. **Objektif unsurlar** deskriptif ve normatif özelliklerin yardımıyla fiilin dış dünyadaki görünümüne ait olan unsurlardır⁴³⁴. Objektif unsurlar, TCK m.21'in gerekçesi ve m.30/1'de “suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar” şeklinde ifade edilmiştir⁴³⁵. Objektif unsurlara örnek olarak çocuk düşürtme suçunu düzenleyen TCK m.99'daki “kadın”, “çocuk”, “düşürten” unsurları gösterilebilir.

⁴²⁸ Heinrich, AT, §8, s.48., Kn.123-124.

⁴²⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.291.

⁴³⁰ Heinrich, AT, §8, s.48., Kn.124; Haft, AT, s.151; Kühl, AT, §5, s.86, Kn.15; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.291.

⁴³¹ Kühl, AT, §5, s.86, Kn.15.

⁴³² Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §6, s.106, Kn.26; Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.98, Kn.48-Kn.50.

⁴³³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.111vd.

⁴³⁴ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §6, s.106, Kn.26; Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.98, Kn.48; Heinrich, AT, §8, s.50, Kn.132; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.293; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.112; Akbulut, Genel Hükümler, s.229.

⁴³⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.293.

Objektif unsurlara; fail, konu, fiil, durum-yer, fiil tarzı⁴³⁶, mağdur, suçun nitelikli halleri⁴³⁷ ve yer verildiyse, suçun işlendiği zaman⁴³⁸ da dahildir. Suç tiplerinin çeşitliliğine göre suçun objektif unsurları suçtan suça göre değişmekte olup, fiilin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik, yani netice de objektif bir unsurdur. Neticeli suçlarda fiil ile netice arasındaki nedensellik bağı kanuni tipin yazılı olmayan objektif bir unsuru olarak kabul edilmektedir⁴³⁹.

Kastla işlenen suçlarda suç kastı tüm objektif unsurları kapsamalıdır. Bu unsurlara ilişkin her hata **kaçınılabılır olup olmadığına bakılmaksızın** kastın oluşmasını engeller⁴⁴⁰. Objektif cezalandırma şartları ise hâkim görüşe göre sübjektif sorumluluğun kapsamında değerlendirilmez⁴⁴¹.

Sübjektif unsurlar psikik-ruhsal alana dâhil olup, failin düşünce dünyasına ait unsurlardır⁴⁴². Fiilin davranış değersizliğini belirleyen ve zarar veya tehlike neticesinin özel bir türü veya ortaya çıkış şekline işaret eden suç tipinin sübjektif unsurları, tipik haksızlığın bir parçası sayılmalıdır⁴⁴³.

Failin davranışının haksızlığını karakterize eden suçun sübjektif unsurları denince akla öncelikle kast⁴⁴⁴ ve taksir gelmektedir. Nitekim TCK m.21 uyarınca, suçun oluşumu kastın varlığına bağlıdır. İstisnaen, kanunda ayrıca düzenlenmişse suçlar taksirle de işlenebilir (TCK m.22/1).

⁴³⁶ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.98, Kn.48; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.58, Kn.193.

⁴³⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.294; Akbulut, Genel Hükümler, s.229.

⁴³⁸ Akbulut, Genel Hükümler, s.229.

⁴³⁹ Heinrich, AT, §8, s.48, Kn.124; Haft, AT, s.151; Kühl, AT, §5, s.86, Kn.15; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.58, Kn.193; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.112-113.

⁴⁴⁰ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.58, Kn.193; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.294; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.112.

⁴⁴¹ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.99, Kn.57; Kühl, AT, §5, s.87, Kn.18; Heinrich, AT, §8, s.51, Kn.133.

⁴⁴² Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §6, s.106, Kn.26; Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.98, Kn.50; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.58, Kn.195; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.294; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.113.

⁴⁴³ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.58, Kn.195.

⁴⁴⁴ Kastın tüm görünüş şekilleri sübjektif unsurlara dahildir. Heinrich, AT, §8, s.50, Kn.132; Kastın görünüş şekilleri için bkz. Heinrich, AT, §12, s.105vd., Kn.275vd.

Haksızlığın unsuru olarak suç tipinin sübjektif unsurları en çok amaç unsuru (maksatla) içeren suçlarda (*Absichtsdelikt*) kendini gösterir. Bu tür suçlarda fail özel bir netice veya amaç düşüncesiyle aşırı bir içsel yönelim gösterir⁴⁴⁵. Kasten öldürmenin nitelikli hallerinden olan “*kan gütmeye saiki*” (TCK m.82/1-j) ve “*töre saiki*” (TCK m.82/1-k), hırsızlık suç tipindeki (TCK m.141) “*yarar sağlama amacı*”⁴⁴⁶ veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçundaki (TCK m.282) “*gayrimeşru kaynağı gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırma maksadı*” bu amaçlara örnek olarak gösterilebilir. Sübjektif unsurlara ayrıca eğilim (*Tendenz*) ve tutum unsurları (*Gesinnungsmerkmale*) dahildir⁴⁴⁷. Objektif ve sübjektif unsurlar deskriptif-normatif veya fiile-faile ilişkin şekilde ele alınıp incelenebilir⁴⁴⁸.

Aslında objektif ve sübjektif unsurların ayrımı her zaman net değildir. Örneğin, nitelikli öldürmeyi düzenleyen TCK m.82/1-b’deki “canavarca hisle” öldürme ve Alm.CK m.211’deki “zalimce” (*grausam*) ve “haince” (*heimtückisch*) öldürme, objektif unsur olan öldürme fiilini niteleyen sübjektif bileşenlerdir. Bu unsurlar ilk bakışta failin iç dünyasına yönelik olduğu için sübjektif kabul edilse de aslında objektif bir unsur nitelediği için objektif unsur sayılmalıdır. Bu sebeple de bu unsurlar, kastın kapsamında olmalıdır⁴⁴⁹. Buradan anlaşılması gereken, failin, davranışının kanun koyucu tarafından “zalimce” olarak nitelendirildiğini bilmesi değildir. Failin kasten hareket edebilmesi için kendisinin de davranışını “zalimce” olarak nitelendirmesi gerekmez. Kast için gerekli olan, failin davranışını “zalimce” kılan fiili olguların, fail tarafından bilinmesidir.

⁴⁴⁵ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.59, Kn.197.

⁴⁴⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.295; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.113.

⁴⁴⁷ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.98, Kn.50; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §6, s.106, Kn.26. Tutum unsurlarının sadece sübjektif bir yapıyı haiz olmadığına ilişkin bkz. Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.99, Kn.56.

⁴⁴⁸ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.58, Kn.192. *Heinrich*’e göre ise sadece objektif unsurlar deskriptif-normatif veya fiile-faile ilişkin şekilde ele alınıp incelenebilir (Heinrich, AT, §8, s.50, Kn.130). Sübjektif unsurların da normatif özellik taşıyabileceğine ilişkin olarak bkz. Engisch, Karl, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, Festschrift Für Edmund Mezger Zum 70. Geburtstag 15.10.1953, München Und Berlin, C.H. Beck’Sche Verlagsbuchhandlung, 1954, (s.127-163), s.155-156.

⁴⁴⁹ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §6, s.106-107, Kn.27.

3. Deskriptif ve normatif unsurlar⁴⁵⁰

Deskriptif unsurlar için doktrinde benzer tanımlamalar yapılmakta ve bu unsurlara benzer örnekler verilmektedir. Suçun **deskriptif unsurları**, suç tipindeki yasak veya emire ait maddi-nesnel-somut basit tanımlayıcı unsurlar⁴⁵¹ olarak anlaşılabilceği gibi, belirli bedensel veya ruhsal durum veya olayları temsil eden ve hâkim tarafından idrak edilen unsurlar⁴⁵² olarak da tanımlanmaktadır. Bir görüşe göre ise kişilere veya nesnelere ilişkin doğal özellikler deskriptif unsurun konusunu oluşturmaktadır. Örneğin hırsızlık suç tipindeki malın “taşınırlığı”, malın tabiatına ait bir özellik olduğu için deskriptif özellik arz etmektedir⁴⁵³. Bir şey her zaman duyularla anlaşılıyorsa, ekstra bir değerlendirme gerektirmeksizin tanımlanabiliyorsa⁴⁵⁴ ya da bilişsel bir yetenekle⁴⁵⁵ kavranabiliyorsa, onun deskriptif unsur olduğu da savunulmaktadır⁴⁵⁶. Deskriptif yönü ağır basan (tanımlayıcı, betimleyici) unsurlarda, kanunda günlük konuşmadaki terimler kullanılır (insan, zarar vermek veya eşya

⁴⁵⁰ Deskriptif unsurlar ve normatif unsurlar için Türk öğretisinde şu Türkçe karşılıklar kullanılmaktadır: Belirleyici, tanımlayıcı, tarif edici-değerlendirici unsurlar (bkz. Özgenç, İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul: İmaj Ofset, Haziran 1996, s.137-138), tanımlayıcı, tasvir edici-değerlendirici unsurlar (Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler (2017), s.194), tanımlanabilir, değerlendirilmeksizin anlaşılabilen-sadece değerlendirmeye anlaşılabilen unsurlar (Akbulut, Genel Hükümler, s.392-393), tabii-hukuki (nitelikteki) unsurlar (Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.170-171), tanımlanabilir-değerlendirilebilir unsurlar (Koca/ Üzülmöz, Genel Hükümler, s.256), betimleyici-değerlendirici unsurlar (Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.291). Erman’a göre deskriptif ve normatif unsurlar için Türk öğretisinde kullanılan terimler, iki tür unsur arasında algıya dayalı bir farklılık olduğuna işaret etmektedir. Yazar, unsurlar arasındaki bu ayrımı tek başına geçerli ve uygulanabilir görmediği için, bu unsurların karşılığı olarak daha nötr olduğunu düşündüğü betimleyici-normatif unsurlar terimlerini kullanmaktadır (Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.31).

⁴⁵¹ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.57, Kn.189.

⁴⁵² Roxin’in görüşü için bkz. Gössel, Karl Heinz, Über Normativismus und Handlungslehre im Lehrbuch von Claus Roxin zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, Goltdammer’s Archiv für Strafrecht, 153. Jahrgang Seiten 1-832, München: R.v. Decker, 2006, s.279-284, s.281.

⁴⁵³ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.97, Kn.44.

⁴⁵⁴ Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler, s.110.

⁴⁵⁵ “**Biliş** insanların dünyayı öğrenmeleri ve anlamalarına-anlamlandırmalarına kaynaklık eden zihinsel faaliyetleri ifade eder.” Şener, Tülin, Bilişsel Gelişim Kuramı –Piaget-, https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/48252/mod_resource/content/0/Bili%C5%9Fsel%20geli%C5%9Fim.pdf f. “**Biliş** zekanın işleyişiyle ilgili, kognitif(en.cognitive) demektir. Düşünme, öğrenme ve hatırlama süreçlerinin genel adıdır”. Yücel, Doğanhan Murat, Bilişsel Gelişim Kuramları, <https://www.dmy.info/bilissel-gelisim-kuramlari/>, “**Bilişsellğin en çok kabul gören tanımı, algı yoluyla bilgiyi işleme kabiliyeti** (farklı duyularımızla aldığımız uyarıcılar), tecrübeyle edinilen bilgi, dünyamızı değerlendirmek ve yorumlamak için tüm bu bilgileri bütünleştirmemize olanak veren özel özelliklerimiz. Diğer bir deyişle, bilişsellik farklı kaynaklardan (algı, tecrübe, inançlar, vs.) bildirimleri bilgiye çevirmek için özümseme ve işleme kabiliyetidir. Bilişsellik öğrenme, dikkat, bellek, dil, akıl yürütme, karar verme, vs. gibi farklı bilişsel süreçleri kapsar ve bu da bizim entellektüel gelişim ve tecrübemizin bir parçasını oluşturur.” Bilişsellik ve Bilişsel Bilim, <https://www.cognifit.com/tr/cognition>.

⁴⁵⁶ Vogel, LK-StGB, §16, s.1126, Kn.21; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.170.

gibi)⁴⁵⁷. Hırsızlık suçundaki “mal”, “taşınır” ve “almak” unsurları⁴⁵⁸ ve konut dokunulmazlığındaki “konut”, “konut eklentisi” deskriptif unsurlara örnek olarak gösterilebilir.

Deskriptif unsurlar, derecelendiren kavramlarla uyumlu değildir. Bu konuda “X biraz insandır”, “Y az hamiledir” önermelerinin imkânsızlığı örnek olarak gösterilebilir⁴⁵⁹.

Yukarıda sıralanan özelliklerin her zaman doğru olduğunu söylemek mümkün değildir. Örneğin nükleer enerji veya iyonlaştırıcı radyasyon terimlerinin deskriptif olduğu açık olmasına rağmen; deskriptif-normatif unsur ayrımında getirilen kıstaslara uymadığı da açıktır. Bu kavramlar, ne duyularla algılanabilir özellikleri haiz, ne sadece zihinsel bir şekilde anlaşılır, ne de tanımlayıcıdır. Zaten bir hukukçu bile bu kavramları yorumlarken “uzman olmayan kişi” hükmündedir⁴⁶⁰.

Normatif unsurlar ise bir değerlendirmeye içi doldurulmaya muhtaç unsurlardır⁴⁶¹. Sadece fiili olgularla tanımlanmaları mümkün olmayıp⁴⁶², bir fikri faaliyet ve değer yargısına başvurmak gereklidir⁴⁶³. Bu unsurlar sosyal veya hukuki kurallara ilişkin özelliklere⁴⁶⁴ veya dünya üzerinde olan bir şeye atıfta bulunmaktadır⁴⁶⁵. Bu unsurlarda fiili olgular hâkimin tamamlayıcı değer yargısı içerisinde, bir normun mantıki şartları altında düşünülür ve belirlenir⁴⁶⁶. Hâkim tarafından niteliksel değerlendirme yapılmasını gerektiren unsurlara örnek olarak TCK m.174/3'teki⁴⁶⁷ “önemsiz tür ve miktar” örnek olarak gösterilebilir.

⁴⁵⁷ Heinrich, AT, §30, s.460, Kn.1083; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.170.

⁴⁵⁸ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.57, Kn.189, Roxin'in görüşü için bkz. Gössel, Über Normativismus und Handlungslehre im Lehrbuch von Claus Roxin zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, GA 2006, s.281-282.

⁴⁵⁹ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §6, s.104, Kn.21.

⁴⁶⁰ Kindhäuser, Urs, Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale, Jura (Juristische Ausbildung), 1984, Heft 9, s.465-478, s.465-466.

⁴⁶¹ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.57, Kn.190.

⁴⁶² Heinrich, AT, §8, s.49, Kn. 126.

⁴⁶³ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.171; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.111.

⁴⁶⁴ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.97, Kn.45.

⁴⁶⁵ Darnstädt, Thomas, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JuS (Juristische Schulung Zeitschrift für Studium und Ausbildung), 18. Jahrgang 1978, München und Frankfurt: Verlag C.H. Beck, s.441-447, s.442.

⁴⁶⁶ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.57, Kn.190.

⁴⁶⁷ TCK m.174/3: “Önemsiz tür ve miktarda patlayıcı maddeyi satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, kullanılış amacı gözetilerek, bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

Normatif unsur olarak bilişsel karar verme/değerlendirme unsurlarına da “gerçek”, “ihtimal”, “tehlike” ifadeleri örnek verilebilir⁴⁶⁸.

Alman Federal Mahkemesi’ne göre ise değerlendirci (*wertend*) unsur normatif özelliği haizdir. Ancak değerlendirci unsur kavramının altında ne olduğu Mahkeme tarafından açıklanmamıştır. Yine bu unsurlar “olayı tanımlayıcı” değil, “hukuki ve değerlendirci” yapıdadır. Bu unsurlar “belirsiz bir değerlendirmeye doldurulan kavram” olarak ele alınır. Bu kavramın manası da mahkeme tarafından idrak edilmelidir. Bu bakımdan normatif unsurlar dil bilim alanına (*semantik Spielräume*) ilişkin unsurlardır⁴⁶⁹.

Hırsızlık suçundaki “malın başkasına ait olması”⁴⁷⁰ veya “yarar sağlama amacı” normatif unsurlara örnek olarak gösterilebilir⁴⁷¹. Bir eşyanın bir başkasına ait olup olmaması meselesi eşyanın tabiatına ilişkin bir mesele olmadığından deskriptif bir unsur değildir⁴⁷². Bu husus medeni hukukun normlarına ilişkin bir mesele olduğu için ilgili unsur normatif özellik taşımaktadır⁴⁷³. Normatif, yani değerlendirci unsurlarda ise kanun, deskriptif unsurlardan farklı olarak günlük dilden ziyade hukuk dilini kullanır. Belge veya kamu görevlisi buna örnek olarak gösterilebilir⁴⁷⁴.

Normatif unsurların, deskriptif unsurların aksine kesin olmadığı, yani değerlendirmelerin doğru olup olmadığının kesin bir bilgiyle sabit olmadığı, derecelendirmeye müsait olduğu ve belirsiz⁴⁷⁵ olduğu ifade edilmektedir⁴⁷⁶. Örneğin TCK m.76/1-b’deki “*kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme*”, TCK m.90/2-b’deki “*deneyin yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması*” ve TCK m.147’deki

⁴⁶⁸ Engisch, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, s.155-156.

⁴⁶⁹ Darnstädt, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, s.441-442.

⁴⁷⁰ Alman Ceza Kanunu’nda düzenlenen hırsızlık suç tipinde taşınır mal, “*fremd*” yani yabancı sözcüğüyle nitelenmiş olup, bu ifadeden malın failden başkasına ait olması anlaşılmalıdır.

⁴⁷¹ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.57, Kn.190.

⁴⁷² Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.97, Kn.45.

⁴⁷³ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.57, Kn.190; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.111.

⁴⁷⁴ Heinrich, AT, §30, s.460, Kn. 1083.

⁴⁷⁵ Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini ortaya koyan Alman Anayasası m.103 uyarınca kanunlar açık ve belirli olmalıdır. Ancak normatif unsurların özellikleri olarak sayılan belirsizlik, çok anlamlılık, sübjektiflik, görecelilik kanunun açık olması kavramıyla (*Garantietatbestand*) örtüşmemektedir. Engisch, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, s.157.

⁴⁷⁶ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §6, s.105, Kn.25.

“Hırsızlık suçunun **ağır ve acil bir ihtiyacı** karşılamak için işlenmesi” ifadeleri bu özellikler ışığında normatif olarak kabul edilmelidir⁴⁷⁷.

Ancak bu özelliklerin her normatif unsur için geçerli olmadığı belirtilmektedir. Örneğin normatif normların ortak özelliği belirsizlik, değerlendirmeye muhtaç olma olarak belirtilmiştir⁴⁷⁸. Her ne kadar bazı normatif unsurlar her zaman şüpheye yer bırakmayacak şekilde açıkça anlaşılamasa da, örneğin “örf ve adete zarar veren hareketin” içeriği tartışılmalıdır,⁴⁷⁹ normatif unsurların hepsinin belirsiz olduğu ifadesi gerçeği yansıtmamaktadır. Örneğin “küçük”, “evlilik” gibi gayet belirli olan normatif unsurlar da bulunmaktadır⁴⁸⁰. Aynı şekilde hırsızlık suçundaki malın başkasına ait olması da belirsiz bir unsur değildir. Fiili olgular bilindikten sonra bir malın A’ya ait olup olmadığına karar verilebilir⁴⁸¹.

Tanımlayıcılık ve normatiflik arasında da bazen iç içe geçme söz konusu olabilir. Şöyle ki her bir unsur bir bakıma tanımlayıcıdır da⁴⁸². Yine tanımlayıcı unsurlar da belirli sınırlar içinde normatif yön taşımaktadır⁴⁸³. Örneğin başına silahla ateş edilmesi sonucu bir kişinin beyin ölümünün gerçekleşip, kalbinin attığı durumda tabii bir olgu olan ölümün gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin olarak hukuki bir değerlendirme yapmak gerekecektir. *Herbert Krüger*’e göre ise her kelime kanuni unsurda yer almakla kendi doğal-tanımlayıcı (deskriptif) özelliğini kaybeder ve hukuki-normatif bir tabiata kavuşur⁴⁸⁴.

Alman öğretisinde normatif unsurların sadece objektif haksızlığın içerisinde değil aynı zamanda suçun başka unsurları içerisinde yer alabileceği de savunulmuştur. Mesela

⁴⁷⁷ Bu normatif unsurlara Alman Ceza Kanunu’ndaki “*bir şirket için büyük anlam taşıyan veri işleme*” (m.303b II) ve “*bir kişinin veya çok sayıda insanın sağlığına ağır ölçüde zarar vermesi*” (m. 306b/I) ifadeleri örnek olarak gösterilebilir (Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (2016), §6, s.106, Kn.25).

⁴⁷⁸ Darnstädt, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, s.442.

⁴⁷⁹ Darnstädt, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, s.442.

⁴⁸⁰ Engisch, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, s.156.

⁴⁸¹ Darnstädt, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, s.442.

⁴⁸² Engisch, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, s.144-145.

⁴⁸³ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.57, Kn.191.

⁴⁸⁴ Krüger, Herbert, Rechtsgedanke und Rechtstechnik im liberalen Strafrechts I, ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft), Vol.54, Issue 1, (s.591-664), 1935, s.602-603; Engisch, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, s.140-141.

“sorumsuzca”, “arsızca”, “açgözlüce”, “onursuzca” gibi unsurlar kınanabilirliğin, kastın veya taksirin normatif unsuru olarak kusurun⁴⁸⁵ bir parçasını oluşturur⁴⁸⁶.

4. Özel kusur unsurları

Kusur unsurları da bazı suç tiplerinde geniş anlamda suçun unsuru kabul edilebilir. Bu suç türlerine örnek olarak davranışın işlenmesindeki hukuki düşünüş-tutum eksikliğini gösteren Alm.CK. m.90a I Nr.1’de düzenlenen devleti ve devletin sembollerini aşağılama suçundaki “garez, kötünîyet” veya m.315c I Nr.2’de düzenlenen trafiğin tehlikeye atılması suçundaki “acımasızlık” gösterilebilir⁴⁸⁷.

Bazı kanunlarda özel tutum/tavırlar unsur olarak düzenlenmektedir. Modern kusur öğretisine göre bunlar kusura ilişkindir. Bu unsurlar hem iştirak halleri hem de hata halleri için önem arz etmektedir. Faili motive eden olgular objektif olarak mevcut olmak zorunda olmayıp, failde olmaları yeterlidir. Bu unsurlara örnek olarak Alm.CK. m.211’deki “alçakça hislerle” insan öldürme, Alm.CK. m.315c trafik düzenini tehlikeye sokma (*Gefährdung des Straßenverkehrs*) suçunda “düşüncesizce” (*rücksichtslos*) veya Alm.CK. m.130 halkı kin ve düşmanlığa teşvik (*Volksverhetzung*) suçunda “kötü niyetle” (*böswillig*) ifadeleri gösterilebilir⁴⁸⁸.

Bu unsurları, Alm.CK. m.28 kapsamındaki unsurlardan⁴⁸⁹ ve objektif bir haksızlık olgusunun varlığını gerektiren **gerçek olmayan (haksızlığa ilişkin) tutum unsurlarından** ayırmak gerekir⁴⁹⁰. Gerçek olmayan tutum unsurları, kısmen tipik haksızlığa kısmen de kusura ilişkindir⁴⁹¹. Örneğin, Alm.CK. m.211’deki “zalimce” (*Grausam*) kavramı sadece sübjektif merhametsiz bir tutumu gerektirmemekte, ayrıca objektif bir özel acıya sebep olmayı da gerektirmektedir⁴⁹². Alm.CK. m.211’deki zalimce öldürmede, fail eğer mağdura

⁴⁸⁵ Modern öğretilde, buradaki kusur ifadesi yerine “suçun manevi unsurunun” ifadesi kullanılmaktadır.

⁴⁸⁶ Engisch, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, s.155-156.

⁴⁸⁷ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.59, Kn.196.

⁴⁸⁸ Haft, AT, s.46.

⁴⁸⁹ Cezalandırmayı etkileyen faile ilişkin kişisel unsurlar.

⁴⁹⁰ Haft, AT, s.47.

⁴⁹¹ Roxin, AT I, §12, s.504, Kn.137.

⁴⁹² Haft, AT, s.47.

özel bir acı vermede hataya düşerse bu bir suç tipinin maddi unsurunda hata söz konusu olur⁴⁹³. Yine Alm.CK. m.211 “sinsi/kötü niyetli” (*Heimtücke*) veya Alm.CK. m.225 koruma altındaki kişiye kötü davranma (*Mißhandlung von Schutzbefohlenen*) suçundaki “ağır şekilde kötü davranma” (*rohen Mißhandeln*) bu kapsamdadır⁴⁹⁴.

Türk Ceza Kanunu m.82/1-b’deki “canavarca hisle” öldürmenin niteliği de bu kapsamda tartışılabilir. Canavarca hisle öldürmek “insan hayatının yok edilmesinden gayritabii bir zevk duyulması halı”dır⁴⁹⁵. TCK m.82’nin gerekçesinde canavarca hisle öldürme “kişilerin acıma hissi olmaksızın bir başkasını öldürme” olarak tanımlanmış olup canavarca öldürmenin, “mağduru, uyurken kulağının içine kızgın yağ dökülerek ya da vücudun parçalanarak öldürülmesi gibi vahşi yöntemlerle” gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴⁹⁶. Bu tanıma göre, canavarca his unsuru gerçek olmayan tutum unsurudur. Ancak fiilin canavarca bir hisle işlenmesi, fiilin kendisinin canavarca olmasından farklı bir şeydir. İkinci durumda aslında eziyet çektirerek öldürme söz konusudur⁴⁹⁷. Canavarca hisle öldürme failin sübjektif durumundan, eziyet çektirerek öldürme ise fiilin işleniş tarzından kaynaklanmaktadır⁴⁹⁸. Bu halde, canavarca his unsurunu özel kusur unsuru olarak kabul etmek gerekecektir.

Kanaatimizce, bir unsurun, özel kusur unsuru olması ile gerçek olmayan tutum unsuru olması arasındaki fark hata öğretisi bakımından şudur: Kastı engelleyen hata, kastın konusunu oluşturan suçun maddi unsurlarında mümkündür. Özel kusur unsurları, sadece failin iç dünyasına ilişkin olmaları sebebiyle, suçun maddi unsuru sayılmaz ve bu unsurlarda hataya bir sonuç bağlanmaz. Failin canavarca hisle işlediği, ancak objektif üçüncü kişiye göre

⁴⁹³ Roxin, AT I, §12, s.504, Kn.137.

⁴⁹⁴ Haft, AT, s.47.

⁴⁹⁵ Önder, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994, s.27.

⁴⁹⁶ Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), s.252.

⁴⁹⁷ Erman, Sahir/ Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, s.39; Hakeri, Hakan, Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, Ankara: Seçkin, 2006, s.237; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s.99-100.

⁴⁹⁸ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Ankara: Seçkin, Eylül 2018, s.153; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I, 4. Bası, İstanbul: Beta, 2017, s.47.

canavarca olmayan bir öldürmeden sorumluluğu, kendi iradesine göre yani canavarca hisle öldürmeye göre belirlenecektir. Bu unsurların, gerçek olmayan tutum unsuru olarak kabul edilmesi durumunda ise, dışarıdan objektif üçüncü kişiye göre canavarca olan bir öldürmede, failin canavarca bir hisse sahip olmaması durumunda, bu nitelikli hal ona uygulanmayacaktır.

5. Çerçeve normun eksik unsuru

Her ceza normu, yaptırım tehdidi ve suç tipi/tanımı olmak üzere iki önemli kısımdan meydana gelmektedir. Genellikle suç tipi/tanımı⁴⁹⁹ ve yaptırım tehdidi aynı düzenlemede yer almaktadır. Ancak sadece yaptırım tehdidi içerip suç tipinin/tanımının bir kısmı veya tamamı için başka normlara atıfta bulunan normlar da mevcuttur. Bunlara çerçeve norm⁵⁰⁰ (*Blankettstrafgesetze*) denilmektedir⁵⁰¹. Çerçeve normda bir yaptırım tehdidi mevcuttur. Ancak yaptırıma bağlanan fiilin içeriği başka kanun veya idari düzenlemelere bakılarak anlaşılmaktadır⁵⁰².

Çerçeve normdaki suç tanımının bir kısmı veya tamamı için başka bir düzenlemeye atıfta bulunan ifade, çerçeve normun eksik unsurunu (*Blankettmerkmal*) oluşturmaktadır. Eksik unsur çerçeve normun bir unsuru olup, bu unsurun içeriği, atıfta bulunduğu kanun, idari düzenleme veya işlemler gibi hukuki düzenlemelerle belirlenmektedir⁵⁰³. Çerçeve normlar gerçek ve gerçek olmayan şeklinde ikiye ayrılabilir. Eğer atıfta bulunulan tamamlayıcı norm ceza hukuku dışındaki bir alana ilişkin ise (idare veya anayasa hukuku gibi) bu durumda gerçek çerçeve normdan bahsedilir. Gerçek olmayan çerçeve normlar ise ceza hukuku alanına atıfta bulunan normlardır⁵⁰⁴. Gerçek olmayan çerçeve normlarda kanun koyucu kendine atıf

⁴⁹⁹ Bu tanım belli bir şekilde davranmayı yasaklama veya belirli bir şekilde davranmakla görevlendirme şeklinde olabilir. Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, s.22.

⁵⁰⁰ Çerçeve kanun kavramının karşılığı olarak Alman hukukunda ağırlıklı olarak *Blankettgesetz* kavramı kullanılmakla birlikte *Rahmengesetz* kavramı da kullanılmaktadır. Jakobs, AT, s.286, Kn.46.

⁵⁰¹ Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955, s.5.

⁵⁰² Vogel, LK-StGB, §16, s.1133, Kn.36.

⁵⁰³ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.97, Kn.47.

⁵⁰⁴ Vogel, LK-StGB, §16, s.1133, Kn. 36; Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, s.11.

yapmaktadır ve bu aslında kanun yapma tekniği ile ilgilidir. Bu teknik genelde yan ceza kanunlarında kullanılır ve kanunları kısa ve açık yapma isteğinden kaynaklanmaktadır⁵⁰⁵.

Çerçeve normların eksik unsurları ile normatif unsurların birbirinden ayrılması da tartışmalı bir husustur. Çünkü normatif unsurlar da bazen başka normlara atıfta bulunur. Örneğin hırsızlık suçundaki malın yabancı, yani bir başkasına ait olması hususunda medeni hukuktaki mülkiyet bahsine atıf söz konusudur⁵⁰⁶. Çerçeve normun eksik unsuru atıf yapılan tamamlayıcı normla beraber okunmalıdır. Böylece fail atıfta bulunulan normu da bilmeli ve fiilini de bu norma göre yorumlamalıdır. Normatif unsurlarda ise failin kasten hareket etmesi için normatif unsurun atıf yaptığı şeye ilişkin bilgisinin hukuki yorumu içermesi gerekmekte, sadece fiili olgunun bilinmesi yeterli olmaktadır⁵⁰⁷. Örneğin hırsızlık suçunda failin, aldığı taşınır malın yerinden hareket ettirilebilir olduğunun bilincinde olması, kast için aranan, taşınır mala ilişkin bilme bakımından yeterlidir. Failin ayrıca ilgili malın medeni hukuka göre nasıl taşınır mal özelliği taşıdığını bilmesine gerek yoktur.

Ancak özellikle tamamlayıcı norma örtülü atıfta bulunan⁵⁰⁸ bazı düzenlemelerin normatif mi eksik norm özelliği mi taşıdığı hususu net değildir. Örneğin avukatın menfaat çatışması olan taraflar için aynı davada hukuka aykırı olarak hizmet sağlamasını yaptırma bağlayan Alm.CK m.356'daki (*Parteiverrat*) "hukuka aykırı" ifadesinin, tipin normatif unsuru mu olduğu yoksa Alman Federal Avukatlık Kanunu'ndaki kurallara bir atıf özelliği mi taşıdığı hususu tartışmalıdır⁵⁰⁹. Benzer şekilde Türk hukukunda hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku olmayı düzenleyen TCK m.91/2'deki "hukuka aykırı" ifadesinin tipin normatif bir unsuru mu olduğu yoksa 29.5.1979 tarihli 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un *ölüden organ ve doku alma koşulu ve cesetlerin bilimsel araştırma için muhafazası* başlıklı 14. maddesine bir atıf özelliği mi taşıdığı tartışılabilir.

⁵⁰⁵ Vogel, LK-StGB, §16, s.1135, Kn.40.

⁵⁰⁶ Vogel, LK-StGB, §16, s.1134, Kn.38.

⁵⁰⁷ Schönke/Schöder/ Sternberg-Lieben/Schuster (29 Aufl. 2014), StGB, §15, Kn.103.

⁵⁰⁸ Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, s.13-14.

⁵⁰⁹ Schönke/Schöder/ Sternberg-Lieben/Schuster (29 Aufl. 2014), StGB, §15, Kn.103. Buradaki tamamlayıcı norma örtülü bir atıfta bulunulduğuna ilişkin olarak bkz. Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, s.14.

III. SUÇ TİPİ İLE KAST ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. KASTIN SUÇUN YAPISINDAKİ YERİ

v.Liszt ve *Belting*'in pozitivizme dayalı olarak şekillendirdiği⁵¹⁰ **klasik suç teorisi** Almanya'da 19. yüzyıldan 20. yüzyılın başlangıcına kadar hakim olmuştur⁵¹¹. Bu sistemde suçun objektif ve sübjektif unsurları arasında keskin bir ayrım yapılmış olup, suç tipi ve hukuka aykırılık objektif kısımda, kusur ise sübjektif kısımda ele alınmıştır⁵¹². Suç tipi tamamen objektif özellik taşımaktadır ve sübjektif özellikteki unsurdan aridir. Bu bağlamda suç tipi, sadece suçun dış görünümünün bir taslağıdır ve bir değer yargısı içermemektedir⁵¹³. Ayrıca suç tipi, hukuka aykırılığa ilişkin karine (*Indiz*) oluşturmaktadır⁵¹⁴. Kast, klasik suç teorisine göre sadece kusurun bir şekli olarak ele alınmakta⁵¹⁵, fiilin haksızlığı sadece hukuk düzenince istenmeyen bir neticeye sebep olmada yatmaktadır⁵¹⁶. Hukuka aykırılık bilincine ilişkin olarak ise fikir birliği bulunmamakta; *Belting* hukuka aykırılık bilincini kusurun bir unsuru olarak ele alırken, *v.Liszt* ise bunu reddetmektedir⁵¹⁷.

Neoklasik suç teorisine göre suç tipi sadece dış dünyadaki değişimlerin tanımı olmayıp; ayrıca suç tipi için gerekli haksızlık içeriğini karakterize eden unsurların özetidir. Böylece suç tipi bu teoride tipik haksızlığa dönüşmektedir⁵¹⁸. Bu teoride, suç tipinin sadece objektif değil sübjektif özellik taşıyan unsurları da ihtiva ettiği kabul edilmiştir⁵¹⁹. Tip, klasik suç teorisindeki gibi hukuka aykırılıkla yan yana ele alınmaktadır⁵²⁰. Objektif haksızlık ve sübjektif kusur ayrımı ve kastın kusur kapsamında kabulü burada da devam etmektedir⁵²¹.

⁵¹⁰ Roxin, AT I, §7, s.201, Kn.15; Jescheck/Weigend, AT, §22 III, s.204.

⁵¹¹ Jescheck/Weigend, AT, §22 II, s.202; Roxin, AT I, §7, s.201, kn 15.

⁵¹² Jescheck/Weigend, AT, §22 II, s.202; Roxin, AT I, §7, s.201, kn 15.

⁵¹³ Belting, Die Lehre vom Verbrechen, s.178.

⁵¹⁴ Jescheck/Weigend, AT, §22 II, s.202.

⁵¹⁵ Belting, Die Lehre vom Verbrechen, s.179vd.; Heinrich, AT, § 7, s.39, Kn.96; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.59-60, Kn.199; Haft, AT, s. 150; Jescheck/Weigend, AT, §22 II, s.202; Roxin, AT I, §7, s.201, Kn.15.

⁵¹⁶ Heinrich, AT, § 7, s.39-40, Kn.96.

⁵¹⁷ Jescheck/Weigend, AT, §22, s.203.

⁵¹⁸ Jescheck/Weigend, AT, §22, s.206-207.

⁵¹⁹ Roxin, AT I, §7, s.201, Kn.16.

⁵²⁰ Jescheck/Weigend, AT, §22 III, s.207.

⁵²¹ Roxin, AT I, §7, s.202, Kn.17; Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, 11. Auflage, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003, §12, s.191, Kn.5. Kast da dahil olmak üzere tüm sübjektif unsurların kusur alanına dahil olduğu kabul edilmekteydi. Ancak saik gibi haksızlığın sübjektif

Ancak bu ayrımın ele alınış şekilleri farklılık arz etmektedir⁵²². Hareketin haksızlığı, hareketin sosyal zararlılığı (*Sozialschädlichkeit*) açısından ele alınırken; kusur tespiti kınanabilirlik (*Vorwerfbarkeit*) açısından değerlendirilmektedir⁵²³. Kusurun kınanabilirlikle açıklanması psikolojik kusurdan normatif kusur anlayışına geçişi ifade etmektedir⁵²⁴.

Welzel tarafından kurulan **finalist suç teorisinin**⁵²⁵ merkezinde gai hareket kavramı bulunmaktadır. Bu teoride kast, diğer subjektif haksızlık unsurlarıyla beraber suç tipine dahil olmakta⁵²⁶ ve kast, kusurdan keskin bir şekilde ayrılmaktadır⁵²⁷. Kastın tipik haksızlık içerisinde sınıflandırılması kendiliğinden olmuştur. Çünkü olayları yöneten isteme, fiilin omurgasını oluşturmakta ve bu açıdan şahsi haksızlığın (*personale Unrechtslehre*) da çekirdeğini meydana getirmektedir⁵²⁸. Yani tipik neticeyi isteyerek gerçekleştirilen fiil aslında kastıdır⁵²⁹. Bu bakımdan fiilin final, yani amaca matuf olma özelliği kastı meydana getirmektedir⁵³⁰. Hukuka aykırılık bilinci de kasttan ayrılıp kusur alanının merkezi unsuru haline gelmiştir. Çünkü fail hukuka aykırılık bilinciyle fiili gerçekleştirmeye karar verir ve bu kararı öncelikle yanlış iradesinin kınanabilirliği bahsinde önem arz etmektedir⁵³¹. Taksir ise gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ile suç tipinin, kınanabilirlik ile de kusurun unsuru sayılmaktadır⁵³².

Modern Alman öğretisinde kast, haksızlık bilincinden ayrılmak suretiyle⁵³³ ve bir davranış şekli olarak hareket haksızlığı (*Handlungsunrecht*) alanında suçun subjektif unsuru

unsurlarının suç tipinin unsurları olarak kabul edilmesiyle beraber bu keskin ayrım ortadan kalkmıştır (Baumann/Weber/Mitsch, AT (11. Auflage), §12, s.191, Kn.5).

⁵²² Roxin, AT I, §7, s.202, Kn.17.

⁵²³ Roxin, AT I, §7, s.202, Kn.17.

⁵²⁴ Jescheck/Weigend, AT, §22 III, s.207.

⁵²⁵ Jescheck/Weigend, AT, §22 V, s.210; Roxin, AT I, §7, s.202, Kn.18.

⁵²⁶ Jescheck/Weigend, AT, §22 V, s.211; Welzel, Hans, Um die Finale Unrechtslehre, Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1949, s.22.

⁵²⁷ Welzel, Um die Finale Unrechtslehre, s.22.

⁵²⁸ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.59, Kn.199.

⁵²⁹ Roxin, AT I, §7, s.202, Kn.18; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, Elfte neuarbeitete und erweiterte Auflage, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969, s.37.

⁵³⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.149; Jescheck/Weigend, AT, §22 V, s.211; Welzel, Das Deutsche Strafrecht (1969), s.37.

⁵³¹ Jescheck/Weigend, AT, §22 V, s.212.

⁵³² Jescheck/Weigend, AT, §22 V, s.212.

⁵³³ Haft, AT, s. 150.

olarak ele alınmaktadır⁵³⁴. Bu sebeple de kast, suç tipine ilişkindir⁵³⁵. Kast, şahsi hareket haksızlığının özünü oluşturmaktadır ve tipik neticeden kaynaklanan subjektif sorumluluğun da temelidir⁵³⁶. Zaten teşebbüste de suç kastını, subjektif haksızlık unsuru olarak kabul etmek zorunludur. Çünkü hangi suçun söz konusu olacağı failin kastına bağlıdır. Bir hareket teşebbüs aşamasından tamamlanma aşamasına geçerken bu sistematik sınıflandırmada bir değişikliğe gidilmemelidir⁵³⁷.

Bir de kastın çifte fonksiyonu olduğundan bahisle kastı hem haksızlığın manevi unsuru olarak hem de kusurun bir görünüş şekli olarak değerlendirenler bulunmaktadır⁵³⁸. Özellikle Alman içtihadı, önceleri ağırlıklı olarak takip ettiği doğal/nedensel (*kausal*) hareket öğretisinin etkisinde kalarak, kastın kusura da ilişkin olduğunu belirtmektedir. Kusur unsuru olarak kast, suçun taksirli haline göre daha ağır bir kusur türünü ifade etmektedir⁵³⁹. Kastın bu çifte fonksiyonu sadece hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatada (*Erlaubnistatbestandsirrtum*) özel bir anlam taşımaktadır⁵⁴⁰.

Modern Türk öğretisinde ise kastı kusur alanında ele alan yazarlar⁵⁴¹ olduğu gibi, haksızlık alanında ele alan yazarlar⁵⁴² da mevcuttur. Yine Alman hukukunda olduğu gibi kastın hem kusur hem de haksızlık alanında olmak üzere çifte fonksiyonu olduğunu

⁵³⁴ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.59, Kn.199-202; Haft, AT, s. 150.

⁵³⁵ Roxin, AT I, §10, s.310, Kn.62vd.

⁵³⁶ Haft, AT, s. 150.

⁵³⁷ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.60, Kn.199; Roxin, AT I, §10, s.311, Kn.64.

⁵³⁸ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.60, Kn.200vd.

⁵³⁹ Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.169, Kn.7-8.

⁵⁴⁰ Haft, AT, s.149.

⁵⁴¹ Demirbaş, Genel Hükümler, s.370; İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.434; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s.407vd; Hafizoğulları/ Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.239vd; Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s.203vd. Aslında ilgili yazarların bir kısmının (Soyaslan, Hafizoğulları/Özen, Toroslu/Toroslu) kusurdan anladığı bizatihi kusurluluğun kendisi değildir; kusur (kast ve taksir) ve isnat edilebilirlik/kınanabilirlik bahsi ayrı bahisler olarak ele alınmaktadır. Bu yazarlar bir anlamda kusur ifadesini, manevi/subjektif unsur yerine kullanmışlardır. Bunun açıkça ifadesi için bkz. Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s.240.

⁵⁴² Zafer, Genel Hükümler, s.287vd.; Hakeri, Genel Hükümler, s.223vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.571; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.151vd.; Özgenç, Genel Hükümler, s.225. Kast ve taksiri haksızlık alanına dahil eden yazarlar arasında da kusur kavramının kullanılması bakımından her zaman tam bir tutarlılık olduğu söylenemez. Örneğin bir eserde kast ve taksirin haksızlığın unsurları olduğu kesin bir dille ifade edilmişken (Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.307); kusurluluk bahsinin altında kusurun algılama ve irade yeteneği olmak üzere iki unsurdan teşekkül ettiği; ancak kusurluluğun kusurun kendisinden farklı olduğu ifade edilmiştir (Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.310vd.).

savunanlar da bulunmaktadır⁵⁴³. Türk Ceza Kanununun 21., 30., ve 40. maddelerine bakılması da kastın, suçun yapısındaki yerini belirleme açısından faydalı olacaktır. Madde 21’de suçun oluşması için kastın varlığı aranmıştır. Madde 30/1’de ise suçun kanuni tanımındaki unsurları bilmeme durumunda kasten işlenen bir suçtan bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Bu durumda suçun varlığı için aranan unsur kusurluluk değil, kasttır. Yine 30. maddede haksızlık ve kusur ayrımı yapılmış; haksızlığın kast alanına, haksızlığın bilinmesinin kusur alanına dahil olduğu kabul edilmiştir⁵⁴⁴. TCK m.40’ta ise iştirak için gerekli fiilin kasten ve hukuka aykırı olması gerektiğinden bahsedilmiştir. Suça iştirak için ortada bir suçun bulunması gerekliliği açıktır. Bu bakımdan kastın haksızlık alanına dahil edildiği sonucu çıkarılmaktadır. Ancak aynı maddedeki, suçun işlenişine iştirak eden her kişinin kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacağına ilişkin ifade, kastın kesin bir şekilde haksızlık alanında olacağı ifadesiyle ters düşmektedir⁵⁴⁵. Benzer şekilde, TCK m.61/1-f’de hakimcin cezayı belirlerken somut olayda failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını göz önünde bulundurması gerektiğinin ifade edilmesi de kastın sadece haksızlık alanına ilişkin olması düşüncesiyle çelişmektedir⁵⁴⁶.

B. KASTIN TANIMI

Türk Ceza Kanunu’nda kast m.21’de “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” olarak tanımlanmıştır. TCK, kastı neticenin tasavvur edilmesi olarak tanımlayan tasavvur teorisi ve bilmenin ötesinde neticeyi istemek olarak tanımlayan

⁵⁴³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 253vd.

⁵⁴⁴ Koca/Üzölmez, Genel Hükümler, s.152-153. TCK m.30/1’de kastın kapsamında sadece suçun kanuni tanımındaki yasal unsurlar olduğu ifade edilmiştir. TCK m.30/4’te ise “*işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*” denilmekle haksızlık bilincinin, kişinin cezalandırılabilirliği üzerinde etkili olduğu ifade edilmiştir. Bu bakımdan birinci fıkrayla kastın ve dolayısıyla suçun kapsamına alınmayan haksızlık bilinci, dördüncü fıkra ile kusurluluğun alanına dahil edilmiştir.

⁵⁴⁵ Koca/Üzölmez, Genel Hükümler, s.153.

⁵⁴⁶ TCK m.61/1-f’yi kastın, kusurluluk türü olarak da bir işlevi olduğu şeklinde yorumlayan yazarlar bulunmaktadır (Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler (2017), s.237). Bir diğer görüşe göre ise, TCK m.61/1-f’deki “*kast veya taksire dayalı kusur*” ifadesinden kast “*kusurun, kast veya taksirle işlenen bir haksızlığa bağlı olarak belirleneceği*”dir (Koca/ Üzölmez, Genel Hükümler, s.154). Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin bir kararında “... sanığın, konum ve kişisel özellikleri de nazara alındığında 5237 Sayılı TCK’nın 30/1 maddesi kapsamında kusurlu sayılamayacağının kabulüyle 5271 Sayılı CMK’nın 223/2-c maddesi gereğince beraati yerine hukuki olmayan gerekçe ile yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi kanuna aykırı...” (E.2018/1810, K.2018/4596, T.27.11.2018, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 7.11.2019) ifadesini kullanması nedeniyle Dairenin, kast ve kusur arasında kesin bir ayrım yapmadığı ve “kasta dayalı kusur” kavramının kabul ettiği sonucu çıkarılabilir.

irade teorilerini birleştiren karma teori doğrultusunda tanımlamıştır⁵⁴⁷. TCK m.30/1’de ise “suçun kanuni tanımındaki unsurları bilmeyen kimsenin kasten hareket etmemiş” olacağından bahisle kastın bilme unsurunun altı çizilmektedir. Bu bakımdan irade unsurunun her zaman kastın zorunlu unsuru olmadığı yönündeki düşünce⁵⁴⁸ de önem kazanmaktadır. Bu düşünceye göre kast hareketin bir parçası olup, bir amaca matuf (final) hareket, kasti harekettir. Kast ise “bir suç tipini gerçekleştirmeye yönelik hareket iradesi” olarak tanımlanabilir. Buradaki irade ise bir amaca ulaşmayı istemekle aynı değerlendirilmemelidir. TCK m.21’deki istemeyi de bir suç tipini gerçekleştirmeye yönelik irade olarak anlamak gereklidir⁵⁴⁹.

Kast, suçun unsurlarının somut olayda gerçekleşmesi yönündeki iradeyi gerektirse de istemek kastın bir unsuru değildir. Bir suçu işlemeye mecbur edilmesi durumunda fail, suçun gerçekleşmesini istememesine rağmen fiilinin sonuçlarını bildiği için kasten hareket etmiş sayılmalıdır. Bu bakımdan kast için aranan iradenin, suça vücut veren hareketin mutlak kuvvet (*vis absoluta*) altında işlenmemesi olarak anlamak gereklidir⁵⁵⁰.

Alman Ceza Kanununda ise kastın tanımı yapılmamıştır. Kasttan ne anlaşılması gerektiği Alm.CK. m.15’te⁵⁵¹ açıklanmamışken⁵⁵², maddi unsur hatasını düzenleyen m.16⁵⁵³ ve haksızlık hatasını düzenleyen m.17’den⁵⁵⁴ kastın içeriği ve konusuna ilişkin çıkarım

⁵⁴⁷ Zafer, Genel Hükümler, s.290.

⁵⁴⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.158vd.; Özgenç, Genel Hükümler, s.247; Herzberg, Rolf Dietrich, Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten — Teil 1: Erster Teil: Das Wollen beim Vorsatzdelikt und das Problem eines einheitlichen Handlungsbegriffs, JZ (JuristenZeitung), 43. Jahrg., Nr. 12 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, (16. Juni 1988), (s. 573-579), s.576; Schlehofer, Horst, Risikvorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten, NJW 1989, (s.2017-2026), s.2020.

⁵⁴⁹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.158.

⁵⁵⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s.247.

⁵⁵¹ Alm. CK §15: “Kanunda taksirli hali açıkça düzenlenmediği sürece sadece kasten işlenen fiil cezalandırılır.”

⁵⁵² Jescheck/Weigend, AT, §29 I.1, s.292.

⁵⁵³ Alm. CK. §16: “(1) Fiilin icrası sırasında kanundaki suç tipinin unsurunu oluşturan bir durumu [maddi unsuru] bilmeyen kişi, kasten hareket etmiş olmaz. Taksirli davranış sebebiyle cezalandırılabilme saklıdır.

(2) Fiilin icrası sırasında hata nedeniyle, daha hafif ceza öngören bir kanundaki suç tipini oluşturan durumların var olduğunu zanneden bir kişi, kasten işlenen suçtan dolayı, sadece daha hafif ceza öngören kanuna göre cezalandırılabilir.” (Çeviri için bkz. Yenisey, Feridun/ Plagemann, Gottfried, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, İstanbul: Beta, Nisan 2015, s.18).

⁵⁵⁴ Alm. CK. §17: “Fail, fiilin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınılabılır bir hata ise, ceza 49uncu maddenin birinci fıkrasına göre indirilebilir.” (Çeviri için bkz. Yenisey/ Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), s.18).

yapılmaktadır⁵⁵⁵. Bu iki düzenlemeden Alman Ceza Kanunu'nun fiili olgular ve onların haksızlığına ilişkin değerlendirmesi arasında sistematik bir ayrım gözetdiği sonucu çıkmaktadır. Kastın konusunu ilgili fiili olgular oluştururken, onların haksızlık teşkil ettiğine ilişkin değerlendirme (kusura ilişkin) haksızlık bilincine ait bir meseledir. Suç tipinin gerçekleştirilmesine ilişkin bir bilmeme kastı engellerken, haksızlık bilincinin bulunmaması kastı etkilemeyen bir kusur sorunu teşkil etmektedir⁵⁵⁶.

Kastın bilme unsuru Alm.CK. m.16'dan çıkarılmaktadır. Alm.CK. m.16'nın mefhumu muhalifinden kastın suçun kanuni tanımındaki unsurları bilmeyi gerektirdiği anlaşılmaktadır. Alm.CK. m.17'den ise kastın hukuka aykırılık (haksızlık) bilincini kapsamadığı anlaşılmaktadır⁵⁵⁷.

Kastın tanımının iradi bir unsur gerektirip gerektirmediği tartışmalı olup, öğretinin bir kısmı⁵⁵⁸ ve içtihat, kastı suç gerçekleştirmeyi, yani suçun objektif unsurlarını bilme ve isteme olarak ele almaktadır⁵⁵⁹. Alman Federal Mahkemesi'nin (BGH) klasik kast tanımına göre kast, bir ceza normunu, ona ilişkin tüm fiili vakıaları/olguları (*Tatumstand*) bilerek gerçekleştirmeyi istemektir (BGHSt 19,298)⁵⁶⁰. Alman doktrininde giderek taraftarı artan düşünceye göre ise genel kast iradi bir unsura ihtiyaç duymamaktadır⁵⁶¹. Neticeli suçlarda suçun objektif unsurlarından olan neticeyi istemek kastın en yoğun şeklini oluşturan maksat⁵⁶² (*Absicht*) için gerekli iken; doğrudan veya olası kastta neticenin istenmesi gerekmekte;

⁵⁵⁵ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.96, Kn.305; Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.170, Kn.10; Jescheck/Weigend, AT, §29 I.2, s.292.

⁵⁵⁶ Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.170, Kn.10.

⁵⁵⁷ Jescheck/Weigend, AT, §29 II.2, s.293.

⁵⁵⁸ Heinrich, AT, §12, s.100, Kn.264; Roxin, AT I, §12,s.437, Kn.4; Jescheck/Weigend, AT, §29 II.2, s.293.

⁵⁵⁹ Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.170, Kn.11-12.

⁵⁶⁰ Haft, AT, s.151.

⁵⁶¹ Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.170, Kn. 13; Herzberg, Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten — Teil 1: Erster Teil: Das Wollen beim Vorsatzdelikt und das Problem eines einheitlichen Handlungsbegriffs, JZ, 1988, s.576; Schlehofer, Risikvorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten, NJW 1989, s.2020.

⁵⁶² Alman ceza hukukunda, kastın yoğunluğuna göre derecelendirmesinde maksat (*Absicht*) en yoğun kast şekli olarak ele alınmaktadır. Buna birinci dereceden doğrudan kast da denmektedir (Baumann/Weber/Mitsch, AT (11. Auflage), §20, s.483, Kn.41; Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat und ihr Aufbau (AT), 43. Auflage, Heidelberg: CF Müller, 2013, §7, s.87, Kn.211).

sadece neticenin, isteyerek yapılan harekete zorunlu veyahut muhtemel olarak bağlı olduğunun bilinmesi gerekmektedir⁵⁶³.

C. KASTIN KAPSAMI

Kastın tanımını, TCK m.21 ve m.30'u birlikte ele alarak suçun kanuni unsurlarının bilinerek suçun gerçekleştirilmesi olarak belirlemek gerekir. TCK m.30/1 uyarınca suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların kastın kapsamında olduğu açıktır⁵⁶⁴. Kastın referans noktası, kanunda tanımı olan suç tipine ait maddi olgulardır. Failin suç tipini gerçekleştiren her olguyu bilmesi gerekir⁵⁶⁵. Ancak buradaki olgulardan kasıt, özel hükümlerdeki her bir suç tipinin soyut olarak belirtilen unsurları değil; aksine bu unsurların gerçek dünyadaki yansımaları olan maddi/fiili olgulardır⁵⁶⁶. Yani failin, algıladığı fiili olguların kanun tarafından nasıl değerlendirildiğini bilmesine gerek yoktur. Bu konuda düştüğü yorum hatası da önemsizdir⁵⁶⁷.

TCK m.30/2'de nitelikli hallerde hataya düşenin hatasından yararlanacağı ifade edilmiş, ancak suçu nitelikli hale getiren unsurların kastın kapsamında olup olmadığı açıkça belirtilmemiştir⁵⁶⁸. Öğretide bu unsurların kastın kapsamında olduğunu kabul eden yazarlar bulunmaktadır⁵⁶⁹. Kanaatimizce m.30/2 uyarınca daha az cezayı gerektiren nitelikli halden faydalanmak için bu halin bilinmesi gerekmediği için kastın kapsamında olmadığı pekala söylenebilir⁵⁷⁰. Yine aynı madde uyarınca daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halden

⁵⁶³ Jescheck/Weigend, AT, §29 II.2, s.293.

⁵⁶⁴ Alman hukukunda da kastın bilişsel (*cognitive*) unsuru olan bilmenin konusunu Alm.CK. m.16 bağlamında fiili olgular (*Tatumstand*) oluşturmaktadır (Gropp, AT, §4, s.152, Kn.119).

⁵⁶⁵ Heinrich, AT, §12, s.101, Kn.266; Kühl, AT, §5, s.85, Kn.13.

⁵⁶⁶ Kühl, AT, §5, s.85, Kn.13.

⁵⁶⁷ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.301; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.395.

⁵⁶⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, GH (2018), s.427.

⁵⁶⁹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.160; Özgenç, Genel Hükümler, s.466.

⁵⁷⁰ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.302; Centel/ Zafer/ Çakmut, Demirbaş, Genel Hükümler, s.372; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.397; Centel/ Zafer/ Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.366; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler (2017), s.240.

cezalandırma için bu halin bilinmesi gerekli olduğu için bu hallere ilişkin olgular da kastın kapsamında kabul edilmelidir⁵⁷¹.

Kastın kapsamına; suç tipinin objektif yönünü oluşturan⁵⁷², mevcut, meydana gelmekte olan⁵⁷³ veya ileride gerçekleşebilecek⁵⁷⁴ deskriptif veya normatif özellikleri haiz unsurlar dâhildir⁵⁷⁵. Kastın kapsamındaki unsurlar, suçun kanuni tanımındaki haksızlığın tüm unsurlardır⁵⁷⁶. Bu unsurlara fiil ve fiilin işleniş biçimi (*Modalität*)⁵⁷⁷, netice⁵⁷⁸, failin özgü niteliği (*Tätereigenschaften*)⁵⁷⁹, mağdura ilişkin özel nitelikler dâhildir⁵⁸⁰. Neticeli suçlarda, yazılı olmayan bir unsur olan nedensellik bağı detaylarıyla olmasa da esas hatlarıyla fail

⁵⁷¹ Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.169, Kn.4; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.396-397; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler (2017), s.240.

⁵⁷² Roxin, AT I, §12, s.503, Kn.134; Haft, AT, s.150; Jescheck/Weigend, AT, §29, s.295; Kindhäuser, LPK-StGB, §16, Kn.5.

⁵⁷³ Jescheck/Weigend; §29, s.294; Roxin, AT I, §12, s.503, Kn.133; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.395; Özgenç, Genel Hükümler, s.240-241; Akbulut, Genel Hükümler, s.389.

⁵⁷⁴ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.395; Akbulut, Genel Hükümler, s.389; Özgenç, Genel Hükümler, s.240-241; Özgenç netice unsurunu ileride gerçekleşebilecek unsur kapsamında değerlendirmiştir.

⁵⁷⁵ Roxin, AT I, §12, s.503, Kn.133.

⁵⁷⁶ Vogel, LK-StGB, §15, s.1009, Kn.31; Haft, AT, s.151; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.395; Özgenç, Genel Hükümler, s.240; Akbulut, Genel Hükümler, s.389.

⁵⁷⁷ Roxin, AT I, §12, s.503, Kn.133; Kühl, AT, §5, s.85, Kn.13; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.395; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.301; İçel, Genel Hükümler, s.436; Akbulut, Genel Hükümler, s.392; Koca/ Üzülmüş, Genel Hükümler, s.162.

⁵⁷⁸ Kühl, AT, §5, s.85, Kn.13; Roxin, AT I, §12, s.503, Kn.133; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.396; Zafer, Genel Hükümler, s.291. Netice zarar veya somut tehlike olarak anlaşılabilir (Zafer, Genel Hükümler, s.291; Jescheck/Weigend, AT, §29, s.296; Akbulut, Genel Hükümler, s.390). Somut tehlikeyi objektif cezalandırma koşulu olarak değerlendiren görüşe göre ise bu koşul kast kapsamında olmayacaktır (Özgenç, Genel Hükümler, s.216; Koca/Üzülmüş, Genel Hükümler, s.163).

⁵⁷⁹ Roxin, AT I, §12, s.503, Kn.133; Kühl, AT, §5, s.85, Kn.14; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.396; İçel, Genel Hükümler, s.435-436; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler (2017), s.238; Akbulut, Genel Hükümler, s.358. Yargıtay'a göre de failin özgü niteliği kastın kapsamındadır. "Sanığın soruşturma aşamasında 2002 ile 2006 yılları arasında hapis hâlinde bulunduğunu, mağdurenin velâyetinin babasına verilmesine ilişkin 22.09.2004 kesinleşme tarihli kararın kendisine tebliğ edilmeyip, bu nedenle haberinin olmadığını olay tarihi olan 2009 Haziran ayından sonra öğrenmesi üzerine 2009 Temmuz ayında velâyeti almak için mahkemeye başvurduğunu, ancak kalem personeli tarafından velâyetin kendisinde olduğunu söylendiğini, keza sanığın temyiz dilekçesinin eki olarak sunduğu 17.07.2009 tarihli nüfus kayıt örneği incelendiğinde mağdure ...'nın velâyetinin sanığa ait olup, yine 21.06.2010 tarihli nüfus kayıt örneğinde velâyetin sanıktan alınıp katılana verilmesine ilişkin ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesinden verilen 22.09.2004 gün ve 2002/361 Esas, 2002/361 Karar sayılı hükmün 15.02.2010 tarihinde nüfusa tescil edildiğinin anlaşılması karşısında, sanığın TCK'nın 30. madde hükümleri bakımından hataya düştüğünün kabulüyle, kastının bulunmadığı gözetilip eylemi nedeniyle beraatine hükmolunması gerektiğinin düşünülmemesi, **SONUÇ** : Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan, hükmün bu nedenle 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 20.06.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Y14.CD, E. 2012/13324, K. 2013/7988, T. 20.6.2013, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 9.10.2018).

⁵⁸⁰ Kühl, AT, §5, s.85, Kn.14; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.301; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.396; İçel, Genel Hükümler, s.435-436; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler (2017), s.238; Akbulut, Genel Hükümler, s.391.

tarafından bilinmelidir. Bu bakımdan kastın kapsamındadır⁵⁸¹. Suç tipinde suçun işlendiği yer ve zaman belirlenmişse, bu da kasta dahildir⁵⁸².

Suç kastının (*Tatbestandsvorsatz*) konusu, suç tipinin objektif yönüne ilişkin tüm şartlardır. Sübjektif unsurlar kastın konusu olamaz⁵⁸³. Kişinin mala zarar verme suçunu işleyebilmesi için “kendisinin olmayan bir malı” bilerek ve isteyerek tahrip veya yok etmesi gerekir. Failin ayrıca kasten hareket ettiğinin bilincinde olmasına gerek yoktur⁵⁸⁴. Bunun gibi diğer sübjektif unsurlar da (örneğin amaç: hırsızlıktaki kendisine veya başkasına yarar sağlama amacı) kastın konusu olamaz. Kanun koyucu hırsızlık için amaca ilişkin kastı değil, sadece amacın mevcut bulunmasını istemiştir. Kast amacı kapsamaz, amacın mevcudiyeti yeterlidir, failin bunu bilip istemesi gerekli değildir⁵⁸⁵. Ancak, suç tipinin objektif yönüne dahil olan ve failden başkasının psikik/psikolojik (*Psyche*) durumuna ait olan sübjektif nitelikteki unsurlar kastın konusu olabilir. Örneğin mağdurun hatasından faydalanarak dolandırıcılıkta (Alm.CK. m.263), mağdurun hatası sübjektif nitelikte olmasına rağmen kastın kapsamındadır⁵⁸⁶.

Fiilin genelini değerlendiren unsurun (*das gesamtatbewertende Merkmal*) fiili olgulara ve hukuka aykırılığa ilişkin olmak üzere iki kısmı vardır. Kast da sadece fiili olgulara ilişkin kısmı kapsamalıdır⁵⁸⁷.

Özel hukuka aykırılık unsurunun kastın kapsamında olup olmadığı meselesi Alman hukukunda ikili bir şekilde incelenmektedir⁵⁸⁸. Özel hukuka aykırılık unsuru suçun genel unsuru olan hukuka aykırılığa gereksiz atıf niteliği taşıması durumunda hukuka aykırılık

⁵⁸¹ Jescheck/Weigend; §29, s.296; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.161; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler (2017), s.240. Aksi görüş için bkz Roxin, AT I, §12, s.512, Kn.154; Vogel, LK-StGB, §15, s.1009, Kn.31; Haft, AT, s.151; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.396; Zafer, Genel Hükümler, s.293. Nedensellik bağına kast kapsamında görmeyip, objektif isnadiyet meselesi olarak ele alan görüş için bkz. Akbulut, Genel Hükümler, s.390-391.

⁵⁸² Akbulut, Genel Hükümler, s.390; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.395.

⁵⁸³ Jescheck/Weigend; §29, s.295-296; Roxin, AT I, §12, s.502, Kn.132.

⁵⁸⁴ Roxin, AT I, §12, s.502, Kn.132.

⁵⁸⁵ Roxin, AT I, §12, s.503, Kn.132.

⁵⁸⁶ Roxin, AT I, §12, s.503, Kn.133.

⁵⁸⁷ Jescheck/Weigend, AT, §29, s.296.

⁵⁸⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm Konu: II.D.4.

kapsamında ele alınırken⁵⁸⁹; tipin unsurlarından birini nitelediği durumlarda tipin bir unsuru haline gelerek kastın kapsamında ele alınmaktadır⁵⁹⁰.

Türk hukukunda da bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre unsurlar kanuni tanımın bir parçası olmakla doğrudan kastın kapsamında kabul edilmelidir⁵⁹¹. Başka bir görüşe göre ise tipteki hukuka aykırılık unsurunun işlevi araştırılmalıdır. Eğer bu unsur fiilin genelini değerlendiriyorsa, bu unsur hukuka aykırılığa yapılan gereksiz bir gönderme teşkil eder ve kastın kapsamında değerlendirilemez; ancak istisnai olarak bu unsur olmadan fiilin haksızlığı yeterli bir şekilde ortaya konulamıyorsa, tipin belirli bir unsurunu nitelemek amacıyla kullanılıyorsa özel hukuka aykırılık unsuru tipin bir parçası haline gelir ve kastın kapsamına dahil olur⁵⁹².

Suç tipinin dışında olup, objektif niteliği haiz şartlar da, yani objektif cezalandırma şartları⁵⁹³, şahsi cezasızlık sebepleri⁵⁹⁴ ve muhakeme şartları da kastın kapsamında değildir⁵⁹⁵. Ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtaki ağır netice de kastın kapsamında değildir⁵⁹⁶. Zaten TCK m.23'te neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda kanun koyucu ağır netice bakımından taksirin varlığını yeterli görmüştür. Kusurluluğa ilişkin isnat kabiliyeti ve haksızlık bilinci de kastın kapsamında değildir⁵⁹⁷.

⁵⁸⁹ Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.169, Kn.3.

⁵⁹⁰ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.58, Kn.194.

⁵⁹¹ Özgenç, Genel Hükümler, s.312-313; Akbulut, Genel Hükümler, s.393.

⁵⁹² Öztürk/ Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s.235, Kn.392; Zafer, Genel Hükümler, s.364-365; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.166-167.

⁵⁹³ Bu unsurlar kanuni tanımda açıkça yer almakla birlikte haksızlığa ilişkin olmadığı için kastın kapsamında olmayacaktır. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.163-164; Kühl, AT, §5, s.87, Kn.18; Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.169, Kn.3; Baumann/Weber/Mitsch, AT (11. Auflage), §20, s.475, Kn.19; Demirbaş, Genel Hükümler, s.372; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.398; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.302; İçel, Genel Hükümler, s.436; Centel/ Zafer/ Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.366; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler (2017), s.240; Zafer, Genel Hükümler, s.293; Akbulut, Genel Hükümler, s.394.

⁵⁹⁴ Roxin, AT I, §12, s.508, Kn.149; Gropp, AT, §4, s.156-157, Kn.142-144; Demirbaş, Genel Hükümler, s.372; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.398; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.302; Centel/ Zafer/ Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.366; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler (2017), s.240; Zafer, Genel Hükümler, s.293; Akbulut, Genel Hükümler, s.394.

⁵⁹⁵ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.398; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.302; Centel/ Zafer/ Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.366; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler, s.240.

⁵⁹⁶ Demirbaş, Genel Hükümler, s.372; Gropp, AT, §4, s.156-157, Kn.142-144.

⁵⁹⁷ Gropp, AT, §4, s.157, Kn.145.

1. Suçun maddi unsurlarının bilinmesi ve bilinmemesi

Failin kasten davrandığının kabul edilmesi için, failin kastın kapsamında kabul edilen unsurları bilmesi yeterli olup; ayrıca bir suç işlediğini bilmesi gerekmez⁵⁹⁸. Failin kasten davranması için ne suçu tamamen anlaması ne de suç kalıbını bilmesi gereklidir⁵⁹⁹. Fiilin haksızlığını ortaya koyan somut olgulara ilişkin bilgi eksikliği kastı ortadan kaldırır⁶⁰⁰. Fail suç kalıbındaki fiili olguları eş değer başka kelime veya kavramlarla tahayyül ederse de bilme gerçekleşmiş sayılır. Aynı şekilde, fail suç kalıbında kullanılan daha geniş anlamlar içeren özel kavramlarla da düşünebilir. Ancak bu durumda failin zihnindeki kavramlar suç kalıbındaki kavramları anlam olarak karşılamalıdır⁶⁰¹. Örneğin devlet üniversitesinde öğrenci işlerinde çalışan kamu görevlisi, bir öğrenci belgesini sahte olarak düzenlerse, failin TCK m.204/2 bakımından kastı mevcuttur. Failin ayrıca düzenlediği belgenin resmi sıfatını taşıdığını bilmesi gerekmemektedir. Benzer şekilde suç kalıbında omurgalı hayvan (*Wirbeltier*) ifadesinin kullanılması durumunda, fail bir “hayvan”ı⁶⁰² haksız yere öldürdüğü bilinciyle hareket ederse de, Alman Hayvan Koruma Kanunu m.17⁶⁰³ bakımından kastının mevcut olduğu kabul edilmelidir. Failin, hayvanın omurgalı olduğunu bilmesi gerekli değildir.

Failin kasten hareket etmesi için suç kalıbının deskriptif yönünü gerçekleştirmesi yeterlidir. Bu deskriptif yön ise fiili olguya dayanmaktadır. Fail bu deskriptif yönü suçun soyut genel tanımını tahayyül ederek yahut bu genel yönün içerdiği özel bir yönü tahayyül ederek bilebilir. Zaten çoğu zaman da böyle olmaktadır⁶⁰⁴. Örneğin kasten öldürme suçunu (TCK m.81) fail, “bir insanın ölümüne bilerek ve isteyerek neden olma” şeklinde bilebileceği gibi, bir insanın silahla ateş edilerek, yastıkla boğularak, kalbinden bıçaklanarak vb. şekillerde öldürülmesi hallerini zihninde canlandırarak da bilebilir. Benzer şekilde failin TCK m.151’de

⁵⁹⁸ Heinrich, AT, § 12, s. 103, Kn.270.

⁵⁹⁹ Puppe, AT § 8, s.96, Kn.3.

⁶⁰⁰ Gropp, AT, §4, s.152, Kn.119.

⁶⁰¹ Puppe, AT, § 8, s.96, Kn.3.

⁶⁰² Elbette kasten hareket etmesi için failin ilgili hayvanın biyolojik sınıflandırılmasını bilmesi aranmamakla beraber; bu hayvanın “insanlarla beraber yaşama kültürü kapsamındaki” vasıflı bir hayvan olduğunu bilmesi gerekir. Bu konuda bkz. Jescheck/Weigend, AT, §25, III.3, s.251.

⁶⁰³ Bu maddeye göre “bir omurgalı hayvanı makul sebep olmadan öldürmek” cezalandırılır (https://www.gesetze-im-internet.de/tierschg/_17.html). Buradaki makul sebebe ilişkin bilgi, yani haksızlık bilinci kastın kapsamındadır.

⁶⁰⁴ Puppe, AT, § 8, s.97, Kn.6

düzenlenen mala zarar verme suçunu “başkasının malını tahrip etmek” olarak düşünmesi durumunda veya yakarak, oyarak, kesici aletle çizerek tahrip etmek şeklinde düşünmesi durumunda da, fail bu suçun deskriptif yönünü bilmektedir.

Failin, fiilin işlenişinde her ayrıntıyı bilmesine gerek olmamakla birlikte⁶⁰⁵; bilinmesi gerekli olguları da kesin bir şekilde önceden belirlemek mümkün değildir. Örneğin failin nedenselliğin gelişimini ayrıntılarıyla bilmesine gerek yoktur. Ancak nedenselliğin önemli kısımları önceden bilinebilir olmalıdır⁶⁰⁶. Gerçekleşen nedensellik failin düşündüğünden önemli derecede sapsa⁶⁰⁷, failin hatası kastı engeller. Nedensellikteki önemli sapmalar, hayatın olağan akışı dışında olan öngörülemez sapma ve fiili başka türlü değerlendirmeyi gerektirecek sapma olarak sınıflandırılabilir⁶⁰⁸.

a. Deskriptif unsurlarda kastın kapsamı

Deskriptif unsurlarda beş duyu organıyla elde edilecek bilgilerin bilinmesi gerekirken, normatif unsurlarda ise tüm anlam bilgisi gereklidir⁶⁰⁹. Fiili durumlara ait bilgi ve somut olguları duyularla algılama kastın kapsamındadır. Bu bilgilere sahip olmama, yanlış anlama veya hiç anlamama kastı engeller. Zihinsel algı yoluyla anlaşılan (*geistes Verstehen*) bir şeyi bilmemenin veya yanlış bilmenin kastı engelleyen hata kapsamında değerlendirilemeyeceğini söyleyenler olduğu gibi duyularla algılamaya itiraz edenler de mevcuttur. Bu düşünceye göre deskriptif unsurların bazılarının sadece duyularla algılanabilmesi mümkün değildir⁶¹⁰. Buna örnek olarak “suçun, mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturmaması” (TCK m.79/2.a) ifadesi gösterilebilir. Bu anlayışa göre, deskriptif unsurların sosyal anlamlarının ve sosyal olarak nasıl kavrandıklarının da bilinmesi gerekir⁶¹¹.

⁶⁰⁵ Gropp, AT, §4, s.152, Kn.120.

⁶⁰⁶ Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.169, Kn.3; Gropp, AT, §4, s.153, Kn.126.

⁶⁰⁷ Alman Hukukunda nedenselliğin atipik gelişimi ve sapma da bu kapsamda değerlendirilmektedir.

⁶⁰⁸ Gropp, AT, §4, s.153, Kn.126.

⁶⁰⁹ Jescheck/Weigend, AT, §29, II, s.295.

⁶¹⁰ Kindhäuser, Jura 1984, s.465-466.

⁶¹¹ Kindhäuser, Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum, GA, 1990, s. 409; Vogel, LK-StGB, §16, s.1127, Kn.22.

Deskriptif-normatif unsur ayrımını bırakmayı destekleyen başka bir görüşe göre de insan, bilgiye hep dil ile ulaşır; yani deskriptif unsurları tamamen somut olarak bilme mümkün değildir⁶¹². İnsan, deskriptif addedilen ve beş duyu organıyla hakkında bilgi sahibi olduğu olguları anlamak için de zihinsel bir faaliyet yürütmek zorundadır. Örneğin failin hırsızlık yapmak üzere, bir cüzdanı görmesi, cüzdanı, hırsızlık suçunun bir unsuru olan taşınır bir mal olarak algılaması için yeterli değildir. Bu bakımdan deskriptif unsur algılanabilir unsurdur, normatif unsur ise değerlendirilebilir unsurdur denilerek ikili bir ayrım yapmak güçleşmektedir. Deskriptif unsurlar da duyu organlarıyla algılandıktan sonra zihinsel bir faaliyet sonucu anlaşılmaktadır.

Deskriptif unsurun doğal ve empirik, normatif unsurun ise teorik ve kavramsal özellik taşıdığı şeklinde ayrımlar yapılmaya çalışılmıştır. Ancak dilin hukuki kullanımı da önem arz etmektedir. Nitekim “insan” her ne kadar normatif bir yöne sahip olsa da “doğal özelliğe” sahip olduğu için deskriptif bir unsurdur. Bu anlayışa göre kastta bu deskriptif unsurların doğal özelliklerinin hukuk için gerekli olan kısmı duyu organlarıyla bilinmelidir. Bu gerekli bilginin olmadığı durumlarda maddi unsur hatası mevcuttur⁶¹³.

Örneğin, bir hayvanı öldüren kişi bir vücuda (bedensel bir konuya) zarar verdiğini biliyorsa, yaşayan bir hayvanın eşya olamayacağını düşünse bile “mala” zarar vermeden sorumlu olur⁶¹⁴. Beyin ölümü gerçekleşmiş komadaki birinin kalp atışlarına son veren kişinin öldürme kastı bulunmamaktadır. O kişinin ölümün biyolojik ölümle gerçekleştiğini düşünmesi de bu durumu değiştirmemektedir⁶¹⁵.

⁶¹² Roxin, AT I, §10, s.308-309, Kn.59-60; Schlüchter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, s.13; Dopplaff, Ulrich, Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA (Goldammer's Archiv für Strafrecht), 1987, (s.1-26), s.1-2; Vogel, LK-StGB, §16, s.1127, Kn.23. Unsurların katı ayrımı için bkz. Puppe, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA, 1990, s.145-146, 155vd; Jakobs, AT, s.288, Kn.48vd.

⁶¹³ Vogel, LK-StGB, §16, s.1127, Kn.23.

⁶¹⁴ Kühlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, s.530; Roxin, AT I, §12, s.496, Kn.120.

⁶¹⁵ Vogel, LK-StGB, §16, s.1127, Kn.24.

b. Normatif unsurlarda kastın kapsamı

Hakim görüşe göre normatif unsurlarda sadece fiili olguya ilişkin bilgi (*Tatsachenkenntnis*) kastın oluşması için yeterli değildir. Fail ayrıca ilgili normatif unsurların içeriğinin anlamına vakıf olmalıdır⁶¹⁶. Yani fail, fiilinin hukuken korunan değer üzerindeki “zarar verme” veya “tehlikeye sokma” etkisinden haberdar olmalıdır⁶¹⁷.

Normatif unsurları bilme başka zihinsel gereksinimler ortaya koymaktadır. Duyu organlarıyla algılanabilen veya genel hayat tecrübesine dahil “karanlık”, “cinsel ilişki”, “yüksek hız” unsurları normatif unsurlara örnek olarak gösterilebilir. Failin kınanabilir olması için; yasaklanan fiili anlaması, onun ahlaki anlamını kavraması ve fiilinin değersel ağırlığını bilmesi gerekir⁶¹⁸.

Failin kastı, suç unsurları tarafından belirtilen tüm doğal fiili olguları kapsamak zorundadır. Failin ayrıca unsurları kanunda kullanılan anlamlarıyla bilmesi gerekmemektedir. Diğer bir deyişle, kast için failden kavram bilgisi aranmamaktadır. Failin bu unsurla tanımlanan, cezalandırılan oluşun sosyal anlamını bilmesi yeterlidir⁶¹⁹. Buradaki sosyal anlamı bildiği ölçüde failin kastı mevcuttur⁶²⁰. Örneğin süpermarketteki ürünü daha ucuza almak istediği için ürünün üzerindeki etiketi değiştiren kişiden, “belge”nin hukuk otoritelerince belirlenen tanımını bilmesi beklenmemektedir. Amaca uygun olarak, hakim faile etiketi neden değiştirdiğini sorduğunda, fail ürünün normaldeki pahasından daha azına almak istediğini söyleyecektir. Bu durumda fail satıcının belirli bir ürünle ilgili satış teklifinde sahtecilik yapmakla belgede sahtecilik yapmış olacaktır⁶²¹.

Welzel normatif unsuru sosyal anlam içeren bir unsur olarak tanımlamıştır. Bu unsurlar maddi olarak algılanabileceği gibi sadece zihinsel olarak algılanabilen unsurlarla

⁶¹⁶ Baumann/Weber/Mitsch, AT (11. Auflage), § 20, s.475, Kn.20; Vogel, LK-StGB, §16, s.1128, Kn.26; Akbulut, Genel Hükümler, s.393.

⁶¹⁷ Vogel, LK-StGB, §16, s.1129, Kn.28.

⁶¹⁸ Engisch, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, s.161.

⁶¹⁹ Puppe, AT, § 8, s.97, Kn.4; Roxin, AT, §12, s.486, Kn.101; Darnstädt, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, s.443.

⁶²⁰ Darnstädt, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, s.444.

⁶²¹ Puppe, AT, § 8, s.97, Kn.4-5.

bileşik de olabilir. Örneğin belge bir kağıt ve mürekkepten ibaret olmayıp, özünü delil olma özelliği oluşturmaktadır. Failin belgeyi tahripten sorumlu olabilmesi için, elindekinin sadece mürekkeple yazılı bir kağıt olmasını bilmesi yetmez; ayrıca kanıt özelliğini de haiz olduğunu bilmesi gerekir. Aksi durumda kastı engellenmiş olacaktır⁶²².

Normatif unsurda kast konusunda normatif unsur bilgisinin kapsamı yani fail nasıl/ne kadar bilmelidir sorusunun cevabı yeterince açık olmasa da genel görüş, failin normatif unsurları kanun koyucuya paralel şekilde değerlendirmesi gerektiği yönündedir⁶²³. Yani failin normatif unsurlarda hukuksal bilgiye tamamen vakıf olması aranmamakta; kanun koyucunun ilgili kavramla anlatmak istediğini hukukçu olmayan biri olarak mümkün olan en iyi şekilde idrak etmesi yeterli görülmektedir⁶²⁴. Bu durum ilk defa **Mezger** tarafından kullanılan “*Parallelwertung in der Laiensphäre/ Parallelbeurteilung im Täterbewusstsein*” kavramıyla açıklanmaktadır⁶²⁵. Buradaki “paralel değerlendirme” daha çok kast için aranan bilmeye karşılık gelmektedir. Çünkü kastın konusu ne hukuksal kavramlar ne de fiilin hukuka aykırılığıdır. Aksine fiili şartlardır, yani sosyal anlamlarıyla birlikte dış dünyadaki olgulardır⁶²⁶. **Schlüchter** ise bu kavramı failin davranışının zararlılığını anlaması şeklinde daraltmaktadır⁶²⁷. Failin normatif unsurlarda suç kastı olduğunda doğrudan gerekli anlam

⁶²² Welzel, Hans, Anmerkung zu BGHSt 3,248-254, JZ (Juristen Zeitung), Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1953, (s.119-121), s.120; Welzel, Hans, Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme (Tatbestands-, Verbots- und Subsumtionsirrtum), JZ (Juristen Zeitung), 9. Jahrg., Nr. 9 (5. Mai 1954), Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, (s. 276-280), s.278-279.

⁶²³ Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band III, s.146,148: „*Subsumtion in Laienart*“; Mezger, Edmund, KurzLehrbücher für Das Juristische Studium-Strafrecht I. Allgemeiner Teil (AT), Achte Auflage, München und Berlin: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1958, s.171; Welzel, Das Deutsche Strafrecht (1969), s.76; Akbulut, Genel Hükümler, s.393. Hukukçu olmayan hataya düşen kişinin kanun koyucuya paralel değerlendirmesi konseptinin belirsiz olması eleştirilmektedir (Vogel, LK-StGB, s.1129, Kn.28).

⁶²⁴ Heinrich, AT, § 12, s.103, Kn.271; Vogel, LK-StGB, s.1128, Kn.26; Jescheck/ Weigend, AT, §29, s.295; Akbulut, Genel Hükümler, s.393.

⁶²⁵ Roxin, AT I, §12, s.486, Kn.101. Mezger'den önce Binding de normatif unsurlarda bilme için benzer şekilde “*Subsumtion in Laienart*” adını verdiği bir değerlendirme aramıştır. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band III, s.148.

⁶²⁶ Roxin, AT I, §12, s.486, Kn.101; Darnstädt, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, s.443.

⁶²⁷ Schlüchter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, s.115.

bilgisine sahip olduğunu da söylemek pekala mümkündür. **Kaufmann**'a göre de normatif unsur doğru değerlendiren fail, kast için gerekli anlam bilgisini haizdir⁶²⁸.

Buradaki değerlendirmenin nasıl olacağına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Failden hakiminki gibi bir değerlendirme yapmasını beklemek bir çözüm olarak kabul edilmektedir. **Eichmann**'a göre kasta ilişkin fiili olgu bilgisi, failin, hakim in değerlendirmesine uygun/benzer bir değerlendirmede bulunmasını gerektirir⁶²⁹. **v. Liszt**'e göre ise ceza hukukundaki suç kalıpları sadece deskriptif unsurlardan oluşur ve fail bu kanuni unsurları, hukuki alanda yer aldıkları şekliyle değerlendirmek zorundadır⁶³⁰. **v. Liszt** (1912) fiilin tahayyül edilmesinin yanında suçun bütün unsurlarının bilinmesi için geçerli hukuk bağlamında fiilin anlamının bilinmesi gerektiğini belirtmiştir⁶³¹. Bu sebeple failin çalınan malın başkasına olduğunu veya sahtecilik yapılan yazılı kağıdın kanun bağlamında belge olduğunun bilinmesi kastın kapsamındadır. Aksi halde failin kastı engellenmektedir⁶³².

Böyle bir değerlendirme veya kararın olmaması durumunda kastı engelleyen bir hata söz konusu olur. Örneğin karmaşık bir mülkiyet kavramının söz konusu olduğu bir durumda malın mülkiyetinin kazanılmış olması düşüncesi, normatif unsur hatası olarak değerlendirilir. Bu yanlış değerlendirme “malın başkasına ait olması” gerekliliğini ve kastı engeller. Kişi eşyanın sahibi olduğu konusunda hata etmektedir⁶³³.

Tam tersi şekilde fail, fiili olgulara suçun kanun tanımındaki unsurların sahip olmadığı sosyal anlamlar yüklerse elverişsiz teşebbüs (*Untauglicher Versuch*) söz konusu olur. Çünkü suç tipi hatası ve kastla ilgili unsurları normatif unsurlar için değiştirmek konusunda haklı bir sebep bulunmamaktadır⁶³⁴.

⁶²⁸ Kaufmann, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, s.169; Engisch, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, s.161.

⁶²⁹ Engisch, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, s.159.

⁶³⁰ Engisch, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, s.159.

⁶³¹ v.Liszt, Lehrbuch, s.93vd.; Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.18.

⁶³² v.Liszt, Lehrbuch, s.179.

⁶³³ Vogel, LK-StGB, s.1128-1129, Kn.26.

⁶³⁴ Darnstädt, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, s.444.

2. Bilmenin ve bilmemenin doğası

Failin suç işleme kararına ilişkin olarak bilmenin yoğunluğunun ne olması gerektiği tartışmalı olup; en azından suç tipinin gerçekleşmesine ilişkin “somut ihtimal”i (*konkrete Möglichkeit*) hesaplaması gerekmektedir. Failin, davranışının bir suça sebebiyet vereceğini sadece soyut olarak düşünmesi ya da buna ilişkin fiili olgulara dayanmayan bir ümidi kast için yeterli değildir⁶³⁵. Buna karşılık (doğrudan) kast için failin neticeyi kesinlikle bilmesi de aranmamaktadır⁶³⁶. Bilme unsuru, yoğunluğuna göre; kesin bilgiye sahip olma, yüksek olasılıkla gerçekleşeceğini düşünme, olası görme ve bilmeme olarak, isteme unsuru ise; arzu etme, kayıtsızlık (*Gleichgültigkeit*) ve istememe şeklinde ölçeklendirilebilir⁶³⁷. Bilme ve isteme unsuru birbirinden bağımsız değildir ve kastın varlığı için bir unsurdaki fazlalık diğerindeki azlığı kapatabilir. Bilme unsuru kuvvetli ise isteme daha az olabilir veya isteme unsurunun yoğun olduğu tespit edilebiliyorsa bilmenin yoğunluğundan feragat edilebilir⁶³⁸. Örneğin yoğun bir bilme (yüksek olasılıkla suçun gerçekleşeceğini düşünme), sonucu istememeyi tazmin ederek kastı meydana getirir⁶³⁹. Kast tipteki maddi unsurların bilinmesini gerektirir⁶⁴⁰. Bu unsurlara ait olgular (*Umstand*) deskriptif ve normatif olarak incelenmesine rağmen, bu unsurları birbirinden ayırmak her zaman kolay değildir⁶⁴¹. Bilme deskriptif unsurlarda algılama, normatif unsurlarda ise anlamak şeklindedir⁶⁴². Kastın unsuru olan bilme için, sadece fiili olguları bilmek yeterli değildir. Failin, davranışının sosyal anlamını bildiğini gösteren bir davranışı olmalıdır. Bunun için deskriptif unsurlarda anlam bilgisine (*Bedeutungskenntnis*) sahip olunması gerekirken; normatif unsurlarda ise *Mezger*’den kaynaklanan hukukçu olmayanın kanun koyucuya paralel değerlendirmesi (*Parallelwertung in der Laiensphäre*) formülü gereklidir⁶⁴³. Bu formüle göre fail ilgili unsurun anlamını da

⁶³⁵ Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.171, Kn.15.

⁶³⁶ Karakehya, İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, s.45.

⁶³⁷ Haft, AT, s.151.

⁶³⁸ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.3. İhtimal dahilinde olan ve öngörülen (bilinen değil) neticenin istenmesi halinde kasttan söz edilebileceğine ilişkin bkz. Karakehya, İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, s.45.

⁶³⁹ Haft, AT, s.151-152.

⁶⁴⁰ Haft, AT, s.152.

⁶⁴¹ Haft, AT, s.152; Jescheck/Weigend, AT, §29, s.295.

⁶⁴² Roxin, AT I, § 12, s. 497, Kn.122.

⁶⁴³ Haft, AT, s. 152; Puppe §8, s.97, Kn.4; Çınar, Der Subsumtionsirrtum und seine Stellung in der strafrechtlichen Irrtumslehre, s.172.

hukukçu olmayan makul bir üçüncü kişi gibi bilmelidir (*Parallelwertung in der Laiensphäre*)⁶⁴⁴.

Örneğin T, O'nun köpeğini çalıyor. T, deskriptif unsur olan malı, yani hayvanı biliyor. Ancak normatif unsur olan “başkasına ait olmayı” bilmesi için failin medeni hukuku düzgün yorumlaması gerekmemekte; hukukçu olmayan makul bir üçüncü şahıs gibi köpeğin bir başkasına ait olduğunu bilmesi yeterlidir. Ancak fail eğer borçlar hukukuna ilişkin bir satış sözleşmesi sebebiyle köpeğin sahibi olduğunu düşünürse hırsızlık suç tipi bakımından kastı oluşmaz⁶⁴⁵. Failden yüksek hukuk bilgisi ve muhakeme yeteneğini haiz olması beklenmemektedir. Aksine, failin kanun koyucunun ceza normuyla neyi korumak istediğini anlaması yeterlidir⁶⁴⁶. Eğer fail bu bilgiye sahipse, yorum/değerlendirme/niteleme hatası (*Subsumtionsirrtum*) önemsizdir. Burada fail deskriptif veya normatif bir unsuru kendi lehine yorumlamaktadır. Örneğin tavuk hırsızının tavuğun bir mal olduğunu bilmemesi veya belgede sahtecilik yapan failin sayaç mührünün⁶⁴⁷ belge olduğunu bilmemesi önemsizdir⁶⁴⁸.

Jakobs'a göre kayıtsızlıktan kaynaklanan bilgisizlik veya failin kararına etki etmeyecek subjektif kaçınılabılır bilmeme, maddi unsur hatası kapsamında geçerli olmamalı, fail ondan faydalanamamalıdır⁶⁴⁹. Ancak bu düşünce kanunla uyumlu değildir. Ayrıca ceza politikasına göre de savunulabilir değildir⁶⁵⁰. Maddi unsur hatasını düzenleyen TCK m.30/1 ve Alm.CK. m.16 I kasten hareket etmemek için “bilmeme”yi aramaktadır. Bu bilmemenin

⁶⁴⁴ Heinrich, AT, § 12, s. 103, Kn. 271; Jescheck/Weigend, AT, §29, s.295.

⁶⁴⁵ Haft, AT, s.152.

⁶⁴⁶ Jescheck/Weigend, AT, §29, s.295.

⁶⁴⁷ Alman hukukunda da Türk hukukundakine benzer olarak belge, her zaman kağıda yazılı olmak zorunda değildir. Hukuken önem arz eden bir irade açıklamasının cisimleştirilmesi ile (yazı, mühür, plaka, etiket gibi) belgede sahtecilik suçunun konusu olan belge oluşmaktadır. Bkz.Wessels, Johannes/ Hettinger, Michael, Strafrecht Besonderer Teil 1 Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte (BT 1), 36. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg: C.F. Müller, 2012, s.242-243, Kn.804-805; Gökçen, Ahmet, Belgede Sahtecilik Suçları (TCK m.204-212), 5. Baskı, Ankara: Adalet, 2018, s.55. Türk hukukunda da belgenin yazılı olması hususu geniş olarak ele alınmış olup, bir iradeyi ortaya koyan yazılar, kısaltmalar, işaretler de yazı olarak kabul edilmiştir. Bu yazılar kağıda yazılabileceği gibi metal lehva üzerine de yazılabilir (Gökçen, Belgede Sahtecilik Suçları (TCK m.204-212), s.55, dn.33). Örneğimizdeki sayaç mühürü de belgenin bir türü olan “*Beweiszeichen*” olarak sınıflandırılmaktadır ve belgede sahtecilik suçunun konusunu oluşturmaktadır.

⁶⁴⁸ Haft, AT, s.153.

⁶⁴⁹ Jakobs, Günther, Gleichgültigkeit als dolus indirectus, ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft), Volume 114, Issue 3, 2002, (s. 584–599), s.586; Roxin, AT I, § 12, s.483-484, Kn.96.

⁶⁵⁰ Schünemann, Bernd, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin, Boston: De Gruyter, s.20; Roxin, AT I, § 12, s.484, Kn.97.

nasıl olması gerektiğine ilişkin bir gereklilik gösterilmemiştir. Ayrıca ilgili maddeler kayıtsızlığa ilişkin bir atıfta da bulunmamıştır. Yine kastın her formunun ortak özelliği olan “hesaba katma/olacağını öngörme/plan gerçekleştirme” (*Planverwirklichung*) -kayıtsızlıktan kaynaklansa da- bilmeme durumunda yoktur. Eğer *Jakobs*’un teorisini kabul edecek olursak daha az bilme daha çok ceza sorumluluğuna yol açacaktır. Şöyle ki bilinçli taksirde fail neticeyi öngörmüştür. Ancak gerçekleşmeyeceğine ilişkin bir inancı vardır. Kayıtsızlığa bağlı bilgisizlikte ise fail, neticenin gerçekleşme ihtimalini dahi öngörememiştir. Her durumda böyle bir ihtimali öngören kişi, öngöremeyene nazaran cezalandırılmaya daha fazla layıktır⁶⁵¹.

Şüpheyi, bir unsurun bilinmemesi ile karıştırmamak gerekir. Çünkü şüphe, failin fiilini icra etme isteğini gidermemektedir⁶⁵². Örneğin komşunun bahçesindeki çalılık içinde bulunan, hedeflediği objenin komşunun hayvanı mı yoksa bir komşusu mu olduğu konusunda şüphe duyan kişinin mala zarar verme ve öldürme bağlamında alternatif kastı mevcuttur.

3. Failin unsurlara ilişkin bilgisinin kapsamı ve zamanı

Kastın bilgiye dayalı unsuru, bilmenin en yoğun şekli olan kesin **bilmedir**. Eğer kanunda bilme açıkça gerekliyse failin bu unsurları bilmesi gerekir. Örneğin iftira suçunun⁶⁵³ işlenebilmesi için failin, mağdurun hukuka aykırı bir fiil işlemediğini kesin olarak bilmesi gerekir. Eğer fail, mağdurun hukuka aykırı bir fiil işlediğinden şüphelenerek ona hukuka aykırı bir fiil isnat ederse, iftira suçu oluşmaz. Bunun dışında fail diğer objektif unsurları **ihtimal dairesinde görürse** kast için yeterlidir⁶⁵⁴. Failin suçun işlendiği zamanda tüm unsurların **farkında olmasına** gerek yoktur. Çoğunlukla unsurların bilinmesi için olguya dayalı farkındalık yeterlidir⁶⁵⁵.

Kastın kabul edilebilmesi için failin her bir maddi olguyu, örneğin hırsızlık suçunda malın taşınabilir ve başkasına ait olması olgularını, ayrı ayrı düşündüğünü gösteren refleksler

⁶⁵¹ Roxin, AT I, § 12, s. 484, Kn.97.

⁶⁵² Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, s.106.

⁶⁵³ TCK m.267: “Yetkili makamlara ihbar veya şikayette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, **işlemediğini bildiği halde**, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

⁶⁵⁴ Gropp, AT, §4, s.157, Kn.146-147.

⁶⁵⁵ Gropp, AT, §4, s.157, Kn.148; Haft, AT, s.153.

aranmamaktadır. İnsanlar çoğunlukla düşünüp taşınarak değil, iç güdü ve duygularıyla hareket ederler. Aynısı kişilerin kriminal davranışları için de geçerlidir. Ancak yine de sadece potansiyel bir farkındalığın kast için yeterli olmadığı da kabul edilmektedir. Alman Federal Mahkemesi'nin de kabul ettiği gibi farkındalığa ulaşmamış bir bilme veya potansiyel bir farkındalık tek başına kast için yeterli değildir. Aynı şekilde failin önceden sahip olduğu ancak fiilin işlendiği sırada mevcut olmayan bilme de kastın bilme unsurunu oluşturmamaktadır⁶⁵⁶. Failin bilgisi güncel olmalıdır. Fail, önceden bildiği bir şeyi olay anında bilmiyorsa ondan sorumlu değildir. Bu bağlamda güncelliğini yitirmemiş bilgi de kast için yeterlidir⁶⁵⁷.

Kast fiilin icrası sırasında olmalı, önceki ve sonraki kast (*dolus antecedens-dolus subsequens*) sorumluluk doğurmamaktadır⁶⁵⁸. Önceki kast, suçun icra alanına sirayet etmiyor, sadece hazırlık hareketleri alanında kalıyorsa sorumluluk doğurmaz. Çünkü cezalandırılabilir alanın, yani teşebbüsün başlangıcı doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamadır (TCK m.35)⁶⁵⁹. TCK m.30/1'de de “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz.*” denilmek suretiyle bilmenin hareketin yapıldığı zaman mevcut olması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁶⁰. Bu ifade kural olarak icrai suçlar için geçerlidir. İhmali suçlarda ise bilme, failin yapmakla yükümlü olduğu icrai davranışı gerçekleştirmesi gerektiği zaman bulunmalıdır⁶⁶¹.

Kasta ilişkin ağırlıklı olarak orta bir yol tercih edilmiştir. Failin, kastının bulunması için, tüm somut olgular üzerine düşünmesi gerekmez. Ancak onların farkında/bilincinde olması gerekir. Farkındalığın çeşitli türleri vardır; algılamayı gerektiren farkındalık (*wahrnehmungsbedingtem Mitbewusstsein*)-olguya dayalı farkındalık (*Sachgedankliches Mitbewusstsein*) veya diğer bir ifadeyle sürekli eşlik eden bilgi (*ständiges Begleitwissen*) gibi. Birincisi bilişsel olarak algılanan normatif unsurlarda önemlidir. Fail bir mağazadan değerli

⁶⁵⁶ Roxin, AT I, § 12, s. 497, Kn.122 (Yazar aynı kavram için mütemadi bilgi (*ständige Begleitwissen*) ifadesini kullanmaktadır.s.498, Kn.123); Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.171, Kn.16 (Yazar aynı kavram için olguya dayalı farkındalık (*sachgedankliches Mitbewusstsein*) ifadesini kullanmaktadır.).

⁶⁵⁷ Haft, AT, s. 153.

⁶⁵⁸ Jescheck/Weigend, AT, §29, s.294; Akbulut, Genel Hükümler, s.394-395.

⁶⁵⁹ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.410; Akbulut, Genel Hükümler, s.394-395.

⁶⁶⁰ Akbulut, Genel Hükümler, s.394.

⁶⁶¹ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.410.

bir eşyayı alırken o eşyanın kendisinin olmadığını farkındadır. Olguya dayalı farkındalık veya sürekli eşlik eden bilgi (*dauerndes Begleitwissen*/mütemadi bilgi) ise olay anında düşünülmeyen; ancak failde öncesinden mevcut olan bilgiyi ifade eder⁶⁶². Bu husus, özellikle fail bakımından özgü suçlarda bir anlam ifade eder. Mesleği kapsamında elde ettiği bir sırrı ifşa eden avukat veya doktor, fiili işlerken “ben avukatım/doktorum” diye düşünmez, düşünmesi de gerekmez; bu bilgiye zaten öncesinden sahiptir⁶⁶³.

Schmidhäuser de farkındalığı olguya dayalı (*sachbedenklich*)-dile dayalı (*sprachbedenklich*) olmak üzere iki şekilde incelemiştir. Buna göre failin dile dayalı bir bilince sahip olması gerekmez; yani zihninde “bu mal başkasına ait”, “kiliseden hırsızlık yapıyorum” şeklinde cümleler kurması gerekmez. Dilden bağımsız olarak imgesel hatıralara dayalı olarak düşünmesi yeterlidir. *Kaufmann* ise *Schmidhäuser*’ın bu düşüncesini dil olmadan düşünmenin olmayacağı gerekçesiyle eleştirmiştir⁶⁶⁴.

Schroth da farkındalık görüşünü reddetmiştir. Bunun yerine üstü kapalı/dolaylı bilme (*implizites Wissen*) görüşünü kabul etmiştir. Bu görüşe göre, kişide güncel olarak mevcut olan, kişinin almak veya hatırlamak için bir çaba sarf etmesine gerek olmayan bilgi üstü kapalı/açık olmayan bilme sonucunda elde edilmiş bilgidir. Eğer faile suç zamanı sorulsaydı, fail bu soruya hatırlama bakımından kendini zorlamadan cevap verebilirdi. Bu tür, yani failin cevap vermek için kendini hatırlamaya zorlamadığı bilgiler bilmenin kapsamını oluşturmaktadır⁶⁶⁵.

Dışarı yansıtılmayan farkındalığın kabul edilmesi düşüncesi kast alanının çok genişlemesine, taksir alanının çok daralmasına sebep olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁶⁶⁶.

Nefret, kıskançlık, öfke gibi yoğun duygular altında işlenen suçlarda (*Affekttaten*) farkındalığın olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu suçlarda failin olguya dayalı farkındalığı

⁶⁶² Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.171, Kn.16; Roxin, AT I, § 12, s. 498, Kn.123.

⁶⁶³ Roxin, AT I, § 12, s. 498, Kn.123.

⁶⁶⁴ Roxin, AT I, § 12, s. 498, Kn.124.

⁶⁶⁵ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.91, Roxin, AT I, § 12, s.499, Kn.126.

⁶⁶⁶ Köhler’in görüşü için bkz. Roxin, AT, § 12, s. 500, kn 128.

bulunduğu için kastının bulunduğunu söylemek mümkündür⁶⁶⁷. Buna karşılık, failin bazen fiilini tam olarak hatırlamadığı belirtilmektedir. Ancak fail mağduru bilir, yaptığı hareketin sonuçlarını görür ve ister. Bu sebeple kastı yoktur diyemeyiz. Yoğun duygular, farkındalığa değil, kişinin hareketlerini kontrol etme becerisine etki edebilir. Bu da kastın değil, kusurluluğun bir sorunu olabilir⁶⁶⁸.

Otomatik davranışlarda da olguya dayalı farkındalık bulunduğu için kastın bulunduğu savunulmaktadır⁶⁶⁹.

D. KASTIN ÇEŞİTLERİ VE ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

1. Kastın çeşitleri

Türk hukukunda kast, TCK m.21’de düzenlenmiş olup; birinci fıkra doğrudan kast, ikinci fıkra ise olası kast tanımlanmıştır. TCK m.21/1’e göre “*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*”. TCK m.21/2 ise olası kastı “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi*” şeklinde tanımlamaktadır. Türk hukukunda kast, ağırlıklı olarak doğrudan ve dolaylı (olası) olmak üzere ikili bir şekilde incelenmektedir⁶⁷⁰. Doğrudan kast da bazı yazarlarca birinci dereceden doğrudan kast ve ikinci dereceden doğrudan kast olmak üzere ikili şekilde ele alınmaktadır⁶⁷¹. Birinci dereceden doğrudan kastta fail neticeyi amaçlar. Buradaki amaç (*Absicht*), onu suç işlemeye iten motivasyon anlamına gelen saikten farklı olup, neticeyi isteme anlamına gelmektedir⁶⁷². İkinci dereceden doğrudan kastta ise failin, fiilini gerçekleştirirken gerçekleşmesini bizatihi amaçlamadığı, ancak öngördüğü ve fiilinin zorunlu

⁶⁶⁷ Haft, AT, 153.

⁶⁶⁸ Roxin, AT I, § 12, s.500-501, Kn.129.

⁶⁶⁹ Haft, AT, s.153.

⁶⁷⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.266 vd.; Zafer, Genel Hükümler, s.294 vd.; Akbulut, Genel Hükümler, s.395 vd.; Hakeri, Genel Hükümler, s.234 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.414.

⁶⁷¹ İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.438; Zafer, Genel Hükümler, s.294; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.399 vd.; Karakehya, Hakan, İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, Ankara: Savaş Yayınevi, 2010, s.43 vd.; Karakehya, Hakan, Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sayı 1, Yıl 2007, s.117-138, s.124 vd.; Akbulut, Genel Hükümler, s.397.

⁶⁷² Karakehya, Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, s.125.

sonucu olan ikincil nitelikteki neticeler bakımından da doğrudan kastı mevcuttur⁶⁷³. Örneğin annesinin mirasını isteyen ve onu öldürmek için uçağına bomba yerleştiren kişinin, uçaktaki diğer kişilerin ölümü bakımından ikinci dereceden doğrudan kastının olduğunu kabul etmek gerekir⁶⁷⁴. Zorunlu neticenin gerçekleşmemesi sonucunda ise olası kasttan farklı olarak failin teşebbüs sorumluluğu doğmalıdır⁶⁷⁵. İkinci dereceden doğrudan kastta, failin sorumluluğu doğrudan belirlenmesine rağmen, ikincil neticeler bakımından açık bir irade ortaya konulmaması sebebiyle bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır (TCK m.61/1-f)⁶⁷⁶.

Alman hukukunda kast, maksat-amaç (*Absicht*), doğrudan kast (*dolus directus*) ve olası kast (*dolus eventualis*) olmak üzere üçlü bir şekilde ele alınmaktadır⁶⁷⁷. Kastın en yoğun şekli olan maksat⁶⁷⁸, Alman hukukunda birinci dereceden doğrudan kast olarak; doğrudan kast ise ikinci dereceden doğrudan kast olarak adlandırılmaktadır⁶⁷⁹.

Maksat-amaçta (*Absicht*) fail tipik fiili, neticeyi veya her ikisini bir amaç uğruna istemektedir. Burada kastın isteme unsuru ağır basmaktadır⁶⁸⁰. Bunun diğer adı ise birinci dereceden doğrudan kasttır (*dolus directus I.Grades*)⁶⁸¹. Maksattan genellikle bir amaca yönelik isteme anlaşılmaktadır⁶⁸². Failin istediği neticenin gerçekleşeceğini kesinlikle bilmesi aranmamaktadır. Arzuladığı neticeyi ihtimal dahilinde görmesi durumunda da fail birinci dereceden doğrudan kastla hareket etmektedir⁶⁸³. Fail neticeden eminse veya yüksek ihtimalle gerçekleşeceğini düşünüyorsa bu durumda neticeyi arzulamadığı için kasten hareket

⁶⁷³ İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.438; Zafer, Genel Hükümler, s.294; Karakeyha, Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, s.128.

⁶⁷⁴ İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.438; Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.221, Kn.930.

⁶⁷⁵ İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.438. Zorunlu neticelerin gerçekleşmemesi durumunda olası kasta ilişkin dair kuralların uygulanması ve sadece gerçekleşen zorunlu sonuçların faile yüklenmesi gerektiği konusunda bkz. Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.221, Kn.930.

⁶⁷⁶ Zafer, Genel Hükümler, s.294.

⁶⁷⁷ Jescheck/Weigend, AT, §29, s.297; Kindhäuser, AT (7. Auflage), §14, s.129vd., Kn.3vd.; Roxin, AT I, §12, s.436, Kn.2.

⁶⁷⁸ İçel, Genel Hükümler, s.443; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.262.

⁶⁷⁹ Heinrich, AT, § 12, s.106, Kn.280 vd.; Roxin, AT I, §12, s.436, Kn.2; Baumann/Weber/Mitsch, AT (11. Auflage), §20, s.483vd., Kn.41vd.

⁶⁸⁰ Jescheck/Weigend, AT, §29, s.297; Heinrich, AT, § 12, s.106, Kn.281.

⁶⁸¹ Baumann/Weber/Mitsch, AT (11. Auflage), §20, s.483, Kn.41.

⁶⁸² Jescheck/Weigend, AT, §29, s.298.

⁶⁸³ Baumann/Weber/Mitsch, AT (11. Auflage), §20, s.484, Kn.42.

etmediğini iddia edemez. Fail istemese de fiiline sıkıca bağlı olan neticeden de kasten sorumludur. Bu durumda (ikinci dereceden) doğrudan kasttan sorumluluk söz konusudur⁶⁸⁴.

Doğrudan kastta (*dolus directus*), fail bir suçun unsurlarının olayda mevcut olduğundan yahut fiiliyle bunları gerçekleştireceğinden emin olmaktadır. Fail, özellikle tipik neticenin gerçekleşeceğini kesin olarak öngörmektedir. Burada kastın bilme unsuru ağırlık kazanmaktadır. Failin tipik neticenin büyük ihtimalle gerçekleşeceğini öngörmesi de bilme gibi kabul edilir. Failin arzuladığının dışında ikincil neticeleri bilmesi durumunda bu tür sorumluluk söz konusudur. Örneğin sigortadan para almak için gemiye patlayıcı koyan kişi mürettebatın da öleceğini bilmektedir⁶⁸⁵. Bu tür kastta da suç tipinin gerçekleştirilmesini isteme söz konusudur, failin neticeden hoşnut olmaması, isteme unsurunun olmadığı anlamına gelmemektedir, fail fiili gerçekleştirmeyi istemektedir⁶⁸⁶. Bu tür kasta ikinci dereceden doğrudan kast da denilmektedir (*dolus directus 2. Grades*)⁶⁸⁷.

Olası kast (*dolus eventualis*) için hakim görüş neticeye yönelik olumlu (fiili destekleyen) bir iç tutum olarak psikolojik anlamda neticenin istenmesini değil; bu istemenin yerine geçecek bir tür muadil olarak, fiili onaylamanın/istemenin zayıf halini aramaktadır⁶⁸⁸. İstemenin muadili olarak göze alma, neticeye razı olma, olası görme gibi formüller geliştirilmiştir⁶⁸⁹.

⁶⁸⁴ Puppe, AT, §9, s. 116-117, Kn.3. Belirtmek gerekir ki birinci dereceden doğrudan kast anlamındaki “*Absicht*” ile maksat anlamına gelen “*Absicht*” birbirinden farklıdır. Aynı kelimenin farklı kavramları ifade etmek için kullanılması sorunlara yol açmaktadır. Maksat anlamındaki “*Absicht*” suçun maddi unsurlarının dışında, faili suça yönelten amaçtır. Alman Ceza Kanunu’ndaki belgede sahtecilik suçunda (m. 267) yer alan aldatma amacı, maksat olan “*Absicht*”tir (Jescheck/Weigend, AT, §29, s.298). Belgede sahtecilik suçunun unsurlarını bilerek ve isteyerek işlemek ise kastın en yoğun şekli olan “*Absicht*”tir. Bu ifadenin Türkçe karşılığı maksat yahut saiktir. Maksat ya da saik, düzenlendiği suç tipi bakımından kastın yanında aranan bir sübjektif unsurdur. Bu durum öğretide özel kast olarak adlandırılmaktadır (Hafızoğulları/ Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.260; İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.443; Demirbaş, Genel Hükümler, s.378-379, 384; Zafer, Genel Hükümler, s.303). İfade etmek gerekir ki *Dönmezer/Erman* maksat ve saiki birbirinden farklı anlamlarda kullanmıştır. Yazarlar, maksadı Alman hukukundakine benzer şekilde “*failin gerçekleştirmek için harekete geçtiği netice*” olarak tanımlamıştır. Yazarlara göre, saik ise “*failin harekete geçmesine yol açan sebep*”tir (Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.224, Kn.933).

⁶⁸⁵ Jescheck/Weigend, AT, §29, s.298-299; Roxin, AT I, §12, s.444, Kn.18.

⁶⁸⁶ Roxin, AT I, §12, s.444-445, Kn.19.

⁶⁸⁷ Baumann/Weber/Mitsch, AT (11. Auflage), §20, s.485, Kn.46.

⁶⁸⁸ Puppe, AT, §9, s.117, Kn.4.

⁶⁸⁹ Puppe, AT, §9, s.118, Kn.4.

2. Kastın özel görünüm şekilleri

Kast, suç tipinin gerçekleştirilmesinin bilinmesi ve istenmesidir. Bu sebeple kast, her zaman somut bir suç tipine ilişkin/dayalı (suç tipi temelli) olmalıdır⁶⁹⁰. Fail hareketiyle öncelikli olarak bir suçu işlemek istemekle beraber⁶⁹¹; birden fazla suçun birlikte gerçekleşmesini ihtimal dairesinde gördüğü takdirde ilgili tüm suçlara ilişkin kastı mevcuttur⁶⁹². Bu durum **kümülatif kastı** (*dolus cumulativus*) ifade etmektedir. Örneğin B'nin evine molotof kokteyli atan A, hem evin yanacağını hem de çıkan dumanlardan B'nin zarar göreceğini öngörmektedir⁶⁹³. Kümülatif kastta, alternatif kasttan farklı olarak tüm suçlar cezalandırılabilir niteliktedir. Ancak bu suçlar tek fiille işlendiği için fikri içtima hükümleri uyarınca en ağır olandan cezalandırmaya gidilmesi gerekmektedir⁶⁹⁴.

Alternatif kastta (*dolus alternativus*) ise iki veya daha fazla suça ilişkin kast mevcuttur; ancak sadece bir tanesine ilişkin kast kabul edilmektedir⁶⁹⁵. Bu kast türünde fail, birden fazla suçu gerçekleştirme imkanına sahiptir, ancak somut olayın şartlarına göre bu suçlardan yalnız bir tanesinin gerçekleşmesi mümkündür⁶⁹⁶. Fail de gerçekleşme ihtimali olan tüm suçları öngörmekte ve bunları kabullenmektedir⁶⁹⁷. Örneğin izinsiz avlanan kişi, kendisini takip eden orman memurunu ve memurun köpeğini etkisiz hale getirmek amacıyla ateş eder. Ancak tüfeğinde yalnızca tek fişek kalmıştır. Failin kastı seçimlik olarak kasten öldürme yahut yaralama ile mala zarar verme suçlarını kapsamaktadır⁶⁹⁸. Alternatif kast da kümülatif kast gibi bir kast türü olmayıp birden fazla kastın birleşimidir⁶⁹⁹.

Tartışmalı husus, failin seçimlik olarak, olası kastla ya bir suçu ya da diğerini gerçekleştirmeyi düşündüğü ve hesapladığı durumda ne olacağıdır. Fail her iki ihtimalin de

⁶⁹⁰ Roxin, AT I, § 12, s. 479, Kn.92.

⁶⁹¹ Lackner/Kühl, StGB, §15, s.111, Kn.29.

⁶⁹² Schönke/Schröder, StGB (27. Auflage), §15, s.287, Kn. 91; Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.173, Kn. 27.

⁶⁹³ Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.173, Kn.27.

⁶⁹⁴ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.422; Akbulut, Genel Hükümler, s.405.

⁶⁹⁵ Lackner/Kühl, StGB, §15, s.111, Kn. 29; Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.173, Kn. 28; Schönke/Schröder, StGB (27. Auflage), §15, s.287, Kn.91.

⁶⁹⁶ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.420-421.

⁶⁹⁷ Akbulut, Genel Hükümler, s.404-405.

⁶⁹⁸ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.421.

⁶⁹⁹ Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.173, Kn.28; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.420; Akbulut, Genel Hükümler, s.404.

farkında olup, failin her ikisine de yönelik kastı mevcuttur⁷⁰⁰. Örneğin fail, kendisine ait olmayan malın kayıp bir eşya mı yoksa yeri değiştirilmiş bir mal mı olduğunu bilmedikçe, ilk durumda kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf (TCK m.160), ikinci durumda ise hırsızlık suçu (TCK m.141) söz konusu olur⁷⁰¹.

Yabancı bir av alanında zehirle öldürdüğü ördeğin sahipsiz bir yaban hayvanı mı yoksa özel alandan kaçmış bir hayvan mı olduğunu bilmeyen failin hem zehirleme suretiyle usulsüz avlanma hem de başkasına ait mala zarar verme suçları bakımından alternatif kastı mevcuttur⁷⁰². Burada failin, fiilinin hedefinin dışındaki objeyi etkileyebileceğini gerçekten hesaplamış olması gerekir⁷⁰³. Bu örneklerdeki konu tek olduğu için tek suçtan sorumluluğa gidilmeli, fikri içtima hükümleri uygulanmamalıdır⁷⁰⁴.

Konunun birden fazla olduğu durumda ise gerçekleşen netice bakımından tamamlanmış suçtan, gerçekleşmeyen netice bakımından da suça teşebbüs şeklinde cezalandırma olmalıdır. Eğer iki netice de meydana gelmiyorsa iki suça da teşebbüsten sorumluluk söz konusu olmalıdır⁷⁰⁵. Alternatif kastların aynı anda birlikte mevcudiyeti için en azından olası kast şeklinde tezahür etmesi gerekir. Tabi aksini savunanlar, failin sadece tek bir

⁷⁰⁰ Öztürk/ Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s.311; Akbulut, Genel Hükümler, s.405.

⁷⁰¹ Öztürk/ Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s.311; Akbulut, Genel Hükümler, s.405; Roxin, AT I, § 12, s.479-480, Kn.93 (Alman hukukunda ilk durumda başkasının malını sahiplenme suçu oluşur). Öztürk/ Erdem ve Akbulut, aynı duruma bir diğer örnek olarak failin, kaza geçiren mağdurun ölü mü yoksa sağ, ancak bilincinin kapalı mı olduğunu bilmediği durumu göstermiş, ilk durumda hırsızlık, ikinci durumda ise yağma suçunun oluşacağını ifade etmişlerdir. Ancak TCK m.142/2.a'da hırsızlık suçunun "kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak" işlenmesi nitelikli hal olarak belirlenmiştir. Bu bakımdan yazarların çözümü isabetsiz olup, her iki halde de failin sorumluluğu TCK m.142/2.a'ya göre belirlenmelidir, çünkü mağdurun ölü veya bilincinin kapalı yani kendini koruyamayacak durumda olması durumunda failin hırsızlığı aynı düzenleme kapsamında ele alınmaktadır. *Roxin* de failin yol kıyısında yatan ve sadece bilinçsiz mi yoksa ölü mü olduğunu bilmediği bir kazazedenin ceketindeki cüzdanını almasını bu durumda örnek olarak göstermiştir. Yazara göre ilk durumda hırsızlık ikinci durumda ise başkasına ait malı sahiplenme (*Unterschlagung*) suçu meydana gelir (Roxin, AT I, § 12, s.479-480, Kn.93).

⁷⁰² Roxin, AT I, § 12, s.480, Kn.93. İfade etmek gerekir ki, 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'na göre usulsüz avlanmanın sadece zehirle yapılması hali, avlanılan türün yok olma tehlikesine maruz bırakılması ve ekolojik denge bozulması suç olarak düzenlenmiştir (bkz. Kara Avcılığı Kanunu m.24/2, m.21/7, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4915.pdf>, Erişim Tarihi: 28.11.2019). Diğer usulsüz avlanma halleri kabahat olarak düzenlenmiş olup idari para cezası ile cezalandırılmıştır. Bu sebeple, Alman örneğindeki öldürme hareketinin zehirle gerçekleştirilmesi hususu tarafımızca eklenmiştir.

⁷⁰³ Roxin, AT I, § 12, s.480, Kn.93.

⁷⁰⁴ Akbulut, Genel Hükümler, s.405-406.

⁷⁰⁵ Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.173, Kn. 30; Roxin, AT I, § 12, s. 480, Kn.94.

suç tipini gerçekleştirmek istediği için çoklu cezalandırmanın hakkaniyete aykırı olduğu gerekçesiyle böyle bir savunmayı kabul etmeyeceklerdir. Ancak failin fiilinin hangi objeye varacağını bilmediği durumlarda her konu bakımından da netice gerçekleşmezse, hangi suç tipine göre cezalandırılacağı hususu belirsizdir. Ayrıca bir insan öldürmek isterken bir vahşi hayvanı zehirli silahla vurduğu için failin sadece zehirlemek suretiyle usulsüz avlanmadan cezalandırılması da mantıksız olacaktır⁷⁰⁶. Böyle bir durumda failin daha ağırından cezalandırılması gerektiğini savunanlar da vardır. Ancak bu düşünceye göre, öncelikli bir hayvanın öldürülmek istenmesi durumunda ve neticede de hayvanın vurulması durumunda yine de insan öldürmeye teşebbüsün bulunması gerekecektir ki bu da oldukça tuhaf bir durumdur⁷⁰⁷. Alternatif kastta ceza artırımı hakkaniyetsizliği, fikri içtima hükümleri ile giderilmiştir. Buna göre, bir fiil ile birden fazla ceza normu ihlal edilirse, fail en ağır cezalandırma gerektiren normdan sorumludur⁷⁰⁸. Faili, kasti fiiliyle ihlal etmek istediği ceza normundaki cezadan mahkum etmeden kaçınmanın geçerli bir mazereti yoktur⁷⁰⁹.

Kanaatimizce olası kasta teşebbüsü kabul etmemekle bu sorun çözülmektedir. Yani failin olası kastla hareket ettiği ve neticesi gerçekleşmeyen suç bakımından bir sorumluluğu bulunmayacaktır⁷¹⁰.

Genel kast (*dolus generalis*) durumunda ise fail birden fazla hukuki değere zarar vereceğini bilmesine rağmen konular belirli değildir. Örneğin terörist bir meydana bomba koyduğu zaman birilerinin öleceğini ve yaralanacağını öngörür, ancak bomba patlamadan önce kaç kişinin öleceğini veya yaralanacağını tam olarak bilemez. Buna rağmen gerçekleşen her neticeden kasten sorumluluğu söz konusudur⁷¹¹.

Genel kastın bir diğer görünümünü ise failin ilk hareketiyle neticeyi gerçekleştirdiğinden emin olmadığı için suçu işlemeye devam etmesi hali oluşturmaktadır. Örneğin A, B'ye demir çubukla vurur; B'nin öldüğünden emin olmak için onu bir de asar.

⁷⁰⁶ Roxin, AT I, § 12, s.480, Kn.94.

⁷⁰⁷ Roxin, AT I, § 12, s.480-481, Kn.94.

⁷⁰⁸ Roxin, AT I, § 12, s.481, Kn.94.

⁷⁰⁹ Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.173, Kn.32; Roxin, AT I, § 12, s.481, Kn.94.

⁷¹⁰ Krşl. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.422; Akbulut, Genel Hükümler, s.405-405.

⁷¹¹ Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.173, Kn.33.

Başta bilincini kaybeden B, asılma sonucu hayatını kaybeder⁷¹². Bu durumda öldürme sonucuna götüren nedensellik bağında olası kastın olduğu tartışmasız olmakla birlikte failin neticenin gerçekleşme olasılığını düşünmeden işlediği ve neticeyi meydana getiren ikinci fiili bakımından kasten sorumlu olup olmayacağı tartışmalıdır (Weber kastı). Örneğin boğulduğunu sandığı D'nin cesedini ortadan kaldırmak isteyen C, D'yi foseptik çukuruna atar ve D bunun sonucunda boğularak ölür⁷¹³.



⁷¹² Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.173-174, Kn.34.

⁷¹³ Kindhäuser, LPK-StGB, §15, s.174, Kn.35. Bu durumda nedensellik bağındaki sapma, hayatın olağan akışı içerisinde öngörülebilir olduğu ve failin davranışını başka türlü değerlendirmeyi gerektirmediği için, önemsiz kabul edilir. Bu sebeple buradaki sapma failin kastını etkilemez. Fail kasten öldürmeden sorumlu tutulur (Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.313; Demirbaş, Genel Hükümler, s.386; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.420).

Üçüncü Bölüm

KASTI ENGELLEYEN HATA TÜRLERİ, TERSİNE HATA, ÇİFTE HATA VE DİĞER HATA TÜRLERİ

I. KASTI ENGELLEYEN HATA TÜRLERİ

A. GENEL OLARAK

TCK m.30/1 kapsamındaki hataya; suçun konusu, fail ve mağdurun özellikleri, fiil, netice ve nedensellik bağı⁷¹⁴ gibi maddi unsurlarda⁷¹⁵ hata dahildir. Maddi unsurlar deskriptif veya normatif özellik gösterebileceği⁷¹⁶ gibi seçimlik unsur veya eksik unsur şeklinde de suç tipinde yer alabilirler. Bu sebeple maddi unsurlarda hata bahsi, fiil, konu, nedensellik bağı gibi ilgili maddi unsurun suç tipindeki sınıfından bağımsız olarak suçun deskriptif unsurlarında hata, suçun normatif unsurlarında hata, seçimlik hareketlerde hata ve eksik ceza normunu tamamlayan normda hata başlıkları altında da incelenebilmektedir.

TCK m.30/2 kapsamında suçu nitelikli hale getiren unsurlarda hata düzenlenmektedir. Madde metninde suçu nitelikli hale getiren unsurlarda hataya düşen failin hatasından faydalanacağı ifade edilmektedir. Ancak faydalanmanın nasıl olması gerektiği açıklanmamıştır. Öğretideki bir görüşe göre failin hatasından faydalanmasının sebebi nitelikli hallerde hatanın kastın oluşumunu engellemesidir⁷¹⁷. Diğer bir görüşe göre ise nitelikli unsurlarda hatayı kastla ilişkilendirmek kavram kargaşasına yol açmaktadır. Nitelikli unsurlarda hataya düşen failin kastının engelleneceğini savunmak, akla ilk önce suçun temel şeklinin de oluşmayacağını getirmektedir. Bu sebeple, bu görüşe göre nitelikli hallerde hata

⁷¹⁴ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.255.

⁷¹⁵ Bu maddi unsurlara, ilgili suç tipinde yer veriliyorsa fiilin işleniş şekli, fiilin işlendiği yer, zaman ve kullanılan araç da dahildir (Zafer, Genel Hükümler, s.220).

⁷¹⁶ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.256.

⁷¹⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.262, Akbulut, Genel Hükümler, s.414; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.649; Özgenç, Genel Hükümler, s.466-467. Bu yazarların bir kısmı nitelikli unsurları, maddi unsurlar içerisinde ele almaktadır (Bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.142; Akbulut, Genel Hükümler, s.243; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.383 vd. *Zafer*'e göre bu tür hatanın kastı engellemesinin sebebi yazarların, nitelikli unsurlarda hatayı TCK m.30/1 ile ilişkilendirmelerinden ve nitelikli unsurları suçun maddi unsurları olarak ele almalarından kaynaklanmaktadır (Zafer, Genel Hükümler, s.603, dn.19-20).

kusurluluğu azaltan hallerden biri olarak incelenmelidir. Nitelikli hallerde hata hali her halde failin lehine yorumlanmalıdır⁷¹⁸.

TCK m.30/3'te ise hukuka uygunluk sebeplerinde ve kusuru etkileyen hallerin maddi şartlarında hata ele alınmakta ve failin bu sebeplerde düştüğü hatadan faydalanacağı ifade edilmektedir. Ancak bu faydalanmanın nasıl olması gerektiği kanun metninde açıkça izah edilmediği için, Türk öğretisinde buna ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir. **Birinci görüşe** göre hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartları kastın kapsamında olup, bu şartlarda hata, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarda düşülen hata gibi değerlendirilmelidir⁷¹⁹. **İkinci görüşe** göre ise hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarına ilişkin bilgi kastın kapsamında değildir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hataya düşen kişinin bu hatasından faydalandırılmasının sebebi kişinin ilgili suça ilişkin kastının bulunmamasından değil; olayda mevcut olmayan hukuka uygunluk sebebinin failin hatası sonucu var kabul edilmesidir⁷²⁰. **Üçüncü görüşe** göre ise kastın hem haksızlık hem de kusur alanında olmak üzere çifte foksyonu vardır. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatada suç tipine ilişkin kastın varlığı devam ederken; kasta dayalı kusur ortadan kalkmaktadır⁷²¹. **Dördüncü görüşe** göre kanun koyucu hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata ile kusurluluğu etkileyen sebeplerin maddi şartlarında hata arasında bir fark gözetmemiştir. Bu nedenle hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata, haksızlık hatası kurallarına göre çözümlenmelidir⁷²².

⁷¹⁸ Zafer, Genel Hükümler, s.604-605.

⁷¹⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s.470; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.653; Değirmenci, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, s.177; Göktürk, Neslihan, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2014, Sayı:26, s.7-30, s.23. Alman hukukunda da bu görüşün hakim olduğuna ilişkin olarak bkz. Gropp, AT, §13, s.592vd., Kn.180vd. *Koca/Üzülmez*'e göre hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında hata (TCK m.27/1) da kastı engelleyen hata kapsamında ele alınmalıdır (Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.254).

⁷²⁰ Zafer, Genel Hükümler, s.415.

⁷²¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.431.

⁷²² Keçelioğlu, Elvan, Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları, TBBD, 2010/87, s.299-321, s.314-315; Demirbaş, Genel Hükümler, s.431.

B. SUÇ TİPİNİN MADDİ UNSURLARINDA HATA

1. GENEL OLARAK

Türk hukukunda suç tipinin maddi unsurlarında hata, genel olarak suçun veya tipikliğin maddi unsurlarında hata⁷²³ veya esaslı maddi (fiili) hata⁷²⁴ olarak isimlendirilmektedir. TCK m.30/1’de ise “suçun kanuni tanımındaki unsurların” bilinmemesinden bahsedilmektedir. Suçun kanuni tanımından maksat suç tipi/kalıbidir. Hata, bilmenin tersi, yani hiç bilmeme veya gereği gibi bilmeme olduğu ve bilmenin kapsamı da suç tipinin maddi (objektif) unsurları olduğu için bu tür hatanın tam karşılığı, suç tipinin maddi unsurlarında hata ifadesi olacaktır.

Alman hukukunda da bu hatanın adlandırılmasında görüş farklılıkları mevcuttur. Alm.CK. m.16’da fiili vakialarda hata (*Irrtum über Tatumstände*) ifadesi kullanılmakta olup, uygulama ve doktrinde genellikle bu hata suç tipi hatası (*Tatbestandsirrtum*) veya fiili olgularda hata (*Irrtum über Tatsachen*) olarak adlandırılmaktadır. Fiili vakıalar (*Tatumstände*) zaten hayata ait olgular (*Lebenssachverhalt*) olup, somut olayda ilgili suç tipinin unsurlarını (*Tatbestandsmerkmale*) meydana getirdiği için bu tür hatalara fiili vakialarda hata (*Tatumstandsirrtum*) demenin daha doğru olduğu ifade edilmektedir⁷²⁵.

Hata bahsini düzenleyen TCK m.30/1 ve Alm.CK. m.16’de maddi unsurları bilmemeden bahsedilmektedir. Buradaki bilmeme ilgili unsuru bilmeme⁷²⁶ şeklinde

⁷²³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.640; Özgenç, Genel Hükümler, s.463; Koca/Üzülmez, s.255; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.422.

⁷²⁴ Demirbaş, Genel Hükümler, s.426; Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s.297. Unsur hatası ve fiili hata kavramlarının karma olarak “suçun unsurlarına ilişkin fiili hata” şeklinde kullanımı için bkz. İçel, Genel Hükümler, s.482. Yine bu kavramların karma olarak “maddi unsurlarda fiili hata” şeklinde kullanımı için bkz. Zafer, Genel Hükümler, s.306.

⁷²⁵ Sternberg-Lieben, Detlev/ Sternberg, Lieben, Irene, Der Tatumstandsirrtum (§16 I 1 StGB), JuS 2012, (s.289-297), s.289-290; Kühl, AT, §13, s.441-442, Kn.9.

⁷²⁶ Bilmeme, hiç bilmeme veya eksik bilme şeklinde gerçekleşmektedir (Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.255). Hiç bilmemede failin, işlediği fiilin bir suç tipini gerçekleştirebileceğine ilişkin hiçbir fikri olmazken (örneğin dolu olmadığını düşündüğü silahla birine ateş eden ve öldüren failin durumu); eksik bilmede fail işlediği fiilin bir suç tipini meydana getirebilecek elverişlilikte olduğunu bilir. Ancak düşüncesi ile gerçeklik birbirine uymamaktadır (örneğin çöp konteynırı olduğu zannıyla karanlıkta bir insana ateş edilmesi) (Heinrich, AT, § 30, s.457-458, Kn.1073). Yazarın verdiği birinci örnekte harekete/araca dair elverişlilikte hata söz konusu iken; ikinci örnekte ise konunun varlığında hata mevcuttur.

olabileceği gibi, yanlış bilme şeklinde de gerçekleşebilir⁷²⁷. Birinci duruma olumsuz hata, ikincisine ise olumlu hata da denilmektedir⁷²⁸. Her iki durumda da gerçek ve failin algısı arasında bir fark vardır⁷²⁹. İlgili hata düzenlemelerinde “maddi unsur”dan bahsedilmesine rağmen, bu düzenlemelerin suç tipinin bir unsuru olmamakla birlikte kastın kapsamında olan diğer unsurlar için de kıyasen uygulanması gerektiği savunulmuştur⁷³⁰.

Suç tipinin unsurlarında hatada fail, suç tipinin kastın kapsamında olan unsurlarını bilmemektedir⁷³¹. Yani fail suç tipi bağlamında ne yaptığını bilmemektedir⁷³². Bu hata sebebiyle suç tipinin çağrı ve uyarı fonksiyonu (*Appell- und Warnfunktion des Tatbestandes*) atıl kalmaktadır. Fail, hatası sebebiyle neden olduğu olayın gerçek anlam içeriğini hukuki-sosyal çerçevede anlamlandıramamaktadır⁷³³. Tipin maddi şartlarında hatada ya şarjörü boş olduğu zannıyla silahla yanlışlıkla bir kişiyi vurup öldürme örneğinde olduğu gibi fail tipin gerçekleşme ihtimalini bilmemektedir ya da karanlıkta çöp kovası olduğu zannıyla bir kişiyi vurup öldürme örneğinde olduğu gibi failin düşüncesi gerçek hayatla uyumsuzdur⁷³⁴.

Hâkim görüşe göre kast, suç tipinin subjektif unsuru olup, kendisini objektif unsurların tüm özelliklerini bilmek ve istemek suretiyle göstermektedir. Bu sebeple suç tipinin unsurlarında hatanın denetlenmesi gereken yer de suçun subjektif unsurudur. Maddi bir unsurun varlığında veya yokluğunda hataya düşme, kastın bilme unsurunun karşısından başkası değildir⁷³⁵. Maddi unsura ilişkin bilgisizliğin kusurlu veya kusursuz olması bir önem

⁷²⁷ Jescheck/Weigend, AT, §29, s.307.

⁷²⁸ Kühl, AT, §13, s.441-442, Kn.8-9.

⁷²⁹ Jescheck/Weigend, AT, §29, s.307.

⁷³⁰ Jescheck/Weigend, AT, §29, s.307. Daha ağır veya hafif cezayı gerektiren örnek haller (*Regelbeispiele*) bu unsurlara örnek olarak gösterilebilir. Alman hukukunda kanun koyucunun daha ağır veya hafif cezayı gerektiren örnek haller şeklinde düzenlediği haller suç tipinin varyasyonları olan suçun nitelikli hallerinden farklıdır. Bunlar suç tipi bahsine değil, aksine cezalandırma ölçütü (*Strafzumessungslehre*) alanına aittir. Bu haller kanunda örnekleme yoluyla (*Regelbeispiele*) ortaya konmaktadır. Kural olarak bu örnekler somut olayda mevcut olsa bile hakim bu sebeple cezayı ağırlaştırmak zorunda değildir. Benzer şekilde kanunda bir örnek mevcut olmasa bile hakim somut olayda ağırlaştırmaya gidebilir. Roxin, AT I, §10, s.341, Kn.134. Belirtmek gerekir ki bu açıklamalar Alman hukuku için geçerli olup, Türk hukukuyla uyumlu değildir.

⁷³¹ Jescheck/Weigend, AT, §29, s.307.

⁷³² Heinrich, AT, §30, s.457-458, Kn.1073; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.111, Kn.356.

⁷³³ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.111, Kn.356.

⁷³⁴ Heinrich, AT, §30, s.457-458, Kn.1073.

⁷³⁵ Heinrich, AT, §30, s.457-458, Kn.1073-1074; Kühl, AT, §13, s.444, Kn.12; Lackner/Kühl, StGB, §16, s.123, Kn.3.

arz etmemektedir⁷³⁶. Sarhoşun bilgisizliği de kastın oluşmasını engeller. Ancak taksirli sorumluluk saklıdır⁷³⁷.

Fail, suç tipindeki bir hata yüzünden kasten hareket etmiş sayılmaz. Ancak kanunda düzenlendiği takdirde taksirli olup olmadığı incelenmelidir⁷³⁸. Taksir incelemesinde de failin kastını engelleyen hataya sadece sorumluluk hissine aykırı davranarak mı yoksa dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak mı sebep olduğu incelenmelidir⁷³⁹. Meydana gelen netice, eğer fail gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı gerçekleşmeyecekti denebiliyorsa failin hatası taksirlidir⁷⁴⁰. Bir diğer tanıma göre ise taksirli hata, tedbirsizlik, dikkatsizlik veya meslek veya sanatta acemilikten kaynaklanan hatadır⁷⁴¹. Örneğin fail ön bahçesindeki çöp kutusuna ateş etmiş; ancak kutunun arkasına saklanan dört yaşındaki çocuğu vurmuştur. Fail bir insan öldüreceğini düşünmediği için burada bir maddi unsur hatası mevcuttur ve öldürmeye ilişkin kastın oluşumu engellenmiştir. Bu olayda taksirle öldürme değerlendirmesi yapmak gerekmektedir. Failin çöp kutusuna ateş ederken çöp kutusunun arkasında bir çocuğun olabileceği hususunun objektif olarak bilinebilir olup olmadığı ve failin dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığı denetlenmelidir. Burada fail, atış için özel olarak belirlenmiş alanlar dışında ateşli silah kullandığı için zaten taksirli davranmış sayılmalı ve taksirle öldürmeden sorumlu tutulmalıdır⁷⁴². Benzer şekilde çalılıkların arasında kımıldayan insanı, av hayvanı olduğu zannıyla vuran avcı da mesleğinin gerektirdiği dikkat ve özeni göstermediği için taksirle hataya düşmüştür ve taksirle öldürmeden sorumlu tutulmalıdır⁷⁴³. Hataya düşme taksirle oluyorsa, suçun taksirli halinin kanun tarafından düzenlenmesi durumunda taksirden sorumluluk söz konusudur. Ancak her hatada taksir var denilemez. Taksirsiz hata da mevcuttur⁷⁴⁴. Örneğin hekim otopsi yapacağı kişinin ölü olup olmadığını denetlemelidir. Hekim, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak bu denetimi

⁷³⁶ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.259; Jescheck/Weigend, AT, §29, s.310; Heinrich, AT, §30, s.458, Kn.1073.

⁷³⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.259.

⁷³⁸ Heinrich, AT, §30, s.458, Kn.1075; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.111, Kn.357.

⁷³⁹ Heinrich, AT, §30, s.458, Kn.1076.

⁷⁴⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s.465.

⁷⁴¹ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.315, Kn.1041.

⁷⁴² Heinrich, AT, §30, s.458, Kn.1076.

⁷⁴³ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.315, Kn.1041.

⁷⁴⁴ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.261-262; Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.317-318, Kn.1043.

yapmasa ve yaşayan bir insanı, ölü olduğu zannıyla otopsi yapmak suretiyle öldürse, hekimin sorumluluğu taksirli öldürmeye göre belirlenmelidir. Buna karşılık, mezardan otopsi yapılması üzere çıkarılan kişinin ölü olup olmadığının araştırılması gerekmemektedir. Gömüldüğü gün mezardan otopsi yapılmak üzere çıkarılan ve aslında ölümü henüz gerçekleşmemiş kişiyi otopsi yaparken öldüren hekimin hatası taksirden kaynaklanmamaktadır. Bu sebeple ölüm neticesinden taksirle dahi bir sorumluluğu bulunmamaktadır⁷⁴⁵.

2. SUÇUN KONUSUNDA HATA

a. Genel olarak

Failin fiiline muhatap olan⁷⁴⁶ konu ile hedeflenen konunun farklı olduğu durumda konuda hata vardır. Fail konunun kimliğinde veya belirli bir özelliğinde hataya düşebilir⁷⁴⁷. Bu hata, şahıs hakkında olabileceği gibi eşya üzerinde de gerçekleşebilir⁷⁴⁸. Buna kısaca konuların karıştırılması (*Objektsverwechslung*) denmektedir⁷⁴⁹.

Suçun konusunda hatanın nasıl ele alınacağı sorunu, eğer failin düşüncesi gerçek olsaydı ceza hukuku bakımından bir farklılık oluşup oluşmayacağına göre

⁷⁴⁵ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.318, Kn.1043.

⁷⁴⁶ İlgili suç tipinin her zaman neticeli bir suç olması gerekmediği için “netice üzerinde gerçekleşen konu” yerine fiile muhatap konu ifadesi tercih edilmiştir.

⁷⁴⁷ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.112, Kn.360; Kindhäuser, AT (7. Auflage, 2015), §27, s.226, Kn.40; Heinrich, AT, §30, s.469, Kn.1099. Bu duruma örnek olarak, arkadaşının izniyle arkadaşının apartmanının bodrumuna inen ve bodrumun ortak alanı olduğu zannıyla başkasına (arkadaşının komşusuna) ait bir bölüme giren kişinin hatası gösterilebilir. Bir Yargıtay kararında yer alan bu hata halinde kişi, girdiği yerin belirli bir şahsa ait olma özelliğinde hataya düşmüştür. “Sanığın olay günü ziyaret amacıyla arkadaşının evinde iken arkadaşları ile köpek kulübesi yapmak amacı ile testere aramak için apartmanın ortak kullanımında olan bodruma inerek orada apartmanın ortak kullanımında zannettiği müşteki Yaşar’ın kullanımında olan depoya girmek suretiyle içeride testere aradığı sırada apartman görevlisinin ve yöneticinin gelerek polise haber verdikleri anlaşılmıştır. Sanığın, kastı kaldıran bu hatasından yararlanması gerekir. Sanığın kast yokluğu nedeniyle unsurları yönünden oluşmayan müşnet suçlardan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi... Bozmayı gerektirmiş, sanık ... müdafinin temyiz itirazı bu itibarla yerinde görülmesi, hükümlerin açıklanan nedenlerle tebliğnameye aykırı olarak BOZULMASINA...karar verilmiştir.” Y13.CD, E.2018/15130, K.2019/8894, T.23.05.2019 (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 1.1.2020).

⁷⁴⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.257; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.112, Kn. 360; Kindhäuser, AT (7. Auflage, 2015), §27, s.226, Kn.40; Heinrich, AT, §30, s.468, Kn.1099.

⁷⁴⁹ Heinrich, AT, §30, s.469, Kn.1099.

çözümlemektedir⁷⁵⁰. Yani gerçekte olan ve failin tahayyülünde olan konular aynı suç tipi altında ele alınabilirse, diğer bir deyişle, bu konular suç tipi bakımından denk/ eşdeğer kabul edilebilirse ilgili suç bakımından kast devam eder. Ancak bu konular arasında aynı suç tipi altında ele alınamama söz konusu ise kastın oluşumu engellenmektedir⁷⁵¹.

Konuların eşdeğer olması durumunda konuda düşülen hata basit bir motivasyon hatasıdır (saik hatası) ve önemsizdir. Çünkü suç (tipi) kastının varlığına ilişkin bir sorun bulunmamaktadır⁷⁵². Kastın hareket noktası TCK m.30/1'deki (Alm.CK. m.16 I.1'deki) dış fiili olgular olup failin fiiline ilişkin olan, onu harekete iten sebepler (*Beweggründe*) veya amaç (*Fernziele*) değildir. Objektif olarak gerçekleşen ile failin tahayyülüne göre gerçekleşmesi gereken veya gerçekleşmesine kayıtsız kaldığı şey önemli ölçüde uyuşuyorsa kastın varlığından söz edilmelidir⁷⁵³. Konular suç tipi bakımından denk olduğu zaman amaçlanan dışında bir konuya karşı hareket edildiği anda kast tüketilmiş olur. Hedeflenen konu bakımından bir teşebbüs söz konusu değildir. Yani kastın ikili bir yönü bulunmamaktadır⁷⁵⁴.

Örneğin A, B'yi öldürmek ister ve A, B olduğu zannıyla ona benzeyen bahçıvan G'yi öldürür⁷⁵⁵. A bir kişiyi öldürmek istemiştir ve sonucunda da bir kişiyi öldürmüştür. Burada sorulması gereken, mağdurun kimliğinin suçun kanuni tanımına dahil olup olmayacağıdır. Fail, kastını fiil sırasında önünde bulunan kişi üzerinde somutlaştırdığı için mağdurun kimliği maddi unsura dahil değildir ve kişinin motivasyonu da bir rol oynamamalıdır. Kişi burada saf motivasyon (saik) hatasına (*Motivirrtum*) düşmüştür. Bu şekilde saf motivasyon hataları ceza hukuku bakımından önemsizdir, failin kastı

⁷⁵⁰ Warda, Günter, Zur Gleichwertigkeit der verwechselten Objekte beim error in obiecto, Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985 (Ed. by Schwind, Hans-Dieter/ Berz, Ulrich/ Geilen, Gerd/ Herzberg, Rolf D. / Warda, Günter), Berlin, Boston: De Gruyter, s.159-165, s.159vd.; Jescheck/Weigend, AT, § 29, s.311; Wessels/Beulke/Satzger, AT, § 7, s.112, Kn. 361; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.258; Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.101,104.

⁷⁵¹ Wessels/Beulke/Satzger, AT, § 7, s.112-113, Kn. 361; Heinrich, AT, s.470, §30,Kn. 1103.

⁷⁵² Kindhäuser, AT (7. Auflage, 2015), §27, s.226, Kn.41; Wessels/Beulke/Satzger, AT, § 7, s.113, Kn. 362; Heinrich, AT, s.470-471, §30,Kn.1104.

⁷⁵³ Wessels/Beulke/Satzger, AT, § 7, s.113, Kn.362; Heinrich, AT, §30, s.470-471, Kn.1104.

⁷⁵⁴ Heinrich, AT, §30, s.470-471, Kn.1104.

⁷⁵⁵ Heinrich, AT, §30, s.468-469, Kn.1099.

etkilenmemektedir. Çünkü kastın referans noktası dış şartlardır, fiil ile takip edilen amaç değildir⁷⁵⁶.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da konuların denkliğinin her zaman ilgili suç tipi bakımından incelenmesi gerektiğidir. Örneğin A, cumhurbaşkanı B'yi hasmı C olduğu zannıyla öldürür. Kasten öldürme suç tipi bakımından B ve C'nin bedenleri eş değer konulardır. Cumhurbaşkanı suikast (TCK m.310/1) suç tipi bakımından ise B ve C'nin bedenleri eş değer konu değildir. Bu sebeple burada düşülen hata önem arz etmekte olup TCK m.310/1'deki suç tipi bakımından kast engellenir. Bu suçun taksirli hali de düzenlenmediği için bu suç bakımından sorumluluk söz konusu olmayacaktır⁷⁵⁷. A'nın sorumluluğu kasten öldürme suç tipine göre belirlenecektir, çünkü kasten öldürme suç tipi B ve C'yi aynı şekilde korumakta olup, bu suç tipi bakımından konuda hata önem arz etmeyecektir.

Eşdeğer konuda hatanın önemsizliğinin istisnalarından biri mağdurun sıfatının suçun nitelikli hali bakımından önem arz ettiği hallerdir. Bu durumda mağdurun şahsında düşülen hata, nitelikli hale ilişkin kastını engelleyecektir⁷⁵⁸. Alman hukukunda geçerli olan, eşdeğer konuda önemsiz hatanın istisnasını ise eş değer konuların karıştırıldığı (*verwechselte Tatobjekte*) şu durum oluşturur: Fail karanlıkta başkasının yerine kendi bisikletini çalarsa hırsızlığa teşebbüsten sorumludur. Bu halde önemsiz konu hatası önemli hale gelmektedir⁷⁵⁹. Unutulmamalıdır ki bu durum sadece Alman hukuku için geçerlidir. Çünkü Alman hukukunda Türk hukukundan farklı olarak elverişsiz teşebbüs cezalandırılmaktadır.

Konuların eşdeğer olmaması durumunda bu konularda düşülen hata kast bakımından önemlidir⁷⁶⁰. Örneğin, fail karanlıkta komşuya ait av köpeği olduğu zannıyla bir insanı ateşli silahla vurarak öldürse, sorumluluğu şu şekilde belirlenir: Failin tasavvurundaki suç mala zarar vermedir, objektif gerçeklikte mevcut olan suç ise öldürmedir. Failin tasavvurundaki mala zarar verme suçunun konusu olan sahipli köpek olay yerinde mevcut

⁷⁵⁶ Heinrich, AT, §30, s.470, Kn.1102.

⁷⁵⁷ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.113, Kn.363.

⁷⁵⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.258.

⁷⁵⁹ Jescheck/Weigend, AT, §29, s.311.

⁷⁶⁰ Heinrich, AT, §30, s.470, Kn.1104; Roxin, AT I, § 12 C, s.535, Kn.201; Kindhäuser, AT (7. Auflage, 2015), §27, s.226, Kn.42.

değildir. Bu bakımdan konunun imkansızlığı söz konusu olacaktır. Konunun imkansızlığı, teşebbüsün şartlarından olan **elverişli hareketlerle** doğrudan doğruya suçun icrasına başlama bakımından önem arz etmektedir. Nitekim teşebbüsün düzenlendiği TCK m.35'in gerekçesinde de belirtildiği üzere failin elverişliliğinin sadece suçta kullanılan araç değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden aranması gerekmektedir⁷⁶¹.

Öğretideki bir görüş konunun imkansızlığının mutlak veya nispi olmasına göre bir ayırım yapmaktadır⁷⁶². Yatağında ölü yatan birine öldürme amacıyla silahla ateş edilmesi örneğinde olduğu gibi mutlak imkansızlıkta korunan hukuki değer üzerinde bir tehlike yaratılması mümkün değildir⁷⁶³. Yankesicinin hırsızlık amacıyla birinin boş olan cebine elini sokması örneğinde olduğu gibi nispi imkansızlıkta ise neticenin meydana gelmemesi bir tesadüf sonucudur⁷⁶⁴. Konunun mutlak imkansız olduğu durumda failin teşebbüs sorumluluğuna gidilemezken, nispi imkansızlık hallerinde failin mala zarar verme suçuna teşebbüsten sorumluluğu söz konusu olacaktır⁷⁶⁵.

Öğretideki başka bir görüş ise konunun mutlak veya nispi olmasının ve buna göre mutlak veya nispi elverişsizlik ya da işlenemez suç kavramlarının, failin cezalandırılması bakımından bir önemi olmadığını savunmaktadır. Failin hareketi tipik neticeyi yaratmaya uygun ise failin yarattığı tehlikelilik cezalandırılmalıdır⁷⁶⁶. Bu görüş de nispi-mutlak imkansızlık ayırımını yapan görüşe benzer olarak, failin hareketinin tipik neticeyi meydana getirmesinin uygunluğunu “hayatın normal tecrübelerine göre büyük ölçüde ihtimal dahilinde” olup olmamaya göre belirlemektedir. Hırsızlık amacıyla boş olan cebe elin sokulması veya gece yatağından uyuduğu düşünülen mağdura ateş edilmesi ve aslında mağdurun yatağında olmaması durumunda failin hareketleri ilgili suç tipleri bakımından

⁷⁶¹ Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), s.191.

⁷⁶² Zafer, Genel Hükümler, s.509; Hakeri, Genel Hükümler, s.523; Kazaker, Gözde, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, Ankara: Adalet, 2019, s.214, 217-218.

⁷⁶³ Zafer, Genel Hükümler, s.509; Hakeri, Genel Hükümler, s.523.

⁷⁶⁴ Zafer, Genel Hükümler, s.509.

⁷⁶⁵ Zafer, Genel Hükümler, s.509; Hakeri, Genel Hükümler, s.523; Kazaker, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, s.214. Konunun mutlak olarak elverişsiz olduğu durumda failin hareketi, kastını ortaya koysa da, bu hareketin failin kastının yöneldiği suç tipi bakımından bir icra hareketi olduğu kabul edilemez (Kazaker, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, s.214).

⁷⁶⁶ Sözüer, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul: Kazancı, 1994, s.153.

uygundur ve tehlike arz etmektedir. Bu sebeple failin sorumluluğu teşebbüsten belirlenmelidir⁷⁶⁷.

Bizim de katıldığımız öğretideki bir diğer görüş ise suçun konusunun somut olayda bulunmayışının mutlak-nispi olarak değerlendirilmesine karşı çıkmıştır. Bu görüşe göre suçun konusu somut olayda ya vardır ya da yoktur, failin sorumluluğu da buna göre belirlenmelidir⁷⁶⁸. Failin teşebbüsten cezalandırılabilmesi için, hareketinin suçun konusuyla yakın bağlantı içerisinde olması, ona zarar vermesi veya onu tehlikeye düşürmesi gerekir. Somut olayda konunun bulunmadığı halde, konunun tehlikeye düşürülmesi dahi söz konusu olamayacaktır⁷⁶⁹. Bu sebeple konunun bulunmadığı durumda fail TCK m.35 uyarınca teşebbüsten cezalandırılmaz⁷⁷⁰. Ancak tehlikeliliğini ortaya koyan fail hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebileceğine⁷⁷¹ veya işlenemez suçun cezalandırılacağına ilişkin bir düzenleme yapılması gerekir⁷⁷². Somut örneğe dönülecek olursa fail, suçun konusunun bulunmaması sebebiyle mala zarar verme suç tipinden dolayı teşebbüsten sorumlu tutulamaz, çünkü komşunun av köpeği üzerinde herhangi bir tehlike oluşmadığı için failin fiili mala zarar verme bakımından teşebbüs aşamasına girmemektedir. Öldürme bakımından ise failin

⁷⁶⁷ Sözüer, Suça Teşebbüs, s.151.

⁷⁶⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.432; Özgenç, Genel Hükümler, s.501; Doğan, Koray, Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt I, İstanbul: Beta, Ekim 2014, s.183-228, s.189.

⁷⁶⁹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.432. Suçun konusunun olayda bulunmaması işlenemez suç olarak ele alınmaktadır (Hakeri, Genel Hükümler, s.519vd.; Alacakaptan, Uğur, İşlenemez Suç, AÜHF Yayınları 223, s.18-19; Özgenç, Genel Hükümler, s.500; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.431).

⁷⁷⁰ Suça Teşebbüs başlıklı TCK m.35: “(1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. (2) Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.” şeklindedir. Birinci fıkrada suça teşebbüs için “doğrudan doğruya icraya başlama”dan bahsedilip, failin iradesine ilişkin bir belirleme yapılmaması kanunun suça teşebbüs için objektif teoriyi benimsediğini göstermektedir (Akbulut, Genel Hükümler, s.610). Bu ölçüt maddi objektif teoriyi benimseyenlerin icra-hazırlık hareketi ayrımında kullandığı bir ölçüt olduğu için TCK’da teşebbüs konusunda maddi objektif teori benimsenmektedir. (Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.695; Koca/ Üzülmez, Genel Hükümler, s.425). İkinci fıkrada teşebbüs durumunda cezanın, “meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre” belirleneceğinin ifade edilmesiyle, teşebbüsten dolayı yaptırım uygulanabilmesi için failin fiilinin suçun konusu üzerinde bir tehlike veya zarar meydana getirmesi gerektiği anlaşılmaktadır (Akbulut, Genel Hükümler, s.599-600). “Gerçekleştirilen bir hareketin icra hareketi teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde, hareketlerin harici olarak değerlendirilmesiyle yetinilmemeli, özellikle bu hareketin suçun konusuyla yakın bağlantı içerisinde olup olmadığı ve suçun konusu bakımından tehlikeye sebebiyet verip vermediği araştırılmalıdır” (Koca/ Üzülmez, Genel Hükümler, s.425).

⁷⁷¹ Özgenç, Genel Hükümler, s.502. Yazarın, 5237 sayılı TCK’ya bu yönde bir hüküm konulması hususunda başarılı olunamadığına ilişkin özeleştirisi için bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.502.

⁷⁷² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.432.

kastının olmadığı açıktır, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı ölçüde taksirli sorumluluğu saklı olacaktır. İfade etmek gerekir ki, failin işlemeyi istediği suçun konusunun bulunmaması durumunda teşebbüs sorumluluğu söz konusu olmasa da eğer başka bir suç oluşuyorsa fail bundan sorumlu olmalıdır⁷⁷³. Örneğin hırsızlık yapmak için bir gece vakti kapalı bir işyerine giren kişi, hırsızlığa teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz, ancak konut dokunulmazlığından cezalandırılması söz konusu olacaktır⁷⁷⁴.

Örneğin Alman hukukunda çözümü ise şu şekildedir: Failin sorumluluğu hedeflenen konuyla ilgili suç tipi bakımından teşebbüs, fiile muhatap olan konuyla ilgili suç tipi bakımından ise –kanunda düzenlendiği takdirde- taksirli sorumluluğa göre belirlenir⁷⁷⁵. Örneğin, fail karanlıkta komşuya ait av köpeği olduğu zannıyla bir insanı ateşli silahla vurarak öldürse, sorumluluğu şu şekilde belirlenir: Kasten öldürme suçu bakımından ateş ettiği konunun yaşayan insan bedeni olduğu bilgisine sahip değildir. Bu bakımdan bu suça ilişkin kastı engellenmektedir. Ancak -diğer şartları da sağlamak kaydıyla- taksirli halden sorumluluğu söz konusu olabilmektedir⁷⁷⁶. Eşya ve insan, öldürme suç tipi bakımından eşit önemde sayılmadığı için öldürme suçuna ilişkin kast oluşmamıştır. Burada fiil birliği kapsamında⁷⁷⁷ taksirle öldürme ve mala zarar vermeye elverişsiz teşebbüs söz konusudur⁷⁷⁸.

Tam aksi durumda insan olduğu zannıyla karanlıkta sahipli bir köpeği öldüren failin sorumluluğu şu şekilde belirlenir: Mala zarar verme suçu bakımından hedeflediği şeyin eşya olduğunu bilmediği için failin suçun kanuni tanımındaki bir objektif unsura ilişkin bilgisizliği söz konusudur ve mala zarar verme kastı engellenir⁷⁷⁹. Mala zarar verme suçunun taksirli hali kanunda düzenlenmemiştir. Bu bakımdan mala zarar verme suçundan bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bu halde hatanın kastı engelleyici etkisi söz konusudur (*vorsatzausschließende Wirkung des Irrtums*)⁷⁸⁰. Ancak fail bir insanı öldürme amacıyla, bu suç tipi bakımından elverişsiz bir konu olan köpeğe karşı hareket etmiştir. Failin köpeği insan

⁷⁷³ Özgenç, Genel Hükümler, s.502.

⁷⁷⁴ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.432.

⁷⁷⁵ Heinrich, AT, §30, s.470, Kn.1104; Kindhäuser, AT (7. Auflage, 2015), §27, s.226, Kn.42.

⁷⁷⁶ Kühl, AT, §13, s.448, Kn.19.

⁷⁷⁷ Fikri içtima kapsamında.

⁷⁷⁸ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.113, Kn.361.

⁷⁷⁹ Heinrich, AT, §30, s.469-470, Kn.1101.

⁷⁸⁰ Kühl, AT, §13, s.448, Kn.19.

zannetme hatası insan öldürme kastını kurmuştur. Ancak suçun konusu somut olayda bulunmadığı için, failin tasavvurundaki neticenin gerçekleşmesi mümkün değildir. Bu sebeple, olayda insan öldürmeye elverişsiz teşebbüs söz konusudur. Bu durumda hatanın kast kurucu etkisi söz konusudur (*vorsatzbegründende Wirkung des Irrtums*)⁷⁸¹.

Yukarıdaki açıklamalardan yola çıkarak, failin ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Çünkü kasten öldürme suçunun konusu olan canlı insan bedeni somut olayda mevcut değildir, yani TCK m.81 anlamında elverişli bir konu bulunmamaktadır. Bu sebeple failin hareketi teşebbüsün şartlarını düzenleyen TCK m.35 uyarınca cezalandırılmaz⁷⁸². Mala zarar verme (TCK m.151/2) suçu bakımından bir inceleme yapılırsa da, öldürdüğü şeyin sahipli hayvan olduğunu bilmeyen kişinin TCK m.30/1 uyarınca kastı engellenir, mala zarar verme suçunun taksirli hali kanunda öngörülmediği için taksirli sorumluluk gündeme gelmeyecektir. Örneğin Alman hukukuna göre çözümü de benzer şekildedir, mala zarar verme suçu bakımından taksirli sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Ancak kasten öldürme bakımından fail kötü iradesini ortaya çıkardığı ve Alman hukukunda elverişsiz teşebbüs cezalandırıldığı için, fail kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılacaktır.

⁷⁸¹ Kühl, AT, §13, s.448, Kn.19. Kanaatimizce, yazarın hatanın kastı kurucu etkisinden söz etmesi Alman hukuku bakımından yerinde ve gerekli kabul edilebilir, çünkü teşebbüs sorumluluğu için öncelikli bir suça yönelik kastın mevcudiyeti gerekmektedir. Ancak, aslında somut olayda mevcut olmayan bir konuya ilişkin bilgisizlik kastın oluşumunu engelleyecektir. Çünkü kast bilme ve isteme unsurundan oluşmaktadır. Bir suç tipini gerçekleştirmeye yönelik bir irade tek başına kastın kurulması için yeterli değildir. Ayrıca ilgili suç tipinin maddi unsurları bilinmelidir. Bu bilmenin ön şartı ise ilgili maddi unsurun, örneğimizde suçun konusunun somut olayda mevcudiyeti gerekir.

⁷⁸² Yukarıda konunun yokluğunun veya elverişsizliğinin, mutlak veya nispi olarak ayrılmasının doğru olmadığı kanaatinde olduğumuzu açıklamıştık. Bu sebeple, örneğimizde insan olduğu zannıyla, sahipli hayvan öldüren kişinin, kasten öldürme bakımından teşebbüs sorumluluğunun doğmayacağını ifade ettik. Teorik olarak farklı bir görüşte olan ve elverişliliğin somut olaya bağlı olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunan Kazaker'in şu örneği dikkat çekicidir: "...silahını mağduru öldürmek kastıyla ateşleyen failin aslında bir gölgeye ateş etmesi durumunda, soyut olarak öldürme için elverişli olan hareket somut olayda bir ağaç gölgesine ateş edildiği için, insan öldürmeye yönelik teşebbüsü elverişsiz kılacaktır. Ateş edilen yerde bir ağaç gölgesi yerine insan bulunsaydı, hareketin kastedilen neticeyi meydana getirebileceği şeklinde yapılan bir değerlendirme (değerlendirme için bkz. Alacakaptan, İşlenemez Suç, s.115), kanaatimizce elverişlilik veya elverişsizlik açısından somut olaya bağlı olarak yapılan bir değerlendirmeyi karşılamamakta, soyut bir değerlendirmeyi ifade etmektedir." (Kazaker, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, s.216-217). Yazara göre olayda mevcut olmayan konunun elverişliliğinin tartışılması soyut bir değerlendirme teşkil etmekte ve teşebbüs sorumluluğu için gerekli olan somut değerlendirme kıstasını yerine getirmemektedir. Benzer şekilde, bizim örneğimizde de mutlak-nispi elverişsizlik-yokluk değerlendirmesi yapılırsa dahi, bu değerlendirme soyut bir değerlendirme olduğu için, mevcut olmayan insan bakımından kasten öldürmeye teşebbüs sorumluluğunun benimsenmesi mümkün olmayacaktır.

b. Konuda hataya ilişkin özel durumlar

i. Fail ile mağdurun yüz yüze olmadığı durumlar

Fail ile mağdurun yüz yüze olmadığı durumlar özellik arz etmektedir. Bir görüşe göre bu durumlarda konuda hata ile sapma arasındaki fark kaybolmaktadır. Örneğin fail kışladaki eşine “yalnız iç” notuyla bir şişe zehirli konyak gönderir. Koca, bu konyağı mide rahatsızlığı olan arkadaşına verir ve o zehirlenir. Burada sapma ya da şahısta hata olduğu savunulabilir⁷⁸³. Bu konunun çözümü için hedefte sapmanın suç genel teorisindeki yerini belirlemeye ilişkin olan somutlaştırma, eşdeğerlilik ve plan gerçekleştirme teorilerinden faydalanılabilir⁷⁸⁴. Öğretide ağırlıkla kabul edilen somutlaştırma teorisine göre failin kasten sorumluluğu için kastının bir konu üzerinde somutlaşması gerekmektedir, failin fiilini başka bir konu üzerinde gerçekleştirmesi durumunda, failin o konu bakımından kasti sorumluluğu doğmayacaktır. Buna göre failin sorumluluğu, fiil birliği kapsamında hedeflediği konu bakımından teşebbüs, fiile muhatap konu bakımından ise taksirli suça göre belirlenecektir⁷⁸⁵. Eşdeğerlilik teorisine göre ise hedeflenen ve fiile muhatap olan konular eşdeğer olduğu için failin ilgili suça yönelik kasti sorumluluğu etkilenmeyecektir. Olayımızda fail bir insanı öldürmek istediği ve neticede bir insan öldüğü için kasti sorumluluğu engellemeyen şahısta hata vardır⁷⁸⁶. Plan gerçekleştirme teorisi ise somutlaştırma ve eşdeğerlilik teorilerinin ortasında, sonuç bakımından ise somutlaştırma teorisine yakın bir teoridir. Bu teoriye göre hedefte sapmada nedenselliğin gelişimindeki sapma, yani failin fiilinin istediğinden başka bir konu üzerinde gerçekleşmesi failin sübjektif bir kararından değil, objektif şartlardan kaynaklanmaktadır. Bu da failin tahayyülündeki planıyla uyumlu değildir. Bu sebeple sorumluluğu tamamlanmış kasti suça göre değil, teşebbüse göre belirlenmelidir, fiile muhatap

⁷⁸³ Puppe, Ingeborg, Zur Revision der Lehre vom konkreten Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA (Goltdammer's Archiv für Strafrecht) Hamburg&Heidelberg: R.v. Decker's Verlag, G. Schenck, 1981, 1-20, s.4-5.

⁷⁸⁴ Somutlaştırma ve plan gerçekleştirme teorileri hedefte sapmayı hata bahsinden ayrı bir konu olarak ele almaktadır. Buna karşılık eşdeğerlilik teorisi ise hedefte sapmayı şahısta hata olarak hata bahsi altında ele almaktadır. Bu konuda kapsamlı bilgi için bkz. Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.94-102.

⁷⁸⁵ Roxin, AT I, §12, s.516, Kn.160.

⁷⁸⁶ Backmann, Leonhard, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, JuS (Juristische Schulung Zeitschrift für Studium und Ausbildung), 11. Jahrgang, März 1971, s.113-120, s.119; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.116, Kn.371; Roxin, AT I, §12, s.516, Kn.160.

konu bakımından ise taksirli sorumluluk söz konusu olacaktır. Olayımızda planlanan nedensellik, fail dışında bir nedenden kaynaklanarak değiştiği, planlanandan başka bir sonuç oluştuğu için failin sorumluluğu, fail tek fiille birden fazla suça sebebiyet verdiği için, fikri içtima kapsamında öldürmeye teşebbüs ve taksirle öldürme olarak belirlenmelidir⁷⁸⁷.

Göstericilerden birini ateşli silahla öldürmek isterken yakınındaki bir diğer göstericiyi öldürme örneğinde olduğu gibi nedenselliğin, failin tahayyülünden farklı olduğu bazı hallerde bu değişim her ne kadar failin yanlış iradesinden değil, objektif şartlardan kaynaklansa da fiile muhatap olan konu da failin planı dahilindedir, çünkü failin planına göre konunun kimliği önem arz etmemektedir. Bu halde plan gerçekleştirme teorisine göre failin sorumluluğu kasten öldürmenin tamamlanmış haline göre belirlenmelidir⁷⁸⁸.

Kanaatimizce failin sorumluluğunu belirlerken plan gerçekleştirme teorisinin konunun kimliğinin failin planı bakımından önemli olup olmaması hususu ve planın hedeflenen konu dışında başka bir konu üzerinde gerçekleşmemesi için failin tedbir alıp almadığı hususu sırasıyla göz önünde bulundurulmalıdır. Bu kıstasların her ikisinden olumlu sonuç alınırfa failin sorumluluğu, fikri içtima kapsamında hedeflenen konu bakımından teşebbüs, fiile muhatap olan konu bakımından ise taksire göre belirlenmelidir. Bu kıstaslardan herhangi birinden olumsuz sonuç alınırfa failin sorumluluğu eşdeğerlilik teorisi uyarınca tamamlanmış kasti suça göre belirlenmelidir. Yukarıdaki örneğimizdeki eş, zehirli konyağı sadece eşinin içmesini istemiştir. Bu bakımdan fail için planındaki hedef konunun kimliğinin bir önemi bulunmaktadır. Bundan sonra incelenmesi gereken ise nedenselliğin hedeflenmeyen konu üzerinde gerçekleşmemesi için failin gerekli tedbiri alıp almadığıdır. Somut olayımızda fail, zehirli konyağın üzerine konyağın eş tarafından tek başına içilmesine ilişkin bir not bırakmıştır. Ancak sadece bir not bırakılması tahayyülündeki nedenselliğin gelişimindeki farklılık bakımından failin kasti sorumluluğunu engelleyici bir tedbir değildir. Bu bakımdan yukarıdaki kıstaslardan olumlu sonuç alınamadığı için olaya eşdeğerlilik teorisi uygulanmalı ve failin tahayyülündekinden farklı gerçekleşen nedensellik, kasti etkilemeyen şahısta hata olarak ele alınmalıdır. Bu sebeple failin sorumluluğu kasten öldürme olarak belirlenmelidir.

⁷⁸⁷ Roxin, AT I, §12, s.517-518, Kn.165; Jescheck/Weigend, AT, §29, s.313.

⁷⁸⁸ Roxin, AT I, §12, s.518, Kn.166.

Fail ile mağdurun yüz yüze olmadığı bir diğer duruma örnek olarak ise telefonda yanlış kişiye karşı hakaret etme gösterilebilir. Fail bir kişiyi hakaret etme amacıyla arar. Ancak telefona çıkan başka bir kişiye hakaret eder⁷⁸⁹ ya da fail bir kişiyi hakaret etme amacıyla arar, ancak teknik bir yanlışlık sonucu hedeflediğinden başkası failin sözlerini duyar⁷⁹⁰. Bir görüşe göre buradaki hata istisnai olarak önemli sayılmalıdır⁷⁹¹. Benzer bir görüşe göre, telefonda düşmanı olduğu zannıyla bir başkasına hakaret eden kişi de bu hatasından faydalanır. Hakaret suçuna ilişkin olarak kastı engellenmektedir⁷⁹². Kanaatimizce burada da plan gerçekleştirme teorisindeki konunun kimliğinin önemli olması hususu failin, failin işleniş biçimi bakımından gerekli tedbiri alıp almaması hususu değerlendirilmelidir. Olayımızda her ne kadar fail için konunun kimliği önem arz etse de fail, nedenselliğin tahayyülündekinden farklı gelişmemesi bakımından tedbirli davranmamıştır. Bu sebeple nedensellikteki sapma, eşdeğerlilik teorisi gereğince şahısta hata olarak ele alınmalı ve failin sorumluluğu hakaret suçunun tamamlanmış hali olarak belirlenmelidir.

Failin mağdura tuzak kurduğu durumlar da fail ile mağdurun yüz yüze olmaması şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin fail belirli bir kişiyi öldürme amacıyla, o kişiye ait olduğu zannıyla bir arabaya el bombası koyar, ancak arabanın gerçek sahibi ölür⁷⁹³. Fail fiilinin

⁷⁸⁹ Kühl, AT, §13, s.452, Kn.28.

⁷⁹⁰ Roxin, AT I, § 12 C, s.534, Kn.198.

⁷⁹¹ Roxin, AT I, § 12 C, s.533, Kn.197.

⁷⁹² BayObLG JR 1987, 431 için bkz. Jescheck/Weigend, AT, §29, s.311-312. Yargıtay bu durumda şahısta hatanın failin sorumluluğunu kaldırmayacağını, failin hedeflediği mağdur üzerinde fiil gerçekleşmiş gibi sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır. “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 dövmekle birçok kez tehdit etmesi karşısında, mağdure Emine'ye ilişkin eylemleri nedeniyle TCK'nın 123/1,105/1, 43 ve 106/1, mağdur Adem'e ilişkin yokluğunda tehdit eylemi nedeniyle 106/1, 43 maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiğinin gözetilmemesi, sanığın mağdure Emine'yi telefonla ısrarla arayarak işlediği kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun, içinde zincirleme gerçekleştirilen eylemleri de kapsadığı, birçok kez arayarak rahatsız etmenin suçun unsuru olduğu gözetilmeden, belirlenen cezanın TCK'nın 43. maddesi uyarınca arttırılması, 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 beraati yerine her mağdur için ayrı ayrı TCK'nın 105/1, 43, 106/1-2. cümle 43, 123/1, 43 maddeleri gereğince mahkumiyet hükümleri kurulması kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nın 321. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 25.09.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Y14.CD, E. 2011/6444, K. 2012/8973, T. 25.9.2012, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 9.11.2018).

⁷⁹³ Kühl, AT, §13, s.450-451, Kn.27.

zorunlu sonuçlarını göz önünde bulundurmalıdır. Bu gibi uç örneklerde fail hedeflediği kişiye yönelik doğrudan bir davranışta bulunmamaktadır. Bu sebeple, sadece failin doğrudan arzuladığı şahıs bakımından değil fiiline muhatap olabilecek herkes bakımından kastının olduğu kabul edilmelidir⁷⁹⁴. Failin hedeflediğinden başkasını öldürdüğü bu durumda mağdurun kimliğinde hata (*Identitätsirrtum*) olduğu kabul edilmelidir. Yani burada önemsiz bir şahısta hata (*error in persona*) mevcuttur. Fail işlediği fiilden kasten sorumludur⁷⁹⁵. Alman Federal Mahkemesi de mağdura tuzak kurulan ve hedeflenen mağdur dışında başka bir kişi üzerinde neticenin gerçekleştiği benzer bir kararında⁷⁹⁶ şahısta düşülen hatanın önemsiz olduğuna karar vermiştir⁷⁹⁷. Kanaatimizce burada da plan gerçekleştirme teorisindeki konunun kimliğinin önemli olması hususu ve failin nedenselliğin sapmaması bakımından gerekli tedbiri alıp almaması hususu değerlendirilmelidir. Olayımızda konunun kimliği fail için önem arz etmektedir. Ancak failin, nedenselliğin tahayyülündekinden farklı gelişmemesi için bir tedbir almamıştır. Bu sebeple eşdeğerlilik teorisi gereğince nedensellikteki sapma şahısta hata olarak ele alınmalıdır⁷⁹⁸.

ii. Türk hukukunda çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar

Türk hukukunda çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar da konuda hata bakımından önem arz etmektedir. TCK m.103/2’te “*Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*” ifadesi ile çocuğun cinsel istismarının nitelikli hali düzenlenmiştir. TCK m.104’te ise “*Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel*

⁷⁹⁴ Kühl, AT, §13, s.451, Kn.27; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.116, Kn.371. Failin asıl hedefi olmayan kişilerin yaşamını tehlikeye sokma bakımından en azından olası kastı olduğuna ilişkin bkz. Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.100-101.

⁷⁹⁵ Kindhäuser, AT (7. Auflage, 2015), §27, s.232, Kn.60.

⁷⁹⁶ NStZ 1998, 294.

⁷⁹⁷ Roxin, AT I, § 12 C, s.533, Kn.197.

⁷⁹⁸ Belirtmek gerekir ki, esaslı maddi hata değerlendirmesi ile de bu sonuca ulaşmak mümkündür. Olay failin zihninde canlandırdığı şekilde gerçekleşseydi kasıtlı bir suçtan söz edilemezdi denilirse, bu durumda esaslı maddi hata söz konusudur. Ancak olayın failin zihninde canlandırdığı şekilde gerçekleşmesi halinde de kasıtlı bir suç söz konusu olacak idiyse, buradaki hata esassız hatadır (Zafer, Genel Hükümler, s.308). Esaslı maddi hata değerlendirmesi failin tuzağı sebebiyle, failin hedeflediği kişi yerine başkasının ölmesi durumuna uygulandığında, “failin tuzağı hedeflenen kişiyi de öldürseydi, kasıtlı bir suç gerçekleşecekti” denilebilir. Bu bakımdan failin hatası esassızdır, kasten öldürme suç tipi bakımından kastı engellenmemektedir.

ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” denilmek suretiyle reşit olmayanla cinsel ilişki suçu düzenlenmiştir.

Aşağıda çocuğa karşı işlenen cinsel suçlar bakımından oluşabilecek hata kombinasyonları örnekler üzerinden incelenecektir.

Örnek 1: Fail 14 yaşındaki mağduru 19 yaşında zannederek onunla rızası dahilinde cinsel ilişkiye girer.

Çözüm: Olayda objektif olarak çocuğun cinsel istismarının nitelikli hali (TCK 103/2) oluşmaktadır. Ancak failin tasavvuruna göre suç olmayan 18 yaşından büyük biriyle cinsel ilişkide bulunmak söz konusudur. Fail TCK 103/2’de maddi unsur olarak düzenlenen mağdurun yaşını bilmediği için bu suç tipine ilişkin kastının oluşumu engellenmektedir.

Örnek 2: Fail 19 yaşındaki mağduru 14 yaşında zannederek onunla rızası dahilinde cinsel ilişkiye girer.

Çözüm: Olayda objektif olarak fail suç teşkil etmeyen 18 yaşından büyük biriyle cinsel ilişkide bulunmuştur. Kendi tasavvuruna göre ise çocuğa karşı istismarın nitelikli halini (TCK 103/2) işlemiştir. Söz konusu suçun konusu objektif olarak bulunmadığı için işlenemez suç söz konusudur. Hukuk düzenince korunan bir değere zarar verilmesi veya somut bir zarar tehlikesine uğratılması söz konusu olmadığı için fail TCK m.103/2’den sorumlu olmayacaktır.

Örnek 3: Fail 16 yaşındaki mağduru 19 yaşında zannederek onunla rızası dahilinde cinsel ilişkiye girer.

Çözüm: Olayda objektif olarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (TCK m.104) oluşmaktadır. Ancak failin tasavvuruna göre suç olmayan 18 yaşından büyük biriyle cinsel ilişkide bulunmak söz konusudur. Fail TCK m.104’te maddi unsur olarak düzenlenen mağdurun yaşını bilmediği için bu suç tipine ilişkin kastının oluşumu engellenmektedir.

Örnek 4: Fail 19 yaşındaki mağduru 16 yaşında zannederek onunla rızası dahilinde cinsel ilişkiye girer.

Çözüm: Olayda objektif olarak fail suç teşkil etmeyen 18 yaşından büyük biriyle cinsel ilişkide bulunmuştur. Kendi tasavvuruna göre ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (TCK m.104) işlemiştir. Söz konusu suçun konusu objektif olarak bulunmadığı için işlenemez suç söz konusudur. Hukuk düzenince korunan bir değere zarar verilmesi veya somut bir zarar tehlikesine uğratılması söz konusu olmadığı için fail TCK m.104'ten sorumlu olmayacaktır.

Örnek 5: Fail 14 yaşındaki mağduru 16 yaşında zannederek onunla rızası dahilinde cinsel ilişkiye girer⁷⁹⁹.

⁷⁹⁹ Bu örneğe uyan bir kararında YCGK, failin TCK m.103/2 bakımından bir sorumluluğu olmadığını ifade etmektedir. Olayda mağdure ve ailesi şikayetçi olmadıkları için YCGK, TCK m.104 bakımından bir değerlendirmede bulunmamıştır. “Nitekim cebir, tehdit ve hile olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, TCK’nun 103. maddesinde düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçundan değil, şikayet üzerine 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktır. Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin onbeş yaşını doldurmadığı halde, onbeş yaşı doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail TCK’nun 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurenin yaşına ilişkin bu hatasından yararlanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kastın hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK’nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir.”; “Birbirlerini tanımayan mağdure ile sanığın olaydan 7 gün önce tanıştıkları, sanığın tüm aşamalarda ısrarlı ve tutarlı biçimde mağdurenin kendisine yaşının büyük olduğunu söylediğini, 15 yaşından küçük olduğunu bilmediğini, mağdurenin görünüş itibarıyla de büyük gösterdiği için yaşının küçük olduğundan şüphelenmediğini, suç işlemesi durumunda şartla tahliyesi geri alınacağından mağdurenin yaşının küçük olduğunu bilse değil onunla cinsel ilişkiye girmek kesinlikle arkadaş dahi olmayacağını savunduğu, mağdurenin de aşamalarındaki beyanları ile sanığın savunmalarını doğruladığı, mahkemece mağdurenin fizik görünümünün “14 yaşından daha iri yapıda ve büyük gösterdiği ancak 18 yaşını bitirmemiş görüntüye sahip olduğu” şeklinde gözlemlendiği, sanığın mağdure ile sadece bir kez cinsel ilişkiye girdiği, cinsel ilişki sonrası mağdurenin yaşının küçük olduğunu öğrendikten sonra tekrar ilişkiye girmediği, rızaen kaçtıkları günün ertesinde sanığın mağdureyi ailesine teslim ettiği, sanığın mağdurenin gerçekte 15 yaşından küçük olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini gösteren herhangi bir bilgi ve belgenin dosya içerisinde bulunmadığı anlaşıldığından, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin onbeş yaşını doldurmadığı halde, onbeş yaşını doldurduğu düşüncesiyle ve rızasıyla mağdure ile cinsel ilişkide bulunan sanığın mağdurenin yaşı konusundaki yanılmasının esaslı bir hata niteliğinde olduğu sabit olup, hakkında TCK’nun 30/1. maddesindeki hata hükümlerinin uygulanma şartları gerçekleşmiştir.” YCGK, E. 2013/14-576, K. 2013/581, T. 03.12.2013. Bu örneğe uyan bir başka kararda Yargıtay 14. Ceza Dairesi, failin TCK m.103/4 bakımından bir sorumluluğu olmadığını karar vermiştir. “Mağdurenin aşamalarındaki anlatımları, savunma ile tarafların sosyal ve kültürel durumları nazara alındığında fiziki görünüm itibarıyla on altı-on yedi yaşlarında gözükken mağdurenin on beş yaşından büyük olduğu yönündeki sanık savunmasının aksine delil bulunmaması ve tüm dosya içeriğine göre ilk derece mahkemesince sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin tatbiki gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hata halinin bulunmadığı gerekçesiyle sanığın mahkumiyetine dair kurulan hükme ilişkin istinaf başvurusunun bu yönden kabulü yerine hakkında TCK’nın 103/4. maddesinin uygulanması gerektiğinden bahisle hükmün kaldırılarak müsnet suçtan mahkumiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı, sanık müdafisi ile katılan Bakanlık vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 15. Ceza Dairesinin 09.07.2018 gün ve 2018/1085 Esas, 2018/1376 Karar sayılı vaki istinaf başvurusunun kabulü ile hükmün kaldırılarak sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkumiyetine dair kurulan hükmün

Çözüm: Olayda objektif olarak çocuğun cinsel istismarının nitelikli hali (TCK m.103/2) mevcuttur. Ancak fail bu suçun nitelikli halinin⁸⁰⁰ konusu olan mağdurun yaşının 0-15 yaş⁸⁰¹ aralığında olması hususunu bilmemektedir. Bu bakımdan suç tipinin objektif yönü gerçekleşse bile failin mağdurun yaşı konusundaki bilgi eksikliği suç tipinin sübjektif yönünü oluşturan kastın oluşumunu engellemektedir.

Failin sübjektif gerçekliğine göre ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (TCK m.104) söz konusudur. Her ne kadar bir suç tipinin sübjektif yönünden, yani kastın isteme unsurundan bahsedebilirse de bu kastın temelinde/kapsamında suç tipinin objektif yönünün de, yani bilme unsurunun da bulunması gerekir. Reşit olmayanla cinsel ilişki bakımından mağdurun yaşı bu suç tipinin objektif yönünü oluşturmamaktadır⁸⁰². Yani söz konusu suçun konusu objektif olarak bulunmadığı için işlenemez suç söz konusudur ve TCK m.104'ten sorumluluk mümkün değildir⁸⁰³.

Örnek 6: Fail 16 yaşındaki mağduru 14 yaşında zannederek onunla rızası dahilinde cinsel ilişkiye girer.

Çözüm: Olayda objektif gerçekliğe göre fail reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu (m.104) işlemiştir. Ancak suçun maddi unsuru olan mağdurun yaşı failin bilgisi dahilinde değildir. Bu bakımdan TCK m.104 kapsamında failin kastı oluşmamıştır.

Failin sübjektif gerçekliğinde (tasavvurunda) ise çocuğa karşı cinsel istismarın nitelikli hali (TCK m.103/2) gerçekleşmiştir. Ancak mağdurun yaşının 16 olması gerçeği TCK m.103/2 bakımından elverişli bir konunun bulunmaması anlamına gelmekte ve

5271 sayılı CMK'nın 302/2-4. madde ve fıkrası gereğince BOZULMASINA...", Y14.CD, E.2019/2602, K.2019/10072, T.18.06.2019 (arararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 25.12.2019).

⁸⁰⁰ Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi.

⁸⁰¹ Çocuğa karşı cinsel istismar suçunun ikinci fıkrasındaki nitelikli halinde mağdurun 15 yaşını tamamlamamış olması gerekmektedir. Kısaca ilgili maddenin maddi unsuru olarak mağdurun yaş özelliği şu şekilde ifade edilebilir: 0-15 yaş, 15 yaş tamamlanmamış.

⁸⁰² Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdurun 15 yaşını tamamlamış; ancak 18 yaşını tamamlamamış olması gerekir. Kısaca konu olarak mağdurun yaş özelliği şu şekilde ifade edilebilir: 15-18 yaş, 15 yaş tamamlanmış, 18 yaş tamamlanmamış.

⁸⁰³ Buradaki sorunu Alman hukukuna göre çözecek olsaydık her ne kadar TCK m.104'teki suç tipinin objektif yönü mevcut olmasa da fail kötü iradesini hareketiyle dış dünyaya yansıttığı için elverişsiz teşebbüsten cezalandırılacaktı.

işlenemez suç söz konusu olmaktadır. Bu sebeple failin TCK m.103/2'den de sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁸⁰⁴.

Burada son iki örnekte sorunlu olan husus, ahlaken her türlü yanlış içerisinde olan failin (mağdur 14 yaşında da olsa, 16 yaşında da olsa) teknik ceza hukuku bakımından cezasız kalmasıdır. Bu konudaki kanaatimiz şu şekildedir: Aslında TCK m.104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ara bir suç tipidir. Kanun koyucu 18 yaşını tamamlamamış çocukla çocuğun rızası dahilinde girilen cinsel ilişkide, çocuğun ruhsal ve bedensel gelişimine göre cinsel ilişkiye gösterdiği rızanın anlam kazanması sonucu belli bir yaş sınırı (15 yaşını tamamlama) çizmiş ve mağdurun bu yaş sınırını geçtiği durumda failin daha az cezalandırılmasını hakkaniyetli bulmuştur. Çünkü bedensel ve ruhsal gelişim süreci olan ergenlikle birlikte çocuğun tabiatındaki cinsel eğilim ve davranışlar göz önünde bulundurularak ona serbest bir alan bırakılmak istenmiştir. Bu serbest alanın sınırını da cinsel ilişki oluşturmaktadır. Ancak bu sınır aşıldığında dahi kanun koyucu çizdiği yaş sınırının altında kalan mağdura yönelik gerçekleştirilen rıza dahilinde cinsel ilişkide olduğundan daha az cezalandırmayı uygun görmüştür. Bu bakımdan denebilir ki rıza dahilinde girilen cinsel ilişki bakımından TCK m.103/2 ve m.104'te düzenlenen suç tiplerinin objektif yönlerindeki tek fark mağdurun yaşı olup, bu suçların bu maddi unsurunu teşkil eden yaş sınırının fail tarafından tamamen bilinmesi gerekmemektedir.

Failin kasten hareket edebilmesi için her zaman suçun tüm maddi unsurlarını ayrıntılı olarak bilmesi aranmamaktadır. Nasıl ki nedensellik bağında failin tüm nedensellik sürecini bilmesi gerekmemekteyse; bu suç tiplerinde rızayla cinsel ilişki söz konusu olduğunda da failin sadece mağdurun 18 yaşını tamamlamadığını bilmesi gerekmeli, yaş sınırı ayrıntısını bilmesi aranmamalıdır. İlgili hata sorunları da buna göre çözümlenmelidir. Böylece mağdurun 18 yaşından küçük olduğunu bilen fail, mağdurun yaşının ilgili 15 yaş sınırının neresinde olduğunu bilmeseyse dahi kendi sübjektif gerçekliğinde (tasavvurunda) veya objektif gerçeklikte mevcut olan suç tipinden hangisi lehine ise ondan sorumlu tutulmalıdır denebilir.

⁸⁰⁴ Buradaki sorunu Alman hukukuna göre çözecek olsaydık her ne kadar TCK m.103/2'teki suç tipinin objektif yönü mevcut olmasa da fail kötü iradesini hareketiyle dış dünyaya yansıttığı için elverişsiz teşebbüsten cezalandırılacaktı.

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus da kastın suç tipi temelli olmasıdır. Bu görüşü istisnasız kabul edersek yukarıda önerilen çözüm mümkün olmayacaktır. Ancak ilgili suç tiplerindeki haksızlığın özü aynıdır, haksızlığın suç tiplerine parçalanması kanun yapım tekniğine ilişkin bir husustur ve fail bundan faydalanmamalıdır⁸⁰⁵. Kastın suç tipi temelli olması hususuna bu bakımdan bir istisna tanımak gerekecektir. Aksi halde elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmadığı Türk hukuku bakımından büyük bir cezalandırma boşluğu doğacaktır.

Örnek 5’te 14 yaşındaki mağduru 16 yaşında zanneden fail, kendi tasavvuruna göre işlediği ve lehine olan reşit olmayanla cinsel ilişki suç tipinden sorumlu tutulmalıdır.

Örnek 6’da 16 yaşındaki mağduru 14 yaşında zanneden fail her ne kadar tasavvurunda çocuğa karşı cinsel istismar suçunun nitelikli halini işlese de lehine olan ve objektif gerçeklikte mevcut olan reşit olmayanla cinsel ilişki suç tipinden sorumlu tutulmalıdır.

Örnek 6’nın bir başka çözümü ise şu şekilde olabilir: 14 yaşında bir çocukla rızası dahilinde cinsel ilişkiye girme kastı olan failin 16 yaşında bir çocukla rızası dahilinde cinsel ilişkiye girme bakımından en azından olası kastı mevcuttur. Bu bakımdan fail reşit olmayanla cinsel ilişki suç tipinden sorumlu tutulmalıdır.

3. MAĞDURUN KİMLİĞİNDE HATA

a. Genel olarak

Mağdurun kimliğinde hata suçun konusunda hatanın özel bir görünüm şeklidir⁸⁰⁶. Bu bahis Alman hukukunda konuda hatanın altında ele alınmaktadır. Burada fail dış dünyadaki değişikliği hedeflediği kişinin/nesnenin üzerinde gerçekleştirir. Ancak ilgili kişinin/nesnenin kimliğinde hataya düşer. Örneğin A, B’yi aslında C olduğu zannıyla silahla vurur. Buradaki şahısta hata önemsizdir. Sapmadan farklı olarak fail bir kişiyi vurmak ister ve vurur. Bu

⁸⁰⁵ Kanun koyucunun aynı haksızlığın unsurlarını bir suç tipi içerisinde seçimlik olarak belirtmesi veya farklı suç tiplerinde ele almasının kanun yapım tekniğine ilişkin olduğu ve failin bundan faydalanmaması gerektiği görüşü için bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (11. Auflage), §10, s.174 vd., Kn.19 vd.

⁸⁰⁶ Kindhäuser, (7. Auflage, 2015), §27, s.232, Kn.60.

sebeple A, B'yi kasten öldürmenin tamamlanmış halinden sorumlu olur. Çünkü B ve C şahısları öldürme suç tipi bakımından denktir ve ceza kanunu ilgili suç tipinde soyut olarak insanı korur. Kişinin kim olduğu veya kim olduğunun zannedilmesinin bir önemi yoktur⁸⁰⁷.

Mağdurun kimliğinde hatanın önemliliği, kişinin kimliğine hukuken bir önem atfedilip atfedilmemesine göre değişmektedir. Eğer ilgili suç tipinde **mağdurun şahsı bakımından bir kişiselleştirmeye gidilmemiş ise** buradaki hata önemsizdir⁸⁰⁸. Örneğin kasten öldürme suçunu düzenleyen TCK m.81'in (Alm.CK. m.212) konusu yaşayan insan bedenidir. Nasıl ki mağdurun milliyeti, ten rengi ya da cinsiyeti önem arz etmiyorsa, "konunun bireyselleştirilmesi"nin aksine, mağdurun şahsi kimliği bir önem arz etmemektedir⁸⁰⁹.

İlgili suç tipinde **mağdurun şahsı bakımından bir kişiselleştirilmeye gidilmiş ise** failin, şahsın kimliğinde düştüğü hata önem arz edecektir. Örneğin öldürdüğü kişinin cumhurbaşkanı olduğunu bilmeyen fail cumhurbaşkanına suikast suçundan (TCK m.310/1) sorumlu olmayacaktır. Çünkü bu suç tipinde mağdurun kimliği kişiselleştirilmiştir. Fail mağdurun kimliğini bilmediği için m.30/1 uyarınca ilgili suç tipinin maddi unsurunda hataya düşmüştür ve bu suç tipi bakımından kastı oluşmamıştır. Failin sorumluluğu genel norm olan kasten öldürme (TCK m.81) kapsamında belirlenecektir⁸¹⁰.

Benzer bir örneğe göre de, hakaret ettiği kişinin cumhurbaşkanı olduğunu bilmeyen fail "cumhurbaşkanına hakaret" suçundan (TCK m.299) değil, genel hakaret suçundan (TCK

⁸⁰⁷ Gropp, AT, §13, s.588, Kn.159; Kindhäuser, (7. Auflage, 2015), §27, s.232, Kn.60.

⁸⁰⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.644. Yargıtay'ın bunun aksine görüşü için bkz. "Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanık Ali'nin yeğeni olan tanık Fatma ile Azim arasında duygusal birliktelik olduğu, bu durumun öğrenilmesi ve birlikteliğe karşı çıkılmasına rağmen Fatma ile Azim'in görüşmeye devam ettikleri, bunun üzerine Ali'nin Azim'i öldürmeye karar verdiği, kendisine ait av tüfeğini de yanına alıp olay günü Azim'in her gün işe gidip gelirken kullandığı köy yolunu taşlarla kapattığı ve Azim'i beklemeye başladığı, Azim'in kullandığı otomobil ile aynı renkte ve benzer tipte otomobille o sırada yoldan geçmekte olan maktul Ahmet'in yolun taşlarla kapalı olması nedeniyle aracı durdurduğu, Ali'nin ise duran kişiyi Azim sanarak üzerinde bulunan tüfekte birden fazla ateş ederek maktul Ahmet'i öldürdüğü olayda; **sanık Ali'nin öldürmeyi tasarladığı kişi yerine, o zannederek bir başka kişiyi öldürdüğü ve 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesi gereğince hatasından yararlanacağı ve ağırlaştırıcı nedenden sorumlu tutulamayacağı gözetilmeden, suç niteliğinde yanılgiya düşülerek yazılı şekilde tasarlayarak öldürme suçundan hüküm kurulması...bozmayı gerektirmiş...**" Y1.CD, E. 2013/2229, K. 2013/5446, T. 2.10.2013, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 10.11.2018).

⁸⁰⁹ Kühl, AT, §13, s.449-450, Kn.24.

⁸¹⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.644.

m.125) sorumlu tutulmalıdır. Çünkü cumhurbaşkanına hakaret suç tipi, TCK m.125'teki hakaret suç tipinin tüm unsurlarını içermektedir. Ondan farklılaştığı nokta ise mağdurun şahsının cumhurbaşkanı sıfatını haiz olmasıdır⁸¹¹.

Yukarıda daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halde hata bahsinde açıklanan mağdurun şahsının nitelikli hal olarak belirlendiği durumlar da mağdurun bireyselleştirilmesi örneğini oluşturmaktadır. Bu sebeple bu durumdaki şahısta hata da önem arz etmektedir⁸¹². Örneğin ağır depresyon geçiren ve içine kapanık bir akıl hastasına karşı kasten yaralama suçunun işlenmesi TCK m.86/3-b uyarınca kasten yaralama suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturur. Eğer fail, yaraladığı kişinin kendini koruyamayacak biri olduğunu bilmiyorsa bu nitelikli hal ona uygulanmayacaktır. İfade etmek gerekir ki, buradaki çözümde uygulanacak kanun maddesi TCK m.30/1 değil, suç tipinin nitelikli hallerinde hatayı düzenleyen TCK m.30/2'dir. Kural olarak kişiselleştirmenin bulunduğu durumda, şahsın kimliğinde düşülen hata TCK m.30/1 uyarınca kastın oluşumunu engellemektedir. Ancak kişiselleştirmenin suçun nitelikli hali olarak düzenlendiği durumda, şahısta hatanın çözümü TCK m.30/1'e göre değil, TCK m.30/2'ye göre yapılmaktadır. Bu madde uyarınca hatanın ele alınması daha ağır cezayı gerektiren ve daha az cezayı gerektiren nitelikli haller olmak üzere ikili bir şekilde ele alınmaktadır. Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halden failin sorumlu tutulması her durumda, failin bu ağır hali bilmesine bağlıdır. Daha az cezayı gerektiren halin mevcut olayda bulunması durumunda ise failin, bu halden faydalanması için bu hali bilmesine gerek yoktur. Örneğin paydaş olduğu taşınır malı zilyedin rızası hilafına alan kimse, bu malın paydaşı olduğunu bilmesede dahi TCK m.144⁸¹³ uyarınca cezalandırılır. Failin kastının daha az cezayı gerektiren hali kapsamadığından bahisle, fail hakkında daha az cezayı gerektiren nitelikli hal yerine, hırsızlık suçunun temel şeklinin düzenlendiği TCK m.141'in uygulanması, TCK m.30/2'nin açık ifadesi gereği mümkün değildir.

⁸¹¹ Güngör, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, s.80-81.

⁸¹² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.258.

⁸¹³ *Daha az cezayı gerektiren haller* başlıklı TCK m.144: “(1) Hırsızlık suçunun; a) Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde, b) Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla, işlenmesi halinde, şikayet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”

b. Mağdurun kimliğinde düşülen hataya ilişkin özel durumlar

Her ne kadar kanun koyucu suç tipinde veya suçun nitelikli halinde mağduru kişiselleştirmemişse de fail bakımından veya failin sorumluluğu bakımından mağdurun şahsının önemli olduğu halde mağdurun kimliğinde hataya düşülmesinde failin sorumluluğunun belirlenmesi özellik arz etmektedir. **Tasarlayarak öldürme ile şahısta hatanın bir arada bulunduğu durum** bu kapsamda ele alınabilir. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2013 yılında vermiş olduğu bir kararda⁸¹⁴ fail R, Kıbrıs'ta askerlik yapmakta olduğu sırada eşi H'yi kaçıran K'yi öldürmeye karar verir ve bunun için plan yapar. R, araştırmaları sonucu K'nin dükkanının yerini öğrenir ve içeride bulunan K'nin kendisinden 6 yaş küçük kardeşi C'yi K zanneder. Gündüz vakti suçu işlemenin zor olduğunu düşünerek akşam vakti K'nin kardeşi C'yi ateşli silahla öldürür.

Olayda tartışılan hususlar kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli halinin (TCK m.82/1-a) R'ye uygulanıp uygulanmayacağı ve haksız fiilin (karısının kaçırılması) etkisiyle hareket eden R'nin haksız tahrik hükümlerinden faydalanıp faydalanmayacağıdır.

Yerel mahkeme, R'nin yaptığı araştırmalar sonucu K ile C'yi karıştırmasının kaçınılmaz bir hata teşkil ettiğini ve R'nin C'ye karşı işlediği fiili de, K'nin kendisine (R'ye) karşı işlediği haksız fiil etkisinde işlediğini kabul etmiştir. Bu sebeple mahkeme, R'nin cezai sorumluluğunu TCK m.30/2-3 uyarınca, haksız tahrik hükümleriyle beraber (TCK m.29) kasten öldürmenin temel haline (TCK m.81) göre belirlemiştir. Mahkeme R'nin hatasının kaçınılmazlığını şu şekilde izah etmiştir: *“Sanığın yetiştiği yörenin örf ve adetleri, sosyal yaşantısı, bireylerin genellikle bu bölgede aşiretler halinde yaşamaları, aşiret bireyine yapılan saldırının tüm aşirete yapılmış gibi kabul edilmesi nazara alındığında sanıktan daha fazla araştırma yapmasını beklemek mümkün değildir. Zira sanığın kendi niyetini ortaya koyacak şekilde daha fazla araştırma yapması durumunda kendi kimliğinin ortaya çıkacağı, öldürmeyi istediği K.'nin aşiretince niyetinin öğrenilmesi durumunda sanığa zarar verilebileceği hatta*

⁸¹⁴ YCGK, E. 2013/1-664, K. 2013/622, T. 24.12.2013 (Erişim Tarihi: 12.11.2018).

öldürülebileceği nazara alındığında sanıktan daha fazla araştırma yapmasını beklemek hayatın olağan akışına uygun düşmediğinden sanığın TCK'nın 30/3. maddesi gereğince tahrik konusunda kaçınılmaz bir hata içerisinde olduğu kabul edilmiş ve hak ve nefaset kuralları gereğince bu hatasından yararlandırılmasına karar verilmiştir”.

Yargıtay özel dairesi de yerel mahkemenin TCK m.30/2 uyarınca R'nin kasten öldürmenin basit halinden sorumlu tutulmasını doğru bulmuş; ancak R'nin “*haksız bir eylemin etkisiyle hareket ederek eylemi gerçekleştirdiği konusunda bir tereddüt bulunmamakta ise de, sanığın eylemini eşinin kaçırılmasının üzerinden bir yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra gerçekleştirmiş bulunması, daha önce eşini kaçıran kişiyi bir kez görmüş olması ve kaçıran kişi ile maktul kardeşi arasında 6 yaş farkın bulunması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın daha dikkatli ve özenli davranması durumunda öldürdüğü kişinin gerçek kimliğini anlayabileceği, bunun için de somut olay itibarıyla yeterli zamanının olduğu anlaşılmaktadır*” gerekçesiyle hatasını kaçınılmaz kabul etmemiş ve hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını isabetli bulmamıştır.

Ceza Genel Kurulu “*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 İçtihadı Birleştirme Kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır.... Somut olayda karısını kaçıran K.'ı tasarlayarak öldürmeye karar veren sanığın hata ile K.olduğunu zannederek kardeşi C.'i öldürmesi sabit olup, sanık öldürme suçunun nitelikli unsurunun gerçekleştiği konusunda hataya düştüğünden ve bu hatanın kaçınılmaz olması şartı aranmadığından sanığın hatasından yararlanması gerekmektedir.*” gerekçesiyle R'nin TCK m.30/2'den yararlandırılıp sadece TCK m.81'den sorumlu tutulmasını isabetli görmüştür. R hakkında haksız tahrik uygulanmasına ilişkin olarak ise Yargıtay özel dairesinin gerekçesini haklı bularak haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına gerek olmadığını ifade etmiştir.

Öğretideki bir kısım yazar⁸¹⁵ 765 sayılı TCK döneminde geçerli olan “fiili nitelikli hal” ve “şahsi nitelikli hal” ayrımını kabul etmekte ve tasarlamanın mağdurun kişiliğinden ziyade failin kişiliğiyle ve fiilin işleniş tarzıyla ilgili olduğu gerekçesiyle fail suçu kendisine karşı işlemeyi tasarladığı şahısta hataya düşse de faile tasarlama nitelikli halinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir⁸¹⁶. Ancak Yargıtay bu düşüncenin aksine bir içtihat oluşturmuştur⁸¹⁷ ve bunun da TCK m.30/2 ile daha uyumlu olduğu ifade edilmiştir. Tasarlama mağdurun şahsından bağımsız değildir. Zira faili bu suça yönelten sebep mağdurun şahsından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan tasarlayarak bir suç işlendiği takdirde mağdurun şahsında düşülen hata önem arz edecektir⁸¹⁸.

Kanaatimizce R’nin K’yi öldürme motivasyonu ile plan yapıp K olduğu zannıyla C’yi tasarlayarak öldürmesinde, C’nin ölüm sonucu, R’nin planı kapsamında değildir. R’nin planında mağdurun şahsı önem arz etmektedir ve gerçekleşmeyen planın sonucu R’ye yüklenmemelidir. Bu sebeple R, TCK m.82/1-a’dan sorumlu tutulmamalıdır. Ancak R, öldürme hareketini bilerek ve isteyerek icra ettiği ve TCK m.81 kapsamında K ve C aynı şekilde korunduğu için, doğrudan TCK m.81 uyarınca kasten öldürmeden sorumlu tutulmalıdır. Ayrıca R, hatası kaçınılmaz olduğu ölçüde TCK m.30/3 uyarınca haksız tahrikten faydalanmalıdır.

Kan gütme saikiyle öldürme ve şahısta hatanın bir arada bulunduğu durumda failin sorumluluğunun belirlenmesi hususu da tartışmalıdır. Örneğin Yargıtay’ın bir kararında⁸¹⁹ R, kardeşinin katili K.Y.’nin öldürülmesi için oğlu E ve akrabası A’yı azmettirir. E ve A ise K.Y.’den intikam almak için ailesinden birini öldürmeye karar verirler ve

⁸¹⁵ Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 17. Bası, İstanbul: Beta, Eylül 2004, s.63; Hakeri, Hakan, Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, Ankara: Seçkin, 2006, s.226; Özbek, / Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.118; Şenol, Cem, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre Suçun Maddi ve Nitelikli Unsurlarında Hata (TCK m.30/1,2), CHD (Ceza Hukuku Dergisi), Cilt: 13, Sayı: 38, Aralık 2018, (s.117-145), s.139-141, (jurix.com.tr, Erişim Tarihi: 23.1.2019); Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Ankara: Seçkin, Eylül 2018, s.153.

⁸¹⁶ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s.98.

⁸¹⁷ Tezcan/ Erdem/ Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.153; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.98.

⁸¹⁸ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.98.

⁸¹⁹ YCGK, E. 2013/1-530, K. 2014/1, T. 14.1.2014, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 12.11.2018).

yakınlarının cezaevindeki K.Y.'yi ziyarete geleceğini düşünürler. Olay günü K.Y'nin karısı A.Y., eşiyle görüşmek için içeri girerken çantasını K.Y.'nin arkadaşı Ö.C.'ye verir. Bunun üzerine E ve A, Ö.C.'yi K.Y.'nin ailesinden olduğu zannıyla öldürürler.

Olayda tartışılan husus K.Y.'nin ailesinden birini öldürmek isterken arkadaşlarından birini öldüren E ve A'ya kasten öldürmenin kan gütme saikiyle işlenmesi nitelikli halinin (TCK m.82/1-j) uygulanıp uygulanmayacağıdır.

Yerel mahkeme, sanık E ve A'nin sorumluluğunu kan gütme saikiyle öldürmeden belirlemiştir. R'nin sorumluluğu ise E ve A'yı kan gütme saikiyle öldürmeye azmettirmeye göre belirlenmiştir.

Yargıtay Özel dairesi ise faillerin K.Y.'nin ailesi veya yakınlarından birini öldürme kastıyla hareket ettikleri ve aileden olmayan ve sadece arkadaş olan Ö.C.'yi öldürdükleri için kan gütme saikiyle öldürme nitelikli halinin meydana gelmediğini belirtmiştir. Bu sebeple Özel Daire, failler ve azmettirenin TCK m.30'dan⁸²⁰ yararlandırılmak suretiyle haklarında kasten öldürmenin basit halinden ceza verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise kan gütme saikinın mağdurun şahsından bağımsız olması ve failin kastının yoğunluğuna ilişkin olması gerekçesiyle sanıklar hakkında nitelikli halin uygulanması gerektiği gerekçesiyle itirazda bulunmuştur.

Ceza Genel Kurulu ise kan gütme 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 dair Özel Daire kararını yerinde bulmuş ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazın reddine karar vermiştir.

Öğretide failin kan gütme saikiyle hareket ederken mağdurun kimliğinde hataya düşmesi durumunda faile nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin farklı görüşler benimsenmiştir. Bir görüşe göre failin buradaki hatası önemsizdir ve nitelikli hal

⁸²⁰ Kararda mahkeme, faili TCK m.30'dan yararlandırmaktan bahsetmiştir. Mahkemenin TCK m.30'dan kastı, ilgili maddenin ikinci fıkrasıdır.

uygulanmalıdır⁸²¹. Tasarlama da olduğu gibi kan gütme saikin de nitelikli hal olarak düzenlenmesinin sebebi hata ve sapmadan bağımsızdır. Ayrıca kan gütme saikiyle kınanan bir kimsenin hata veya sapma dolayısıyla hedeflediğinden başkasını öldürmesi durumunda kişiyi hatasından faydalandırmak Türk Ceza Kanunu'na hakim olan kusur ilkesiyle bağdaşmayacaktır⁸²². Diğer bir görüşe göre ise her ne kadar kan gütme saiki failin subjektif durumuyla ilgili olsa da bu nitelikli hal mağdurun şahsından doğan bir ağırlaştırıcı haldir. Fail ve mağdurun arasındaki ilişkinin de önemli olduğu karma özellikli bu nitelikli halde hata yapan fail hatasından faydalanmalıdır⁸²³.

Unutulmamalıdır ki nitelikli halin faile uygulanmaması gerektiğine ilişkin olan ikinci görüş 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesi⁸²⁴ zamanındaki bir görüş olup zamanın kanunu ile uyumludur. Madde metninde “*cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz*” ifadesi açıkça yer aldığı için zaten 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu zaman için bu görüş evleviyetle yerinde olacaktır.

Kanaatimizce kan gütme saikiyle suç işlemede mağdurun niteliğine bakmak yerinde olacaktır. Yargıtay'a göre kasten öldürme suçunda kan gütme saikin gerçeğe geçtiğini kabul etmek için şu şartların gerçekleşmesi gereklidir: “a-) Olaya neden olan önceki olay, ölümle sonuçlanmış olmalıdır. b-) Fail, önceki suçun failini veya onun mensubu bulunduğu grup ya da aileden birisini, öç alma duygusuyla ve bir görev bilinciyle öldürmelidir. c-) İlk öldürülenle ikinci suçun faili arasında kan hısımlığı şart olmayıp, suçun münhasıran kan gütme saikiyle işlenmesi yeterlidir. d-) İlk öldürme olayıyla ikinci olay arasında çok kısa

⁸²¹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.134; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I, 4. Bası, İstanbul: Beta, 2017, s.63; Hakeri, Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, s.251.

⁸²² Hakeri, Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, s.251-252.

⁸²³ Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 12. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, TY, s.64; Tezcan/ Erdem/ Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.170. Meran ise fiili-şahsi nitelikli hal ayrımına gitmemiştir. Yazara göre faili düşüğü hatadan faydalandırmak TCK m.30/2'nin açık ifadesi gereğidir (Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara: Seçkin, 2008, s.55).

⁸²⁴ “Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa *cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz*. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlenmiş gibi telakki olunarak fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffefeden istifade eder.”

olmayan bir süre geçmeli, bu süre içinde fail, ilk öldürme olayından duyduğu her türlü acı, kızgınlık ve öfkeden arınarak geleneklerin etkisiyle bir görevi yerine getirme istek ve bilinciyle hareket etmelidir.”⁸²⁵.

İlgili şartlara baktığımızda mağdur Ö.C.’nin K.Y.’nin ailesinden olmaması olgusu kan gütme saikinın uygulanma şartlarının olayda gerçekleşmediğini göstermektedir. Kanun koyucu kan gütme saikini kasten öldürmenin nitelikli hali olarak düzenlerken aileler/aşiretler arasında oluşması muhtemel kan davalarının önüne geçmek istemiştir⁸²⁶ ve bu bakımdan kan gütme saikiyle öldürme tasarlamayla öldürmeden farklılık arz etmektedir. Tasarlamada her ne kadar mağdurun şahsı önemli ise de tasarlamanın failin sübjektif durumuna etkisi daha ağır basmaktadır. Kan gütme saiki de tasarlama gibi hem failin sübjektif durumuna hem de mağdurun şahsına ilişkindir; ancak burada kan gütme saikinın mağdurun şahsiyeti ile olan ilgisi ağır basmaktadır. Bu bakımdan aile üyesi olmayan Ö.C.’nin ölüm sonucunda faillerin TCK m.82/1-j’den sorumlu tutulmaları yerinde olmayacaktır. Faillerin sorumluluğu kasten öldürmenin temel şeklinin tamamlanmış haline (TCK m.81) göre belirlenmelidir.

Failin mağdurun kimliğinde hatasından şeriklerin nasıl etkileneceği hususu da özellik arz etmektedir⁸²⁷. Bu duruma Alman hukukundan Rose-Rosahl davası ve Mirasçı davası örnek olarak gösterilebilir. **Rose-Rosahl davasında**⁸²⁸ oduncu Rosahl işçisi Rose’yi doğramacı Schliebe’yi öldürmesi için azmettirir. Akşam vakti harekete geçen Rose karanlıkta Harnisch’e Schliebe olduğu zannıyla ateş eder⁸²⁹. **Mirasçı davasında**⁸³⁰ ise çiftçi B, aralarında muhtelif ihtilaflar yaşadığı mirasçısı olan oğlu S’yi öldürmek ister. Bir baba olarak, bu işi kendisi yapmak istemediği için, oğlu S’yi öldürmesi için St.’yi tutar. Öldürme, S’nin eve dönüş yolu üzerindeki at ahırında gerçekleşecektir. Baba B, St.’ye oğlunun görünüşünü anlatır ve oğlunun fotoğrafını gösterir. Başarısız bir öldürme girişiminde St., S’nin kendisini

⁸²⁵ YCGK, E. 2013/1-530, K. 2014/1, T. 14.1.2014.

⁸²⁶ Krşl. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 135.

⁸²⁷ Yukarıdaki ele alınan kararda (YCGK, E. 2013/1-530, K. 2014/1, T. 14.1.2014) yerel mahkeme, Yargıtay Özel Dairesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu hata bahsinde failer ve azmettirenin sorumluluklarını beraber ele almışlardır. Sorumlulukları farklılaştırma düşüncesi tartışılmamıştır. Bu bakımdan Türk uygulamasında failerin hatasından azmettirenin de faydalandırılması gerektiği görüşü benimsenmiştir denebilir.

⁸²⁸ Prusya Yüksek Mahkemesi’nin (Preussisches Obertribunal), 5.5.1859 tarihli Crimin.-S. Nr. 6; BGHSt 37, 214 dosya numaralı kararı için bkz. GA 7 (1859), 332 vd.—syf. Roxin, AT I, § 12 C, s.530, Kn.193.

⁸²⁹ Roxin, AT I, § 12 C, s.530, Kn.193.

⁸³⁰ BGHSt 37, 214 dosya numaralı karar.

görür. Bir başka girişiminde St., karanlıkta vücut yapısı itibarıyla S'ye benzeyen ve S'ninki gibi bir çanta taşıyan komşu N'yi, S olduğu zannıyla ateş ederek öldürür⁸³¹. Rosa-Rosahl davasında Prusya Yüksek Mahkemesi, Mirasçı davasında Alman Federal Mahkemesi, fail için önemsiz addedilen failin şahısta hatasını azmettiren için de önemsiz görmüş ve azmettirenlerin sorumluluğunu tamamlanmış kasten öldürmeye azmettirmeden belirlemiştir⁸³².

Her iki durumda da düştükleri şahısta hatanın önemsiz olması sonucu, faillerin sorumluluğunun tamamlanmış öldürmeden belirleneceği şüphesizdir. Ancak, failin, mağdurun şahsında hata sonucu azmettiren ile anlaştıklarının dışında birini öldürmesi durumunda azmettirenin sorumluluğunun nasıl belirleneceği konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır.

Bir görüşe göre sadece fail bakımından değil, tüm şerikler bakımından şahısta hata mevcuttur ve bu hata türü önemsizdir ve şeriklerin sorumlulukları farklılık arz etmemektedir. Azmettirenin sorumluluğu tamamlanmış öldürmeye azmettirmeye göre belirlenmelidir. Prusya Yüksek Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemesi de yukarıda bahsedilen kararlarında bu görüşü benimsemiştir⁸³³. Çünkü hem failin suç kastı azmettiren kaynaklanmaktadır hem de failin şahısta hatası, azmettiren için hayatın olağan akışı içerisinde öngörülemez değildir. Eğer öldürülen mağdurun, olay yerinde bulunması hayatın olağan akışı içerisinde öngörülemez olsaydı, azmettirenin sorumluluğu teşebbüs aşamasında kalmış azmettirmeye göre belirlenmeliydi⁸³⁴. Bu öngörülebilir-öngörülemezlik ayrımı tatmin edici bulunmamıştır; çünkü öldürülen mağdurun ölümünün öngörülebilirliği kastı değil, sadece taksiri temellendirebilir⁸³⁵.

*Puppe'*ye göre failin şahısta hatasının azmettiren için de geçerli sayılması görüşü bağlılık kuralı ile örtüşmemektedir. Ayrıca dolaylı faillikte de bu görüş uygulanamaz. Çünkü

⁸³¹ Roxin, AT II, §26, s.167, Kn.118.

⁸³² Jescheck/Weigend, AT, s.690; Puppe, AT, §27, s.333, Kn.6-7.

⁸³³ Roxin, AT I, § 12 C, s.530, Kn.194; Backmann, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, JuS, 1971, s.113-120, s.119-120.

⁸³⁴ Roxin, AT II, §26, s.170, Kn.127.

⁸³⁵ Roxin, AT II, §26, s.170, Kn.127.

kast için fiile muhatap unsurun şahsileştirilmesi gereklidir. Yani şerik de failin tasavvuruna sahip olmalıdır. Fiili bizzat işleyenin kastı şerike veya dolaylı faile teşmil edilmemelidir⁸³⁶.

Diğer bir görüşe göre failin mağdurun şahsında düştüğü hatası azmettiren için aynı şekilde geçerli değildir. Azmettiren, gerçekte öldürülmesi kararlaştırılan mağduru öldürmeye teşebbüse azmettirmeden sorumlu olmalıdır. Bu düşünceye göre somut olayda hem öldürülen kişi bakımından kasten tamamlanmış öldürme hem de gerçekte öldürülmek istenen kişi bakımından teşebbüs aşamasında kalmış öldürme suçu mevcuttur. Fail bakımından kasten tamamlanmış öldürmede şahısta hataya göre çözüm üretilir. Yani failin kastının kapsamında olmayan şahsın kimliği bir saik hatası (*Motivirrtum*) teşkil eder ve hatası önemsiz kabul edilir. Bu görüş, şahısta hata sonucu öldürülen mağdura karşı yapılan öldürme fiilini, azmettiren ile fail arasında öldürülmesi kararlaştırılan mağduru öldürmeye teşebbüs olarak ele almaktadır. Bu sebeple azmettirenin öldürülmesini istediği kişiye karşı öldürme suçu teşebbüs aşamasında kaldığı için, azmettirenin sorumluluğu da teşebbüs aşamasında kalmış kasten öldürmeye azmettirmeye göre belirlenmelidir⁸³⁷. Bu çözüm yolu suça iştirak için tipe uygun, kasten ve hukuka aykırı bir fiil gerekliliği arayan ceza hukuku sistemine uymadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁸³⁸. Bu görüşe getirilen diğer eleştiri ise şudur: Failin şahısta hata ile mağduru öldürmesi, aynı zamanda aslında öldürülmek istenen mağduru öldürmeye teşebbüs olarak anlaşılamaz. Failin öldürme kastı tek kişiye yöneliktir; ancak bu görüş taraftarları failin öldürme kastını çift yönlü olarak ele almaktadır⁸³⁹.

Doktrindeki *başka bir görüşe göre* ise failin hatası azmettiren veya dolaylı fail için sapma olarak ele alınmalıdır. Çünkü şeriklerin anlaşması genellikle kişi üzerine olup; fiil yeri ve zamanı ya hiç bilinmemekte ya da az bilinmektedir. Bu durumda fiili doğrudan işlemeyen müşterek fail veya şeriklerin sorumluluğu failden farklı olmalıdır⁸⁴⁰. Araç durumundaki fiili bizzat işleyen kişinin konudaki veya mağdurun kimliğinde hatası azmettiren veya dolaylı fail bakımından sapma olarak kabul edilmelidir. Çünkü azmettirenin de dolaylı failin de kastı,

⁸³⁶ Puppe, Zur Revision der Lehre vom konkreten Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, s.5-6.

⁸³⁷ Stratenwerth, Günter, Strafrecht Allgemeiner Teil I (AT), Dritte, neuarbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns, 1981, s.104-105, Kn.287.

⁸³⁸ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.108.

⁸³⁹ Roxin, AT II, § 26, s.168, Kn.122.

⁸⁴⁰ Roxin, AT I, § 12 C, s.535, Kn.200.

failin fiilinin neticesini kapsamak zorundadır⁸⁴¹. Ancak failin mağdurun kimliğinde hatasını azmettiren için sapma olarak ele alan yazarlar da azmettirenin ceza sorumluluğunu farklı belirlemişlerdir.

Failin hatasını azmettiren bakımından sapma olarak ele alan birinci görüşe göre azmettiren öldürmeye teşebbüs aşamasında kalmış azmettirmeden (Alm.CK. m.30 I⁸⁴²) sorumlu olmalıdır⁸⁴³.

Failin hatasını azmettiren bakımından sapma olarak ele alan ikinci görüşe göre ise azmettiren doğrudan öldürmeye teşebbüsten sorumlu olmalıdır. Çünkü azmettiren ile azmettirilenin üzerinde anlaştıkları kişi bakımından, azmettirilen failin sorumluluğu kasten öldürmeye teşebbüstür. Bağlılık kuralı gereğince, azmettiren de fail ile aralarındaki suç işleme kararı kapsamında olan kişiye karşı işlenen suçtan sorumlu olmalıdır. Ayrıca failin hatası sebebiyle azmettirilene hata hükümleri uygulanmamalıdır⁸⁴⁴. Bu görüş şu şekilde de izah edilebilir: Azmettiren, faili A'yı öldürmek için azmettirirse, fail de A olduğu zannıyla B'yi öldürse, failin mağdurun şahsında düştüğü hata kendisi bakımından önemsizdir, sorumluluğu

⁸⁴¹ Jescheck/Weigend, AT, §62, s.671-672.

⁸⁴² Alm.CK. §30: "(1) Her kim, bir başkasını bir cürüm işlemek veya bir cürme azmettirmek için sevk etmeğe teşebbüs ederse, cürme teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır. Ancak, cezası 49 uncu maddenin birinci fıkrası uyarınca indirilir. 23 üncü maddenin üçüncü fıkrası kıyasen uygulanır. (2) Her kim, bir cürüm işlemeye veya bir kişiyi cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklar, bir başkasının önerisini kabul eder veya başka birisi ile bunu yapmak üzere anlaşır, aynı şekilde cezalandırılır." (Çeviri için bkz. Yenisey/ Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), s.23-24).

⁸⁴³ Roxin, AT II, § 26 IV, s.167-168, Kn.120; Jescheck/Weigend, AT, §64, s.690. Alm.CK. m.30 uyarınca da azmettiren ilgili suça teşebbüsten sorumlu olmaktadır. Ancak teşebbüse göre belirlenecek cezada Alm. CK.m.49 I'deki indirim oranları uygulanmaktadır. Çünkü gerçekleşen netice, azmettiren ile fail arasında anlaşılan nedensellik bağı kapsamında değildir, bu bakımdan failin hatası azmettiren için sapma olarak ele alınmalıdır. Bu sebeple azmettirenin sorumluluğu fikri içtima kapsamında kasten öldürme suçuna teşebbüs aşamasında kalmış azmettirmeye (Alm.CK. m.30 I) ve taksirle öldürmeye göre belirlenmelidir. Çünkü failin, hatası sonucu azmettiren ile anlaşmaları dışına çıkması azmettirene yüklenmemelidir (Jescheck/Weigend, AT, s.690; Roxin, AT II, § 26, s.168, Kn.120). Cezayı indiren özel kanuni nedenler başlıklı Alm.CK. §49: "(1) Bu hüküm uyarınca bir indirme yapılması kanunen öngörülmuş veya hukuken kabul edilmişse, indirme hakkında aşağıdaki kurallar uygulanır: 1. müebbet hapis cezasının yerini, üç seneden aşağı olmayan hapis cezası alır. 2. süreli hapis cezasında, kanunda yazılı olan üst sınırın en fazla dörtte üçüne hükmedilebilir. Adli para cezasında aynı hüküm, gün birimlerinin en yüksek sayısı için geçerlidir. 3. Bir hapis cezasının yükseltilmiş olan alt sınırı, aşağıdaki şekilde indirilir: on veya beş senelik alt sınırı iki seneye, üç veya iki senelik alt sınırı altı aya, bir senelik alt sınırı üç aya, diğer hallerde, kanunî alt sınıra kadar indirilir. (2) Mahkeme, kanunun bu hükmüne yollama yapan bir maddesi uyarınca cezayı kendi takdirine göre indirebiliyorsa, cezayı kanunda yazılı cezanın alt sınırına kadar indirebilir veya hapis cezası yerine adli para cezasına hükmedebilir." (Çeviri için bkz. Yenisey/ Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), s.41-42).

⁸⁴⁴ Streng, Franz, Der Irrtum beim Versuch- ein Irrtum?, ZStW, 1997, s.862-899, s.894vd.

kasten öldürmeye göre belirlenir. Ancak failin hatasını azmettirene teşmil etmek doğru değildir. Azmettiren için failin mağdurun şahsında düştüğü hata sapma olarak ele alınmalıdır. O zaman da failden A'ya karşı kasten öldürmeye teşebbüs suçu, B'ye karşı ise taksirle öldürme suçu işlenmiş sayılacaktır. Azmettiren, faili A'ya karşı suç işlemeye yönlendirdiği için, azmettirenin sorumluluğu A'ya karşı kasten öldürmeye teşebbüse göre belirlenecektir.

Failin şahısta hatasının azmettirene etkisi konusunda bir başka görüş ise failin, azmettirenin mağdur betimlemesine uyup uymadığının önemli olduğunu vurgular. Eğer fail, azmettirenin tarifine uymuşsa, onun hatası azmettiren için de şahısta hata olarak ele alınır. Eğer fail, azmettirenin tarifine uymamışsa, mağdurun ölümü bakımından azmettirenin sorumluluğu doğmaz. Eğer mağdur betimlemesi, birçok kişiye uyacak şekilde çok muğlak ise bu durumda da failin şahısta hatası, azmettiren için de şahısta hata olarak ele alınmalıdır⁸⁴⁵.

Türk hukukunda ağırlıklı olarak bu durumda azmettirilenin şahısta hatası hangi sonucu doğuracaksa, bu hatanın azmettiren için de aynı sonucu doğurması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁴⁶. Bu sonuca ulaşmada kullanılan gerekçeler ise şunlardır: 1) azmettirenin azmettirdiği ve azmettirilenin işlediği suçlar aynıdır⁸⁴⁷, 2) azmettirenin hedeflediği ve azmettirilenin fiilinin üzerinde gerçekleştirdiği konular aynı değerdedir⁸⁴⁸, 3) azmettirenin ihlal etmeyi hedeflediği ve azmettirilenin ihlal ettiği korunan hukuki yararlar aynıdır⁸⁴⁹, 4) azmettirilenin işlediği fiil, azmettiren ile olan anlaşmasının sınırları dahilindedir. Kasten

⁸⁴⁵ Roxin, AT II, § 26, s.170-171, Kn.127-128.

⁸⁴⁶ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.492, Kn.1247; Koca/ Üzülmmez, Genel Hükümler, s.491-492; Erem/ Danışman/ Artuk, Genel Hükümler, s.366; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.429; Özgenç, Genel Hükümler, s.558. Aksi görüş için bkz. Demirel, Muhammed, Suça İştirake Bağlılık Kuralı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Aralık 2017, s.428. Yazar, her durumda azmettirilenin, mağdurun şahsında düştüğü hatasının azmettiren bakımından önemsiz olduğu görüşünü reddetmektedir. Ancak Türk hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak akim kalmış azmettirmenin cezalandırılmaması sebebiyle, Alman öğretisinde olduğu gibi başka bir görüşü savunmanın, azmettiren bakımından ciddi cezalandırma boşluğu doğuracağını da ifade etmektedir (Demirel, Suça İştirake Bağlılık Kuralı, s.428).

⁸⁴⁷ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.492, Kn.1247.

⁸⁴⁸ Koca/ Üzülmmez, Genel Hükümler, s.491-492. Yazarlar, mağdurun şahsının nitelikli hal olarak düzenlendiği durumları, konu bakımından denkleğin bozulacağı düşüncesiyle önemsiz hatanın dışında tutmuştur. Yazarlara göre bu durumda hata önemli olup, somut olayda TCK m.30/2 uygulanmalıdır (Koca/ Üzülmmez, Genel Hükümler, s.492).

⁸⁴⁹ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.429.

öldürme suç tipiyle azmettirenin hedeflediği ve azmettirilenin fiilinin üzerinde gerçekleştiği insanlar aynı şekilde korunmaktadır⁸⁵⁰.

Kanaatimizce de failin, mağdurun kimliğinde düştüğü hatanın kural olarak hem kendisi hem de azmettiren için önemsiz kabul edilmesi uygundur. Ancak azmettiren ve failin, mağdurun bireyselleştirilmesi konusunda ayrıntılı bir şekilde anlaşmalarına rağmen fail sadece kendi şaşkınlığı/ağır akılsızlığı sonucu anlaştıklarından başka bir kişiye karşı ilgili suçu işlerse failin fiilinden azmettireni sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Anlaştıkları kişi üzerinde bir tehlike dahi yaratılmaması durumunda ona karşı bir teşebbüsten de bahsedilemeyeceği için TCK m.40/3⁸⁵¹ uyarınca sadece suç için anlaşmadan⁸⁵² ötürü azmettireni cezalandırmak mümkün değildir.

Öğretide iştirak halinde işlenen suçlarda şeriklerin, failin veya dolaylı failin aracı konumundaki kişinin işlediği fiil üzerinde hakimiyetinin bulunmadığı durumlarda da konuda hata ve sapma kavramları arasındaki ayrımın belirsizleştiği ifade edilmektedir⁸⁵³. Bunun sebebi ise sapma kavramının özellikle vurmak veya ateş etmek suretiyle insan öldürme gibi bazı suçların eski işleniş biçimleri göz önünde bulundurularak belirlenmiş olmasıdır. Bu sebeple insan öldürmenin diğer icra şekilleri veya diğer suç tipleri bakımından konuda hata ve sapma arasındaki fark kaybolmaktadır⁸⁵⁴.

Failin konuda (mağdurun kimliğinde) hatasında şeriklerin mesuliyetine ilişkin bir diğer özel durum için ünlü **Takipçi davası (Verfolgerfall)**⁸⁵⁵ örnek olarak gösterilebilir. Olayda M, iki suç ortağı P ve T ile beraber hırsızlık suçuna teşebbüs eder. Üçü de silah taşır ve aralarından birinin yakalanması tehlikesi doğarsa ateş etme üzerine anlaşılırlar. Dönüş

⁸⁵⁰ Erem/ Danışman/ Artuk, Genel Hükümler, s.366.

⁸⁵¹ Bağlılık kuralı başlıklı TCK m.40/3: “Suça iştiraktan dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.”

⁸⁵² Kasten öldürme suçu “Suç için anlaşma” başlıklı TCK m.316 kapsamında değildir. Bu sebeple azmettireni, diğer şartlar da sağlanmadığı için suç için anlaşmasından dolayı cezalandırmak mümkün olmayacaktır.

⁸⁵³ Puppe, Zur Revision der Lehre vom konkreten Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, s.6; Dehne-Niemann, Jan, Zum fünfzigjährigen Jubiläum des „Verfolgerfalls“ (BGHSt 11, 268) Beteiligung des Tatopfers an einem gegen das Tatopfer gerichteten Mordversuch?, ZJS (Zeitschrift für das Juristische Studium) 4/2008, 351-367, s.351.

⁸⁵⁴ Puppe, Zur Revision der Lehre vom konkreten Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, s.6.

⁸⁵⁵ BGH 4. Ceza Dairesi’nin 23.1.1958 tarihli 613/57 dosya numaralı kararı (BGHSt 11, 268).

yolunda M, kendisini takip eden şerik P'ye, A olduğu zannıyla ateş eder ve P yaralanır⁸⁵⁶. Burada ilk derece mahkemesi M'nin ve P'nin müşterek fail olarak öldürmeye teşebbüsten sorumlu olması gerektiğine karar vermiş ve temyiz mahkemesi olan Alman Federal Mahkemesi de bu kararı onamıştır⁸⁵⁷. Alman Federal Mahkemesi'ne göre M'nin hatası önemsizdir. Çünkü M bir kişiyi öldürme amacıyla ateş etmiş ve fiilinin sonucunda bir kişi yaralanmış ancak ölmemiştir. M'nin mağdurun şahsında yanılmasının öldürme kastının üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. P de M'nin suç ortağı olduğu için M'nin davranışından M gibi sorumlu olmalıdır⁸⁵⁸.

Mahkemenin görüşüne göre P'ye müşterek fail olarak öldürmeye teşebbüsten ceza verilmesi, Alman ceza hukukunun sadece kendi dışındaki bir insanı öldürmeyi cezalandırmasıyla çelişmemektedir. M'nin mağdurun kimliğinde düştüğü yanlışlık (A zannederek P'yi vurması), konuların eşitliği düşüncesine göre önemsizdir. Bu düşünceye göre A ve P'nin yaşamları kanun tarafından aynı şekilde korunmaktadır. Bu sebeple, hatası önemli olmadığı için M'nin sorumluluğu A'yı öldürmeye teşebbüs olmayıp, P'yi öldürmeye teşebbüstür⁸⁵⁹.

Diğer bir görüşe göre ise P'nin müşterek failliği önemli bir husus teşkil etmektedir. M'nin P'yi öldürme kararı yabancı (kendisi dışında) bir kişiyi öldürmeye yöneliktir. Ancak bu durum P açısından atipik (*nichtvertypete*) bir (kendini) öldürme anlamına gelmektedir. P için kendi bedeni müşterek faillik ile (yabancı birini) öldürme için elverişsiz bir konu teşkil etmektedir. Yine M'nin açısından tamamlanmış fiil- Alm.CK. m.224 uyarınca tehlikeli yaralama şeklinde- P açısından sadece müşterek fail olarak teşebbüsten sorumluluk doğurur. Çünkü P kendisi için yabancı birini öldürme suçu bakımından elverişli bir konu değildir. Burada iştirak doktrininin şu cümlesi uygulanır: *Kendisi fail olabilen müşterek fail olabilir*. P kendini yaralama suçunun faili olamaz. Ancak başka birini yaralamaya teşebbüs suçunun

⁸⁵⁶ Roxin, AT I, § 12 C, s.530, Kn.193.

⁸⁵⁷ Gropp, AT, §13, s.589, Kn.162.

⁸⁵⁸ Dehne-Niemann, Zum fünfzigjährigen Jubiläum des „Verfolgerfalls“ (BGHSt 11, 268) Beteiligung des Tatopfers an einem gegen das Tatopfer gerichteten Mordversuch?, s.351.

⁸⁵⁹ Gropp, AT, §13, s.589-590, Kn.162.

müşterek faili olabilir. Çünkü P'nin bedeni kendisini yaralama bakımından elverişsiz bir konudur⁸⁶⁰.

Kanaatimizce yazarın bu görüşü isabetli değildir. Eğer iştirak doktrininin kendisi fail olabilen müşterek fail olabilir kuralını uygulayacak ise P kendisini ne öldürebilir ne de yaralayabilir. Bu sebeple kendini öldürme veya yaralama suçlarında müşterek fail olamaz. Çünkü bu suçlar bakımından bedeni elverişsiz bir konudur. Alman hukukunda elverişsiz konunun söz konusu olduğu durumda teşebbüs sorumluluğuna gidilmektedir. Olayımızda öldürme kastıyla ateş edilmişse fail M'nin sorumluluğu öldürmeye teşebbüsten belirlenecektir. Kendisini öldürme veya öldürmeye (elverişsiz) teşebbüs bakımından ise bedeni elverişsiz konu olan P'nin sorumluluğu da öldürmeye (elverişsiz) teşebbüse göre belirlenmelidir⁸⁶¹. Her ne kadar yazarın, failin fiilinin sonucunda üzerinde zarar gerçekleşen şerikin, fail ile aynı şekilde cezalandırılmasının adaletli olmayacağı inancıyla ona daha az ceza verilmesini gerektirecek bir çözüm arayışında olması anlaşılabilir ise de teorik olarak ilk derece ve temyiz mahkemelerinin vardığı sonucun daha isabetli olduğu kanaatindeyiz⁸⁶².

Bu konudaki bir başka görüşe göre ise M'nin yanındaki müşterek failler de sadece suç işlemek için anlaşmadan (Alm.CK. m. 30 II) sorumlu olmalıdırlar. Çünkü P'ye ateş edilmesi, şeriklerin anlaşması kapsamında mülhaza edilemez. Şeriklerin anlaşması, herhangi bir kişinin değil, sadece kendilerini takip eden kişinin öldürülmesine yöneliktir. Bu sebeple, M'nin hatası sonucu, iştirake esas olan anlaşmadan sapması, diğer şeriklere yüklenemez⁸⁶³.

⁸⁶⁰ Gropp, AT, §13, s.589, Kn.163.

⁸⁶¹ Burada yapılan tartışmalar teorik özellik gösterdiği için P'nin ölmesi varsayımında P hakkında yargılama yapılması hususunun mantıksızlığı göz ardı edilmelidir.

⁸⁶² Krşl. Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.284.

⁸⁶³ Roxin, AT I, §12C, s.535, Kn.200. *Roxin*, bu görüşünü pekiştirmek adına şu örneği verir: bir siyasi şahsiyeti öldürmek amacıyla birkaç kişi aynı anda, o şahsa pusu kursa ve bu kişilerden biri, siyasi şahsiyet olduğu zannıyla beş ilgisiz kişiyi öldürse; suç ortakları, altı defa kasten öldürmeden değil, sadece bir kez kasten öldürme suçundan dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulur (Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.282). *Özgenç*'e göre *Roxin*'in verdiği örnek, Takipçi Davası'na konu olan olaydan farklılık arz etmektedir. Takipçi Davası'nda müşterek failler *bir kişiyi* öldürmek için anlaşmışlardır. Bu sebeple, fail, şahısta hata sonucu başka birini öldürdüğünde, diğer şerikler, bu fiilden müşterek fail olarak sorumlu tutulurlar. Ancak, siyasi şahsiyeti öldürme örneğinde, fail, kastedilen kişiyi öldürme amacıyla, altı defa kasten öldürme suçunu işlemiştir. Şerikleri, sadece tek kasten öldürme suçuna müşterek faillikten dolayı sorumlu tutmak gerekir. Fazladan işlenen beş öldürme suçundan sadece fiili bizzat işleyen sorumlu olmalıdır (Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.283).

Somut olayı Türk hukukuna göre çözmemiz gerekseydi izlenmesi gereken yol şu şekilde olurdu⁸⁶⁴: M'nin şahısta hatasının önemsiz olmasından bahisle sorumluluğu P'yi öldürmeye teşebbüse göre belirlenmelidir. Müşterek fail olan T'nin sorumluluğu da TCK m.37/1 uyarınca M'ninki ile aynı şekilde olmalıdır. Diğer müşterek fail olan P'nin sorumluluğu farklılık arz etmektedir. Çünkü P'nin bedeni kendini öldürme bakımından elverişsiz konu teşkil etmektedir ve elverişsiz teşebbüs Türk hukukunda cezalandırılmamaktadır. P'nin sorumluluğu sadece hırsızlığa teşebbüs hükümleri kapsamında belirlenmelidir.

4. NEDENSELLİK BAĞINDA HATA

Nedensellik bağında hata nedensellik bağının bilinmemesi şeklinde gerçekleşebileceği gibi yanlış bilinmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Her iki durumda da anlatılmak istenen gerçekleşen nedenselliğin failin tasavvurundaki nedensellikten farklı olması durumudur⁸⁶⁵. Somut olayda failin tasavvurundaki nedensellikten sapmanın bir kast sorunu olarak mı yoksa bir objektif isnadiyet sorunu mu olarak ele alınması gerektiği sorusu ilk kez bir Alman Federal Mahkemesi kararında⁸⁶⁶ sorulmuş; ancak kararda bu soruya net bir cevap verilememiştir. O zamana kadarki içtihat ve öğretinin çoğunluğu bunun bir hata sorunu olduğu düşüncesindeydi⁸⁶⁷.

Nedensellik bağındaki sapmada cezai sorumluluk konusu Alman hukukunda ikili bir şekilde ele alınmaktadır. Birinci görüşe göre nedensellik bağı kast kapsamında olan bir maddi unsurdur ve doğrudan subjektif isnadiyeti/suç tipinin subjektif yönünü ilgilendirir; ikinci görüşe göre ise bu husus hata bahsinden önce bir objektif isnadiyet konusudur.

⁸⁶⁴ Somut örnek Alman Federal Mahkemesi'nin kararı olduğu için öncelikle Alman mahkemesinin ve öğretisinin görüşleri irdelenmiş, sonrasında örneğin Türk hukukuna göre çözümü yapılmıştır.

⁸⁶⁵ Buna Alman hukukunda nedensellikteki sapma (*Abweichung vom Kausalverlauf*) adı da verilmektedir. Bu kavram hem nedensellik bağındaki hatayı hem de Türk hukukunda sapma olarak ele alınan kurumu ihtiva etmektedir. Konunun devamında nedensellik bağında sapmadan bahsederken kastımız Türk hukukundaki "sapma" olmayacaktır.

⁸⁶⁶ BGHSt 38,34.

⁸⁶⁷ Roxin, AT I, § 12 C, s.511, Kn.152.

a. Sübjektif isnadiyet (hata) sorunu olarak nedensellik bağında sapma

Nedensellik bağındaki sapmayı nedensellik bağında hata olarak sübjektif isnadiyet kapsamında ele alan yaklaşım eski; ancak hala Alman öğretisinde kabul gören ve mahkemelerce kullanılan bir yaklaşımdır. Bu yaklaşıma göre gerçekleşen nedensellik bağı genel hayat tecrübesine göre öngörülemez veya çok aykırı (zor) bir değerlendirmeyi gerektiriyorsa, failin gerçekleşen nedenselliği bilmemesi önemlidir ve failin kastının oluşumu engellenmektedir. Çünkü bu görüşe göre nedensellik bağı suç tipinin bir unsuru olup, bu unsurun bilinmemesi suç tipi/maddi unsur hatası (TCK m.30/1/ Alm.CK. m.16 I) kapsamında değerlendirilmektedir⁸⁶⁸.

Neticenin oluş ve işleniş şekli anlamına gelen nedenselliğin gelişimi (*Kausalverlauf*) kastın kapsamında olan ve her neticeli suçun yazılı olmayan bir maddi unsuru olan nedensellik (*Kausalität*) kapsamındadır⁸⁶⁹. Bir zarar veya somut bir tehlikenin meydana getirilmesi neticesi suç tipinin bir unsuru olduğu için, kast bu neticenin başlangıcına kadar uzanmalıdır⁸⁷⁰. Kişi nedensellikte veya nedensellik bağında hataya düştüğünde kanuni tanımdaki objektif bir unsura ilişkin bir durumun varlığında hataya düşer ve maddi unsur hatası uygulama alanı bulur⁸⁷¹.

Bir görüşe göre nedenselliğin gelişimi geleceğe ilişkin bir unsur olduğu için, fail onu bilemez, ancak gerçekleşeceğini düşünebilir. Bu düşünme her zaman için bir değer yargısıdır⁸⁷². Nitekim failin nedensellik gelişimini her yönüyle bilmesine imkan yoktur. Burada söz konusu olan sadece bir tahmindir. Bu tahmindeki hafif sapmalar failin kastını

⁸⁶⁸ Gropp, AT, §13, s.583-584, Kn.133; Haft, AT, s.153. Nedensellik bağının kastın kapsamında olduğuna ilişkin olarak bkz. Özbek, Veli Özer, Türk Ceza Kanununda Hata (m.30), CHD (Ceza Hukuku Dergisi), Cilt:3, Sayı:7, Ağustos 2008, (s.83-99), s.86; Zafer, Genel Hükümler, s.293; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.645; Koca/ Üzülmüş, Genel Hükümler, s.260; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler (2017), s.407-408; Değirmenci, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, s.156.

⁸⁶⁹ Heinrich, AT, §30, s.463, Kn.1088; Kudlich, Hans, Objektive und subjektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht – eine Einführung, JA (Juristische Arbeitsblätter), 2010, s.681-687, s.687; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.117, Kn.374. Nedenselliğin gelişiminin suç tipinin bir unsuru olmaması sebebiyle kastın kapsamında olmadığına ilişkin bkz. Schröder, Friedrich-Christian, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA (Goldammer's Archiv für Strafrecht) Hamburg&Heidelberg: R.v. Verlag, G. Schenck, 1979, s.321-328, s.328.

⁸⁷⁰ Jescheck/Weigend, AT, § 29, s.296; Kindhäuser, LPK-StGB, §16, s.201, Kn.16.

⁸⁷¹ Heinrich, AT, §30, s.463, Kn.1088.

⁸⁷² Haft, AT, s.153; Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.I, s.516, Kn.658.

etkilemez, aksi halde fail uygun olmayan bir şekilde avantajlı duruma getirilmiş olurdu⁸⁷³. Bu sebeple uygulama ve doktrinin büyük bir kısmı da nedenselliğin gelişiminin fail tarafından bütün ayrıntılarıyla bilinmesinin gerekli olmadığını belirtmektedir⁸⁷⁴.

Her somut vakada nedensellikteki sapmanın önemli veya önemsiz olup olmadığına bakılır. Önemsiz sapmanın kasta etkisi bulunmamaktadır⁸⁷⁵. Kastın engellenmesi için failin düşündüğünden önemli bir sapma olması gerekmektedir⁸⁷⁶. Sadece istisnai durumlarda sapmanın önemli ve kastı engelleyici özellikte olduğunun kabul edilmesi için, genel hayat tecrübesi çok geniş ele alınır⁸⁷⁷.

Alman uygulamasında kabul gören BGHSt 7, 329 kararına göre kast, nedenselliği tüm detaylarıyla birlikte olmasa da kapsamalıdır. Eğer nedensellik bağındaki sapma genel hayat tecrübesi içerisinde öngörülebilir ise ve fiili haklı çıkaracak başka bir yol yoksa kast olduğu gibi kalır⁸⁷⁸. Evini satmak ve kiracısını evden atmak isteyen ev sahibi fail, evi sarsmak için gaz patlaması çıkarmak istemekte; ancak bu sırada kiracısının da yaralanacağını, hatta ev yıkılırsa kiracısının da ölebileceğini öngörebilmektedir⁸⁷⁹. Yani, fail aslında gazı patlatıcı olarak kullanmak suretiyle genel güvenliği kasten tehlikeye sokmak isterken, ayrıca kiracısının yaralanabileceği, hatta ölebileceği öngörülebilir neticelerdir. Bu bakımdan, mağdurun yaralandığı veya öldüğü durumda, yaralanma ve ölüm neticeleri failin öngördüğü nedensellik bakımından önemli bir sapma arz etmemektedir. Bu sebeple, failin ortaya çıkardığı gaz patlaması sonucu gerçekleşen diğer neticeler bakımından da failin kastının

⁸⁷³ Heinrich, AT, §30, s.464, Kn.1089.

⁸⁷⁴ Haft, AT, s.153; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.117, Kn.374; Kindhäuser, LPK-StGB, §16, s.201, Kn.16; Jescheck/Weigend, AT, § 29, s.312; Koca/ Üzülmöz, Genel Hükümler, s.259-260; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.645; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler (2017), s.407. Nedensellik bağındaki önemsiz sapmaların kastın kabulüne engel olmayacağını belirten yazarların (Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.301; Özbek, Türk Ceza Kanununda Hata (m.30), s.86; Koca/ Üzülmöz, Genel Hükümler, s.260) da kastın oluşumu için failin nedenselliğin tüm aşamalarını bilmesinin gerekmediğini kabul ettikleri çıkarımı yapılabilir. Bir görüşe göre nedensellik bağındaki önemli sapmanın objektif isnadiyeti kaldırdığı hallerde, sorun artık bir objektif isnadiyet sorunudur, sübjektif isnadiyet, yani kast ve hata alanına ilişkin bir sorun değildir (Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.645; Dönmezer/ Erman, Nazar ve Tatbiki Ceza Hukuku c.I, s.516, Kn.658vd.).

⁸⁷⁵ Heinrich, AT, §30, s.465, Kn.1091.

⁸⁷⁶ Kühl, AT, §13, s.457, kn.41; Haft, AT, s.153.

⁸⁷⁷ Heinrich, AT, §30, s.465, Kn.1091.

⁸⁷⁸ Roxin, AT I, §12, s. 511, Kn.151; Kudlich, Objektive und subjektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht – eine Einführung, JA, s.687; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, s.457, kn.41; Kindhäuser, LPK-StGB, §16, s.201, Kn.16; Heinrich, AT, §30, s.465, Kn.1091; Schröder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA 1979, s.327.

⁸⁷⁹ Kühl, AT, §13, s.458, Kn.41.

bulunduğu söylenebilir. Kanaatimizce, evi sarsmak amacıyla oluşturulacak ve evi sarsacak büyüklükteki bir patlama, evleviyetle içinde bulunan kişileri en azından yaralayacaktır. Bu netice, failin fiilinin zorunlu sonucu olduğu için, failin mağduru yaralama yönünde kastının mevcudiyetini kabul etmek gerekecektir. Ancak evi sarsacak her büyüklükteki patlama ölüm neticesine sebebiyet vermez. Ölüm neticesi, failin fiiline zorunluluk bağıyla bağlı değildir, sadece muhtemel ve öngörülebilir bir neticedir. Failin sorumluluğu ise, patlamanın şiddetine göre neticeyi istemesine veya kabullenmesine göre kasttan veya öngörülüp öngörülmemesine göre taksirden belirlenmelidir.

Failin mağduru öldürme kastıyla yaraladığı, ancak mağdurun, failin darbesiyle değil kaldırıldığı ambulansın kaza yapması sonucu vefat ettiği klasik ambulans örneğinde ise gerçekleşen nedensellik serisi öngörülemez kabul edilirse, A'nın bilgisizliği maddi unsur hatası uyarınca önemli olmalıdır. Bu durumda öldürme kastı engellenir. Çünkü gerçekleşen nedensellik serisi genel hayat tecrübesinin dışındadır. A öldürmeye teşebbüs veya ağır yaralamadan sorumlu olabilir. Fiil birliği mevcut, sorumluluk fikri içtimaya göre çözülür⁸⁸⁰. Kanaatimizce öldürmeye teşebbüs çözümü doğru olmakla beraber bu çözüm yolu doğru değildir. Çünkü bu çözüm yolunda önce A'nın öldürme kastının maddi unsur hatası uyarınca oluşmadığı kabul edilmekte; akabinde ise A öldürmeye teşebbüsten sorumludur denilmektedir. Eğer öldürme kastı oluşmuyorsa bir daha öldürmeye teşebbüsten bahsetmek mümkün değildir. Çünkü teşebbüsün şartlarından ilki kasten işlenen bir suçun olması ve failin bu suça ilişkin kastının bulunmasıdır⁸⁸¹. Failin tasavvurundaki nedensellikten sapmalarda önce objektif isnadiyet sorunu çözümlenmeli, sonra gerekirse, yani netice faile objektif olarak isnad edilebiliyor ise somut olaydaki nedensellik bağında hata ve kast ilişkisi irdelenmelidir.

⁸⁸⁰ Gropp, AT, §13, s.584, Kn.135. Bir görüşe göre ise olaydaki neticeye ilişkin olarak başlangıçtaki sebepten başka bağımsız bir sebep neticeyi gerçekleştirdiği için failin tasavvurundaki nedensellik ile gerçekleşen nedensellik arasında bir uygunsuzluk ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan nedensellikteki sapma önemli olup, gerçekleşen neticeden fail sorumlu tutulamaz. Failin sorumluluğu kasten öldürmeye teşebbüse göre belirlenir (Özbek, Türk Ceza Kanununda Hata (TCK m.30), s.86).

⁸⁸¹ Koca/ Üzülmüş, Genel Hükümler, s.419; Akbulut, Genel Hükümler, s.605-606; Özgenç, Genel Hükümler, s.486-487; Zafer, Genel Hükümler, s.499; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.683-684; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler (2017), s.433. Nitekim *Suçta teşebbüs* başlıklı TCK m.35'te de "*işlemeyi kastettiği bir suçu*" denilmek suretiyle bu şart ifade edilmektedir.

Dönmezer/Erman'a göre de nedensellik bağındaki sapmayı objektif-soyut ve sübjektif-somut olmak üzere iki aşamalı olarak incelemek gerekir. Objektif değerlendirmede gerçekleşen nedenselliğin, fiilin işlenme anında (*ex ante*) gündelik yaşanan tecrübelerine göre öngörülebilir olup olmadığı soyut bir şekilde ele alınmaktadır. Eğer gerçekleşen nedensellik öngörülebilir ise sübjektif değerlendirmeye geçilmelidir. Yani, failin somut olayda gerçekleşen nedenselliği öngörüp öngörmediği incelenmelidir. Objektif olarak öngörülebilir neticeyi fail de öngörmüş ve buna göre hareket etmişse, kasıtlı hareket etmiş ve ilgili suçtan kasten sorumlu olacaktır. Eğer objektif olarak öngörülebilir neticeyi, fail tedbirsizlik ve dikkatsizliği sebebiyle öngörmemişse, ilgili suçun taksirli halinden sorumlu tutulmalıdır⁸⁸².

Genel hayat tecrübesi sınırları dahilinde kalan nedensellik sapmaları, ki bunlar kasten hareket eden fail için de normal ve hesaplanabilir hareket alanı içinde kalır, önemsizdir. Çünkü fail bunları da hesap etmek zorundadır, ancak fiil planını ve kasten sorumluluğunu hesaplamak zorunda değildir. Bu tür sapmalar bu sebeple yeni bir kasta ihtiyaç duymaz. Çünkü sapma sonucu gerçekleşen nedensellik ile failin tasavvurundaki nedensellik denktir ve “fiil” başka bir değerlendirme gerektirmez⁸⁸³.

Örneğin fail bir evin duvarındaki Hz. Meryem resmine zarar vermek amacıyla taş atar. Taş evin diğer camına zarar verir. Pencere camının parçalanması bakımından mala zarar verme (Alm.CK. m.303, TCK m.151) suç tipinin objektif yönü oluşmuştur. Her ne kadar failin kırmak istediği nesne olan cam kırılmış da olsa failin planı başarısız olmuştur. Çünkü objektif olarak fiilin başka türlü değerlendirilmesi mümkündür. Bu sebeple pencere camına taş fırlatma kasta dahil olmamalı ve Hz. Meryem'in resmi bakımından sadece mala zarar vermeye teşebbüs ve buna bağlı olarak camın kırılması bakımından ise (cezalandırılmayan) taksirle mala zarar vermenin mevcut olduğu kabul etmelidir⁸⁸⁴.

Nedensellik bağındaki önemsiz sapmalara örnek olarak failin mağduru bıçakla öldürmeden önce işini kolaylaştırmak için onu önce metal sopayla yaralaması; ancak

⁸⁸² Dönmezer/ Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c.I, s.520-521, Kn.659bis.

⁸⁸³ Roxin, AT I, § 12 C, s.513, Kn.156. Karar künyesi: BGHSt 7, 329

⁸⁸⁴ Roxin, AT I, § 12 C, s.513-514, Kn.156; örneğin çözümü için aynı yönde bkz. Schröder, Friedrich-Christian, Leipziger Kommentar, Band 1 Einleitung §§1-31 (LK-StGB), 10. Auflage, Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1985, §16, Kn.11.

mağdurun sopayla vurma fiili sonucu ölmesi ve failin vurmasının ölümcüllüğünü bilmemesi örnek olarak gösterilebilir. Yine benzer şekilde fail mağdurun kafatasına vurmak suretiyle öldürme suçunu işlemek ister. Ancak ölüm sonucu failin açtığı yaranın enfeksiyon kapması sonucu gerçekleşir. Yahut failin tekmesi mağdur yerine bisiklete gelir, bisiklet de mağdurun üzerine devrilir⁸⁸⁵.

Bir görüşe göre nedenselliğin önemli derecede sapmasının objektif olarak ele alınması yanlıştır. Burada failin nedenselliği algılaması bakımından sübjektif bir değerlendirmeye gidilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Şöyle ki nedenselliğin değişimi söz konusu olduğunda failin fiilinden kasten sorumlu tutulabilmesi için nedenselliğin genel hayat tecrübesine göre öngörülebilir olması yeterli olmamalıdır. Bundan ziyade nedensellikteki değişim, genel hayat tecrübesine göre failin suç planındaki tipik tehlikelere ilişkin olmalıdır. Bu tehlikelerin failin fiili icrası sırasındaki olguya dayalı farkındalığı/bilinci (*sachgedankliche Mitbewusstsein*) kapsamında değerlendirilebiliyor olması gerekir. Bu halde nedensellikteki sapma önemsiz kabul edilmelidir⁸⁸⁶.

Roxin ise plan gerçekleştirmeyi (*Planverwirklichung*) sübjektif isnadiyetin bir kıstası olarak önermektedir⁸⁸⁷. *Schlehofer*'a göre fail eğer nedensellik bağının olası sapmalarından haberdar ise sübjektif olarak bundan sorumlu tutulmalıdır⁸⁸⁸. *Schroth*'a göre fail, neticenin sebebi olan fiilinin olası risklerinden/tehlikelerinden haberdar ise ondan sorumlu olmalıdır. Mağdurun içmesi için ona zehir gönderen fail, mağdur zehri içerken soluk borusuna kaçırır öyle ölürse bu ölüm neticesinden sorumlu olacaktır. Ancak hemofili hastası mağdurun taşlı saldırı sonucu kan kaybından ölmesinden fail sorumlu olmayacaktır⁸⁸⁹.

⁸⁸⁵ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.118, Kn.377.

⁸⁸⁶ Kindhäuser, LPK-StGB, §16, s.201-202, Kn.17.

⁸⁸⁷ Roxin, AT I, §12, s. 438, Kn.6.

⁸⁸⁸ Schlehofer, Horst, Vorsatz und Tatabweichung: Zur Auslegung der §§16 Abs.1 Satz 1, 22 StGB, Köln: Carl Heymanns, 1996, s.174 vd; Kühl, AT, §13, s.459, Kn.45a.

⁸⁸⁹ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.97; Kühl, AT, §13, s.460, Kn.45b.

Bir başka görüşe göre ise nedensellik bağı suç tipinin ne objektif ne de sübjektif yönü ile ilgilidir. Eğer sapan tehlike ve bundan kaynaklanan netice, fiilin içindeki tehlikeden oluşmaktaysa, bu sapma önemsizdir⁸⁹⁰.

Ancak önemli bir sapma mevcutsa –objektif isnadiyet ortadan zaten kalkmadığı düşünülse bile- bu durum en geç kast safhasında önem arz etmelidir. Bunun gerekçesi şudur: kast zaten her zaman suç tipinin de belirli bir şekilde gerçekleştirilmesini kapsar ve fail de en azından nedensellik bağına ilişkin kendi temel/maddi tasarısını bilmiş olmak zorundadır⁸⁹¹. Kanaatimizce de nedensellik bağındaki değişimlerin hem failin yarattığı tehlike alanının içerisinde olması hem de failin bunlardan haberdar olması gerekir.

b. Objektif isnadiyet sorunu olarak nedensellik bağında sapma

Bir görüşe göre nedensellik bağındaki sapmanın maddi unsur hatasını oluşturup oluşturmadığına bakmadan önce failin bu neticeden objektif olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı değerlendirilmelidir⁸⁹². Fiilin objektif olarak faile isnadı mümkün ise bu aşamadan sonra nedensellik bağında hata hususu ele alınmalıdır. Nedenselliğin atipik gelişimi sonucu neticeden objektif olarak sorumlu tutulabilme (objektif isnadiyet) mümkün değilse zaten objektif suç tipinin uygulanma ihtimali ortadan kalkar ve maddi unsur hatasından bahsetmek mümkün olmaz⁸⁹³.

Objektif isnadiyet, fiil ve netice arasındaki ilişkiye ait bir değerlendirme olup, varlığını kastın kapsamına dahil etmek mümkün değildir⁸⁹⁴. Nedenselliğin bilinmesi kastın bir şartı olmayıp, bu konudaki bilgisizliği, nedenselliğin önemli veya önemsiz kısımlarına ilişkin olsa da maddi unsur hatası teşkil etmeyecektir⁸⁹⁵. Kast için gerekli olan bilme daha ziyade objektif isnadiyeti temellendiren fiili olguları bilmeyi kapsamaktadır⁸⁹⁶. Yani fail korunan

⁸⁹⁰ Wolter'in görüşü için bkz. Kühl, AT, §13, s.460, Kn.45c.

⁸⁹¹ Heinrich, AT, §30, s.464-465, Kn.1090.

⁸⁹² Jescheck/Weigend, AT, §29, s.312; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.118, Kn.375.

⁸⁹³ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.118, Kn.375.

⁸⁹⁴ Kudlich, Objektive und subjektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht – eine Einführung, JA, 2010, s.687

⁸⁹⁵ Roxin, AT I, § 12 C, s.512, Kn.154; İçel, Genel Hükümler, s.491.

⁸⁹⁶ Kudlich, Objektive und subjektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht – eine Einführung, JA, 2010, s.687; Roxin, AT I, § 12 C, s.512, Kn.154.

hukuki değeri, izin verilmeyen bir tehlikeye soktuğunu bilmelidir. Fail, neticenin gerçekleşmesini istiyorsa veya kabulleniyorsa kastın bilişsel ve iradi unsurları mevcut demektir⁸⁹⁷.

Genellikle failin beklediği/umduğu ve objektif olarak ona isnat edilebilen nedensellikten sapan nedenselliğin de objektif olarak faile isnat edilebiliyor olması gerekir. Bu durumda sapma önemsizdir ve kastın oluşumu engellenmemektedir. Bunun nedeni de failin fiilinin yarattığı tehlikenin, korunan konuya zarar verilmesi bakımından tipik olmasıdır. Örneğin fail mağdurun boğulması için onu köprüden atsa ancak mağdur köprünün bacağına çarparak hayatını kaybetse nedensellikteki sapmanın bir önemi bulunmamaktadır⁸⁹⁸. Çünkü failin yarattığı “köprünün bacağına çarpma” tehlikesi de “boğulma” tehlikesi gibi kasten öldürme suç tipinin sınırları dahilindedir. Bu örnekte her ne kadar fail bu ihtimali hesaplama da önemli ölçüde öngördüğü için kastın varlığı kabul edilmektedir. Burada sapmanın önemli olup olmaması belirleyici olmuştur. Ancak failin zihnindeki nedenselliğe ilişkin düşünce bir değer yargısıdır ve failin kastının olup olmamasının buna göre belirlenmesi anlamsızdır⁸⁹⁹.

Yine failin mağdura öldürme amacıyla balta sapıyla vurması ancak mağdurun aldığı yara sonucu kapıldığı enfeksiyonla ölmesinde de nedensellikteki sapma önemsiz kabul edilecektir. Ancak suçun hazırlık hareketleri aşamasında neticenin gerçekleşmesi bu kapsamda değerlendirilemez. Örneğin fail bombayı yerleştirirken bomba patlasa ve insanlar ölse, failin sorumluluğu taksirle öldürmeye göre belirlenecektir. Çünkü burada gerçekleşen netice failin kastının kapsamındaki tehlike sonucu gerçekleşmemiştir⁹⁰⁰.

Nedensellikte öngörülemez sapmalar objektif isnadiyeti ortadan kaldırmaktadır. Çünkü gerçekleşen netice hem failin düşündüğünden farklıdır hem de failin hakimiyet alanında değildir. Klasik ambulans örneğinde gerçekleşen ölüm neticesi tesadüfi olup faile

⁸⁹⁷ Roxin, AT I, § 12 C, s.512, Kn.154.

⁸⁹⁸ Jescheck/Weigend, AT, §29, s.312.

⁸⁹⁹ Roxin, AT I, § 12 C, s.512, Kn.153.

⁹⁰⁰ Jescheck/Weigend, AT, §29, s.312.

isnat edilemez. Sorumluluğu öldürmeye teşebbüse göre belirlenir⁹⁰¹. *Roxin*'e göre bunun sebebi ölüm sonucunun failin planı dahilinde kabul edilememesidir. Suçun tamamlanmış halinden sorumluluk söz konusu değildir. Çünkü suç tipinin objektif yönü gerçekleştirilmemiştir⁹⁰².

A'nın B'yi köprüden atması örneğinde ise durum farklıdır. A'nın isteği B'nin ölmesidir. B'nin boyun kırılması veya boğulma suretiyle ölmesi A açısından fark etmemektedir. Nitekim bu iki ihtimal de köprüden atarak öldürme hareketi bakımından birbirine denktir. Bu durumda failin planı başarılıdır. Sadece objektif unsur değil subjektif unsur (kast) da gerçekleştirilmiştir⁹⁰³.

Yukarıdaki örnekte olduğu gibi nedensellik bağında sapma sonucu neticenin değil de neticenin gerçekleşme şeklinin değiştiği durumlarda kural olarak kasten sorumluluk engellenir. Bunun istisnası ise failin tasavvurundaki nedensellik ile gerçekleşen nedenselliğin birbirine denk olması halidir⁹⁰⁴. Yukarıdaki örnek de istisnai hale dahildir. Bu durumda failin kasten sorumluluğu engellenmez. Çünkü fail netice için hareket eder, onun gerçekleşme şekli için değil⁹⁰⁵. Örneğin A, öldürme amacıyla B'ye ateş eder, ancak B kenara çekilir ve mermi cama gelir. Düşen cam B'nin boynunu kırar. Burada A'nın planı başarılıdır. Çünkü istediği netice gerçekleşmiştir. Failin tasavvurundaki netice ile gerçekleşen netice birbirine uygundur. Ayrıca failin, fiilin işleniş tarzına ilişkin düşüncesi de önem arz etmemektedir⁹⁰⁶.

İstisnai olarak faile objektif olarak isnat edilebilecek -failin tasavvurundaki- nedensellikten sapmalar farklı bir hukuki-ahlaki değerlendirme gerektirebilir. Bu durumda sapma önemlidir ve kastı engelleyen maddi unsur hatası mevcuttur. Bu durumda kural olarak teşebbüsten sorumluluk söz konusu olmalıdır. Çünkü hata sadece neticenin gerçekleşme

⁹⁰¹ Kühl, AT, §13, s.458, Kn.42; Gropp, AT, §13, s.583, Kn.128-131; Roxin, AT I, § 12 C, s.513, Kn.155.

⁹⁰² Roxin, AT I, § 12, s.513, Kn.155.

⁹⁰³ Roxin, AT I, § 12, s.513, Kn.155.

⁹⁰⁴ Buradaki denklikten kasıt, tasavvur edilen ve gerçekleşen neticelerin failin eseri olması ve aynı suç tipi kapsamında değerlendirilebiliyor olmasıdır. Nedensellikte denk olmayan sapmaya örnek olarak şu gösterilebilir: Klasik ambulans örneğinde olduğu gibi nedenselliğe başka bir etken eklenir ve netice failin eseri olmaktan çıkar veya fail, mağdura sarhoş etme amacıyla etkisi hafif bir ilaç içirir; ancak ilacın etken maddesine alerjisi olan mağdur ölür.

⁹⁰⁵ Roxin, AT I, § 12, s.514-515, Kn.158.

⁹⁰⁶ Roxin, AT I, § 12, s.514-515, Kn.158.

biçimine ilişkindir⁹⁰⁷. Örneğin A, isyancı olan B'nin öldürülmesi konusundaki emri diğer kolluk görevlisine ulaştırmıştır ve B'nin öldürülmesine yardım etmiştir. Ancak B başka bir kolluk kuvveti tarafından kendi inisiyatifi doğrultusunda, yani emrin dışında öldürülmüştür. A'nın haberleşme suretiyle B'nin öldürülmesi emrini iletmesi ve B'nin ölmesi sonucu A'nın tamamlanmış öldürmeye yardımından sorumluluğu söz konusu değildir ve bu sonuç ona objektif olarak isnat edilemez. Çünkü A, emri yerine getirmek istemiştir, diğer kolluk görevlisinin keyfi kararını değil. Bu sebeple diğer kolluk görevlisinin keyfi kararı sonucu gerçekleştirdiği sonuçtan sorumlu değildir⁹⁰⁸.

Uygulama olağandışı nedensellik bağı sorunlarını genellikle kast kapsamında ele alarak konuyu sübjektif isnadiyetle değerlendirmiş olmakta; ancak hayatın genel tecrübeleri, öngörülebilirlik gibi ölçütleri kullanarak yine objektif isnadiyet kriterine dayanmış olmaktadır⁹⁰⁹. *Roxin*'e göre uygulamanın ortaya koyduğu formüldeki⁹¹⁰ uygun/öngörülebilir sapma ve başka türlü değerlendirmenin mümkün olmaması şeklindeki iki gereklilik de doğru olup öğretinin bu iki kriterin maddi unsur hatasıyla ilgili olup olmadığını değerlendirmesi hatalıdır. İlk kriter olan uygun/öngörülebilir sapma (düşünülen ve gerçekleşen nedensellik) suç tipinin objektif yönünden sorumluluğa ilişkin bir konudur. Bu kriter öğretide kabul görmektedir. İkinci kriter ise (hukuki değerlendirme) failin kastından objektif olarak sorumlu tutulup tutulmayacağına ilişkindir. Kasttan sorumluluk için hata öğretisinden bağımsız bir objektif isnadiyet gerekliliği ve bundan dolayı ikinci kriter olan “failin başka türlü değerlendirmeyi gerektirmesi” ölçütü göz ardı edilmektedir⁹¹¹.

⁹⁰⁷ Jescheck/Weigend, AT, §29, s.312.

⁹⁰⁸ Jescheck/Weigend, AT, §29, s.313.

⁹⁰⁹ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.118, Kn.376.

⁹¹⁰ Kast nedenselliği tüm detaylarıyla birlikte olmasa da kapsamalıdır. Eğer nedensellik bağındaki sapma genel hayat tecrübelerine içerisinde öngörülebilir ise ve fiili haklı çıkaracak başka bir yol yoksa kast olduğu gibi kalır (BGHSt 7,329).

⁹¹¹ Roxin, AT I, § 12, s.515, Kn.159.

c. Nedensellik bağında sapma konusunda özel sorunlar ve çözümleri

i. Failin neticeyi tasavvur ettiğinden erken gerçekleştirmesi

Failin gerçekleştirmek istediği neticeyi tasavvur ettiğinden erken gerçekleştirmesinden kasıt, failin birden fazla hareketinin olduğu ve neticeyi sonraki hareketi ile gerçekleştirdiğini zannederken aslında önceki hareketi ile gerçekleştirmesidir. Fail gerçekleştirmek istediği neticeyi, neticeyle doğrudan ilgili olmayan bir davranışla gerçekleştirirse burada failin erken tamamlanması (*vorzeitiger Vollendung*) söz konusu olur. Örneğin fail mağduru anestezi ile bayılttıktan sonra asmak ister, ancak mağdur anestezi sonucu yaşamını kaybeder⁹¹². Bir başka örnek olarak, fail mağduru ormana götürüp öldürmek ister. Bunun için mağduru bağlayıp arabasının bagajına koyar. Mağdur yolda havasızlıktan ölür⁹¹³.

Bir görüşe göre erken tamamlanmada sapma önemsiz kabul edilir ve fail ilgili suçtan kasten sorumlu olur. Çünkü fail zaten teşebbüs alanına giriş yapmıştır⁹¹⁴. Aynı yöndeki başka bir görüşe göre ise eğer netice genel hayat tecrübesine göre failin tasavvurundaki nedenselliğin içerisinde normal kabul edilebilirse sapma önemsiz kabul edilmelidir ve fail ilgili suçu kasten tamamlamış kabul edilmelidir⁹¹⁵. Aksi görüşe göre ise fail teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır. Çünkü gerçekleşen netice onun tasavvur ettiği nedensellik sonucu gerçekleşmemiştir⁹¹⁶. Diğer bir görüşe göre ise ilk hareket failin işlemeyi tasarladığı suçun hazırlık hareketi olarak değerlendirilmesine rağmen neticeyi gerçekleştirirse buradaki sapma önemlidir ve neticeden sorumluluğu taksire göre belirlenmelidir. Çünkü hazırlık aşamasında kasta dair bir nedensellik ilişkisi kurulamamıştır⁹¹⁷. Başka bir görüşün çözümüne göre olayımızdaki netice faile objektif olarak isnat edilebilir. Nedensellik bağındaki sapmanın esaslı veya esassız olması problemine geçmeden önce başka bir gerekçe ile failin kasten öldürmeden cezalandırılabilir olup olmadığı kontrol edilmelidir. Fail, mağduru öldürme

⁹¹² Kindhäuser, LPK-StGB, §16, s.202, Kn.19.

⁹¹³ Heinrich, AT, §30, s.465-466, Kn.1091.

⁹¹⁴ Stratenwerth, AT, s.103, Kn.283.

⁹¹⁵ Welzel, Das Deutsche Strafrecht (1969), s.74.

⁹¹⁶ Jakobs, AT, s.300-301, Kn.76; Kindhäuser, LPK-StGB, §16, s.202, Kn.21.

⁹¹⁷ Kühl, AT, §13, s. 462, Kn.48a.

failinin icrasına doğrudan başlamamıştır. Failin ilk hareketi kasten öldürme bakımından hazırlık hareketidir. Kasten öldürmenin doğrudan icrasına ormanda başlayacaktı, bu sebeple meydana gelen ölüm teşebbüs aşamasının öncesinde gelişmektedir. Failin cezai sorumluluğu fikri içtima kapsamında kasten yaralamanın nitelikli hali ve taksirle öldürmeye göre belirlenmelidir⁹¹⁸. Ayrıca ilgili hareket, hazırlık hareketi olma sınırını aşp teşebbüs sınırına giriyorsa ilgili suça teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir⁹¹⁹.

Kanaatimizce de gerçekleşen netice, genel hayat tecrübesine göre failin tasavvurundaki nedenselliğin içerisinde normal kabul edilirse, sapma önemsizdir. Bu durumda failin sorumluluğu kasten tamamlanmış fiile göre belirlenmelidir. Ancak, gerçekleşen nedensellik genel hayat tecrübeleri içerisinde, failin tasavvurundaki nedensellik kapsamında ele alınamaz ise, failin sorumluluğu ilgili suça teşebbüse göre belirlenmelidir.

ii. Failin neticeyi tasavvur ettiğinden geç gerçekleştirmesi

Failin neticeyi tasavvur ettiğinden geç gerçekleştirmesi, failin birden fazla hareketinin olduğu ve neticeyi önceki hareketi ile gerçekleştirdiğini zannederken aslında sonraki hareketi ile gerçekleştirdiği durumudur. Burada netice, failin neticeyi gerçekleştirdiğini zannettikten sonra işlediği bir fiil ile gerçekleşmektedir. Örneğin fail mağduru öldürme amacıyla döver ve öldürdüğünü düşündüğü mağduru evin camından aşağı atar; ancak fail düşme sonucu hayatını kaybeder⁹²⁰. Diğer bir örnek olarak fail A, B'yi öldürüp cesedinden kurtulmak için de onu fosseptik çukuruna atmayı düşünür. A, baltayla B'ye vurur ve onu ağır bir şekilde yaralar, ancak B'nin ölümü suda boğularak gerçekleşir. A ise B'nin çoktan ölmüş olduğunu düşünmektedir⁹²¹.

Burada ölüm neticesi dövme veya baltayla darbe sonucu meydana gelmemiştir. Her iki örnekte de fail ikinci hareketi yaparken bedenin yaşayan bir insana ait olduğunu bilmemektedir. Bu bakımdan maddi unsur hatası uyarınca failin öldürme kastının engellendiği

⁹¹⁸ Heinrich, AT, §30, s.465-466, Kn.1091; Roxin, AT I, §12C, s.526-527, Kn.184; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.118, Kn.377.

⁹¹⁹ Roxin, AT I, §12C, s.526-527, Kn.184; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.118, Kn.377.

⁹²⁰ Kindhäuser, LPK-StGB, §16, s.202, Kn.22.

⁹²¹ Heinrich, AT, §30, s.466, Kn.1092.

kabul edilebilir. Burada ölüm sonucu, faile objektif olarak isnat edilebileceği için objektif unsurların oluşumu engellenmemektedir. Bu bakımdan çözüm sadece sübjektif unsur bakımından söz konusudur⁹²².

Bu tür özel durumları çözmek amacıyla doktrinde farklı öneriler ileri sürülmektedir. Eskiden hakim olan ancak modern öğreti tarafından pratik olmadığı gerekçesiyle savunulmayan **“olası kast” öğretisine** göre her iki davranış da bir fiil oluşu kapsamında değerlendirilir. Burada bütüncül bir kast söz konusu olup, davranışlar arasında bir ayrıma gitmeye gerek yoktur ve böylece ikinci davranış da kast kapsamındadır. Sorumluluk tamamlanmış ve kasten işlenmiş suça göre belirlenmelidir⁹²³.

Uygulamada ve doktrinin bir kısmında tamamlanmış kasti fiilden sorumluluk kabul edilmektedir⁹²⁴. Gerekçesi de failin neticeyi umarak kasten işlediği birinci fiil olmadan ikinci fiili işleyemeyecek olmasıdır. Bu sebeple birinci hareket dolaylı olarak ölüm sonucu bakımından nedenseldir. Bu durum gerçekleşen nedenselliğin, failin düşündüğü nedensellikten önemsiz ölçüde sapmasıdır⁹²⁵. Nedensellikteki önemsiz sapma öngörülebilir olduğu için ikinci davranış da olası kast kapsamında ele alınmaktadır⁹²⁶.

Bu görüşü eleştiren bir başka görüşe göre kastın diğer hareketleri kapsayacak şekilde ileri etki etmesi burada kabul edilmez. Çünkü fail kişiyi herhangi bir şekilde değil, aksine gayet belirli bir şekilde öldürmek istemiştir⁹²⁷.

Ayrılma teorisine⁹²⁸ göre ise olayda gerçekleşen iki davranış birbirinden bağımsızdır. Fail ilk hareketiyle istediği neticeyi gerçekleştirememiş ve öldürme suçu

⁹²² Heinrich, AT, §30, s.466, Kn.1092.

⁹²³ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.119, Kn. 379; Welzel, Das Deutsche Strafrecht (1969), s.74. Ancak mağdurdan kurtulma düşüncesi ilk fiili işlerken yoksa; yani bu düşünce ilk defa ilk hareket olan öldürmeden sonra gerçekleşirse bu durumda failin sorumluluğu öldürmeye teşebbüs ve taksirle öldürmeye göre belirlenir. Fikri içtima kuralları uygulanmaz (Welzel, Das Deutsche Strafrecht (1969), s.74).

⁹²⁴ Kühl, AT, §13, s.460-461, Kn.47; bu görüşler için bkz Gropp, AT, § 4, s.154vd., Kn.134vd; Heinrich, AT, §30, s.468, Kn.1098; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.119, Kn. 381vd.; Jescheck /Weigend, AT, §29, s.314vd.

⁹²⁵ Kühl, AT, §13, s.461, Kn.47; Jakobs, AT, s.301-303, Kn.77-79.

⁹²⁶ Kindhäuser, LPK-StGB, §16, s.202, Kn.23-24.

⁹²⁷ Heinrich, AT, §30, s.467, Kn.1093.

⁹²⁸ Kühl, AT, §13, s. 461, Kn.48, Kn.1094; Kindhäuser, AT, §2, s.229, Kn.52; Lackner/Kühl, §15, s.102, Kn.11; Gropp, AT, § 4, s.155, Kn.135.

teşebbüs aşasında kalmıştır. Yani netice yarattığı tehlike sonucu gerçekleşmemiştir. Bu sebeple neticenin objektif olarak isnadiyeti söz konusu değildir. İkinci hareketinde ise fail maddi unsur hatasına düşmüştür. Çünkü hareketi yaparken karşısındakinin canlı insan bedeni olduğunu bilmemekte ve onu bir ceset zannetmektedir. Bu sebeple kasten değil taksirle öldürmeden sorumlu tutulmalıdır⁹²⁹. Bu görüşe karşı olanlar fiillerin birbirinden keyfi bir şekilde ayrıldığını ve failin haksız bir şekilde avantajlı konuma getirildiğini belirtmişlerdir. Diğer bir eleştiri de kastın sadece hareket anında olması gerekliliğine yöneltmiştir. Failin netice gerçekleştiği zaman (olayda boğulma anı) öldürme kastının olup olmaması önemsiz kalmıştır⁹³⁰.

Nedensellikte hata öğretisine⁹³¹ göre ne kastın ileriye dönük bir etkisinin olduğu onaylanabilir ne de kast ikinci davranışa bağlanmalıdır. Bağlantı noktası daha çok kastla başlayan ilk davranıştır⁹³². Nedensellik bağında hata hakim görüşü, önemli-önemsiz sapma ayrımını kabul etmiştir. Bağlantı noktası failin ilk fiili olduğu için, bakılması gereken failin ikinci fiilinin etkilediği sonucun, failin düşündüğü nedensellik akışından önemli bir sapma teşkil edip etmediğidir. Bu ikinci davranışın fail veya bir üçüncü kişi tarafından yapılmasının bir önemi yoktur⁹³³. Genel hayat tecrübelerinin sınırları içerisinde öngörülebilir olan sapma, fiili hukuka uygun kılan başka bir değerlendirme de bulunmuyorsa önemsiz bir sapma olarak kabul edilir. Bu öğretiyi, somut olaylara göre kararların değişebildiği (*Einzelfallenentscheidungen*-case by case decisions) durumlarda haklı sonuçlara ulaşabilmeye imkan tanımaktadır. Olayımıza uygularsak, gerçekleşen nedensellik genel hayat tecrübelerine göre öngörülebilir olup gerçekleşen ve olması düşünülen nedenselliklerin arasındaki sapmanın önemsiz kabul edilmesi gerekir. Ayrıca netice, failin gerçekleştirmeyi istediğinden farklı bir netice değildir⁹³⁴. Bu haklı sonuca ulaşmanın bedeli ise dogmatik belirsizliktir. Yine

⁹²⁹ Kühl, AT, §13, s. 461, Kn.48, Kn.1094; Kindhauser, AT, §2, s.229, Kn.52; Lackner/Kühl, §15, s.102, Kn.11; Gropp, AT, § 4, s.155, Kn.135; Heinrich, AT, §30, s.467.

⁹³⁰ Heinrich, AT, §30, s.467, Kn.1094.

⁹³¹ Jescheck/Weigend, AT, §29, s.314; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.119, Kn.381.

⁹³² Jescheck/Weigend, AT, §29, s.314; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.119, Kn.381; Heinrich, AT, §30, s.468, Kn.1098.

⁹³³ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.119, Kn.383; Heinrich, AT, §30, s.468, Kn.1098.

⁹³⁴ Heinrich, AT, §30, s.468, Kn.1098; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.119, Kn.381; Jescheck/Weigend, AT, §29, s.314. *Vogel*'a göre ise iki nedensellik de fail için denk ise; yani fail düşüncede yine aynı şekilde davranacak idiyse kast mevcuttur (Vogel, LK-StGB, §16, s.1149-1150, Kn.72).

birçok olayda “önemsiz sapma” olduğu kabul edilebilir ve yukarıda bahsedilen nedenlerle reddedilmesi gereken “olası kast öğretisinde” olduğu gibi düzenli olarak aynı sonuca ulaşılır⁹³⁵.

Plan gerçekleştirme teorisine⁹³⁶ göre failin ilk hareketini gerçekleştirdiği zamanki kastı önem arz etmektedir. Fail ilk hareketinde öldürme kastıyla hareket etmişse, fail ilk hareketinde mağduru öldürmek istemiş ve ikinci fiili sonucunda planı başarılı olmuştur. Nedensellik bağındaki bu değişim failin planı için önemsiz addedilmelidir. Eğer fail ilk fiilini gerçekleştirirken amacı sadece yaralama olsaydı, ölüm sonucunu istemeseydi de sadece mümkün görseydi veya hafife alsaydı, yani olası kastla hareket etseydi, o zaman birinci fiil sonucu öldüğünü düşündüğü mağduru aslında ikinci fiil sonucu öldürmesi failin planı kapsamında değerlendirilemezdi. Çünkü failin planı ölüm sonucuna yönelik değildir. Burada sadece teşebbüs sonucu kabul edilmelidir⁹³⁷. Bu görüş kasta ilişkin yapılan bu ayrımın kanunda bir dayanağı bulunmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁹³⁸.

Devam eden etki teorisine göre kasten sorumluluk sadece failin, ilk davranışını netice bakımından elverişli gördüğü durumda mümkündür⁹³⁹. Burada ilk fiil sonucu ortaya çıkan yaralamanın olayın devamında başka bir sebep tarafından kesintiye uğratılmaksızın öldürme sonucunu doğurup doğuramayacağı, yani sonuca elverişli olup olmadığı incelenmelidir. Bu görüş de, neticeyi doğrudan meydana getirmeyen bir durumun neticeye elverişliliğini ayrıca değerlendirdiği için eleştirilmiştir⁹⁴⁰.

Bütüncül kast teorisi failin ikinci fiilini en başından itibaren planlayıp planlamamasına göre bir ayrıma gitmektedir. Eğer ikinci fiil plana olayın başından dahilse kastın kapsamına girmektedir. Eğer sonradan alınan ikinci bir karara dayanıyorsa bu fiil bakımından kast reddedilmelidir. Bu görüş de failin aniden ve plansız davranışlarını temelsiz

⁹³⁵ Heinrich, AT, §30, s.468, Kn.1098.

⁹³⁶ Roxin, AT I, §12, s.523vd., Kn.177vd.; Gropp, AT, §4, s.154, Kn.135.

⁹³⁷ Roxin, AT I, §12, s.523, Kn.177vd, 184vd; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.119-120, Kn.382.

⁹³⁸ Heinrich, AT, §30, s.468, Kn.1097.

⁹³⁹ Schröder, LK-StGB (10. Auflage), §16, Kn.31; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.120, Kn.383; Heinrich, AT, §30, s.467-468, Kn.1096.

⁹⁴⁰ Heinrich, AT, §30, s.467-468, Kn.1096.

(haksız) bir şekilde avantajlı konuma getirdiği için eleştirilmiştir⁹⁴¹. Kanaatimizce bu teorinin bir diğer zayıf yanı da, kasta ilişkin yapılan ayırımın, plan gerçekleştirme teorisinde olduğu gibi, kanuni bir dayanağı olmamasıdır.

Kanaatimizce nedensellikte hata öğretisinin önemli-önemsiz sapma ayırımına gidilmesi ve failin sorumluluğunun buna göre belirlenmesi yerinde olacaktır. Çünkü bu teoriyle, failin haksız yere avantajlı konuma getirilmesi engellenmektedir.

iii. Serbest hareketli suçlar

Serbest hareketli suçlar, yani kanun koyucunun fiilin işlenişi bakımından özel bir şekil öngörmediği suçlar⁹⁴² özellik arz etmektedir. Kanun koyucu burada öldürme şeklini silahla ateş ederek, vurarak, bıçaklayarak, yüzme bilmemesinden faydalanarak vs. şeklinde ayrıntılı olarak belirleyebilirdi. Kanunda örnekleme yapıldıysa “seçimlik unsurlardaki hata önemsizdir” ilkesi uyarınca buradaki hata da önemsiz olacaktır. Örneğin fail, yüzme bilen mağdurun yüzme bilmediğini zannederek onu havuza itse ve yüzme bilmemesinden faydalanmak suretiyle öldürmek istese -ki buradaki hareketi tamamen elverişsiz olacak- ve sonuç da fail için öngörülemez olan köprü bacağına çarparak ölüm olsa, burada öldürmeye teşebbüs (elverişsiz teşebbüs Alman hukukunda cezalandırılıyor) ve taksirle öldürme (fiil birliği içerisinde, fikri içtima kapsamında) söz konusudur. Buradaki fark, failin saldırısının elverişsizliğinde yatmaktadır. Aynı şey, failin değersiz bir heykeli insan zannettiği durumda da geçerlidir. Yani belirleyici olan nedenselliğin düşünülenden ne ölçüde saptığı, yani sapmanın önemli olup olmaması değil, saldırı aracının elverişliliğidir⁹⁴³.

5. SEÇİMLİK UNSURLARDA HATA

a. Genel olarak

Fail suçun kanuni tanımındaki bir unsuru gerçekleştirmek isterken kanuni tanımda seçimlik olarak yer alan diğer bir unsuru gerçekleştirirse burada seçimlik unsurda hata söz

⁹⁴¹ Heinrich, AT, §30, s.467, Kn.1095.

⁹⁴² Örneğin kasten öldürme suçu (TCK m.81/StGB m.212).

⁹⁴³ Schröder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA, 1979, s.328.

konusudur⁹⁴⁴. Yani fail suç tipindeki bir unsuru bilmeyerek hataya düşüyor; ancak somut olaydaki ilgili unsur yine aynı suç tipi kapsamında değerlendiriliyor⁹⁴⁵. Failin hataya düşebileceği seçimlik unsurlar; hareketin özelliği, işleniş şekli, fiil araçları, konu, mağdur veya neticeye ilişkin olabilir⁹⁴⁶. Örneğin TCK m.116'ya göre bir konut eklentisine izinsiz girmek isteyen fail aslında bir konuta girerek konut dokunulmazlığını ihlal ederse, burada seçimlik olan konuda hata söz konusu olacaktır.

Seçimlik unsurlarda hata, bünyesinde iki tür hata barındırmaktadır. Bunlardan birincisi bilmeme şeklindeki olumsuz/negatif hatadır. Fail objektif olarak olayda mevcut olan unsuru bilmemektedir. İkincisi ise yanlış bilme şeklindeki olumlu/pozitif hatadır. Fail olayda bulunmayan unsurun bulunduğunu zannetmektedir⁹⁴⁷. Bu sebeple bazı yazarlarca bu tür hatanın çifte maddi unsur hatası (*doppelten Tatbestandsirrtum*) olduğu savunulmuştur⁹⁴⁸.

Burada failin, düşündüğünden başka bir seçimlik unsur üzerinde suç işlemesi durumunda kastının etkilenip etkilenmeyeceği hususu tartışmalıdır. Seçimlik unsurlarda hata bir görüşe göre hukuki yorum/değerlendirme hatası (*Subsumtionsirrtum*)⁹⁴⁹, başka bir görüşe göre ise neticede sapma⁹⁵⁰ olarak ele alınmaktadır ve buna göre de kastın etkilenmesine ilişkin soruya verilen cevaplar değişiklik arz etmektedir.

Seçimlik unsurlarda hatayı hukuki yorum/değerlendirme hatası (*Subsumtionsirrtum*) olarak ele alan görüşe göre failin hatası önemsizdir ve suç işleme

⁹⁴⁴ Kühl, AT, §13, s.447, Kn.16a; Heinrich, AT, §30, s.475, Kn.1113a.

⁹⁴⁵ Schröder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA, 1979, s.321.

⁹⁴⁶ Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree/Wessels-FS, s.267.

⁹⁴⁷ Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree/Wessels-FS, s. 267-268.

⁹⁴⁸ Roxin, AT I, §12, s.504,Kn.136; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.112, Kn.359; Bindokat, Heinrich, Zur Frage des doppelten Irrtums, NJW, 16. Jahrgang-1. Halbband, München, Berlin und Frankfurt am Main: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1963, s.745-748, s.745vd.; Haft, Fritjof, Der doppelte Irrtum im Strafrecht, JuS 1980, Heft 6, s.430-436, s.435.

⁹⁴⁹ Seçimlik unsurlarda hatanın somut olaya göre hukuki yorum/değerlendirme hatası veya hedefte sapma şeklinde ortaya çıkabileceğine ilişkin bkz.Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.272-273. Seçimlik unsurlarda hata bir görüşe göre esaslı hatadır, bu bakımdan birbirine denk olan seçimlik unsurlarda hatada failin kastı etkilenmemektedir. Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.113.

⁹⁵⁰ Schröder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA, 1979, s.321vd. Haft bu hatayı konuda hata olarak ele almaktadır. Haft, Der doppelte Irrtum im Strafrecht, JuS 1980, s.435. Hillenkampf da bu hatayı konuda hata olarak ele almaktadır. Bu konuda bkz. Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.271; Schröder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA 1979, s.324.

kastı etkilenmemektedir⁹⁵¹. Örneğin hukuka aykırı olarak ölüden organ alan kimse, aldığı organı doku zannetse dahi TCK m.91/2 uyarınca organ veya doku ticareti suçundan cezalandırılacaktır. Çünkü TCK m.91/2’de organ ve doku seçimlik konular olarak belirlenmiştir. Failin, organı doku zannetmesi kastı etkilemeyen önemsiz bir hukuki yorum/değerlendirme hatasıdır. Bu tür hata neredeyse tüm seçimlik unsurlarda meydana gelebilir. Örneğin, konut dokunulmazlığı suç tipinde ev-iş yeri veya belgede sahtecilik suçları bakımından belge-teknik kayıt ayrımında olduğu gibi. Bu tarz durumlarda değerlendirme hatası kast bakımından önemsizdir⁹⁵².

Yukarıda yer alan örnekteki bir konut eklentisine izinsiz girmek isteyen fail, aslında bir konuta izinsiz girerse failin konut dokunulmazlığı suç tipine ilişkin kastı engellenmemektedir. Cezalandırılması ise bir konuta girmek suretiyle konut dokunulmazlığını ihlalden olmalıdır. Çünkü burada aynı şekilde korunan, bir üst başlık altında toplanabilen⁹⁵³ birbirine denk⁹⁵⁴ konuların –yabancı bir hakimiyetin bulunduğu kapalı bir alan- bir yelpazesi sunulmuş olmaktadır⁹⁵⁵. *Roxin* bu unsurların denk olmaması durumunda somut olayda mevcut seçimlik unsur bakımından kastın engelleneyeceğini, failin hedeflediği seçimlik unsur bakımından ise teşebbüs sorumluluğunun söz konusu olacağını ifade etmektedir⁹⁵⁶.

Öğretide kanunda yer alan seçimlik unsurların ayrıntılı bir şekilde ve sınırlı sayıda sayıldığı hallerde bu unsurlarda düşülen hatanın önemsiz olduğu savunulmaktadır⁹⁵⁷. Bu görüşün temsilcilerinden *Rudolphi*’ye göre eğer kanun koyucu sınırlı sayılı seçimlik unsur belirtiyor ve bu unsurlarla aynı haksızlık unsurunu işaret ediyorsa; bu seçimlik unsurlara

⁹⁵¹ Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.273.

⁹⁵² Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.273. *Roxin*, belge ve teknik kaydın her ne kadar bir suç tipi altında düzenlenseler de birbirlerine denk kabul edilmeyeceği için bunlar bakımından düşülen hatanın kastı engelleyeceğini belirtmektedir (Roxin, AT I, 12, s.504, Kn.136). İfade etmek gerekir ki Alm.CK. m.123’te, TCK m.116’dan farklı olarak, konut dokunulmazlığının ihlali suç tipinde konut ve işyeri denk unsurlar olarak belirlenmiştir. TCK m.116’da ise konut ve açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutlak olan yerler dışında kalan işyeri birbirine denk olmayan unsurlar olarak düzenlenmiştir.

⁹⁵³ Kindhäuser, AT (7. Auflage, 2015), §27, s. 224, Kn.34.

⁹⁵⁴ Roxin, AT I, 12, s.504, Kn.136.

⁹⁵⁵ Kühl, AT, §13, s.447, Kn.16a; Kindhäuser, AT, (7. Auflage, 2015), §27, s. 224, kn 34; Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.69; Roxin, AT I, 12, s.504, Kn.136.

⁹⁵⁶ Roxin, AT I, 12, s.504, Kn.136. Aksi görüş için bkz. Schröder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA, 1979, s.326vd.; Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.273.

⁹⁵⁷ Schröder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA, 1979, s.325, 327; Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, s.40.

ilişkin kast da aynıdır. Yani birine yönelik kast aslında diğerine de yönelik sayılmalıdır. Çünkü bu seçimlik unsurlar aynı haksızlığa yönelik cins unsurlardır⁹⁵⁸. Ancak bu düşünce maddi unsur hatası düzenlemesiyle (TCK m.30/1/ Alm.CK.m.16 I) uyumlu olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Kanun koyucu seçimlik unsurların hepsini kapsayacak bir unsurla maddeyi düzenleyebilirdi. Örneğin, konut dokunulmazlığını ihlal suçunda (TCK m.116/ Alm.CK. m. 123) “konut, eklenti, iş yeri” şeklinde unsurları ayrı ayrı düzenlemek yerine, bu unsurları kapsayacak şekilde “başkasının konut hakkı kapsamında belirlenmiş oda/alan” benzeri bir ifadeyle düzenleme yapabilirdi. Bu sebeple, seçimlik unsurlar cins de olsalar hepsi maddi unsur hatası düzenlemesi bakımından (TCK m.30/1/ Alm.CK.m.16 I) tek bir unsur değildir, ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Eğer her bir unsurun bağımsız olduğunu ve ona göre özel bir bilgiyi gerektirdiğini savunursak, gerçekleşen seçimlik unsur bakımından kast sorumluluğunun kalktığını kabul etmek gerekmektedir⁹⁵⁹.

Seçimlik unsurlarda hatayı neticede sapma olarak ele alan görüşe göre öncelikle hedeflenen ve fiile muhatap olan seçimlik unsurun niteliksel olarak denk olması hususu değerlendirilmelidir. Hedeflenen ve isabet eden konuların niteliksel olarak denk olması durumunda failin kastı olduğu gibi kalacaktır⁹⁶⁰. Örneğin fail, bir büyükelçiye silahla ateş eder, ancak mermi ilgili devletin başka hükümet üyesine isabet eder (TCK m.342, 82/1.g) Burada sapma gerçekleşmiştir. Ancak sapan netice de bir seçimlik unsurdur⁹⁶¹. Burada yabancı devletin iki ayrı temsilcisi de nitelik olarak aynı kabul edilirse fail, ilgili suçun tamamlanmış halinden sorumlu olacaktır. Seçimlik unsurların niteliksel olarak farklı özelliklere sahip olmasına ise şu örnek verilebilir: trafik güvenliğini tehlikeye sokma suç tipinde (TCK m.179/ Alm.CK. m.315 c) korunan hukuki değerler hayat, sağlık ve malvarlığıdır. Buradaki korunan hukuki değerler doğaları itibarıyla birbirlerinden farklıdır. Gece sarhoş bir şekilde araba kullanan kişi, yanından geçerek tehlikeye uğrattığı kişiyi heykel zannetse, bu suç tipindeki seçimlik bir diğer konuyu, yani değerli bir malı tehlikeye sokmuş

⁹⁵⁸ Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s. 276.

⁹⁵⁹ Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.276-277.

⁹⁶⁰ Schlüchter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Stree-Wessels-FS, s.104. Warda burada denklığe bakılmaksızın hedeflenen seçimlik unsur bakımından tamamlanmış kasti sorumluluğun reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir (Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.272).

⁹⁶¹ Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.272.

olacaktır⁹⁶². Ancak failin tahmin ettiği/düşündüğü (heykel) ve gerçekte olan (insanın vücut bütünlüğü) konuları arasında anlam bakımından önemli bir fark mevcuttur. Bu sebeple burada suç tipinin maddi unsurunda hata söz konusudur. Ancak bu hatanın bir maddi unsur hatası (*Tatbestandsirrtum*) olmadığını söylemek mümkündür. Çünkü olayda var olan ve var olduğu zannedilen iki konu da aynı suç tipine aittir⁹⁶³. Hedeflenen seçimlik unsur (heykel) bakımından, ilgili konu somut olayda mevcut olmadığı ve üzerinde bir tehlike meydana gelme ihtimali bulunmadığı için işlenemez suç söz konusudur. Bu halde failin fiili elverişli kabul edilemeyeceği için failin mala zarar verme suçuna teşebbüsten cezalandırılması mümkün değildir⁹⁶⁴. Gerçekleştirilen seçimlik unsur (yaşayan insan bedeni) bakımından ise failin taksirli sorumluluğu (TCK m.180) söz konusu olacaktır. Ancak gerçekleştirilen seçimlik unsur bakımından ise taksirli sorumluluğu kabul ettiğimizde de çoğu suçun taksirli halinin bulunmaması sorunuyla karşılaşılacaktır⁹⁶⁵.

b. Seçimlik unsurlarda hataya ilişkin özel durumlar

i. Seçimlik unsurların denk olması ve kastın seçimlik olarak belirlenmesi

Seçimlik unsurlar arasında nitelik ve nicelik anlamında bir fark olmadığı sürece, bu unsurlarda düşülen hata kasta ilişkin değildir⁹⁶⁶. Yaralamak suretiyle körlüğe veya kısırlığa sebep olunması örneğinde olduğu gibi seçimlik unsurlar arasında önemli bir fark varsa bu durumda seçimlik unsurlarda düşülen hata sonucu suçun kasten tamamlanmış halinden sorumluluk söz konusu değildir⁹⁶⁷.

Hillenkamp'a göre, eğer seçimlik unsur, fiil araçları ise ve fiil araçları aynı cins olmayıp, ancak kanun koyucu tarafından eşit uygunlukta farklı araçlar olarak düzenlendiyse seçimlik fiil araçlarında düşülen hata konuda hata (*error in obiecto*) olup önemsizdir.

⁹⁶² Örnek için bkz. Schröder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA, 1979, s.321.

⁹⁶³ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.68.

⁹⁶⁴ Sorunun Alman hukukuna göre çözümünde fail, fikri içtima kapsamında, hedeflediği konu bakımından trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçuna (elverişsiz) teşebbüs (Alm.CK. m.315c I-II) ve gerçekleşen konu bakımından ilgili suçun taksirli halinden (Alm.CK. m.315c III) sorumlu olacaktır.

⁹⁶⁵ Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.277-278.

⁹⁶⁶ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.68.

⁹⁶⁷ Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.268.

Örneğin, hırsız gece vakti bir başkasının konutuna “taklit anahtar”⁹⁶⁸ olduğunu zannederek, karanlıkta fark etmeyerek anahtarlığında asılı maymuncukla girse, buradaki hata konuda hatadır⁹⁶⁹.

Ancak fail, seçimlik hareketinin oluşturduğu haksızlık bakımından hataya düşse burada kast bakımından önemli bir hata mevcuttur. Madde metninde hareketler seçimlik de olsa davranışının özelliğini bilmediği için, failin gerçekleştirdiği davranış bakımından kastı bulunmamaktadır⁹⁷⁰. Örneğin, depresyon hastası olan mağduru silahla kafasına tek el ateş etmek suretiyle öldüren fail (=beden ve ruh bakımından kendisini koruyamayacak durumda bulunan kişiyi öldürme, TCK m.82/1.e), mağdurun bu özelliğini bilmeseyse, ancak ona karşı işlediği silahla ateş ederek öldürme fiilinin eziyet verici olduğunu düşünse (=eziyet çektirerek öldürme, TCK m.82/1.b), her iki seçimlik unsurun haksızlık içeriği birbirinden farklı olduğu için, failin bu unsurlardaki hatası önem arz edecek ve faile nitelikli hal uygulanamayacaktır. Fail hakkında TCK m.82/1.e’deki nitelikli hal uygulanamaz, çünkü fail mağdurun depresyon hastası olduğunu bilmemektedir. Fail hakkında TCK m.82/1.b’deki hal de uygulanamaz, çünkü failin kafaya tek el ateş ederek öldürme fiili, eziyet çektirerek öldürme kapsamında değerlendiremez. Eğer kanun koyucu, TCK m.82/1.b’deki canavarca hisle öldürme örneğinde olduğu gibi belirli şekilde gerçekleştirilen davranışların haksızlık içeriğini daha fazla bulup, onları daha ağır şekilde cezalandırıyorsa, bu durumda failin de davranışının bu özelliğini bilmesi⁹⁷¹ gerekmektedir⁹⁷².

Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin bir kararında⁹⁷³ fail, bir çiftlikte depolanan saman yığınının tarımsal ürün olduğu zannıyla yakar, ancak aslında saman yığını ev damını kapamak amacıyla oradadır. Yani aslında inşa malzemesi yakılmaktadır. Alman İmparatorluk

⁹⁶⁸ TCK m.142/2.d’de hırsızlık suçunun “*haksız yere elde bulundurulmuş veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak veya kilitlenmesini engellemek suretiyle*” işlenmesi bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Örnekteki maymuncuk, kanuni tanımdaki “diğer alet” kapsamında ele alınabilir. Taklit anahtar ve maymuncuk, cins eşyalar olmasa da aynı amaca hizmet eden, aynı uygunluktaki araçlardır.

⁹⁶⁹Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.271; Schröder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA 1979, s.324.

⁹⁷⁰ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.70.

⁹⁷¹ Hukukçu olmayan makul bir kişi gibi.

⁹⁷² Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.70.

⁹⁷³ RGSt. 35,285, 287.

Mahkemesi, burada failin hatasının kundaklama suçuna⁹⁷⁴ ilişkin kastını etkilemediği sonucuna varmaktadır⁹⁷⁵. Buna gerekçe olarak ise, özel somut vakıanın kundaklama suç tipi bakımından bir farklılık oluşturmayacağını, kanun koyucunun bir suç için birden fazla konu veya suçta kullanılan aracı düzenlediği durumda bunların birbirine denk olduğunu, bu sebeple failin kastının seçimlik unsur bakımından da geçerli olduğunu belirtmektedir⁹⁷⁶.

Bir görüşe göre seçimlik kast, sadece failin isteğinin ne yönde olduğunun belirlenemediği durumlarda geçerlidir. Failin kastının açık olduğu ve gerçekte örtüşmediği durumda seçimlik olarak kast belirlenmemelidir⁹⁷⁷. Tabii burada şüpheyi yenmek için kastın transfer edilmesinin doğruluğu tartışılabilir. *Baumann*, failin kastının ana fiilden her sapmasında, failin kastının gerçekleşen ve denk olan seçimlik unsura nakledilmesi gerektiğini savunmaktadır⁹⁷⁸. Çünkü aynı suç tipindeki haksızlık söz konusu olduğunda, kanun yapımındaki uzmanlaşma ve haksızlığın suç kalıplarına/da parçalanmasından failin faydalanamaması gerekir⁹⁷⁹. Kanaatimizce, bu düşünceye şu örneği vermek yerinde olacaktır: konut dokunulmazlığı suçunda, kanun koyucunun birbirine denk olan konut ve konutun eklentilerinin seçimlik olarak ayrı ayrı belirtmesi, kanun yapımındaki uzmanlaşmanın ve “başkasının huzur ve güven içerisinde barındığı alana izinsiz girme veya izinle girdikten sonra barınanın rızası hilafına oradan çıkmama” haksızlığının bir suç kalıbı içerisinde unsurlara parçalanmasının bir örneğidir. Eğer kanun koyucu ilgili düzenlemeyi yaparken bu unsurlara parçalama tekniğini kullanmasaydı, yani madde metninde “başkasının huzur ve güven içerisinde barındığı alana izinsiz girme veya izinle girdikten sonra barınanın rızası hilafına oradan çıkmama” gibi bir ifade kullansaydı, konut olduğu zannıyla konutun eklentilerine izinsiz giren fail bu hatasından faydalanamayacaktı. Bu bakımdan yukarıdaki görüş, failin

⁹⁷⁴ Alm.CK. m.306: “(1) Her kim, başkasına ait olan, 1. bina veya kulübeleri, 2. iş yerlerini veya teknik tesisleri, özellikle makineleri, 3. depoları veya depoda saklanan malları, 4. motorlu araçları, ray üzerinde, havada veya suda çalışan araçları, 5. ormanları, çalılıkları veya bataklıkları veya 6. tarımsal, gıdasal veya ormansal tesis veya ürünleri, ateşe verir veya yangın çıkarmak suretiyle, tamamen veya kısmen tahrip ederse, bir yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Hafif hallerde, ceza altı aydan beş yıla kadar hapis cezasıdır”. (Çeviri için bkz. Yenisey/ Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), s.427).

⁹⁷⁵ Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.269.

⁹⁷⁶ Schröder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA 1979, s.322.

⁹⁷⁷ Schröder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA 1979, s.322.

⁹⁷⁸ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (11. Auflage), §10, s.174vd, Kn.19vd.

⁹⁷⁹ Schröder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA 1979, s.323.

kanun koyucunun haksızlığı unsurlara parçalama tekniğinden faydalanmaması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş, ilgili haksızlığın seçimlik unsurlarının aynı suç kalıbında düzenlendiği durumlar için kabul edilebilir. Ancak ilgili haksızlık farklı suç tipleri olarak ele alınıyorsa, “kast, suç tipi temelli” olduğu için kastın doğrudan transferini kabul etmek mümkün olmayacaktır. Buna göre, kanun koyucunun konut dokunulmazlığını ihlal ve konut eklentisinin dokunulmazlığını ihlal şeklinde iki ayrı suç tipini düzenlediği varsayımında, konuta girmek isterken eklentiye giren fail, konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işleyemez, çünkü bu suçun konusu olan konut somut olayda yok. İşlenemez suç anlamına gelen konunun olayda bulunmaması, Türk hukukunda cezalandırılmamaktadır. Somut olayda konut eklentisinin dokunulmazlığının ihlali suçu da oluşmamaktadır, çünkü failin, girdiği yerin eklenti olduğuna ilişkin bir bilgisi bulunmamaktadır. Adil bir çözüme ulaşmak için kastın suç tipi temelli olması kuralına bir istisna getirilebilir ve tek farkı konu olan suç tiplerini tek bir suç tipi olarak ele almak mümkün olabilir⁹⁸⁰.

Binding’e göre suç tipinin her bir seçimlik unsuru kendi başına bir normdur ve bu normların ihlali için bağımsız, ilgili unsura yönelik bir kast gerekmektedir. Bu sebeple objektif olarak mevcut seçimlik unsuru bilmeyen failin kasten hareket ettiğini hiçbir koşulda kabul etmek mümkün değildir. Bunun altında ise her bir seçimlik unsurun ayrı bir norma vücut verdiği düşüncesi yatmaktadır⁹⁸¹.

Kuhlen’e göre eğer kanun koyucu seçimlik unsurları, aralarından birinin tanımı, açıklaması, örneklemesi şeklinde düzenliyorsa, buradaki hata kastı etkilemez. Aksi durumda seçimlik unsurlarda hata, kastı engellemektedir⁹⁸².

Wessels’e göre ise failin hataya düştüğü seçimlik unsurlar bakımından niteliksel bir fark varsa bu hata önemlidir⁹⁸³. Örneğin bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların

⁹⁸⁰ Belirtmek gerekir ki, konunun olayda bulunmayışını elverişsiz teşebbüs olarak nitelendiren ve elverişsiz teşebbüsü cezalandıran Alman hukuku bakımından bu öneri kabul edilemez. Çünkü, hataya düşen fail her halükarda cezasız kalmayacaktır.

⁹⁸¹ Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band 2, Schuld und Vorsatz, Hälfte 2: Der rechtswidrige Vorsatz Mit Sachregister zu Band 1 und 2, s.931vd.; Schröder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA, 1979, s.321.

⁹⁸² Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, s.512.

⁹⁸³ Wessels/Hettinger, BT 1, §24, s.336, Kn.1085; Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.269.

ticareti suçunu düzenleyen TCK m.186'da "*kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş, değiştirilmiş her tür yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilaçları satmak, tedarik etmek, bulundurmak*" cezalandırılmaktadır. Fail, sattığı karışımın kişilerin hayatını ve sağlığını bozacak nitelikte bir ilaç olduğunu düşünse, ancak sattığı karışım aslında kişilerin hayatını ve sağlığını bozacak türde değiştirilmiş bir içecek olsa, failin bu suça ilişkin kastı etkilenmez. Ancak *Wessels*'e göre bu unsurlardaki hatanın etkisi toptancı olarak ele alınmamalıdır. Failin düşündüğü ile gerçekte mevcut olan seçimlik unsurların nitelik olarak farklı haksızlıklara vücut verip vermediğine göre hatanın kast üzerindeki etkisi değişmektedir⁹⁸⁴. Örneğin fail tedarik ettiği karışımın sadece kişilerin sağlığını bozucu etkisi olan bir içecek olduğunu düşünüyorsa, ancak gerçekte tedarik ettiği şey kişilerin hayatını tehlikeye sokacak nitelikte bir ilaçsa, failin buradaki hatası önemlidir. Failin sorumluluğu, tasavvurundaki seçimlik unsura göre belirlenmelidir.

ii. Haksızlığı nicelik olarak derecelendiren seçimlik unsurlarda hata

Bir gözde veya ikisinde görme yeteneğinin kaybedilmesine sebep olmak (TCK m.87/2.b) veya bir malı kısmen veya tamamen tahrip etmek (TCK m.151) haksızlığı nicelik olarak derecelendiren seçimlik unsurlara örnek olarak gösterilebilir. Burada haksızlık aynı türde olmak kaydıyla seçimlik unsurların arasında nicelik olarak fark bulunmaktadır. Fail çoğunu yapmak isterken daha alt dereceli seçimlik unsuru gerçekleştirirse, gerçekleşen seçimlik unsur bakımından kastı vardır. Çünkü çok, azı da kapsamaktadır. Ancak tersi durumda bu söz konusu değildir⁹⁸⁵.

iii. Haksızlığı nitelik olarak derecelendiren seçimlik unsurlarda hata

Başkasına ait bir malı yıkmak, tahrip etmek, yok etmek veya bozmak (TCK m.151) haksızlığı nitelik olarak derecelendiren seçimlik unsurlara örnek olarak gösterilebilir. Buradaki derecelendirme haksızlığın yoğunluğuna ilişkindir, niceliğine değil. Bu niteliksel dereceli seçimlik unsurlar korunan hukuki değer bakımından da söz konusu olabilir. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundaki "*kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını*

⁹⁸⁴Wessels/Hettinger, BT 1, §24, s.336, Kn.1085; Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.269.

⁹⁸⁵ Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.280.

kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare etme” (TCK m.179/2) buna örnek olarak gösterilebilir. Fail, ağır versiyonu gerçekleştirmek isterken hafif versiyonu gerçekleştirirse, hafif versiyonu gerçekleştirmeden kasten sorumlu olacaktır. Çünkü zaten ağır versiyona ilişkin kast hafif versiyona ilişkin kastı da içermektedir⁹⁸⁶. Ancak bir görüşe göre ağır unsuru isterken hafif unsuru gerçekleştirmede sorumluluğun hafife göre belirlenmesi her zaman ağır unsura ilişkin kastın hafif olana ilişkin kastı içermesi mülhazasına dayandırılmaz⁹⁸⁷. Tersî durumda ise yani failin suçun daha hafif versiyonu gerçekleştirmek isteği ancak daha ağır versiyonunu gerçekleştirdiği durumda ise ağır seçimlik unsur bakımından kast engellenir. Kanunda düzenlenmişse taksirden sorumluluk söz konusu olur, hafif versiyon içinse teşebbüsten sorumlu olmalıdır⁹⁸⁸. Başka bir görüşe göre ise bu durumda kişi kastının yöneldiği hafif neticeden sorumlu tutulmalıdır⁹⁸⁹.

Bu konudaki başka bir görüşe göre ise failin ağır seçimlik unsura ilişkin bilgiye sahip olup olmadığına bakmak gerekecektir. Örneğin, görme yeteneğini geçici süre etkileme kastıyla hareket eden failin, mağdurun görme yeteneğini tamamen ortadan kaldırması durumunda failin ağır neticeden sorumlu tutulması gerektiği savunulmuştur. Gerekçesi de failin ilgili maddenin içerdiği anlama sahip olmasıdır. Fail suç tipinin haksızlığını neyin oluşturduğundan haberdardır. Gözün fonksiyonunu kısmen engelleme ve süresiz engelleme arasında haksızlığın temeli bakımından bir fark olmadığı için fail bu seçimlik ağır neticeden de sorumlu olmalıdır⁹⁹⁰.

iv. Genelleme yapan toplama seçimlik unsurlarda hata

TCK m.142/2.d’de yer alan “*Haksız yere elde bulundurulmuş veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle*”, TCK m.94/2.b’deki “*Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı*”, TCK m.297’deki “*Kurum idaresince incelenmek üzere alınanlar hariç, mahkemelerce yasaklanmış veya suç örgütlerini temsil eden yayın, afiş, pankart, resim, sembol, işaret, doküman ve benzeri malzemeler ile örgütsel haberleşme araçlarını*” ifadeleri genelleme yapan toplama

⁹⁸⁶ Kühl, AT, §13, s.447, Kn.16b.

⁹⁸⁷ Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.281.

⁹⁸⁸ Kühl, AT, §13, s.447, Kn.16a,16b.

⁹⁸⁹ Heinrich, AT, §30, s.475, Kn.1113a.

⁹⁹⁰ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.70.

seçimlik unsurlara örnek olarak gösterilebilir. Buradaki seçimlik unsurlar örnek özelliği gösterip, sınırlı sayıda değildir. Maddede bahsedilsin veya bahsedilmesin bu kapsamdaki unsurlar arasında hatada, her durumda kast için gerekli bilgi aynı olduğu için kast engellenmemektedir⁹⁹¹. Örneğin fail avukata işkence ettiğini düşünse, ancak mağdur başka bir kamu görevlisi olsa veya cumhuriyet savcısı olan mağduru polis zannetse (TCK m.94/2.b) ya da hırsızlık yaparken kullandığı maymuncuğu taklit anahtar zannetse (TCK m.142/2.d) her ihtimalde fail, ilgili suçları kasten işlemiş sayılmalıdır.

6. ÇERÇEVE NORMUN EKSİK UNSURUNDA HATA

Deskriptif, normatif ve genel değerlendirici unsorda hatadan sonra çerçeve normun eksik unsurunda hata dördüncü hata türü olarak öğretide yerini almıştır⁹⁹². Çerçeve normun eksik unsuru, suç tipinin yazılı olmayan ve içtihat tarafından tipin unsuru olarak kabul edilen unsurdur⁹⁹³. Suç ve cezada kanunilik ilkesiyle uyumlu olup olmadığı Anayasa hukukçularınca tartışılan çerçeve normun atıf yaptığı tamamlayıcı normun varlığının, geçerliliğinin, içeriğinin ve uygulanabilirliğinin kastın konusunu oluşturup oluşturmadığı ve bu bağlamda, bu hususlarda düşülen hatanın kastı engelleyip engellemediği tartışmalıdır⁹⁹⁴.

Alman İmparatorluk Mahkemesi hatayı fiili-hukuki hata olmak üzere ikiye ayırmakta ve hukuki hatayı da ceza hukukuna ilişkin olan ve olmayan hukuki hata şeklinde ele almaktaydı. Fiili hata ve ceza hukukuna ilişkin olmayan, yani ceza hukuku dışındaki bir alana ilişkin olan hukuki hata kastın oluşumunu engellemekteydi⁹⁹⁵. Mahkeme çerçeve normun atıf yaptığı tamamlayıcı normun varlığında veya içeriğinde düşülen hatayı, kastı engelleyen, ceza hukuku dışına ilişkin hata olarak ele almaktaydı⁹⁹⁶. Mahkeme pratik sebeplerden ötürü⁹⁹⁷

⁹⁹¹ Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.282.

⁹⁹² Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.20.

⁹⁹³ Ambs, Friedrich, GewO vor §143 (Kn.1-11), 4. Blanketvorschriften und subjektiver Tatbestand, Kn.5, in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze mit Straf- und Bußgeldvorschriften des Wirtschafts- und Verwaltungsrechts Loseblattausgabe, 221. Auflage, August 2018.

⁹⁹⁴ Vogel, LK-StGB, §16, s.1133, Kn.37; Schönke/Schöder/ Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, §15, Kn.99.

⁹⁹⁵ Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, s.21.

⁹⁹⁶ RG 49, 323 (327); 56,337 (339) için bkz. Jescheck/Weigend, AT, § 29, s.309; Vogel, LK-StGB, §16, s.1133, Kn.37; Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, s.21-22.

⁹⁹⁷ Mahkemeye göre ceza kanunlarının tüm cümleleri fail tarafından bilinmelidir. Mahkeme tamamlayıcı normu ceza hukuku dışına ilişkin olarak görüp buradaki hatayı kastı engelleyen hata olarak kabul etme eğilimindedir (Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, s.23).

hatalı olarak, ceza normunun fiil tanımını içeren tamamlayıcı normu, çerçeve normun bir unsuru olarak görmemekte, sadece onun uygulanabilmesinin koşulu olarak ele almaktaydı⁹⁹⁸.

Erman 5237 sayılı TCK'daki çerçeve normları incelemiş ve kanun koyucunun, çerçeve normu tamamlayan normun (yazara göre hedef normun) varlığında hatayı kastın kapsamında değerlendirmede kanaatine ulaşmıştır. Bunun gerekçesi olarak da şunu ileri sürmüştür: bazı çerçeve normlarda⁹⁹⁹ çerçeve normu tamamlayan normun bilinmesi gerektiği kanun metninde açıkça yer almaktadır, bazı normlarda ise yer almamaktadır. Yani kanun koyucu tamamlayıcı normun bilinmesini kastın kapsamına dahil etmek istediği zaman bunu açıkça çerçeve normda belirtmektedir. Mefhumu muhalifinden, kanun koyucu açıkça böyle bir belirtmeye gitmediği durumda çerçeve normun eksik unsurunu tamamlayan normun varlığında düşülen hata kastın kapsamında ele alınmayacaktır¹⁰⁰⁰. Örneğin gürültüye neden olma suç tipini düzenleyen TCK m.183'te "*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olmak*" cezalandırılmaktadır. Failin bu suçu işlemesi için ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı davranması yeterli görülmüş, ayrıca failin bu yükümlülüklere aykırı davrandığını bilerek hareket etmesi aranmamıştır. Bu bakımdan, ilgili yükümlülükleri belirleyen tamamlayıcı normlar, kanun koyucu tarafından TCK m.183'e ilişkin kastın kapsamının dışında bırakılmıştır.

Kohlrausch'a göre, kanun koyucu tamamlayıcı normu tekrar etmek istemediği için, çerçeve norm ve tamamlayıcı norm birlikte okunmalıdır¹⁰⁰¹. Hakim görüşe göre de -finalist kast ve hata öğretisinin de etkisiyle- çerçeve norm ve onun atıfta bulunduğu tamamlayıcı

⁹⁹⁸ Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, s.21-22.

⁹⁹⁹ Yazarın verdiği örnekler: **TCK m.261** (Kişilerin malları üzerinde usulsüz tasarruf): "(1) **İlgili kanunlarda belirlenen koşullara aykırı olduğunu bilerek**, kişilerin taşınır veya taşınmaz malları üzerinde, karşılık ödenmek suretiyle de olsa, zorla tasarrufta bulunan kamu görevlisi, fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.". Yazar ayrıca **TCK m.297/2**'yi örnek olarak vermiştir: "*Birinci fıkra da sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, **bu yasağı bilerek**, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*". (Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.77-78). Ancak bu fıkra Anayasa Mahkemesinin 7/7/2011 tarihli ve E.2010/69, K.2011/116 sayılı Kararı ile iptal edilmiş ve 24/11/2016 tarihli 6763 sayılı Kanunun 20. maddesiyle yeniden düzenlenmiştir. Fıkra bu haliyle artık çerçeve norm özelliği taşımamaktadır.

¹⁰⁰⁰ Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.77-78.

¹⁰⁰¹ Vogel, LK-StGB, §16, s.1133, Kn.37.

norm beraber okunmalıdır¹⁰⁰². Aslında çerçeve normun atıfta bulunduğu yasal düzenleme de suç kalıbına dâhildir¹⁰⁰³. Bundan anlaşılması gereken yasaklanan fiili içeren tamamlayıcı normun bizatihi kendisi değil, onun unsurlarıdır. Bu bakımdan kast, çerçeve normu ve onun atıfta bulunduğu tamamlayıcı normun unsurlarını kapsamalıdır¹⁰⁰⁴. Suçun münferit unsurları tek bir tip altında ele alındığı¹⁰⁰⁵ zaman, eksik unsurda hataya genel hata kuralları uygulanmalıdır. Eğer fail, atıf yapılan tamamlayıcı normun maddi bir unsurunda hataya düşmüş ise buradaki hatası kastı engellemeli; eğer fail, atıf yapılan tamamlayıcı normun varlığına, geçerliliğine ve uygulanabilirliğine ilişkin bir hataya düşmüş ise haksızlık hatasının mevcut olduğu kabul edilmelidir. Ceza normunun unsurlarının farklı düzenlemelerde yer alması genel hata kurallarını uygulamaya engel değildir¹⁰⁰⁶.

Çerçeve normu dolduran normun içeriğine ilişkin bilgiler kastın kapsamında olmasına rağmen; bu bilgilerin yanlış değerlendirilmesi kusur teorisi savunucularına göre haksızlık hatası iken; kast teorisi savunucularına göre ise kastı engelleyen hata teşkil etmektedir¹⁰⁰⁷. Örneğin Kara Avcılığı Kanunu m.21/1’de maddesinde av zamanına ilişkin düzenlemelere aykırı hareket edenin cezalandırılacağı öngörülmektedir¹⁰⁰⁸. “Av mevsimi dışında avlanmak yasaktır” normu bir çerçeve norm iken, “av mevsimi 1-31 Mayıs tarihleri arasındadır” normu bu normu tamamlayan normdur. Kişi eğer bu av mevsiminin başka ay olduğunu zannederse, mayıs ayının başlamadığını veya çoktan geçtiğini düşünüyorsa veya

¹⁰⁰² Welzel, Hans, Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtum vom Verbotsirrtum, MDR, 1952, s.586; Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, s.36-37; Jakobs, AT, s.287, Kn.47; Jescheck/Weigend, AT, § 29, s.309; Herzberg, Rolf Dietrich, Tatbestands- oder Verbotsirrtum?, GA (Goldammer’s Archiv für Strafrecht), Heidelberg: R.v. Decker’s Verlag, G.Schenk, Jahrgang 1993, s.439-459, 457 vd.

¹⁰⁰³ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §13, s.98, Kn.47; Jescheck/Weigend, AT, § 29, s.309. Bu suç kalıbı bütüncül haksızlık (*Gesamtatbestand*) teşkil etmektedir (Jakobs, AT, s.286, Kn.46).

¹⁰⁰⁴ Vogel, LK-StGB, §16, s.1133-1134, Kn.37; Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, s.36-38.

¹⁰⁰⁵ Welzel, Hans, Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtum vom Verbotsirrtum, MDR (Monatsschrift für Deutsches Rechts), 1952, s.584-590, s.586.

¹⁰⁰⁶ Vogel, LK-StGB, §16, s.1133-1134, Kn.37; Welzel, Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtum vom Verbotsirrtum, MDR, 1952, s.586; Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, s.36-38; Jakobs, AT, s.287, Kn.47; Jescheck/Weigend, AT, § 29, s.309; Herzberg, Tatbestands- oder Verbotsirrtum?, GA, 1993, s.439-459, 457 vd.

¹⁰⁰⁷ Jakobs, AT, s.286, Kn.46.

¹⁰⁰⁸ Avlanma süresine uymama Kara Avcılığı Kanunu’nda kabahat olarak düzenlenmektedir. Burada yapılacak teorik açıklamalar suç tipleri için de geçerlidir. Ayrıca 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m.8 uyarınca kabahatler hem kastla hem de taksirle işlenebilir, m.9 uyarınca ise TCK’da yer alan hata hükümleri kastla işlenen kabahatlere de uygulanmaktadır.

böyle bir kısıtlamadan haberi yoksa bu hata haksızlık hatası olacaktır¹⁰⁰⁹. Uygulamaya göre ise av zamanının zaman aralığında veya tarihinde hataya düşülürse bu bir maddi unsur hatasıdır¹⁰¹⁰. Haksızlık bilincini kastın bir unsuru olarak ele alan kast teorisi savunucularına göre de av mevsiminin mayıs dışında bir zaman olduğunu zanneden ve bu bakımdan avlanmanın yasaklılığı konusunda hataya düşen kişi kastı engelleyen hataya düşmüştür¹⁰¹¹. Kasten sorumluluk av yasağı zamanında avlanıldığının bilincinde olmayı gerektirir. Ancak avlanma yasağını bilmeme veya yanlış yorumlama haksızlık hatası kapsamındadır¹⁰¹².

Haksızlık bilincini kasttan bağımsız bir kusur unsuru olarak ele alan kusur teorisine göre fail, çerçeve normu dolduran tamamlayıcı normun getirdiği yasağı bilmiyorsa, yani bu tamamlayıcı normun varlığını bilmiyorsa burada bir haksızlık hatası söz konusudur¹⁰¹³. Öğretinin bir kısmı ise kast teorisini esas alarak, kasten hareket etmek için haksızlık bilincinin de bulunması gerektiğini, çerçeve normu tamamlayan normu bilmeden de bu bilincin oluşmayacağı gerekçesiyle o normun varlığını bilmemenin kastın oluşumunu engelleyeceğini savunmuştur¹⁰¹⁴. Örneğin, devlet yardımından faydalanan kişinin, bildirmesi gereken olguları

¹⁰⁰⁹ Jakobs, AT, s.286-287, Kn.46.

¹⁰¹⁰ OLG Celle NJW 1954, 1618 için bkz. Jescheck/Weigend, AT, § 29, s.309.

¹⁰¹¹ Jakobs, AT, s.286-287, Kn.46.

¹⁰¹² Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, s.44.

¹⁰¹³ Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, s. 36; Joeks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Ed.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB (MüKo/Wolfgang, Joeks, StGB), 3. Auflage, C.H. Beck, 2017, §16, s.852-853, Kn.76; Dursun, Selman, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, İstanbul: On İki Levha, 2010, s.343-344.

¹⁰¹⁴ Lange, Richard, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre: Zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff beiden Zuwerhandlungen, JZ (JuristenZeitung), 11. Jahrg., Nr. 3 (5. Februar 1956), pp. 73-79, s.75; Schröder, Horst, Tatbestands- und Verbotsirrtum, MDR (Monatsschrift für Deutsches Rechts), 1951, s.387-390, s.389; Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, s.386-387; Puppe, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA, 1990, s.166. Ancak bu görüş Alman Ceza Kanunu ile uyumlu olmadığı ve haksızlık hatasını düzenleyen Alm.CK. m.17'nin uygulanmasını imkansız kıldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir (MüKo/Wolfgang, Joeks, StGB, §16, s.853, Kn.76; Sternberg-Lieben/Schuster, Strafgesetzbuch Kommentar, Schönke, Adolf/ Schröder, Horst (Ed.), (Schönke/Schröder StGB), 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2014, §15, Kn.99). Alman Ceza Kanunu'ndaki maddi unsur hatası (m.16) ve haksızlık hatası (m.17) düzenlemeleriyle kanun koyucunun ceza hukukunda kusur teorisini tercih ettiği açıktır. Yine yan ceza kanunlarında da kısmen de olsa kast teorisinin uygulanması söz konusu değildir (Alman Ceza Kanununun Uygulanması Hakkındaki Kanun (EGStGB) m.1 I uyarınca ceza kanununun genel hükümleri, ceza kanununun yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan veya gelecekte yürürlüğe konacak olan federal hukuka da uygulanır, ilgili kanunun aksini belirttiği durumlar saklıdır. <http://www.buzer.de/gesetz/5387/a74163.htm>; Alman Vergi Kanunu (AO) §369 II uyarınca vergi kanunlarının cezai hükümleri aksini düzenlemedikçe ceza hukukunun genel kanunları vergi cezasını gerektiren fiiller için de geçerlidir. <https://dejure.org/gesetze/AO/369.html>; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, §15, Kn.99). Aynı şey Alman Kabahatler Kanunu m.11 II uyarınca kabahatler hukuku için de geçerlidir (Schönke/Schröder/ Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, §15, Kn.99).

yetkili makamlardan saklaması durumunda, dolandırıcılık suçu (*Subventionsbetrug*) işlenmiş olur. Bu suçun kasten işlenebilmesi için yardımdan faydalanan kişinin, devlet yardımına ilişkin hukuki düzenlemeler uyarınca yetkili makamlara ilgili olguları açıklama yükümlülüğü altında olduğunu bilmesi gereklidir¹⁰¹⁵.

Eksik normu dolduran/tamamlayan normun “normatif” olduğu durumda bunun kastın kapsamında olup olmadığı konusu belirsizdir. Eğer eksik norm, bireysel bir düzenleme ile doldurulmak zorundaysa farklı bir şey uygulanmalıdır. Örneğin üstünün emrine uymayan ve bunun sonucunda ciddi zararlar meydana getiren askerin kasti itaatsizlikten¹⁰¹⁶ sorumlu tutulabilmesi kişinin bu bireysel düzenlemenin varlığından haberdar olmasına bağlıdır¹⁰¹⁷. Çünkü astın emre itaatsiz sayılabilmesi için astın bu emrin varlığından haberdar olması gerekir. Bu bakımdan ilgili emir düzenlemesinin de emre itaatsizlik suç tipinin bir unsurunu teşkil ettiği söylenebilir. Ancak Alman Askeri Kuvvetler Ceza Kanunu (WStG) “Emrin bağlayıcılığı; hata” başlıklı m.22’de¹⁰¹⁸ emre itaatsizlikten (m.19) sorumlu tutulmamak için astın, emrin bağlayıcılığı konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi gerektiği ifade edilmiştir. Askerin, emrin varlığı konusunda düştüğü hataya bir sonuç bağlanmamıştır¹⁰¹⁹. Türk Askeri Ceza Kanunu’nda ise emre itaatsizlik bakımından ayrıca bir hata hükmüne yer verilmemiştir. Bu sebeple, Türk Ceza Kanunu m.5 uyarınca, TCK’nın hata hükümleri buraya da uygulanır. Normun varlığını bilmemek, kişinin işlediği fiilin haksızlığını anlamamasına yol açıyorsa ve

Alman Kabahatler Kanunu (OWiG) §11 II: Fail fiilini işlerken hukuk düzenince izin verilmeyen bir şeyi yaptığı düşüncesinde değilse, yani bir hukuki düzenlemenin varlığından veya uygulanmasından haberdar değilse, hatasının kaçınılmaz olması şartıyla kınanamaz. <https://dejure.org/gesetze/OWiG/11.html>).

¹⁰¹⁵ Puppe, NK-StGB, §16, Kn.67. Aksi görüşe göre kişinin böyle bir yükümlülük altında olduğunu bilmemesi emir hatasıdır (*Gebotsirrtum*). Emir hatası ise icrai suçlardaki haksızlık hatasının, gerçek olmayan ihmali suçlardaki karşılığı olup, bu hatadan faydalanmak hatanın kaçınılmazlığına bağlıdır (Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara: Seçkin, 2003, s.256).

¹⁰¹⁶ İtaatsizlik Alman Askeri Ceza Kanunu (WStG) §19’da düzenlenmiştir. Alman düzenlemesinde askerin emre itaatsizlikten cezalandırılabilmesi için fiilinin, Alman Cumhuriyetinin güvenliğini, askeri birliğin gücünü sarsacak veya bir kişinin vücut bütünlüğüne veya hayatına ya da bir kişinin değerli bir malına zarar sonucu doğurması gerekmektedir (Bu maddenin, Türk Askeri Ceza Kanunu’ndaki karşılığı m.89’dur.). Emre itaatsizlik, Türk Askeri Ceza Kanunu’nda m.87, m.88 ve m.89’da düzenlenmiştir. Askerin, emre itaatsizlikten cezalandırılması için ciddi bir zarara yol açması gerekmemektedir, ısrarla emri yerine getirmemesi yeterlidir.

¹⁰¹⁷ Schroth, Vorsatz und Irrtum, s.21.

¹⁰¹⁸ <http://www.buzer.de/s1.htm?a=22&g=WStG>, (Erişim Tarihi: 20.08.2019).

¹⁰¹⁹ Schönke/Schöder/ Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, §15, Kn.102.

bu hatası kaçınılmaz ise bu durumda, failin hatası haksızlık hatasıdır ve fail hakkında TCK m.30/4 uygulanmalıdır.

Bir görüşe göre, emre uymayan askerin hatasında, aslında tamamlayıcı normun geçerliliği ve içeriğindeki hata bir yasağa ilişkindir ve bu yasağın kendisi de bizzat çerçeve norm tarafından suç tipinin bir unsuru haline getirilmiştir. Bu bakımdan bu yasağın ihlalindeki hata maddi unsur hatası teşkil etmektedir¹⁰²⁰. “İzni/onay olmadan” gibi bir unsurla karşılaşıldığı zaman bu kaydın sadece sosyal olarak uygun bir davranışın kontrolü mü (engelleyici yasak-*präventives Verbot*) yoksa istisnai olarak sosyal olarak uygun olmayan bir davranışa izin verilmesi (baskılayıcı yasak-*repressive Verbot*) anlamına mı geldiğine bakılmalıdır. Sosyal olarak uygun olmayan bir davranışın haksızlık içeriği zaten kendinde mevcuttur. Buradaki izin kaydında düşülen hata kasta ilişkin olmayıp sadece somut olayda hukuka uygunluk sebebinin varlığında düşülen hatadır. Ancak sosyal olarak uygun bir davranışın haksızlık içeriği izin kaydının hiçe sayılmasıyla meydana gelir. Bu izin kaydını bilmeyen fail kasten hareket etmiş olmaz¹⁰²¹.

Yine öldürme, yaralama, hırsızlık gibi temel ceza normları toplum içinde ortak yaşam kurallarının temelindeki en basit hukuk etiğini ortaya koymaktadır. Ancak çerçeve normu tamamlayıcı unsurların öngördüğü davranış kalıpları için aynı şey mümkün değildir. Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin ceza hukuku dışındaki alanlara ilişkin hatanın kastı engellediği görüşü bu bakımdan daha makuldür. Çerçeve normlar ile diğer ceza normları arasındaki fark sadece kanun yapma tekniği farklılığından ibaret değildir. Ayrıca kanun koyucu için de sayısı çok olan ve sürekli değişime uğrayan çerçeve normun eksik unsurunu

¹⁰²⁰ Puppe, Ingeborg, Nomos Kommentar (NK-StGB), Kindhäuser, Urs/ Neumann, Ulfrid/ Paeffgen, Hans-Ullrich (Ed.), 5. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2017, §16, Kn.65; Puppe, Ingeborg, Vorsatz und Rechtsirrtum in Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg für zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008 (Ed. Holm Putzke), Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, (s.275-297), s.289-290; Bülte, Jens, Der Irrtum über das Verbot im Wirtschaftsstrafrecht, NSTZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht), 2013, s.65-72, s.69. Ceza kanunlarının özel hükümlerinde veya yan ceza kanunlarında yer alan tam ceza normlarında suç tipinin bildirim (genel önleme) işlevi sorunsuz işlemektedir ve ilgili suç tipinin yasaklılığı ayrıca suç tipinin içerisinde bir unsur olarak yer almamaktadır. Ancak diğer kanunlarda yer alan ceza normlarında sıklıkla başvurulmuş çerçeve norm tek başına -tamamlayıcı norm olmaksızın- suç tipinin genel önleme işlevini haiz değildir. Bu bakımdan çerçeve normu tamamlayan norm bir yasağa ilişkin olduğunda bu yasak da doğrudan suç tipinin bir unsuru haline gelmektedir. Aksi halde suç tipinin genel önleme işlevi bulunmayacaktır (Bülte, Der Irrtum über das Verbot im Wirtschaftsstrafrecht, NSTZ, 2013, s.69).

¹⁰²¹ Puppe, NK-StGB, §16, Kn.65.

tamamlayıcı normu, çerçeve normun içine yerleştirmek de pek mümkün görünmemektedir¹⁰²².

Gerçek olmayan ihmali suçlarda failin garantörlüğü de tamamlayıcı norm kapsamında ele alınabilir. Örneğin belirli meslek mensupları bakımından garantörlüğün söz konusu olduğu durumda kişinin bu garantörlüğünü temellendiren meslek mensubiyetini ve buna ilişkin fiili olguları bilmesi halinde kasten sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁰²³. Failin, garantörlüğüne neden olan sosyal durumu bilmemesi durumunda ise ilgili suça kastı engellenir¹⁰²⁴. Somut olay üzerinden anlatmak gerekirse; bir kaza anında olay yerinden geçen ilk yardımla yükümlü sağlık çalışanı, kazanın olduğunu fark etmez ise, kazada ağır yaralananlara müdahale etme yükümünü temellendiren fiili olguyu bilmediği için ihmal suretiyle öldürme suçuna (TCK m.83) ilişkin kastı engellenir (TCK m.30/1). Diğer ihtimalde ise fail kazayı görür, soyut olarak kazada ağır yaralananlara müdahale etme yükümlülüğü altında olduğunu bilir. Ancak bir sebeple, örneğin hemen olay yerinin karşı kaldırımında bir doktor muayenehanesi olduğunu görerek, somut olayda kendisinin bu durumda ilk yardım yapma yükümü altında bulunmadığını düşünür. Kişinin bu dış olgulardan ilgili mesleğe ilişkin yüküm ve yasaklara tabi olmadığını düşünmesi halinde burada bir hukuki yorum/değerlendirme hatası (*Subsumtionsirrtum*) söz konusudur¹⁰²⁵. Bir diğer ihtimalde de, fail kazayı görür, ancak soyut olarak böyle bir kazada neticeyi önleme yükümlülüğü olmadığını zanneder ve olaya müdahil olmaz. Failin, garantörlüğe neden olan dış olguları bilmesine rağmen, kendisinin garantör yükümü altında olmadığını düşünmesi halinde emir hatası (*Gebotsirrtum*) söz konusudur. Emir hatası, icrai suçlardaki haksızlık hatasının gerçek olmayan ihmali suçlardaki görüntüsü olduğu için, burada haksızlık hatasına ilişkin

¹⁰²² Puppe, NK-StGB, §16, Kn.66.

¹⁰²³ Ambs, Friedrich, GewO vor §143 (Kn.1-11), 4. Blanketvorschriften und subjektiver Tatbestand, Kn.5, in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 221. EL, August 2018.

¹⁰²⁴ Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s.257. Bir görüşe göre TCK m.30/1'de "*failin icrası sırasında*" ifadesi kullanıldığı için ihmali suçlarda maddi unsur hatası mümkün değildir (Karakurt, Türk Ceza Kanunu'nda Hata, s.116).

¹⁰²⁵ Ambs, GewO vor §143 (Kn.1-11), 4. Blanketvorschriften und subjektiver Tatbestand, Kn.5, in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 221. EL, August 2018. Ancak yazara göre, gerçek olmayan ihmali suçlarda belirli şekilde hareket etme yükümü dış olgulara göre fail için anlaşılabilir değilse, burada bir maddi unsur hatası söz konusudur. Kişinin ilgili suça ilişkin kastı engellenir, taksirli sorumluluk ayrıca incelenir (Ambs, GewO vor §143 (Kn.1-11), 4. Blanketvorschriften und subjektiver Tatbestand, Kn.5).

açıklamalar geçerlidir ve failin hatasından faydalanması, hatasının kaçınılmaz olmasına bağlıdır (TCK m.30/4)¹⁰²⁶.

C. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİNDE HATA

1. GENEL OLARAK

Nitelikli hallerde düşülen hata, Türk Ceza Kanunu m.30/2’de “*Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hatadan faydalanmanın nasıl olacağı belirtilmediği gibi, hatanın kasta etkisi veya kaçınılabilirliğinin araştırılması gerekliliğinin bulunup bulunulmadığı gösterilmemiştir¹⁰²⁷. Bir görüşe göre fail nitelikli hallerde hataya düşerken suçun temel şekline ilişkin bir hataya düşmemektedir. Bu sebeple, suçun temel halinin unsurlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir¹⁰²⁸. Örneğin, yaşından büyük gösteren mağdurun çocuk olduğunu bilmeyen failin sorumluluğu, kasten öldürmenin daha ağır ceza gerektiren nitelikli haline (TCK m.82/1.e) göre değil, kasten öldürmenin temel şekline (TCK m.81) göre belirlenecektir. Aslında suçu nitelikli hale getiren unsuru bilmemenin, nitelikli haline ilişkin kastı kaldıracağı ve faile suçun temel şeklinin uygulanacağına ilişkin ifadenin, sadece daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halde düşülen hatada kullanılması yerinde olacaktır¹⁰²⁹. Çünkü kanaatimizce bu ifade daha az cezayı gerektiren nitelikli halde hatanın TCK m.30/2 uyarınca çözümüne uygun düşmemektedir. Aksi takdirde, somut olayda daha az

¹⁰²⁶ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s.256-257.

¹⁰²⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.262; Özbek, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı C:1, 3. Bası, Ankara: Seçkin, 2006, s.392.

¹⁰²⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.262; Akbulut, Genel Hükümler, s.413.

¹⁰²⁹ Yargıtay da daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halde hataya düşen (o halin mevcut olduğunu bilmeyen) failin sorumluluğunu, ilgili suçun temel haline göre belirlemiştir. Mahkeme, nitelikli unsuru olayda gerçekleşmemiş kabul etmiştir. “*Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre; olay günü saat 00.30 sıralarında eşi... ile birlikte yatak odasında uyumaya başlayan sanığın, saat 4.30 sıralarında gürültü üzerine uyanarak 15 gün önce evine hırsız girmesi sebebiyle yakınında bulundurduğu tabanca ile gürültünün geldiği pencereye doğru toplam 13 kez ateş ederek orada bulunmakta olan eşi ...'yi sağ yüz, göbek üzeri ve sol uyluk bölgelerinden 3 isabet ile vurarak öldürdüğü anlaşılan olayda; sanığın gece vakti pencereden gelen ses üzerine 15 gün kadar önce evine hırsız girmesinin de etkisiyle evine hırsız girdiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşerek, tamamı aynı yöne olmak üzere tabanca ile 13 kez ateş ettiği dikkate alındığında pencerede bulunan kişiye yönelik olarak doğrudan ateş etmek suretiyle gerçekleştirdiğinden TCK'nun 30/2 maddesi gereğince nitelikli halde hatasından yararlanarak kasten öldürme suçundan ve aynı maddenin 3. fıkrasında belirtilen ceza sorumluluğunu azaltan haksız tahrikteki kaçınılmaz hatasından yararlanarak haksız tahrik hükümlerinin uygulanması suretiyle TCK'nun 81, 29, 62 maddeleri uyarınca cezalandırılması yerine delillerin takdirinde yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması... bozmayı gerektirmiş...*” Y1.CD, E. 2016/2184, K. 2016/1754, T. 5.4.2016, (www.kazanci.com.tr, 11.11.2018).

cezayı gerektiren halin bulunduğunu zanneden faili suçun temel şeklinden sorumlu tutmak gerekecektir. Bu ise TCK m.30/2'nin, suçun nitelikli hallerinde hataya düşen failin hatasından faydalanacağına ilişkin açık ifadesiyle çatışmaktadır. Örneğin, çaldığı eşyanın değersiz bir taklit olduğunu bilmeyen fail hırsızlık suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli halinden (TCK 145) faydalanacaktır. Objektif durumdaki nitelikli hal, failin bundan faydalanması için yeterlidir. Nitelikli halden faydalanması için eşyanın değersiz bir taklit olduğunu failin bilmesi aranırsa, bu hali bilmeyen faile hırsızlık suç tipinin temel şeklinin (TCK m.81) uygulanması gerekir, bu da TCK m.30/2'nin açık ifadesiyle çatışmaktadır. Daha az cezayı gerektiren nitelikli halin sadece objektif gerçeklikte veya sadece failin subjektif gerçekliğinde, yani tasavvurunda bulunması, failin bu halden faydalanması için yeterlidir.

Öğretide bir kısım yazar, nitelikli hallerde hata konusunu kast ile ilişkilendirmekte ve bu hata türünün kastı engelleyeceğini savunmaktadır¹⁰³⁰. Diğer bir görüşe göre nitelikli unsurlarda hatayı, kast ile ilişkilendirmek doğru değildir¹⁰³¹. Çünkü suçun kurucu unsurlarına ilişkin bir kavram olan kastı, suçu nitelikli kılan unsurlarla ilişkilendirmek kavram kargaşasına neden olmaktadır. Nitelikli unsurları bilmeyen failin kastının engelleneceğini savunmak, akla ilk önce suçun temel şeklinin de oluşmayacağını getirmektedir¹⁰³². Bu görüşe göre nitelikli hallerde hata, kusurluluğu azaltan hallerden biri olarak incelenmelidir¹⁰³³.

Aslında nitelikli hallerde hatayı kastla ilişkilendiren yazarlar da sadece daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller bakımından bu ilişkiyi kurmaktadır. Bu yazarlara göre suçun temel şekli ve daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali aynı anda mevcut olmakta ve nitelikli halde hata sonucu daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hale ilişkin kast engellendiğinden suçun temel şeklinden sorumluluk devam etmektedir¹⁰³⁴. Daha az cezayı

¹⁰³⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.262, Akbulut, Genel Hükümler, s.414; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.649; Özgenç, Genel Hükümler, s.466-467. Bu yazarların bir kısmı nitelikli unsurları maddi unsurlar içerisinde ele almaktadır (Bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.142; Akbulut, Genel Hükümler, s.243; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.383 vd. *Zafer*'e göre bu tür hatanın kastı engellemesinin sebebi yazarların, nitelikli unsurlarda hatayı TCK m.30/1 ile ilişkilendirmelerinden ve nitelikli unsurları suçun maddi unsurları olarak ele almalarından kaynaklanmaktadır (Zafer, Genel Hükümler, s.603, dn.19-20).

¹⁰³¹ Zafer, Genel Hükümler, s.603-604.; Karakurt, Türk Ceza Kanunu'nda Hata, s.122.

¹⁰³² Zafer, Genel Hükümler, s.603-604.

¹⁰³³ Zafer, Genel Hükümler, s.604.

¹⁰³⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s.466; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.649; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.262.

gerektiren nitelikli hallerde hatada ise fail her durumda hatasından faydalanmakta olup, failin bu hatası kast ile ilişkilendirilmemektedir¹⁰³⁵.

Suçun nitelikli halleri genellikle bağımsız birer suç tipi olmayıp, cezanın derecelendirmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu sebeple fail, bu hallere ilişkin maddi şartları/vakıaları da bilmelidir¹⁰³⁶. Bu ağırlatıcı haller, nitelikli hal olarak kanunda öngörülen düzenlemeler olabileceği gibi, hakimın cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurduğu, failin cezasını ağırlaştıran (örneğin fiilin etkileri) maddi olgular da olabilir ve hepsi kastın kapsamında olmalıdır. Çünkü kanun koyucu bu halleri cezanın belirlenmesi ölçütü olarak değil, nitelikli hal olarak belirleseydi, bu hallerin kastın kapsamında olması gerekirdi¹⁰³⁷. İstisna olarak, suç işlenirken ortaya çıkan tipik tehlikeye bağlı netice kastın kapsamında değildir. Bu durumda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükmü kıyasen uygulanmalıdır ve neticeden sorumluluk için taksir yeterli görülmelidir. Zira kanun koyucu ağır neticeyi suç tipinin unsuru olarak düzenleyebilirdi ve düzenleseydi bu madde uygulanacaktı¹⁰³⁸.

a. Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halde hata

Somut olayda mevcut olan daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halden sorumlu tutulabilmesi için failin bu hali bilmesi gerekmektedir¹⁰³⁹. Örneğin ettiği hakaretin mağdurun dinine göre kutsal sayılan bir değere ilişkin olduğunu bilmeyen failin sorumluluğu TCK m.125/3-c uyarınca nitelikli hale göre değil, TCK m.125/1 uyarınca temel hale göre belirlenmelidir.

¹⁰³⁵ Alman Ceza Kanunu ise hafifletici sebepte hatayı Alm.CK. m.16 II'de "kendisine daha hafif bir kanun hükmü uygulanmasına sebep olacak bir somut vakıda hataya düşen kişi sadece daha ilgili hafif hükmün kasten işlenmesinden sorumlu tutulabilir" şeklinde düzenlemiştir. Burada belirtmek gerekir ki Alman hukukunda nitelikli hal kavramı geniş olarak ele alınmakta olup, aralarında küçük farklar olan bağımsız suçlar da birbirlerinin nitelikli hali olarak algılanmaktadır. Örneğin mağduru isteği üzerine öldürme (aktif ötenazi), insan öldürme suçunun daha az cezayı gerektiren hali olarak ele alınmaktadır. Hafifletici ve ağırlatıcı nitelikli halin bilinmemesine ilişkin bir düzenleme ise bulunmamaktadır (Kindhäuser, AT (7. Auflage, 2015), §27, s.217, Kn.3). Bu bakımdan bu maddenin doğrudan uygulama alanı dardır, ancak kıyasen uygulama alanı daha geniştir (Roxin, AT I, §12, s.505, Kn.138-139).

¹⁰³⁶ Hienrich, AT, s. 483, Kn.1113.

¹⁰³⁷ Jescheck/Weigend, §29, s.296.

¹⁰³⁸ Jescheck/Weigend, §29, s.296.

¹⁰³⁹ Zafer, Genel Hükümler, s.604-605; Koca/Üzülmmez, Genel Hükümler, s.262; Hakeri, Genel Hükümler, s.456-457. Failin daha ağır cezayı gerektiren hali bilip bilmediği anlaşılmıyorsa şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince fail bu halden sorumlu tutulmamalıdır.

Suçun nitelikli hali, suçun temel şeklinin uyarlanmış halidir. Cezayı ağırlaştıran nitelikli halde hataya düşülürse ilgili nitelikli hal faile uygulanmaz, sadece suçun temel şeklinden cezalandırma söz konusu olur¹⁰⁴⁰. Çünkü ağırlaştırıcı nitelikli hal de kastın kapsamında olmalıdır, olayda mevcut bu ağırlaştırıcı nitelikli halin bilinmemesi durumunda maddi unsur hatası söz konusu olacaktır¹⁰⁴¹. Aynı sonuca ulaşan bir başka görüşe göre ise, nitelikli hallerde hata bir kast sorunu değildir. Bilmenin kastın bir unsuru olması, kastın suçun nitelikli kılan unsurları kapsamamasını gerektirmez. TCK m.30/2'nin “*Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*” ifadesi yeterine açık olup, nitelikli hallerde hataya düşen fail her durumda bu hatasından faydalanacaktır. Nitelikli hallerde hata ise kastla ilişkilendirilmeden, failin kusurluluğunu azaltan bir hal olarak değerlendirilmelidir¹⁰⁴².

Bir diğer görüşe göre, olayda mevcut olmayan ağırlaştırıcı nitelikli hali failin var zannettiği durumda mefruz suç kuralları uygulanmalıdır¹⁰⁴³. Fail bu durumda hatasından faydalanmalıdır. Çünkü sadece ağır nitelikli hale ilişkin bir kast, failin bu halden sorumlu tutulması için yeterli değildir¹⁰⁴⁴. Örneğin TCK m.82/1-d'de insan öldürme suçunun nitelikli hallerinden birinin, suçun “*üstsoy veya altsoydan birine veya eş veya kardeşe karşı*” işlenmesi olduğu belirtilmiştir. Fail annesi zannederek başkasını öldürse sadece insan öldürme suçunun temel halinden sorumlu olacaktır (TCK m.81).

¹⁰⁴⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.262, Kindhäuser, AT (7. Auflage, 2015), §27, s. 217, Kn.3.

¹⁰⁴¹ Gropp, AT, §13, s.581, Kn.115-117.

¹⁰⁴² Zafer, Genel Hükümler, s.603-604. Yargıtay bir kararında, hakaret ettiği kişinin kamu görevlisi sıfatını taşıdığını bilmeyen failin ilgili nitelik hale (TCK m.125/3.a) ilişkin kastının bulunmadığını ifade ederek, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali bilmeyi kast ile ilişkilendirmiştir. Mahkeme ayrıca suçu nitelikli hale getiren unsuru, maddi unsur olarak kabul ederek, bu nitelikli unsorda düşen failin hatasını, nitelikli halde hataya ilişkin açık düzenleme olan TCK m.30/2 yerine TCK m.30/1 kapsamında ele almıştır: ““*Sanığın, telefonla kendisini arayan kişinin aracını çalan kişi olduğunu ve kendisine bir oyun oynandığını düşünerek, polis olduğunu bilmeden sövmesi eyleminde, TCK'nın 30/1 maddesinde öngörülen suçun maddi unsurlarında hatası nedeniyle kamu görevlisine hakaret suçu bakımından bir suç işleme kastının bulunmadığı ve bu hatasından yararlanması gerektiği gözetilmeden, TCK'nın 125/1 madde ve fıkrası yerine aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca görevliye hakaretten cezalandırılması... Kanuna aykırı ve sanık Ö. S.'in temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden HÜKMÜN BOZULMASINA*” Y4.CD, E.2013/34959, K.2015/294, T.7.1.2015 (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.12.2019).

¹⁰⁴³ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.II, s.321, Kn.1051; Hakeri, Genel Hükümler, s.456.

¹⁰⁴⁴ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.263. Buradaki kast ifadesinden maksat, failin, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali işlemeye ilişkin iradesidir. Kast, ilgili nitelikli unsuru hem bilmeyi hem de ona ilişkin bir iradeyi gerektirir. İlgili nitelikli unsorda hataya düşen kişinin zaten en başından bu unsura ilişkin kastı bulunmamaktadır, sadece bu unsura ilişkin bir iradesi bulunmaktadır, ki bu da nitelikli unsura ilişkin kastın oluşumu için yeterli değildir.

Olayda mevcut olmayan ağırlaştırıcı nitelikli halin var olduğuna ilişkin hata, Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenmemekle birlikte genel kurallara göre şöyle bir çözüm benimsemek doğru olacaktır: İlgili suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüs ve basit halinin tamamlanmış hali fikri içtima kapsamında ele alınmalıdır¹⁰⁴⁵. Bir başka görüşe göre ise olayda mevcut ağırlatıcı nitelikli hali bilmeyen faile, nitelikli hallerde hata hükmü (Alm.CK. m.16 II) kıyasen uygulanır¹⁰⁴⁶. Bu ifadeyi açmak gerekirse, nasıl ki suçun hafifletici nitelikli hali suçun temel şekline göre hafif bir hal ise; suçun temel şekli de suçun ağırlatılmış haline göre hafif bir haldir. Alm.CK. m.16 II'de kendisine daha hafif bir halin uygulanacağını zanneden failin sorumluluğu zannına göre belirlenmektedir. Somut olayda mevcut olan ağırlaştırıcı nitelikli hali bilmeyen, yani suçun ağır halinin hafif şekli olan temel şeklin kendisine uygulanacağını düşünen failin sorumluluğu, Alm.CK. m.16 II'nin kıyasen uygulanması suretiyle zannına göre belirlenmelidir.

Bu bakımdan montunun cebinde silah bulunduğunu bilmeyen hırsıza daha ağır cezayı gerektiren silahla hırsızlık maddesi (Alm.CK. m.244) uyarınca değil, hırsızlığın temel şekli (Alm.CK. m.242) uyarınca ceza verilecektir¹⁰⁴⁷. Bir diğer örnekte ise çaldığı malın değerli olduğunu bilmeyen faile daha ağır cezayı gerektiren madde (Alm.CK. m.243 I) uyarınca değil, hırsızlığın temel şekli uyarınca ceza verilecektir.

b. Daha az cezayı gerektiren nitelikli halde hata

Failin daha az cezayı gerektiren nitelikli halde düştüğü hatada sorun, her halde failin lehine olacak şekilde çözümlenir. Somut olayda mevcut olan daha az cezayı gerektiren nitelikli halden faydalanmak için bu halin bilinmesi gerekmemektedir¹⁰⁴⁸. Örneğin paydaş veya elbirliği ile malik olduğu malı, bu durumu bilmeden alan kişiye TCK m.144'teki daha az

¹⁰⁴⁵ Gropp, AT, §13, s.581, Kn.119. Kanunda bir suç tipine ilişkin olarak verilen örneklerden (*Regelbeispiele*) cezayı ağırlaştırıcı olanlarda ise azınlık görüşe göre hem suçun temel şeklinin tamamlanmış hali de hem de ağır haline teşebbüs (fiil birliği) fikri içtima kapsamında bir arada bulunmaktadır. Ancak hem hakim görüş hem de Alman Federal Mahkemesi'nin görüşü sadece ağır hale teşebbüsü kabul etme yönündedir (Gropp, AT, §13, s.581-582, Kn.121).

¹⁰⁴⁶ Heinrich, AT, §30, s. 475, Kn.1113, Roxin, AT I, §12, s.507, Kn.144.

¹⁰⁴⁷ Kühl, AT, §13, s.446, Kn.15.

¹⁰⁴⁸ Zafer, Genel Hükümler, s.604-605; Koca/ Üzülmöz, Genel Hükümler, s.263-264; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.650; Hakeri, Genel Hükümler, s.456.

cezayı gerektiren nitelikli hal uygulanacaktır¹⁰⁴⁹. Benzer şekilde, somut olayda mevcut olmayan ancak failin tasavvurunda mevcut olan daha az cezayı gerektiren nitelikli halden de fail faydalanır¹⁰⁵⁰. Örneğin, fail değerli olduğu zannıyla değersiz olan taklit kolyeyi alsa sorumluluğu hırsızlık suçunun temel şekline göre (TCK m.141) göre değil, TCK m.145'teki daha az cezayı gerektiren nitelikli hale göre belirlenecektir¹⁰⁵¹. Bu durum, TCK m.30/2'nin *"bir suçun daha ağır vya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından faydalanır"* açık ifadesi gereğidir.

Burada, failin somut gerçeklikten farklı olan her lehine tasavvuruna hukuken bir sonuç bağlanması gerekmediğine dikkat etmek gerekir. Bu hususta Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.9.2019 tarihli kararı¹⁰⁵² önem arz etmektedir. Karara konu olayda fail koca ve şerikler olan kocanın anne babası, evden kovmak istedikleri mağdurun üzerindeki ziynet eşyalarını zorla alırlar. YCGK, *"zorla alınan ziynet eşyalarının mağdurun kişisel malları niteliğindeki takıları olması nedeniyle sanık ... ile mağdur ... arasında "Edinilmiş mallara katılma rejimine" dayalı bir hukuki ilişkiden söz edilemeyeceği, kaldı ki; sanık ...'ın suça konu altınların mağdur ile ortak mülkiyetlerinde olduğuna dair bir iddiasının dahi bulunmadığı, aksine sanıklar müdafisinin 17.11.2011 tarihli oturumda suça konu takılardan kolyenin 300 TL değerinde olduğu ve sanık ... tarafından eşine doğum gününde hediye edildiğine yönelik beyanda bulunduğu gözetildiğinde sanığın yağma suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hâli konusunda mağdura ait takılarda hak sahibi olduğuna ilişkin subjektif kabulünden kaynaklanan hataya düştüğünden bahsedilmeyeceği,"* gerekçesiyle mağdur ile aralarında bir hukuki alacak ilişkisi olmayan sanıklar hakkında, yağma suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali olan TCK m.150/1'in¹⁰⁵³ uygulanma koşullarının bulunmadığına oyçokluğu ile karar vermiştir.

¹⁰⁴⁹ Koca/ Üzülmmez, Genel Hükümler, s.263-264; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.650.

¹⁰⁵⁰ Hakeri, Genel Hükümler, s.456; Koca/ Üzülmmez, Genel Hükümler, s.263-264; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.650.

¹⁰⁵¹ Zafer, Genel Hükümler, s.604-605; Koca/ Üzülmmez, Genel Hükümler, s.264.

¹⁰⁵² YCGK, E.2017/275, K.2019/563, karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 10.01.2020).

¹⁰⁵³ TCK m.150/1: *"(1) Kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır."*

Karşı görüşlerden birinde ise, “suça konu ziynet eşyalarının mağdura ait şahsi mal olduğunun dosya içeriğinden anlaşılamamasına karşın iştirak etmemekle birlikte Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulunun sayın çoğunluğunun görüşünün bir an için doğru olduğunun kabul edilmesi hâlinde dahi bu seferde öğretilde ve uygulamada kabul edildiği üzere failin gerçekte olmayan ya da sona ermiş bir borç ilişkisinin varlığına inandığı hâllerde, TCK m.30/2 hükmünün uygulanması ve nitelikli hâllerin gerçekleştiği hususunda düştüğü hatadan yararlanması gerektiği kabul edilmelidir. Zira objektif verilere göre toplumumuzun çok büyük çoğunluğunun eşlerin şahsi malları üzerinde dahi evlilik birliği devam ederken hakkı olduğu yönünde bir düşüncenin mevcut olduğu kaçınılmaz bir gerçek olarak karşımıza çıkacaktır. Kaldiki evlilik birliğinin devam ettiği bir süreçte halen sanıklardan ... ile mağdurun 6 yaşındaki çocukları ile birlikte yaşadığı bir ortamda adı geçen sanık ile kendisinin eylemine aynı gayeyle iştirak eden anne ve babası olan diğer sanıkların eylemlerinin hiç tanımadıkları bir kişinin önüne geçerek yağmalayan failerle bir tutulmasının TCK’nın 3. maddesindeki adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olacağı açıktır. Ülke gerçeklerinden hareketle evlilik birliğinin devam ettiği bir süreçte sonradan şikâyetinden vazgeçen mağdurun evi terketmek isterken kime ait olduğu bu aşamada bilinmeyen ancak mağdura ait şahsi mal olsa dahi olası bir boşanma sonucunda alacak davasına konu edilebilecek ziynet eşyalarını maddi cebir ile alan sanık ...’in eyleminin TCK’nın 150/1. maddesi delaletiyle aynı Kanun’un 86/2, 3-a maddelerinde yazılı bulunan kasten yaralama suçunu” işlediğinin, şeriklerin ise kasten yaralamaya iştirak ettiklerinin kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.

Somut olayda mağdurun üzerinden zorla alınan ziynet eşyalarının şahsi mal niteliği taşıdığı hususunda kimsenin bir tereddüdü bulunmamaktadır. Karşı oyda belirtilen, toplum gerçekliği göz önünde bulundurularak failin, mağdurun şahsi malı üzerinde hak sahibi olduğunu düşünmesi ihtimaline hukuken bir sonuç bağlamak, somut olay adaletini sağlamaya yönelik olmakla beraber hukuki dayanaktan yoksundur. Failin TCK m.150/1’den faydalanmasının koşulları, fail ile mağdur arasında alacak doğuran meşru bir hukuki ilişki

bulunması ve failin bu amaçla hareket etmesidir¹⁰⁵⁴. Kötü iradesini davranışlarıyla ortaya koyan kişinin, lehine olan ve hukukta bir karşılığı bulunmayan tasavvuruna, ceza sorumluluğunu azaltıcı bir sonuç bağlamak yanlıştır. Bu sebeple, karşı görüşe katılmayarak, YCGK'nin oyçukluğu ile aldığı kararın doğru olduğu kanaatindeyiz.

Alman hukukunda ise fail, olayda mevcut olmayan daha az cezayı gerektiren nitelikli bir halin mevcut olduğunu zannediyorsa bu halden m.16 II uyarınca faydalanmalıdır¹⁰⁵⁵. Örneğin Alm.CK. m.216'da mağdur kendi isteği üzerine öldürme (*Tötung auf Verlangen*) suçu düzenlenmiştir; bu suç Alm.CK. m.212'de düzenlenen kasten öldürmenin daha az cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturmaktadır. Fail, mağdurun isteğinde ciddi olduğu konusunda hataya düşerse kasten öldürmeden değil, mağdurun kendi isteği üzerine öldürme suçundan sorumlu olacaktır¹⁰⁵⁶. Örneğin hemşire K, hasta P'nin açıkça ve samimiyetle (kanunun aradığı şartlar) kendisinin öldürülmesini talep ettiğini zannedip, ona zehir derç eder. Buradaki hata Alm.CK. m.16 II anlamında önemlidir¹⁰⁵⁷. Yani var olduğunu zannettiği hafifletici nitelikli hal, faile uygulanacaktır. Eğer Alm.CK m.16 II düzenlemesi olmasaydı hemşire K fikri içtima kapsamında mağdur kendi isteği üzerine öldürme suçuna teşebbüsten ve taksirle öldürmeden sorumlu olacaktı. Ancak Alm.CK. m.16 II özel bir düzenleme oluşturmuştur¹⁰⁵⁸. Bir başka görüşe göre ise m.16 II olmasaydı da aynı sonuca ulaşıldı. Çünkü kasten öldürme ve mağdur kendi üzerine öldürme düzenlemeleri suç tipi bakımından aynı olup, sadece birinin kusur içeriği diğerine göre daha azdır¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁴ Taraflar arasındaki hukuki alacak ilişkisinin meşru bir dayanağı bulunmalıdır (bu konuda bkz. YCGK, E.2010/6-80, K.2010/198, T.19.10.2010, karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.01.2020). “*Bu madde hükmünün uygulanabilmesi için fail ile mağdur arasında alacak hakkı doğuran herhangi bir hukuksal ilişkinin bulunması gereklidir. Bu hukuki ilişkinin, ilgili kanunda belirtilen şekil şartına uygun olarak kurulmuş olması zorunlu olmayıp, hukuk düzenince kabul edilebilir meşru bir ilişki olması yeterlidir. Başka bir anlatımla, şekil şartına uyulmadan kurulan bu ilişkinin ilgili kanun hükümleri uyarınca özel hukuk alanında hukuki sonuç doğurmayacak olması, ceza hukuku alanında dikkate alınmasına engel olmayacaktır. Burada önemli olan şekil şartına uyulsun veya uyulmasın meşru bir hukuki ilişkinin bulunup bulunmadığı ve bu hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla hareket edilip edilmediğidir.*” YCGK, E.2016/992, K.2016/348, T.11.10.2016 (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.01.2020).

¹⁰⁵⁵ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.112, Kn.359a.

¹⁰⁵⁶ Köhl, AT, §13, s.446, Kn.16; Roxin, AT I, §12, s.505, Kn.139.

¹⁰⁵⁷ Gropp, AT, §13, s.582-583, Kn.124-125.

¹⁰⁵⁸ Gropp, AT, §13, s.583, Kn.125.

¹⁰⁵⁹ Roxin, AT I, §12, s.505, Kn.139.

Somut olayda mevcut olan hafifletici nitelikli halin bilinmemesine ilişkin Alman Ceza Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁰⁶⁰. Örneğin Hemşire K, ağır hasta olan P'yi ona acıdığı için öldürür. Ancak K, P'nin doktor A'dan onu öldürmesini istediğini bilmemektedir. Objektif olarak K, Alm.CK. m.216'ya göre mağduru kendi isteği üzerine öldürmüştür. Ancak sübjektif durumda K, Alm.CK. m.212'ye göre kasten öldürmenin basit şeklini işlemiştir¹⁰⁶¹. Bu durumda failin hatasının, failin sorumluluğuna etkisi konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre fail hafifletici nitelikli hali bilmezse, ilgili hal düşer ve suçun temel şekli uygulanmak üzere kalır¹⁰⁶². Başka bir görüşe göre ise suçun hafifletici nitelikli hali kusuru azaltan bir sebeptir ve bu hafifletici hali bilmeyen fail kusur azaltıcı fiil motivasyonuna sahip olmaması sebebiyle bundan faydalanamayacaktır¹⁰⁶³. Bu sebeple, burada suçun temel şeklinin tamamlanmış halinden sorumluluğu kabul edenler¹⁰⁶⁴ olduğu gibi temel şekline teşebbüsten sorumluluğu da kabul edenler olmuştur. Bir görüşe göre de fail suçun temel haline teşebbüs ile fikri içtima kapsamında suçun hafif halinin tamamlanmış halinden sorumlu tutulmalıdır¹⁰⁶⁵.

Kanaatimizce burada Alman hukukuna göre çözüm şu şekilde olabilir: Somut olayda mevcut olan hafifletici halin bilinmemesi tersine unsur yanılgısı olarak kabul edilip, elverişsiz teşebbüsten sorumluluk söz konusu olabilir. Bu durumda fikri içtima kapsamında hem daha az cezayı gerektiren suç tipine, yani mağduru isteği üzerine öldürmeye teşebbüsten hem de insan öldürmenin tamamlanmış halinden sorumluluk kabul edilebilir. Görüşümüzün uygulanması ile temel şeklin tamamlanmış halinden sorumluluğu kabul eden görüşle aynı sonuca varılmaktadır.

Örneğin Türk hukukuna göre çözümünde¹⁰⁶⁶ ise failin hafifletici nitelikli hali bilmesi kast kapsamında ele alınmadığı için objektif olarak somut olayda mevcut olan hafifletici

¹⁰⁶⁰ Kindhäuser, AT (7. Auflage, 2015), §27, s. 217, Kn.3.

¹⁰⁶¹ Gropp, AT, §13, s.582, Kn.122.

¹⁰⁶² Heinrich, §30, s.475, Kn.1113, Kühl, AT, §13, s.446-447, Kn.16.

¹⁰⁶³ Kindhäuser, AT (7. Auflage, 2015), §27, s.218, Kn.5.

¹⁰⁶⁴ Kühl, AT, §13, s.446-447, Kn.16; Kindhäuser, AT (7. Auflage, 2015), §27, s. 218, Kn.6; Roxin, AT I, §12, s.505, Kn.139.

¹⁰⁶⁵ Kindhäuser, AT (7. Auflage, 2015), §27, s. 217, Kn.4; Gropp, AT, §13, s.582, Kn.122.

¹⁰⁶⁶ Alm.CK. m.216'da düzenlenen mağduru kendi isteği üzerine öldürme suçunun TCK'da da düzenlendiği varsayılmaktadır.

nitelikli halden fail faydalanacaktır. Failin sorumluluğu sadece ilgili suç tipinin daha az cezayı gerektiren haline göre belirlenecektir. Ancak bu çözüm daha hafif cezayı gerektiren suç tipinin diğer suç tipinin nitelikli hali olarak kabul edildiği halde mantıklıdır. Mağduru kendi isteği üzerine öldürme suçu, insan öldürme suçundan bağımsız bir suç tipidir ve kast da suç tipi temellidir denilirse çözüm şu şekilde olmalıdır: Mağduru kendi isteği üzerine öldürme suçu işlenmemiştir, çünkü failin bu istekten haberi yoktur. Elverişsiz teşebbüs Türk hukukunda cezalandırılmamaktadır. Bu bakımdan failin, kasten öldürmenin basit şeklinden sorumluluğunu kabul etmek gerekecektir.

2. NİTELİKLİ HALLERDE HATAYA İLİŞKİN ÖZEL SORUNLAR

İştirak halinde işlenen suçlarda olayda mevcut daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halin şeriklerden bir kısmı tarafından bilinmemesi durumu özellik arz etmektedir. Bu durumu bilmeyen failin sorumluluğu kendi bilmesine göre belirlenecektir¹⁰⁶⁷. Örneğin yağma suçunu işlerken suç ortağının silah taşıdığını bilmeyen fail nitelikli yağmadan (TCK m.149) değil, yağmanın temel şeklinden (TCK m.148) sorumlu olur. Aksi durumda, yani suç ortağının yağma suçunu işlerken silah kullandığını zanneden failin sorumluluğu TCK m.30/2 uyarınca yağma suçunun temel şekline göre belirlenir¹⁰⁶⁸.

Hem somut olayda hem de failin tasavvuruna göre nitelikli halin bulunması, ancak somut olaydaki fiili olguların failin tasavvurundaki fiili olgulardan farklı olması hususu da özellik arz eden bir durumdur. Annesini vurduğu zannıyla (TCK m.82/1-d) kardeşini vuran (TCK m.82/1-d) failin durumu buna örnek olarak gösterilebilir. Burada fail bir ağırlaştırıcı nitelikli hali istemekte, ancak netice failin tasavvurundaki kişi üzerinde değil de aynı

¹⁰⁶⁷ Roxin, AT I, §12, s.504, Kn.135; Gropp, AT, §13, s.581, Kn.118-121.

¹⁰⁶⁸ Örneğin Alman hukukuna göre ise çözümün nasıl olacağı tartışmalıdır. Zira Alman Ceza Kanunu'nda buna ilişkin açık bir hüküm yoktur. Bir görüşe göre Alm.CK. m.16 II kıyasen uygulanmalıdır. Neticenin haksızlık içeriği kişinin hedeflediğinden az olduğu için kişi suçun temel halinden sorumlu olmalıdır (Roxin, AT I, §12, s.507, Kn.144). Bir diğer görüşe göre ise, aslında böyle bir kurala da ihtiyaç olmayıp, olay ceza hukuku genel hükümleri uyarınca çözümlenmelidir. Bu durumda ne yapılması gerektiği Alman öğretisinde tartışmalıdır. Azınlık görüşe göre tamamlanmış suçun yanında bir de nitelikli hale teşebbüs kabul edilmelidir. Hakim görüşe göre ise suçun basit şeklinin tamamlanmış halinin yanında, ağırlaştırılmış haline teşebbüsün bir önemi bulunmamaktadır (Gropp, AT, §13, s.581-582, Kn.121). Ancak ağırlaştırıcı nitelikli halin bulunduğu zannedildiği durumda suç teşebbüs aşamasında kaldıysa bu durumda ağırlaştırıcı nitelikli hal var kabul edilir, Alman Federal Mahkemesi'nin de görüşü bu yöndedir (Gropp, AT, §13, s.582, Kn.121).

ağırlaştırıcı hal kapsamında başka biri üzerinde gerçekleşmektedir. Burada faile tasavvurundaki kişiyi öldürdüğünden bahisle ağırlaştırıcı nitelikli halin uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Failin iradesiyle tam uyuşmamakla beraber, gerçekleşen netice de aynı tür nitelikli hal kapsamında olduğu için failin nitelikli halden sorumlu olacağı düşünülebilir¹⁰⁶⁹. Diğer görüşe göre ise, gerçekleşen nitelikli unsura yönelik olarak failin kastı bulunmamakta ve failin kastının yöneldiği nitelikli unsur da olayda mevcut bulunmadığı için fail suçun temel şeklinden sorumlu olacaktır¹⁰⁷⁰.

Kanaatimizce annesi olduğu zannıyla kardeşini öldüren failin hatası seçimlik nitelikli unsurlarda hata olarak ele alınması gerektiği düşünülebilir. Eşdeğer seçimlik unsurda hataya düşen failin hatası kastı bakımında önemsiz olup, sorumluluğuna etki etmeyecektir. Anne ve kardeşin öldürülmesi hem aynı düzenlemede nitelikli hal olarak düzenlenmiştir hem de haksızlık içeriği olarak anne ve kardeşin öldürülmesi arasında niteliksel bir farklılık bulunmamaktadır. Bu sebeple failin sorumluluğu kasten öldürme suçunun nitelikli halinden (TCK m. 82/1-d) belirlenmesi teorik olarak ileri sürülebilir. Ancak TCK m.30/2'de yer alan

¹⁰⁶⁹ Zafer, Genel Hükümler, s.605.

¹⁰⁷⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.652; Koca/Üzülmmez, Genel Hükümler, s.263; Özbek, Türk Ceza Kanununda Hata (m.30), s.88, (jurix.com.tr, Erişim Tarihi: 8.5.2018); Şenol, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre Suçun Maddi ve Nitelikli Unsurlarında Hata (TCK m.30/1,2), s.140. Zafer de aynı sonuca ulaşmanın mümkün olduğunu ifade etmiş, ancak nitelikli unsurun failin kastının kapsamında olması yerine failin iradesi kapsamında olması ifadesini kullanmayı tercih etmiştir (Zafer, Genel Hükümler, s.605). Çünkü yazara göre nitelikli unsurlara ilişkin bilme kast kapsamında değerlendirilmemelidir (Zafer, Genel Hükümler, s.603-604). 765 sayılı TCK m.52 uyarınca şahısta hata ve sapmanın aynı şekilde ele alındığı dönemde Yargıtay da sapma için benzer yönde kararlar vermiştir. Yani hedefte sapma sonucunda hedeflenen ile aynı nitelikli hal ortaya çıkmış, Yargıtay ise cezayı ağırlaştıran nitelikli halin uygulanmayacağına karar vermiştir. “Sanık Serkan’ın, tartıştığı ağabeyi Erkan’ı yaralamak niyetiyle salladığı bıçakla, oğullarının kavgasını ayırmak üzere ani olarak araya giren babası Ali’yi TCY’nın 52. maddesi kapsamında şahısta hata sonucu batına nüfuz edip hayati tehlike yaratarak yirmibeşgün işe mani olan tek darbe ile yaraladığı oluş ve kabulden anlaşılacakla, gerek **"amaçlanan ancak gerçekleşmeyen kardeş yaralamaya yönelik ağırlaştırıcı sebepten"** ve gerekse **"amaçlanmayan ancak gerçekleşen babayı yaralamaya ilişkin ağırlaştırıcı sebepten dolayı cezayı artırmak mümkün olamayacağından** ve bu itibarla sanık Serkan’ın sadece yaralamada bıçak kullandığı gözetilerek sabit olan haksız kışkırtmadan da yararlandırılarak; TCY’nın 52. maddesi şevkiyle 456/2, 457/1, 51/1, 55/3. maddelerince cezalandırılması gerekirken, gerçekleşmeyen ağırlaştırıcı sebep esas alınarak 457/1. madde ve fıkrası ikinci kez uygulanmak suretiyle fazla ceza ile cezalandırılması...yasaya aykırı ve sanık müdafinin bu yöne ilişkin temyizi isabetli görülmele hükmün tebliğnamedeki onama görüşüne aykırı olarak (BOZULMASINA), 20.11.2000 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Y1.CD, E. 2000/2798, K. 2000/3202, T. 20.11.2000; “Sanığın resmi nikahlı eşini yaralamak için salladığı bıçağın araya giren kızına isabet etmesi sonucu öz kızı mağdur Yasemin’i yaraladığı olayda, sanığın öz kızını yaralama kastı olmadığından TCK’nun 52. maddesi hükmü nazara alındığında mağdur Yasemin’i bıçakla yaralama suçundan verilen cezasında TCK’nun 457/2. maddesi uyarınca artırım yapılamayacağına gözetilmemesi... bozmayı gerektirmiş, temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı istem gibi BOZULMASINA 12.4.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Y2.CD, E. 2003/269, K. 2004/7517, T. 12.4.2004. (kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 12.12.2018).

nitelikli hallerde hata düzenlemesi bu çözüme imkan vermemektedir. TCK m.30/2 uyarınca nitelikli halde hataya düşen fail bundan faydalanacaktır. Bu sebeple annesi olduğu zannıyla kardeşini öldüren failin sorumluluğu kasten öldürmenin nitelikli halinden değil, temel şeklinden belirlenmelidir.

D. HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNİN MADDİ ŞARTLARINDA HATA

Suçun hukuka aykırılık unsuruna ilişkin bir hata türü olan hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatada, kişi öyle bir fiili olguda hataya düşmüştür ki eğer hataya düştüğü olgu failin tahayyülündeki gibi olsaydı hukuka uygunluk sebebinin şartı olayda gerçekleşmiş kabul edilirdi¹⁰⁷¹. Dolaylı haksızlık hatası olarak da adlandırılan hukuka uygunluk sebebinin varlığında hatadan (*Erlaubnisirrtum*) farklı olarak bu hata türünde hukuk düzenince tanınmayan bir hukuka uygunluk sebebi var zannedilmemekte; mevcut hukuk düzeninin tanıdığı ve somut olayda şartları oluşmamış bir hukuka uygunluk sebebinin şartlarının oluştuğu zannedilmektedir¹⁰⁷². Örneğin A karanlıkta yol sormak amacıyla harita almak için elini çantasına götüren B'nin kendisine saldıracağını düşünür ve kendisini savunmak için B'ye vurur. Burada A meşru savunmanın maddi şartlarından olan mevcut saldırı şartına ilişkin bir hataya düşmüştür¹⁰⁷³.

Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya düşen kişinin durumunda somut olayda hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin diğer şartların oluşup oluşmadığı ayrıca denetlenmelidir. Aksi halde hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya düşen kişi, gerçekten hukuka uygunluk sebebi dahilinde hareket eden kişiden daha avantajlı bir konuma getirilmiş olur. Örneğin kendisine bir saldırı bulunduğu düşüncesiyle hareket eden kişi mümkün olan en hafif savunma aracını seçmezse hukuka uygunluk sebebinin şartlarında hatadan faydalanamayacaktır¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷¹ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.243, Kn.693; Heinrich, AT, §31, s.480, Kn.1123.

¹⁰⁷² Kühl, AT, §13, s.472, Kn.67.

¹⁰⁷³ Heinrich, AT, §31, s.480, Kn.1122.

¹⁰⁷⁴ Kühl, AT, §13, s.473, Kn.69.

1. ALMAN HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNİN MADDİ ŞARTLARINDA HATA

a. Genel olarak

Alman hukukunda hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata hukuka uygunluk aşamasına ilişkin hatalar başlığı altında ele alınmaktadır. Ancak bu hata türünün, suç tipinin maddi unsurunda hata olarak mı yoksa dolaylı haksızlık hatası olarak mı ele alınması gerektiği tartışmalıdır. Çünkü hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata, her iki hata türüyle de yapısal benzerlik göstermektedir. Suç tipinin maddi unsurlarında hata gibi burada da hukuka uygunluk sebebinin deskriptif veya normatif unsurlarında hata söz konusudur. Haksızlık hatası ile benzerliği de hatanın sonucuna ilişkindir. Hataya düşen failin suç tipine ilişkin olan bilgisi etkilenmemekte, yani suç tipinin uyarı, yani genel önleme işlevi etkili olmakta; ancak fail, hukuka uygunluk sebebinin ceza normunun önüne geçtiğini düşünmektedir¹⁰⁷⁵.

Bu hata türü Alman Ceza Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. 1950'lerde Alm.CK.'de yapılmak istenen reformlar kapsamında 1962 tarihli yasa tasarısı (*Entwurf eines Strafgesetzbuches-kısaca E 1962*)¹⁰⁷⁶ m.20'de öncesinde düzenlenmemiş ve çok tartışmalı olan hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata, mazeret sebeplerinin maddi şartlarında hata bahsi ile birlikte düzenlenmiştir. Tasarıya göre hukuka uygunluk sebeplerinin veya mazeret sebeplerinin maddi şartlarında hataya düşen kasten cezalandırılmaz. Ancak kanunda suçun taksirli hali düzenlenmişse ve fail hatasından dolayı kınanabilir ise¹⁰⁷⁷ taksirli sorumluluk saklıdır. Aynı Tasarıda m.39 II'de hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk

¹⁰⁷⁵ Jescheck/Weigend, AT, §41, s.462-463.

¹⁰⁷⁶ 1962 tarihli Yasa Tasarısı için bkz. <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/04/006/0400650.pdf>.

¹⁰⁷⁷ Tasarı metninde m.20 şu şekilde düzenlenmiştir: "(1) Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche die Tat rechtfertigen oder entschuldigen würden, wird nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft. (2) Er wird jedoch wegen fahrlässiger Begehung bestraft, wenn ihm der Irrtum vorzuwerfen ist und das Gesetz auch fahrlässiges Handeln mit Strafe bedroht." Taksirli halden sorumluluk için kullanılan "vorwerfen" kelimesi kınanabilirlik anlamına gelmektedir; buradaki kınanabilirlikten kaçınılabilirlik anlaşılabilir.

halinin¹⁰⁷⁸ unsurlarında hataya düşen kişinin cezalandırılması için hatasının kınanabilir bir hata olması aranmıştır. Ayrıca bu hatanın kınanabilir olması taksirli sorumluluğu doğurmamakta (m.20 uygulanmamakta), sadece cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Bu madde kapsamında değerlendirilecek mefruz zorunluluk halinde (*Putativnotstand*), yani kişinin davranışını hukuka uygun hale getiren bir unsurda hataya düşmesi durumunda m.20'nin uygulanmayacağını düzenlenmesi tartışmalara yol açmıştır ve tasarıdaki m.20 ve m.39 II kabul edilmemiştir. Kanun koyucunun bu hamlesi sonucu hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata konusu, yasal bir düzenlemeden arı bir şekilde öğretideki teorilerle çözümlenmeye devam etmiştir¹⁰⁷⁹.

b. Teorilere göre hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata

Bu tür hatanın hukuki nitelemesini yapabilmek için kast ve haksızlık bilincinin suç genel teorisindeki yerini hatırlamak gereklidir.

i. Kast teorisi

Önceden kabul edilen ve güncel hukukla bağdaşmayan kast teorisine göre haksızlık bilinci kastın bir unsurudur. Bu bakımdan haksızlık bilincine ilişkin her hata kastı engellemektedir. Şimdi ağırlıklı olarak savunulan ve haksızlık hatasını düzenleyen Alm.CK. m.17'nin de düzenlenmesiyle kanunda yer bulan kusur teorisine göre ise haksızlık bilinci kasttan bağımsız bir kusur unsurudur. Bu bakımdan haksızlık bilincine ilişkin hatalar kastı etkilememektedir¹⁰⁸⁰.

ii. Suçun olumsuz unsurları öğretisi

Suçun olumsuz unsurları öğretisi iki unsurlu suç yapısını kabul etmiştir. Bu unsurlar, bütüncül tipik haksızlık ve kusurdur¹⁰⁸¹. Bütüncül tipik haksızlık, olumlu ve olumsuz unsurlardan oluşmaktadır. Olumlu unsurlar, haksızlığın gerçekleşmesi için somut olayda

¹⁰⁷⁸ Zorunluluk hali tasarıda, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran zorunluluk hali ve kusuru ortadan kaldıran zorunluluk hali şeklinde ikili bir şekilde ele alınmıştır. Bu kurum, güncel Alman hukukunda da hala bu şekilde ele alınmaktadır.

¹⁰⁷⁹ Roxin, AT I, §14, s.622-623, Kn.52-53.

¹⁰⁸⁰ Heinrich, AT, §31, s.481, Kn.1126-1127; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.243, Kn.695.

¹⁰⁸¹ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §5, s.55, Kn.181.

mevcut olması gereken unsurlardır, bunlar suçun maddi ve manevi unsurlarıdır. Olumsuz unsurlar ise haksızlığın gerçekleşmesi için somut olayda bulunmaması gereken unsurlardır, bunlar hukuka uygunluk sebepleridir¹⁰⁸². Örneğin, kasten öldürme suç tipindeki unsurlar, suçun oluşması için gerekli unsurlar olup, suçun olumlu unsurlarını oluşturur. Meşru savunma halinde öldürmede ise kasten öldürme suçu oluşmaz. Bu bakımdan kasten öldürme suç tipinden söz edebilmek için, somut olayda meşru savunma hukuka uygunluk sebebi bulunmamalıdır. Bu sebeple meşru savunma, kasten öldürme suç tipinin olumsuz unsurudur¹⁰⁸³. Hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması, suçun kanuni tanımına dahil olduğu için kast, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarını da kapsamalıdır. Bu şartlarda düşülen hata, maddi unsur hatası olarak ele alınır ve doğrudan Alm.CK. m.16 kapsamında değerlendirilir. Buna göre bu tür hatada doğrudan failin kastı etkilenir¹⁰⁸⁴.

Güncel Alman hukukunda ağırlıklı olarak suçun üçlü yapısı benimsenmektedir. Suçun olumsuz unsurları öğretisi, istisnai nitelikteki hukuka uygunluk sebebini haksızlığın bir parçası olarak kabul ettiği gerekçesiyle güncel Alman hukukunda kabul görmemektedir¹⁰⁸⁵. Bu öğreti ayrıca kötü niyetli azmettiren ve yardım eden bakımından cezalandırma boşlukları oluşturacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁰⁸⁶. Alm.CK. m.26 ve 27’de yer alan iştirakte bağlılık kuralına göre, iştirak edilen fiilin kasten ve hukuka aykırı işlenmesi gerekmektedir. Kastın kapsamına hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartları da eklenirse failin bu şartlarda hataya düşmesi halinde şerikler bu hataya düşmeseler de bağlılık kuralı gereğince, fail kasten sorumlu olmayacağı için şeriklerin de ceza sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bu durumda failin bu bilgisizliğinden faydalanmak isteyen kötü niyetli şerikler ödüllendirilmiş olacaktır. Her ne kadar dolaylı faillik kurumu gündeme getirilebilirse de bizzat işlenebilen

¹⁰⁸² Kühl, AT, §6, s.127, Kn.8; Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, s.36-37; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.267.

¹⁰⁸³ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.221.

¹⁰⁸⁴ Roxin, AT I, §14, s.623, Kn.54; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.244, Kn.696; Jescheck/Weigend, AT, §41, s.463; Kühl, AT, §13, s.475, Kn.73; Heinrich, AT, §31, s.487, Kn.1135.

¹⁰⁸⁵ Kühl, AT, §13, s.475, Kn.73.

¹⁰⁸⁶ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.244, Kn.696a; Heinrich, AT, §31, s.488, Kn.1135.

suçlar, özgü suçlar ve yükümlölük suçları (*Pflichtdelikt*) bakımından dolaylı faillik kurumuna başvurulması mümkün olmayacaktır¹⁰⁸⁷.

Bu durumdan kurtulmak için ya şerikleri dolaylı fail olarak sorumlu tutmak ya da azmettirme ve yardım etmeyi düzenleyen Alm.CK. m.26 ve 27’de, maddi unsur hatasını düzenleyen Alm.CK. m.16 I’dekinden daha dar bir kast tanımı yapılması gerekecektir. İlk çözüm dogmatik sebeplerden ötürü mümkün olmadığı için savunulmamıştır. İkinci çözüm de tatmin edici bulunmamıştır¹⁰⁸⁸.

iii. Katı kusur teorisi

Welzel tarafından kurulan katı kusur teorisine göre haksızlık bilinci kasttan bağımsız, kusura ait bir unsurdur¹⁰⁸⁹. Suç tipinin maddi unsurlarında hata Alm.CK. m.16 uyarınca kastı engellerken; diğer tüm hatalar haksızlık hatasını düzenleyen Alm.CK. m.17’nin kapsamında ele alınmaktadır. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata bakımından bu durumun istisnası da öngörülmemiştir. Bu hata türü de haksızlık hatasının genel kurallarına göre çözümlenmelidir¹⁰⁹⁰. Bu hata hiçbir zaman kastı engellemez; kaçınılamaz olduğunda kusur engellenir, kaçınılabilir olduğu durumda ise Alm.CK. m.17 c.2 uyarınca kasten sorumlulukta ceza indirilir¹⁰⁹¹. Bu teoride hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata, hukuka uygunluk sebebinin varlığında hata ile bir tutulmuştur¹⁰⁹². Bu yaklaşım da adalet duygusu ile bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁰⁹³.

¹⁰⁸⁷ Heinrich, AT, §31, s.488, Kn.1135.

¹⁰⁸⁸ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.244, Kn.696a.

¹⁰⁸⁹ Heinrich, AT, §31, s.483, Kn.1131; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.245, Kn.697; Roxin, AT I, §14, s.625, Kn.61.

¹⁰⁹⁰ Heinrich, AT, §31, s.483, Kn.1131; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.245, Kn.697; Kühl, AT, §13, s.476, Kn.75.

¹⁰⁹¹ Roxin, AT I, §14, s.625, Kn.61; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.245, Kn.697-697a; Heinrich, AT, §31, s.484, Kn.1131.

¹⁰⁹² Heinrich, AT, §31, s.483, Kn.1131.

¹⁰⁹³ Engisch, Karl, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen Kritische Betrachtungen zu den §§ 19 und 40 des Entwurfs 1958, ZtSW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft), 1958, s.566-615, s.584vd.; Börker, Rudolf, Ein Vorschlag zu der Rechtsprechung über die irrtümliche Annahme der tatbestandlichen Merkmale eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes, JR (Juristische Rundschau), 1960, s.168-170, s.169-170; Jescheck/Weigend, AT, §41, s.463.

iv. Sınırlı kusur teorisi

Doktrin ve uygulamada hakim görüş olarak kabul gören sınırlı kusur teorisi, Alm.CK. m.16 I'daki kanuni suç tipi (*gesetzliche Tatbestand*) terimini, sadece kanunun özel hükümlerinde yer alan suç tipi olarak ele almıştır. Ancak bu görüş, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarındaki hatanın suç tipi hatası, diğer bir deyişle suç tipindeki unsurlarda hata gibi ele alınması gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁹⁴. Yani bu görüş, hukuka uygunluk sebeplerini suç tipinin bir unsuru olarak kabul etmemesine rağmen, bu sebeplerdeki hatayı maddi unsur hatası olarak değerlendirmektedir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatayı haksızlık hatası kapsamında ele alan katı kusur teorisinden farklı olarak, bu hata türünü maddi unsur hatası kapsamında ele aldığı için bu teoriye sınırlı kusur teorisi denilmiştir¹⁰⁹⁵.

Bu teoride hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata, haksızlık hatası kapsamında değerlendirilen hukuka uygunluk sebebinin varlığında hatadan farklı olarak ele alınmıştır¹⁰⁹⁶. Çünkü hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılabılır bir hataya düşen kişi Alman Federal Mahkemesi'nin ifadesiyle “hukuka sadıktır”¹⁰⁹⁷, bir diğer ifadeyle sadece “sersemce” davranmıştır. Ancak hukuka uygunluk sebebinin varlığında veya uygulama kapsamında kaçınılabılır hataya düşen kişi ise “kötü”dür, hukuk düzenine karşı gelme niyetindedir. Bu bakımdan hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılabılır hataya düşen kişinin hatası, suç tipi hatası ile bir tutulup kişinin taksirden sorumlu tutulması yerinde görülmektedir¹⁰⁹⁸.

Bu teori hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatada Alm.CK. m.16 I'nin uygulanmasının gerektiğini savunarak suçun olumsuz unsurları öğretisi ile aynı sonuca varmaktadır. Ancak suçun olumsuz unsurları teorisi, Alm.CK. m.16 I'nin doğrudan uygulanması gerektiğini belirtirken, sınırlı kusur teorisi aynı maddenin kıyasen uygulanması

¹⁰⁹⁴ Roxin, AT I, §14, s.623, Kn.55; Heinrich, AT, §31, s.484, Kn.1132; Jescheck/Weigend, AT, §41, s.464.

¹⁰⁹⁵ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.246, Kn.700.

¹⁰⁹⁶ Heinrich, AT, §31, s.484, Kn.1132; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.245, Kn.698.

¹⁰⁹⁷ “*an sich rechtstreu*”, BGHSt 3,105,107 kararı için bkz. Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.246, Kn.699.

¹⁰⁹⁸ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.246, Kn.699.

gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁹⁹. Bu kıyas failin lehine bir sonuç doğurduğu için makul kabul edilmektedir¹¹⁰⁰.

Bu hata türünde Alm.CK. m.16'nın uygulanması sonucu failin kasten sorumluluğu ortadan kalkmakta, ilgili suçun taksirli hali varsa ondan sorumluluk söz konusu olmaktadır¹¹⁰¹. Her ne kadar ilgili suçun taksirli halinin düzenlenmediği durumlarda bu hata türünde cezalandırma boşluğu olacağı şeklinde eleştiri yapılsa da bu hem Alm.CK. m.16'nın düzenleniş biçiminden hem de ceza hukukunun yapısından kaynaklanmaktadır¹¹⁰². Şöyle ki, maddi unsur hatasında da eğer kanunda ilgili suçun taksirli hali düzenlenmemişse, bir cezalandırma boşluğu doğacaktır. Bu cezalandırma boşluğu sadece hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata bakımından söz konusu değildir. Bu teoriye göre hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata durumunda kasta dayalı haksızlık ortadan kalkacağı için hataya düşen kişinin fiiline iştirak mümkün olmayacaktır¹¹⁰³.

Burada tartışmalı olan, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatada kastın tamamen, yani hem suç tipinin unsurlarına ilişkin olarak hem de hukuka uygunluk sebebine ilişkin olarak mı kalkacağı yoksa suç tipinin unsurlarına ilişkin kast sabit iken sadece hukuka uygunluk sebebine ilişkin kastın mı engelleneceği hususudur. Bir görüşe göre hukuka uygunluk sebeplerinin hem objektif hem de sübjektif yönü bulunmakta, ilgili maddi şartların mevcudiyetinin yanı sıra, failin bu şartları bilmesi gerekmektedir. Bu görüş bizi suçun olumsuz unsurları teorisine götürmektedir¹¹⁰⁴. Kanaatimizce bu durum bir bakıma sakıncalıdır. Çünkü hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartları suçun olumsuz unsuru olarak ele alındığında, bu unsurları bilmeyen kişinin suç kastının ortadan kalktığı kabul edilmelidir. Hataya düşen kişinin meşru savunma kapsamında kendisinden korunduğunu

¹⁰⁹⁹ Roxin, AT I, §14, s.630, Kn.72.

¹¹⁰⁰ Heinrich, AT, §31, s.484, Kn.1132.

¹¹⁰¹ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.246, Kn.700; Heinrich, AT, §31, s.484-485, Kn.1132.

¹¹⁰² Heinrich, AT, §31, s.484-485, Kn.1132.

¹¹⁰³ Jescheck/Weigend, AT, §41, s.464.

¹¹⁰⁴ Heinrich, AT, §31, s.485, Kn.1133.

zannettiği ancak objektif gerçekliğe göre ise aslında saldırdığı kişi –meşru savunmaya karşı meşru savunma olmaz ilkesi¹¹⁰⁵ gereğince- kendisini, hataya düşene karşı savunamayacaktır.

Eski doktrine göre suçun subjektif unsurları olan kast ve taksir kusurun bir türü olarak incelendiği için aslında tüm hata türleri kusur aşamasında incelenmekteydi. Güncel doktrine göre ise suçun subjektif unsurları haksızlık aşamasında da ele alınmaktadır. Bu sebeple diğer subjektif unsurlar, yani hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarına ilişkin kast, bağımsız bir kusur unsuru olarak ele alınmalı ve bu şartlara ilişkin hata kusur aşamasında incelenmelidir¹¹⁰⁶.

v. Hukuki sonuçlarında sınırlı kusur teorisi

Hukuki sonuçlarında sınırlı kusur teorisi daha ortayolcu bir çözüm yolu takip ederek kastın, davranış biçimi olarak haksızlık alanında, kusur türü olarak da kusur alanında olmak üzere ikili bir fonksiyonu olduğunu kabul etmiştir. Bu sebeple hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatada davranış biçimi olarak suç tipi kastının oluşumu engellenmemekte; sadece kast kusuru (kasta dayalı kusur) ve kasti fiile dayalı cezalandırma ortadan kalkmaktadır. Yani hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata sadece hukuki sonuçları bakımından suçun maddi unsurlarında hataya benzemektedir¹¹⁰⁷. Aslında bu tür hata ne suç tipinin maddi şartlarında hatadır ne de haksızlık hatasıdır; bu hata türü, kendine özgü bir hatadır. Bu sebeple failin kusuru sınırlı olduğu için, fiili her ne kadar kasten de olsa maddi unsur hatası düzenlemesi kıyasen uygulanır ve fail, ilgili suçun taksirli halinden sorumlu tutulmalıdır¹¹⁰⁸. Nedenleri ise şunlardır: 1) kasten işlenen suçun kusur içeriği ile hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya düşen kişinin fiilinin kusur içeriği birbirinden farklıdır, 2) kasten işlenen suçta kişi hukuka uygun davranma tavrından yoksundur, bu tür hataya düşen kişide ise hukuka aykırı olma isteği bulunmamakta, içinde bulunduğu durumu

¹¹⁰⁵ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.504; Hakeri, Genel Hükümler, s.330; Zafer, Genel Hükümler, s.378; Koca/ Üzülmüş, Genel Hükümler, s.281; Özgenç, Genel Hükümler, s.362; Heinrich, AT, §31, s.486, Kn.1133.

¹¹⁰⁶ Heinrich, AT, §31, s.486, Kn.1133.

¹¹⁰⁷ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.247, Kn.704; Heinrich, AT, §31, s.486, Kn.1134.

¹¹⁰⁸ Jescheck/Weigend, AT, §41, s.464; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.247, Kn.704; Gallas, Wilhelm, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZtSW, (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft) 67, 1955, s.1-47, s.45-46, dn.89; Heinrich, AT, §31, s.486, Kn.1134.

yanlış değerlendirme söz konusudur, 3) kasten işlenen suçun failinde düşünce/tutum haksızlığı (*Gesinnungsunwert*) bulunmakta iken, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya düşen kişide bulunmamaktadır. Bu tür hatanın hukuki sonuç bakımından dolaylı haksızlık hatasından farkı ise hukuka uygunluk bilincinin hukuk düzenince tanınan bir hukuka uygunluk sebebine dayanmasıdır. Tipin maddi unsurlarında hatadan farkı ise suç tipinin uyarı, yani genel önleme işlevinin işlerlik göstermesinde yatmaktadır. Maddi unsur hatasında bu işlev etkili değil iken, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatada bu işlev etkilidir, kişi suç tipini bilmektedir¹¹⁰⁹.

Teorinin sınırlı kusur teorisinden (*eingeschränkte Schuldtheorie*) farkı, failin hatasından sorumluluğu bakımından değil, kötü niyetli şeriklerin cezalandırılması bakımındandır. Alman Ceza Kanunu m.26 ve 27'ye göre azmettirme ve şeriklik için failin kasti sorumluluktan cezalandırılmaması gerekmekte, sadece failin fiilinin kasti olması gerekmektedir. Bu durumda fail taksirden cezalandırılrsa da fiili kasti olacağı için kötü niyetli azmettiren ve yardım edenin kasten cezalandırılması mümkündür¹¹¹⁰.

vi. Hukuki sonuçlar bakımından bağımsız kusur teorisi

Hukuki sonuçlar bakımından bağımsız kusur teorisi hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatayı maddi unsur hatasından bağımsız olarak ele almaktadır. Bu görüşe göre fail kaçınılabilir bir hataya düşerse hatasından faydalanamayacak, hatasının kaçınılabilir olduğu durumda ise cezanın indirilmesini gerektiren özel kanuni nedenler hükmü (Alm.CK. m.49¹¹¹¹) uyarınca cezası hafifletilecektir¹¹¹². Bir görüşe göre ise -olması gereken hukuk

¹¹⁰⁹ Jescheck/Weigend, AT, §41, s.464-465.

¹¹¹⁰ Roxin, AT I, §14, s.624, Kn.57; Jescheck/Weigend, AT, §41, s.465; Heinrich, AT, §31, s.487, Kn.1134.

¹¹¹¹ Alm.CK. §49: “1) Bu hüküm uyarınca bir indirme yapılması kanunen öngörülmüş veya hukuken kabul edilmişse, indirme hakkında aşağıdaki kurallar uygulanır: 1. müebbet hapis cezasının yerini, üç seneden aşağı olmayan hapis cezası alır. 2. süreli hapis cezasında, kanunda yazılı olan üst sınırın en fazla dörtte üçüne hükmedilebilir. Adli para cezasında aynı hüküm, gün birimlerinin en yüksek sayısı için geçerlidir. 3. Bir hapis cezasının yükseltilmiş olan alt sınırı, aşağıdaki şekilde indirilir: on veya beş senelik alt sınırı iki seneye, üç veya iki senelik alt sınırı altı aya, bir senelik alt sınırı üç aya, diğer hallerde, kanuni alt sınıra kadar indirilir. (2) Mahkeme, kanunun bu hükmüne yollama yapan bir maddesi uyarınca cezayı kendi takdirine göre indirebiliyorsa, cezayı kanunda yazılı cezanın alt sınırına kadar indirebilir veya hapis cezası yerine adli para cezasına hükmedebilir.” (Çeviri için bkz. Yenisey/ Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), s.41-42).

¹¹¹² Paeffgen, Hans-Ullrich, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, Berlin: Duncker & Humblot, 1979, s.165-170; Roxin, AT I, §14, s.624.

bakımından- hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatada cezai sorumluluk taksirli suçtaki sorumluluk gibi ele alınmalıdır (hukuki sonuçlarında sınırlı kusur teorisi ile uyumlu olarak). Hata kaçınılabilir ise, fail suçun taksirli halinden sorumlu olmalı, eğer kanunda suçun taksirli hali düzenlenmemişse kasti sorumluluğa göre verilecek cezadan Alm.CK. m.49 I uyarınca indirimine gidilmelidir¹¹¹³. *Heuchemer* de modifiye edilmiş katı kusur teorisini geliştirip hukuki sonuçlar bakımından bağımsız kusur teorisinin bir varyasyonunu ortaya koymuştur. Buna göre hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatada kastın oluşumu hiçbir şekilde engellenmemektedir. Bu şartlarda elverişsiz veya mantıkdışı (*unverständiger*) hatada ise kasten sorumluluk söz konusu; ancak Alm.CK. m.17 c.2¹¹¹⁴ uyarınca kaçınılabilir hatada, cezada Alm.CK. m.49 I'e göre takdiri bir indirim önerilmektedir. Kaçınılamaz hatada ise kusur ortadan kalkmaktadır¹¹¹⁵.

vii. Hukuki nedenlere atıfta bulunan sınırlı kusur teorisi

Hukuki nedenlere atıfta bulunan sınırlı kusur teorisine göre hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya, maddi unsur hatası hükmü kıyasen uygulanır. Haksızlık kastının gereklilikleri bakımından suç tipinin unsurları ile hukuka uygunluk sebepleri arasında niteliksel bir fark gözetilmemektedir. Bu sebeple hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata ile suç tipinin maddi unsurlarında hata aynı sonuca bağlanmalıdır¹¹¹⁶.

Sınırlı kusur teorisinin bu varyasyonu hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata durumunda kasti haksızlığı kabul etmemekte ve hataya düşenin davranışını hukuka uygun kabul etmektedir. Bu görüş şu açılardan eleştirilmektedir: 1) Suçun olumsuz unsurlarındaki gibi şeriklerin cezalandırılabilirliğini reddetmek mantıklı değildir, 2) hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarının olayda objektif mevcudiyetini aramak yerine failin

¹¹¹³ Dreher, Eduard, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Festschrift für Ernst Heintz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972 (Ed. by Lüttger, Hans / Blei, Hermann / Hanau, Peter), Walter de Gruyter, 1972, s.207-228, s.227.

¹¹¹⁴ Haksızlık hatasını düzenleyen Alm.CK. §17: “Fail, fiilin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınılabilir bir hata ise, ceza 49 uncu maddenin birinci fıkrasına göre indirilebilir.” (Çeviri için bkz. Yenisey/Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), s.18).

¹¹¹⁵ Heuchemer, Michael, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, Berlin: Dunckner & Humblot, 2005, s.322-324.

¹¹¹⁶ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.246, Kn.702.

sübjektif tahayyülündeki mevcudiyetini yeterli görmek uygun değildir, 3) hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata ile gerçek unsur hatası kolayca bir tutulamaz. Çünkü hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya düşen kişi bakımından suç tipinin uyarı, yani genel önleme işlevi işlerlik göstermiştir. Yani hataya düşen, izin verilen ile verilmeyeni bilebilecek durumdadır. Üçüncü bir kişinin hakkını ihlal eden kişi davranışının bir suç tipini ihlal ettiğini biliyorsa; ayrıca olayda bir hukuka uygunluk sebebinin (izin normunun) bulunup bulunmadığını denetlemek zorundadır. Hata kaçınılmaz ise dikkatsizlikten ötürü suç tipini ihlal edenden daha ağır bir şekilde cezalandırılmalıdır. Bu bakımdan bu tür hatanın kasten sorumluluğu hafifletmek yerine tamamen kaldırması da uygun değildir¹¹¹⁷.

2. TÜRK HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNİN MADDİ ŞARTLARINDA HATA

a. Genel olarak

Alman Hukukundan farklı olarak Türk hukukunda hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata bir kanun maddesi ile düzenlenmiştir¹¹¹⁸. TCK m.30/3'te "*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*" şeklinde bir düzenleme mevcuttur. TCK m.24-34 arasında ise "*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler*" başlığı altında hatanın dışında hukuka uygunluk sebepleri, kusuru kaldıran veya azaltan haller ile beraber düzenlenmiştir. Bu bakımdan TCK m.30 kapsamına hem hukuka uygunluk sebeplerinin hem de kusuru kaldıran veya azaltan hallerin maddi koşullarında hata girmektedir¹¹¹⁹.

¹¹¹⁷ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.247, Kn.703.

¹¹¹⁸ 765 sayılı TCK'da bu hata türü açıkça düzenlenmemesine rağmen ilgili sorunlar ceza hukukunun genel esasları içerisinde çözümlenmekteydi (Demirbaş, Genel Hükümler, s.275).

¹¹¹⁹ Zafer, Genel Hükümler, s.317; Özgenç, Genel Hükümler, s.472; Koca/Üzülmez, s.300; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.652; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 428; Değirmenci, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, s.177; Keçelioğlu, Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları, s.314; Karaaslan, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata, s.1675. "5237 Sayılı TCK'nun 30. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait*

Nitekim madde gerekçesinde de bu husus şöyle ifade edilmektedir: “*Hükûmet Tasarısının 23 üncü maddesinin 3 üncü fıkra veya bendinde düzenlenen “hukuka uygunluk nedenlerinde hata” ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki “hukuka uygunluk nedenleri” yerine, “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” ibaresi konulmuştur. Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak, bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.*”

b. Türk hukukunda hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın değerlendirilmesi

Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata, bir görüşe göre haksızlığı, bir görüşe göre kusuru, diğer bir görüşe göre ise iki alanı da ilgilendirmektedir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatayı, suç tipinin maddi unsurlarında hata gibi ele alan sınırlı kusur teorisini esas alan **birinci görüşe göre** hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarına ilişkin bilgi kasta dahildir. Bu sebeple hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında

koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” hükmü yer almaktadır. Fıkarda hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata hâlleri düzenlenmiştir.” YCGK, E. 2017/1-893, K. 2018/33, T. 13.2.2018. Yargıtay haksız tahrikin maddi şartlarında hatada TCK m.30/3’ün uygulanması gerektiğini belirtmiştir. “*Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre; olay günü saat 00.30 sıralarında eşi... ile birlikte yatak odasında uyumaya başlayan sanığın, saat 4.30 sıralarında gürültü üzerine uyanarak 15 gün önce evine hırsız girmesi sebebiyle yakınında bulundurduğu tabanca ile gürültünün geldiği pencereye doğru toplam 13 kez ateş ederek orada bulunmakta olan eşi ...’yi sağ yüz, göbek üzeri ve sol uyluk bölgelerinden 3 isabet ile vurarak öldürdüğü anlaşılan olayda; sanığın gece vakti pencereden gelen ses üzerine 15 gün kadar önce evine hırsız girmesinin de etkisiyle evine hırsız girdiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşerek, tamamı aynı yöne olmak üzere tabanca ile 13 kez ateş ettiği dikkate alındığında pencerede bulunan kişiye yönelik olarak doğrudan ateş etmek suretiyle gerçekleştirdiğinden TCK’nun 30/2 maddesi gereğince nitelikli halde hatasından yararlanarak kasten öldürme suçundan ve aynı maddenin 3. fıkrasında belirtilen ceza sorumluluğunu azaltan haksız tahrikteki kaçınılmaz hatasından yararlanarak haksız tahrik hükümlerinin uygulanması suretiyle TCK’nun 81, 29, 62 maddeleri uyarınca cezalandırılması yerine delillerin takdirinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması... bozmayı gerektirmiş...”* Y1.CD, E. 2016/2184, K. 2016/1754, T. 5.4.2016, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 12.12.2018). Bu konuda farklı düşünen *Mahmutoğlu*’na göre, hata kurumunun konusunu olamayacak akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi haller ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere dahildir. Bu sebeple, TCK m.30/3’te “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” ifadesi yerine “hukuka uygunluk nedenleri” ifadesi kullanılması daha isabetli olurdu. *Mahmutoğlu*, Fatih Selami, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Nisan 2005, Yıl:2, Sayı: 5, s.42-60, <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/6a816e72e461ec9c040ddc82739f4086096ad2087818090242.pdf> (Erişim Tarihi: 6.7.2019), s.58-59.

hatada, hataya düşen kişinin ilgili suça yönelik kastının oluşumu engellenmektedir¹¹²⁰. Bu hatanın kaçınılmaz olması aranırken, kaçınılabilirlik taksirli suçlar bakımından aranan dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ölçütü ile belirlenmelidir¹¹²¹. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise failin sorumluluğu ilgili suçun kanunda taksirli hali düzenlenmiş ise ona göre belirlenmelidir¹¹²². Bu görüş hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurunu

¹¹²⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s.470; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.653; Değirmenci, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, s.177; Göktürk, Neslihan, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılmanın Hukuki Niteliği, s.23. TCK m.30/1'in hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya kıyasen uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.386; Karaaslan, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata, s.1694. Bir diğer görüşe göre ise TCK m.30/3 sadece kusurluluğu etkileyen hallerin maddi şartları bakımından uygulanmalıdır. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya ise doğrudan TCK m.30/1 uygulanmalıdır. Çünkü bu görüş hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurunu kabul etmektedir. Bu sebeple, bu görüşe göre, fail olayda mevcut bulunan hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarını bilmelidir. Bu şartlar kanunda bir düzenleme olmasa dahi kasta tabidir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatayı TCK m.30/3'e göre çözmek, bu şartlara ilişkin bilgiyi kastın değil, kusurun bir unsuru haline getirmek anlamına gelmektedir (Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.301-302; Koca, Mahmut, YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri, Ceza Hukuku Dergisi, Eylül 2006, Sayı:1, s.111-143, s.126). Bu görüşü eleştiren başka bir görüşe göre TCK m.30/1'in konusu sadece suç tipinin maddi unsurlarında hatadır, hukuka uygunluk sebepleri ise suç tipinin bir unsuru olmadığı için, bu sebeplerin şartlarına ilişkin hatalar doğrudan TCK m.30/1 kapsamında değerlendirilemez. Ancak TCK m.30/3'te hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılabilir hataya sonuç bağlanmadığı için, sadece bu hata bakımından TCK m.30/1 kıyasen uygulanmalı ve kanunda ilgili suçun taksirli hali düzenlenmişse taksirden sorumluluk söz konusu olmalıdır (Göktürk, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılmanın Hukuki Niteliği, s.26-27). Yargıtay'ın hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata sorununu TCK m.30/3'ün yollamasıyla, yani kıyasen TCK m.30/1 kapsamında ele aldığı bir karar şöyledir: “...olay tarihinde hamile olan eşinin aşermesi nedeniyle canının karpuz istediği, bu sebeple gece vakti, cadde üzerinde karpuz satıcısı olan mağdura ait olan üzeri branda ile örtülü karpuz sergisinden, ilk fırsatta borcunu ödemek kaydıyla 2-3 adet karpuz aldığı, kolluk kendisini ifadeye davet etmeden önce de mağdura karpuzların parasını ödediği, diğer bir ifadeyle mağdurun sanık tarafından alınan karpuzların bedelini tahsil ettiği anlaşılmaktadır....Bu itibarla, sorunu rızanın varlığı konusunda hataya ilişkin hükümlere (TCK, m. 30, f. 1, 3) göre değerlendirmek gerekir. Malın alındığı sırada sahibinin rızasının varlığı düşüncesiyle hareket edilmesi halinde, malın alınması bakımından rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olması itibarıyla, sorunun bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında kaçınılmaz bir hataya düşülüp düşülmediği noktasında değerlendirmeye tabi tutulması gerekir. Yani, alma fiilinin icra edildiği sırada var olduğu kabul edilen rıza, gerçekte mevcut değildir. Bu hata, kastı kaldırmaktadır. Başka bir ifadeyle, kaçınılmaz olan bu hatanın varlığı halinde, karpuzu alan kişinin, yani sanığın hırsızlık suçu bakımından kastından söz edilemez. Kastın yokluğu halinde hırsızlık suçu oluşmaz.” Y13.CD, E.2018/13059, K.2019/6299, T.11.4.2019, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 7.11.2019).

¹¹²¹ Özgenç, Genel Hükümler, s.473; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.302; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.653-654; Demirbaş, Genel Hükümler, s.276-277; Soyaslan, Genel Hükümler, s.452; Göktürk, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılmanın Hukuki Niteliği, s.23-25. Yargıtay da bu görüştedir. “5237 Sayılı TCK'nun 30. maddesinin üçüncü fıkrasında ... hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata halleri düzenlenmiştir. Hatanın kaçınılmaz olması halinde, fail bu hatasından yararlanacaktır. Kaçınılmazlık hâli takdir edilirken, failin gereken dikkat ve özeni göstermesi durumunda bu hataya düşüp düşmeyeceği belirlenmelidir.” YCGK, E. 2017/1-893, K. 2018/33, T. 13.2.2018, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 14.12.2018).

¹¹²² Özgenç, Genel Hükümler, s.472-473; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.302; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.654; Demirbaş, Genel Hükümler, s.276-277; Soyaslan, Genel Hükümler, s.452; Göktürk, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılmanın Hukuki Niteliği, s.23-25.

benimsemektedir. Yani hukuka uygunluk sebeplerinden faydalanmak için bu sebeplerin maddi şartlarının bilinmesini aramaktadır. Hukuka uygunluk sebeplerinde tersine hatada, yani objektif gerçeklikte bu sebeplerin maddi şartlarının bulunduğu ancak failin bu şartların mevcudiyetinden haberdar olmadığı durumda, failin bu şartların varlığından faydalanamayacağı belirtilmektedir. Hataya düşenin sorumluluğu ise şu şekilde belirlenecektir: Somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartları gerçekleştiği için netice haksızlığı bulunmamaktadır. Ancak failin tasavvurunda bu maddi şartlar gerçekleşmediği için hareket haksızlığı söz konusudur. Bu sebeple failin sorumluluğu ilgili suça teşebbüse göre belirlenmelidir¹¹²³.

Yukarıda da ifade edildiği üzere kanaatimizce, bu hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarına ilişkin bilgiyi kastın kapsamında dahil etmek adil olmayacaktır. Örneğin hataya düşen kişinin meşru savunma kapsamında kendisinden korunduğunu zannettiği ancak objektif gerçekliğe göre ise aslında saldırdığı kişi –meşru savunmaya karşı meşru savunma olmaz ilkesi¹¹²⁴ gereğince- kendisini, hataya düşene karşı savunamayacaktır¹¹²⁵.

İkinci görüşe göre ise hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarına ilişkin bilgi kastın kapsamında değildir¹¹²⁶. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hataya düşen kişinin bu hatasından faydalandırılması, kişinin cezalandırılmaması şeklinde olmaktadır. Bu cezalandırılmamanın temeli, kişinin ilgili suça ilişkin kastının bulunmaması değil; olayda mevcut olmayan hukuka uygunluk sebebinin failin hatası sonucu var kabul edilmesidir. Bunun sonucu olarak da failin fiili, hukuka uygun kabul edilmeli ve hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında kaçınılmaz hataya düşen kişi hakkında beraat kararı (CMK. 223/2-d) verilmelidir¹¹²⁷. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın kaçınılabilir olması durumunda failin sorumluluğunun nasıl belirleneceği TCK m.30/3'te

¹¹²³ Özgenç, Genel Hükümler, s.472; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.654-655; Göktürk, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği, s.20-22; Göktürk, Neslihan, Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?, Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2015, Sayı: 27, s.7-28, s.26-28.

¹¹²⁴ Heinrich, AT, §31, s.486, Kn.1133.

¹¹²⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm IV.A.2.d. Sınırlı kusur teorisi başlığı altında yapılan kanaat açıklaması.

¹¹²⁶ Dursun, Selman/ Bozbayındır, Ali Emrah, Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi, İÜHFM C. LXXIII, S. 1, s. 63-90, 2015, <http://www.selmandursun.com/wp-content/uploads/sdursun-aebozbayindir-hun-mnv-unsrlr.pdf> (Erişim Tarihi: 11.11.2018), s.85vd.; Zafer, Genel Hükümler, s.319.

¹¹²⁷ Zafer, Genel Hükümler, s.319.

belirtilmemiştir. Yalnızca kanun gerekçesinde bu halin, TCK m.61 uyarınca cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir. Bu sebeple, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılabılır hata, kusurluluğu etkileyen bir neden olarak kabul edilmektedir¹¹²⁸. Böylece kaçınılabılır hatada fiilin kasti ve hukuka aykırı olması durumu devam etmektedir.

Üçüncü görüşe göre ise Alman hukukunda olduğu gibi kastın hem haksızlık hem de kusur alanında olmak üzere çifte foksiyonu olduğu kabul edilmelidir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatada, bazı hallerde suç tipine ilişkin kastın varlığı devam ederken; kasta dayalı kusur ortadan kalkmalıdır. Taksire dayalı kusur ayrıca değerlendirilebilmelidir¹¹²⁹.

Dördüncü görüşe göre kanun koyucu hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata ile kusurluluğu etkileyen sebeplerin maddi şartlarında hata arasında bir fark gözetmemiştir. Bu sebeple de kanun koyucu, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatayı, haksızlık hatası kurallarına göre çözen katı kusur teorisini esas almıştır. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hata, failin kusurluluğunu etkilerken, kastını etkilememektedir. Hatanın kaçınılabılır olması haline madde metninde yer verilmediği için, kaçınılabılır hatada failin kasten sorumluluğu devam edecek, hatası sadece cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır¹¹³⁰.

Yargıtay ise hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hata söz konusu olduğu durumda farklı kararlar vermiştir. Yargıtay bir kararında¹¹³¹ ikinci görüşü

¹¹²⁸ Zafer, Genel Hükümler, s.461.

¹¹²⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.431.

¹¹³⁰ Keçelioğlu, Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları, s.314-315; Demirbaş, Genel Hükümler, s.431; Şenol, Cem, 5237 Sayılı TCK'ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 149, Ocak 2019, s.60-69, jurix.com.tr (Erişim Tarihi: 21.8.2019), s.64. Şenol, kusurluluğu etkileyen sebeplerin maddi şartlarında hata bahsinin, TCK m.30/3'ün kapsamında ele alınması gerektiğini açıkça ifade etmese de, bu durumun madde metninin lafzi yorumuyla mümkün olduğunu ifade etmiştir (Şenol, 5237 Sayılı TCK'ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata, s.62-63).

¹¹³¹ “Bir yıla yakın bir süredir tanışan sanıkla mağdurenin anlaşarak Ankara'dan İzmir'e gittikleri, İzmir'de bir hafta kadar kaldıktan sonra Muğla'ya geçtikleri, 6.9.2007 - 25.9.2007 tarihleri arasında birden fazla kere olmak üzere cinsel ilişkiye girdikleri, eylemlerin cebir, tehdit ya da hile olmaksızın 18 yaşından büyük mağdure Ö.'in rızasıyla gerçekleştirildiği ve mağdurenin cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının hukuki

benimseyerek, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatada her ne kadar fiil kasten işlenmiş olsa da hukuka aykırılık ortadan kalkacağı için fiilin suç teşkil etmediğini kabul etmiştir. Yani kaçınılmaz hatada hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartları gerçekleşmiş gibi muamele olunacaktır. Başka bir kararında¹¹³² ise Yargıtay birinci görüşü benimseyerek hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hata olduğu durumda failin suça ilişkin kastının ortadan kalktığını kabul etmiştir.

Esasında failin hatasının kaçınılabilir olması durumunda sorumluluğunun nasıl belirleneceği konusu madde metninde açıkça düzenlenmemiştir. Bu durumda sorumluluğun ilgili suç tipinin taksirli halinin kanunda düzenlendiği hallerde taksire göre belirlenmesi düşünülebilir¹¹³³. Ancak madde gerekçesinde “*Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.*” ifadesi yer almaktadır. Bu bakımdan fail kaçınılabilir hatada kasten sorumlu tutularak cezasının TCK m.61/1 kapsamında alt sınırdan tespit edilebileceği çözümü öne sürülmüştür¹¹³⁴. Yorum yoluyla ulaşılan her iki çözümün de doğru kabul

anlam ve sonuçlarını algılayıp fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmayacak derecede ruh hastası olduğu konularında yerel mahkeme, Özel Daire ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Çözülmesi gereken sorun, mağdure Ö.'de var olan ve eyleme ruhsal yönden mukavemet edememe sonucunu doğuran rahatsızlığın sanık tarafından bilinip bilinmediği hususudur. Bilinememesi durumunda 18 yaşından büyük mağdurenin rızasıyla gerçekleştirdiği eylemlerin suç olmadığını düşünen sanık 5237 Sayılı T.C.K.nın 30/3. maddesi uyarınca düştüğü hatadan yararlanacak ve hukuka aykırılık unsuru oluşmadığından eylem suç teşkil etmeyecektir.” YCGK, E. 2011/5-230, K. 2011/273, T. 20.12.2011, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 14.12.2018).

¹¹³² “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.” YCGK, E.2014/15-259, K.2017/449, T.31.10.2017, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 2.4.2019).

¹¹³³ Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s.196; Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s.299; Hakeri, Genel Hükümler, s.459-460; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.412.

¹¹³⁴ Zafer, Genel Hükümler, s.461.

edilebileceği; ancak buradaki belirsizliğin ya madde değişikliği ile ya da içtihatlarla giderilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹³⁵.

Kanun metnine bakıldığında hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın haksızlık hatası gibi kusurluluğu etkileyen bir hal olarak düzenlendiği ve bu bakımdan yukarıda açıklanan katı kusur teorisinin kabul edildiği anlaşılmaktadır¹¹³⁶. Bu çözümün adil olmadığı gerekçesiyle doktrinde yukarıda özetlenen şekilde bu hata türünde farklı bir yol izlenmesi gerektiği, örneğin TCK m.30/1'in uygulanması gerektiği şeklinde görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşler daha adil kabul edilebilirse de kanuni düzenlemeye uygun değildir. Esasında TCK m.30/3'ün metninin bazı açılardan muğlak olduğu açıktır. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın bu kapsamda değerlendirilmesi hususu, hataya düşenin hatasından nasıl faydalanması gerektiği veya hatanın kaçınılabilir olması durumunda nasıl bir belirleme yapılması gerektiği madde metninden açıkça anlaşılmamakta, kanun sistematigi veya madde gerekçesine bakmak suretiyle yapılan yorumlarla bu hususlara açıklık getirilmek istenmektedir. Alman hukukunda hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın maddi unsur hatasına benzer şekilde ele alınması görüşünün ileri sürülmesi ve kabul görmesi makuldür. Çünkü Alm. CK.'de bu hususa ilişkin bir düzenleme olmadığı için doktrinin hareket alanı geniştir. Türk hukukunda ise bu konuda açık olmasa da bir düzenleme mevcuttur ve Türk öğretisinde taraftar bulan hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın TCK m.30/1 kapsamında değerlendirilmesi görüşü mevcut hukuk (*de lege lata*) bakımından makul ve mümkün değildir. Sadece olması gereken hukuk (*de lege feranda*) bakımından bir öneri olarak kabul edilebilir. Sonuç olarak kanaatimizce hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hatada, olayda hukuka uygunluk sebebinin var olduğunun kabul edilmesi ve hatanın kaçınılabilir olması halinde ise cezanın TCK m.61/1

¹¹³⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.431. *Hakeri de “yanılgı kaçınılmaz ise kanunda açık hüküm bulunmaması nedeniyle, taksirli suçtan dahi cezalandırmanın söz konusu olmayacağı da söylenebilecektir”* demek suretiyle aksi görüşün de kabul edilebilir olduğunu belirtmiş ve kanun da bu konuda açık bir düzenleme olması gerektiğini ifade etmiştir (Hakeri, Genel Hükümler, s.460).

¹¹³⁶ Koca/Üzülmüş, Genel Hükümler, s.300; Keçelioğlu, Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları, TBBD, 2010/87, s.315. Kaçınılabilir hatada ise cezanın azaltılmasının kabul edilmemesi bakımından kastı kusur teorisinden daha sert bir tutum sergilendiğine ilişkin olarak bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.431.

uyarınca alt sınırdan belirlenmesi çözümü en adil olmasa da mevcut düzenleme kapsamında kabul edilebilecek en makul görüştür¹¹³⁷.

c. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında özel durumlar

i. Hukuka uygunluk sebeplerinde hata ve şeriklerin sorumluluğu

Hukuka uygunluk sebeplerinde hata söz konusu olduğunda, şeriklerin sorumluluğu da özel bir hal olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu özel halin çözümü, bir üst başlıktaki görüşlere göre sırayla şu şekilde olmaktadır¹¹³⁸: Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatayı hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata gibi ele alan **birinci görüşe** göre, fail kaçınılmaz hata durumunda kasten hareket etmiş olmayacağı ve TCK m.40 uyarınca iştirakte bağlılık kuralı gereğince, iştirak için kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir fiilin varlığı gerektiği için şeriklerin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Aynı sonuca farklı şekilde ulaşan **ikinci görüşe** göre hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hata durumunda failin fiili hukuka uygun addedilir. Bu durumda kasten işlenen ancak hukuka uygun bir fiilden bahsedilir. Bu halde de iştirakte bağlılık kuralının “kasten ve hukuka aykırı bir hareket” şartı bulunmadığı için şeriklerin sorumluluğu doğmayacaktır¹¹³⁹.

Her iki görüşün çözüm yolunda da kötü niyetli, yani hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarının olayda mevcut olmadığını bilen şerikler bakımından cezalandırma boşluğu doğmaktadır. Bu sebeple cezalandırma boşluğunu kaldırmak üzere dolaylı faillik kurumuna (TCK m.37) başvurmak gerekecektir. Böylece, fiili işlerken hataya düşen kişinin, hatası

¹¹³⁷ Krşl. Dursun/ Bozbayındır, Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi, s.64, dn.2, s.85vd.; Karaaslan, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata, s.1698-1700. *Karaaslan* mevcut düzenlemeye göre hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılabılır hataya ilişkin olarak kanunda bir indirim düzenlenmemiş olmasını, kaçınılabılır hata durumunda, cezanın alt sınırdan belirlenmesi gerektiğinin sadece bağlayıcı olmayan madde gerekçesinde yer verilmesinin isabetsiz olduğunu ifade etmiştir (Karaaslan, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata, s.1699).

¹¹³⁸ İfade etmek gerekir ki, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata konusunda görüş belirten yazarların bir kısmı bu görüşlerinin iştirak bahsi bakımından etkisini incelemiştir. Çalışmanın bu başlığında dipnotla atıf yapılan görüşler, yazarların kendilerine aittir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya ilişkin görüşlerinin iştirak bahsi açısından etkisini incelemeyen yazarlara bu başlık altında atıf yapmak mümkün olmadığı için, ilgili değerlendirmeler bu yazarların görüşlerinden yola çıkılarak tarafımızca yapılmıştır.

¹¹³⁹ Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 6. Bası, İstanbul: Beta, 2016, s.361-362.

sonucu kastının veya fiilinin hukuka aykırılığının ortadan kalktığı durumda dolaylı fail olarak değerlendirilen şerik, failin hatasından faydalanamayacak ve TCK m.37/1 uyarınca fail gibi sorumlu tutulacaktır.

Üçüncü görüşe göre hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılabilir hatada, kasta dayalı kusur ortadan kalkmasına rağmen haksızlığın bir şekli olarak suç tipine ilişkin kast varlığını devam ettirdiği için hataya düşmeyen şeriklerin sorumluluğu bakımından bir cezalandırma boşluğu söz konusu olmayacaktır.

Kanun koyucunun katı kusur teorisini esas aldığı belirtilen **dördüncü görüşe** göre hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata kusur alanına ilişkindir, yani failin fiilinin kasti ve hukuka aykırı olması devam etmektedir. Bu sebeple, bu tür hataya düşen failin hatası, bağlılık kuralının uygulanmasına engel değildir. Şerikler, kasten işlenen ve hukuka aykırı olan fiilden (TCK m.38, m.39) sorumludurlar.

ii. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartları kapsamında şahısta hata ve sapma

Hukuka uygunluk sebepleri kapsamında hareket edildiği düşünülürken, savunma hareketinin saldıran dışında birine karşı yapılması (şahısta hata) veya saldırgana karşı yapılırken üçüncü bir kişi üzerinde de etki doğurması (sapma) mümkündür. Örneğin kalabalık bir dolmuşta biri kapkaça uğrasa ve kapkaççıyı yakalamak isteyen A, aynı amaçla koşan B'yi kapkaççı olduğu zannıyla derdest etse şahısta hata söz konusu olacaktır. Örneği değiştirecek olursak, yakalamak amacıyla A kapkaççıya çelme atsa; ancak onun arkasından gelen B, A'nın bacağına takılıp yere düşse burada da sapma söz konusu olacaktır. Bir görüşe göre failin meşru savunma kapsamında yaptığı tüm hareketler şahısta hata veya sapma durumunda da tüm neticeler bakımından hukuka uygundur. Şahısta hata ve sapma olmasa olay nasıl değerlendirilecek idiyse şahısta hata ve sapma durumunda da o şekilde değerlendirilmelidir. Ancak her durumda hatanın kaçınılmaz olması gerekmektedir¹¹⁴⁰. Diğer bir görüşe göre ise şahısta hata durumunda hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata hükümleri

¹¹⁴⁰ İçel, Genel Hükümler, s.324; Dönmezer/ Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c.II, s.27-28, Kn.700. Sapma ile sınırlı olarak bkz. Zafer, Genel Hükümler, s.311.

uygulanmalıdır. Hata kaçınılmaz ise ilgili suç bakımından kastı engellenmeli, kişi hataya taksiriyle düşmüş ise ilgili suçun taksirli hali kanunda düzenlendiyse o halden cezalandırılmalıdır¹¹⁴¹. Sapma durumunda ise hata kurumuna başvurulamayacak, failin üçüncü kişi üzerinde oluşturduğu neticeden sorumluluğu, kast veya taksirine göre belirlenecektir. Eğer fail, hukuka uygunluk sebebi kapsamında hareket ederken üçüncü bir kişinin bundan etkileneceğini biliyor veya kabulleniyorsa, hareketinden kasten; öngörüyor ama gerçekleşmeyeceğini düşünüyor veya öngörmüyor ise taksirli halden sorumlu olacaktır. Ancak diğer şartların mevcudiyeti durumunda failin zorunluluk halinden faydalandırılması mümkün görülmüştür¹¹⁴².

Kanaatimizce de hukuka uygunluk sebepleri kapsamında hareket ederken şahısta hataya düşülürse, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatayı düzenleyen TCK m.30/3 uyarınca hatanın kaçınılabilirliği incelenmelidir. Hatanın kaçınılamaz olması durumunda TCK m.30/3 gereğince fail hatasından faydalanmalıdır, yani olayda hukuka uygunluk sebebi kapsamındaki şahısta hata önemsiz olmalıdır. Kaçınılabılır hataya TCK m.30/3'de bir sonuç bağlanmadığı için sadece TCK m.61/1 uyarınca cezanın alt sınırdan belirlenmesi düşünülebilir.

Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartları kapsamında sapmada ise bağlı kalınması gereken bir düzenleme olmadığı için failin üçüncü kişiler üzerinde gerçekleşen hareketinden sorumluluğunun genel esaslar uyarınca kast veya taksirine göre belirlenmesinde bir sakınca yoktur. Bu bakımdan fail, hukuka uygunluk sebebi kapsamında hareket ederken üçüncü bir kişinin hareketinden etkileneceğini biliyorsa doğrudan kastından, öngörüyor ancak kabulleniyorsa olası kasttan sorumlu olacaktır. Fail dikkatli ve özenli davranmayarak gerçekleştirdiği hareketinin üçüncü bir kişiyi etkileyeceğini öngörüyor ancak gerçekleşmeyeceğine inanıyorsa bilinci taksirden, hiç öngörmüyor ise taksirden sorumlu tutulmalıdır. Şartları mevcutsa zorunluluk hali çözümü de kabul edilebilir. Sapmada

¹¹⁴¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.304-305; Ersan, Aykut, Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul: On İki Levha, Eylül 2013, s.103-106.

¹¹⁴² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.305; Kartal, Melik, Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık, İstanbul: On İki Levha, Temmuz 2019, s.189.

kaçınılabilirlik tartışması taksir bağlamında neticenin kaçınılabilirliği kapsamında ayrıca değerlendirilebilir¹¹⁴³.

II. TERSİNE MADDİ UNSUR HATASI-TERSİNE HAKSIZLIK HATASI

A. GENEL OLARAK

Tersine maddi unsur hatası ve tersine haksızlık hatası konuları elverişsiz teşebbüs ve mefruz suç konuları ile birlikte ele alınmaktadır. Bu konular birbiriyle bağlantılıdır. Hatta bir görüşe göre elverişsiz teşebbüs ve mefruz suç, suç tipinin maddi unsurunda hata ve haksızlık hatalarının tersidir¹¹⁴⁴.

Fail, ceza sorumluluğu bakımından lehine olan bir durumu bilmiyorsa veya yanlış biliyorsa ve hataya düştüğü şey suç tipine ilişkin bir maddi olgu ise burada tersine maddi unsur hatası söz konusudur¹¹⁴⁵. Örneğin fail iş makinasını X'e teminat amaçlı olarak temlik eder, ancak malın zilyetliğini devretmesiyle beraber X'in malın yeni sahibi olduğunu düşünür. Sonrasında ise malı D'ye satar. Aslında malın sahibi hala kendisi olduğu için malı D'ye satmasında hukuken bir sorun bulunmamaktadır¹¹⁴⁶. Eğer, failin düşüncesi haklı olsaydı, yani mülkiyeti X'e geçen ve artık kendisine ait olmayan malı D'ye satsaydı, hileli davranışla başkasını aldatıp, X'in zararına kendisine yarar sağladığı için dolandırıcılık suçu (TCK m.157) oluşacaktı. Ancak, fail D'yi aldattığını zannederken, aslında malik olarak tasarruf hakkına sahip olduğu bir işlem yapmıştır, yani failin hatası sonucu dolandırıcılık suçunun aldatma unsuru gerçekleşmemiştir. Bu sebeple dolandırıcılık suçu oluşmamıştır.

¹¹⁴³ Taksir bağlamında kaçınılabilirlik tartışması, fail dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davransaydı dahi neticenin gerçekleşecek olması durumunda, gerçekleşen neticenin faile isnat edilebilirliğine ilişkin bir tartışmadır.

¹¹⁴⁴ Nierwetberg, Rüdiger, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum- Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, s.241, Aksi görüş için bkz. Engisch, Karl, Der „umgekehrte Irrtum“ und das „Umkehrprinzip“, Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972 (Ed. by Lüttger, Hans / Blei, Hermann / Hanau, Peter), Walter de Gruyter, 1972, s.185-205, s.187vd.

¹¹⁴⁵ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §17, s.314vd, Kn.880vd.; Kühl, AT, §15, s.536 vd., Kn.96vd.; Nierwetberg, Rüdiger, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum- Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, s.241. *Taner*'e göre ise bir suçun unsurunda yanılmak mefruz suça vücut vermektedir. Yazar başkasının olduğu zannıyla kendi malını çalan şahsın durumunu buna örnek olarak göstermiştir (Taner, Umumi Kısım, s.289).

¹¹⁴⁶ Nierwetberg, Rüdiger, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum- Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, s.239.

Alman hukukunda, bu durumda failin ceza sorumluluğunun elverişsiz teşebbüs hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır¹¹⁴⁷. Türk hukukunda elverişsiz teşebbüs Alman hukukundan farklı olarak cezalandırılmamaktadır. Alman hukukunda ise elverişsiz teşebbüste suç gerçekleşmese bile bu durum, sosyal anlamı haiz bir durum olarak kabul edildiği için failin kasti sorumluluğu kabul edilmektedir¹¹⁴⁸.

Eğer fail ceza sorumluluğu bakımından lehine olan bir durumu bilmiyorsa veya yanlış biliyorsa ve hataya düştüğü şey fiilinin haksızlığına ilişkin ise burada tersine haksızlık hatası söz konusudur ve failin ceza sorumluluğu mefruz suç hükümlerine göre çözümlenmelidir¹¹⁴⁹. Haksızlık hatasında fail bir suç tipini gerçekleştirir, ancak gerçekleştirmediğini zanneder. Mefruz suçta ise fail bir suç kalıbını gerçekleştirmez, ancak yine de cezalandırılacağını düşünür. Mefruz suçta da cezalandırılabilir bir davranışa ilişkin kast odak noktasıdır. Örneğin polise bir kabahatle ilgili bilgi veren Z, gerçeğe aykırı olarak T'nin söz konusu aracı kullandığını görmediğini söyler. Z, davranışının yalancı tanıklık ve suçluyu kayırma (*Strafvereitelung*-Alm.CK. m.258¹¹⁵⁰-TCK m.283) suçlarını oluşturduğunu düşünür, ancak aslında oluşturmamaktadır¹¹⁵¹. Z'nin, yanlış bilgi verdiği husus kabahat değil de suç olsaydı, o zaman ilgili suç tipleri oluşacaktı. Keza, tarlasında rastladığı ve açlık ve susuzluğun etkisiyle bitap düşmüş olan silahlı teröriste yanındaki azığı ve suyunu veren köylünün bu davranışı, köylü suç işlediğini düşünerek vicdan azabı çekse ve yargılanacağı korkusu içinde olsa da, TCK m.283'te düzenlenen suçluyu kayırma suç tipine vücut vermeyecektir. Nitekim TCK m.283'ün gerekçesinde bu durum “*Bu suçun oluşabilmesi için, kayırılan kişinin araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması*

¹¹⁴⁷ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §17, s.314vd, Kn.880vd.; Kühl, AT, §15, s.536 vd., Kn.86vd.; Nierwetberg, Rüdiger, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum- Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, s.241.

¹¹⁴⁸ Nierwetberg, Rüdiger, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum- Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, s.241.

¹¹⁴⁹ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §17, s.314vd, Kn.880vd.; Kühl, AT, §15, s.536 vd., Kn.86vd.; Nierwetberg, Rüdiger, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum- Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, s.238.

¹¹⁵⁰ Alm. CK. §258/1: “*Her kim, doğrudan isteyerek veya bilerek, diğer bir kişinin, işlediği bir hukuka aykırı fiil nedeniyle ceza kanunu uyarınca cezalandırılmasını veya bir güvenlik tedbirine (11 fıkra 1 no: 8) tabi tutulmasını, tamamen veya kısmen engellerse, beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*” (Çeviri için bkz. Yenisey/ Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), s.368).

¹¹⁵¹ Nierwetberg, Rüdiger, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum- Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, s.241.

amacıyla hareket edilmesi gerekir. Böyle bir amaç güdülmemekle beraber, kişinin insani mülahazalarda bazı ihtiyaçlarının karşılanmış olması durumunda, söz konusu suç oluşmayacaktır.” şeklinde ifade edilmektedir¹¹⁵².

B. TERSİNE MADDİ UNSUR HATASI VE ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS

Failin objektif olarak lehine olan bir maddi unsorda hataya düşmesi tersine unsur hatasıdır¹¹⁵³. Bu hatanın, maddi unsur hatasından farkı, failin kötü iradesini ortaya koyması, ancak kastettiği suçun, unsur eksikliği nedeniyle oluşmamasıdır¹¹⁵⁴. Örneğin vestiyerden başkasına ait bir paltoyu almak isteyen failin, yanlışlıkla kendi paltosunu alması durumunda, her ne kadar failin hırsızlığa ilişkin iradesi¹¹⁵⁵ bulunsu da hırsızlık suç tipinin “başkasına ait taşınır mal” konu unsuru olayda mevcut değildir. Bu hata ise elverişsiz teşebbüs hükümlerine göre çözümlenmelidir¹¹⁵⁶.

¹¹⁵² Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), s.531.

¹¹⁵³ Doğan, Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası, s.220; Koca/ Üzülmüş, Genel Hükümler, s.260; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.647.

¹¹⁵⁴ Doğan, Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası, s.220; Özgenç, Genel Hükümler, s.466; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.647. Failin, kötü iradesini ortaya koymasına rağmen cezalandırılmamasının temeli TCK’da elverişsiz teşebbüse ilişkin bir düzenlemenin bulunmamasıdır (Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.647).

¹¹⁵⁵ Burada “failin hırsızlığa ilişkin iradesi” ifadesi, “failin hırsızlığa ilişkin kastı” ifadesi yerine bilinçli olarak tercih edilmiştir. Kast yerine irade ibaresi tercih edilmiştir. Çünkü kastın oluşumu için bilme ve isteme unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. Bilme için ise bilmeyi temellendiren olguların somut olayda bulunması gerekir. Bu olguların bulunmadığı durumda kastın oluşması mümkün değildir.

¹¹⁵⁶ Koca/ Üzülmüş, Genel Hükümler, s.260; Özgenç, Genel Hükümler, s.466; Karakurt, Türk Ceza Kanunu’nda Hata, s.114. Yazarlar sırasıyla işlenemez suç, elverişsiz teşebbüs veya işlenemez suç, işlenemez suça teşebbüs kavramlarını kullanmışlardır. Alman hukukunda, konu bakımından suçu işlemenin imkansız olması anlamına gelen işlenemez suçun karşılığı olarak elverişsiz teşebbüs kavramı kullanılmaktadır. Çalışmamızda Türk hukuku ve Alman hukuku beraber ele alındığı için, kavram kargaşasına yol açmamak adına, işlenemez suç kavramı yerine daha kapsamlı olan elverişsiz teşebbüs kavramı kullanılmaktadır. Sadece Türk hukukuna değinilen kısımlarda ise işlenemez suç kavramına da yer verilmektedir. Özgenç de tersine unsur hatasında failin sorumluluğunu belirlerken işlenemez suç ve elverişsiz teşebbüs kavramlarını bir arada kullanmıştır (Özgenç, Genel Hükümler, s.466). Türk hukukunda işlenemez suçu hem aracın elverişsizliği hem de konunun yokluğu olarak ele alan bir görüş de bulunmaktadır (Dönmezer/ Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c.I, s.365, Kn.499; Taner, Umumi Kısım, s.289; Alacakaptan, İşlenemez Suç, s.13, 16; Aksoy İpekçioğlu, Pervin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara: Seçkin, 2009, s.105vd). Mefruz suç ise, failin kanunen cezalandırılmayan bir fiilini hukuki veya fiili hatası sonucu, cezalandırılabilir zannetmesi olarak tanımlanmaktadır. Hukuki hataya dayanan mefruz suç, failin fiiline ilişkin bir suç tipinin düzenlenmemiş olması, ancak failin fiilinin cezalandırılacağını zannetmesidir. Fiili hataya dayanan mefruz suç ise somut olayda failin maddi unsur hatasına düşmesi sonucu suç tipinin gerçekleşmemesine rağmen, failin cezalandırılacağını düşünmesidir (Dönmezer/ Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c.I, s.363-364, Kn.497; Taner, Umumi Kısım, s.288-289, Kn.193). Alacakaptan ise mefruz suçu sadece hukuki hata halleriyle sınırlı tutmaktadır (Alacakaptan, İşlenemez Suç, s.9).

Failin hata sonucu işlediği suçtan kasten sorumlu tutulamadığını açıkladıktan sonra, failin tasavvurundaki suçtan dolayı neden sorumlu tutulmadığını açıklamak bakımından da tersine maddi unsur hatası kurumu önem arz etmektedir. Örneğin komşunun köpeği olduğu zannıyla karanlıkta komşusunu ateşli silahla vurarak öldüren failin sorumluluğu, komşuyu öldürme bakımından taksirli öldürmeye göre belirlenmelidir. Failin insan öldürmeye yönelik kastı yoktur çünkü vurduğu şeyin yaşayan bir insan bedeni olduğunu bilmemektedir. Burada öldürme suçunun konusunda hataya düşmüştür, bu suç bakımından kastı engellenir. Fail, dikkatli ve özenli davransaydı komşusunu vurmazdı denilebiliyorsa, ki somut olayda denilebilir, failin sorumluluğu taksirli öldürmeden belirlenir. Buna karşılık, sahipli köpeği öldürmek isteyen failin sorumluluğu tersine maddi unsur hatası olarak ele alınmalıdır. Failin köpeği öldürmeye yönelik, yani mala zarar verme suçuna (TCK m.151/2) ilişkin bir iradesi vardır, ancak kastın diğer unsuru olan bilme unsurunu temellendirecek, suçun konusuna ilişkin doğru bilginin dış dünyadaki görünümü, yani somut olayda failin karşısında duran şeyin sahipli köpek olması bilgisi mevcut değildir. Failin işlemek istediği suç, yani mala zarar verme suçu, somut olayda suçun konusu yer almadığı için mümkün değildir, ancak fail bu durumu bilmemektedir. Diğer bir deyişle, fail lehine olan maddi bir unsorda hataya düşmektedir. Mala zarar verme suçunu işlemek isterken bu suçu, suçun konusunun bulunmaması nedeniyle işleyememesi, sadece bu suç bağlamında düşünülecek olursa failin lehine bir maddi unsur hatasına düşmesi sebebiyle tersine maddi unsur hatasıdır ve tersine maddi unsur hatası ise elverişsiz teşebbüs hükümlerine göre çözümlenmelidir¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁷ Elverişsiz teşebbüs ve hata ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kazaker, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, s.33vd., s.65 vd. Dikkat etmek gerekir ki, verilen örnekte sadece tek bir konu vardır ve failin bu konunun mahiyeti hakkında, yani insan mı sahipli hayvan mı olduğu konusunda iki ayrı (kastı engelleyen hata ve tersine maddi unsur) hatası bulunmaktadır. Somut olayda tek konu olduğu durumda ise failin, hareketine muhatap olacak konu hakkında şüphesi varsa (ki bu durum hata kapsamında değerlendirilmez) her iki konuya ilişkin suç tipine alternatif kastı olduğu kabul edilmelidir. Somut olayda aynı anda hem insanın hem de sahipli köpeğin bulunduğu durumda, aslında iki konu mevcuttur. Failin, iki şeyin hangisinin ne olduğunu anlamadan ateş etmesi durumunda sorun, sapma veyahut alternatif kasta göre çözümlenmelidir. Komşunun, komşunun köpeği olduğu zannıyla vurulması durumunda mala zarar verme suçu bakımından teşebbüsün kabul edilmemesi, somut olayda sadece tek bir konunun bulunmasından kaynaklanmaktadır. Somut olayda birden fazla konunun bulunduğu halde, şartlar sağlandığı takdirde alternatif kast veya sapma kurumlarına göre sorun çözümlenmelidir. Benzer bir hal, anne vurulduğu zannıyla babanın öldürülmesi örneğinde mevcuttur. Annesini öldürmek isterken babasını öldüren failin sorumluluğu TCK m.81'e göre belirlenir. Çünkü suçu nitelikli hale getiren konunun özelliğini (üstsoy olması) bilmeyen faile bu nitelikli hal uygulanmaz, bu durumda TCK m.82 yerine kasten öldürmenin temel şekli olan TCK m.81 uygulama alanı bulur. Annenin öldürülmesi bakımından ise, somut olayda anne mevcut olmadığı için, konu

Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus elverişsiz teşebbüs hükümlerinden ne anlaşılması gerektiğidir. Alman ve Türk hukuklarında bu kurum farklı düzenlenmektedir.

Alman hukukunda teşebbüs bahsi Alm.CK. m.22 ve 23'te şu şekilde düzenlenmiştir: **Madde 22:** “Her kim, fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre, suç tipinin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icraya başlarsa, suç işlemeye teşebbüs etmiş sayılır.” **Madde 23:** “(1) Bir cürüme teşebbüs daima cezalandırılır; bir cünhaya teşebbüs, ancak kanunda açıkça belirtildiği takdirde cezalandırılır. (2) Teşebbüs, tamamlanmış olan suçtan daha hafif cezalandırılabilir (m. 49 fıkra 1). (3) Fail ağır bir bilgi ve anlama hatası yapması nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak etmemişse, mahkeme ceza vermekten vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirilebilir (m. 49 fıkra 2)”¹¹⁵⁸.

Alman hukukunda elverişsiz teşebbüs bahsi ise elverişsiz teşebbüs (*untauglicher Versuch*), mantık dışı teşebbüs (*grob unverständiger Versuch*) ve gerçeküstü, boş inanca dayalı teşebbüs (*irrealer/ abergläubischer Versuch*) olmak üzere üçlü bir şekilde ele alınmaktadır ve bu üç kurumun da failin ceza sorumluluğu üzerindeki etkisi farklıdır¹¹⁵⁹.

Araçta, konuda veya failin özelliğinde elverişsizlik söz konusu olabilir¹¹⁶⁰. Araçta elverişsizliğe şarjörü doldurulmamış silahla öldürme amacıyla ateş etmek veya öldürücü etkisi olduğu zannedilen ilaçla zehirlenme örnek olarak gösterilebilirken; konuda elverişsizliğe ise

eksiktir ve suç işlenemez suç olarak kabul edilmelidir. Eğer komşu-komşunun köpeği örneğinde tek bir fiille, yani fikri içtima kapsamında taksirle öldürme ve mala zarar vermeye teşebbüsün olduğunu kabul edecek olursak, anne-baba örneğinde de tek fiille, yani fikri içtima kapsamında annenin öldürülmesinin istenmesi bakımından kasten öldürmenin nitelikli haline teşebbüs ve babanın öldürülmesi bakımından kasten öldürmenin bulunduğu kabul etmek gerekecektir.

¹¹⁵⁸ Çeviri için bkz. Yenisey/ Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), s.20-21.

¹¹⁵⁹ Jescheck/Weigend, AT, §50, s.529vd.; Roxin, AT II, §29, s.446vd., Kn.347vd.; Kühl, AT, §15, s.430 vd., Kn.86 vd.; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §17, s.314, Kn.880-881.

¹¹⁶⁰ Jescheck/Weigend, AT, §50, s.529; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §17, s.314, Kn.880; Roxin, AT II, §29, s.446-447, Kn.347-350. Askeri Yargıtay 2. Dairesi 15.10.2014 tarihli bir kararında izne katılması gerekirken katılmayan ve sonrasında yakalanan sanığın askeri hastanede yapılan tetkikler sonucu suç tarihinde askerliğe elverişli olmadığına anlaşılması sonucunda, sanığın işlediği iddia edilen sırf askeri suçların, askerliğe elverişli olmayan sivil kişilerce işlenmesinin mümkün olmadığını, bu sebeple bu suçların işlenemez suç niteliği kazandığını belirtmiştir (E.2014/892, K.2014/886, karar için bkz. Askeri Yargıtay Dergisi, Sayı:28, 2015, s.48-49).

başkasının olduğu zannıyla kendi malını yerinden alma örnek olarak gösterilebilir. Hem araçta hem konuda elverişsizlik bir arada bulunabilir. Buna örnek olarak ise şarjörü boş olan silahla bir cesede öldürme amacıyla ateş etmek gösterilebilir¹¹⁶¹. Failin özelliğine ilişkin elverişsizliğe ise özgü nitelik taşımadığını bilmeyen ve özgü suç fiilini işleyen failin durumu veya neticeyi engelleme yükümlülüğü olmayan failin, böyle bir yükümlülüğü olduğunu düşünerek, bundan doğduğunu farz ettiği yükümlülükler aykırı hareket etmesi örnek olarak gösterilebilir¹¹⁶².

Elverişsiz teşebbüste failin ceza sorumluluğu hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür¹¹⁶³. Alm.CK.'deki teşebbüs hükümleriyle uyumsuz olduğu için artık taraftar bulmayan objektif teoriye (*objektive Theorie*) göre failin fiili ile hukuken korunan konu üzerinde bir tehlike meydana gelmemiştir. Bu sebeple failin teşebbüsten sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Yine artık Alm.CK.'nin teşebbüs düzenlemesiyle uyumsuz olan ve teşebbüsü kavramsal olarak sadece neticenin gerçekleşmemesine indirgeyen “suç tipinde eksiklik” (*Mangel am Tatbestand*) görüşüne göre fail teşebbüsten cezalandırılmamalıdır¹¹⁶⁴. Etki teorisine (*Eindruckstheorie*) göre ise failin hukuka aykırı gelme iradesinin (*rechtsfeindliche Wille*) cezalandırılması doğrudur. Çünkü elverişli olan kadar elverişsiz teşebbüs de hukuk düzeninin geçerliliğini sarsmaktadır¹¹⁶⁵.

Elverişsiz teşebbüste şahsi hareket haksızlığı mevcut olduğu için (*personale Handlungsunrecht*) ve failin hukuka aykırı iradesi (*rechtsfeindliche Wille*) dışı yansıdığı için elverişsiz teşebbüs Alman hukukunda cezalandırılmaktadır¹¹⁶⁶. Maddi unsur hatasını düzenleyen Alm.CK. m.16 I uyarınca hata failin lehine bir sonuç doğururken; teşebbüsü

¹¹⁶¹ Kühl, AT, §15, s.431, Kn.88-90.

¹¹⁶² Wessels/Beulke/Satzger, AT, §17, s.314, Kn.880. Failin belirli bir neticenin engellenmesi bakımından hukuken yükümlü olmakla birlikte yükümlü olmadığını zannettiği duruma çerçeve normun eksik unsurunda hata bahsinde değinilmişti. Bu hata bazı hallerde hukuki yorum/ değerlendirme hatası olarak, bazı hallerde de emir hatası, yani haksızlık hatasının ihmali suçlardaki görünümü olarak ortaya çıkmaktadır. Her iki ihtimalde de hukuki yüküm altında bulunmayan failin kendisini belirli bir neticenin önlenmesi bakımından yükümlü olduğunu düşünmesi halinde, failin hatası tersine haksızlık yanılığı, yani mefruz suç kurallarına göre çözümlenmelidir. Tersine hukuki/değerlendirme hatasının mefruz suç kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Göktürk, Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.136.

¹¹⁶³ Bu görüşler hakkında bilgi için bkz. Kazaker, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, s.129 vd.

¹¹⁶⁴ Jescheck/Weigend, AT, §50, s.530.

¹¹⁶⁵ Jescheck/Weigend, AT, §50, s.530-531.

¹¹⁶⁶ Kühl, AT, §15, s.531, Kn.90.

düzenleyen Alm.CK. m.22 ve m.23 uyarınca aslında objektif olarak mevcut olmayan bir olgunun var olduğunu zanneden fail hatasından faydalanamayacaktır¹¹⁶⁷.

Mantık dışı teşebbüste (*grob unverständiger Versuch*) ise elverişsiz araç veya konunun mevcudiyeti yanında ek şartlar aranmaktadır. Fail normal bir vatandaşın ortalama bilgi ve tecrübesinden saparak teşebbüsünün elverişliliğine ilişkin olarak doğa yasalarına aykırı bir düşünce içinde ise burada mantık dışı teşebbüs mevcuttur. Örneğin 50 metre için tasarlanmış bir havalı tüfekle 200 metre uzaklıktaki birine öldürme amacıyla ateş edilmesi bu kapsamda değerlendirilebilir. Burada temel balistik bilgisinden yoksunluğa bağlı ağır bir düşüncesizlik söz konusudur. Ancak eğer ortalama bir kişinin tecrübe ve bilgisine göre kullanılan araç ilgili neticeyi gerçekleştirmek için uygun ise ve fail sadece aracın doğası, yapısı ve etki yoğunluğu hakkında hataya düşüyorsa burada mantık dışı teşebbüs söz konusu değildir¹¹⁶⁸. Alm.CK. m.23 III uyarınca mantık dışı teşebbüste hakim ceza vermeyebileceği gibi cezada indirimle gitme imkanı da bulunmaktadır¹¹⁶⁹.

Gerçeküstü, boş inanca dayalı teşebbüste (*irrealer/ abergläubischer Versuch*) ise failin doğa yasaları bağlamında ortalama bir insanda olması gereken bilgiden yoksunluğu söz konusu değildir. Fail, batıl düşünceler etkisinde, sihirli güçlerin etkisine ilişkin bir bilgiyle hareket etmektedir. Örneğin büyüyle hamile bir kişinin çocuğunu düşürmeye çalışmak boş inanca dayalı teşebbüstür ve cezalandırılmaz¹¹⁷⁰. Cezalandırılmama sebebi bu tür davranışların hukuk düzenini sarsma etkisinden yoksun olması ve failin kastının bulunmamasıdır¹¹⁷¹.

Türk hukukunda suça teşebbüs kurumu TCK m.35/1’te “*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten sorumlu tutulur.*” şeklinde ifade edilmiştir. Mülga 765 sayılı TCK’da ise teşebbüs m.61’de “*Bir kimse işlemeği kasdeylediği bir cürmü vesaiti mahsusa ile icraya başlayıp da ihtiyarında olmıyan esbabı maniadan dolayı o cürmün*

¹¹⁶⁷ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.111-112, Kn.358.

¹¹⁶⁸ Kühl, AT, §15, s.532, Kn.92.

¹¹⁶⁹ Roxin, AT II, §29, s.452; Kn.363; Kühl, AT, §15, s.530, Kn.86.

¹¹⁷⁰ Kühl, AT, §15, s.533, Kn.93.

¹¹⁷¹ Jescheck/Weigend, AT, §50, s.532; Kühl, AT, §15, s.534, Kn.95.

husulüne muktazi fiilleri ikmal edememiş ise...” şeklinde tanımlanmıştı. Eski kanundan farklı olarak 5237 sayılı TCK’da vasitanın değil, fiilin elverişliliğinden bahsedilmiştir. TCK m.35’in gerekçesinde de elverişlilik konusuna şöyle bir açıklama getirilmiştir: “*Suçta 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. Nitekim uygulamada da elverişlilik bu şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle maddeye, suça teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden “uygun hareketler” kavramı dahil edilmiştir*”¹¹⁷².

Fiilin elverişliliği, fiilin gerçekleştiği andaki şartlar (*ex ante*) dikkate alınarak belirlenmelidir. Nitekim belirli bir durumda elverişli olan fiil, başka bir durumda elverişli olmayabilir¹¹⁷³. Elverişlilik belirlenirken her ne kadar tarafsız üçüncü kişinin öngörüsü esas alınsa da failin sahip olduğu özel bilgi de göz önünde bulundurulmalıdır¹¹⁷⁴.

Türk hukukunda elverişsiz teşebbüs konusunda isimlendirmeler farklılık arz etmektedir. Aracın neticeyi meydana getirmek için elverişsiz olması veya konunun bulunmadığı durumda doktrinin eğilimi bunu elverişsiz teşebbüs kavramıyla ifade etmektedir¹¹⁷⁵. Ancak bir kısım yazara göre ise elverişsizlik sadece araçta söz konusu olabilir, konunun ise yokluğundan bahsedilebilir ki bu da işlenemez suç kurumuna karşılık gelmektedir¹¹⁷⁶. Fiilin elverişsizliği ve konunun yokluğu durumunu işlenemez suç kavramı

¹¹⁷² Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), s.191. “*Her ne kadar, madde gerekçesinde zuhulen “uygun hareketler” ibaresi kullanılmış ise de; madde metninde “elverişli hareketler” ibaresi kullanılmıştır. Bu itibarla, madde gerekçesini madde metnine uygun bir şekilde anlamak gerekir.*” (Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), s.191).

¹¹⁷³ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s.125-126; Sözüer, Suça Teşebbüs, s.187; Demirbaş, Genel Hükümler, s.461-462; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.699; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.428-429; Özgenç, Genel Hükümler, s.499; Aksoy İpekçioğlu, s.75; Kazaker, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, s.216.

¹¹⁷⁴ Sözüer, Suça Teşebbüs, s.187; Demirbaş, Genel Hükümler, s.461-462; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.699-700; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.428-429; Özgenç, Genel Hükümler, s.499.

¹¹⁷⁵ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s.317. İtalyan Ceza Kanunu m.49/2’de Türk doktrininde kullanılan elverişsiz teşebbüs (aracın elverişsizliği ve konunun yokluğu durumu) kavramı yerine işlenemez suç kavramının kullanıldığına ilişkin olarak bkz. Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s.317.

¹¹⁷⁶ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s.114-115; Özgenç, Genel Hükümler, s.500; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.430.

altında ele alan yazarlar da bulunmaktadır¹¹⁷⁷. Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasına ilişkin olarak objektif ve sübjektif görüşler ileri sürülmüştür. Objektif teori, suçun konusu veya kullanılan araçta imkansızlığı mutlak ve nispi olarak ayırmış, mutlak imkansızlıkta faile ceza verilmeyeceğini, nispi imkansızlıkta ise failin teşebbüs hükümlerince cezalandırılması gerektiğini savunmuştur¹¹⁷⁸. Sübjektif teori ise işlenemez suçta failin iradesini esas alır, fail düzene karşı iradesini hareketleriyle ortaya koyduğu için cezalandırılmalıdır. Bu teoriye göre, failin, fiiliyle objektif olarak konunun üzerinde tehlike oluşturulması değil, failin tehlikeliliğini ortaya koyması önem arz etmektedir¹¹⁷⁹.

Fiilin elverişliliği öğretide, vasıta ve konunun elverişliliği üzerinden anlatılmaktadır. **Vasıtanın elverişliliğinin** belirlenmesi konusunda objektif ve sübjektif olmak üzere iki görüş bulunmaktadır. **Objektif görüşe göre**, bir vasıta, failin onu kullanma kabiliyeti dikkate alınmaksızın belirli bir suç tipini gerçekleştirebilecek ise, vasıta elverişlidir¹¹⁸⁰. Örneğin dolu bir silah, fail silah kullanma konusunda acemi de olsa elverişlidir¹¹⁸¹. **Sübjektif görüşe göre** ise, vasıtanın elverişliliği failin onu kullanabilme yeteneğine göre belirlenmelidir. Objektif olarak belirli bir suç tipini gerçekleştirmek için yeterli olan, ancak failin kullanamadığı bir vasıta elverişli değildir¹¹⁸². Örneğin silahın nasıl kullanıldığını bilmeyen failin elinde, dolu bir silah elverişsizdir¹¹⁸³.

Vasıtanın objektif olarak elverişli, ancak somut olayda ilgili suç tipini meydana getirmek için elverişsiz olması durumunda, yani aracın yetersiz kaldığı durumda aracın nispi elverişsizliği (araçta nispi imkansızlık) söz konusudur. Bu nispi imkansızlık, olayın, failin veya mağdurun özelliklerinden kaynaklanacağı gibi aracın kullanım şekline de kaynaklanabilir. Örneğin öldürme amacıyla mağdura yetersiz miktarda zehir verilmesi durumunda, zehir objektif olarak öldürme neticesi bakımından elverişli bir araçtır, ancak

¹¹⁷⁷ Dönmezer/ Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c.I, s.365, Kn.499; Taner, Umumi Kısım, s.289; Alacakaptan, İşlenemez Suç, s.13, 16; Aksoy İpekçioğlu, Pervin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, s.105vd.

¹¹⁷⁸ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.407.

¹¹⁷⁹ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.410; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt Md.1-50, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s.1175.

¹¹⁸⁰ Demirbaş, Genel Hükümler, s.461; Zafer, Genel Hükümler, s.507; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.700.

¹¹⁸¹ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.700.

¹¹⁸² Demirbaş, Genel Hükümler, s.461; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.700.

¹¹⁸³ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.700.

miktarı somut olayda yetersiz kalmıştır. Aracın yetersizliği halinde teşebbüs hükümleri uygulanabilir¹¹⁸⁴. Vasıtanın hem objektif olarak hem de somut olayda elverişsiz olması durumunda, yani neticeyi hiçbir koşul altında gerçekleştiremeyecek olması durumunda mutlak elverişsizlikten bahsedilir. Örneğin oyuncak tabanca, öldürme neticesini hiçbir koşul altında gerçekleştiremeyeceği için¹¹⁸⁵, öldürme suç tipi bakımından mutlak elverişsizdir. Bu halde teşebbüs hükümleri uygulanamaz¹¹⁸⁶. **Yargıtay** suça teşebbüsten sorumluluk için fiil aracının objektif olarak elverişli olmasını yeterli görmemiş, failin bu aracı suç tipini gerçekleştirme bakımından elverişli bir şekilde kullanmasını aramıştır¹¹⁸⁷.

Konunun elverişliliği bakımından da mutlak ve nispi elverişlilik ayırımına gidilebilir. Suçun konusunun mutlak elverişsiz olduğu halde, konuya zarar verme veya üzerinde bir tehlike yaratma imkanı bulunmamaktadır. Konunun mutlak elverişsiz olduğu halde fiil de elverişsiz olacaktır ve teşebbüs hükümlerinin uygulanma imkanı bulunmamaktadır¹¹⁸⁸.

765 sayılı TCK'nın mehzaz ülkesi İtalya'daki ceza hukuku doktrininde konunun yokluğunun da mutlak yokluk ve nispi yokluk şeklinde ikili bir şekilde ele alınabildiği ifade edilmektedir. Mutlak yokluk failin, fiili ne suretle gerçekleşirse gerçekleşsin neticenin meydana gelmesinin imkansız olduğu yokluk türüdür. Örneğin gebe olmayan kadının çocuğunu düşürmeye veya zaten ölü bir insanı öldürmeye çalışma bu kapsamda değerlendirilebilir. Nispi yoklukta ise konu aslında vardır, ancak fiilin işlendiği sırada geçici olarak mevcut değildir. Örneğin yankesicinin boş olan cebe elini sokması veya mağdurun

¹¹⁸⁴ Zafer, Genel Hükümler, s.508. Aksi görüşe göre aracın yetersizliği, elverişsizliğinden farklı bir kavramdır. Aracın belli bir suçu tipi bakımından elverişli ancak yetersiz olması halinde teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır (Yüce, Ceza Hukuku Dersleri, s.353; Demirbaş, Genel Hükümler, s.461).

¹¹⁸⁵ Oyuncak silah, ateş etmek suretiyle öldürme bakımından mutlak elverişsizdir. Metalden yapılmış bir oyuncak silah, mağdurun başına vurmak suretiyle öldürme bakımından elverişli kabul edilebilir.

¹¹⁸⁶ Zafer, Genel Hükümler, s.508. Failin fiilinin elverişliliğinin somut olayın şartlarına göre değişkenlik arz etmesi ve failin somut olaya ilişkin özel bilgisinin, fiilinin elverişliliği üzerinde etkili olabilmesi sebebiyle Özgenç, elverişsizliğin mutlak-nispi şeklinde bir ayırma tabi tutulmasını eleştirmektedir (Özgenç, Genel Hükümler, s.499).

¹¹⁸⁷ “Özetle; bir kimsenin suça teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmesi için, yapılan hareketlerin objektif olarak suçun kanuni tanımında öngörülen sonucu meydana getirmeye elverişli olmasıyla birlikte, aracın fail tarafından bu sonucu gerçekleştirmeye uygun biçimde kullanılması, ancak failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlanamaması ya da tamamlanmasına karşın sonucun gerçekleşmemesi gerekir.” YCGK, E. 2014/14-8, K. 2014/186, T. 15.04.2014; YCGK, E. 2011/6-340, K. 2012/209, T. 22.5.2012 (kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 6.7.2019). Bu ifade her iki kararda da yer almaktadır.

¹¹⁸⁸ Zafer, Genel Hükümler, s.508.

henüz kalktığı yatağa mağdurun orada bulunduğu zannıyla bıçakla saldırılması nispi yokluk halleridir. Konunun mutlak yokluğunda işlenemez suç, nispi yokluğunda ise teşebbüs çözümü ileri sürülmüştür¹¹⁸⁹. Doktrinde bir kısım yazarlarca mutlak-nispi yokluk ayrımı eleştirilmekte ve konunun bulunmaması durumunda işlenemez suç olduğu kabul edilmektedir. Ancak failin o zamana kadarki davranışları ayrıca bir suç oluşturuyorsa o suçtan sorumluluğunun olduğu ifade edilmektedir. Örneğin hırsızlık amacıyla bir konuta giren failin çalacak bir şey bulamaması durumunda fail hırsızlık suçuna teşebbüsten değil, konut dokunulmazlığını ihlal suçundan sorumlu olmalıdır¹¹⁹⁰. Bu tür olaylarda failin, tehlikeli kişiliğini ortaya koyduğunu kabul etmek gerekir. Ancak suçun maddi unsurlarından konunun olayda mevcut olmaması sebebiyle failin teşebbüsten sorumlu tutulması doğru olmayacaktır¹¹⁹¹. Böyle bir sonuç teşebbüs bakımından TCK'nın benimsediği objektif görüşle de örtüşmemektedir¹¹⁹². İtalyan Ceza Kanunu'nun aksine TCK'da işlenemez suça ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır¹¹⁹³. Bu durumda tehlikeli kişiliğini ortaya koymuş faile güvenlik tedbiri uygulanmasının öngörülmemesinin, kanunun bir eksikliği olduğu ifade edilmiştir¹¹⁹⁴.

Mutlak-nispi yokluk ayrımını reddeden başka bir görüşe göre ise konunun bulunmaması durumunda teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır. Örneğin yankesicinin boş cepe elini sokması durumunda konunun fiil işlenirken orada bulunmaması bir tesadüf sonucudur. Hırsızın o anda yakalanmaması durumunda, hırsız sırasıyla mağdurun üzerindeki diğer cepleri arayacaktır. Bu sebeple faili bu tesadüften faydalandırmak adil olmayacaktır. Suçun icra

¹¹⁸⁹ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s.115-116; Soyaslan, Genel Hükümler, s.286-287, 291. Yargıtay'ın bu yönde kararları bulunmaktadır: “*Müştekilerin beyanı, sanık savunması ve tüm dosya kapsamı itibarıyla, sanığın, müştekilere ait işyerlerine girdiği, ancak çalınacak kıymetli bir eşya bulunmaması üzerine bir şey almadan çıktığının anlaşılması karşısında, sanığın bu müştekilere karşı işlemiş olduğu hırsızlık suçunun eksik teşebbüs aşamasında kaldığı nazara alınarak TCK'nın 61. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir.*” Y.10.CD, E.2004/25426, K.2005/340, T.25.01.2005 (Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Cilt Md.141-196, 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2014, s.4496-4497, dn.130; Koca/ Üzülmmez, Genel Hükümler, s.431-432, dn.1358).

¹¹⁹⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s.500-501; Koca/Üzülmmez, Genel Hükümler, s.432.

¹¹⁹¹ Özgenç, Genel Hükümler, s.502.

¹¹⁹² Koca/Üzülmmez, Genel Hükümler, s.432.

¹¹⁹³ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s.318.

¹¹⁹⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s.502; Koca/Üzülmmez, Genel Hükümler, s.432; Artuk/Gökcan/ Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt Md.1-50, s.1176. İtalyan Ceza Kanununda bu durumlarda faile güvenlik tedbiri uygulanabileceğine ilişkin bkz. Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s.318.

hareketleri failin elini mağdurun cebine sokmasıyla başlamaktadır. Bu sebeple fail hırsızlığa teşebbüsten sorumlu olmalıdır¹¹⁹⁵.

Her ne kadar tersine maddi unsur hatası ve elverişsiz teşebbüs konuları beraber ele alınmalı ise de ne Alman hukukunda ne de Türk hukukunda bu iki kurum birbiriyle örtüşür şekilde ele alınmaktadır. Alman hukukunda buna engel olan Alm.CK.'nin teşebbüs düzenlemeleri iken, TCK'da aslında buna engel bir durum bulunmamaktadır.

C. TERSİNE HAKSIZLIK HATASI VE MEFRUZ SUÇ

Kişinin, objektif olarak cezalandırılmayan davranışının cezalandırılacağını düşünmesi anlamına gelen mefruz suçun dört farklı görünüm şekli mevcuttur. Bunlar 1) tersine haksızlık hatası (*umgekehrter Verbotsirrtum*), 2) hukuka uygunluk sebeplerinde tersine hata (*umgekehrter Erlaubnisirrtum*), 3) tersine hukuki yorum/değerlendirme hatası (*umgekehrter Verbotsirrtum*) ve 4) tersine salt cezalandırılabilirlik hatasıdır (*umgekehrter reiner Strafbarkeitsirrtum*)¹¹⁹⁶.

Tersine haksızlık hatasında fail, davranışının gerçekte mevcut olmayan bir ceza normuna aykırılık teşkil ettiğini düşünmektedir¹¹⁹⁷. Reşitler arası cinsel ilişki fiili buna örnek olarak gösterilebilir¹¹⁹⁸. Suç ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, kanunda suç olarak tanımlanmayan fiil cezalandırılmaz. Bu hataya düşen kişi de cezalandırılmayacaktır¹¹⁹⁹. Aksi hal, kişinin düşüncesinden ötürü cezalandırılması anlamına gelmektedir¹²⁰⁰.

Hukuka uygunluk sebeplerinde tersine hatada¹²⁰¹ ise fail hukuka uygunluk sebeplerinin sınırlarını aleyhine yorumlamak, yani daraltmak suretiyle hukuka uygunluk

¹¹⁹⁵ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s.121vd.

¹¹⁹⁶ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §17, s.315, Kn.883; Roxin, AT II, §29, s.458vd., Kn. 380vd.; Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §22-24, s.223-224, Kn.11.

¹¹⁹⁷ Roxin, AT II, §29, s.459, Kn.381; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §17, s.315, Kn.883; Centel/ Zafer/ Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.238; Demirbaş, Genel Hükümler, s.421.

¹¹⁹⁸ Demirbaş, Genel Hükümler, s.421.

¹¹⁹⁹ Zafer, Genel Hükümler, s.224; Göktürk, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.136-137.

¹²⁰⁰ Zafer, Genel Hükümler, s.224.

¹²⁰¹ Bu hata dolaylı haksızlık hatası olarak adlandırılmaktadır (Göktürk, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.137).

sebebi kapsamında olan davranışının cezalandırılabilir olduğunu zannetmektedir¹²⁰²; yahut olaydaki mevcut hukuka uygunluk sebebinin varlığından haberdar değildir. Malvarlığını koruma amaçlı savunmada bulunan ve meşru savunmanın sadece beden ve yaşama karşı saldırılar için mümkün olduğunu zanneden kişinin hatası bu duruma bir örnek teşkil edecektir¹²⁰³. Benzer şekilde, çaldığı malla kaçan hırsız başka türlü durdurma ve malını koruma imkanı olmadığı için bacağından yaralayan kişi, ihlal edilen değerler arasında bir oran olması gerektiği zannıyla, malını savunmak için yaralamanın meşru savunma kapsamında olmadığını düşünse, hatası hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında tersine hatadır¹²⁰⁴.

Bu durumda kişinin cezalandırılması hususu, hukuka uygunluk sebebinden faydalanmak için bu sebebin fail tarafından bilinmesinin gerekip gerekmediği hususuna göre çözümlenmelidir. Objektif görüşe göre, hukuka uygunluk sebebinin objektif olarak somut olayda bulunması yeterli olup, failin bundan faydalanması için bu hali bilmesi gerekmemektedir. Yani olayda hukuka uygunluk sebebi mevcut ise, fail bu sebebi bilme de cezalandırılmayacaktır¹²⁰⁵. Sübjektif görüşe göre ise, hukuka uygunluk sebebinden

¹²⁰² Roxin, AT II, §29, s.459, Kn. 381; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §17, s.315, Kn.883; Kühl, AT, §15, s.540, Kn.101.

¹²⁰³ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §17, s.315, Kn.883.

¹²⁰⁴ Roxin, AT II, §29, s.459, Kn. 381; Kühl, AT, §15, s.540, Kn.101.

¹²⁰⁵ Dönmezer/ Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c.II, s.21, Kn.696; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.222; Zafer, Genel Hükümler, s.362; Soyaslan, Genel Hükümler, s.343; Dursun/Bozbayındır, Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi, 86-87. Failin cezalandırılmaması için yazarlar farklı gerekçeler ileri sürmüşlerdir. *Dönmezer/Erman*, failin cezalandırılmamasını, mefruz suç kurallarına dayandırmaktadır. “*Nasıl ki, mefruz suçta kanuni tarife uymayan bir fiili, fail uygun olduğu zanniyle işlemekte ve buna rağmen, cezalandırılmamakta ise, hukuka uygunluk sebebinin varlığı dolayısıyla, esasta hukuka aykırı olmayan bir hareketi hukuka aykırı olduğu kanısı ile işlemektedir; fakat hukuka aykırılık objektif bir unsur olduğundan, failin bundan haberdar olmasına gerek yoktur.*” (Dönmezer/ Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c.II, s.21, Kn.696). Önder ise hukuka uygunluk sebebinin hukuka aykırılığı kaldırdığını ve hareketin neticesine göre değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur (Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.222). *Zafer*’e göre suçun manevi unsuru, failin sorumluluğunu azaltmak amacıyla getirilen bir kurumdur. Hukuka uygunluk sebeplerini manevi unsurun kapsamına almak, manevi unsurun amacıyla çatışmaktadır. Ayrıca, objektif olarak kötü bir iş yapmayan kişiyi, kötü iradesinden dolayı cezalandırmak, kişiyi, ceza hukukunda kural olarak bir anlam ifade etmeyen niyetinden ve düşüncesinden ötürü cezalandırmak anlamına gelecektir. Bunun yanı sıra, hukuka uygunluk sebeplerinde manevi unsur aranması, bilme unsurunu içermeyen taksirli suçlar bakımından anlamsızdır (Zafer, Genel Hükümler, s.362-363). *Soyaslan* ise olayda mevcut hukuka uygunluk uygunluk sebebinin bilmeyen faili bundan faydalandırmanın sebebinin “*devletin kişiyi cezalandırmasını haklı kılan bir sosyal zararın bulunmaması*” olarak ifade etmektedir (Soyaslan, Genel Hükümler, s.342-343). *Dursun/ Bozbayındır*’a göre olayda mevcut bulunan hukuka uygunluk sebeplerinin fail tarafından bilinmemesi durumunda teşebbüs kapsamında dahi cezalandırılacak bir haksızlık bulunmamaktadır. Ayrıca bu durum mefruz suçta yakın bir mahiyettedir. Öte yandan bu durumda cezalandırma, kişinin zihniyetini cezalandırma anlamına gelmektedir (Dursun/Bozbayındır, Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi, 86-87).

faaydalanmak için, failin olayda mevcut bu sebebin farkında olması, yani hukuka uygunluk bilinciyle hareket etmesi gerekmektedir¹²⁰⁶. Sübjektif görüş Alman hukukuna hakim iken, Türk hukukunda her iki görüş de taraftar bulmaktadır¹²⁰⁷. Sübjektif görüşte somut olayda mevcut hukuka uygunluk sebeplerini bilmeyen failin cezalandırılmasına ilişkin olarak farklı çözümler ileri sürülmektedir. *Tamamlanmış fiil çözümüne* göre fail, olaydaki hukuka uygunluk sebebinden faydalanamayacak ve tamamlanmış fiilden cezalandırılacaktır. *Teşebbüs çözümüne* göre ise her ne kadar failin fiil haksızlığı mevcut ise de olayda netice haksızlığı gerçekleşmemiştir. Bu bakımdan cezalandırma, ilgili suça teşebbüsten belirlenmelidir. *Cezasızlık çözümüne* göre somut olayda, faili tamamlanmış suçtan veya teşebbüsten sorumlu tutmak için gerekli bir netice haksızlığı bulunmamaktadır. Objektif olarak kötü bir eylemi olmayan faili, sadece eyleminin kötü olduğunu düşündüğü için cezalandırmak aslında onun düşüncesini cezalandırmak anlamına gelecektir. Bu sebeple fail cezalandırılmamalıdır¹²⁰⁸.

Tersine hukuki yorum hatasında fail, fiili olgulara ve bu olguların anlam içeriklerine vakıf olmasına rağmen, kavramları yanlış yorumu/değerlendirmesi (genişletmesi) sonucu normu yanlış algılamakta ve normun uygulama alanını aleyhine olacak şekilde geniş

¹²⁰⁶ Koca/zlmez, Genel Hükümler, s.271; zgen, Genel Hükümler, s311-313; Artuk/Gökcen/ Aşahin/ akır, Genel Hükümler, s.486, 654-655; zbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler (2017), s.264; Göktürk, Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?, s.15vd.; Ersan, Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, s.50-53; Hakeri, Genel Hükümler, s.459; Değirmenci, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, s.173-174, Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.392. *Koca/zlmez, zgen, Artuk/Gökcen/ Aşahin/ akır*, klasik ceza hukuku anlayışında haksızlığın neticeye göre belirlendiğini, TCK'nın kabul ettiği yeni anlayışa göre hukuka uygunluk sebebinin objektif olarak olayda bulunmasının yanı sıra failin bunun bilincinde olması gerektiğini ifade etmişlerdir. *Koca/zlmez* bu görüşü kısaca şu şekilde ifade etmiştir: "*Hukuka uygunluk nedenlerinin neticenin ifade ettiği haksızlığa göre değil, fiilin haksızlık muhtevasına göre değerlendirilmesine taraftarız (şahsi haksızlık ğretisi). Suçun kanuni tanımında belirtildiği hallerde neticenin değersizliği önemli olmakla birlikte, hukuka aykırılık ilk olarak fiilin ifade ettiği haksızlıkla belirlenecektir.*" (Koca/zlmez, Genel Hükümler, s.271).

¹²⁰⁷ Objektif görüşün, mülga TCK zamanında, öğretide üzerinde ittifak edilmiş bir görüş olduğu, ancak 5237 sayılı TCK döneminde, öğretideki eski baskınlığını kaybettiği ifade edilmiştir (Dursun/ Bozbayındır, Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi, s.65).

¹²⁰⁸ Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun/Bozbayındır, Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi, 76-81. Türk hukukunda tamamlanmış fiil çözümünü benimseyen yazarlar: Ersan, Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, s.52-53; Ozansü, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, s.119. Türk hukukunda teşebbüs çözümünü benimseyen yazarlar: Koca/zlmez, Genel Hükümler, s.271; Göktürk, Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?, s.27; şenol, 5237 Sayılı TCK'ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata, s.67. Türk hukukunda cezasızlık çözümünü kabul eden yazarlar: Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.392-393; Değirmenci, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, s.173-174.

zannetmektedir¹²⁰⁹. Örneğin, komşusunda kendisine ikram edilen haşhaşlı çöreği yiyen kişinin uyuşturucu kullandığını zannetmesi (TCK m.191/1) durumunda, kişinin düştüğü hata tersine hukuki yorum hatasıdır¹²¹⁰.

Gerçek olmayan ihmali suçlardaki garantörlük yükümünün fail tarafından geniş yorumlanması da tersine hukuki yorum hatası kapsamında değerlendirilebilir¹²¹¹. Örneğin boğulmakta olan komşunun çocuğunu kendi çocuğunda olduğu gibi kurtarma yükümü altında olduğunu düşünen kişi tersine hukuki yorum hatasında bulunmaktadır¹²¹².

Tersine salt cezalandırılabilirlik hatasında fail, kendisine uygulanacak şahsi cezasızlık sebebini veya objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmediğini bilmediği için fiilinden ötürü cezalandırılacağını zannetmektedir¹²¹³. Örneğin aynı evde yaşayan kardeşlerden biri diğerinin dizüstü bilgisayarını çalar. TCK m. 167/1.c uyarınca hırsızlık suçunu işleyen kardeş cezalandırılmaz. Bu şahsi cezasızlık sebebini bilmeyen ve cezalandırılacağını düşünen kardeşin hatası tersine salt cezalandırılabilirlik hatasına örnektir. Failin bu duruma ilişkin hatasının önemi yoktur. Çünkü şahsi cezasızlık sebebi objektif niteliği haizdir ve haksızlığa ilişkin olmadığı için failin kastının kapsamında değildir.

D. TERSİNE MADDİ UNSUR HATASI VE TERSİNE HAKSIZLIK HATASINA İLİŞKİN ÖZEL SORUNLAR

Bazı durumlarda tersine maddi unsur hatasının mı yoksa tersine haksızlık hatasının bir alt türü olan tersine hukuki yorum hatası mı bulunduğu konusu tartışmalıdır. Normatif unsurlarda tersine hata ve özgü suçlarda failin özgü niteliğe ilişkin aleyhine hatası bu kapsamda tartışılmaktadır.

¹²⁰⁹ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §17, s.315, Kn.883; Roxin, AT II, §29, s.460, Kn.383.

¹²¹⁰ Yemeklerde kullanılan haşhaş, haşhaş bitkisinin kabuğunun içindeki tohumdan üretilmiş olup, uyuşturucu etkisi yoktur.

¹²¹¹ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §17, s.315, Kn.883; Roxin, AT II, §29, s.461, Kn. 387; Köhl, AT, §15, s.539, Kn.100a.

¹²¹² Köhl, AT, §15, s.540, Kn.100a.

¹²¹³ Roxin, AT II, §29, s.459, Kn.382.

Tersine hukuki yorum hatası hem deskriptif hem de normatif unsurlar için mümkünken¹²¹⁴; normatif unsurun temelini oluşturan fiili olgularda failin kendi aleyhine hataya düşmesi sorunludur. Bir görüşe göre burada tipin maddi unsurlarında tersine hata söz konusu iken, diğer bir görüşe göre ise failin hatası tersine hukuki yorum hatası kapsamında ele alınacaktır¹²¹⁵. Örneğin belge fotokopisinin belge olduğunu düşünerek fotokopide sahtecilik yapan kişinin durumunda suçun normatif unsuru için gerekli olan hukukçu olmayan kişinin kanun koyucuya paralel değerlendirmesi (*Parallelwertung in der Laiensphäre*) her daim kastın kapsamında kabul edilirse¹²¹⁶ burada failin, aleyhine olacak şekilde normatif bir unsuru yorumlamasını tersine maddi unsur hatası olarak kabul etmek gerekir¹²¹⁷. Ancak diğer görüşe göre fail ceza normunun uygulama alanında hataya düştüğü için mefruz suç hükümleri gereğince belgede sahtecilik suçunu işlememiş olacaktır¹²¹⁸. Normatif unsorda tersine hatada elverişsiz teşebbüs-mefruz suç ayrımı için şu öneri getirilmektedir: eğer fail sadece ilgili unsura ilişkin fiili olguda aleyhine hataya düşerse elverişsiz teşebbüs; eğer fiili olgulara ilişkin bilgisinde sorun yoksa, sadece hukuk normunun kapsamı konusunda hataya düşerse bu durumda mefruz suç hükümleri uygulanmalıdır¹²¹⁹.

Özgü suçlarda failin özelliği konusunda, yani öznenin suça elverişliliği konusunda düştüğü hata da bir görüşe göre elverişsiz teşebbüs¹²²⁰, diğer bir görüşe göre ise mefruz suç kapsamında ele alınmaktadır¹²²¹. Özgü suçlarda aslında özgü niteliğe sahip olmayan ancak öyle olduğunu zanneden kişi özgü niteliğe sahip olmadığı için ilgili suçu tam bir şekilde işleyemez¹²²². Örneğin kendisini kamu görevlisi zanneden özel site güvenlik görevlisi haksız olarak bir kişinin üzerini arasa da haksız arama suçunu (TCK m.120) işleyemeyecektir. Ancak konu ve kullanılan araç gibi failin özgü niteliği de suçun bir unsuru olarak kabul edilirse, failin özgü niteliğinde aleyhine düştüğü hata tersine maddi unsur hatası olarak kabul edilebilir

¹²¹⁴ Roxin, AT II, §29, s.460, Kn.384.

¹²¹⁵ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §22-24, s.224, Kn.13-15; Kühl, AT, §15, s.536-537, Kn.98.

¹²¹⁶ Schlüchter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, s.67 vd.; Roxin, AT I, §12, s.487, Kn.102.

¹²¹⁷ Jescheck/Weigend, AT, §50, s.533.

¹²¹⁸ Kühl, AT, §15, s.538, Kn.99; Puppe, AT, §20, s.255-256, Kn.10-12.

¹²¹⁹ Jescheck/Weigend, AT, §50, s.533.

¹²²⁰ Jescheck/Weigend, AT, §50, s.534vd.; Doğan, Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası, s.195.

¹²²¹ Jakobs, AT, s.723, Kn.43; Krey, Volker/Esser, Robert, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 6. Auflage, Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH, 2016, §43, s.549, Kn.1249.

¹²²² Kühl, AT, §15, s.540, Kn.102.

ve elverişsiz teşebbüs hükümlerinin uygulanması kabul edilebilir¹²²³. Karşıt görüşe göre ise burada mefruz suç söz konusudur. Çünkü failin özellikle vurgulanmış özgü niteliği, bu nitelikte olmayan birinin yanlış düşüncesiyle onun için geçerli olmamaktadır¹²²⁴. Hataya düşen kişinin davranışıyla toplumun özgü niteliği olan kişiye olan güveni sarsılmamaktadır¹²²⁵. Ayrıca ilgili özgü suçun muhatabı özgü niteliğe sahip olmayan kişiler değildir¹²²⁶.

Fail fiili olguları doğru anlasa; ancak özel bir görev pozisyonunun yanlış hukuki değerlendirmesinde bulunsa burada mefruz suçu kabul etmek daha mantıklı olacaktır¹²²⁷. Örneğin belediyede temizlikçi olarak çalışan P, kendisini kamu görevlisi zannetse ve X'ten ona ait idari ceza kayıtlarını ortadan kaldırmak için bir miktar para alsa rüşvet suçundan (TCK m.252/ Alm.CK. m.332) cezalandırılmaz. Yine Bundesliga hakemi hediye kabul etmekle rüşvet suçunu (TCK m.252/ Alm.CK. m.332) işleyeceğini düşünse de bundan cezalandırılmaz¹²²⁸.

Ancak fail, maddi bir olguda hataya düşse ve bu olgunun gerçekten varlığı halinde failin özgü niteliği mevcut olsa burada elverişsiz teşebbüs olduğu kabul edilebilir¹²²⁹. Örneğin işten çıkarıldığını bilmeyen kamu görevlisi rüşvet suçunu işlese (Alman hukuka göre cezalandırılan) elverişsiz teşebbüsten cezalandırılmalıdır¹²³⁰.

III. ÇİFTE HATA

Çifte hata somut olayda birden fazla hatanın bir arada bulunmasıdır. Özellikle fiili olgularda hata ile hukuki yorum/değerlendirme hatasının bir arada bulunması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Çifte hata; suç tipinde, hukuka uygunluk sebeplerinde veya failin hareketinin

¹²²³ Köhl, AT, §15, s.541, Kn.102.

¹²²⁴ Kindhäuser, LPK-StGB, Vor §22-24, s.225, Kn.19.

¹²²⁵ Köhl, AT, §15, s.541, Kn.103.

¹²²⁶ Jakobs, AT, s.723, Kn.43; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (11. Auflage), §26, s.606, Kn.30.

¹²²⁷ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §17, s.315-316, Kn.884; Köhl, AT, §15, s.541, Kn.105; Kazaker, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, s.245.

¹²²⁸ Köhl, AT, §15, s.541, Kn.104.

¹²²⁹ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §17, s.316, Kn.884; Köhl, AT, §15, s.541, Kn.105; Kazaker, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, s.245.

¹²³⁰ Köhl, AT, §15, s.541, Kn.105.

haksızlığına ilişkin olarak meydana gelebilir¹²³¹. Çifte hata; iki maddi unsur hatasının bir arada bulunması¹²³², maddi unsur hatası ile yasak hatasının bir arada bulunması, hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata (*Erlaubnistatbestandsirrtum*) ve hukuka uygunluk sebebinin varlığında hatanın (*Erlaubnisirrtum*) bir arada bulunması¹²³³, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata ile hukuka uygunluk sebeplerinin sınırında hatanın bir arada bulunması¹²³⁴ veya iki haksızlık hatasının bir arada bulunması¹²³⁵ şeklinde olabilir.

Çifte maddi unsur hatasında (*doppelte Tatbestandsirrtum*) özel bir sorun söz konusudur. Fail suç tipinin bir unsurunda hataya düşerken, aslında başka bir unsurun bulunduğunu zannetmektedir¹²³⁶. Burada failin yanlış değerlendirdiği unsur bakımından kastı engellenir. Hataen kabul edilen unsur bakımından ise sadece teşebbüs söz konusu olur¹²³⁷.

Eğer fail öyle ya da böyle bir şekilde suçu gerçekleştirmek ister ve gerçekleştirirse, buradaki hata önemsiz olmalıdır. Bu sebeple şu ayrımlar yapılmalıdır. Eğer seçimlik unsurlar sadece aynı korunan konuya ilişkinse veya saldırı aracına ilişkin bir yelpaze sunuyorsa o zaman hata önemsizdir¹²³⁸. Örneğin konut ve konut eklentisi “başkasının barınma hakkı kapsamındaki kapalı alan”ın örnekleridir. Burada düşülen hata önemsizdir.

Eğer niceliksel olarak farklı konu veya saldırı tarzına ilişkin ise o zaman gerçekleşmeyen unsur bakımından kastın oluşumu engellenir, diğerine ise teşebbüs olduğu kabul edilmelidir. Örneğin Alm. CK. m.274’te düzenlenen belgede sahtecilik suçunun seçimlik unsurları olan “belge” ve “teknik kayıt” niceliksel olarak farklı oldukları için failin bu unsurlarda düştüğü hata önemlidir, yani fail hatasından faydalanır ve failin sorumluluğu belgede sahteciliğe teşebbüse göre belirlenmelidir¹²³⁹. Çünkü üzerinde netice gerçekleşen

¹²³¹ Plaschke, Michaela, Doppelirrtum im Strafrecht, Jura (Juristische Ausbildung), 23. Jahrgang, Berlin New York :Walter de Gruyter, 2001, s.235-241, s.235vd; Heinrich, AT, §32, s.491vd., Kn.1145vd.

¹²³² Roxin, AT I, §12, s.504, Kn.136.

¹²³³ Heinrich, AT, §32, s.491vd., Kn.1145vd.

¹²³⁴ Kühl, AT, §15, s.480, Kn.81.

¹²³⁵ Plaschke, Michaela, Doppelirrtum im Strafrecht, JURA 2001, s235-241, s.238; Haft, Fritjof, Der doppelte Irrtum im Strafrecht, JuS 1980, Heft 6, s.430-436, s.432.

¹²³⁶ Buradaki hata aslında seçimlik unsorda hatadır.

¹²³⁷ Roxin, AT I, §12, s.504, Kn.136.

¹²³⁸ Roxin, AT I, §12, s.504, Kn.136.

¹²³⁹ Roxin, AT I, §12, s.504, Kn.136. Aksi görüşte olan *Schröder*’e göre ise kanun koyucu bir suç tipi içerisinde belirli fiil şekillerini veya konuları sınırlı sayıda saymışsa; bu seçimlik unsurlarda hata artık önemsiz kabul

seçimlik unsur bakımından failin kastı yoktur, bu bakımdan fail sorumlu değildir. Failin hedeflediği seçimlik unsur üzerinde ise netice gerçekleşmemiştir, bu sebeple fail ilgili suça teşebbüsten sorumlu olmalıdır.

Maddi unsur hatası ile haksızlık hatasının beraber bulunduğu durumda failin kastı engellenmektedir. Failin taksirli sorumluluğu ayrıca incelenmelidir. Haksızlık hatası sebebiyle bir kusur araştırmasına ayrıca gidilmemelidir. Aksi halde, fail sadece hukuki bilgisizliğinden ötürü cezalandırılmış olurdu ve cezalandırmada failin fiilini değil düşüncesini esas alan bir ceza hukuku (*Gesinnungsstrafrecht*) benimsenmiş olurdu¹²⁴⁰.

Örneğin Anton aracını park ederken komşusu Norbert'in arabasını sıyırmış; ancak fark etmemiştir. Zaten Anton kaportaya verilen basit zararlar için de olay yerini terk etmeme yükümlülüğü olduğunu bilmemektedir. Burada Anton yaptığı kazayı bilmediği için bir maddi unsur hatasına; aynı zamanda Alm.CK. m.142 I c.2 uyarınca kaportaya verilen zararlarda da olay yerini terk etmeme yükümlülüğü olduğunu bilmediği için bir haksızlık hatasına düşmüştür. Zaten ilk hatasıyla beraber kastı engellendiği için, ikinci hatası önemli olmayacaktır¹²⁴¹.

Failin iki hatasının birbirini dengelediği durumda ise çözüm tartışmalıdır¹²⁴². Kişi normatif unsurların varlığında hataya düşmekte (onları yok zannetmekte); ancak hukuk veya değerlendirme hatası sonucu hukuka/kanuna uygun bir değerlendirme veya hükme ulaşmaktadır¹²⁴³. Şöyle ki fail cezalandırılması gereken bir fiili olguyu bilmez; ancak yanlış bir hukuki değerlendirme sonucu davranışının cezalandırılacağını düşünür. Örneğin avcı Winfried, Federal Av Kanunu (BJagdG) m.2 I c.1 kapsamında avlanılabilir olan ve kaçak avlanmayı düzenleyen Alm.CK. m.292 kapsamında vahşi kabul edilen hayvanlardan olan bir gelinciği öldürür. Ancak avcı Winfried, gelinciği Alm.CK. m.292 kapsamında vahşi kabul

edilmelidir. Fail ilgili suçun tamamlanmış kasti halinden sorumlu tutulmalıdır (Schröder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA, 1979, s.326-327). Warda'ya göre de buradaki hata önemsiz hukuki yorum/değerlendirme hatasıdır. Kişinin sorumluluğu ilgili suçun tamamlanmış kasti haline göre belirlenmelidir. (Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree-Wessels-FS, s.273).

¹²⁴⁰ Heinrich, AT, §32, s.492, Kn.1146.

¹²⁴¹ Heinrich, AT, §32, s.492, Kn.1146.

¹²⁴² Jescheck/Weigend, AT, §50, s.534.

¹²⁴³ Vogel, LK-StGB, s.1129, Kn.27.

edilmeyen hayvanlardan fare olarak düşünür. Bu sebeple avcının fiili olguyu bilmemesi sonucu maddi unsur hatası vardır ve kaçak avlanmaya ilişkin kastı engellenmektedir. Ayrıca avcı, farelerin avlanan hayvanlar olduğunu zannederek kendisi aleyhine bir hukuki değerlendirmede bulunmuştur. Avcı objektif gerçeklikte var olmayan kaçak avlanma suç tipini gerçekleştirdiğini zannetmektedir, bu bakımdan mefruz suç söz konusudur¹²⁴⁴. Bir görüşe ve uygulamaya göre avcı her ne kadar gelincik ve farenin av hukukundaki yerini karıştırırsa da avladığı hayvanın Alm.CK. m.292 kapsamında av yasağı kapsamındaki bir hayvan olduğunu düşünür, bu bakımdan hatasının sorumluluğu üzerinde etkisi yoktur. Kasten kaçak avcılık suçunu (Alm.CK. m.292) işlemiş kabul edilmelidir¹²⁴⁵. Bir başka görüşe göre ise burada iki hata türünü birbirinden kesin bir şekilde ayırmak gerekir. Maddi unsur hatası bakımından zaten avcının ilgili suça, yani kaçak avlanmaya yönelik kastı bulunmamaktadır. Diğer hatası da zaten mefruz suçu meydana getirecektir ve cezalandırılmayacaktır. Sadece onun sübjektif düşüncesi de cezalandırmaya temel oluşturmayacaktır¹²⁴⁶.

Birbirini dengeleyen çifte hataya diğer bir örnek olarak şu gösterilebilir: Kişi ağır hasarlı bir kazaya karışmıştır, ancak verdiği zararın önemsiz olduğunu düşünmektedir. Kişi hasarlı kazalarda olay yerini terk etmeme yükümlülüğünün çok hafif hasarları da kapsadığını zannetmektedir. Aslında olay yerini terk etmeme yükümlülüğü, belirli bir ağırlığa oluşan hasarlı kazalarda söz konusudur. Burada kişiyi, olay yerini terk etmeme yükümlülüğünü ihlalden ötürü cezalandırmak uygun olmayacaktır¹²⁴⁷.

Diğer bir çifte hata türü ise **hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata ile hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında hatanın bir arada bulunmasıdır**. Bu durumda failin sorumluluğu haksızlık hatası kapsamında çözümlenmelidir. Hata kaçınılmaz

¹²⁴⁴ Heinrich, AT, §32, s.492, Kn.1147; Plaschke, Michaela, Doppelirrtum im Strafrecht, JURA 2001, s.235-241, s.236.

¹²⁴⁵ Puppe, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, s.145-182, s.156; Jescheck/Weigend, AT, §50, s.534.

¹²⁴⁶ Heinrich, AT, §32, s.492, Kn.1147; Plaschke, Michaela, Doppelirrtum im Strafrecht, JURA 2001, s.235-241, s.235; Vogel, LK-StGB, 1129, Kn.27.

¹²⁴⁷ Bindokat, Zur Frage des doppelten Irrtums, NJW, 1963, s.748.

ise failin kusurunun olmadığı kabul edilmelidir. Ayrıca hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata değerlendirmesi yapılmamalıdır¹²⁴⁸.

Örneğin fail, terbiye hakkı kapsamında dövme hakkı olduğu düşüncesiyle birini dövüyor¹²⁴⁹. Ayrıca fail dövmenin terbiye hakkı kapsamında olduğunu zannediyor. Burada hukuka uygunluk sebebinin varlığında hata, yani haksızlık hatası mevcuttur. Failin terbiye hakkı kapsamında bedensel ceza uygulama hakkı olsaydı bile; ölçüsüz bedensel ceza, hukuka uygunluk sebebi olarak, terbiye için bedensel ceza uygulama hakkı kapsamında olmayacaktı. Burada sadece hukuka uygunluk sebebinin varlığında hata söz konusu olur. Çünkü fail mevcut olmayan bir hukuka uygunluk sebebinin olayda bulunduğunu zannetmiştir¹²⁵⁰.

Hukuku uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata ile hukuka uygunluk sebeplerinin sınırında hatanın bir arada bulunduğu durumda da benzer çözüm yolu kabul edilmektedir. Örneğin fail hatalı olarak kendisine bir saldırı gerçekleştirileceğini zannetse ve daha hafifini seçme zorunda olmasına rağmen bu savunma için gerekli olmayan bir savunma aracı kullansa burada da haksızlık hatası söz konusudur¹²⁵¹. Örneğin eşiyle kavga sonrası eşi B'nin bodrum katından geldiğini duyan A, B'nin kendisine saldırmak üzere elinde balta olduğunu düşünür. A, burada hukuka uygunluk sebebinin maddi şartında hataya düşmüştür. B oda kapısını açar açmaz A, B'nin kalbine doğru silahla ateş eder. Öncesinde uyarıda bulunmaz ya da bacağını hedef almaz. Çünkü A'nın düşüncesine göre doğrudan ölümcül bir şekilde ateş etmek meşru savunma kapsamındadır. A burada meşru savunmanın sınırında hataya düşmüştür. Bu durum da haksızlık hatası kurallarına göre çözümlenmelidir¹²⁵².

¹²⁴⁸ Heinrich, AT, §32, s.493, Kn.1148; Kühl, AT, §15, s.479-480, Kn.80; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.251, Kn.714-715.

¹²⁴⁹ *Züchtigungsfall*.

¹²⁵⁰ Kühl, AT, §15, s.479-480, Kn.80. *Jescheck/Weigend* de aynı örneği hukuku uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata ile hukuka uygunluk sebeplerinin sınırında hatanın bir arada bulunmasına örnek olarak göstermiş ve aynı sonuca (Alm.CK. m.17'nin uygulanması, hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hatanın göz ardı edilmesi) varmıştır (*Jescheck/Weigend*, AT, §41, s.467).

¹²⁵¹ Kühl, AT, §15, s.480, Kn.81; Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.289.

¹²⁵² Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.251, Kn.714-715; Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.289. *Erman*'a göre böyle bir durumda incelenmesi gereken husus, failin hatasının esaslı olup olmadığıdır. Yani somut gerçeklik failin tasavvuruyla örtüşseydi, failin hareketi hukuka uygunluk sebebi kapsamında kalacak idiye hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Ancak somut gerçeklik failin tasavvuruyla örtüşseydi dahi failin davranışı hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilemeyecek idiye bu

Bir görüşe göre burada hem hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata hem de hukuka uygunluk sebebinin varlığında hatanın bir arada bulunduğunu söylemek yanıltıcıdır. Çünkü burada asıl hataya düşülen husus, somut olayda hukuk düzeninin kabul etmediği hukuka uygunluk sebebinin varlığıdır, bu sebeple esas alınması gereken hata türü de budur¹²⁵³. Somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın bulunduğunu kabul etmek için hukuka uygunluk sebebine ilişkin diğer tüm şartların olayda mevcut olması gerekir; aksi takdirde hukuka uygunluk sebebinin varlığında hatanın bulunduğu kabul edilmelidir¹²⁵⁴.

Her iki haksızlık hatası da bir arada bulunabilir. Failin, fiiline ilişkin haksızlık bilinci, fiilini yasaklayan mevcut bir normdan kaynaklanmamaktadır. Buna mukabil fail, gerçekte mevcut olmayan bir ceza normunun fiilini yasakladığını düşünmektedir¹²⁵⁵. Örneğin erkek A, 17 yaşındaki erkek çocuğuyla rızası dahilinde cinsel ilişkiye girer. A, 17 yaşındaki biriyle cinsel ilişkiye girmenin suç olmadığını düşünmektedir. Aslında burada TCK m.104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmuştur. Bunun yanı sıra A, eşcinsel ilişkisinin cezalandırıldığını düşünmektedir. Esasında Türk hukukunda eşcinsel ilişki cezalandırılmamaktadır. A burada gerçekleştirdiği suç tipi (reşit olmayanla cinsel ilişki) bakımından cezalandırılmayacağını düşünürken haksızlık hatasına düşmektedir. Failin somut olayda mevcut olmayan bir suç tipini, yani eşcinsel ilişkiyi gerçekleştirdiğini düşünerek cezalandırılacağını zannetmesi durumunda da tersine haksızlık hatası, yani mefruz suç söz konusudur¹²⁵⁶.

Bu olayın çözümü için üç görüş öne sürülmektedir. Birinci görüşe göre fail mefruz suçtaki düşüncesi nedeniyle ilk davranışında hak ile haksızlık arasında bir tercih yapma durumunda kalmamaktadır. Bu sebeple haksızlık hatasına gitmeye gerek bulunmamaktadır.

durumda haksızlık hatası hükümleri uygulanabilecektir. Bu halde faile, hatasının kaçınılmaz olması koşuluyla TCK m.27'deki indirim ve cezasızlık hali uygulanabilecektir (Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.289-290).

¹²⁵³ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.252, Kn.715.

¹²⁵⁴ Wessels/Beulke/Satzger, AT, §14, s.252, Kn.715a.

¹²⁵⁵ Göktürk, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.137.

¹²⁵⁶ Plaschke, Michaela, Doppelirrtum im Strafrecht, JURA 2001, s235-241, s.238; Haft, Fritjof, Der doppelte Irrtum im Strafrecht, JuS 1980, Heft 6, s.430-436, s.432.

Failin cezalandırılabilir bir davranış işlediğini düşünmesi kasten sorumluluk için yeterlidir¹²⁵⁷. İkinci görüşe göre fail somut davranışına izin vermeyen ceza normunu bilmediği için haksızlık bilincine sahip değildir. Haksızlık hatası ile mefruz suça sebep olan hatası birbirini dengelememektedir. Bu sebeple haksızlık hatasına göre sorumluluk belirlenmelidir¹²⁵⁸. Üçüncü görüşe göre ise olayda söz konusu olan her iki suç tipinin koruduğu hukuki değerler farklı olduğu için iki hata türü de ayrı ayrı ele alınmalıdır. Mefruz suç zaten cezai bir sorumluluk doğurmamaktadır, ilk hata bakımından da haksızlık hatası hükümleri uygulanmalıdır¹²⁵⁹.

İfade edilmesi gereken bir diğer husus ise çifte haksızlık hatası ile, failin davranışını haksız olarak addedmesi, ancak davranışını hatalı olarak başka bir norm kapsamında değerlendirmesinin birbirinden farklı olduğudur. Örneğin, tehdit suretiyle başkasının malını alan fail, davranışının yağma değil de hırsızlık kapsamında olduğunu düşünse, failin haksızlık bilinci mevcuttur. Failin hatası, davranışının somut haksızlığı hakkında olmayıp, haksızlığın hukuki nitelendirmesi hakkındadır. Bu ise failin sorumluluğunu etkilememektedir¹²⁶⁰.

IV. DİĞER HATA TÜRLERİ

A. HUKUKİ YORUM/ DEĞERLENDİRME HATASI

Maddi unsurun içeriği bilinmesine rağmen onun ceza hukukundaki niteliğinde düşülen hata hukuki yorum/değerlendirme hatası (*Subsumtionsirrtum*) olarak ele alınmaktadır. Bu hata kastı engellememektedir. Çünkü kast için suçun unsurlarının hukuki olarak doğru yorumlanması aranmamaktadır¹²⁶¹. Kastın oluşumu için failin, davranışının sosyal açıdan ne anlama geldiğini bilmesi yeterlidir¹²⁶².

¹²⁵⁷ Bringewat, Peter, Der sogenannte doppelte Irrtum, MDR, 24. Jahrgang 1970, Hamburg, s.652-653, s.653.

¹²⁵⁸ Baumann/Weber/Mitsch, AT (11. Auflage), §21, s.517, Kn.58.

¹²⁵⁹ Haft, Der doppelte Irrtum im Strafrecht, JuS 1980, s.434. Tüm bu görüşler için bkz. Plaschke, Michaela, Doppelirrtum im Strafrecht, JURA 2001, s235-241, s.238.

¹²⁶⁰ Göktürk, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.139.

¹²⁶¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.260.

¹²⁶² Göktürk, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.135.

Normatif unsurlarda kast için gerekli olan bilme, normatif unsurda anlam bilgisine (*Bedeutingskenntnis*) sahip olmaktır; yoksa ilgili suç tipinin ilgili unsurunun bilinmesine gerek yoktur. Bir arabanın tekerleğinin lastiğinin söndürülmesiyle arabanın kullanılabilirliğinin engellendiğinin bilinmesi, mala zarar verme suçunda kastın gerçekleşmesi bakımından yeterlidir. Failin, fiilinin madde metninde geçen “tahrip veya yok etmek” kapsamında değerlendirilemeyeceğini düşünmesi kastı engelleyen hata olarak ele alınmamaktadır¹²⁶³.

Ancak fail, yanlış yorum/değerlendirme (*Subsumtion*) sonucu tekerleğin havasının sönmesine neden olacak çiziklerin kanun koyucu tarafından tolere edildiğini düşünürse, bu durumda bir haksızlık hatası söz konusudur¹²⁶⁴.

B. AMAÇ VEYA SAİK HATASI

Amaç veya saik, kural olarak suç tipinde yer almaz ve kastın kapsamında değildir. Örneğin failin düşmanı zannederek başka bir insanı öldürmesi halinde failin insan öldürme kastı etkilenmemektedir. Çünkü kanuni düzenlemelere (TCK m.21 ve m.30/1’e, Alm.CK. m.16’ya) göre kastın referans noktası dış olgulardır, peşinde koşulan amaç (*Zweck*) veya faili suça iten saik (*Motiv*) değildir¹²⁶⁵. Alman Federal Mahkemesi’nin uygulaması da bu yöndedir. Amaçlanan kişi bakımından suça teşebbüs ise fiilin işlenmesi ile ortadan kalkmaktadır. Aksi halde failin iki kişiyi öldürme kastı olduğunu kabul etmek gerekmektedir¹²⁶⁶.

Saik veya amacın suçun temel şekline veya nitelikli haline ilişkin bir unsur teşkil ettiği durumlar söz konusu olabilir¹²⁶⁷. Örneğin TCK m.281’de düzenlenen suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu açısından “gerçeğin meydana çıkmasını engelleme amacı” veya TCK m.282’de düzenlenen suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunda “gayri meşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadı” ilgili suçların temel şeklinin bir unsurudur. Yine TCK m.82’ye göre kasten öldürme suçunun “bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya

¹²⁶³ Kühl, AT, §13, s.443, Kn.10; Roxin, AT I, §12, s.486, Kn.101.

¹²⁶⁴ Roxin, AT I, §12, s.486, Kn.101.

¹²⁶⁵ Kühl, AT, §13, s.450, Kn.25.

¹²⁶⁶ Kühl, AT, §13, s.450, Kn.26.

¹²⁶⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s.303; Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.79.

işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla”, “kan gütmeye saikiyle” veya “töre saikiyle” işlenmesi durumunda amaç veya saik suçun nitelikli haline ilişkin bir unsurdur¹²⁶⁸.

Amaç veya saikin, suçun temel şeklinde veya nitelikli halinde bir unsur olarak belirlendiği durumlarda, bu unsurlarda hatanın, kastı engellemesi hususu düşünülebilir. Ancak, kastın kapsamı suçun maddi unsurları olduğu için, sadece bu unsurlarda düşülen hata kastı engellemektedir. Saik ve amaç sübjektif nitelikte olup suçun maddi unsuru olarak kabul edilmediği için, bu unsurlardaki hata kastı engellemez¹²⁶⁹.

Ne var ki fail, saikin veya amacının temelinde yer alan maddi olgularda hataya düşmesi durumunda bundan faydalanmalıdır. Örneğin “bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla” yapılan hırsızlıkta (TCK m.144), failin böyle bir alacağının olduğu inancıyla hareket etmesi halinde, fail bu nitelikli halden faydalanmalıdır¹²⁷⁰.

C. MUHAKEME ŞARTLARINDA HATA

Yine muhakeme şartları da hata bakımından önemsizdir¹²⁷¹. Çünkü bu şartlar, failin hareketinin haksızlığına ilişkin olmayıp¹²⁷², cezalandırılabilirliğine ilişkindir. Failin kastının, fiilinin cezalandırılabilirliğini kapsamaması gerekmemektedir¹²⁷³. Örneğin failin, suçun şikayete tabi olduğu ve mağdurun kendisini şikayet etmeyeceği inancıyla suç işlemesi önemsizdir; suç re’sen soruşturulur¹²⁷⁴.

D. ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİNDE HATA

Ne Alman ne de Türk ceza hukukunda şahsi cezasızlık sebeplerinde hata kurumu düzenlenmiştir. Bu hata türüne ilişkin olarak Alman öğretisinde objektif, sübjektif ve ayrımcı

¹²⁶⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s.303.

¹²⁶⁹ Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.79-80; Roxin, AT I, §12, s.502-503, Kn.132.

¹²⁷⁰ Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.80.

¹²⁷¹ Roxin, AT I, §12, s.509, Kn.150; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §15, s.258, Kn.736; Zafer, Genel Hükümler, s.321; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.647; Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.80.

¹²⁷² Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.647; Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.80.

¹²⁷³ Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.80.

¹²⁷⁴ Roxin, AT I, §12, s.509, Kn.150.

(*differenzierend*) teoriler ortaya çıkmıştır. Hakim görüş olan *objektif teoriye göre*¹²⁷⁵, bu sebepler haksızlık veya kusur dışında olduğu için bu sebeplere ilişkin hata önemsizdir. Ayrıca failin mevcut sebeplerden faydalanması için bunları bilmesi gerekmemektedir. *Sübjektif teoriye göre* ise şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartları, failin suç işleme motivasyonunu ve kusurunun kapsamını etkilemektedir. Bu sebeple buradaki hata önemlidir. Ancak bu sebeplerin varlığında hata önemsizdir. *Ayrımcı görüşe göre* ise şahsi cezasızlık sebeplerini toptancı bir şekilde ele almamak gerekir. Her bir şahsi cezasızlık sebebinin getiriliş amacına bakılmalı ve hata durumunda da buna göre bir çözüm getirilmelidir¹²⁷⁶. Bir görüşe göre şahsi cezasızlık sebeplerinde hatada Alm.CK. m.16 II'nin kıyasen uygulanması gerekir¹²⁷⁷. *Preisendanz*'a göre ise şahsi cezasızlık sebeplerinde hatada kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk halinin maddi şartlarında hatayı düzenleyen Alm.CK. m.35 II kıyasen uygulanmalı ve hatanın kaçınılabilirliğine göre Alm.CK. m.49 I uyarınca cezada indirimde gidilmelidir¹²⁷⁸.

Şahsi cezasızlık sebebinin varlığında veya hukuk düzenince tanınan bir şahsi cezasızlık sebebinin sınırlarında hata da söz konusu olabilir. Yani fail olayda hukuk düzenince tanınmayan bir şahsi cezasızlık sebebi olduğunu düşünebilir veya kendisini kapsamayan bir şahsi cezasızlık sebebinin kendisini de kapsadığını zannedebilir¹²⁷⁹. Örneğin tanık olarak mahkeme huzuruna çağrılan A, süt kardeşi B'nin lehine yalan tanıklık yapar. A, yalan tanıklığın (TCK m.272) suç olduğunu bilmekle beraber, B ile süt kardeş oldukları için TCK m.273/1'te¹²⁸⁰ düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinden faydalanacağını düşünmektedir.

¹²⁷⁵ Roxin, AT I, §12, s.508, Kn.149; Jescheck/Weigend, AT, §29, s.315-316; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (11. Auflage), §24, s.579, Kn.6. Türk öğretisinde objektif görüş taraftarları şunlardır: Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Genel Hükümler, s.647; Akbulut, Genel Hükümler, s.394; Koca/ Üzülmüş, Genel Hükümler, s.261; Zafer, Genel Hükümler, s.321-322; Demirbaş, Genel Hükümler, s.426.

¹²⁷⁶ Heinrich, AT, s.497-498, §32, Kn.1161-1163.

¹²⁷⁷ Schönke/Schöder/ Sternberg-Lieben/Schuster (29 Aufl. 2014), StGB, §16, Kn.34; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §15, s.258, Kn.733. Karşı görüş için bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT (11. Auflage), s.505, §21, Kn.23.

¹²⁷⁸ Heinrich, AT, s.498-499, §32, Kn.1163.

¹²⁷⁹ Heinrich, AT, s.498-499, §32, Kn.1165-1167.

¹²⁸⁰ TCK m.273/1: “Kişinin; a) Kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmayla uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması, b) Tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması, halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.”

Madde metnindeki kardeşler ifadesi, süt kardeşleri kapsamamaktadır. Bu hata önemsizdir ve cezalandırmayı etkilememektedir¹²⁸¹.

Her ne kadar Türk Ceza Kanununda şahsi cezasızlık sebeplerinde hata kurumu d zenlenmese de TCK m.21 gerekçesinde “*Suç tanımında yer almakla birlikte, fiilin ifade ettiği haksızlık üzerinde etkili olmayan koşulların ger ekle ti inin bilinip bilinmemesi, kastın varlığı açısından önem taşımamaktadır. Örneğin objektif cezalandırılabilme koşulunun arandığı suçlarda bu koşulun veya şahs  cezasızlık sebebinin fail tarafından bilinmesi gerekmez.*” ifadeleri yer almaktadır. Gerekçeden yola çıkararak olayda bulunan şahsi cezasızlık sebebinden faydalanmak için failin bunu bilmesinin gerekmediği sonucuna ula ılmaktadır¹²⁸². Şahsi cezasızlık sebeplerinin olayda bulunmaması ancak failin bunları var zannetti i durumda hata önemsiz kabul edilmelidir. Çünkü bu sebepler haksızlık ve kusur dışında konumlandırılmaktadır.

E. OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTLARINDA HATA

Objektif cezalandırılabilme şartları, fiilin haksızlığı üzerinde etkili olmadığı için kastın kapsamında değildir. Objektif cezalandırılabilme şartları kastın kapsamında olmadığı için bu şartlarda hata maddi unsur hatası kapsamında ele alınmaz¹²⁸³. Objektif cezalandırılabilme şartında hatanın failin cezai sorumluluğuna bir etkisi bulunmamaktadır. Bu şartın varlığı halinde fail cezalandırılacak, yoksa cezalandırılmayacaktır. Fiilin işlenmesi sırasında veya sonrasında gerçekleşen objektif cezalandırılabilme şartlarının olayda ger ekle ti ini fail bilmiyorsa, bu şartların gerçekleşmesi öngörülemez olsa bile fail cezalandırılır. Aksi durumda

¹²⁸¹ Heinrich, AT, s.498-499, §32, Kn.1165-1167.

¹²⁸²  zgen , Genel Hükümler, s.659.

¹²⁸³ Jescheck/Weigend, AT, §53, s.559; Roxin, AT I, §12, s.508, kn 149; Wessels/Beulke/Satzger, AT, §7, s.108, Kn.350, §22, s.424, Kn.1159; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT(11. Auflage), §25, s.584-585, Kn.4;  zbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.442; Artuk/Gökcen/Alşahin/ akır, Genel Hükümler, s. 671; Demirba , Genel Hükümler, s.211; Koca/  z lmez, Genel Hükümler, s.261; Bekar, Elif, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Aralık, 2017, s.147; Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.80.

ise fail somut olayda bulunmayan objektif cezalandırılabilme şartlarının var olduğunu zannetse bile hiçbir şekilde –teşebbüs de dahil olmak üzere- cezalandırılmayacaktır¹²⁸⁴.

Bir görüşe göre objektif cezalandırılabilme şartlarında hatanın failin sorumluluğuna hiçbir şekilde etki etmemesi isabetli değildir. Failin somut olayda mevcut olan objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmediğini düşünmesi durumunda dahi cezalandırılması eleştirilmektedir¹²⁸⁵. Bu haksızlığa *Erman* şu örneğiyle işaret etmektedir: hakaret suçunu düzenleyen TCK m.125'in birinci fıkrasında mağdurun gıyabında cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bir konferansta, konuşmacı ortamdaki mikrofonun açık olduğunu bilmeden yanındaki kişiye salonda bulunmayan biri hakkında hakaret içerikli sözler söylese, salondaki kişiler bu hakareti duyduğu için gıyapta hakaret gerçekleşmiş olacaktır. Failin, objektif cezalandırılabilme şartına ilişkin bilgisizliği, yani mikrofonun açık olmasını bilmemesi maddi unsur hatası kapsamında değerlendirilemeyecektir. Fail hatasından faydalanamayacaktır¹²⁸⁶. Ancak, aynı konuşma, konferansta bulunan biri hakkında gerçekleşmiş olsaydı, huzurda hakaret bakımından kanunda bir objektif cezalandırılabilme koşulu öngörülmemesi ve hakaret içerikli sözlerin muhatabına yönelmesi gerekmesi sebebiyle, failin mikrofonun açık olduğunu bilmemesi maddi unsur hatası olarak kabul edilecek ve hakaret suçu oluşmayacaktır¹²⁸⁷.

Zafer'e göre ise fiil temelli suç kalıbı yerine cezalandırmanın tüm unsurlarını içeren bir suç kalıbı anlayışı kabul edilirse objektif cezalandırma şartlarındaki hatanın TCK m.30/3 kapsamında ele alınması mümkün olabilecektir¹²⁸⁸.

¹²⁸⁴ Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.80-81; Jescheck/Weigend, AT, §53, s.555; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.374; Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c.II, s.320, Kn.1049.

¹²⁸⁵ Sax, Walter, Tatbestand und Rechtsgutverletzung, JZ, 1976, s.9 (Nakleden Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, s.148).

¹²⁸⁶ Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.81.

¹²⁸⁷ Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.81.

¹²⁸⁸ Zafer, Genel Hükümler, s.320, dn.139. Aksi görüşteki *Bekar*'a göre TCK m.30/3'te ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin koşullarında hata düzenlenmiştir. Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerden kasıt ise hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluğu etkileyen hallerdir. Bu bakımdan, bu hüküm objektif cezalandırılabilme şartlarında uygulanamaz (Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, s.149).

Cihan'a göre ise özel durumlarda kanun maddesindeki bir unsurun maddi unsur mu yoksa objektif cezalandırılabilme şart mı olduğu tespit edilemediği hallerde, ilgili unsur maddi unsur olarak kabul edilmelidir¹²⁸⁹. Bu görüş kabul edilirse hata bahsi bakımından bir değişiklik olmayacaktır. Çünkü her ne kadar netice, suç tipinin maddi bir unsuru olsa da bu unsorda, kast için gerekli bilme diğer unsurlardan farklılık arz etmektedir. Failin ilgili suç tipinden kasten sorumlu olması için olayda mevcut olan ilgili unsuru (neticeyi) bilmesi gerekmemektedir. Kasten sorumluluk için failin, sadece fiilinin o unsuru (neticeyi) gerçekleştirme yetisine sahip olduğunu bilmesi, yani neticenin gerçekleşebileceğini tahayyül etmesi yeterlidir.



¹²⁸⁹ Cihan, Ceza Hukukunda Fiili Hata, s.239.

SONUÇ

Failin, işlediği fiile ilişkin dış olgulara veya fiilin haksızlığına ilişkin eksik veya yanlış bilgisi anlamına gelen hata, suç genel teorisi bakımından büyük önemi haizdir. Çünkü hata; suç sistemleri, fiil teorileri, suç unsurları, özellikle suçun manevi unsuru, teşebbüs, iştirak, kusur gibi suç genel teorisinin birçok konusuyla doğrudan veya dolaylı bir ilişki içerisindedir. Her ne kadar hata hakkında “failin, fiiline ilişkin dış olgulara veya fiilin haksızlığına ilişkin hatasıdır” şeklinde bir tanım yapılırsa da çalışmada hata sınıflandırmaları bakımından karma bir yol izlenmiştir. Tezin isminden de anlaşılacağı üzere hatanın hukuki sonuçları bakımından kastı engelleyen ve kastı engellemeyen hata ayrımı üzerinden başlıklandırma yapılmıştır. Ayrıca çalışmada, Türk Ceza Kanunu’nun hatayı düzenleyen 30. maddesinde izlenen hata ayrımı (suç tipinde hata, hukuka aykırılıkta hata ve hareketin haksızlığına ilişkin hata) da başlıklandırmalarda esas alınmıştır. Nitekim hata bahsi, suç tipi ve kast konuları ile doğrudan ilgilidir. Bu hususun önemi nedeniyle, bu ilişki ikinci bölümde ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Suç tipinin maddi unsurlarında hata başlığı altında ele alınan; konuda hata, mağdurun kimliğinde hata, nedensellik bağında hata, seçimlik unsurlarda hata ve çerçeve normun eksik unsurunda hata konularına ilişkin kanaatimiz kısaca şöyledir: Konuda hatada, failin tasavvurundaki ve objektif durumdaki konular aynı suç tipi altında ele alınabilecek eş değer konular ise burada düşülen hata önemsizdir. Örneğin, hırsızlık suç tipi (TCK m.141, m.145) bakımından, nadir eser özelliği taşımayan kitap ve dergi konuları birbirine denktir. Bu sebeple, failin kitap olduğunu zannettiği dergiyi, zilyedinin rızası hilafına alması durumunda, hırsızlık suç tipine ilişkin kastı engellenmeyecektir. Buna karşılık, ilgili iki konu arasında bu şekilde bir eş değerlik, denklik söz konusu değilse, burada düşülen hata önemlidir. Örneğin, karanlıkta komşunun köpeği olduğu zannıyla çalılıkların arkasına ateş eden ve komşusunu vuran failin hatası, kastın oluşması bakımından önemlidir. Failin tasavvurundaki konuyla ilgili suç tipi, yani mala zarar verme (TCK m.151/2) bakımından failin teşebbüs sorumluluğu kabul edilemez; çünkü ilgili konu somut olayda mevcut olmadığı için konu üzerinde herhangi

bir tehlike oluşturulmamıştır¹²⁹⁰. Fiile muhatap olan konuyla ilgili suç tipi, yani öldürme bakımından ise –kanunda düzenlendiği için- taksirli sorumluluk (TCK m.85) söz konusudur. Fail ile mağdurun yüz yüze olmadığı durumlar ve çocuklara karşı işlenen cinsel suçlarda konuda hata ise özel değerlendirme gerektirmektedir.

Konuda hatanın özel bir görünüm şekli olan mağdurun kimliğinde hata ise kural olarak önemsizdir. İstisnasını ise suç tipinde mağdurun şahsının bireyselleştirilmesi hali oluşturur. Bu durumda mağdurun kimliğini bilmeyen faile, ilgili suç tipi veya nitelikli hal uygulanmaz. Örneğin, kamu görevlisi olduğunu bilmediği mağdura hakaretinden dolayı fail, hakaret suçunun nitelikli halinden (TCK m.125/3.a) değil, temel şeklinden sorumlu olacaktır. TCK m.82’de düzenlenen tasarlama, kan gütme saiki ve iştirak halinde işlenen suçlarda şeriklerden birinin mağdurun kimliğinde hataya düşmesinin diğer şeriklere etkisi bu kapsamda özel olarak ele alınmaktadır. Tasarlayarak öldürme ile şahısta hatanın bir arada bulunduğu durum bu bakımdan önemlidir. Şahsın kimliğinde düştüğü hata sonucu, tasarladığından başkasını öldüren fail, TCK m.82/1-a uyarınca kasten öldürmenin nitelikli halinden değil, doğrudan TCK m.81 uyarınca kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu tutulmalıdır. Çünkü gerçekleşen netice, yani tasarlanandan başkasının öldürülmesi, failin planı kapsamında değildir. Fail, hareketini icra ederken her halde bir insanı öldürdüğünü bildiği için, insan öldürmeye ilişkin kastı vardır ve failin sorumluluğu TCK m.81 uyarınca kasten öldürmenin temel şekline göre belirlenmelidir.

Kan gütme saiki ile şahısta hatanın bir arada bulunduğu durum da önem arz etmektedir. Kan gütme saikinın uygulanma şartlarından biri “*failin, önceki suçun failini veya onun mensubu bulunduğu grup ya da aileden birisini, öç alma duygusuyla ve bir görev bilinciyle öldürme*”sidir. Şahısta hataya düşen fail, kan gütme saikinın uygulanma şartlarından birini yerine getirmediği için, failin sorumluluğu kasten öldürmenin nitelikli haline (TCK m.82/1.j) göre değil, temel şeklinin tamamlanmış haline (TCK m.81) göre belirlenmelidir.

¹²⁹⁰ Komşunun, komşunun köpeği olduğu zannıyla vurulması durumunda mala zarar verme suçu bakımından teşebbüsün kabul edilmemesi, somut olayda sadece tek bir konunun bulunmasından kaynaklanmaktadır. Somut olayda birden fazla konunun bulunduğu halde, şartlar sağlandığı takdirde alternatif kast veya sapma kurumlarına göre sorun çözümlenmelidir.

Kural olarak iştirak halinde işlenen suçlarda şeriklerden birinin, mağdurun kimliğinde hataya düşmesi önemsiz olduğu gibi, bu hata diğer şerikler için de önemsiz addedilmektedir. Örneğin, üç suç ortağı A'yı öldürmek için anlaşır. Şeriklerden biri, hedeflenen mağdur A olduğu zannıyla, B'yi öldürse; kanun koyucu A ve B'yi kasten öldürme suç tipi kapsamında eşit bir şekilde koruduğu için, failin şahısta hatası, hem kendisi hem de diğer şerikler bakımından önemsizdir. Failin, hedeflediği mağdur A'yı, şeriklerden biri ile karıştırdığı durumda ise netice üzerinde gerçekleşen şerik, ilgili suça iştirak edemez. Çünkü kendi bedeni, öldürme suç tipi için elverişsiz olacaktır ve bu şerik, elverişsiz teşebbüs dolayısıyla cezalandırılmayacaktır. Eğer o sırada işlenen fiiller başka bir suç tipi kapsamında değerlendirilebilirse, şerik ondan sorumlu tutulmalıdır.

Failin tasavvurundaki nedenselliğin ve objektif durumdaki nedenselliğin farklı olması hususu, hata veya objektif isnadiyet sorunu olarak ele alınabilir. Ancak varılan sonuçlar değişiklik arz etmemektedir. Nedensellikteki, genel hayat tecrübeleri içerisinde yer alan ve fail tarafından öngörülebilen değişimler kural olarak önemsizdir.

Failin birden fazla hareketinin söz konusu olduğu ve failin, neticeyi ikinci hareketi ile gerçekleştirdiğini zannederken aslında ilki ile gerçekleştirdiği durum özellik arz etmektedir. Örneğin, failin, öldürmek istediği mağduru, kendisine karşı koymasını engellemek adına, öncesinde uyuşturucu ilaçla bayıltmak istemesi durumunda, uyuşturucu ilacın dozunu ayarlayamaması sonucu mağdur ölür. Bu durumda gerçekleşen netice, genel hayat tecrübesine göre failin tasavvurundaki nedenselliğin içerisinde kabul edilebileceği için, sapma önemsizdir. Failin sorumluluğu kasten tamamlanmış fiile göre belirlenmelidir.

Failin birden fazla hareketinin olduğu ve neticeyi ilk hareketi ile gerçekleştirdiğini zannederken aslında ikincisi ile gerçekleştirdiği durum da özellik arz etmektedir. Örneğin, fail, öldürme amacıyla mağdurun kafasına metal sopayla vurur, sonrasında mağduru gömer ve mağdur toprak altında havasızlıktan ölür. Kanaatimizce bu konuda ikili bir incelemede bulunmak gerekir. Öncelikle, objektif isnadiyet sorunu çözümlenmeli, sonra gerekirse, yani netice, faile objektif olarak isnad edilebiliyor ise somut olaydaki nedensellik bağında hata ve kast ilişkisi irdelenmelidir. Bağlantı noktası failin ilk fiili olduğu için, bakılması gereken, failin ikinci fiilinin etkilediği sonucun, failin düşündüğü nedensellik akışından önemli bir

sapma teşkil edip etmediğidir. Gerçekleşen nedensellik, genel hayat tecrübelerine göre öngörülebilir olursa, gerçekleşen ve olması düşünülen nedenselliklerin arasındaki sapma önemsiz addedilmeli ve gerçekleşen neticenin failin kastı kapsamında kabul edilmesi gerekir.

Seçimlik unsurlarda hatada fail, hareketin özelliği, işleniş şekli, fiil araçları, konu, mağdur veya neticede hataya düşebilir. Bu tür hata öğretide önemsiz hukuki yorum/değerlendirme hatası olarak veya sapma olarak ele alınmaktadır. Sapma olarak ele alındığında unsurların birbirine denk olmasına göre kast etkilenecektir. Denk unsurlarda kast etkilenmezken, denk olmayan unsurlarda kural olarak gerçekleştirilen seçimlik unsur bakımından taksirli sorumluluk gündeme gelecektir; hedeflenen unsur bakımından ise teşebbüs sorumluluğu kabul edilemez. Çünkü hedeflenen seçimlik unsur üzerinde bir tehlike oluşmamaktadır.

Bir malı kısmen veya tamamen tahrip etmek (TCK m.151) örneğinde olduğu gibi haksızlık aynı türde olmak kaydıyla seçimlik unsurların arasında nicelik olarak fark bulunursa; fail çoğunu yapmak isterken daha alt dereceli seçimlik unsuru gerçekleştirirse, gerçekleşen seçimlik unsur bakımından kastı vardır. Çünkü çok azı da kapsamaktadır. Ancak tersi durumda bu söz konusu değildir. Başkasına ait bir malı yıkmak, tahrip etmek, yok etmek veya bozmak (TCK m.151) örneğinde olduğu gibi haksızlığı nitelik olarak derecelendiren seçimlik unsurlarda failin hatası, hukuki yorum/değerlendirme hatası (*Subsumtionsirrtum*) olarak kabul edilip, kast bakımından önemsiz kabul edilmelidir. Haksız yere elde bulundurulmuş veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle hırsızlık (TCK m.142/2.d) örneğinde olduğu gibi genelleme yapan toplama seçimlik unsurlarda hata, her durumda kast için gerekli bilgi aynı olduğu için kastı etkilememektedir.

Çerçeve unsurlarda çerçeve norm ve atıf norm birlikte haksızlığı oluşturmaktadır. Çerçeve normun atıfta bulunduğu yasal düzenlemedeki unsurlar, yani yasağın bizatihi kendisi değil, onun unsurları da suç kalıbına dâhildir. Bu bakımdan kast çerçeve normu ve atıfta bulunduğu tamamlayıcı normun unsurlarını kapsamalıdır. Eğer fail atıf yapılan tamamlayıcı normun maddi bir unsurunda hataya düşmüş ise buradaki hatası kastı engellemeli; eğer atıf yapılan tamamlayıcı normun varlığı, geçerliliği ve uygulanabilirliğine ilişkin bir hataya düşmesi durumunda ise failin hatasının, haksızlık hatası olduğu kabul edilmelidir.

Suçun nitelikli hallerinde hata konusu daha ağır cezayı gerektiren halde ve daha az cezayı gerektiren halde hata şeklinde ikili bir şekilde ele alınmaktadır. Somut olayda mevcut olan daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halden sorumlu tutulabilmesi için, failin bu hali bilmesi gerekmektedir. Daha ağır ceza gerektiren nitelikli halde hataya düşülürse ilgili nitelikli hal kişiye uygulanmaz, sadece suçun temel şeklinden cezalandırma söz konusu olur. İştirak halinde işlenen suçlarda olayda mevcut daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halin şeriklerden bir kısmı tarafından bilinmemesi durumu özellik arz etmektedir. Bu durumu bilmeyen failin sorumluluğu kendi bilmesine (kastına) göre belirlenecektir. Hem somut olayda hem de failin tasavvuruna göre nitelikli halin bulunması, ancak somut olaydaki fiili olguların, failin tasavvurundaki fiili olgulardan farklı olması hususu da özellik arz eden bir durumdur. Annesini vurduğu zannıyla (TCK m.82/1-d) kardeşini vuran (TCK m.82/1-d) failin durumu buna örnek olarak gösterilebilir. Burada failin annesi ölmediği hatta onun üzerinde bir tehlike dahi meydana gelmediği için ona ilişkin bir öldürme/öldürmeye teşebbüs sorumluluğundan bahsedilemez. Ayrıca gerçekleşen netice onun bilmediği bir ağırlatıcı nitelikli hal teşkil ettiği için fail bu halden de sorumlu tutulamaz. Bu sebeple fail sadece kasten öldürme suçunun basit halinden (TCK m.81) sorumlu tutulmalıdır.

Türk hukukuna göre daha az cezayı gerektiren halin olayda bulunmasının, fail tarafından bilinmesine gerek yoktur. Bu sebeple, daha az cezayı gerektiren nitelikli halde hatayı kastla ilişkilendirmemek gerekir. Aksi halde, olayda mevcut olan, daha az cezayı gerektiren nitelikli halin varlığından haberdar olmayan fail, hatasından faydalanamaz. Bu da TCK m.30/2'nin "*Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*" açık ifadesine aykırılık teşkil etmektedir. Hafifletici nitelikli hal olayda varsa ve fail bundan haberdar değilse, objektif durum esas alınır ve fail bu nitelikli halden faydalanır. Hafifletici nitelikli halin bulunmadığı, ancak failin aksini düşündüğü durumda da, fail TCK m.30/2 gereğince bu hatasından faydalanır. Örneğin, değersiz bir malı alan hırsıza TCK m.145'in uygulanabilmesi için, failin malın değerinin azlığını bilmesine gerek yoktur. Benzer şekilde, aldığı malın değersiz olduğunu düşünen failin sorumluluğu, hırsızlık suçunun temel şekline göre (TCK m.141) değil, daha az cezayı gerektiren nitelikli şekline (TCK m.145) göre belirlenir.

Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata bahsini düzenleyen TCK m.30/3 birçok yönden açıklanmaya muhtaçtır. Hataya düşenin hatasından nasıl faydalanması gerektiği veya hatanın kaçınılmaz olması durumunda nasıl bir belirleme yapılması gerektiği madde metninden açıkça anlaşılmamakta, kanun sistematigi veya madde gerekçesine bakmak suretiyle yapılan yorumlarla bu hususlara açıklık getirilmek istenmektedir. Alman hukukunda hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın maddi unsur hatasına benzer şekilde ele alınması görüşünün ileri sürülmesi ve kabul görmesi makuldür. Çünkü Alm.CK.'de bu hususa ilişkin bir düzenleme olmadığı için doktrinin hareket alanı geniştir. TCK'da ise bu konuda açık olmasa da bir düzenleme mevcuttur ve Türk öğretisinde taraftar bulan hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın m.30/1 kapsamında değerlendirilmesi görüşü mevcut hukuk (*de lege lata*) bakımından makul ve mümkün değildir. Sadece olması gereken hukuk (*de lege feranda*) bakımından bir öneri olarak kabul edilebilir.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Baskı, Ankara: Adalet, Eylül 2018.

Aksoy İpekçioğlu, Pervin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara: Seçkin, 2009.

Alacakaptan, Uğur, İşlenemez Suç, AÜHF Yayınları 223, <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/800.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.9.2018).

Ambs, Friedrich, GewO vor §143 (Kn.1-11), 4. Blanketvorschriften und subjektiver Tatbestand in Strafrechtliche Nebengesetze mit Straf- und Bußgeldvorschriften des Wirtschafts- und Verwaltungsrechts Loseblattausgabe (Ed. Erbs/Kohlhaas), 221. EL, C.H. Beck, August 2018. beck-online.beck.de, (Erişim Tarihi: 5.8.2018).

Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), Güncellenmiş 22. Bası, Ankara: Seçkin, Eylül 2018.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara: Adalet, 2019.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt Md.1-50, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt Md.88-153, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

Askeri Yargıtay Dergisi, Sayı:28, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2015.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf
(Erişim Tarihi: 1.3.2018).

Backmann, Leonhard, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, JuS (Juristische Schulung
Zeitschrift für Studium und Ausbildung), 11. Jahrgang, März 1971, s.113-120.

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch,
11. Auflage, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2003.

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch,
12. Auflage, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2016.

Baytaz, Abdullah Batuhan, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi
Hukukunda Yorum, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, Temmuz 2018.

Bekar, Elif, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza
Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Aralık, 2017.

Beling, Ernst, Die Lehre vom Verbrechen, Eserin Tübingen 1906 basının tıpkı basımı, Aalen:
Scienta Verlag, 1964.

Bilişsellik ve Bilişsel Bilim, <https://www.cognifit.com/tr/cognition>.

Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Band 2, Schuld und Vorsatz, Hälfte 1:
Zurechnungsfähigkeit, Schuld, Leipzig 1914 yılı basısının (2.bası) tıpkı basımı, Aalen:
Scienta Verlag, 1965.

Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Band 2, Schuld und Vorsatz, Hälfte 2: Der
rechtswidrige Vorsatz Mit Sachregister zu Band 1 und 2, Leipzig 1916 yılı basısının
(2.bası) tıpkı basımı, Aalen: Scienta Verlag, 1965.

Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Dritter Band, Der Irrtum, Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1918.

Bindokat, Heinrich, Zur Frage des doppelten Irrtums, NJW (Neue Juristische Wochenschrift), 16. Jahrgang-1. Halbband, München, Berlin und Frankfurt am Main: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1963, s.745-748.

Börker, Rudolf, Ein Vorschlag zu der Rechtsprechung über die irrtümliche Annahme der tatbestandlichen Merkmale eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes, JR (Juristische Rundschau), 1960, s.168-170.

Bringewat, Peter, Der sogenannte doppelte Irrtum, MDR (Monatsschrift für Deutsches Recht), 24. Jahrgang 1970, Hamburg, s.652-653.

Bülte, Jens, Der Irrtum über das Verbot im Wirtschaftsstrafrecht, NSTZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht), 2013, s.65-72. beck-online.beck.de, (Erişim Tarihi: 15.1.2019).

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I, 4. Bası, İstanbul: Beta, 2017.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, İstanbul: Beta, Eylül 2017.

Cihan, Erol, Ceza Hukukunda Fiili Hata (Doçentlik Tezi), İstanbul, 1971.

Çınar, İsmail, Der Subsumtionsirrtum und seine Stellung in der strafrechtlichen Irrtumslehre, Berlin, Logos Verlag, 2019.

Darnstädt, Thomas, „Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht“, JuS (Juristische Schulung Zeitschrift für Studium und Ausbildung), 18. Jahrgang 1978, München und Frankfurt: Verlag C.H. Beck, s.441-447.

Dehne-Niemann, Jan, Zum fünfzigjährigen Jubiläum des „Verfolgerfalls“ (BGHSt 11, 268) Beteiligung des Tatopfers an einem gegen das Tatopfer gerichteten Mordversuch?, ZJS (Zeitschrift für das Juristische Studium), 4/2008, s.351-367.

Değirmenci, Olgun, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, TBB Dergisi 2014 (110), s.129-188.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara: Seçkin, Eylül 2017.

Demirel, Muhammed, Su a İştirakte Bağlılık Kuralı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Aralık 2017.

Doğan, Koray, Elveri siz Te ebb s ve Ters Tipiklik Hatası, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt I, İstanbul: Beta, Ekim 2014, s.183-228.

Dohna, A. Graf zu, Recht und Irrtum: Zwei Kernprobleme der Verbrechenslehre, Mannheim/Berlin/Leipzig: J.Bensheimer, 1925.

Dohna, Alexander Graf zu, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Vierte durchgesehene Auflage, Bonn:Ludwig R hrscheid Verlag, 1950.

Dopsloff, Ulrich, Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA (Goltdammer’s Archiv für Strafrecht), 1987, s.1-26.

Dönmezer, Sulhi, Ki ilere ve Mala Kar ı Cürümler, 12. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, TY.

Dönmezer, Sulhi, Ki ilere ve Mala Kar ı Cürümler, 17. Bası, İstanbul, Beta, Eylül 2004.

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I, 11. Bası, İstanbul: Beta, Ocak 1994.

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II,10. Bası, İstanbul: Beta, Ocak 1994.

Dreher, Eduard, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972 (Ed. by Lüttger, Hans / Blei, Hermann / Hanau, Peter), Walter de Gruyter, 1972, s.207-228.

Dursun, Selman, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, İstanbul: On İki Levha, 2010.

Dursun, Selman/ Bozbayındır, Ali Emrah, Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi, İÜHFM C. LXXIII, S. 1, s. 63-90, 2015.
<http://www.selmandursun.com/wp-content/uploads/sdursun-aebozbayindir-hun-mnv-unsrlr.pdf>, (Erişim Tarihi: 11.11.2018).

Ekici Şahin, Meral, İştirak Haline İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti, AÜHFD, 64 (3) 2015,s. 637-686.

Engisch, Karl, “Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht“,Festschrift Für Edmund Mezger Zum 70. Geburtstag 15.10.1953, München Und Berlin, C.H. Beck`Sche Verlagsbuchhandlung, 1954, s.127-163.

Engisch, Karl, Der „umgekehrte Irrtum“ und das „Umkehrprinzip“, Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972 (Ed. by Lüttger, Hans / Blei, Hermann / Hanau, Peter), Walter de Gruyter, 1972, s.185-205.

Engisch, Karl, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, Kritische Betrachtungen zu den §§ 19 und 40 des Entwurfs 1958, ZtSW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft), 1958, s.566-615.

Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 (1962 tarihli Yasa Tasarısı),
<http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/04/006/0400650.pdf> (Erişim Tarihi: 11.1.2018).

- Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt:I Genel Hükümler, Onuncu Baskı, Ankara: Sevinç Matbaası, 1973.
- Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt:I Genel Hükümler, Onikinci Baskı, Ankara: Seçkin Kitabevi, 1984.
- Erem, Faruk/ Danışman, Ahmet/ Artuk, Mehmet Emin, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt:I Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş Ondördüncü Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997.
- Erman, Sahir, Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma, İHFM 12/2-3 (2011), s.509-536, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97392>.
- Erman, Ragıp Barış, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- Ersan, Aykut, Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul: On İki Levha, Eylül 2013.
- Ersoy, Yüksel, Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.22, S.4, 1967, s.249-259, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/411/4523.pdf>.
- Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931.
- Gallas, Wilhelm, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZtSW, (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft), 1955, s.1-47.
- Gökçen, Ahmet, Belgede Sahtecilik Suçları (TCK m.204-212), 5. Baskı, Ankara: Adalet, 2018.

Göktürk, Neslihan, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Ankara: Seçkin, Aralık 2016.

Göktürk, Neslihan, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2014, Sayı:26, s.7-30.

Göktürk, Neslihan, Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?, Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2015, Sayı: 27, s.7-28.

Göktürk, Neslihan, Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:1 Yıl 2016, s.407-450, (<https://dergipark.org.tr/download/article-file/416380>, Erişim Tarihi: 25.05.2019).

Gössel, Karl Heinz, Über Normativismus und Handlungslehre im Lehrbuch von Claus Roxin zum Allgemeinen Teil des Strafrechts“, GA (Goltdammer’s Archiv für Strafrecht), 153. Jahrgang Seiten 1-832, München: R.v. Decker, 2006, s.279-284.

Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin Heidelberg: Springer, 2015.

Güngör, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara: Yetkin, 2007.

Hafizoğulları, Zeki, Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları, AÜHF 50. Yıl Armağanı, Ankara, 1977, s.195-211, <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/386.pdf>.

Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Kısmen yenilenmiş ve genişletilmiş 10. Baskı, Ankara: U S-A Yayıncılık, Eylül 2017.

Haft, Fritjof, „Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht“, JA (Juristische Arbeitsblätter) 13. Jahrgang 1981, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking.

Haft, Fritjof, Der doppelte Irrtum im Strafrecht, JuS (Juristische Schulung) 1980, Heft 6, s.430-436.

Haft, Fritjof, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München: C.H. Beck, 2004.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara: Adalet, Eylül 2019.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara: Seçkin, 2003.

Hakeri, Hakan, Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, Ankara: Seçkin, 2006.

Heinrich, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil SR (AT), 5. überarbeitete Auflage, Stuttgart: Kohlhammer, 2016.

Herzberg, Rolf Dietrich, Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten — Teil 1: Erster Teil: Das Wollen beim Vorsatzdelikt und das Problem eines einheitlichen Handlungsbegriffs, JZ (JuristenZeitung), 43. Jahrg., Nr. 12 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, (16. Juni 1988), s. 573-579, <https://www.jstor.org/stable/20819388>, (Erişim Tarihi: 15.9.2017).

Herzberg, Rolf Dietrich, Tatbestands- oder Verbotsirrtum?, GA (Goltdammer's Archiv für Strafrecht), Heidelberg: R.v. Decker's Verlag, G.Schenk, Jahrgang 1993, s.439-459.

Heuchemer, Michael, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, Berlin: Dunckner & Humblot, 2005.

Hirsch, Hans Joachim, Strafrechtliche Probleme Band II, Berlin: Duncker&Humblot, 2009.

İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul, Beta, Eylül 2017.

İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/ Sözüer, Adem/ Mahmutoglu, Fatih S./ Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2004.

Jakobs, Günter, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre-Lehrbuch, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1991 (Yeniden basım yılı Ağustos 2011).

Jakobs, Günther, Gleichgültigkeit als dolus indirectus, ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft), Volume 114, Issue 3, 2002, s. 584–599.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin: Duncker&Humblot, 1996.

Joeks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Ed.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB (Kısa Künye: MüKo-StGB), 3. Auflage, C.H. Beck, 2017.

Karaaslan, Reşit, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata, Legal Hukuk Dergisi (LHD), Cilt: 15, Sayı: 172, Yıl: 2017, s.1665-1722.

Karakehya, Hakan, Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sayı 1, Yıl 2007, s.117-138.

Karakehya, Hakan, İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, Ankara: Savaş Yayınevi, 2010.

Karakurt, Ahu, Türk Ceza Kanunu'nda Hata, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2009, Sayı:10, s.109-155 (jurix.com.tr, Erişim Tarihi: 16.11.2019).

Katoğlu, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara: Adalet, 2003.

Kaufmann, Arthur, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Eserin Mainz 1949 basının tıpkı basımı, Aalen: Scienta Verlag, 1985.

Kaufmann, Arthur, Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ (JuristenZeitung), 11. Jahrg., Nr. 12 (20. Juni 1956), Tübingen: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, s. 353-358.

Kazaker, Gözde, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, Ankara: Adalet, 2019.

Keçelioğlu, Elvan, Ceza Hukukunda İctihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas, TAAD, Yıl:3, Sayı:11 (Ekim 2012), s.77-100, (<https://studylibtr.com>, Erişim Tarihi:12.5.2019).

Keçelioğlu, Elvan, Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları, TBBD, 2010/87, s.299-321. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-87-612>, (Erişim Tarihi: 12.11.2018).

Keyman, Selahattin, Tipiklik ve Ceza Hukuku, AÜHFD XXXVII, 1-4 (1980), s.59-105.

Kindhäuser, Urs, Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale, Jura (Juristische Ausbildung), 1984, Heft 9, s.465-478.

Kindhäuser, Urs, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxis Kommentar (Kısa Künye: LPK-StGB), 7. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2017.

Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT, 7. Auflage, 2015), 7. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2015.

Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT, 8. Auflage, 2017), 8. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2017.

Kindhäuser, Urs, Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum, GA (Goltdammer's Archiv für Strafrecht), Heidelberg: R.v.Decker's Verlag, G. Schenck Jahrgang 1990, s.407-423.

Kindhäuser, Urs/ Neumann, Ulfrid/ Paeffgen, Hans-Ullrich (Ed.), Nomos Kommentar, Band I, (Kısa Künye: NK-StGB), 5. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2017.

Kindhäuser, Urs/ Neumann, Ulfrid/ Paeffgen, Hans-Ullrich (Ed.), Nomos Kommentar, Band I, (Kısa Künye: NK-StGB), 5. Auflage, Nomos, 2017. beck-online.beck.de, (Erişim Tarihi: 5.9.2017).

Koca, Mahmut, YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri, Ceza Hukuku Dergisi, Eylül 2006, Sayı:1, s.111-143.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara: Seçkin, 2018.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

Kohlrauch, Eduard, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung G.m.b.H, 1903.

Krey, Volker/Esser, Robert, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH, 2016.

Kritische Betrachtungen zu den §§ 19 und 40 des Entwurfs 1958, ZtSW, (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft), 1958, s.566-615.

Krüger, Herbert, Rechtsgedanke und Rechtstechnik im liberalen Strafrechts I, ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft), Vol.54, Issue 1, s.591-664.

Kudlich, Hans, Objektive und subjektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht – eine Einführung, JA (Juristische Arbeitsblätter), 2010, s.681-687. beck-online.beck.de, (Erişim Tarihi: 19.11.2017).

Kuhlen, Lothar, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, Frankfurt am Main, Bern, New York: Verlag Peter Lang, 1987.

- Kunter, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949.
- Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München: Verlag Franz Vahlen, 2017.
- Lackner, Karl/ Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar (Kısa künye: Lackner/Kühl, StGB), 26. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2007.
- Lang-Hinrichsen, Dietrich, Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum, JR (Juristische Rundschau), 1952, s. 184-192.
- Lange, Richard, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre: Zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff beiden Zuwiderhandlungen, JZ (JuristenZeitung), 11. Jahrg., Nr. 3 (5. Februar 1956), Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, s.73-79. <https://www.jstor.org/stable/20804184>, (Erişim Tarihi: 21.12.2018).
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Nisan 2005, Yıl:2, Sayı: 5, s.42-60, <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/6a816e72e461ec9c040ddc82739f4086096ad2087818090242.pdf> (Erişim Tarihi: 6.7.2019).
- Mayer, Max Ernst, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Zweite unveränderte Auflage, 2. Abdruck, Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923.
- Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara: Seçkin, 2008.
- Merkel, Adolf, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1912.
- Merkel, Adolf, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1889.

Mezger, Edmund, Kurz Lehrbücher für Das Juristische Studium-Strafrecht I. Allgemeiner Teil, Achte Auflage, München und Berlin: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1958.

Nierwetberg, Rüdiger, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum- Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, Jura (Juristische Ausbildung), 7. Jahrgang, 1985, Walter de Gruyter, Berlin New York.

Ozansü, Mehmet Cemil, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Ankara: Seçkin, 2007.

Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Nisan 1992.

Özbek, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı C:1, 3. Bası, Ankara: Seçkin, 2006.

Özbek, Veli Özer, Türk Ceza Kanununda Hata (m.30), CHD (Ceza Hukuku Dergisi), Cilt:3, Sayı:7, Ağustos 2008, (s.83-99), jurix.com.tr (Erişim Tarihi: 8.5.2018).

Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara: Seçkin, 2018.

Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara: Seçkin, 2017.

Özgenç, İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul: İmaj Ofset, Haziran 1996.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Bası, Ankara: Seçkin, Ağustos 2018.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, YD, Ocak-Nisan 1999, Cilt:25, Sayı:1-2, s.70-96.

Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tebdirleri Hukuku, 18. Baskı, Ankara: Seçkin, Eylül 2018.

Paeffgen, Hans-Ullrich, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, Berlin: Duncker & Humblot, 1979.

Papathanasiou, Konstantina, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, Berlin: Duncker & Humblot, 2014.

Plaschke, Michaela, Der Doppelirrtum im Strafrecht, Jura (Juristische Ausbildung), 23. Jahrgang, Berlin New York :Walter de Gruyter, 2001, s.235-241.

Puppe, Ingeborg, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2016.

Puppe, Ingeborg, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA (Goltdammer's Archiv für Strafrecht), Heidelberg: R.v. DECKER'S Verlag, G. Schenck, 1990, s.145-182.

Puppe, Ingeborg, Vorsatz und Rechtsirrtum in Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg für zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008 (Ed. Holm Putzke) (Kısa Künye Herzberg FS), Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, s.275-297.

Puppe, Ingeborg, Zur Revision der Lehre vom konkreten Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA (Goltdammer's Archiv für Strafrecht) Hamburg&Heidelberg: R.v. Decker's Verlag, G. Schenck, 1981, 1-20.

Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2006.

Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat (AT II), München: Verlag C.H. Beck, 2003.

Schlehofer, Horst, Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten, NJW 1989, s.2017-2026, beck-online.beck.de, (Erişim Tarihi: 21.3.2018).

Schlehofer, Horst, Vorsatz und Tatabweichung: Zur Auslegung der §§16 Abs.1 Satz 1, 22 StGB, Köln: Carl Heymanns, 1996.

Schlüchter, Ellen, Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§16 und 17 StGB, JuS 1985, Heft 5, s.373-380.

Schlüchter, Ellen, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, Tübingen: J.C.B. MOHR (PAUL SIEBECK), 1983.

Schönke, Adolf/ Schröder, Horst (Ed.), Strafgesetzbuch Kommentar (Kısa künye: Schönke/Schröder, StGB), 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2014.

Schönke, Adolf/ Schröder, Horst/ Cramer, Peter, Strafgesetzbuch Kommentar (Kısa künye: Schönke/Schröder, StGB), 27. neu bearbeitete Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2006.

Schroth, Ulrich, Vorsatz und Irrtum, München: Verlag C.H. Beck, 1998.

Schröder, Friedrich-Christian, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA (Goltdammer's Archiv für Strafrecht) Hamburg&Heidelberg: R.v. Verlag, G. Schenck, 1979, s.321-328.

Schröder, Friedrich-Christian, Leipziger Kommentar, Band 1 Einleitung §§1-31 (Kısa Künye: LK-StGB, 10. Auflage), 10. Auflage, Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1985.

Schröder, Horst, Tatbestands- und Verbotsirrtum, MDR (Monatsschrift für Deutsches Rechts), 1951, s.387-390.

Schröder, Horst, Vorsatz und Schuld, MDR (Monatsschrift für Deutsches Rechts),1950, s.646-650.

Schünemann, Bernd, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin, Boston: De Gruyter (Kısa Künye: Roxin-FS) Ed. by Schünemann, Bernd / Achenbach, Hans / Bottke, Wilfried / Haffke, Bernhard / Rudolphi, Hans-Joachim.

Sokullu-Akıncı, Füsun/ Dursun, Selman, Viktimoloji (Mağdurbilim), 3. Bası, İstanbul: Beta, Ağustos 2016.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

Sözüer, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul: Kazancı, 1994.

Sternberg-Lieben, Detlev/ Sternberg-Lieben, Irene, Der Tatbestandsirrtum (§16 I 1 StGB), JuS 2012, s.289-297. beck-online.beck.de, (Erişim Tarihi: 1.4.2018).

Stratenwerth, Günter, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Dritte, neuarbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns, 1981.

Streng, Franz, Der Irrtum beim Versuch- ein Irrtum?, ZStW, 1997, s.862-899.

Şener, Tülin, Bilişsel Gelişim Kuramı –Piaget-,

https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/48252/mod_resource/content/0/Bili%C5%9Fsel%20geli%C5%9Fim.pdf.

Şenol, Cem, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre Suçun Maddi ve Nitelikli Unsurlarında Hata (TCK m.30/1,2), CHD (Ceza Hukuku Dergisi), Cilt: 13, Sayı: 38, Aralık 2018, s.117-145, jurix.com.tr (Erişim Tarihi: 23.1.2019).

Şenol, Cem, 5237 Sayılı TCK’ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 149, Ocak 2019, s.60-69, jurix.com.tr (Erişim Tarihi: 21.8.2019).

Taner, Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, Üçüncü Basım, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1953.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Ankara: Seçkin, Eylül 2018.

Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım,24. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.

v. Hippel, Robert, Lehrbuch des Strafrechts, Berlin: Verlag von Julius Springer, 1932.

v. Liszt, Franz, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Neunzehnte Auflage, Berlin: Guttentag, Verlagsbuchhandlung G.m.b.H, 1912.

Vogel, Joachim, Leipziger Kommentar, Band 1 Einleitung §§1-31 (§§15-18: Joachim Vogel) (Kısa Künye: LK-StGB),12. Auflage, Berlin: Walter de Gruyter, 2006.

von Rümelin, M., Über den Rechtswidrigkeitsirrtum, ZStW (Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft) 41 (1920), s.495-527.

von Weber, Hellmuth, Negative Tatbestandsmerkmale, Festschrift Für Edmund Mezger Zum 70. Geburtstag 15.10.1953, München und Berlin: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1954, s.183-192 (Kısa künye: Mezger- FS).

Walter, Tonio, Der Kern des Strafrechts: die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

Warda, Günter, Zur Gleichwertigkeit der verwechselten Objekte beim error in obiecto, Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985 (Ed. by Schwind, Hans-Dieter / Berz, Ulrich / Geilen, Gerd / Herzberg, Rolf D. / Warda, Günter), Berlin, Boston: De Gruyter. Retrieved 3 Jan. 2019, s.159-165. <https://www.degruyter.com/view/product/1210>, (Erişim Tarihi: 12.2.2018).

Warda, Günter, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Beiträge zur Rechtswissenschaft Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1993, s.267-284. (Kısa künye: Stree/Wessels- FS).

Warda, Heinz-Günter, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1955.

Welzel, Hans, Anmerkung zu BGHSt 3,248-254,JZ (Juristen Zeitung), Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1953, s.119-121.

Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, Zweite Auflage, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1949.

Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, Elfte neuarbeitete und erweiterte Auflage, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969.

Welzel, Hans, Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme (Tatbestands-, Verbots- und Subsumtionsirrtum), JuristenZeitung, 9. Jahrg., Nr. 9 (5. Mai 1954), Mohr Siebeck

GmbH & Co. KG, s. 276-280, <http://www.jstor.org/stable/20803422> (Erişim Tarihi: 21.2.2018).

Welzel, Hans, Die Irrtum über Amtspflicht, JuristenZeitung, 7. Jahrg., Nr. 7/8 (15. April 1952), Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, s. 208-209.

Welzel, Hans, Die Irrtum über die Rechtmäßigkeit Amtsausübung, JZ (JuristenZeitung), 7. Jahrg., Nr. 1/2 (15. Januar 1952), Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, s. 19-20.

Welzel, Hans, Die regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW (Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft) 67 (1955), s. 196-228.

Welzel, Hans, Um die Finale Unrechtslehre, Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1949.

Welzel, Hans, Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtum vom Verbotsirrtum, MDR (Monatsschrift für Deutsches Rechts), 1952, s.584-590.

Wessels, Johannes/ Hettinger, Michael, Strafrecht Besonderer Teil 1 Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 36. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg: C.F. Müller, 2012.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat und ihr Aufbau (AT), 46. Auflage, Heidelberg: CF Müller, 2016.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat und ihr Aufbau (AT), 43. Auflage, Heidelberg: CF Müller, 2013.

Wolf, Erik, Die Typen der Tatbestandsmässigkeit, Breslau: Ferdinand Hirt, 1931.

Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuē, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt Md.1-44, 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2014.

Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Cilt Md.141-196, 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2014.

Yenisey, Feridun/ Plagemann, Gottfried, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, İstanbul: Beta, Nisan 2015.

Yerdelen, Erdal, Ceza Hukukunda Yorum Hatası (Der Subsumtionsirrtum), Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 25, Ağustos 2014, s.69-101, jurix.com.tr (Erişim Tarihi: 11.11.2018).

Yüce, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri Cilt:1, Manisa: Şafak Basım ve Yayınevi, 1982.

Yücel, Doğuhan Murat, Bilişsel Gelişim Kuramları, <https://www.dmy.info/bilissel-gelisim-kuramlari/>.

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 7. Bası, İstanbul: Beta, 2019.

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 6. Bası, İstanbul: Beta, 2016, s.361-362.

Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts, Bundesgesetzblatt, Teil I, Z 1997 A, 1969, Nr.56, s.717vd.,

https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl169s0717.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl169s0717.pdf%27%5D_1516015761442 (Erişim Tarihi: 11.1.2018).

Diğer Kaynaklar

acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/48252/mod_resource/content/0/Bili%C5%9Fsel%20geli%C5%9Fim.pdf.

beck-online.beck.de.

cognifit.com/tr/cognition.

degruyter.com.

duden.de/rechtschreibung/subsumieren#b2-Bedeutung-1 (Erişim Tarihi: 5.3.2018).

<https://www.dmy.info/bilissel-gelisim-kuramlari/>.

jstore.com.

jurix.com.tr.

karararama.yargitay.gov.tr.

kazanci.com.tr.

kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/800.pdf, (Erişim Tarihi: 25.9.2018).

rechtsportal.de, (Erişim Tarihi: 20.10.2019).

selmandursun.com/wp-content/uploads/sdursun-aebozbayindir-hun-mnv-unslr.pdf, (Erişim Tarihi: 11.11.2018).

tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-87-612, (Erişim Tarihi: 12.11.2018).

Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 17.10.2019).