



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

CİNSEL ÖZGÜRLÜĞE KARŞI SUÇLARDA KURAL ÜZERİNDE HATA

*Ersin ŞARE*¹

ÖZET

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 8. maddesinde yer alan "Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır" düzenlemesinden, Türkiye ülkesi sınırları içerisinde (karasuları ve hava sahası dahil olmak üzere ülke toprağı kabul edilen tüm yerler) suç işleyen vatandaşların yanı sıra yabancılar için de Türk Ceza Kanunu'nun uygulanacağı sonucu çıkmaktadır. Ayrıca TCK'nın 4. maddesinde; "ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" hükmüne yer verilmiştir. "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi", geçmişte ceza hukukunun temel ilkelerinden bir olarak kabul edilmekteyken, zaman içerisinde hem vatandaşa hem de yabancıya bu ilkenin katı bir şekilde uygulanmasının adaletsiz sonuçlar doğurduğu görülmüştür. Geçici ya da sürekli olarak bir başka ülkede ikamet etmeye başlayan yabancıların, vatandaşa göre yürürlükte olan ceza kanunlarını bilmemesi daha olasıdır. "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" ilkesinin istisnasız biçimde uygulanmasının haksız sonuçlar doğurduğu kanun koyucu tarafından da kabul edilmiş olacak ki, TCK'da 30/4. maddesindeki düzenlemeye yer verilmiştir. TCK'nın 30/4. maddesine göre; işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz. Türkiye'de yargı kararları bakıldığında bu hükmün nadiren uygulandığını söylemek gerekir. Özellikle Suriye iç savaşından sonra savaştan kaçıp ülkemize yerleşen göçmenler yönünden TCK 30/4 maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı sıklıkla tartışılır hale gelmiştir.

Anahtar Kelimeler Kural Üzerinde Hata, Hukuka Aykırılık, Hata, Cinsel İstismar, Haksızlık

MISTAKE ON THE RULE ON OFFENSES AGAINST SEXUAL FREEDOM

Ersin ŞARE^{**}

ABSTRACT

From the regulation of "Turkish law shall apply to all criminal offences committed in Turkey" stated in 8th article of Turkish Penal Code (TPC), it is reached to the conclusion that in addition to citizens committed crime within borders of country of Turkey (All places accepted as country soil including territorial waters and airspace) Turkish Penal Code will also be applied for foreigners. Besides, there is provision in 4th article of TPC stating "Ignorance of the penal codes can not be deemed as an excuse". While "Principle that Ignorance of law can not be deemed as an excuse" was accepted as

¹ Hakim, Adana Bölge Adliye Mahkemesi, Adana 10. Ağır Ceza Mahkemesi, ersinshare@hotmail.com ORCID ID: 0000-0003-1441-5146

^{**} Judge, Adana Regional Court of Justice, Adana 10th High Criminal Court, ersinshare@hotmail.com ORCID 0000-0003-1441-5146

one of the fundamental rules of criminal law, in time it was seen that application of this principle to both citizen and the foreigner in a solid way gave rise to unjust outcomes. It is more probable that foreigners who begin to reside in another country either permanently or temporarily do not know about applicable penal laws with respect to a citizen. It must have been also accepted by legislator that application of principle that “Ignorance of law can not be deemed as an excuse” without exceptions gives rise to unjust outcomes since regulation in article 30/4 of TPC has been specified. According to article 30/4 of TPC, any person who makes an inevitable mistake about whether his act was unjust or not shall not be punished. When judicial decisions in Turkey are reviewed, it must be stated that this provision is rarely applied. Especially whether article 30/4 be applied for migrants residing in our country after escaping from internal war in Syria or not has become frequently debated.

Keywords Mistake on the Rule, Unlawfully, Mistake, Sexual Abuse, Unjustness

Extended Summary

The principle that ignorance of the law is not an excuse has been accepted to ensure the authority of law maker’s will. The developments in economic order and technological area have caused new crimes to arise. In addition to “natural crimes” such as killing by purpose, raping and robbery, category of “artificial crimes” has appeared. While there was no such concept as “informatics crime” a century ago, with a wide usage of internet a crime group under name of “cybercrimes” has appeared. With this variation in legislation, application of “ignorance of the law can not be an excuse” principle in a solid way has begun to give rise to unfair outcomes. For this reason under certain conditions the understanding that ignorance of the law must be accepted as an excuse has begun to dominate in the case-law and among scholars.

At the period when both of the penal laws were applicable, “ignorance of the law can not be an excuse” principle was stated in a separate provision in the codes. As being different from Turkish Penal Code with no 765 in order to eliminate the objections relating with principle that not knowing the law can not be seen as an excuse in Turkish Penal Code with no 5237 Art. 30/4 has been specified. With this article, for the occurrence of the crime, the understanding that the act is to be unjust and the perpetrator is to act with the awareness of unjustness has entered into the law.

While some writers consider awareness of unjustness as a condition of intention, some writers consider it as apart from intent and as a different particular of culpa. The adherents of the culpa theory state that an act can be committed deliberately without the awareness of unjustness, and the lack of unjust consciousness removes the culpa, that is, the condemning. The authors defending the theory of intent state that the antisocial nature and injustice must be known for the existence of intent. Although it was mentioned in the books and articles of some authors in the academia before, the concept of unjustness is foreign to Turkish Criminal Law. It has officially been part of law literature as it was added to 4th item of 30th article of Turkish Penal Code (TPC). When arrangement in Article 30/4 of TPC is reviewed it is understood that it is inspired from 17th article of German Penal Code.

The concept of “unjustness” corresponds to “violation of substantive law” and concept of “awareness of unjustness” corresponds to concept of “awareness of violation of substantive law”. With the arrangement in Article 30/4 of TPC, it would not be wrong to state that it would be required for action to be unjust, also it will be required for perpetrator to act with awareness of unjustness in order for crime to exist. This situation means a transition from violation of formal

law to the violation of substantive law. In the violation of formal law, assessment of unlawful is done by law-maker as some actions are considered as crime and specified in the code. In violation of substantive law assessment of unlawful is done by the judge. It cannot be know what number of artificial crimes will be in the future with developing technology and economic order but according to us in a penal law system where “the principle of legality” is valid, in determining presence or absence of crime, violation of formal law must be given priority with respect to violation of substantive law. Because in determining the violation of substantive law there is not a full consensus about which criteria must be used being specified in doctrine. Besides as it is left to appreciation of judge, determining the violation of substantive law (unjustness) shows variation from event to event.

Solid application of “ignorance of the law cannot deemed as an excuse” principle gives rise to unfair outcomes. For this reason not knowing the rule and having mistake in relation to rule must be deemed as an excuse. However this exceptional situation must be bound to tight conditions. A person confronted with a situation requiring the rule to be learned, is obliged to learn the rule. If he has not put in efforts to learn the rule or if his efforts are not at a serious level, it cannot be mentioned about a mistake on the rule.

On international contracts people below age of eighteen are named as child. In a period when we are in communication era, according to us there is no doubt about what should be understood from definition of child.

When it is considered that each person passes from childhood to adolescence during normal development process, particularly that will of people in childhood period is not completely healthy is known by everyone. This situation of knowing seen in almost every person, constitutes a particular to investigate the rule regulating this area. As this occasion requires examination of the rule, defence of person having sexual relationship with a child below legal age by stating “I did not know age limit permitted to have sexual relationship.” should not be deemed as an excuse by us. For this reason, for a person who exhibits sexual behaviour to a child under the age of 15, only the defence of mistake on the act should be valid.

Undoubtedly, under certain conditions and to a limited extent, a child under the age of eighteen has the capacity to consent to sexual behaviour. However, this situation may differ from country to country. Hence, the age limit is valid in Turkey is fifteen and above. But in the law it was mentioned about crime of having sexual intercourse with someone not attained lawful age. Even if sexual intercourse is had with a child having age in interval of fifteen and eighteen based on her consent, if victimized child makes complaint later on, perpetrator must be punished.

A person who comes to a foreign country for temporary or permanent residence and intends to have sexual relations with a child under the age of eighteen also has an obligation to learn the law. Defence of a person who has not complied with this obligation and who has sexual act towards a person under the age of eighteen without making any research by stating “I did not know the rule” cannot be deemed as an excuse. It is not an absolute impossibility not to know the language of the country of residence, and in cases of doubt or hesitation, one is obliged to search and learn the rule. For those marrying in foreign countries this obligation to learn is at a more advanced level. Because those wishing to marry must learn under which conditions marriage will be realized as per laws of that country. Defence of people who have married and had sexual relationship at a

young age by stating “It is like this in our tradition and culture” should not be respected. Frequently observing marriages of those under age of fifteen in rural areas should not be considered such that the act does not cause unjustness. In addition to function of penal law to ensure order, its other important function is to transform the community. While this transformation can be good or bad, meaning relative according to will of law maker, as it is accepted by everyone in the world, it is not correct to tolerate the situation where children not having mental maturity and being under a certain age are made subject to sexual acts. By specifying a certain age limit for having sexual relationship in the law, both physical and mental healthy development right of children not having sexual maturity is taken under protection.

GİRİŞ

Ceza kanunlarının yürürlükte olduğu süre içerisinde ülkede bulunan herkese uygulanmasına ceza kanunlarının mecburiliği ilkesi denir.² Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 8. maddesinde yer alan; “*Türkiye’de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır*” hükmü bu ilkenin bir görünümüdür.³

Ceza Kanunu’nun yer ve kişi bakımından uygulanmasında Türk Ceza Hukuku sisteminde esas olarak mülkilik (ülkesellik) ilkesi geçerlidir.⁴ Türkiye’de suç işleyen kişinin, vatandaş ya da yabancı uyruklu olmasına bakılmaksızın Türk Ceza Kanunları uygulanacaktır. Ancak gerek iç hukuk normları ile gerekse uluslararası sözleşmelerle mülkilik ilkesine bazı istisnalar getirilebilmektedir.⁵ Bu istisnalar, belli mevkide bulunan kişilerin görevlerini daha rahat ve güvende yerine getirebilmeleri için tanınmıştır.⁶ Bununla birlikte ceza kanunları esasen bu kişileri de bağlar ancak belli gerekçelerle bu kişiler hakkında ceza kanunundaki yaptırımlar uygulanmamaktadır.⁷

² Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım (18. Baskı, Savaş Yayınevi 2012) 77; Ceza kanunlarının mecburi ya da zorlayıcı niteliğinden çıkan diğer bir sonuç, ceza kanunlarının bilinmesine bağlı olmadan uygulanabilmesidir. Bkz. Gian Domenico Pisapia, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım (Çeviren: Atif Akgüç 1. Baskı, Yarı Açık Cezaevi Matbaası 1971) 80

³ İlgili hüküm, genellikle yazarlar tarafından “ceza kanununun yer yönünden uygulanması” konusu içerisinde incelenmektedir. TCK’da yer yönünden uygulamada esas olarak mülkilik (ülkesellik) ilkesi geçerlidir. Ancak “şahsilik ilkesi”nin (bkz. TCK madde 10, *Yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bundan dolayı bir suç işleyen kimse, bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkumiyet hükmü verilmiş olsa bile, Türkiye’de yeniden yargılanır.*), “koruma ilkesi”nin (TCK madde 12/1, *Bir yabancı, 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye’nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır.*), “evrensellik ilkesi”nin, (TCK madde 13, *Aşağıdaki suçların, vatandaş ya da yabancı tarafından yabancı ülkede işlenmesi halinde, Türk Kanunları Uygulanır: ...*) geçerli olduğu hükümler de bulunmaktadır.

⁴ TCK’daki düzenlemelere bakıldığında mülkilik ilkesinin boşluklarının şahsilik, koruma ve evrensellik ilkeleriyle doldurulduğu, TCK’nın yarı mülkilik sistemini benimsediğinin kabulünün gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019) 132; ayrıca bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, Uluslararası Ceza Hukuku (3. Baskı, Seçkin Yayınevi 2015) 87

⁵ İç hukuktan doğan istisnalara; Anayasa’nın 105. maddesinde, çerçevesi belirtilen “Cumhurbaşkanı’nın sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı”, Anayasa’nın 83. maddesinde düzenleme altına alınan “Milletvekillerinin yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı”; Uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan istisnalara ise; 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinde hüküm altına alınan “diplomasi dokunulmazlığı” ve NATO kuvvetleri sözleşmesi gereğince “üye devletlere mensup yabancı askerlerin dokunulmazlığı” örnek olarak gösterilmektedir; bkz. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler (On Birinci Baskı, Adalet Yayınevi 2017) 159-192; Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n 3) 177

⁶ Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75 (4. Bası, Beta Yayınevi 2015) 107, Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş (7. Bası, Beta Yayınevi 2011) 115

⁷ Toroslu, ‘Ceza Hukuku Genel Kısım’ (n 1) 77; “*ceza kanunlarının mecburiliği, yani uyulması zorunlu kurallar olma özelliği, suç işlemiş olmalarına rağmen kendilerine kanunda öngörülen müeyyidelerin uygulanmadığı kişiler yönünden de var olmaya devam eder*”

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulandığı sınırlar içerisinde bulunan kişilerin, kanundan haberdar olup olmadığının tespiti ve haberdar olmayanlar yönünden ceza kanununun uygulanıp uygulanmayacağı önemli bir sorundur. Geçmiş zamanda bir kimsenin ceza kanunları hakkındaki bilgisizliğinin veya kanunu yanlış yorumlamış olmasının, ilgili ceza kanununun uygulanmasına engel olmayacağı,⁸ belli bir yerde yaşayan, belli bir faaliyette bulunan herkesin o yerde geçerli olan kanunları ve icra ettiği faaliyet yönünden konulan kurallar ile bu kuralların kapsam ile sınırlarını öğrenme yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmekteydi.⁹ Bu yönüyle “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesi (Ignorantia juris non excusat) ceza hukukunda önemli bir yer teşkil ediyordu.¹⁰

Kasten öldürme, hırsızlık, yaralama ve cinsel saldırı gibi doğal suçlar yönünden kanunu bilmemenin mazeret olarak kabul edilemeyeceği,¹¹ bununla birlikte doğal suçlardan, yapay suçlara doğru gidildikçe “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin haksızlaşacağı ifade edilmekteydi.¹² Nitekim gelişen teknoloji ve iktisadi düzene paralel olarak yeni suç tiplerinin ve özellikle iktisadi alanda “yapay suçlar”ın ortaya çıkması ile beraber bu ilkenin sert bir şekilde uygulanmasının hakkaniyete aykırı durumlara yol açtığı ve bu ilkeye istisna getirilebileceği görüşü zamanla uygulamada ve öğretilerde hakim olmaya başladı. Kaldı ki hukuk mesleğini icra eden, hukuk alanında uzman kişilerin dahi, tüm ceza kanunlarını bilmesi, günümüz toplumunun karmaşık yapısı karşısında mümkün değildi.¹³

Öğretilerdeki görüşlerin de etkisiyle “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin istisnası niteliğinde olan “kural üzerinde hata”nın kusurluğu ortadan kaldırdığı ve mazeret olarak kabul edilmesi gerektiği anlayışı ilk olarak yargı kararları ile ortaya konmuş ve sonrasında kanunda bu duruma ilişkin düzenlemelere yer verilmeye başlanmıştır. Nitekim Alman Federal Yargıtay Büyük Genel Kurulu’nun 1952 yılında vermiş olduğu kararı ile haksızlık bilinci, kusurun şartlarından biri

⁸ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I (14. Bası, Der Yayınları 2016) 247

⁹ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Onuncu Baskı, US-A Yayıncılık 2017) 294

¹⁰ 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde aynı zamanda kanunda yer verilen bu ilkenin ceza siyaseti bakımından zaruri olduğu, bu ilkenin kaldırılmasının devlet ve kanun otoritesini felce uğratacağı ifade edilmiştir. Bkz. Hakkı Demirel, ‘Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata’ (1955) 12 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 100, 103

¹¹ Zafer, (n 5) 366; ayrıca bkz. Servet Sezgin, ‘Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata’ (1951) 42 (5) Adalet Dergisi 725, 730; “Yazarlar ceza kanunlarını bilmeyi bu bakımından iki gruba ayırırlar. Biri doğal suçlar, diğeri de pozitif hukuka ait suçlardır. Doğal suç kategorisinde olan adam öldürme, çalma gibi suçları cezalandırmayan kanunlar bulunmadığı gibi bunları suç olduğunu idrak etmeyen insan da yoktur.”

¹² Bkz. Faruk Erem, Ahmet Danışman ve Mehmet Emin Artuk, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Seçkin Yayınevi 1997) 128

¹³ Hafizoğulları ve Özen, (n 8) 294

olarak kabul edilmiş,¹⁴ kabul edilen bu yeni kusur teorisinin yansıması olarak 1975 yılında yapılan düzenleme ile ceza kanununda 17. maddeye yer verilmiştir. Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesine göre; *fail, failin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınılabir bir hata ise, cezadan indirim yapılabilir.*¹⁵

İtalyan Ceza Kanunu'nun 5. maddesinde açıkça “hiç kimse ceza kanununu bilmediğini mazeret olarak ileri süremez” hükmüne yer verilmiş ise de; İtalyan Ceza Hukuku'nda “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin katı ve istisnasız şekilde uygulandığını söylemek doğru değildir. Zira 1988 yılında İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin, “önlenebilir bilgisizlik” (ignoranza inevitable) hallerinde “kanunun bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin geçerli olmadığı yönünde kararının bulunduğu ifade edilmektedir.¹⁶ Yine Fransız Ceza Kanunu'nun 122-3. maddesinde, kural üzerinde hatanın, kusurluluğu kaldırabilen bir mazeret sebebi sayılabileceğini ilişkin olarak açık bir hükme yer verilmiştir.¹⁷

Çalışmamızda cinsel özgürlüğü karşı suçlar arasında yer alan bazı suç tipleri yönünden kural üzerinde hata hallerini inceleyeceğiz. Böyle bir çalışma yapmamızdaki başlıca sebep Suriye iç savaşından kaçıp ülkemize sığınan, henüz yasal sınıra ulaşmadıkları halde dini törenle evlenip cinsel birliktelik yaşayan göçmenlerin yerel mahkemelerde, çoğunlukla Türk Ceza Kanunu'nda belirlenen, yaş sınırına ilişkin kuralı bilmedikleri yönünde savunma yapmalarıdır.¹⁸ Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle ceza kanunumuzda da yer verilen “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesi ve onun istinası niteliğinde olan “kural üzerinde hata” konusundan bahsetmemiz

¹⁴ Hans-Heinrich Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, (Çeviren: Feridun Yenisey, 1. Baskı, Beta Yayınevi 2007) 40; aynı yazar bu karar ile birlikte diğer ülkelerde çoğunlukla kabul edilmiş bulunan “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin artık Alman Hukukunda geçerli olmadığını ifade etmektedir.

¹⁵ Feridun Yenisey ve Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu (1. Baskı, Beta Yayınevi 2009) 17-18

¹⁶ Bkz. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler (7. Baskı, Yetkin Yayınevi 2016) 449

¹⁷ Fransız Ceza Yasasının 122-3. maddesine göre; *kaçınılabilecek durumda olmadığı hukuksal bir hatayla, eylemi hukuka uygun olarak gerçekleştirebileceğini sandığını ispatlayan kişi cezaen sorumlu olmaz.* Fransız Yeni Ceza Kanunu'nda yer verilen bu düzenlemenin Fransız geleneğini değiştirirken çok dikkatli davrandığı, fail düştüğü hatayı bizzat kendisi ileri sürerse, hukuki hatanın sadece bu takdirde bir mazeret sebebi olarak kabul edildiği, failin hukuka uygun şekilde davranmakta olduğunu zannettiğini ve hataya düşmekten kaçınmayacak bir durumda olduğunu inanılabilir bir şekilde ortaya koymak mecburiyetinde olduğu, kanun koyucunun, resmi makamlar tarafından yapılan hatalı açıklamalar ve ilgili kanun veya yönetmelik metninin hatalı bir şekilde yayımlandığı halleri özellikle öngördüğünün anlaşıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Hans-Heinrich Jescheck, ‘Türk Ceza Kanunu'nun Ön Tasarısında Yer Alan Kusur İlkesinin Mukayeseli Hukuk Açısından İncelenmesi’ (1991-1994) LIV (1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 15, 25

¹⁸ On beş yaşın altındaki çocukların cinsel davranışa karşı gösterdikleri rıza kesin olarak geçersizdir. Küçük yaştaki cinsel birlikteliklerin tespiti genellikle hastaneye başvurularla ortaya çıkmaktadır. On beş yaşın altında olup cinsel ilişkiye girip hamile kalan kadınlardan bazıları hastanede doğum yaptıklarında on beş yaşın altındayken ilişkiye girdikleri tespit edilmekte, bu durum ilgili yasa gereği hastanede görev yapan yetkililerce adli mercilere bildirilmekte ve bu suçun takibi şikayete bağlı olmadığından adli mercilerce ceza soruşturması başlatılmaktadır.

gerektiğini düşünüyoruz. Bu nedenle öncelikle zikredilen konularda genel açıklamalarda bulunacağız ve sonra cinsel özgürlüğe karşı gerçekleştirilen bazı suçlar yönünden kural üzerinde hata konusuna değineceğiz.

I. TÜRK CEZA HUKUKUNDA “KANUNU BİLMEMEK MAZERET SAYILMAZ” İLKESİNİN YERİ VE KURAL ÜZERİNDE HATA

“Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin kabulünün¹⁹ ve bu ilkeye kanunlarda yer verilmesinin, kanunların otoritesini sağlamaya yönelik bir ihtiyaca dayandığı ve ceza kanunlarının bağlayıcılığını sağlamak konusundaki politik ihtiyacın zorunlu bir sonucu olduğu ifade edilmektedir.²⁰ Sanıklara kanunu bilmediklerini ispatlama imkanı verildiği takdirde, her somut olayda kanunu bilmedikleri savunmasında bulunmaları adaletin işleyişinde zarar verebilecektir.²¹ Nitekim bu anlayıştan yola çıkılarak mehzaz yasa olan İtalyan Ceza Kanunu’nun 5. maddesinde yer verilen hükme paralel olarak²² 765 sayılı TCK’nın²³ 44. maddesinde “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.” hükmüne yer verilmişti.²⁴

¹⁹ “Kanunlarda bu ilkeye yer verilmesinin, herkesin kanunu bildiğinin değil, herkesin kanunu bilmediğinin kabulü anlamına geldiği, zira kanun koyucunun, kanunu herkesin bilemeyeceğini kabul etmesinden dolayıdır ki bu bilgisizliğin mazeret olarak sayılamayacağını açık bir şekilde beyan ettiği” ifade edilmiştir. Bkz. Faruk Erem, ‘Türk Ceza Kanunu Hükümlerine Göre Hukuki ve Fiili Hata’ (1947) 38 (1) Adalet Dergisi 9, 10

²⁰ Nevzat Toroslu, Nasıl Bir Ceza Kanunu (1. Baskı, V Yayınları 1987) 26; Erem’e göre; “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi” kanunların uygulanması zorunluluğuna dayanır. Bkz. Erem, (n 18) 11

²¹ Devrim Güngör, ‘Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata’ (2007) 19 (68) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 135, 145. Katı devletçi düşünceye göre, hakikatin, yalnızca politik düzenin varlığına itaat olduğu, bu düşünce sisteminde politik değerlerin vatandaş tarafından bilinmemesinin imkansız olarak kabul edildiği, esasen “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin konuluş gerekçesinin katı devletçi (faşist) düşüncenin amaçlarına hizmet etmek olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Mustafa Özen, ‘Ceza Hukukunda Kanunu Bilmemek ve Hata’ (2008) I Uğur Alacakaptan’a Armağan 589, 590

²² İtalyan Ceza Kanunu’nun 5. maddesinde, 765 sayılı TCK’nın 44. maddesinde farklı olarak “ceza kanununu bilmeme” ifadesi kullanılmıştır. İtalyan Ceza Hukukunda “ceza kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” hükmünün katı bir şekilde uygulandığı ve istisnasının bulunmadığını söylemek doğru değildir. Yukarıda belirttiğimiz gibi 1988 yılında İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin, “önlenebilir bilgisizlik” (ignoranza inevitable) hallerinde “kanunun bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin geçerli olmadığı yönünde kararı bulunmaktadır. Bkz. Soyaslan, (n 15) 449, ayrıca bkz. Çetin Özek, ‘Ceza Normunun Varlığında Hata’ (2003) III Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan 817, 828: “İtalyan Anayasa Mahkemesi, yine kanunun 5. maddesinde yer alan “önlenebilir sebeple normun bilinmemesi’nin de mazeret sayılmayacağı kuralını ‘normun varlığını öğrenmek’ olanağının mutlak olarak bulunmadığı durumlarda, kanunu bilmemek konusunda fail kusurlu olmadığı için sorumluluğa gidilmesinin ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralına aykırı olacağı görüşüyle, değinilen kuralı, ilgili kuralı iptal etmiştir.”

²³ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 765, Kabul Tarihi: 1.03.1926, RG. 13.03.1926, S. 320

²⁴ 765 sayılı TCK’da kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesine istisna getirecek bir hükme yer verilmemesi, eski kanun döneminde bu ilkenin katı bir şekilde uygulandığı sonucunu çıkarmamızı gerektirse de uygulamada gidışat farklı yönde olmuştur. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10.10.1942 tarihli ve 941-942 sayılı ilamında, bu ilkenin istisnasını teşkil edecek bir karar verildiğini söylemek gerekir. İkinci dünya savaşı koşullarında, milli korunma kanunu hükümleri uyarınca şahsi ihtiyaç için verilen kömürün bir başkasına devri yasaklanmıştır. MTA’da çalışan mühendis Veborski, bir başkasına şahsi ihtiyacı için verilen kömürü satın almıştır. Ankara Milli Korunma Mahkemesi, mühendis Veborski hakkında beraat kararı vermiş ve bu karar yüksek mahkemece onanmıştır. Bu kararda iktisadi nitelikte olan bu kuralın, henüz Türkçe bilmeyen ve konuşamayan sanık tarafından bilinmemesinin mazeret olarak kabulü ile Türk Ceza Hukukunda yeni bir dönemin açıldığı ifade edilmiştir. Karar ve görüş için Bkz. Sezgin, (n 10) 732

Yeni yasa çalışmalarında, kanun koyucu tarafından muhtemeldir ki yasada bulunması zorunluluk olarak düşünüldüğünden 5237 sayılı TCK'nın²⁵ 4. maddesinde; “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” hükmüne yer verilmiştir.²⁶ Bu hükmün katı bir şekilde uygulanması halinde, bazı adaletsiz durumların oluşabileceği öngörüldüğünden TCK'nın 30/4. maddesinde; “işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz” hükmüne yer verilmiştir.²⁷ Kanun koyucunun amacı bu yönde olsa da²⁸ TCK 30/4. maddesinde yer verilen düzenlemenin, TCK 4. maddesinde yer alan “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin bir istisnası olmadığını ve esasen 5237 sayılı TCK ile kabul edilen kusur ilkesi ile ilgili olduğunu ifade eden yazarların bulunduğunu söylememiz gerekir.²⁹

“Haksızlık” kavramı Türk Ceza Hukuku'na TCK'nın 30. maddesine 4. fıkranın eklenmesi ile girmiştir. Klasik suç teorisine göre suçun oluşumu için, suçun kanuni unsurunun, maddi unsurunun, manevi unsurunun ve hukuka aykırılık unsurunun (hukuka uygunluk nedenin bulunmaması) hep birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.³⁰ Bu yönüyle “haksızlık” kavramı Türk Ceza Hukuku için yenidir ve bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması gerekmektedir. Ayrıca 5237 sayılı TCK'nın, 2005 yılı öncesi yürürlükte olan 765 sayılı ceza kanunundan farklı olarak, değişik suç teorilerini esas alan ülkelerinin ceza kanunlarından esinlenilerek oluşturulduğu bir gerçektir. Bu nedenle konuyu sağlıklı olarak işlemek için kavram birliğine ihtiyaç bulunmaktadır.

“Haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hata”ya düşülmesinin mazeret sebebi olarak kabul edildiği dikkate alındığında suçun oluşumu için fiilin haksız olması ve failin de haksızlık bilinci ile hareket etmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. “Haksızlık” ile “hukuka aykırılık” ve “haksızlık bilinci” ile “hukuka aykırılık bilinci” yakın kavramlar olmasına rağmen aşağıda açıklayacağımız üzere eşdeğer kavramlar değildir.³¹ Ayrıca bu konuyu “haksızlık yanılıgısı”

²⁵ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG. 12.10.2004, S. 25611

²⁶ Anglo-Sakson hukuk sisteminde, bir suç ile itham edilen sanığın, “kanunun varlığından haberdar değildim” şeklindeki savunmasının kural olarak kabul edilmediği ifade edilmektedir. Bkz. Glanville Williams, Criminal Law The General Part (2nd ed, GAUNT INC 1998) 288

²⁷ Bu hükümle birlikte TCK'nın 4. maddesinin de bir anlamının kalmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler (8. Baskı, Seçkin Yayınevi 2012) 398; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 435-436

²⁸ 5377 sayılı kanunun 4. maddesi ile eklenen bu fıkranın gerekçesinde yer alan; “kişinin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır.” şeklindeki ifadeler, ilgili hükmün “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” hükmünün katı şekilde uygulanmasından doğacak adaletsiz durumları önlemek için getirildiğini göstermektedir.

²⁹ Sesim Soyer Güleç, ‘Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılıgısı (M. 30/4)’ (2008) 10 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59, 59; Cengiz Apaydın, Ceza Hukukunda Kusurluluk (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018) 84

³⁰ Bkz. Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II (14. Bası, Der Yayınları 2019) 65 vd.

³¹ Aşağıda değinileceği üzere esasen “haksızlık bilinci” ile “maddi hukuka aykırılık bilinci” kavram olarak birbirlerini karşılamaktadır. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki maddi hukuka aykırılık kavramının “haksızlık”, “adaletsizlik”

başlığı altında inceleyen yazarların bulunduğunu ifade etmeliyiz.³² İncelediğimiz konu açısından “kural üzerinde hata” ifadesinin kullanılması bize göre daha yerindedir. Zira haksızlık yanlılığı, gerçekleştirilen eylemin maddi hukuka aykırılığına ilişkin düşünülen hata halidir. Ceza kanunlarındaki normun hiç bilinmemesi ya da yanlış yorumlanması biçiminde gerçekleşen şekli hukuka aykırılık bilincinin yokluğu “kural üzerinde hata” ifadesi ile karşılanmalıdır.

A. “HAKSIZLIK” İLE “HUKUKA AYKIRILIK” VE “HAKSIZLIK BİLİNCİ” İLE “HUKUKA AYKIRILIK BİLİNCİ” ARASINDAKİ FARK

Klasik suç teorisinde suçun oluşumunda ayrıca hukuka aykırılık unsurunun aranmasının özellikle hukuka uygunluk nedenlerini sistemleştirilmesinde önemli olduğu, zira hukuka uygunluk nedenlerinin var olduğu hallerde ortada kusurlu ve tipik bir fiil olmasına rağmen failin cezalandırılmadığı ifade edilmektedir.³³

Hukuka aykırılığın suçun özü olduğu ve suçun oluşumu için gerçekleştirilen fiilin mutlaka hukuka aykırı olması gerektiği ifade edilmektedir.³⁴ Hukuka aykırılık konusunda, şekli hukuka aykırılık ve maddi hukuka aykırılık olmak üzere ikili ayrıma gidilmektedir.³⁵ Şekli hukuka aykırılık, gerçekleştirilen fiil ile münhasıran yürürlükte bulunan ceza hukukunun emir ve yasaklarının ihlal edilmesi olarak tanımlanmaktadır.³⁶ Maddi hukuka aykırılık ise yürürlükteki kanunların yanı sıra kanun ötesi kaynaklardan doğmuş ve hukuk tarafından korunan varlık ya da menfaatler ile fiilin çatışması olarak tanımlanmaktadır.³⁷

“Haksızlık” kavramı için ise suçun oluşumu için fiilin haksız olması gerektiği, haksızlığın suçun çekirdeği olduğu ve kusur yargısının esasen haksızlık temelinde yükseldiği ifade edilmektedir.³⁸ Fiilin hukuken kabul görmeyen, haksızlık teşkil eden bir davranış olduğu hususundaki bilincin, kusurun varlığı için zorunlu olduğu; haksızlık bilincinin varlığından söz edebilmek için de; işlenen fiilin, emir ve yasaklara aykırı olduğunun, genel olarak bir haksızlık teşkil ettiğinin, içinde yaşanılan toplumda kabul edilen davranış normlarına göre bu davranışın kabul görmediğinin bilinmesinin yeterli olduğu, davranışın suç teşkil edip etmediğinin ya da hangi

kavramlar ile açıklanması eleştirilmiştir. Bkz. Nurullah Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, (1. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1949) 139

³² Bkz. Soyer Güleç, (n 28) 59 vd.; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2013) 302 vd.

³³ Bu görüşler için bkz. Tuğrul Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2003) 129

³⁴ Bkz. Kunter, (n 30) 81-82

³⁵ Bkz. ibid 126 vd.; Katoğlu, (n 32) 36 vd.

³⁶ Katoğlu, (n 32) 39

³⁷ ibid 44, “*Bu anlayışa göre, hukuka aykırılık bir anlamda davranışın sosyal tehlikeliliği ile örtüşmektedir.*”

³⁸ Bkz. Serkan Meraklı, Ceza Hukukunda Kusur (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2020) 42

ceza normunun fiili ne şekilde cezalandırdığının ayrıntılı olarak bilinmesinin gerekmediği ifade edilmiştir.³⁹ Nitekim TCK'nın 30/4. maddesinin gerekçesinde; kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi başka bir ifade ile haksızlık bilinci ile hareket etmesi gerektiği, kişinin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir önemi bulunmadığı ifade edilmiştir.⁴⁰

Hukuka aykırılık ile haksızlık⁴¹ kavramlarını bir arada değerlendirdiğimizde; haksızlık, maddi hukuka aykırılığa; haksızlık bilinci ise gerçekleştirilen fiilin maddi hukuka aykırılığının bilincinde olma haline karşılık gelmektedir.⁴² Bu nedenle “hukuka aykırılık” ile “haksızlık” kavramlarının birbirinden tamamen farklı kavramlar olduğu düşüncesine katılmıyoruz.⁴³

5237 sayılı TCK'da ilk olarak 4. maddenin 2. fıkrasında, “*sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmeyip meşru sanarak suç işleyen kimsenin cezaen sorumlu olmaz.*” düzenlemesine yer verilmişti. Sonrasında bu düzenleme kanun metninden çıkartılmış ve yerine TCK 30/4. maddesi ikame edilmiştir. TCK'nın 4/2. maddesinde yer verilen düzenlemenin amaca daha uygun olduğu, zira TCK 30/4 maddesinin bu düzenleniş şekliyle failin, fiilin suç olarak tanımlandığını bilmesine rağmen, haksızlık bilincine sahip olmaması nedeniyle cezalandırılmamasının önünü açtığı ifade edilmiştir.⁴⁴ Hakeri; kast ve haksızlık bilinci ayrımını esas alan kusur teorisine göre şekillendirilmiş bulunan ve Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesinden esinlenerek düzenlendiği anlaşılan TCK 30/4. maddesi hükmünün, yerleşmiş bir yargısal içtihadı dayanarak hareket edilmesi veya bir savcıya eylemin suç oluşturup oluşturmadığının sorulması ve ayrıntılı bilgi alınmasından sonra hareketin gerçekleştirilmesi hallerinde de uygulanma ihtimalinin bulunduğunu ifade etmektedir.⁴⁵ Kısaca bu görüşe göre, bir hukuk normunun sadece varlığının bilinmesi, buna ilişkin bir haksızlık bilincinin de bulunduğu

³⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, (n 4) 580

⁴⁰ Haksızlık bilinci, “*fiilin, hukukun maddi değerler düzenine aykırılık oluşturduğunun ve bu bakımdan hukuken yasak olduğunun bilinmesi*” olarak ifade edilmiştir. Bkz. Öztürk ve Erdem, (n 31) 302, Erman'a göre haksızlık bilinci, belirli bir eylem açısından, failin kendi eylemini hukuk düzenine ve toplumsal normlara aykırı olarak değerlendirilmesi şeklinde ortaya çıkan bilişsel bir öğedir. Bkz. Ragıp Barış Erman, ‘Yanılganın Ceza Sorumluluğuna Etkisi’ (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2006) 124

⁴¹ Haksızlığın varlığı için, sadece ceza kanunları yönünden yapılan bir değerlendirmenin şart olmadığı, failin medeni ya da diğer kamusal düzenlemelerden herhangi birini ihlal ettiği bilincinde olmasının, hukuka aykırılık bilinci ile hareket ettiğine delalet ettiği ifade edilmiştir. Mehmet Cemil Ozansü, ‘Yeni Türk Ceza Çerçevesinde Hata Kavramı’ (2006) Suç Politikası Prof. Dr. H. C. Mult. Claus Roxin'e Armağan 385, 399

⁴² Adem Sözüer, ‘Hukuki Hata’ (1995) 21 (1-2) Yargıtay Dergisi 466, 480

⁴³ Hukuka aykırılık ile haksızlık bilincinin birbirinden farklı kavramlar olduğuna ilişkin görüş için bkz. Soyer Güleç, (n 28) 73

⁴⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, (n 5) 423-424

⁴⁵ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2016) 469-470

anlamına gelmemektedir.⁴⁶ Demirbaş'a göre de; TCK 30/4 maddesinde düzenlendiği şekliyle kural üzerinde hatada önemli olan husus, kişilerin tüm ceza kanunları ve bu kanunlarda yer alan normları tek tek bilip bilmemesi değil, genel olarak yapmış olduğu fiilin haksızlık oluşturup oluşturmadığı, hukuk düzenince kabul edilebilir bir davranış olup olmadığı yönündeki düşüncesidir.⁴⁷

Yukarıda haksızlık bilinci kavramının, maddi hukuka aykırılığın bilinmesi kavramını karşıladığını ifade etmiş isek de; TCK'da 30/4. maddesinde yer alan "haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hata" ifadesi farklı yorumlanmalı ve "şekli hukuka aykırılık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hata" biçiminde anlaşılmalıdır. TCK'nın 30/4 maddesinin, TCK 4. maddesinde yer verilen "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" hükmünün sakıncalarını gidermek üzere getirildiği ancak böyle açıklanabilir.⁴⁸ Aksi durum kanundaki yasak hükmünü bildiği halde, maddi hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmediğini savunan bir kişinin, şartlarının bulunması halinde haksızlık bilincine sahip olmadığının kabulünü gerektirir ve bu durum fail yönünden mazeret teşkil eder. Böyle bir kabul, "kural üzerinde hata" uygulanmasını aşırı derecede genişletir ve istisnai durum kural haline dönüşür. Nitekim her suç için ayrıca haksızlık bilincinin (maddi hukuka aykırılık bilinci) aranması durumunda ceza kanunlarının tarafsız ve daha güvenli olan düzeni yerine, hakimin sübjektif kanaatini esas alan bir sistemin ortaya çıkacağı ifade edilmiştir.⁴⁹

Özetlemek gerekirse; kural üzerinde hata hem maddi hukuka aykırılık bilincinin hem de şekli hukuka aykırılık bilincinin bulunmadığı hallerde söz konusu olmalıdır. Başka bir ifade ile kişide başka bir menfaate zarar verdiği ya da tehlikeye koyduğu bilinci yoksa ve buna eş zamanlı olarak gerçekleştirdiği fiiline karşılık gelen yasak kuralının kanunlarda var olduğunu bilmiyorsa ya da kuralı yanlış yorumluyorsa kural üzerinde hata söz konusu olur. Emir ve yasak içeren kural biliniyorsa ancak kişide maddi hukuka aykırılık bilinci yoksa kural üzerinde hatadan söz edilemez.⁵⁰ Bunun yanı sıra kişi, işlediği fiilin maddi hukuka aykırılığını biliyorsa, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilip bilmesinin bir önemi bulunmamaktadır ve bu gibi bir durumda da kural üzerinde hata söz konusu olmaz.⁵¹

⁴⁶ Erman, (n 39) 130

⁴⁷ Demirbaş, (n 26) 398-399

⁴⁸ Nurcan Gündüz, 'Türk Ceza Hukukunda Hukuki Hata' (2015) II Nevzat Toroslu'ya Armağan 489, 539; ayrıca bkz. Erman, (n 39) 143; "*Haksızlık bilincinin tek dayanağı şekli anlamda hukuka aykırılık olarak belirlenmek durumundadır.*"

⁴⁹ Kunter, (n 30) 139

⁵⁰ Nitekim şekli ve maddi hukuka aykırılıklar arasında çelişki bulunduğu durumlarda şekli hukuka aykırılığın esas alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. ibid 138

⁵¹ Bkz. TCK 30/4 maddesinin gerekçesi, "*fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmesinin bir önemi bulunmamaktadır*"

Kural üzerinde hata ile haksızlık bilincinin⁵² bulunmamasının esasen aynı hususu ifade ettiği, haksızlık bilincinin olmadığı durumda kural üzerinde hatadan söz edileceği ifade edilmiş ise de⁵³, yukarıda ifade ettiğimiz gibi kural üzerinde hatadan bahsedebilmek için haksızlık bilincinin bulunmamasının yanı sıra şekli hukuka aykırılık bilincinin de bulunmaması gerekmektedir.

Kişi, maddi hukuka aykırılık bilinci ile gerçekleştirmiş olduğu fiile karşılık bir ceza hükmünü ihlal ettiğini zannetmiş olsa ve kanunda böyle suç düzenlenmemişse “sözde suçtan” bahsedilir⁵⁴ ve faile bu durumda ceza verilmez. On sekiz yaşını aşkın olan ve aralarında TMK 129. maddesinde belirtildiği şekilde evlenme yasağı bulunan kişilerin rızaları ile ilişkiye girmeleri hali kanunda suç olarak tanımlanmamıştır. On sekiz yaşından büyük olup ensest (fücur) bir ilişki yaşayan kişi, yaptığı suç olduğunu düşünse dahi kanunda bu ilişki tarzını cezalandıran bir hüküm bulunmamaktadır ve bu gibi bir durumda “sözde suç”tan bahsedileceğinden fail cezalandırılmaz.⁵⁵ Yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda zina suç olarak düzenlenmemiştir.⁵⁶ Zina yapan kişi eyleminin suç olduğunu düşünse dahi bu eyleme cezalandıran bir hüküm bulunmadığından “sözde suç”tan bahsedilecektir.⁵⁷ Sözde suç hallerinde failin cezalandırılmaması ancak şekli hukuka aykırılığın esas alınmış olması ile açıklanabilir.

Kavram birliği sağlamak için aşağıda “haksızlık bilinci” kavramını kullanacağız. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere “haksızlık bilinci”ni, “maddi hukuka aykırılık bilinci” kavramı karşılamaktadır. Ancak biz kural üzerinde hata yönünden “şekli hukuka aykırılığın” ölçü olarak kabul edilmesi taraftarıyız. Zira “haksızlık” kavramına karşılık gelen “maddi hukuka aykırılığın” belirlenmesinde kesin ölçütler bulunmamaktadır ve hakim takdirine bırakılması nedeniyle ile haksızlık bilincinin tespiti olaydan olaya değişkenlik gösterebilecektir.⁵⁸

⁵² Donay’a göre; TCK’nın 30/4. maddesinde, suçun oluşumu için “haksızlık bilinci” şartının getirilmesi ile birlikte ceza hukuka adeta psikolojik bir yapıya büründürülmüştür. Kişinin yaptığı fiilin hukuken tasvip edilemez olduğu bilincinin araştırılması doğru değildir. Eğer bu aranırsa kişilerin böyle bir bilinç altında olmalarının saptanması gerekir ki, insanların bilincinin belirlenmesi hukuki bir olgu değildir. Kaldı ki kişinin kendi inancına göre hukuken tasvip edilir bir fiil gerçekleştirdiği inancında olduğunu iddia etmesi ve bunu kanıtlaması mümkündür. Örneğin dini inançları nedeni ile pozitif bir hukukun yasakladığı bir fiilin kendi hukuk düşüncesinde tasvip edilir olduğunu söylemesi olanağı vardır. Bu nedenle TCK 30/4. maddede de yer verilen hüküm doğru olmamıştır. Bkz. Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi (1. Baskı, Beta Yayınevi 2007) 48

⁵³ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 4) 434; Apaydın, (n 28) 98

⁵⁴ Erem, (n 18) 10

⁵⁵ Özek, (n 21) 817: “*Bu durumda eylem maddi olarak hukuka aykırı olsa dahi, tipik olmadığı ve salt ‘irade’ suç sayılmayacağı için fail cezalandırılmaz.*”

⁵⁶ 765 sayılı TCK döneminde zina suçtu ve kanununun 440. ile 444. maddeleri arasında düzenlenmişti. Bu hükümler uzun süre yürürlükte kaldıktan sonra Anayasa Mahkemesinin 23.09.1996, 23.06.1998 ve 13.07.1999 tarihli kararları ile iptal edilmiş ve zina suçu 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni TCK’ya alınmamıştır.

⁵⁷ Bkz. Dönmezer ve Erman, ‘Cilt II’ (n 29) 72; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda zina suç olarak düzenlenmemiş ise de, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’na göre boşanma sebebi sayılmıştır. Bkz. TMK m. 161: “*eşlerden biri zina ederse, diğer eş boşanma davası açabilir.*”

⁵⁸ Kunter, (n 30) 137 vd.; Katoğlu, (n 32) 63

B. “HAKSIZLIK BİLİNCİ”NİN KASTA DAHİL BİR UNSUR MU OLDUĞU YOKSA KASTIN DIŞINDA KUSURUN FARKLI BİR UNSURU MU OLDUĞUNA İLİŞKİN AYRIM

Kasıtlı bir hareketten söz edebilmek için fiilin bilerek ve istenerek yapılmasının yanı sıra failin, haksızlık bilinci ile hareket etmesi gerektiği ifade edilmekte ve buna öğretilde kast teorisi adı verilmektedir.⁵⁹ Nitekim Toroslu, TCK 30/4. maddesinde getirilen düzenleme ile birlikte kastın varlığı için failde antisosyallik bilincinin⁶⁰ bulunmasının şart koşulduğunu belirtmekte; buna göre kastın varlığı için failde, müşterek hayatın gereklerine aykırı şekilde davranma ve sonuçta başkalarına zarar verme, kötülük yapma bilincinin yani fiilin değersizliği, haksızlığı bilincinin de bulunması gerektiğini ifade etmektedir. ⁶¹ Yüce’ye göre de; hukuka aykırılık bilinci kastın bir unsurudur. Kast, hukuka aykırılık bilinci eşliğinde iradenin hukuki bir ihlale yönelmesidir.⁶²

Kusurluluğu açıklamada normatif anlayışının etkisi ve haksızlık bilinci olmadan da kasten hareket edilebileceğinin kabulü ile kusur teorisi ortaya çıkmıştır.⁶³ Almanya’da “finalizm” akımının etkisi ile ortaya çıkan yeni kusur teorisinde; haksızlık bilinci ile kastın birbirinden ayrıldığı, haksızlık bilincinin bulunmadığı durumlarda dahi kasten hareket etmenin mümkün olduğu⁶⁴, haksızlık bilincinin kusurun bir unsuru haline geldiği, haksızlık bilincinin olmadığı hallerde kastın değil, kusurun ortadan kalktığı kabul edilmiş⁶⁵ ve bu anlayış doğrultusunda Alman Ceza Kanunu’nun 17. maddesinde yer alan düzenlemeye yer verilmiştir.⁶⁶

Özetle kast teorisini savunan yazarlarca haksızlık bilincinin kastın bir unsuru olduğu ve bulunmaması halinin kastı ortadan kaldırdığı belirtilmekte, kusur teorisi taraftarı olan yazarlar ise kast ve haksızlık bilincinin birbirinden ayrıldığını, haksızlık bilincinin suçun temelini oluşturduğunu, fiilini bilerek ve isteyerek yani kasten işleyen kişi de, haksızlık bilincinin

⁵⁹ Sözüer, (n 41) 474

⁶⁰ Siyasal suçların büyük bir kısmı yönünden antisosyal ve topluma zararlı değerlendirmesi yapılmasında sorun yaşanacağı ve yine bazı suçların topluma zarar verici, antisosyal niteliğe sahip olup olmadığına bakılmaksızın cezalandırıldığı dikkate alındığında bu şekilde bir belirlemenin pozitif hukuk bakımından bir değeri olmadığı savunulmuştur. Bkz. Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları (1. Baskı, Sevinç Matbaası 1975) 155; ayrıca bkz. Pisapia, (n 1) 81

⁶¹ Toroslu, ‘Ceza Hukuku Genel Kısım’ (n 1) 204-205

⁶² Turhan Tufan Yüce, Ceza Hukukunun Temel Kavramları (1. Baskı, Turhan Kitabevi 1985) 66

⁶³ Güngör, ‘Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata’ (n 20) 153; Gündüz, (n 47) 522 vd.; Sözüer, (n 41) 477; Soyer Güleç, (n 28) 76

⁶⁴ Meraklı, (n 37) 211-212

⁶⁵ Sözüer, (n 41) 477; Soyer Güleç, (n 28) 76

⁶⁶ Alman Ceza Kanunu’nun 17. maddesinde yer alan düzenlemenin benzerine TCK’nın 30/4. maddesinde yer verilmesiyle birlikte Türk Ceza Hukukunda da yeni kusur ilkesinin benimsendiği ifade edilmektedir. Bkz. Meraklı, (n 37) 347

bulunmayabileceğini⁶⁷, haksızlık bilincinin bulunmamasının doğrudan kusuru ortadan kaldırdığını ifade etmektedirler.⁶⁸

İster kast içerisinde konumlandırılınsın isterse de kastın yanında kusurun bir unsuru olarak değerlendirilsin, haksızlık bilincinin bulunmaması sonuç olarak kusurluluğu ortadan kaldıracaktır. Kastı ortadan kaldırdığı kabul edildiğinde failin, fiilin taksirli halinden sorumlu olması gerektiği söylenebilecekse de doğrudan kusurluluğu ortadan kaldırdığının kabulü halinde fail, gerçekleştirmiş olduğu fiilin taksirli halinden dahi sorumlu olmayacaktır. TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrasında sadece “cezalandırılmaz” ifadesine yer verilmiş olması ve aynı maddenin 1. fıkrasında belirtilen; “bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk haklı saklıdır” gibi bir ifadeye yer verilmemesi nedeniyle “kural üzerinde hata” halinin kastı değil, doğrudan kusurluluğu ortadan kaldırdığını söylemek gerekecektir.

Ayrıca belirtmeliyiz ki “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin istisnasını teşkil eden “kural üzerinde hata” halinin esasen kusurlulukla değil, tipiklikle ilgili olduğu ve suçun tipiklik unsurunun objektif bakımından var olduğu ancak sübjektif bakımdan mevcut olmadığı hallerde söz konusu olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır.⁶⁹ Tipikliğin yalnız objektif bakımından varlığı demek, kişinin gerçekleştirdiği eyleme karşılık olarak kanunda bir hüküm olmadığına inanmasına, başka bir ifade ile tipikliğin sübjektif bakımdan mevcut olmamasına rağmen kanunda eylemini karşılayacak bir hüküm bulunması, kanunu bilmemesidir.⁷⁰ Tipikliğin yalnız sübjektif bakımından varlığı, failin aksine inanışına rağmen, kanunda belli bir suç tipinin mevcut olmayışıdır.⁷¹ Nitekim “sözde suç” hallerinde kişi eyleminin suç olduğunu düşünür ancak eylemini cezalandıran kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile eylemi kanundaki hükümlere göre tipik değildir.⁷²

Kural üzerinde yapılan hata suç genel teorisi içerisinde esasen suçun manevi unsuruyla yani kusurlulukla bağlantılıdır.⁷³ Kural üzerinde hata halinin tipiklikten çok kusurlulukla ilgisi olduğunu düşündüğümüzden açıklamalarımızı kusurlulukla ilgili terimler üzerinden yapacağız.

⁶⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, (n 4) 579

⁶⁸ Soyer Güleç, (n 28) 76: “Bu sonuç, klasik suç öğretisindeki gibi kast ve kusurun aynı anlamda kullanılması esasını terk edilip, haksızlık bilici ile kastı birbirinden ayıran modern kusur öğretisine değer tanınmasından ileri gelmektedir.”

⁶⁹ Bkz. Kunter, (n 30) 64

⁷⁰ ibid 66; Kunter, kural üzerinde hata konusunun genellikle kusurluluk bahsinde ele alındığını, hukuka aykırılık ile tipikliği ayırmayan hakim Alman öğretisinde hukuka aykırılığın, bilmek veya bilmemek meselesi olarak kusurluluk başlığında incelendiğini ifade etmektedir. Bkz. ibid 66

⁷¹ ibid 65

⁷² Dönmezer ve Erman, ‘Cilt II’ (n 29) 73

⁷³ Güngör, ‘Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata’ (n 20) 148; Zafer, (n 5) 365

Nitekim TCK'nın 30/4. maddesine, Ceza Kanununun “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” bölümünde ve “hata” başlıklı maddenin içerisinde yer verilmesi, ayrıca ilgili hükümde “cezalandırılmaz” ifadesinin kullanılması böyle bir kabulü zorunlu kılmaktadır.⁷⁴

Kural üzerinde hata hallerinden esasen bilmeme durumu söz konusudur. Hatayı, “gerçek olan ile kanaat arasındaki farklılık” olarak tanımladığımızda ve hata hallerinin “eksik ya da yanlış bilgi” ile oluştuğu dikkate alındığında bilmeme, kural üzerinde hatayı da kapsar durumdadır.⁷⁵ Ancak salt bilmeme bir hukuki sonuç doğurmadığından ve bilmemenin hataya dönüşmesi hali ceza hukukunu ilgilendirdiğinden “kural üzerinde hata” ifadesi kullanılmaktadır.

Kanunu bilmeme “ceza kanunlarını bilmeme” şeklinde olabileceği gibi “ceza kanunlarının dışında ve ceza hükmü içermeyen yasaları bilmeme” biçiminde ortaya çıkabilecektir. Ayrıca ceza normunun yanlış yorumlanması⁷⁶ ya da hükümsüzlüğüne inanılması hallerinin de bilmeme kapsamında olduğu ifade edilmektedir.⁷⁷

C. CEZA KANUNLARINI BİLMEME

765 sayılı TCK'nın 44. maddesinden farklı olarak 5237 sayılı TCK 4. maddesinde “ceza kanunlarını bilmeme” ifadesine yer verilmiştir. 765 sayılı TCK'nın 44. maddesinde ise mehz kanundan ayrılınarak “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ifadesine yer verilmişti.⁷⁸ Yeni düzenleme ile birlikte ceza kanunları dışındaki kanunlar yönünden gerçekleşen kural üzerinde hata hallerinin artık mazeret olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.⁷⁹ Gerçi eski kanunun yürürlükte olduğu dönemde de ceza kanunlarının dışında, ceza hükmü içermeyen kanunlar yönünden gerçekleşen kural üzerinde hatanın, ceza hükmü yönünden fiil üzerinde hataya dönüşmesi durumunda failin sorumluluğuna gidilemeyeceği yönünde görüşler beyan edilmekteydi.⁸⁰

⁷⁴ Ayrıca belirtmeliyiz ki hem kasıtlı suçlarda hem de taksirli suçlarda hukuki hatanın mümkün olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Öztürk ve Erdem, (n 31) 302

⁷⁵ Yüksel Ersoy, ‘Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı’ (1967) 22 (4) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 249, 254-259

⁷⁶ Yanlış yorumlamanın kişiyi mesuliyetten kurtaramayacağı yönündeki görüş için bkz. Tahir Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım (Üçüncü Basım, İsmail Akgün Matbaası 1953) 389

⁷⁷ Zafer, (n 5) 365

⁷⁸ 5237 sayılı TCK'nın 4. maddesinde yer verilen hükmün, eski kanunda olduğu gibi “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” şeklinde olması gerektiği, ceza kanununu bilmemenin mazeret sayılmadığı bir durumda diğer kanunları bilmemenin öncelikle mazeret sayılmaması gerektiği, zira ceza kanununun yaptırımının hapis olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Soyaslan, (n 15) 449-450; ayrıca bkz. Erem, (n 18) 14; “*mecburi olmaları bakımından kanunlar birbirlerine eşittirler. Bu sebeple ister Ceza Kanunu, ister ceza kanunundan gayri bir kanun bahis mevzuu olsun, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.*”

⁷⁹ Yeni düzenleme ile birlikte, ceza kanununda yer verilen kavramları tanımlayan ve açıklayan diğer kanunları bilmemenin mazeret sayılacağı sonucunun ortaya çıktığı ifade edilmiştir. Bkz. Zafer, (n 5) 366

⁸⁰ Erem, (n 18) 14

Bir ceza normunun kural olarak hüküm ve yaptırım olmak üzere iki ögeden oluştuğu, eğer bir normda yaptırım kesin olarak belirlenmiş, fakat hüküm ileride başka bir işlemle doldurulacak mahiyette, genel çerçeve şeklinde belirlenmişse, açık ceza normunun varlığından bahsedileceği ifade edilmiştir.⁸¹ İdari bir işlem veya tasarrufla doldurulan açık normlarda, hukuki bilmeme, hükmün muhatabına atfı mümkün olmayan bir sebepten dolayı ortaya çıkmışsa “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” hükmünün uygulanmaması gerektiği belirtilmektedir.⁸² Nitekim Askeri Ceza Kanunu’nun 87 vd. maddelerinde düzenlenen “emre itaatsizlikte ısrar suçu” açık ceza normu niteliğindedir. Zira emirlerin içeriği askeri idare tarafından belirlenmekte, bu emirlere uymamanın yaptırımı da ceza kanununda belirtilmektedir. Askeri Yargıtay geçmişte vermiş olduğu bir kararında, emrin kendisine yazılı olarak tebliğ edilmesi ve izleyen günlerde sözlü olarak da belirtilmesine rağmen askeri birlikte “cep telefonu bulunduran ve kullanan” failin, TCK 30/4. maddesinde düzenlenen kural üzerinde hata hükmünden faydalanamayacağına hükmetmiştir.⁸³

D. CEZA KANUNLARI DIŞINDA VE CEZA HÜKMÜ İÇERMEYEN KANUNLARI BİLMEME

Ceza kanunlarının dışında olan ve aynı zamanda ceza kanunlarına etki eden yasaları bilmemenin ya da yanlış yorumlamanın, fiili üzerinde hata dönüşebileceği, esaslı fiil üzerinde hata halinin kastı ortadan kaldırması nedeniyle ceza sorumluluğunun da ortadan kalkabileceği ifade edilmektedir.⁸⁴ Evini bir başkasına satmış olan bir kimse, evinin Türk Medeni Kanunu’nun 684. maddesine göre bütünleyici parçası olan bazı tesisatı satışa dahil olmadığı ve kendisine ait olduğu düşüncesiyle alıp götürdüğü bir durumda, TMK 684. maddesini bilmediğini ya da yanlış yorumladığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir.⁸⁵ Ancak bu durumda kural üzerinde hata değil, kastı ortadan kaldıran fiil üzerinde hata söz konusudur. Zira fail, başkasının malını alma yani hırsızlık kastı ile hareket etmemektedir.⁸⁶

⁸¹ Zeki Hafizoğulları, ‘Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları’ (1977) I Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yılı Armağanı 193, 204

⁸² ibid 211

⁸³ Askeri Yargıtay, E. 2008/0446, K. 2008/0387, 13.02.2008; yüksek mahkemenin ilgili kararında ayrıca “*sanığın, mezkur emri tebellüğ ettiği tarih ile cep telefonunun tespit edildiği tarihler arasında usta asker olarak, kendisine verilen emirlerin vasıf, mahiyet ve sonuçlarını anlayabilecek bilgi düzeyine sahip olduğu nazara alındığında, 5237 sayılı TCK’nın 30/4 maddesinde kaçınılmaz bir hataya düşüğünü kabul etmek mümkün görünmemektedir.*” ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadelerden failin kişisel özellikleri dikkate alınarak bazı durumlarda “kanunun bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin uygulanmasının mümkün olabileceği sonucu çıkmaktadır.

⁸⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, (n 5) 420

⁸⁵ Taner, (n 75) 390

⁸⁶ Bkz. Devrim Güngör, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata (1. Baskı, Yetkin Yayınevi 2007) 115; “*failin ceza kuralının dışında kalan bir normu bilmemesi veya yanlış bilmesi nedeniyle ceza normu tarafından yasaklanan fiilden farklı bir fiil gerçekleştireceğini düşünmesi halinde bu durum tipik fiil üzerinde hata ile aynı sonucu doğurur ve kastı kaldırır.*”

2014 tarih ve 6545 sayılı yasa ile “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunun düzenlendiği TCK’nın 104. maddesine 2. fıkra eklenmiş ve ilk defa 15-18 yaş aralığındaki çocukla ensest (fücur) ilişki suç olarak düzenlenmiştir.⁸⁷ TCK’nın 104/2. maddesine göre; *suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde, şikayet şartı aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır.* İlgili maddede, aralarında evlenme yasağı olan kişilerin kimler olduğu belirtilmemiş ve üstü kapalı olarak Türk Medeni Kanunu’na⁸⁸ atıfta bulunulmuştur. Birbirleri ile evlenmeleri yasak olan kişiler Türk Medeni Kanunu’nun 129. maddesinde belirtilmiştir.⁸⁹ Birbirleri ile evlenmelerinin yasak olduğunu bilmeyip cinsel ilişkide bulunan kişilerin hataları, fiil üzerinde hata kapsamında kabul edilebilecektir. Zira buradaki bilmeme, medenin kanununun ilgili hükmüne ilişkindir ve bu bilmeme halli reşit olmayanla cinsel ilişki suçu yönünden fiil üzerinde hataya dönüşerek kastı ortadan kaldıracaktır. Somutlaştırmak gerekirse fail, eşiyle evliliği sona ermiş olsa bile 15-18 yaş aralığındaki üvey kızı ile cinsel ilişkide bulunursa reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır.⁹⁰ Boşandığı eşinin, başka bir kimseden olan çocuğu ile evlenmenin yasak olduğunu ve dolayısıyla bu kişi ile cinsel ilişkide bulunmanın suç olduğunu bilmeme hali, esasen medeni kanununun ilgili maddesinin bilinmemesine ilişkindir ve etki ettiği suç yönünden kastı ortadan kaldırabilir.

Kural üzerinde hatanın doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir.⁹¹ Doğrudan kural üzerinde hatada fail, yasaklanan davranışın normunu hiç bilmemekte ya da bilmekle beraber hükümsüz kaldığını zannetmekte veya yanlış yorumlayarak somut olaya uygulanmayacağını düşünmektedir.⁹²

⁸⁷ Pınar Memiş Kartal, ‘Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK. m. 104)’ (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2083, 2085

⁸⁸ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG. 08.12.2001, S. 24607

⁸⁹ TMK’nın 129. maddesine göre; 1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında, amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında, 2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu ve altsoyu arasında, 3. Evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenmek yasaktır.

⁹⁰ Bkz. TMK 129/2

⁹¹ Güngör, ‘Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata’ (n 20) 136

⁹² Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, (n 4) 580

Dolaylı kural üzerinde hatada ise davranışın kanunen yasaklandığını bilmesine rağmen, yine kanun ile fiiline izin verildiğini düşünmektedir.⁹³ Böylesi bir durumun aynı zamanda hukuka uygunluk nedenlerinde⁹⁴ hata kapsamına girdiği ifade edilmektedir.⁹⁵

E. HATANIN KAÇINILMAZ OLMASI

TCK'nın 30/4. maddesinin uygulanabilmesi için hatanın kaçınılmaz olması gerekmektedir.⁹⁶ Bu durumda “kaçınılamaz” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır.⁹⁷

Kaçınılamaz hatadan söz edebilmek için hepsinden önce kişide haksızlık bilincinin bulunmaması gerekir; yani kişi fiilini gerçekleştirirken, başkalarına zarar vermediği ve onlar bakımından bir tehlike yaratmadığı inancı ile hareket etmiş olmalıdır.⁹⁸ Bir kimsenin kendi davranışının yasaklanmış olduğunu bilmesinin veya en azından tahmin etmesinin haksızlık bilinci açısından yeterli olduğu ifade edilmektedir.⁹⁹

TCK'da 30/4. maddesindeki hükme yer verilmeden önce ceza kanunlarını bilmek hususunda “mutlak imkansızlık” içinde bulunan kişinin bilgisizliğinin, kusurluluğu ortadan kaldırdığı ifade edilmekteydi.¹⁰⁰ Bu durumda ceza kanunlarını bilmek hususunda “mutlak

⁹³ Sözüer, (n 41) 481, Örnek vermek gerekirse kişi kasten öldürmenin suç olduğunu bilmektedir ancak kanun kaçaklarının ya da aforoz edilenleri öldürmenin serbest olduğunu düşünmektedir. Buna “kapsam hatası” (subsumption error) adı verilmektedir. Bkz. Williams, (n 25) 288

⁹⁴ Ayrıca belirtmeliyiz ki eylemini gerçekleştirirken hukuka aykırılığı kaldırmaya etkili olmayan bir nedeni, bu nitelikte sayan kişinin hatasının hukuksal hata olarak kabul edilip TCK 4. maddesi gereği bu hatanın eylemin hukuka aykırılığını kaldırmada etkili olmamasının gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Yenilenmiş Bası, Beta Yayınevi 2016) 314

⁹⁵ Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım II Editör Yener Ünver Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Gülsün A. Aygörmez Uğurlubay, Erdal Yerdelen, Serkan Meraklı, Atacan Bozyel, Emine Kabak Yüce, Merve Selin Şohoğlu, İlhan Bulut (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2015) 168-169, Ayrıca belirtmeliyiz ki hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında, başka bir ifade ile fiili şartlarına yönelik hataya düşülmesinin hukuki hatadan farklı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Jescheck, (n 13) 40; Claus Roxin, ‘Yasağa İlişkin Yanılma’ (Çeviren: Osman İsfen (2006) Suç Politikası Prof. Dr. H. C. Mult. Claus Roxin’e Armağan) 243, 243

⁹⁶ TCK'nın 30/4. maddesinde, Alman Ceza Kanunu'ndaki hükümden farklı olarak kaçınılabilir hata hallerinde cezadan indirim yapılacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Ancak kaçınılabilir hata hallerinde, kişinin kusurlu sayılacağı ve bu hususun temel ceza belirlenirken göz önünde bulundurulacağı ifade edilmiştir. Bkz. TCK 30/4. maddenin gerekçesi

⁹⁷ Avusturya Ceza Kanunu'nunda kaçınılmazlığın tespitinde; “haksızlık herkes gibi fail için de bilinebilecek nitelikte olması” ve “failin mesleği, meşguliyeti ve şartları gereği kendisini bilgilendirmekle yükümlü olmasına rağmen ilgili düzenlemeler hakkında kendisini bilgilendirmemiş olması” şeklinde açıkça iki kritere yer verildiği ifade edilmektedir. Bu hükmün metni ve değerlendirmesi için bkz. Rahime Erbaş, ‘Haksızlık Hatasının Kaçınılabilir Olduğunu Gösteren Ölçütlerin Kanunda Öngörülmesi: Avusturya Ceza Kanunu Örneği’ (2019) 12 (40) Ceza Hukuku Dergisi 379, 379-401

⁹⁸ Hafizoğulları ve Özen, (n 8) 296

⁹⁹ Hakeri, (n 44) 470

¹⁰⁰ Erem, (n 18) 11; Hafizoğulları ve Özen, (n 8) 294; Hafizoğulları ve Özen, eskiden beri İtalyan Yargıtay'ı tarafından bilmemenin, “beşeri imkansızlık” hallerinde mazeret olarak kabul edildiğini ifade etmişlerdir. Bkz. 295

imkansızlık” içinde bulunan kişinin hatasının kaçınılmaz olduğunu söyleyebiliriz.¹⁰¹ Nitekim bilme olanağı varsa, kuralı bilmemenin mazeret sayılamayacağı ifade edilmektedir.¹⁰²

Failin, fiilinin olası hukuka aykırılığı üzerinde kendisine düşünmesini ve gerektiğinde hukuki olarak bilgilendirilmesini gerektirecek bir durumun ortaya çıkmış olması rağmen gerçeği öğrenmek için teşebbüste bulunmaması ya da öğrenmeye ilişkin çabalarının yetersiz kalması hallerinde hatanın kaçınılmaz olduğundan söz edilemeyeceği ifade edilmiştir.¹⁰³ Başka bir ifade ile ilgili kanun maddesini araştırmayı gerektirecek bir vesile¹⁰⁴ ile karşılaşıldığında bilgiyi elde etme konusunda bilerek ya da taksirli olarak¹⁰⁵ herhangi bir çaba gösterilmemiş ise kaçınılmaz hatadan söz edilemeyecektir.¹⁰⁶

Kişinin mesleği açısından kuralı bilme yükümlülüğü bulunuyorsa yine bu durumda kaçınılmaz hatadan söz edilemeyecek ve mazeret olarak kabul edilmeyecektir.¹⁰⁷

Kişinin hareket etmek istediği alanın özel hukuk normlarına tabi olduğunu bilmesine rağmen, gerekli hukuki bilgilere ulaşmak için gayret göstermediği durumlarda yine kaçınılmaz hatadan bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir.¹⁰⁸

Kaçınabilir-kaçınılmaz hata kriterinin esasen yabancılar ile vatandaş arasındaki ayrıma dayandığı görüşü ileri sürülmüştür.¹⁰⁹ Zira başka bir ülkeden gelip ülke sınırları içerisinde suç işleyen bir yabancı, ülke vatandaşına göre kural üzerinde hataya düşmesi daha olasıdır.¹¹⁰

¹⁰¹ Kural üzerinde hatanın söz konusu olabilmesi için gerçekleştirilen fiilin yasak olduğunun bilinebilir olmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Güngör, ‘Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata’ (n 20) 156

¹⁰² Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 435

¹⁰³ Sözüer, (n 41) 483-484; Roxin’e göre; yasağa ilişkin yanılmanın önlenmesi için gerekli olan araçlar düşünme ve bilgilendirilmedir. Yasağa ilişkin yanılmanın önlenebilirliği üç şarta bağlıdır; a) Failin, davranışının muhtemelen hukuka aykırı olması hakkında düşünce sarf etmesi veya bu konuda kendisini bilgilendirmesi için bir sebebin mevcudiyeti gereklidir; b) Böyle bir sebebin mevcudiyeti halinde, failin ya durum hakkında emin olmaya yönelik bir gayretinin bulunmaması ya da bu gayretlerin, sorumluluğun ortadan kalkmasının önleyici sebeplerden dolayı kabul edilemeyecek derecede yetersiz olması gerekmektedir; c) Fail, mevcut bir sebebe rağmen gereğinden az bir ölçüde hukuki durum hakkında bilgilendirilmek için gayret sarf etmiş ise, yasağa ilişkin yanılma yine de sadece, yeterli derecedeki gayretlerin haksızlığa ilişkin bilgilendirilmeyi mümkün kılmış olacağı hallerde önlenebilir olacaktır. Bkz. Roxin, (n 94) 266-267

¹⁰⁴ Erman, kaçınılabilirliğin tespitinde vesile (anlass) unsurunun kullanıldığını, (bkz. 239) davranışın haksızlığını gösteren bir vesile ile karşılaştığı durumlarda failin, bunun doğru olup olmadığının araştırması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Erman, (n 39) 249

¹⁰⁵ Güngör, ‘Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata’ (n 20) 157

¹⁰⁶ Öztürk ve Erdem, (n 31) 303

¹⁰⁷ İçel, (n 93) 293

¹⁰⁸ Roxin, (n 94) 268; Apaydın, (28) 101

¹⁰⁹ Dönmezer ve Erman, ‘Cilt I’ (n 7) 255. Ülkeye yeni gelen yabancı yönünden kural üzerinde hatadan söz edebilmek için Carrara’ya göre iki şartın bulunduğu, bunlardan birincisinin “işlenen fiilin genel ahlaka aykırılık teşkil etmemesi”, diğerinin ise “bu fiilin yabancı vatanında yasak edilmemiş olması” şeklinde koşullar olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Cemil Halit Bengü, Ceza Hukukunda Hata (1. Baskı, Sakarya Basımevi 1948) 109-110

¹¹⁰ Demirbaş’a göre; İstanbul Sultanahmet’te esrar içerken yakalanan turistin, “ben Türkiye’de esrar içmenin suç olduğunu bilmiyordum” demesi, “hukuki yanılma” olup; ceza hukuku kaynaklarının bağlayıcılığı ve TCK m. 4/1 karşısında, ceza hukuku bakımından önem taşımaz. Bkz. Demirbaş, (n 26) 396. Bize göre de böyle bir durumda kural üzerinde hatadan söz edilemez. Bazı ülkelerde serbest bırakılmış olsa da dünyanın çoğu ülkesinde birey üzerinde

Nitekim tamamen farklı bir kültürden gelen bir yabancıнын, yerleşmeye karar verdiği ülkenin dilini öğrenmek veya kanunlarını, kültürünü anlayabilmek için zamana ihtiyaç duyacağı, bu statüde olan kişilerden, özellikle o ülkeye özgü koşullardan doğan suçları bilmesinin ve hareketlerini ona göre yönlendirmesinin beklenemeyeceği ifade edilmiştir.¹¹¹

Öğretideki görüşler böyle olmakla birlikte yüksek mahkemenin ülke içerisinde suç işleyen yabancılar bakımından “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesini katı bir şekilde uyguladığını söylemek gerekir.¹¹² Nitekim yüksek mahkeme vermiş olduğu bir kararında; savunmasında tarihi objeleri bulundurmanın suç olduğunu bilmediğini ifade eden ve İran vatandaşı olan sanığın, 2863 sayılı Kanunu’nun 23/a maddesine göre korunması gerekli taşınır kültür varlıklarını İran’dan alıp satmak amacıyla Türkiye’ye getirdiği ve yapılan ihbar üzerine kalmakta olduğu otel odasında bu objelerle birlikte henüz satışa arz edemediği yakalandığı olayda; 5237 sayılı TCK’nın 4. maddesinde belirtilen, “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” hükmü karşısında, sanık hakkında beraat kararı verilmesinin doğru olmadığına hükmetmiştir.¹¹³

Benzer bir olay farklı bir ülkede Türkiye Cumhuriyeti vatandaşının başından geçmiştir. Boğaziçi üniversitesini bitirdikten sonra ABD’de Duke Üniversitesinde doktora yapan akademisyen, araştırma yapmak için Ermenistan’a gider. Burada araştırmalarını tamamladıktan sonra Ermenistan’dan çıkış yapmak üzereyken gözaltına alınır. Akademisyene karşı yapılan suçlama 50 yıldan eski olan kitapları ülke dışına çıkarmaya teşebbüs etmektir. Zira Ermenistan yasalarına göre 50 yıldan eski kitapları yurt dışına çıkarmak yasaktır. Akademisyen, para ile satın aldığı 50 yıldan eski kitapları yurt dışına çıkarmaya çalışması nedeniyle 2 ay tutuklu kalır ve

öldürücü etkisinin bulunması nedeniyle uyuşturucu madde kullanımı yasaklanmıştır. Uyuşturucunun ölümcül etkisi ve temininin de belli koşullara bağlandığı dikkate alındığında, kişinin uyuşturucu kullanımının serbest olup olmadığına ilişkin araştırma yükümlülüğü doğar. Bu araştırma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişinin kural üzerinde hataya düştüğünden bahsedilemeyecektir.

¹¹¹ Bkz. Zafer (n 5) 366

¹¹² Bkz. Yar. 12 CD, E. 2013/27589, K. 2014/22906, 14.11.2014; “*Ukrayna uyruklu sanığa ait valizin, Adnan Menderes Hava Limanı dış hatlar terminaline giden yolcu bölümünde x-ray ile kontrolü sırasında yoğun metal görüntü alınması üzerine yapılan aramada iki adet metal paranın ele geçirildiği, İzmir Müze Müdürlüğünden alınan 30.03.2011 tarihli raporda, delikli olan, hicri 1223 tarihli bir adet gümüş sikkenin 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamına girdiği, bakır olan hicri 1277 tarihli diğer sikkenin ilgili kanun kapsamında olmadığı tespit edildiği, sanığın savunmasında, 28.03.2011 tarihinde Alsancak’ta gezdiği sırada antika eşyalar satan bir mağazadan dava konusu sikkeleri 35 avro karşılığında satın aldığı beyan etmesi karşısında; sanığın 2863 sayılı Kanun kapsamındaki kültür varlıklarını yurtdışına çıkarmaya teşebbüs ettiği, bu itibarla sanığın mahkumiyetine karar verilmesi yerine, ‘sanığın Türkiye’deki ayrıntılı mevzuatı açıkça bilmediği, atılı suçu işleme kastının bulunmadığı’ şeklindeki, dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçe ve hatalı değerlendirme ile beraat kararı verilmesi,” Benzer kararlar için ayrıca bkz. Yar. 12 CD, E. 2013/27759, K. 2014/22905, 14.11.2014; Yar. 12 CD, E. 2014/16710, K. 2015/7747, 08.05.2015*

¹¹³ Yar. 12 CD, E. 2013/30366, K. 2014/4085, 19.02.2014; aynı dosya, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine yeniden aynı daire önüne gelmiş, ilgili daire olaya ilişkin olarak bir önceki ilamında olduğu gibi aynı yönde karar vermiştir. Bkz. Yar. 12 CD, E. 2014/13637, K. 2014/17341, 09.09.2014

yapılan yargılama sonucunda bu suç nedeniyle aldığı ceza ertelenir.¹¹⁴ Sovyetler Birliği döneminde çıkarılan bu yasanın amacı antika değeri olan kitapların yurt dışına çıkarılmasını önlemek olsa da yabancı bir kişinin bu yasayı bilmesi olanaksızdır ve bizce bu olayda kural üzerinde kaçınılmaz hata söz konusudur.

Kanunlar, ilgili Anayasa hükümleri uyarınca, belirlenen usuller izlenerek meclis tarafından çıkartılır ve yine Anayasa’da belirtilen aşamalar geçildikten sonra yürürlüğe girer. Kanun Hükmünde Kararnamelerin çıkarılmasını, çıkarılan mercii ve usulünü, kanun gibi etki doğurmasını bir kenara bırakırsak, kanun yapma yetkisi meclis dışında başka hiçbir kuruma devredilemez. Mahkemeler dahi yorum yoluyla kanun koyucu yerine geçip yeni kurallar ihdas edemezler.¹¹⁵ Sadece delillerin değerlendirilmesi yönünden içtihat birliğinin sağlamak için belli kriterler getirilebilmektedir. Nitekim yüksek mahkeme, üzerinde belli miktarı aşan düzeyde uyuşturucu madde yakalanan kişinin, uyuşturucu madde ticareti yaptığının kabulünün gerektiği¹¹⁶, bu miktarın altında yakalanan uyuşturucu madde bakımından ise eylemin “kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma” suçunu oluşturduğu yönünde kararlar vermektedir.¹¹⁷ Önemle belirtmeliyiz ki yüksek mahkemenin miktar belirlemeleri kanun yerine geçmemelidir ve her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmalıdır.

Ülkesinde 50 grama kadar uyuşturucu taşınmasına ve kullanılmasına izin verilen yabancının, Türkiye’de de bu duruma izin verildiği şeklinde kaçınılmaz hataya düşmesi durumunda, failin kusurlu kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir.¹¹⁸ Bize göre böyle durumlarda “kural üzerinde hata”nın var olup olmamasından çok delillerin değerlendirilmesine ilişkin tartışma

¹¹⁴ Bu olayı kural üzerinde hata kapsamında aktaran: Özen, (n 20) 591. Akademisyenin göz altına alınmasında elli yıldan eski kitapları buldurmasının yanı sıra Ermenistan yetkili makamlarınca ajan olarak düşünülmesi rol oynamış olabilir. Ama neticede akademisyen sadece elli yıldan eski kitabı yurt dışına çıkarmaya teşebbüs etmekten ceza almıştır.

¹¹⁵ Anayasa’ya aykırılık durumlarında, çıkarılan kanunları iptal yetkisi bulunan Anayasa Mahkemesi dahi, yeni kanun etkisi yaratacak şekilde iptal kararları veremez. Bkz. Anayasa Madde 153/2; “*Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.*”

¹¹⁶ Bkz. Yar. 10 CD, E. 2019/4767, K. 2020/1384, 26.02.2020; “*kemer ile beli arasına sıkıştırılmış vaziyette üç adet streç film ile sarılı net ağırlığı 595 gram toz esrar ele geçirilmesi karşısında; suç konusu uyuşturucu maddenin kişisel kullanım miktarının üzerinde olması,*” ayrıca bkz. Yar. 10 CD, E. 2017/1549, K. 2019/9161, 27.12.2019; “*sanığın çantasında ve üzerinde yapılan aramada toplam net 1926,3 gram kenevir parçalarının ele geçirilmesi, ele geçirilen kenevirlerden toplam net 674,82 gram toz esrar elde edilebileceğinin tespit edilmesi, kenevirlerin kurutulduktan sonra toz esrar haline getirilmeden de mevcut haliyle kullanılmasının mümkün olması, ele geçirilen kenevirlerin kişisel kullanım miktarının üzerinde olması,*”

¹¹⁷ Yüksek mahkeme vermiş olduğu bir kararında, sanığın aracında yapılan aramada ele geçirilen 59,5 gram esrarın miktar itibarıyla kişisel kullanım sınırları içerisinde kalması ve sanığın idrar ile kanından bu maddeye rastlanması göz önünde bulundurularak isnat edilen uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan beraat etmesi gerektiğine hükmetmiştir. (Bkz. Yar. CGK, E. 2017/20-964, K. 2020/447, 05.11.2020)

¹¹⁸ Ali Rıza Tongür ve Ekrem Çetintürk: Ceza Hukuku Genel Hükümler (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 271-272

yapılmalıdır. Zira Ceza Kanununda yer alan uyuşturucu madde ticareti yapma suçuna ilişkin hükümlerde, 50 gramın üzerinde uyuşturucu madde ile yakalanan kişinin uyuşturucu madde ticaretinden cezalandırılacağına yönelik bir belirleme yapılmamıştır.¹¹⁹ Bu yüzden kendi ülkesinde 50 grama kadar uyuşturucu madde bulundurulmasına izin verilmesi olgusu, kural üzerinde hatanın varlığı ya da yokluğu değerlendirilirken değil, uyuşturucu madde ticareti yapılıp yapılmadığına ilişkin delillerin değerlendirilmesinde kullanılmalı ve yabancı lehine delil olarak kabul edilmelidir.

Uyuşturucu madde ticareti yapma suçu ile kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçu arasındaki ayrımı belirleme de olduğu gibi, ülkeye belli miktarın üzerinde bandrolsüz sigara sokan kişilerin kaçakçılıkla mücadele kanununa aykırı davranmış olacağına ilişkin delil değerlendirmesi yönünden yüksek mahkemece kriterler getirilmektedir¹²⁰ Yukarıda belirttiğimiz gibi bu kriterler delil değerlendirilmesinde kullanılır ve yasa yerine geçmez.

Kural üzerinde kaçınılmaz hata bireysel olabileceği gibi toplumun çoğunluğuna sirayet eden genel bir inanıştan kaynaklanmış olabilir. Yine resmi makamların uygulamaları, tasarrufları veya açıklamaları kural üzerinde kaçınılmaz hataya sebep olmuş olabilir.

1. Bireysel ya da Genel İnanıştan Kaynaklanan Kural Üzerinde Kaçınılamaz Hata

Bireysel olarak hatanın kaçınılmaz olup olmadığının belirlenmesinde; kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşullarının göz önünde bulundurulacağı ifade edilmiştir.¹²¹ Bireyin başkalarından alabileceği yardım ve ulaşabileceği yardım kaynakları sınırlı ya da hemen hemen hiç yoksa kaçınılamaz hatadan söz etmek daha bir olasıdır.¹²²

Kaçınılamaz hatadan söz etmek için en başta failin, gerçekleştirdiği fiilin yasak olduğunu bilmemesi ve aynı zamanda fiilin sosyal açıdan değersiz olduğunun bilincine sahip olmaması gerekir.¹²³ Bireyin farklı bir inanca dayanarak veya hukuk dışı nedenlerle hukuk normunun yanlış olduğunu ve bağlayıcı olmadığını düşünmesi kural üzerinde kaçınılamaz hata olarak değerlendirilemez ve sorumluluğa bir etkisi yoktur.¹²⁴

¹¹⁹ Bkz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 188, madde 189, madde 190, madde 191, madde 192.

¹²⁰ Yurda 74 adet bandrolsüz sigara sokulması olayında yüksek mahkeme, yakalanan sigara adetinin ticari miktar ve mahiyette bulunmaması nedeniyle sanığın beraat etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. Yar. 19 CD, E. 2019/7236, K. 2020/19822, 16.12.2020

¹²¹ Hakeri, (44) 469

¹²² Heinrich, (n 94) 170

¹²³ Güngör, 'Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata' (n 20) 156; Bireyin kendi hareketinin ortak yargıya göre antisosyal karakter taşıdığını bildiği durumlarda, ortada kaçınılamaz bir hata olsa dahi bireysel inancının mazur görülemeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 435; Centel, Zafer ve Çakmut, (n 5) 422

¹²⁴ Öztürk ve Erdem, (n 31) 303

Bir ceza kuralını unutmamanın bilmeme ile eşdeğer olduğu ancak kuşku hallerinde bireyin hataya düşmüş olduğundan söz edilemeyeceği ifade edilmektedir.¹²⁵ Zira bu kuşku hallerinde birey, bu konu hakkında bilgilenmekle yükümlüdür.¹²⁶ Bilgilenmek hususunda elinden gelen bütün çabayı göstermesine rağmen hataya düşmüşse hatanın kaçınılmaz olduğundan bahsedilebilir.¹²⁷

Kural üzerinde hataya düşülmesi bireysel nedenlerden olabileceği gibi genel bir inanıştan kaynaklanabilir. Birçok kimsenin hatta ülkede büyük bir çoğunluğun kuralı bilmemesi, yanlış yorumlaması ya da sıklıkla uygulanmaması nedeniyle geçerli veya yürürlükte olmadığını düşündüğü hallerde kural üzerinde hatanın mazur görülemeyeceği ifade edilmiştir.¹²⁸ Ancak bu durumda da suç ve cezanın şahsiliği ilkesi gereği kural üzerinde hatanın tespitinde yine kişi özelinde değerlendirme yapılacaktır. Bireysel değerlendirme yapılırken kural üzerinde hataya etkisi olan toplumdaki genel inanış ve kanaat göz önünden bulundurulacaktır.

2. Resmi Makamların Uygulamasının, Tasarruflarının ve Açıklamalarının Neden Olduğu Kural Üzerinde Kaçınılmaz Hata

Failin, fiilinin haksızlık içeriği konusunda hataya düşmesi, yetkili resmi makamın kararına veya açıklamalarına dayanıyorsa kaçınılmaz hatadan söz edileceği ifade edilmiştir.¹²⁹ Nitekim yüksek mahkemede aynı görüştedir.¹³⁰

Resmi makamın karar ve açıklamalarının, kişiyi kural üzerinde hataya sürüklemiş olması mazur görülebilecekse de¹³¹ bize göre; resmi bir makamın, bireyler tarafından da hukuka açıkça

¹²⁵ Hafizoğulları ve Özen, (n 8) 293; “kuşku, bir olgu ile gerçeğin ne olduğunu kestirememekten doğan kararsızlıktır. Böyle olunca, kuşku, bir kanaatin oluşmasına engel olan fikirlerin veya tasavvurların çatışması halinde mevcut olmaktadır. Söz konusu çatışma ortadan kalkmış olmadıkça, kişinin bir şeyi gerçekte olduğundan tamamen veya kısmen farklı bildiği, dolayısıyla hataya düşmüş olduğu söylenemez.”

¹²⁶ Heinrich, (n 94) 170

¹²⁷ Bunun yanı sıra failin, kuralı öğrenme ve emin olmaya ilişkin gayretlerinin yeterli olmaması hallerinde, kural üzerinde hatanın kaçınılmaz olduğunun peşinen kabul edilmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Roxin, (n 94) 273

¹²⁸ Erem, (n 18) 12

¹²⁹ Zafer, (n 5) 368

¹³⁰ Bkz. Yar. CGK, E. 2015/4-7, K. 2018/480, 25.10.2018; “Failin, yetkili bir organ ya da resmi bir makamın açıklamalarına güvenerek hataya düşmesi halinde kural olarak kendisine kusur isnat edilemeyecekken, töre cinayetinde olduğu gibi kişisel, siyasi, dini veya ahlaki düşüncelerine göre yaptığı hareketi doğru kabul etmesi durumunda, davranışının toplumsal normlara ve hukuk düzenine aykırı olduğunu bilmesi nedeniyle sorumluluktan kurtulamayacağı kabul edilmelidir.”

¹³¹ Erem, (n 18) 13

aykırılığı bilinen ve yasaya uymayan sözlü ve yazılı emirleri¹³² ya da emsal teşkil edebilecek uygulamaları ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamalıdır.¹³³

Resmi makamların, daha doğru bir ifade ile resmi makam adına irade açıklamaya yetkili kişilerin, bireyi hataya sürüklemesi farklı şekillerde gerçekleşebilir. Görevli memur ilgili şahsa yanlış bilgi vermişse ve yanlış yönlendirmede bulunmuşsa, şahsın kural üzerinde hatası mazur görülebilir.¹³⁴ Bununla birlikte kural üzerinde hata, resmi makamın yükümlüklerini yerine getirmemesinden, ihmalinden kaynaklanıyorsa kaçınılamaz hatadan söz edilemeyecektir.¹³⁵ Nitekim yüksek mahkeme vermiş olduğu bir kararında; abonesiz ve sayaçsız olarak kolon sigortasından hat çeken fail hakkında, abone olması için uyarıda bulunulmadığı gerekçesi ile ilk derece mahkemesince verilen beraat kararının, TCK'nın 4. maddesinde yer verilen “ceza kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” hükmü uyarınca hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir.¹³⁶

Bir kimsenin bir fiilin suç teşkil etmediği şeklindeki mahkeme kararlarına güvenerek aynı fiili işlemesi hali kural üzerinde hata kapsamında değerlendirilemeyecektir.¹³⁷ Zira her mahkeme kararı somut olaya ilişkindir ve genel bir bağlayıcı etkiye sahip değildir. Dolayısıyla herkesin, mahkeme kararlarının değişmez ve yargıçlarında yasa koyucu olmadığını bilmesinin gerektiği ifade edilmiştir.¹³⁸

Hareket edilecek alanda uzman sıfatı taşıyan birinin görüşüne ya da bir avukatın vermiş olduğu yanlış bilgiye dayanılarak düşülen kural üzerinde hata hallerinde, kaçınılamaz hatadan söz edilemez.¹³⁹ Zira bu gibi durumda danışılan kişiler, resmi sıfatı olan devlet görevlisi kişiler değildir.¹⁴⁰

¹³² Centel, Zafer ve Çakmut, (n 5) 421, yüksek mahkemenin 14.10.1963 tarih ve 3/204/199 sayılı kararında; “Ormandan ağaç kesmek ve çıkarmak, yasanın istediği biçimde işlem yapılmasına bağlıdır. Tersine davranış suçtur. Köy muhtarı veya korucunun ya da öğretmenin yasaya uymayan emir ve sözleri ceza sorumluluğunu kaldırmaz” ifadelerine yer verilmiştir. Önder’e göre; bu karar, resmi görevi olan kişilerin sözlerinin hukuki yanılmada etkili olmadığını göstermesi açısından önemlidir. Karar ve görüş için bkz. Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III (2. Bası, Beta Yayınevi 1992) 332

¹³³ Farklı görüş için bkz. Roxin, (n 94) 271; “resmi bir makam tarafından belirli bir davranışa müsamaha gösterilmesi, ilgili resmi makamın, failin davranışını hukuka uygun gördüğü şeklindeki bir yorumunun mümkün olduğu durumlar, yasağa ilişkin önlenemez bir yanılmanın temelini oluşturabilecektir.”

¹³⁴ Sahir Erman, ‘Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma’ (1946) 12 (2-3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 509, 526

¹³⁵ ibid 526

¹³⁶ Yar. 2 CD, E. 2007/18930, K. 2008/2076, 11.02.2008

¹³⁷ Erman, (n 133) 527-528; farklı görüş için bkz. Roxin, (n 94) 272; “failin, davranışına izin verildiği yönündeki içtihatlarla uygun şekilde hareket etmesi durumunda, yasağa ilişkin yanılmanın, sorumluluğu ortadan kaldırır nitelikte değerlendirilmesi gerekir.”

¹³⁸ Güngör, ‘Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata’ (n 20) 158

¹³⁹ Olgun Değirmenci, ‘Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma’ (2014) 26 (110) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 130, 148; farklı görüşler için bkz. Roxin, (n 94) 270-273; Sözüer, (n 41) 83

¹⁴⁰ Gündüz, (n 47) 513

II. CİNSEL ÖZGÜRLÜĞE KARŞI SUÇLARDA KURAL ÜZERİNDE HATA

Cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlar, en eski suçlar arasında ve “tabii suçlar” kategorisi içerisinde yer almaktadır. Tabii suçlar arasında yer aldığı içindir ki karşıdaki kişinin iradesine aykırı bir biçimde cinsel davranışta bulunulmasının, kanun tarafından cezalandırılmadığını başka bir ifade ile suç olarak düzenlenmediğinin düşünülmesi pek mümkün değildir. Cinsel özgürlüğe karşı suçlarda kural üzerinde hata, daha çok cinsel davranışa karşı gösterilen rızanın geçerli olup olmadığına ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. TCK’daki ilgili hükümler uyarınca belli bir yaşın altında olan çocukların, cinsel davranışa karşı göstermiş oldukları rıza kesin olarak geçersizdir. Kişi, gerçekleştirmiş olduğu cinsel nitelikteki davranışını suç olmaktan çıkararak yaş sınırını bilmeyebilir. Yine mağdurun akıl hastası olduğu ve irade yeteneğinin bulunmadığı bir durumda göstermiş olduğu rızanın geçerli olup olmadığına ilişkin olarak kural üzerinde hataya düşmüş olabilir. Cinsel özgürlüğe karşı suçlarda kural üzerinde hata savunması en çok bu hallerde yapıldığından aşağıda öncelikle bu iki durum incelenecektir. Bu iki duruma ilave ve son olarak yasalar uyarınca eşcinsel ilişkiye izin verilip verilmediği, eşcinsel ilişki yönünden kural üzerinde hatanın söz konusu olup olamayacağı konusuna değinilecektir.

A. CİNSEL NİTELİKTEKİ FİİLLERE KARŞI RIZA GÖSTERMEDE YAŞ SINIRI

Ortada cebir, tehdit ya da iradeyi etkileyen başka bir sebep bulunmamasına rağmen belirli bir yaşa gelmemiş bulunan çocukların korumaya tabi tutulup bu çocuklarla cinsel ilişki kuranların cezalandırılmasının nedeni olarak, küçük yaşlarda cinsel eğilimleri karışık ve karmaşık olan çocukların, cinsel hayatlarının gelişmesi evresine rastlayan bu dönemlerde, cinsel içgüdülerin güçlü olması nedeniyle cinsel temas ve ilişkilere karşı zayıf bulunuşları, belli bir vücut ve zihni olgunluğa erişmeden cinsel özgürlükleri kapsamında vermiş oldukları karar ve icra ettikleri fiillerin, çoğu zaman çocuğun genel menfaatine aykırı nitelikte olması gösterilmiştir.¹⁴¹ Kanunla cinsel ilişki kurma yönünden belli bir yaş sınırı getirilerek aynı zamanda cinsel olgunluğa erişmemiş çocukların hem bedensel hem de zihinsel olarak sağlıklı gelişme hakkı koruma altına alınmış olmaktadır.¹⁴²

Türk Ceza Kanunu’nundaki düzenlemelere bakıldığında, on beş yaşını doldurmamış çocukların cinsel davranışlara karşı göstermiş oldukları rıza kesin olarak geçersizdir.¹⁴³ Başka bir

¹⁴¹ Sulhi Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler (Beşinci Bası, Filiz Kitabevi 1983) 81

¹⁴² Veli Özer Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018) 356

¹⁴³ TCK’nın 103. maddesi dikkate alındığında, kanun koyucunun on beş yaşını doldurmamış küçüklerin, üzerlerinde gerçekleştirilen cinsel davranışların anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olmadığını baştan kabul ettiği,

ifade ile Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen “cinsel özgürlüğe karşı suçlar” bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kanun koyucu tarafından cinsel olgunluk yaşının on beş ve üstü olarak belirlendiğini söylemek gerekir.¹⁴⁴

TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin hüküm esas alındığında 15-18 yaş aralığında bulunan bir çocuk, başkası ile cinsel ilişkiye girdikten sonra, ilişkiye girdiği kişiden şikayetçi olursa ilişkiye giren kişinin ceza alması söz konusu olabilecektir.¹⁴⁵ Bu hükümden yola çıkarak cinsel davranışlara karşı rıza yaşının esasında 18 olduğu sonucuna ulaşılabilecekse de; bu suçun şikayete bağlı olması, yüksek mahkemenin kabul ettiği¹⁴⁶ ve öğretide bazı yazarların¹⁴⁷ savunduğu şekliyle şikayet hakkının temyiz kudretine sahip mağdur çocuğa ait olması, 15-18 yaş aralığında olup rıza ile ilişkiye giren çocuğun çoğu durumda şikayetçi olmayacağı gerçeği dikkate alındığında Türk Hukuku'nda çocuğun cinsel davranışa karşı göstermiş olduğu rızanın geçerli olarak kabul edildiği yaş sınırının on beş ve üzeri olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Yaş sınırının kanun koyucu tarafından belirlendiği benzer düzenlemelere diğer ülkelerin kanunlarında da yer verilmiştir. İtalya'da rızanın geçerli olarak kabul edildiği yaş sınırı on dördür.¹⁴⁸ Fransa'da on beş yaşın altındaki çocukların, cinsel davranışlara karşı göstermiş oldukları rıza geçersizdir.¹⁴⁹ Almanya'da on dört yaşını tamamlamış ya da on dört yaşını aşkın çocukların göstermiş olduğu rıza geçerli olarak kabul edilmektedir.¹⁵⁰

Farklı kültürlerde ve ülkelerde, çocukların cinsel yönden olgunluk yaşının farklılık göstereceği bir gerçektir. Hatta aynı kültür, ülke veya şehir içerisinde yaşayan çocuklar arasında

bunun aksini ileri sürmenin imkansız olduğu, bu gibi durumlarda mağdur çocuğun yaşamış olduğu cinsel nitelikteki davranışların anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığının araştırılmayacağı ifade edilmiştir. Bkz. ibid 352

¹⁴⁴ Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 168: “*Ceza hukuku bakımından cinsel faaliyette bulunmanın yasak olduğu yaşın alt sınırının bir başka deyişle cinsel olgunluk yaşının 15 yaş olarak kabul edildiği söylenebilir.*” Türk Ceza Kanunu'nun kabul etmiş olduğu on beş yaş sınırının yerinde olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Dönmezer, (n 140) 81

¹⁴⁵ TCK 104. maddesine göre; *cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocuklarla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

¹⁴⁶ Yüksek mahkeme vermiş olduğu kararlarda mağdur çocuğun velisi şikayetçi olsa da; mağdurun temyiz kudretine sahip olduğu ve şikayetinden vazgeçtiği durumlarda mağdur çocuğun beyanını esas alınarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçu yönünden düşme kararı verilmesi gerektiğine hükmetmektedir. Bkz. Yar. 14 CD, E. 2020/5877, K. 2020/5429, 26.11.2020; Yar. 14 CD, E. 2019/4034, K. 2019/10259, 20.06.2019

¹⁴⁷ Memiş Kartal, ‘Reşit Olmayanla Cinsel ilişki’ (n 84) 2096; Ünver farklı görüştedir bkz. Yener Ünver, ‘Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi’ (Editör: Yener Ünver (1. Baskı) Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2013) 50; “*reşit olmayan bu kişinin adına şikayeti kanuni temsilcisinin yapabileceğini kabul etmek gerekir.*”

¹⁴⁸ Pınar Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı (1. Baskı, Der Yayınları 2014) 97-102

¹⁴⁹ ibid 92-93

¹⁵⁰ Alman Ceza Kanunu'nun “çocukların cinsel istismarı” başlıklı 176. maddesine göre; *her kim on dört yaşını tamamlamamış bir çocuk üzerine cinsel davranışlarda veya bu çocuğa kendisi üzerinde bu tür davranışları yaptırsa, 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.* Bkz. Yenisey ve Plagemann, (n 14) 244

cinsel olgunluğa erişme yaşı farklılık gösterebilecektir.¹⁵¹ Bu nedenle kanunla yaş sınırı belirlemekten ziyade mağdur çocuğun cinsel olgunluk yaşının bireysel bazda, her olay için sağlık raporu ile tespit edilebileceği, cinsel olgunluktan da anlaşılması gerekenin hem bedeni hem de ruhi olgunluk olduğu ifade edilmiştir.¹⁵² Biz mağduru esas alan ve her olaya ayrı, cinsel yönden olgunluk yaşının tespiti ile rızanın geçerliliğini saptamanın doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Zira çocukların cinsel yönden olgunluk yaşına eriştiklerinin tespitinde kesin ölçütler koymak ve bu nedenle sağlıklı sonuçlara ulaşmak mümkün değildir. On sekiz yaşın altındaki bireylere çocuk denildiği günümüzde, böylesi bir uygulama eşitsizliğe ve bireysel mağduriyetlere yol açabilecektir.¹⁵³

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” bölümünde, benzerine başka ülke kanunlarında nadiren rastlanan “Reşit Olmayan ile Cinsel İlişki” suçuna yer verilmiştir. Bu suça kanunda yer verilmesinde ülkemize ait koşulların etkisinin büyük olduğunu söylemek gerekir.¹⁵⁴ Bu nedenle “Reşit Olmayan ile Cinsel İlişki” Suçu yönünden bir yabancı kural üzerinde hata düşmesi vatandaşa göre daha olasıdır. Zira dünya ortalamasına göre, bir çocuğun cinsel davranışa karşı rıza göstermesindeki geçerli yaş sınırı 14 ile 16 arasında değişmektedir. Ülke dışından gelen bir yabancı “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki” gibi bir suçun kanunda var olduğunu bilmesi ya da öngörmesi zordur. Bununla birlikte somut olaya göre değerlendirme yapmak daha sağlıklı ve doğru sonuç verecektir. Zira birçok ülkenin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerde kabul edildiği üzere 18 yaşın altındaki bireylere çocuk denmektedir. Çocukların cinsel davranışlara karşı rıza açıklamada tam bir serbesti içerisinde olmadıkları insan doğası gereği hemen hemen herkes tarafından bilinir. Şüphe varsa ve fail şüphesini yenmesi için bilgilenme yolunu tercih etmeden ya da bilgilenmek için hiç çaba göstermeden harekete geçmişse

¹⁵¹ Bkz. Ünver, (n 146) 47; “Kanunda yer almayan ‘cinsel olgunluk gibi sun’i terimler yanıltıcı sonuçlara götürür. Kaldı ki cinsel olgunluğa biyolojik olarak ulaşmak kız ve erkeklerde farklılık gösterdiği gibi, aynı ülke veya şehirde dahi çocuklar çok farklı yaşlarda bu cinsel olgunluğa erişirler. Hareket noktası cinsel olgunluk değil, kanuni yaş sınırlarıdır.”

¹⁵² S. Sinan Kocaoğlu, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (1. Baskı, Yetkin Yayınevi 2016) 395

¹⁵³ Gerçi kanunla her olay için geçerli olmak üzere cinsel ilişkide yaş sınırı getirildiği durumda da bazı istisnai hallerde çocuğun menfaatine aykırı durumlar da oluşabilecektir. Zira mahkeme kararı ile yaşını büyüterek on beş yaşını aşan ve algılamaya yeteneği gelişmiş bir çocuğun, cinsel olgunluğa erişip erişmediği tespiti yapılmaksızın göstermiş olduğu rıza kanun hükmü uyarınca geçerli kabul edilecektir. Bkz. Ünver, (n 146) 47

¹⁵⁴ Anayasa Mahkemesinin, “reşit olmayan ile cinsel ilişki suçunu” 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun 423’üncü maddesinde yer alan “evlenmek vaadiyle kızlık bozma suçunun” alternatifi veya karşılığı olarak yorumladığı ifade edilmiştir. Bkz. Recep Doğan, ‘Anamlı Yanıt Üretilmeyen İnkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu’ (2017) 75 (1) Ankara Barosu Dergisi 123, 131. Evlenmek vaadiyle kızlık bozma suçu bize ve bazı ülkelere özgü bir suçtur. Bu yüzden evlenmek vaadiyle kızlık bozma suçunun yeni kanundaki karşılığı olarak görülen reşit olmayan ile cinsel ilişki suçunun bize ve bazı ülkelere özgü bir suç olduğunu söylemek yanlış olmaz.

kural üzerinde hatadan söz edilemeyecektir. Ancak mağdur gibi, cinsel davranışı gerçekleştiren fail de çocuksa farklı bir değerlendirme yapılabilir. Zira benzer fiilleri gerçekleştiren olgun bir birey ile on sekiz yaşın altındaki bir çocuk arasında öngörebilme yönünden farklılık bulunmaktadır.

“Reşit Olmayan ile Cinsel İlişki” suçunun yaş unsuru dikkate alındığında vatandaş yönünden de kural üzerinde hata halinin söz konusu olma ihtimali bulunmaktadır. Zira on altı yaşını tamamlamış çocuğun gerekli koşullar sağlandığında evlenmesinin Medeni Kanuna göre mümkün olmasına rağmen, evlendiği kişi ile on sekiz yaşını doldurmadan rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmesi suç olarak kabul edilmektedir.¹⁵⁵ Yine on beş yaşını tamamlamış ve Medeni Kanun uyarınca mahkeme kararıyla ergin olan çocuklar için de aynı durum söz konusudur. TCK’nın 104. maddesinin başlığında “reşit olmayan” ifadesinin yer aldığı, TMK 11. madde uyarınca evlenmenin kişileri reşit kıldığı, bu nedenle resmi olarak evli olan kişilerin bu suçun mağduru olamayacağı, aynı durumun on beş yaşını tamamlamış ve mahkeme kararı ile TMK 12. madde uyarınca reşit kılınan kişiler için de geçerli olduğu ifade edilmiş¹⁵⁶ ise de; kanun başlığının hükmün yorumlanmasında esas alınabilmesi ve tipiklik konusunda esas belirleyici olanın hükmün kendisi olması nedeniyle bizce bu görüş kabul edilemez. Bu nedenle on sekiz yaşın altında olup resmi yollarla evlenen çiftlerin ya da mahkeme kararınca ergin kılınan kişilerin bu hükmün kapsamında olmadığı yönünde açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.¹⁵⁷ Ancak böyle bir durumda TCK’nın 30/4 maddesinde düzenlenen kural üzerinde hata hükmü uygulanabilir. Zira kişi, henüz on sekiz yaşını tamamlamasına rağmen resmi olarak evli olduğu eşyle rızası dahilinde cinsel ilişkiye girmenin suç olduğunu bilmeyebilir. Bu gibi bir durumda kural üzerinde kaçınılmaz hataya düşen kişi cezalandırılmamalıdır.¹⁵⁸

1. Resmi Olmayan Evlilik İçerisinde Gerçekleşen Cinsel Nitelikteki Fiillere Karşı Rıza Göstermede Yaş Sınırı ve Bu Yaş Sınırına İlişkin Kural Üzerinde Hata

Resmi yapılan evlilikler, özel hukuk normlarına tabidir. Özel hukuk normları ile cinsel olgunluğa erişmiş kişiler yönünden evliliğe izin verildiğinden, TCK’nın 104. maddesinde yer alan düzenlemeyi ayrı tutarsak, eşler arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel davranışların suç olması ve kural üzerinde hatanın vücut bulması mümkün değildir. Her ülkenin ya da kültürün evlenmeye

¹⁵⁵ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım (9. Baskı, Savaş Yayınevi 2018) 70

¹⁵⁶ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (On Yedinci Baskı, Seçkin Yayınevi 2019) 453

¹⁵⁷ Ünver, (n 146) 46

¹⁵⁸ Ersin Şare, ‘Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası’ (2019) 21 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97, 1017-1018

izin verilmesine ilişkin farklı kurallarının ve uygulamalarının bulunduğu bir gerçektir. Asıl sorun resmi kanallardan yapılmayan, geleneklere ve dini kurallara göre gerçekleştirilen evliliklerde ortaya çıkmaktadır. Zira geçici ya da sürekli olarak başka bir ülkede ikamet etmeye başlayan bir yabancı, ikamet etmiş olduğu ülkenin belirlediği kurallardan farklı olarak, belirli yaşın altındaki çocukla cinsel ilişkiye girmesi mensubu olduğu kültür ve geleneğe göre yasak olmayabilir. İşte bu gibi durumlarda kuralı bilmeme ve dolayısıyla kural üzerinde hata hali tartışma konusu olmaktadır.

Suriye iç savaşından kaçıp ülkemize sığınan ve yasada belirtilen yaşın altında olmalarına rağmen geleneksel törenle evlenip cinsel ilişkiye giren kişiler çoğunlukla; “kuralı bilmedikleri, kaçıp geldikleri Suriye ülkesinde, on beş yaşın altındaki kişilerin evlenmesine izin verildiği” yönünde savunma yapmaktadırlar. Bu nedenle öncelikle Suriye’de evlenme yaşının kaç ve hangi usullere tabi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

07.09.1953 tarihli Suriye Arap Cumhuriyeti’ne ait Şahsi Haller Kanunu’nun 16. maddesinde; “*erkeğin on sekiz yaşını bitirince, genç kızın ise on yedi yaşını bitirince evlilik için tam uygun oldukları*” hükmü yer almaktadır. 18. maddede, “*ergen olan erkek on beşini doldurduktan, ergen kız on üç yaşını doldurduktan sonra ergen olduğunu iddia edip evlenme talebinde bulunursa, evlilik isterler ise, iddialarının geçerliliği ve vücutlarının mümkünlüğü hakim tarafından uygun görülürse hakim tarafından onaylanır.*” düzenlemesine yer verilmiş, aynı maddenin ikinci fıkrasında evlilik için ayrıca “*veli babanın veya büyükbabanın rızasının gerekli*” olduğu belirtilmiştir.¹⁵⁹ Bu hükümlerden Suriye Cumhuriyeti’nde yaşayan bir vatandaşın, cinsel olgunluğa erişmesi durumunda 13 yaşındayken evlenmesinin mümkün olduğu ancak bu işlemi mahkeme kanalı ile gerçekleştirmesi gerektiği anlaşılmaktadır. İç savaş devam ederken aynı kanunda, 07.02.2019 tarihinde değişikliğe gidilmiş, erkek ve kız için resmi evlenme yaşı on sekize, olağanüstü evlenme yaşı ise yine hakimin izin vermesi şartı ile on beşe yükseltilmiştir.¹⁶⁰

07.02.2019 tarihli değişiklik öncesinde on beş yaşın altında olup evlenen bir kimsenin Suriye yasalarına göre, mahkemeden izin alması gerekirken, kural üzerinde hata gerekçesi ile Türkiye’de buna izin verildiği şeklinde bir uygulama yapılması bize göre doğru değildir. Kaldı ki bir yabancı başka bir ülkede evlenmek istemesi durumunda o ülkenin yasalarını öğrenme

¹⁵⁹ Kaynak <www.parliament.gov.sy/arabic/> erişim tarihi 19.05.2021 (Erişim ve çeviri için Sayın Kinaz Tükenmez’e teşekkür ederim.)

¹⁶⁰ 07.02.2019 tarih ve 4 sayılı kanun ile 07.09.1953 tarihli Suriye Arap Cumhuriyeti’ne ait Şahsi Haller Kanunu’nun 16. maddesi; “bir erkek ve bir kız on sekiz yaşını bitirdiğinde tam uygunluk” 18. maddesi; “bir erkek ergen ve bir kız ergen, on beş yaşını doldurduktan sonra ergenlik çağında olduğunu iddia ederse ve evlenme talebinde bulunursa, kadı iddialarının samimiyetini ve vücutlarının olasılığı ve evlilik hakları haklarındaki bilgilerinin açıklığa kavuşması halinde bunu onaylar” şeklinde değiştirilmiştir. Kaynak <<https://www.egov.sy/law.....html>> Erişim tarihi 19.05.2021 (Erişim ve çeviri için Sayın Kinaz Tükenmez’e teşekkür ederim.)

bakımından bir sebebi oluşmuştur. Bu sebebe istinaden evliliği ilişkin özel hukuk ve ceza hukuku kurallarını öğrenmek için hiç ya da yeteri kadar çaba göstermemişse kural üzerinde kaçınılamaz hatadan söz edilemeyecektir.¹⁶¹ Suriye Arap Cumhuriyeti'nde yukarıda belirttiğimiz hükümlerin fiilen uygulanmaması ve bu hükümlerin yürürlükte olmadığına ilişkin genel bir kanaatin var olması bile kural üzerinde hatanın kaçınılamaz olduğunu göstermez.

Şüphesiz devletler kadın ile erkeğin kendi istekleri ile dini törenle ya da herhangi resmi işlem olmaksızın bir arada yaşamasına karışamaz. Ancak çocuk yaştaki bireylerin aileleri tarafından zorla evlendirilmesi hadiseleri ile sıklıkla karşılaşılması ve onun da ötesinde henüz cinsel olgunluğa erişmemiş çocukların resmi olmayan bu birlikelikler içerisinde cinsel davranışa maruz kalacak olmaları ihtimali devletin müdahalesini zorunlu kılmaktadır.¹⁶²

Bu konuyla ilgili ülkemizdeki farklı mahkemeler tarafından verilen kararlara değinmekte fayda görüyoruz. Bursa İstinaf Mahkemesi; sanık ile mağdurenin 2013 yılında Suriye Devletinde evlendiği, bu tarihten itibaren karı koca hayatı yaşamaya başladıkları, Suriye Devletinde 14 yaşında olan mağdurenin evlenmesi için Hakim onayı gerekse de, ülkedeki savaş sebebiyle yasal şartların yerine getirilemediği, sanık ile mağdurenin Türkiye Devletine evli olarak geldikleri, halen evli olup iki çocuklarının bulunduğu olayda; kanunu bilmemek mazeret sayılmasa da Suriye Devletindeki savaş sebebiyle ülkeye iltica eden sanıklardan, ilk etapta yabancı bir ülkenin örf, adet ve kanunlarını bilmelerinin ve ona uygun şekilde davranmalarını beklemenin hakkaniyete uygun olmadığına, sanığın eyleminin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düştüğüne hükmetmiştir.¹⁶³ Ankara İstinaf Mahkemesi yine benzer bir olaya ilişkin vermiş olduğu kararında; 5718 sayılı Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 7. maddesine göre, evlenmenin resmi şeklinin Türk Hukukuna göre yapılması gerektiğini, savunması dikkate alındığında sanığın Suriye ülkesi hukukunda da dosya içeriğindeki gibi evlilik yapılmasının mümkün olmadığını bildiğini, sanığın evlilik tarihinden önce 3 yıl süreyle Türkiye'de yaşadığını ve tercümana ihtiyaç duymaksızın Türkçe bildiği hususları da birlikte değerlendirildiğinde gerekli

¹⁶¹ Yukarıda "kaçınılamaz hata"ya ilişkin açıklamalara bakılabilir.

¹⁶² Konuyla ilgili olarak Hakeri'nin kitabında yer verdiği hadiseyi nakletmekte fayda görüyoruz. Yunanistan'ın Türkiye sınırı yakınlarındaki Rodop şehrine bağlı Şapçı Kasabasında 1 Ekim 2004 tarihinde Türk asıllı Yunan vatandaşı 22 yaşındaki Batı Trakyalı genç ile henüz 11 yaşında olan kız evlenir ve altı hafta sonra gencin ikamet ettiği Almanya'ya gelirler. Evliliği bildirmek için yerel idareye başvururlar ve yerel idare kızın yaşı dolayısıyla gerekli yerlere bildirim de bulunur. Evliliğin 1914 yılında Yunanistan'da çıkarılan ve velilerin onayıyla Müslüman azınlığa 9 yaşından itibaren evlilik imkanı tanıyan yasa doğrultusunda yapıldığı bildirilir. Bkz. Hakeri, (n 44) 471; Hakeri, somut olayda 15 yaşından küçük bir kimseyle rızası ile cinsel ilişkide bulunduğunu ve bu yaş altındaki kişilerin rızası geçerli olmadığından eylemin suç oluşturduğunu, ne var ki, yasaya dayanılarak yapılan bir resmi evlilik bulunduğundan, erkeğin fiilin haksızlığı konusunda hataya düştüğünü ifade etmektedir.

¹⁶³ Bursa 7 BAM CD, E. 2019/980 K. 2019/2307, 11.12.2019

dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, 15 yaşından küçükler ile cinsel ilişkiye girmenin Türk Hukukunda suç oluşturduğunu bilebilecek durumda olduğunu belirterek TCK'nın 30/4. maddesinde faydalanamayacağına oy çokluğu ile hükmetmiştir.¹⁶⁴

İstinaf Mahkemelerinin üzerinde yer alan Yargıtay vermiş olduğu bir kararında; Türkiye'ye yurt dışından gelen ve uzun sayılabilecek süre ülkede ikamet eden bir yabancıнын TCK 30/4. maddesinden faydalanamayacağına hükmetmiştir. İlgili kararda; 5237 sayılı TCK'nın "çocukların cinsel istismarı" başlıklı 103. maddesinde, on beş yaşından küçük çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranışın bu suça sebebiyet verebileceğinin düzenlendiği, ancak bu düzenlemenin Türk kanunlarına özgü olduğu, Türkiye'ye göç eden Suriye vatandaşlarının on beş yaşından küçüklerle cinsel ilişkiye girmenin suç olduğunun bilmelerinin beklenemeyeceği, mağdure ile sanığın Suriye ülkesinden göç ettikleri, sanıkların işledikleri fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düştükleri gerekçesiyle ilk derece mahkemesince haklarında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmiş ise de; mağdurun ailesinin daha önceden Suriye ülkesinde tanıdıkları sanık ile mağdurenin evlenmesine izin vermeleri üzerine aynı evde karı koca hayatı yaşamaya başladıkları, suç tarihi itibarıyla üç yıldır Türkiye'de buldukları, sanıkların işçi olarak çalışmaları, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde alınan beyanlarında Türkçe dilini anlamaları ve savunmalarını tercüman olmadan yapabildikleri, Suriye uyruklu sanıkların Türkiye'de yaşadıkları süre, yaşları, meslekleri, sosyal konumları, yeterli dil bilmeleri, Türkiye'de işçi olarak çalışmaları gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde, 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinde belirtilen düzenlemeyi tüm ayrıntıları ile bilmeleri mümkün değil ise de, on beş yaşından küçükler ile cinsel ilişkiye girmenin haksızlık içerdiği konusunda hayatın olağan akışına, mantık kurallarına göre bilgi sahibi olmaları gerektiğinden TCK'nın 30/4 maddesinde düzenlenen hata hükmünden yararlanamayacakları sonucuna ulaşılmıştır.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Ankara17 BAM CD, E. 2016/109 K. 2017/761, 19.04.2017

¹⁶⁵ Yar. 14 CD, E. 2019/2001, K. 2019/12750, 26.11.2019; ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamada, sanık; "Türkiye'de 15 yaşından küçüklerin rızası olsa bile evlenmesi ve cinsel ilişkiye girilmesinin suç olduğunu bilmiyordum" şeklinde savunma yapmış, ilk derece mahkemesi; Meclis tarafından onaylanıp yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesinin 18/3. maddesinde, 18/1-a hükmünün (18/1-a maddesinde, ulusal hukukun ilgili hükümlerine göre yasal olarak cinsel ergenlik yaşına gelmemiş olan bir çocukla cinsel faaliyette bulunmak cinsel istismar olarak kabul edilmiştir) küçükler arasında rızaya dayalı cinsel faaliyetleri düzenlemeye yönelik olmadığını belirttiği ve Türkiye'de cinsel ergenlik yaşının ve yaş alt sınırının 15 olduğunu, bu yaştakilerle rızaya dayalı olsa bile cinsel ilişkiye girmenin suç oluşturduğunu bilmelerinin beklenemeyeceği, sanıkların bu hususta kaçınılmaz hataya düştüklerini belirterek TCK 30/4. Maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. İlk derece mahkemesinin gözden kaçırdığı husus suç tarihi itibarıyla mağdur 14 yaşındayken sanık 23 yaşındadır başka bir ifade ile küçükler arası cinsel faaliyet söz konusu değildir. Dosya, kanun yararına bozma istemi ile yüksek mahkeme önüne gelmiştir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi mahkeme içtihatları ile yasa konulması ya da yasa hükmünün değiştirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle kural üzerinde hatanın konusu yasa hükümleri ile sınırlı olarak şekillenmelidir.¹⁶⁶ Kural olarak, mahkemelerin belirli şekilde karar vermesine güvenerek hareketini gerçekleştiren kişilerin bu güvenlerinin korunması gerektiği ifade edilmiş ise de¹⁶⁷; daha önceki olaylara ilişkin olarak 15 yaşının altındaki çocuk ile rızaya dayalı ilişkiye girilmesine karşın kural üzerinde hata gerekçesiyle verilen beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığına dair kararlar emsal teşkil etmeyecek, fail bu kararlara dayanarak kural üzerinde hataya düştüğünü savunamayacaktır. Zira bu kararlarda 15 yaşın altında cinsel ilişkiye girme fiili hukuka uygun kabul edilmemekte sadece belirli koşulların bulunmaması nedeniyle kusur yokluğundan ceza verilmemektedir. Ayrıca belirtmeliyiz ki ilk derece mahkemeleri ile İstinaf mahkemelerinde, bu konuda farklı kararlar çıksa da asıl belirleyici olan Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlardır. Yukarıda naklettiğimiz üzere Yargıtay, emsal teşkil edebilecek kararında, cinsel davranışa rıza gösterme geçerli yaş sınırı yönünden düşülen kural üzerinde hatayı çok sıkı şartlara bağlamıştır.

Kanaatimize göre; ne vatandaş ne de bir yabancı için cinsel davranışa karşı rıza göstermede geçerli olan yaş sınırı yönünden kural üzerinde hatanın mazeret olarak kabul edilmesi olası değildir. Zira dünya üzerinde, henüz belli yaşa ulaşmamış çocuklarla cinsel ilişki kurmayı yasaklamayan bir ülke hemen hemen bulunmamaktadır. Kaldı ki iradesi henüz gelişmemiş, çok küçük yaşta bir çocukla cinsel ilişki kurmanın doğru olmadığını akli olgunluğa ulaşmış olan herkes bilir. Çok küçük yaşta çocukları istismar eden kişiler pedofili olarak adlandırılır ve bir nevi akıl hastası olarak kabul edilir. Ayrıca çocuk istismarı suçu “tabii suçlar” arasında yer almaktadır. Bu konuda ülkeler arasında sadece yaş sınırına ilişkin farklılık görülmektedir. Bize göre bir yabancı ister geçici ister kalıcı olarak ikamet etsin başka bir ülkedeyken cinsel davranışa gösterilen rıza yönünde geçerli olan yaş sınırını öğrenmesi gerekir ve bu konuda araştırma yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Her insanın normal gelişim süreci içerisinde mutlak olarak çocukluktan ergenliğe geçtiği dikkate alındığında, çocukluk dönemindeki kişilerin iradelerinin tam anlamıyla sağlıklı olmadığı hususu hemen herkes tarafından bilinir. (Ortada pedofili gibi ya da başka bir akıl rahatsızlığı yoksa insanın doğası gereği böylesi bir sonuca ulaşmak gerekir.) Hemen hemen her insanda bulunan bu bilme hali bu alanı düzenleyen kuralı araştırma yönünden vesile unsurunu teşkil eder. Bu vesile hali de kuralı araştırma gerekliliğini doğurduğundan, gerekli

¹⁶⁶ Erman, (n 39) 145

¹⁶⁷ ibid 252

araştırma yapmadan yasal sınırın altında bir çocukla cinsel ilişki kuran kişinin kural üzerinde hata savunması yapması ve bu durumun mazeret teşkil etmesi kabul edilebilir değildir. Bu nedenle bize göre 15 yaşın altındaki bir çocuğa cinsel davranış sergileyen bir kimse yönünden ancak fiil üzerinde hata savunmasına geçerlilik tanınmalıdır.¹⁶⁸

B. AKIL HASTALIĞI BULUNAN KİŞİLERİN CİNSEL DAVRANIŞA RIZA GÖSTERMESİNİN GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN KURAL ÜZERİNDE HATA

Tam ya da kısmi akıl hastalarının, kendisine karşı sergilenen cinsel davranışa rıza göstermelerinin, geçerli kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin olarak kural üzerinde hataya düşmek söz konusu olabilmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda yer verilen cinsel özgürlüğe karşı suçlarda, mağdurun beden ve ruh sağlığı bakımından kendini savunamayacak halde bulunması nitelikli hal olarak düzenlenmiş ise de¹⁶⁹; on sekiz yaşının üstünde olup tam ve kısmi akıl hastalığı bulunanların cinsel davranışa karşı göstermiş oldukları rızanın kesin olarak geçersiz olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

Yüksek mahkeme kararlarına bakıldığında, Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeler esas alınarak akıl ve ruh hastalıkları ile akıl zayıflığı nedenlerinden dolayı akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olan 18 yaşından büyüklerin, cinsel dokunulmazlıkları ile ilgili açıkladıkları rızalarının geçerli olmadığı kabul edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim yüksek mahkeme vermiş olduğu bir kararında; üniversite mezunu olup kendi anlatımına göre yazarlık da yapan, mağdure ile uzun süreli yakın ilişkiye giren 54 yaşındaki sanığın, suçun devam ettiği dönemde karı koca hayatı yaşadığı mağduredeki rahatsızlığı fark edememesi olanaklı olmayıp, ilaç kullanması gereken ve ruhen sıkıntıları olduğunu söyleyen mağdurenin rahatsızlığını bildiğini, mağdurenin gösterdiği rızanın geçerli olmadığını ve kaçınılmaz hatadan söz edilemeyeceğini belirtilerek TCK'nın 30/3. maddesinde düzenlenen hata hükmünden faydalanamayacağına hükmetmiştir.¹⁷⁰

Tam ya da kısmi akıl hastalarının cinsel davranış yönünden kesin olarak rıza ehliyetlerinin bulunmadığı, kendi cinselliğine ilişkin irade açıklayamayacakları şeklinde bir genelleme yapmak bizce doğru değildir.¹⁷¹ Önemli olan akıl hastalığının niteliği, derecesi ve ağırlığıdır. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 133. maddesinde, “*akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı*

¹⁶⁸ On beş yaşın altında bir çocukla cinsel ilişki kuran failin, sadece mağdur çocuğun on beş yaşın altında olduğunu bilmiyordum şeklindeki yani suçun maddi unsurlarında yanlışlığına ilişkin savunmasına geçerlilik tanınmalıdır.

¹⁶⁹ TCK'nın 102/3-a maddesinde; cinsel saldırı suçunun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi durumunda cezanın yarı oranda artırılacağı hüküm altına alınmıştır.

¹⁷⁰ Yar. CGK, E. 2011/5-230, K. 2011/273, 20.12.2011

¹⁷¹ Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2017) 175

resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm dikkate alındığında on sekiz yaşını tamamlayan, sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olmayan, akıl hastası olmakla birlikte evlenmesinde tıbbi sakınca bulunmadığı için bir başkası ile evlenmesine izin verilen kişilerin, rızaları dahilinde cinsel münasebette bulunmasının mümkün olduğu ve bu türden akıl hastalığı bulunan kişilerin rızasının, böyle hallerde geçerli olduğu sonucuna varmak gerekecektir.¹⁷²

Yüksek mahkeme vermiş olduğu bazı kararlarda, cinsel özgürlüğe karşı suçlarda mağdurun akıl sağlığının yerinde olmadığına ilişkin şüphe hallerinde, mağduru adli tıp kurumuna sevk edilmesi ve adli tıp kurumundan, mağdurda akıl hastalığının bulunup bulunmadığı, varsa bu akıl hastalığının fail tarafından bilinip bilinmediği, bilinmiyor ise bu akıl hastalığının hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağına ilişkin tespit yapılması gerektiğine hükmetmektedir.¹⁷³ Mağdurda, hekim olmayanlarca anlaşılamayan akıl hastalığının bulunması hallerinde failin, fiil üzerinde hataya düştüğü kabul edilmektedir.¹⁷⁴ Ancak yüksek mahkeme tarafından verilen kararlarda, akıl rahatsızlığı olan biri ile cinsel ilişkiye girmenin yasak olup olmadığına, failin de bu konuda yasada yer alan yasak hükmünü bilip bilmediğine ilişkin bir değerlendirme yapılmamaktadır. Yüksek mahkemece, akıl sağlığı yerinde olmayan bir kişiyle cinsel ilişkiye girmenin kanunen yasak olduğunu herkes tarafından bilindiğinin ve bu gibi durumlarda sadece fiil üzerinde hatanın söz konusu olabileceğinin kabul edildiğini söylemek mümkündür.

Türk Ceza Kanununda açık bir hüküm yer almasa ve yüksek mahkemece bu konuda Medeni Kanun hükümleri uyarınca bir çözüme gidilse de maddi ve manevi direncini ortadan kaldıracak düzeyde akıl hastalığı bulunan bir kişiye karşı cinsel davranış sergilemenin yasak olduğunu bilmiyordum şeklindeki bir savunma bizce geçerli kabul edilmemeli, kural üzerinde hata bu gibi durumlarda söz konusu olmamalıdır. Cebirle işlenen her fiilde maddi hukuka aykırılık yani haksızlık bilinci söz konusudur.¹⁷⁵ Nitekim irade yeteneğinden yoksun, maddi ve manevi direncini

¹⁷² “Eşlerden birinin evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunması hallerinde evlenme mutlak butlan ile batıldır. Mevcut akıl hastalığının evlenme bağlamında herhangi bir sakınca doğurmayacağı resmi sağlık kurulu raporuyla belgelendiği takdirde, bu hastalığa yakalanmış olan bir kişinin evlenmesine engel olunamayacaktır. Burada sözü edilen akıl hastalığı ayırt etme gücünü sürekli ortadan kaldırmayan akıl hastalığıdır.” Bkz. Yar. HGK, E. 2017/2-2672, K. 2018/1717, 15.11.2018; yüksek mahkeme aynı kararında sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun akıl hastalarına evlenme yaşınının getirilmesinin, Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmeye aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir.

¹⁷³ Bu yöndeki karar için bkz. Yar. CGK, E. 2016/14-755, K. 2016/454, 29.11.2016

¹⁷⁴ Bu yöndeki karar için bkz. Yar. 14 CD, E. 2018/572, K. 2018/3391, 07.05.2018

¹⁷⁵ Bu nedenle eşe karşı cebir ile gerçekleştirilen cinsel saldırı suçu yönünden kural üzerinde hata söz konusu olmaz. (bkz. TCK 102/2-2 cümle, bu fiilin eşen karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır.) 765 sayılı TCK döneminde böyle bir düzenleme yoktu ve eşe karşı cebir kullanılarak gerçekleştirilen cinsel davranışların suç oluşturmayacağı düşüncesi hakimdi. Bkz. Dönmezer, (n 140) 59. Nitekim İsviçre Ceza Kanunu’nun 187 ve devamı maddelerinde yer alan ilgili hükümler kaldırılmadan önce bu ülkede cinsel

ortadan kaldıracak düzeyde akıl hastalığı bulunan kişiye karşı sergilenen cinsel davranışlarda “mefruz cebir” hali vardır. Bize göre akıl hastalığı bulunan kişiye karşı gerçekleştirilen cinsel davranış yönünden, akıl hastalığının derecesine göre, yalnızca fiil üzerinde hata savunmasına geçerlilik tanınmalıdır.

Hukuka aykırılık ile ahlaka aykırılığın farklı kavramlar olduğunu ayrıca belirtmek isteriz. Çoğu hukuka aykırı nitelikteki davranış aynı zamanda ahlaka aykırıyken, fiilin ahlaka aykırı olması hukuka da aykırı olduğu sonucunu doğurmayacaktır.¹⁷⁶ Bu nedendir ki eylemini salt ahlaka aykırı gören, fakat buna herhangi bir hukuk normunun uygulanmayacağını düşünen kişide haksızlık bilincinin varlığından söz edilmeyeceği, nitekim akıl hastası ile rızaya dayanan cinsel ilişkiye giren ve bu davranışının da ahlaka aykırı olduğunu bilmekle birlikte hukuk tarafından yasaklanmış olduğunu bilmeyen kişide haksızlık bilincinin bulunmadığı ifade edilmiştir.¹⁷⁷ Nitekim iki tarım işçisinin, akıl hastası ve kısırlaştırılmış bir kadınla, rızası dahilinde birçok defa ilişkiye girmesi olayında Alman Yüksek Mahkemesinin, failer yönünden yasağa ilişkin önlenemez bir yanılmanın var olduğuna hükmettiği nakledilmektedir.¹⁷⁸ Yukarıda belirttiğimiz gibi akıl hastalığı bulunan kişiye karşı sergilenen cinsel davranış eylemi yönünden kural üzerinde hata halinin Türk Hukukundaki düzenlemeler esas alındığında hiçbir zaman oluşmayacağı düşüncesindeyiz.

C. EŞCİNSEL İLİŞKİ YÖNÜNDEN KURAL ÜZERİNDE HATA

Cinsel özgürlüğe karşı suçlar, farklı cinsten bir kişiye karşı gerçekleştirilebileceği gibi aynı cinsten olan kişiye karşı da gerçekleştirilebilir.¹⁷⁹ Bunun yanı sıra Türk Ceza Kanunu’nda eşcinsel ilişki suç olarak düzenlenmemiştir. Başka bir ifade ile rıza gösterme ehliyetine sahip aynı cinsten

saldırı suçunun eşler arasında işlenmeyeceği kabul ediliyordu. Yine eski tarihli bir makalede belirtildiği gibi bir erkeğin karısına karşı cinsel saldırı suçunu işleyemeyeceği kabul edilmekteydi. Bkz. Edwin R. Keedy, ‘Ignorance and Mistake in the Criminal Law’ (1908) 22 (2) Harvard Law Review 75, 92-93. Günümüz ceza hukukunda bu anlayış değişmiş ve birçok ülke ceza kanununda eşe karşı cinsel saldırı fiilleri suç olarak kabul edilmiştir. Eşe karşı cinsel saldırı suçunu gerçekleştiren bir kişinin ülkesinde bu fiili suç olarak kabul edilmemiş olsa bile kural üzerinde hatadan söz edilemez. Zira cebir kullanıldığı ve rızanın olmadığı her cinsel davranışta maddi hukuka aykırılık durumu söz konusu olacaktır.

¹⁷⁶ Ahlaka aykırı olmadığı halde suç haline getirilen eylemler de bulunmaktadır. Anglo-Sakson hukukuna göre, fiil, ahlaka aykırı olmamasına rağmen suç olarak düzenlenmişse bu gibi hallerde de kanunu bilmemenin mazeret olarak kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Williams, (n 25) 288

¹⁷⁷ Erman, (n 39) 135

¹⁷⁸ Roxin, (n 94) 269; “BGH, yasağa ilişkin önlenemez bir yanılmanın kabul edilmesini, *faillerin, isnat kabiliyetini tamamıyla haiz olmalarına rağmen ‘ruhi ve ahlaki açıdan az gelişmiş olduklarına’ dayandırmıştır.*” Bunun yanında aynı yazar; failerin, hukuken düzenlenmemiş bir özel hayat alanında hareket ettiklerinden yola çıkmışlarsa ve kadının göstermiş olduğu rızadan dolayı zarar verdiklerine dair bir bilince de sahip olmamışlarsa, davranışlarının muhtemelen hukuka aykırılığına ilişkin düşünce sarf etmek için yeterli bir sebebin bulunmadığını, “ahlaka aykırılık” bilincinin, adli suç cezasının temelini oluşturmayacak nitelikte belirsiz bir unsur olduğunu ifade etmiştir.

¹⁷⁹ Kocaoğlu, (n 151) 105

kişilerin birbirlerine karşı sergilemiş oldukları cinsel davranışlar suç olarak kabul edilmemektedir. Taraflardan birinin 15-18 yaş aralığında olması da bu durumu değiştirmez. 15-18 yaş aralığında olan ve eşcinsel ilişkide bulunan çocukta, ilişkide bulunduğu sırada, hile, cebir, tehdit, hata, algılama yeteneğinin bulunmaması ya da zayıf olması gibi iradesini sakatlayacak bir durum mevcut değilse göstermiş olduğu rıza geçerlidir.¹⁸⁰

Bununla birlikte, sınırlı koşullarda ve sadece asker kişilere uygulanan Askeri Ceza Kanunu'nun¹⁸¹ 153/2. maddesinde eşcinsel ilişkiyi suç olarak kabul eden bir düzenlemeye yer verildiğini belirtmek isteriz.¹⁸²

Gayri tabii mukarenette bulunmak suçu olarak adlandırılan ASCK 153/2. maddesine göre; *bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rıza ile yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınmasına karar verilir.*

Gayri tabii mukarenette bulunmak suçunun oluşumu için mutlaka cinsel birleşmenin olmasının gerekmediği, cinsel tatmin amacıyla doğal olmayan her türlü cinsel yakınlaşma ve temas halinin yeterli olacağı ifade edilmiştir.¹⁸³ İlgili hükümde gayri tabii mukarenette bulunan kişi hakkında hapis cezası ya da adli para cezası verileceği öngörülmemiş ise de, “silahlı kuvvetlerden çıkarılma” yaptırımı bize göre meslekten men biçiminde bir güvenlik tedbiridir. Bu nedenle asker kişiler arasında eşcinsel ilişkinin suç olarak düzenlendiğinin kabul etmemiz gerekir.¹⁸⁴ Askeri

¹⁸⁰ 5237 sayılı TCK'da düzenlenen “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” a bir bütün olarak bakıldığında ilgilinin rızasının suçun oluşumunu engelleyen negatif bir maddi unsur olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz. Kaldı ki cinsel suçlarda ilgilinin göstermiş olduğu “rıza” bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse, para karşılığı cinsel ilişkiye girmek, zina yapmak ya da eşcinsel ilişkide bulunmak suç teşkil edebilecektir. Zira burada, cinsel davranışa maruz kalan kişinin göstermiş olduğu rızanın, bir hukuka uygunluk nedeni olduğunun kabulü halinde, toplumun genelinde hüküm süren ahlaka ve adaba aykırı olduğu gerekçesiyle hukuka aykırı olduğu değerlendirilmesi yapılabilecektir. Bkz. Şare, (n 157) 992-993 Tüm bu nedenlerle 15-18 yaşındaki bir çocuğun eşcinsel davranışa göstermiş olduğu rıza, bir hukuka uygunluk nedeni değil, suçun oluşumunu engelleyen negatif bir maddi unsurdur. Cinsel davranışa karşı gösterilen rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğuna ilişkin görüş için bkz. Yokuş Sevük, (n 143) 120, 156

¹⁸¹ Askeri Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 1632, Kabul Tarihi: 22.05.1930, RG. 15.06.1930, S. 1520

¹⁸² Mukarenet sözcüğü, bitişiklik, yaklaşma, kavuşma, bitişme anlamlarına gelmektedir. Bkz. Ferit Develioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat (26. Baskı, Aydın Kitabevi 2010) 790. “Gayri tabii mukarenette bulunmak” ifadesini de “doğal olmayan bir şekilde yakınlaşma” ya da “doğal olmayan bir şekilde birleşme” olarak anlamak mümkündür.

¹⁸³ Bkz. Askeri Yargıtay, E. 2010/322, K. 2010/308, 03.02.2010; aynı kararda ayrıca suçun oluşumu için cinsi münasebette bulunmanın şart olmadığı, cinsi hissi tahrik ve tatmin maksadıyla, erkekler veya kadınlar arasında veya insanlar tarafından hayvanlara karşı yapılan cinsi ilişkilerle bu maksatla tabiata aykırı yapılan sair temaslar ve her türlü fiillerle bu suçun işlenebileceği, As. Yrg. 5. D. nin 24.08.1998/583-567 sayılı kararında belirtildiği gibi; iki askerin karşılıklı olarak birbirlerinin penislerini tutmaları, okşamaları ve boşalmaları gibi eylemlerin bu suçun oluşturacağı hüküm altına alınmıştır.

¹⁸⁴ Gayri tabii mukarenette bulunmak suçu 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun 20/1-ğ maddesinde disiplinsizlik hali olarak düzenlenmiştir. Askeri Yargıtay'ın 04.03.2015 tarih ve 2015/0165 Esas 2015/0159 Karar sayılı ilamında; 6413 sayılı yasanın 20/1-ğ maddesi ile getirilen düzenlemenin ASCK'nın 153/2.

Yargıtay'ın bir kararında belirttiği üzere bu gibi bir durumda suç teşkil eden husus, asker kişinin eşcinsel kimliğe sahip olması değil; cinsel tercihini askeri disiplini bozacak tarzda alenen sergilemesidir.¹⁸⁵

Aynı cinsten asker kişilerin birbirine karşı sergilemiş oldukları cinsel davranışlar suç olarak kabul edilmiş¹⁸⁶ ise de; askerlik vazifesini yapmak için askeri personel statüsüne giren kişi, eşcinsel olduğunu sırf açıklaması nedeniyle cezalandırılmaz. Bununla birlikte askere alınan kişi eşcinsel olduğunu açıkladığında; askerliğe elverişli olup olmadığının değerlendirilmesi için ilgili sağlık kurumlarına sevk edilmekte, askerliğe elverişsiz olduğunun sağlık kurulu raporu ile tespit edildiği durumda askerlik süresi henüz dolmamış olmasına rağmen erkenden terhis edilmektedir.¹⁸⁷

Asker bir kişinin, “eşcinsel ilişkinin suç olduğunu bilmiyordum” savunmasında bulunması, başka bir ifade ile kural üzerinde hata halinin oluşması, uygulama dikkate alındığında pek mümkün görünmemektedir. Zira askeri birliğe katıldıktan hemen sonra ilgili personele disiplin mevzuatı dahil, askeri düzene ait emir ve yasaklar yazılı olarak tebliğ edilmekte ve personelin de emir ile yasakları öğrendiğine dair imzası alınmaktadır. Askeri personelin kısa süre içerisinde kendisine tebliğ edilen emir ve yasakların hepsini öğrenmesi pek olası gözükmesine de, imzaladığı belge

maddesinde düzenlenen suçun zımnen yürürlükten kaldırdığı, bu nedenle fiili suç kabul edip mahkumiyet kararı veren mahkemenin kararının bozulması gerektiği oy çokluğu ile kabul edilmiştir. Karşı oy kullanan daire başkanının da muhalefet şerhinde belirttiği üzere; adli soruşturma ve kovuşturma yapılması ile disiplin soruşturması ve tahkikat yapılması farklı usullere tabidir. Aynı fiille ilgili eş zamanlı olarak hem adli soruşturma ve kovuşturma yapılabilir hem de disiplin soruşturması ve tahkikatı yapılabilecektir. Bu nedenle disiplin kanununda 6413 sayılı yasanın 20/1-ğ maddesi ile getirilen düzenlemenin ASCK 153/2. Maddesinde düzenlenen ve suç olarak nitelendiren hükmü ortadan kaldırdığı söylenemez.

¹⁸⁵ Bkz. Askeri Yargıtay, E. 2007/2021, K. 2007/2010, 14.11.2007; “07.12.2004 tarihinde birliğine katılan sanığın aynı gün birlik komutanına çıkararak eşcinsel olduğunu açıklaması ve gerek konuşmaları, gerekse hal, hareket ve davranışlarından normal bir ruh halinde olmadığı anlaşılan sanığın, görevli üsteğmen tarafından derhal revire gönderilerek tecrit etme gayret ve çabasında bulunulması ve akabinde sanığın Eskişehir Hava Hastanesine sevk edilmesi, Hava Hastanesinde Psikiyatri Uzmanı tarafından muayene edilen sanığın durumu ciddi bulunarak ileri tetkik için GATA'ya sevk edilmesi, sevk edileceği güne kadar yine revirde gözetim altında tutulan sanığın, cinsel tercihini dışa vurmada sergilediği bu ruh hali ve davranışları itibarıyla yarattığı durumun ve ortamın, birlik içinde ve komuta nezdinde, “askeri disiplini bozacak tarzda aleni olduğunda” herhangi bir kuşku bulunmamaktadır.”

¹⁸⁶ Bkz. Askeri Yargıtay, E. 2016/175, K. 2016/199, 29.03.2016; “sanıklardan birinin aktif, diğerinin ise pasif olacak şekilde cinsel ilişkiye girdiklerinin sübut bulduğu, olayın yeterince aydınlandığı, oluşturma ve dosya içeriğine göre sanığın eyleminin ASCK'nın 153/2'nci maddesinde yer alan gayri tabii mukarenette bulunmak suçunu oluşturduğu,”

¹⁸⁷ Bkz. Askeri Yargıtay, E. 2005/115, K. 2005/106, 25.01.2005; “TSK Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin 17'nci maddesinin B fıkrasının 3'üncü bendinde, seksüel davranış bozuklukları askerlik ortamında bilinerek sakıncalara yol açan ve bu durumu kıt'a anketi veya resmi belgelerle saptanan kişilerin madde kapsamında ve dolayısıyla askerliğe elverişsiz olduklarının düzenlenmiş olması da dikkate alınarak; eşcinsel olduğunu açıkça ifade eden, arkadaşlarıyla ilişkiye giren ve ilişki halinde fotoğraf çekirtmekten çekinmeyen sanığın neden bu madde kapsamında değerlendirilmediğinin ve dolayısıyla askerliğe elverişli olduğunun kabul edildiğinin açıkça tartışılıp ortaya konmaması eksiklik teşkil ettiğinden,”

karşısında “bu yasağı bilmiyordum” şeklindeki savunmasını ispatlaması hemen hemen imkansızdır.

Eşcinselliğin ve eşcinsel ilişkinin yasak olmadığı bir ülke vatandaşının, bu eylemi suç olarak düzenleyen bir ülkede¹⁸⁸ turist olarak bulunduğu sırada gerçekleştirmiş olması durumunda, kural üzerinde hatasının kaçınılmaz olduğu ve bu gibi bir halde kusurunun ortadan kalkacağını ifade etmek gerekir.¹⁸⁹

SONUÇ

Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin, kanunu koyucu iradenin, otoritesini sağlamak maksadıyla kabul edildiğini söylemek yanlış olmaz. İktisadi ve teknoloji alanındaki gelişmeler, yeni suçların doğmasına yol açmış ve öldürme, cinsel saldırı ve hırsızlık gibi “tabii suçlar”ın yanı sıra “yapay suçlar” kategorisi oluşmuştur. Bundan yüz yıl önce “bilşim suçu” gibi bir kavram bulunmazken, internetin yaygın kullanımı ile beraber “siber suçlar” adı altında bir suç grubu oluşmuştur. Mevzuattaki bu çeşitlenme ile beraber “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin katı şekilde uygulanması adaletsiz sonuçlar doğurmaya başlamıştır. Bu yüzden belirli koşullar altında kanunu bilmemenin mazeret olarak kabul edilmesi gerektiği anlayışı zaman içerisinde uygulamada ve öğretide hakim olmaya başlamıştır.

Her iki ceza kanununun yürürlükte olduğu dönemde “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesine kanunda ayrı bir hüküm olarak yer verilmiştir. 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde bu ilkenin istisnasını teşkil edecek bir hüküm yer almasa da uygulamada bu ilkenin katı şekilde uygulanmasını sınırlandıran kararlara rastlanmıştır. Yüksek mahkeme vermiş olduğu bazı kararlarında kastın varlığı için hukuka aykırılık bilinci ile hareket edilmesi gerektiğini vurgulamış, hukuka aykırılık bilinci bulunmadığı durumlarda kastın da olmadığına hükmederek dolaylı bir şekilde kuralı bilmemeyi mazeret saymıştır. Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesine mahzurlarını gidermek üzere 5237 sayılı TCK’da 30/4. maddesine yer verilmiş ve bu hükümle birlikte suçun oluşumu için fiilin haksız olması ve failin de haksızlık bilinci ile hareket etmesi gerektiği anlayışı kanuna girmiştir.

¹⁸⁸ İslam Ceza Hukuku’nun geçerli olduğu bir ülkede, eşcinsel ilişkinin serbest olduğu hususunda düşülen kural üzerinde hatanın mazeret sebebi olarak kabul edilebileceğini ifade etmek gerekir. Nitekim İslam Hukuku’nun uygulandığı bir ülkede yaşayanların had ve kısas suçlarının yasak olduğunu bilmediklerine dair mazeretlerinin kabul edilemez olduğu, kural üzerinde hatanın daha çok tazir suçlarında dikkate alındığı ifade edilmiştir. Bkz. Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 159. Erkekler arasındaki eşcinsel ilişki anlamına gelen ‘livata’ ile kadınlar arasında eşcinsel ilişki anlamına gelen ‘sihak’ tazir suçları kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 624-626. Ayrıca İslam’ın Kutsal Kitabında eşcinsel ilişkiyi yasaklayıcı ayetler bulunsa da, eşcinsel kişilerin ve ilişki kuranların ölüm cezası ile cezalandırılması gerektiği yönünde bir emir bulunmamaktadır.

¹⁸⁹ Donay, (n 51) 49

Kimi yazarlar haksızlık bilincini kastın bir şartı olarak görürken kimi yazarlar ise kastın dışında ve kusurun bir unsuru olarak görmektedirler. Zaten bu farklı kabul, kast teorisi ve kusur teorisi şeklinde bir ayrıma gidilmesinde başlıca sebep olmuştur. Kusur teorisi taraftarları, haksızlık bilinci olmadan da bir fiilin kasten işlenebileceğini, haksızlık bilincinin bulunmamasının kastı değil, kusuru yani kınanabilirliği ortadan kaldırdığını ifade etmektedirler. Kast teorisini savunan yazarlar ise kastın varlığı için fiilin antisosyal niteliğinin, haksızlığının bilinmesi gerektiğini, TCK'nın 30/4 maddesinde yer verilen düzenlemenin aslında bu amaca hizmet ettiğini ifade etmektedirler.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere haksızlık bilinci ile maddi hukuka aykırılık bilinci aynı anlamı ifade etmektedir. Suçun varlığı için fiilin haksız olması, failin de haksızlık bilinci ile hareket etmiş olmasının aranması, esasen şekli hukuka aykırılıktan, maddi hukuka aykırılığa doğru geçiş anlamına gelmektedir. Şekli hukuka aykırılık değerlendirmesi, bazı fiillerin suç olarak kabul edilip kanuna yerleştirilmesi ile bizzat kanun koyucu tarafından yapılırken; maddi hukuka aykırılık değerlendirmesi bizzat hakim tarafından yapılmaktadır. Ayrıca maddi hukuk aykırılığın tespitinde hangi kriterlerin kullanılması gerektiğine ilişkin tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Her ne kadar TCK 30/4. maddesinde yer verilen “haksızlık” kavramını, “maddi hukuka aykırılık” kavramı karşılarsa da maddi hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmeyen ancak kanunu bilen bir kişinin TCK 30/4 maddesinden faydalanmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Gelişen teknoloji, iktisadi düzen ve bu gelişme ile artan yapay suçların sayısı gelecekte ne getirir bilinmez ama bize göre “kanunilik ilkesi”nin geçerli olduğu bir ceza hukuku sisteminde, suçun varlığı ya da yokluğunun tespitinde maddi hukuka aykırılıktan çok şekli hukuka aykırılığa üstünlük tanınmalıdır.

“Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin katı şekilde uygulanması adaletsiz sonuçlar doğuracağından kuralı bilmemenin ve kural üzerinde hatanın mazeret olarak kabul edilebileceği ancak bununda sıkı koşullara bağlanması gerektiği düşüncesindeyiz. Konumuz bağlamında irdelenmesi gerekir; “cinsel ilişkiye girme yönünden izin verilen yaş sınırını bilmiyordum” şeklinde bir savunma bizce mazeret olarak kabul edilmemelidir. Zira uluslararası sözleşmelerde on sekiz yaşın altındaki kişilere çocuk denmektedir. İletişim çağında olduğumuz bir dönemde çocuktan ne anlaşılması gerektiği konusunda bizce tereddüt bulunmamaktadır. Şüphesiz belli koşullarda ve sınırlı olarak on sekiz yaşın altındaki bir çocuğun cinsel davranışa karşı rıza göstermeye ehliyeti vardır. Ancak bu durum ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir. Yabancı bir ülkeye geçici ya da sürekli ikamet için gelip on sekiz yaşın altındaki bir çocukla cinsel

münasebet kurma amacıyla olan bir kişi yönünden bize göre o ülkenin kanunlarını öğrenme yükümlüğü ve gerekliliği oluşmuştur. Bu yükümlülük ve gerekliliğe riayet etmeden, herhangi bir araştırma yapmadan on sekiz yaşın altında bir çocuğa karşı cinsel davranışta bulunan kişinin “kuralı bilmiyordum” savunması mazeret olarak kabul edilemez. Bulunduğu ülkenin dilini bilmemek mutlak bir imkansızlık değildir ve tereddüt ile şüphe hallerinde kişi kuralı araştırıp öğrenmekle yükümlüdür. Hatta yabancı ülkede evlenenler için bu öğrenme yükümlülüğü daha ileri seviyededir. Zira evlenmek isteyenler, o ülkenin kanunlarına göre hangi şartlarda bunu gerçekleştirebileceğini öğrenmek durumundadırlar. Çok küçük yaşta evlenip cinsel ilişkiye giren kişilerin, “bizim geleneğimizde ve kültürümüzde böyle” şeklindeki savunmalarına itibar edilmemelidir. Kaldı ki bizim gibi Müslümanların çoğunlukta yaşadığı ülkelerde ve diğer ülkelerde cinsel davranışa geçerli bir şekilde rıza gösterme yaşı 14 ile 16 arasında değişmektedir. Bu yüzden küçük yaştaki evlilikleri bir kültüre dayandırmak ya da dinin gereği gibi yansıtmak sadece o kültürü ve dini kötü tanıtmaktan başka bir işlev görmez. Cinsel suçlarda kural üzerinde hatanın çok istisnai durumlarda uygulanması mümkün olmalıdır. Yine kırsal kesimde on beş yaşın altındaki gayri resmi evliliklere sıklıkla karşılaşılmaması, on beş yaş altı rıza ile cinsel ilişkiye girme fiilinin haksızlık içermediği şeklinde yorumlanmamalıdır. Ceza hukukunun düzenini sağlamadaki işlevinin yanı sıra diğer bir önemli işlevi de toplumu dönüştürmektedir. Kanun koyucunun iradesine göre bu dönüştürme iyi ya da kötü yönde yani göreceli olabilecek ise de; dünyadaki hemen hemen herkesin kabulünde olduğu üzere ergenliğe girmemiş, belli yaşın altındaki çocukların cinsel davranışa maruz kalmasını mazur görmek doğru değildir. Aksini savunmak insanın doğasına aykırıdır.

KAYNAKÇA

Alacakaptan U, Suçun Unsurları (1. Baskı, Sevinç Matbaası 1975)

Apaydın C, Ceza Hukukunda Kusurluluk (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018)

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler (11. Baskı, Adalet Yayınevi 2017)

Avcı M, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2018)

Avcı M, Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2018)

Bengü CH, Ceza Hukukunda Hata (1. Baskı, Sakarya Basımevi 1948)

Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş (7. Bası, Beta Yayınevi 2011)

Değirmenci O, ‘Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma’ (2014) 26 (110) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 130-188

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler (8. Baskı, Seçkin Yayınevi 2012)

- Demirel H, ‘Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata’ (1955) 12 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 100-110.
- Develioğlu F, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat (26. Baskı, Aydın Kitabevi 2010)
- Doğan R, ‘Anlamlı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu’ (2017) 75 (1) Ankara Barosu Dergisi, 123-149
- Donay S, Türk Ceza Kanunu Şerhi (1. Baskı, Beta Yayınevi 2007)
- Dönmezer S, Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler (5. Bası, Filiz Kitabevi 1983)
- Dönmezer S ve Erman S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I (14. Bası, Der Yayınları 2016)
- Dönmezer S ve Erman S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II (14. Bası, Der Yayınları 2019)
- Erbaş R, ‘Haksızlık Hatasının Kaçınabilir Olduğunu Gösteren Ölçütlerin Kanunda Öngörülmesi: Avusturya Ceza Kanunu Örneği’ (2019) 12 (40) Ceza Hukuku Dergisi, 379-401
- Erem E, ‘Türk Ceza Kanunu Hükümlerine Göre Hukuki ve Fiili Hata’ (1947) 38 (1) Adalet Dergisi, 9-28
- Erem E, Danışman A ve Artuk ME, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Seçkin Yayınevi 1997)
- Erman RB, ‘Yanılganın Ceza Sorumluluğuna Etkisi’ (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2006)
- Erman S, ‘Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma’ (1946) 12 (2-3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 509-536.
- Ersoy Y, ‘Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı’ (1967) 22 (4) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 249-259.
- Gündüz N, ‘Türk Ceza Hukukunda Hukuki Hata’ (2015) II Nevzat Toroslu’ya Armağan, 489-543.
- Güngör D, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata (1. Baskı, Yetkin Yayınevi 2007)
- Güngör D, ‘Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata’ (2007) 19 (68) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 135-160
- Hafizoğulları Z, ‘Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları’ (1977) I Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 193-211.
- Hafizoğulları Z ve Özen M, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, US-A Yayıncılık 2017)
- Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2016)
- Heinrich B, Ceza Hukuku Genel Kısım II Editör Yener Ünver Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı,

- Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Gülsün A. Aygörmez Uğurlubay, Erdal Yerdelen, Serkan Meraklı, Atacan Bozyel, Emine Kabak Yüce, Merve Selin Şohoğlu, İlhan Bulut (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2015)
- İçel K, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Yenilenmiş Bası, Beta Yayınevi 2016)
- Jescheck H-H, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çeviren: Feridun Yenisey (1. Baskı, Beta Yayınevi 2007)
- Jescheck H-H, 'Türk Ceza Kanunu'nun Ön Tasarısında Yer Alan Kusur İlkesinin Mukayeseli Hukuk Açısından İncelenmesi' (1991-1994) LIV (1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 15-31.
- Katoğlu T, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2003)
- Keedy E R, 'Ignorance and Mistake in the Criminal Law' (1908) 22 (2) Harvard Law Review, 75-96.
- Kocaoğlu SS, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (1. Baskı, Yetkin Yayınevi 2016)
- Kunter N, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, (1. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1949)
- Memiş Kartal P, Çocukların Cinsel İstismarı (1. Baskı, Der Yayınları 2014)
- Memiş Kartal P, 'Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK. m. 104)' (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2083-2100
- Meraklı S, Ceza Hukukunda Kusur (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2020)
- Ozansü MC, 'Yeni Türk Ceza Çerçevesinde Hata Kavramı' (2006) Suç Politikası Prof. Dr. H. C. Mult. Claus Roxin'e Armağan, 385-402.
- Önder A, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III (2. Bası, Beta Yayınevi 1992)
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019)
- Özer VÖ, Doğan K, Bacaksız P ve Tepe İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018)
- Özek Ç, 'Ceza Normunun Varlığında Hata' (2003) III Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, 817-830.
- Özen M, 'Ceza Hukukunda Kanunu Bilmemek ve Hata' (2008) I Uğur Alacakaptan'a Armağan, 589-598.
- Öztürk B ve Erdem MR, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2013)

- Pisapia G D, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım Çeviren: Atıf Akgüç (1. Baskı, Yarı Açık Cezaevi Matbaası 1971)
- Roxin C, ‘Yasağa İlişkin Yanılma’ Çeviren: Osman İsfen (2006) Suç Politikası Prof. Dr. H. C. Mult. Claus Roxin’e Armağan, 243-276.
- Sezgin S, ‘Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata’ (1951) 42 (5) Adalet Dergisi, 725-738
- Soyaslan D, Ceza Hukuku Genel Hükümler (7. Baskı, Yetkin Yayınevi 2016)
- Soyer Güleç S, ‘Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (M. 30/4)’ (2008) 10 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 59-91
- Sözüer A, ‘Hukuki Hata’ (1995) 21 (1-2) Yargıtay Dergisi, 466-490
- Şare E, ‘Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası’ (2019) 21 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 977-1023.
- Taner FG, Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2017)
- Taner T, Ceza Hukuku Umumi Kısım (3. Basım, İsmail Akgün Matbaası 1953)
- Tezcan D, Erdem MR ve Önok RM, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (17. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019)
- Tezcan D, Erdem MR ve Önok M, Uluslararası Ceza Hukuku (3. Baskı, Seçkin Yayınevi 2015)
- Tongür AR ve Çetintürk E, Ceza Hukuku Genel Hükümler (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2020)
- Toroslu N, Ceza Hukuku Genel Kısım (18. Baskı, Savaş Yayınevi 2012)
- Toroslu N, Ceza Hukuku Özel Kısım (9. Baskı, Savaş Yayınevi 2018)
- Toroslu N, Nasıl Bir Ceza Kanunu (1. Baskı, V Yayınları 1987)
- Ünver Y, ‘Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi’ Editör: Yener Ünver (1. Baskı) Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku (Seçkin Yayınevi, 2013)
- Williams G, Criminal Law The General Part (2nd ed, GAUNT INC 1998)
- Yenisey F ve Plagemann G, Alman Ceza Kanunu (1. Baskı, Beta Yayınevi 2009)
- Yokuş Sevük H, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)
- Yüce TT, Ceza Hukukunun Temel Kavramları (1. Baskı, Turhan Kitabevi 1985)
- Zafer H, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75 (4. Bası, Beta Yayınevi 2015)