

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZLIK HATASI (TCK m. 30/4) (TEORİDE VE GÜNCEL YARGITAY UYGULAMASINDA)

*Mistake of Unjustness in Turkish Criminal Law (Turkish Criminal Code Art. 30/4)
(In the Light of Theory and Current Decisions of the Turkish Court of Cassation)*

Dr. Hakan A. YAVUZ*

Geliş Tarihi: 27.01.2021

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

Bu çalışmada, Türk Ceza Kanununa hâkim olan kusur teorisinin önemli bir yansıması olarak kabul edilen haksızlık hatasına ilişkin temel hususlar ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. Suçun yapısal unsurlarından bağımsız olarak bir değerlendirmeye tabi tutulan kusurluluk kapsamında ele alınan haksızlık hatası, klasik ceza hukuku doktrininin terk edildiğinin önemli bir göstergesi olarak kabul edilmektedir. Haksızlık hatası, bu bağlamda hem teori hem de uygulamaya yansımaları bakımından incelemeye tabi tutulmaktadır. Haksızlık hatası, Türk Ceza Kanununun 30. maddesi kapsamında hata hükümleri bağlamında düzenlenmiştir. Düzenlemeyle, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağı öngörülmüştür. Bu düzenleme karşısında, kanunun bağlayıcılığı başlıklı Türk Ceza Kanununun 4. maddesindeki “*ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağı*” hükmünün bir anlamı ve esasen geçerliliği kalmamıştır. Yargıtay’ın güncel uygulamasında meselenin henüz bir vuzuha kavuşmadığı ve kararlarda halen büyük ölçüde kast teorisinin izlerinin görüldüğü tespit edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Haksızlık Hatası, Hukuki Hata, Yanılgı, Kusur Teorisi, Kaçınılabilirlik*

ABSTRACT

In this study, the basic issues of the mistake of unjustness, which is accepted as an important reflection of the culpability theory that dominates the Turkish Penal Code, are discussed in detail. The mistake of unjustness, which is considered within the scope of the mistake, which is evaluated independently from the structural elements of the crime, is accepted as an important indicator of the abandonment of the classical criminal law doctrine. In this context, the mistake of unjustness is examined in terms of its reflections on both theory and practice. The mistake of unjustness is regulated within the scope of article 30 of the Turkish Criminal Code within the context of error provisions. With the regulation, it has been stipulated that the person who makes an inevitable mistake regarding the act he committed constitutes an unjustness cannot be punished. In the face of this regulation, the provision in article 4 of the Turkish Penal Code titled bindingness of the law “*ignorance of the law does not excuse*” has no meaning and essentially validity. In the current practice of Yargıtay (the Turkish Court of Cassation), it is determined that the issue has not yet reached the clarity and that the traces of the criminal intent theory are still seen in the decisions.

Keywords: *Mistake of Unjustness, Mistake of Law, Error, Culpability Theory, Evitable*

ANLATIM PLANI: Giriş – **I.** Genel Olarak Türk Ceza Hukukunda Hata – **II.** Kanunu/Ceza Kanunlarını Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı ve Hata - **III.** Bir Hata Formu Olarak Haksızlık Hatası – **IV.** Unsur Hatası ve Haksızlık Hatası Arasındaki Farklar – **V.** Haksızlık Hatasının Ceza Sorumluluğuna Etkisi – **VI.** Yargıtay Uygulamasında Haksızlık Hatası – **A.** 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde **B.** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde – **1.** Cinsel İstismar Suçu Bakımından – **2.** Terör Örgütüne Üye Olma Suçu ve Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar Bakımından – **3.** 6136 Sayılı Kanuna Aykırılık Suçu Bakımından – **4.** Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu Bakımından – **5.** 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununa Aykırılık Suçları Bakımından – **6.** Diğer Bazı Suç Tipleri Bakımından – Sonuç – Kaynaklar

* Cumhuriyet Savcısı, Yargıtay, e-posta: hayavuz@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-6613-0073.

GİRİŞ

Suç, toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik taşıyan, kanunda tanımlanmış haksızlık niteliğindeki insan davranışı, fiilidir.¹ Bir failin kasten veya taksirle gerçekleştirdiği haksızlıktan ötürü kınanabilmesi ve cezalandırılabilmesi için kusurlu olması gerekmektedir (*kusursuz ceza olmaz/nulla poena sine culpa*). Kusur, tipik haksızlık nedeni ile irade oluşumu temelinde fail hakkında bulunulan kınama yargısı olup failin, irade oluşumu ve iradi fiilinden dolayı kınanabilirliğidir. Failin, ancak davranışının haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olması halinde, iradesini bu davranıştan kaçınmak yönünde bir değerlendirme yapması beklenebilir, dolayısıyla faili bu davranışı gerçekleştirmekten alıkoyan şey haksızlık bilincidir. Haksızlık bilincinin oluşumu için ise failin, hukuk düzeninin gereklerine göre fiilinin icra edilmemesi gerektiği yönünde bir değerlendirmede bulunması gerekir. Failin, fiilin icrası sırasında haksızlığının bilincine sahip olmadığı hallerde haksızlık hatası söz konusu olmaktadır.²

Haksızlık hatası, genel olarak hata kurumu bağlamında ele alınmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) sistematüğinde esas alındığı belirtilen kusur teorisi doğrultusunda, hata hükümleri *kastı kaldıran hata* ve *kusurluluğu etkileyen hata şeklinde* tasnif edilmiştir. Haksızlık hatasının bu tasnif kapsamında kusurluluğu etkileyen bir hata olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır.³

Hata hükümlerinin doğru bir şekilde anlaşılabilmesi ve uygulanabilmesi için suç teorisine ilişkin temel hususların yeterince kavranmış olması gerektiği ifade edilmektedir. Zira hata başlığı altında failin algısındaki fiili ve bunun hukuki sonuçları ile gerçekte var olan duruma ilişkin hukuki sonuçların karşılaştırılması, bu bakımdan hatanın hangi unsuru etkileyip etkilemediği, bunun tipikliğe mi ait olduğu yoksa ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan bir nedene mi ilişkin olduğu gibi suç teorisine ilişkin çok önemli soruların cevaplandırılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.⁴

Genel olarak hata hükümlerine ve özellikle haksızlık hatasına ilişkin uygulama daima tartışmalara konu olmuştur. 765 sayılı TCK dönemindeki Yargıtay uygulamasında haksızlık hatasına ilişkin hususlar, doktrine hâkim

¹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 154.

² Neslihan Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 67-69.

³ Özgenç, s. 443; Göktürk, s. 69; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 369.

⁴ Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 129; Murat Volkan Dülger/Onur Özkan /Merve Bakdur, “Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 12, S. 45, Ocak 2021, s. 228.

olan kast teorisinin etkisiyle suçun manevi unsurları kapsamında mütalaa edilmekte ve haksızlık hatasının kastı ortadan kaldıran bir hal olduğu kabul edilmekte idi. 5237 sayılı TCK döneminde ise Yargıtay uygulamasının henüz yeterince yeknesak bir görünüm arz etmediği görülmektedir.

Konu, çalışmada altı ana başlık altında ele alınacaktır. Teoriye ilişkin açıklamaların yer aldığı ilk beş başlık altında haksızlık hatasına ilişkin temel hususlar doktrinadaki görüş farklılıklarının ayrıntılarında kaybolmadan öz bir anlatımla ifade edilerek meselenin anlaşılmasına katkıda bulunulmaya çalışılacaktır. Uygulamaya ilişkin son başlık altında ise Yargıtay'ın öncelikle 2005 öncesindeki yaklaşımı ortaya konulacak, akabinde 2005 sonrasındaki kararlarında meselenin isabetli bir şekilde ele alınıp alınmadığı tartışılacaktır.

I. GENEL OLARAK TÜRK CEZA HUKUKUNDA HATA

Sözlük anlamı itibariyle hata; *istemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, yanılma, yanılğı; hakikate uygun olmayan ve fakat hata eden kimsece kati surette yani tereddütsüz hakikat olarak kabul edilen fiil⁶ ya da bilmemek veya yanlış bilmek⁷* şeklinde tarif edilmiştir.

Ceza hukuku bakımından ise hata; bu “bilmeme” halinin bir sonucu olarak failin iradesi ile ortaya çıkan netice arasındaki uyumsuzluğa işaret etmektedir.⁸ Hata, kural olarak, iradenin oluşum sürecine etki ederek gerçeğin yanlış olarak tasavvuru veya bilinmesi nedeniyle iradenin bozulmuş olarak doğmasına neden olur.⁹ Failin iç dünyasına ait her şey hatanın konusunu oluşturabilir.

⁵ <https://sozluk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 01.01.2021.

⁶ *Türk Hukuk Lügati*, Türk Hukuk Derneği Yayını, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991, s. 120.

⁷ **Sahir Erman**, “Ceza Kanununda Hukukî Bilmeme ve Yanılma”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XII, S. 2-3, Y. 1946, s. 511-516; **Koca/Üzülmez**, s. 253.

⁸ **Mahmut Koca**, “Türk Ceza Hukukunda Hata”, içinde: *3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi*, İstanbul Kültür Üniversitesi, Ankara 2009, s. 81; **Zeki Hafizoğulları**, “Hukukî Bilmeme ve Açık Ceza Normları”, *Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1975*, Ankara 1977, s. 194.

⁹ **Nevzat Toroslu**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s. 217; **Koca/Üzülmez**, s. 253; **Erman (S)**, Hata, s. 510-511; **Doğan Soyaslan**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 466; **Ayhan Önder**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 1992, s. 311; **Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 418; **Hakan Hakeri**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 23. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 448; **Nur Centel/Zafer, Hamide/Özlem Çakmut Yenerer**, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2020, s. 436; **Mustafa Özen**, “Ceza Hukukunda Bilmemek ve Hata”, *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 590; **Nurcan Gündüz**, “Türk Ceza Hukukunda Hukuki Hata”, *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan*, C. I, Ankara 2015, s. 489-543; **Cem Şenol**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Suçun Maddi ve Nitelikli Unsurlarında Hata (TCK m. 30/1, 2)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 13, S. 38, Aralık 2018, s. 119.

Bu bağlamda hata; tipikliğe ait unsurlara, hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşme koşullarına, fiilin haksızlık niteliğine veya suçun daha ağır veya daha az cezalandırılmasını gerektiren nitelikli hallerin varlığına ilişkin olabilir.¹⁰

Doktrinde *hata* terimi yerine; *yanılma*¹¹ ve *yanılgı*¹² ifadeleri de kullanılmaktadır. Biz bu çalışmada TCK'daki “hata” terimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

Hata kurumunun tasnifine ilişkin olarak doktrinde iki farklı yaklaşım bulunduğu söylenebilir. Bunlar; *fiili hata (mistake of fact)*¹³ ve *hukuki hata (mistake of law)*¹⁴ şeklindeki tasnif ile *kastı kaldıran hata* ve *kusurluluğu etkileyen hata* şeklindeki tasniftir.

Fiili hata ve *hukuki hata* şeklindeki tasnife göre; fiili hata (tipiklik hatası/ tipiklikte yanılma/unsur yanılgısı) dış dünyaya ait bir şeyin olduğundan farklı bir şekilde algılanması hali iken, hukuki hata (haksızlık yanılgısı/haksızlık yanılması/yasak hatası) ise normatif dünyaya ait gerçekliğin olduğundan farklı bir biçimde değerlendirilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.¹⁵ Fiili hata bir algılama hatası olduğu halde; hukuki hata ise bir değerlendirme hatasıdır¹⁶, zira fail, normun içeriğini bilmemekte veya yanlış yorumlamakta, dolayısıyla haksızlık bilincine sahip bulunmamaktadır.¹⁷

Kastı kaldıran hata ve *kusurluluğu etkileyen hata* şeklindeki tasnif ise yanlış tasavvurun bağlantı noktasından/konusundan hareketle, hata halinin hukuki sonucu¹⁸ esas alınarak yapılmaktadır. Buna göre; hata tipikliğinin maddi

¹⁰ **Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem**, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 463.

¹¹ **Soyaslan**, s. 466; **Öztürk/Erdem**, s. 463; **Ragıp Barış Erman**, *Yanılgının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2006.

¹² **Özgenç**, s. 434; **Koca/Üzülmez**, s. 254; **Göktürk**, s. 67 vd.

¹³ Bkz: **David C. Brody/James R. Acker/Wayne A. Logan**, *Criminal Law*, Jones&Bartlett Publishers, Sudbury 2001, s. 295 vd.

¹⁴ Bkz: **George P. Fletcher**, *The Grammar of Criminal Law, American, Comparative and International, Vol I: Foundations*, Oxford University Press, New York 2007, s. 108; **Annemieke Van Verseveld**, *Mistake of Law: Excusing Perpetrators of International Crimes*, Doktora Tezi, University of Amsterdam, Amsterdam 2011, s. 8 vd; **Douglas Husak/Andrew Von Hirsch**, “Culpability and Mistake of Law”, içinde: Stephen Shute/John Gardner/Jeremy Horder (Editörler), *Action and Value in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford 1993, s. 155-174.

¹⁵ **Koca/Üzülmez**, s. 253; **Erman (S)**, s. 510-511; **Özgenç**, s. 434; **Önder**, s. 311; **Sözüer, Adem**, “Hukukî Hata”, *Yargıtay Dergisi*, C. 21, S. 4, Ekim 1995, s. 467; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 419; **Hakeri**, s. 456; **Centel/Zafer/Çakmut Yenerer**, s. 436; **Timur Demirbaş**, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 433 vd; **Öztürk/Erdem**, s. 464; **Toroslu**, s. 220; **Gündüz**, s. 494-495; **Husak/Von Hirsch**, s. 155 vd.

¹⁶ **Koca/Üzülmez**, s. 253.

¹⁷ **Öztürk/Erdem**, s. 328.

¹⁸ **Değirmenci**, s. 136.

şartlarına yani dış dünyaya ilişkin hususlara ilişkin ise bu hata suçun manevi unsuru üzerinde etkili olmakta ve kastı ortadan kaldırmakta iken; hata tipikliğin hukuki değerlendirmesine yani hukuki sonuçlarına ilişkin ise suçun unsurları üzerinde değil kusurluluk üzerinde etkili olmaktadır.¹⁹

Kusur teorisinin esas alındığı TCK sistematüğinde hata kurumu, kastı kaldıran hata ve kusurluluğı etkileyen hata şeklindeki tasnife uygun olarak kurgulanmıştır. Hata konusundaki hükümler TCK'nın 30. maddesi kapsamında düzenlenmiştir.²⁰

¹⁹ **Koca/Üzülmez**, s. 253; **Özgenç**, s. 433.

²⁰ Madde şu şekildedir: “(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (4) (Ek fıkra: 29/6/2005-5377/4 md.) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” Türk Ceza Kanununun hazırlanmasında büyük ölçüde etkisi olduğu bilinen Alman Ceza Kanununun 16 ve 17. maddesi ise şu şekildedir: “Madde 16- Suç tipinin unsurlarını oluşturan durumlarda hata (*Irrtum über Tatumstande*) (1) Fiilin icrası sırasında kanundaki suç tipinin unsurlarını oluşturan bir durumu (maddi unsuru) bilmeyen kişi, kasten hareket etmiş olmaz. Taksirli davranış sebebiyle cezalandırılabilir saklıdır. (2) Fiilin icrası sırasında hata nedeniyle, daha hafif ceza öngören bir kanundaki suç tipini oluşturan durumların var olduğunu zanneden bir kişi, kasten işlenen suçtan dolayı, sadece daha hafif ceza öngören kanuna göre cezalandırılabilir. Madde 17- Hukuki Hata (*Verbotsirrtum*) Fail, fiilin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınılabilir bir hata ise; ceza 49. maddenin birinci fıkrasına göre indirilebilir.” Bkz: **Feridun Yenisey/Gottfried Plageman**, *Alman Ceza Kanunu Straßgesetzbuch (StGB)*, Beta Basım Yayın Dağıtım, Ankara 2015, s. 18. Konuyla ilgili başka bir örnek olarak Avusturya Ceza Kanununun 8 ve 9. maddeleri şu şekildedir: “Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Şartlarının Hata (*Irrtümliche Annahme eines rechtfertigenden Sachverhaltes*) Madde 8- Bir davranışın hukuka aykırılığını ortadan kaldıran maddi şartını hatalı olarak anlayan kişi, kasten suç işlemiş olmaz. Şayet hatalı anlaması, taksirine dayanmakta ise ve söz konusu davranışın da taksirle işlenebileceği kabul edilmiş ise, taksirle işlenen suç nedeniyle cezalandırılır. Hukuki Hata (*Rechtsirrtum*) Madde 9- (1) Hukuki hata nedeniyle bir fiilin haksızlığını bilmeyen kişi, bu hata kendisine isnat edilememekte ise kusurlu hareket etmemiştir. (2) Hukuki hata, şayet haksızlık herkes gibi fail için de kolayca bilinebilecek nitelikte ise yahut da fail mesleği, meşguliyeti ve şartları gereği kendisini bilgilendirmekle yükümlü olmasına rağmen ilgili düzenlemeler hakkında kendisini ilgilendirmemiş ise faille isnat edilir. (3) Faile hukuki hata isnat edilmekte ise; fail, kasten hareket etmiş ise kasten gerçekleştirilmesinin cezalandırıldığı suç nedeniyle; taksirle hareket etmiş ise taksirle gerçekleştirilmesinin cezalandırıldığı suç nedeniyle cezalandırılır.” Bkz: **Rahime Erbaş**, “Haksızlık Hatasının Kaçınılabilir Olduğunu Gösteren Ölçütlerin Kanunda Öngörülmesi: Avusturya Ceza Kanunu Örneği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 14, S. 40, Ağustos 2019, s. 385-386; Bir başka örnek olarak Uluslararası Ceza Mahkemesinin kuruluş sözleşmesi olan Roma Statüsünün 32. maddesinde şöyle bir düzenleme bulunmaktadır: “Maddi hata veya kanun hatası (*Mistake of fact or mistake of law*) (1) Maddi hata, sadece suçun manevi unsurunu (kastı) ortadan kaldırdığında, cezai sorumluluğı ortadan kaldıran

Kastı kaldıran hata halleri; suçun maddi unsurlarında hata (TCK m. 30/1), suçun nitelikli unsurlarında hata (TCK m. 30/2) ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata (TCK m. 30/3) olarak, *kusurluluğu etkileyen hata halleri ise*; kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hata (TCK m. 30/3) ve işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda hata (TCK m. 30/4) şeklinde düzenlenmiştir.²¹

II. KANUNU/CEZA KANUNLARINI BİLMEMEK MAZERET SAYILMAZ KURALI VE HATA

Kökenleri Kilise Hukukuna dayanan bir kural olan *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* (*error iuris nocet/ignorantia iuris non excusat/ignorantia legis neminem excusat/ignorance of the law does not excuse*) kuralına göre kanunu bilmemek, katı ve objektif ceza sorumluluğu anlayışının benimsendiği bu dönemde, esasen bilinmesinin zorunlu olduğu kabul edilen din kurallarını bilmemek anlamına gelmekteydi.²²

Bu kuralının haklılığını savunan görüşler temelde dört farklı teoriye dayanmaktadır. *Faraziye (aksiyom) teorisine* göre, kanunun herkes tarafından bilindiği bir faraziye olarak kabul edilmekte ve aksinin ispatı mümkün kabul edilmemektedir. Ödev teorisine göre, kanunu öğrenmenin vatandaşlara yüklenmiş bir görev olduğu için aksinin kabulü düşünülemez. *Ayrırma teorisine* ise bu kuralı yalnızca doğal suçlar için uygulanabilir kabul etmekte, zira doğal suçların bütün insanlarda mevcut bulunan akıl yoluyla neyin suç olup

bir esas olacaktır. (2) Belli bir eylem biçiminin Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suç olup olmadığı konusundaki kanun hatası, cezai sorumluluğu ortadan kaldıran bir unsur olamaz. Ancak kanun hatası, suçun gerektirdiği manevi unsuru ortadan kaldırdığı zaman veya 33. maddede öngörüldüğü şekliyle cezai sorumluluğu kaldıran bir unsur olabilir." Bkz: *Uluslar arası Ceza Divanı Roma Statüsü*, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm, Erişim Tarihi: 01.01.2021. Roma Statüsünün İngilizce orijinal metni için bkz: *Rome Statute of the International Criminal Court*, <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf>, Erişim Tarihi: 01.01.2021.

²¹ **Özgenç**, s. 433; **Öztürk/Erdem**, s. 294 vd; **Koca/Üzülmez**, hata hallerine ilişkin tasnifte kastı kaldıran bir hata hali olarak hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasını (TCK m. 27/1) da dâhil etmektedir. Bkz: **Koca/Üzülmez**, s. 254.

²² **Devrim Güngör**, "Kural Üzerinde Hata", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 68, Y. 2007, s. 140; **Devrim Güngör**, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 77 vd; **Olgun Değirmenci**, "Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 110, Y. 2014, s. 137. Daha ayrıntılı bilgi için bkz: **Çetin Özek**, "Ceza Normunun Varlığında Hata", *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. III, İstanbul 2003, s. 817-830; **Fatih Selami Mahmutoğlu/Yener Ünver**, "Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı Üzerine", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 72, S. 4-5-6, Y. 1998, s. 371-395; **Erman (S)**, s. 518 vd; **Hakkı Demirel**, "Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3-4, Y. 1955, s. 94-110.

olmadığını kavrayabilecekleri kabulüne dayanmaktadır. *Kanunları uygulama zorunluluğu teorisini* savunanlara göre ise, usulüne uygun olarak yayımlanan kanunun herkes tarafından bilindiğini bir karine olarak kabul edilmeli ancak her karine gibi bunun da aksinin ispat edilebilir olduğu ifade edilmektedir.²³

Söz konusu kural, 765 sayılı TCK’da (m. 44) “Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler” başlıklı bölümde “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” şeklindeki ifadeyle düzenlenerek, yalnızca ceza kanunlarının değil yürürlükte bulunan bütün kanun hükümlerin fail tarafından bilinmemesinin mazeret olarak ileri sürülemeyeceği öngörülmüştü.²⁴ Buna karşın kural, 5237 sayılı TCK’da (m. 4) ise daha dar bir açıyla yorumlanarak “*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*” şeklinde düzenlenmiş, sözü edilen farklılık dolayısıyla mevcut durumda ceza kanunları dışındaki kanunların bilinmemesinin ceza sorumluluğunu etkilediği açıkça kabul edilmiştir.²⁵ Haksızlık hatasına ilişkin hükümle (TCK m. 30/4) birlikte, TCK’da kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının mutlak bir şekilde uygulanmaması gerektiği yönündeki eleştiriler de bertaraf edilmiştir.²⁶

²³ Görüşler hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz: **Erman (S)**, s. 519 vd; **Ahu Karakurt**, “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 4, S. 10, Ağustos 2009. s. 136 vd; **Demirel**, s. 102 vd; **Özek**, s. 819 vd; **Soyaslan**, s. 468; **Mahmutoğlu/Ünver**, s. 377; **Sesim Soyer Güleç**, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, Y. 2008, s. 67; **Gündüz**, s. 498 vd.

²⁴ Bu durum doktrinde, hükmün adaletsizliklere neden olduğu gerekçesiyle eleştirilmekte idi. Bkz: **Özek**, s. 829-830; **Hafizoğulları**, s. 199 vd; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 435.

²⁵ **Değirmenci**, s. 170; **Erman (S)**, s. 535; Doktrinde *Soyaslan*, bu formülasyonun isabetli olmadığını düşünmektedir: “Bu hüküm kanunu bilmemek mazeret sayılmaz şeklinde olmalıydı. Ceza Kanununu bilmemek mazeret sayılmaz ise diğer kanunları bilmemek öncelikle mazeret sayılmaz. Çünkü Ceza Kanununun yaptırımı haptistir. Ancak maddeden diğer kanunları bilmemek mazeret sayılır anlamı çıkmaktadır.” **Soyaslan**, s. 479.

²⁶ **Soyer Güleç**, s. 64. Adalet Komisyonu raporunda düzenlemenin gerekçesiyle ilgili olarak şu ifadeler kullanılmıştır: “Kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı, aslında ceza sorumluluğuna ve isnat yeteneğine ilişkin bir konu olmayıp kanunun bağlayıcılığı ilkesi ile ilgili bulunduğundan, söz konusu esasa Tasarının 2 nci maddesinde yer verilmesi uygun sayılmıştır. Kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması ilkesi ile ceza hukukunda kasta dayalı sübjektif sorumluluk ilkesi arasında çelişki bulunduğunu ve uygulamada çıkabilecek problemlerin çözümünü kast kavramına bırakarak artık böyle bir hükme kanunda yer verilmemesini öne süren yazar ve hatta kanunlar vardır. Ancak söz konusu ilkenin Ülkemizdeki uygulamada şimdiye kadar fazla bir güçlük çıkarmadığı, öteden beri Yargıtay kararlarında kast ilkesine yollama yapılarak, doktrin ve yabancı kanunlarda belirtilen eğilimi karşılayan kararların verildiği ve uygulamaların yapıldığı, kaldırılmasının ise duraksamalara ve uygulama zorluklarına neden olabileceği düşünüldüğünden ilke olarak muhafazasının daha yerinde olacağı düşünülmüştür. Metinde geçen ‘kanun’ deyimi usulü üzere yayınlanmış ve ihlali ceza uygulamasını gerektiren düzenleyici işlemleri de kapsar.” Bkz: *Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)*, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, Erişim Tarihi: 01.01.2021.

Doktrinde, *bizim de katıldığımız* üzere, sözü edilen kuralın haksızlık hatasının düzenlendiği bir hükmün varlığıyla birlikte artık anlamını yitirdiği ve kanundan çıkartılması gerektiği ifade edilmektedir.²⁷ Esasen klasik ceza hukuku anlayışında kabul edilen psikolojik kusur kavramı ve bunun bir sonucu ve ürünü olan kast teorisinin terk edilerek normatif kusur kavramına dayalı kusur teorisinin benimsendiği TCK sisteminde haksızlık bilincinin kastın değil kusurun bir unsuru olarak kabul edildiği gerçeği karşısında, haksızlık hatasının kaçınılmaz olması halinde kişinin kusurlu addedilemeyeceğinin hüküm altına alındığı bir kanunda ceza kanununun bilinmemesinin mazeret nedeni olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin bir düzenlemenin mevcudiyetini sürdürmesi çelişkili bir görüntü arz etmektedir.²⁸

III. BİR HATA FORMU OLARAK HAKSIZLIK HATASI

TCK'nın 30. maddesinin son fıkrası olarak düzenlenen haksızlık hatası hükmüne göre, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz.

Alman Ceza Kanununun 17. maddesi²⁹ esas alınarak düzenlenen hükümdeki kurum doktrinde *haksızlık hatası*³⁰ yanında; *yasak hatası*³¹, *kural üzerinde hata*³², *hukukî hata/yanılgı/yanılma*³³, *haksızlık yanılması*³⁴, *haksızlık bilinci*

²⁷ Göktürk, s. 98; Koca/Üzülmez, s. 372; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 437; Dülger/Özkan/Bakdur, s. 229; Mahmutoğlu/Ünver, s. 386-387; Öztürk/Erdem, s. 45; Meraklı, Serkan, *Ceza Hukukunda Kusur*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 433; Soyler Güleç, s. 86; Değirmenci, s. 140; Sefa Çetin, Haksızlık Hatasının Suç Genel Teorisindeki Yeri ve İçeriği, *Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 2018, S. 3, s. 34. Aksi yöndeki görüşler için ayrıca bkz: Güngör, “Kural Üzerinde Hata”, s. 148; Karakurt, s. 139-140.

²⁸ Göktürk, s. 90.

²⁹ Bkz: 19 nolu dipnot.

³⁰ Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul 2021, s. 641; Dülger/Özkan/Bakdur, s. 228 vd; Ali Rıza Töngür/Ekrem Çetintürk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 271; Meraklı, s. 430 vd; Yasemin Baba, *Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2017, s. 17; Çetin, s. 17-43; Erbaş, s. 379.

³¹ Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 685; Heinrich, s. 167; Necati Meran, “TCK’da Yasak Hatası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 4, S. 32, Nisan 2009, s. 65 vd; Cengiz Apaydın, “Ceza Hukukunda Hukuki Hata”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 133, Eylül 2017, s. 34-47.

³² Toroslu, s. 220; Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2010, s. 317; Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 15 vd.

³³ Önder, s. 337; Centel/Zafer/Çakmut, s. 430; Demirbaş, s. 434; Hakeri, s. 475; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 321; Gündüz, s. 489 vd.

³⁴ Öztürk/Erdem, s. 328.

(yasaklılık) yanılması³⁵, yasak (haksızlık) yanılması/yanılması³⁶, bağışlanabilir yanılması³⁷ veya haksızlık yanılması³⁸ gibi ifadelerle de anılmaktadır.

Haksızlık hatasına ilişkin hükmün esasları iki şekilde açıklanmaktadır. Günümüzde büyük ölçüde terk edilen ilk görüşe göre bu hüküm, kanunun bağlayıcılığı kuralı (TCK m. 4) ile irtibatlı olarak ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılacağı durumlara özgülenmiştir.³⁹ Diğer görüşe göre ise hüküm, kusur teorisi ile irtibatlı olduğundan kanunun bağlayıcılığına ilişkin kural ile alakalı değildir.⁴⁰

Haksızlık hatası, TCK'nın ilk halinde "Kanunun bağlayıcılığı" başlıklı 4. madde kapsamında, ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz kuralı ile birlikte daha farklı bir formülasyonla; "Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz." şeklinde düzenlenmişti.⁴¹ Fakat bu hüküm, kanunun henüz yürürlüğe girdiği bir tarihte, 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun ile ilga edilerek 30. madde kapsamında mevcut formülasyonla yeniden düzenlenmiştir.⁴² Böylece haksızlık hatası, kusurlulukla bağlantılı bir husus olarak ele alınmıştır.⁴³

³⁵ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 435; **Veli Özer Özbek**, "Türk Ceza Kanununda Hata (m. 30)", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 3, S. 7, Ağustos 2008, s. 95.

³⁶ **Erman (B)**, s. 122; **Değirmenci**, s. 140 vd; **Erdal Yerdelen**, "Ceza Hukukunda Yorum Hatası (Der Subsumtionsirrtum)", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 25, Ağustos 2014, s. 69-101.

³⁷ **Hakeri**, s. 473.

³⁸ **Özgenç**, s. 445; **Göktürk**, s. 69 vd; **Koca/Üzülmez**, s. 368 vd; **M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/ M. Emin Alşahin/Kerim Çakır**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 654; **Demirbaş**, s. 437; **Soyer Güleç**, s. 59 vd; **Şenol**, s. 122.

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 435 vd.

⁴⁰ **Özgenç**, s. 445; **Öztürk/Ertem**, s. 329; **Hakeri**, s. 473.

⁴¹ *Centel ve diğerlerine göre*, bu formülasyon daha isabetliydi, zira bu ifadelendirme biçimi ile failin fiilinin suç olarak tanımlandığını bilmesine rağmen, haksızlık bilincine sahip olmaması nedeniyle cezalandırılmamasına imkân vermektedir. Bkz: **Centel/ Zafer/Çakmut**, s. 437.

⁴² Maddenin gerekçesinde şu ifadeler kullanılmıştır: "30 uncu maddeye dördüncü fıkraya eklenen bu hükümle, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, kişi, işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunu bilincinde olmalıdır. Kişinin, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ceza hukuku bakımından sorumluluk için önemli olan, işlenen fiilin haksızlık oluşturduğunun bilinmesidir. Ancak, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olması hâlinde, kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur. Hatanın kaçınılmaz olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır". *5377 Sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Kanun_Ss.Durumu?Kanun_No=5377, Erişim Tarihi: 01.01.2021.

⁴³ **Özgenç**, s. 411; **Öztürk/Ertem**, s. 329; **Hakeri**, s. 473; **Koca**, s. 82.

TCK'da esas alınan suç teorisine göre suçun yapısal unsurları, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık bileşenlerinden hareketle incelenmekte ve bu üç unsurun bir arada bulunduğu hallerde *tipik haksızlığın* gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte bu aşamaya kadar sadece *fiil* ile ilgili olarak bir *haksızlık yargısında* bulunulmuş olmaktadır. Tipik bir haksızlığın varlığını saptadıktan sonra bu defa *fail* ile ilgili olarak bireysel bir kusur değerlendirilmesi yapılmakta ve bu *kusur-kınama yargısının* neticesine göre faile ceza verilip verilemeyeceği belirlenmektedir. Böylece kusur, fiilin suç olma vasfını etkilemeyip sadece cezalandırılabilirlik üzerinde etkili olmaktadır. Kusur, failin iradesinin oluşum şartları değerlendirilerek fiili dolayısıyla kınanıp kınanamayacağı belirlendiği alan olduğundan kast ve taksirden ayrı ele alınmaktadır. Zira kast ve taksir haksızlığın birer gerçekleşme biçimi olup kusursuz haksızlık olabilirse de bir haksızlık vücuda gelmeden yani kast ya da en azından taksire dayanan bir fiil gerçekleşmeden kusurla ilgili bir değerlendirme yapılması mümkün olmamakta, somut olayda failin kusurunu kaldıran ya da azaltan sebepler bulunsa dahi fiil bir haksızlık ifade etmeye devam etmektedir.⁴⁴

Haksızlık hatasında kişi, işlediği fiilin hukuk düzenince tasvip edilmediği, toplumsal düzlemde bir haksızlık ifade ettiği hususunda yanılmaktadır. Haksızlık hatasından söz edebilmek için fiilin ceza kanunlarında suç olarak tanımlandığının ya da cezaya layık bir haksızlık olduğunun bilinmesi gerekmez. Önemli olan fiilin haksızlık ifade edip etmediğinin bilinmesidir (*haksızlık bilinci*⁴⁵). Söz konusu hatası kişinin ilgili davranış normunun varlığında ya da

⁴⁴ **Özgenç**, s. 154 vd, 445; **Koca/Üzülmez**, s. 83 vd, 371; **Öztürk/Erdem**, s. 330; **Göktürk**, s. 21 vd.

⁴⁵ “Haksızlık bilincinin suç teorisi içindeki konumu, kast teorisi ve kusur teorisi olarak bilinen iki görüşü etrafında şekillenmektedir. İki teori arasındaki temel farklılık, kast teorisinin haksızlık bilinci kastın bir unsuru olarak; kusur teorisinin ise kusurun bir unsuru olarak ele almasıdır.”; “Zira, kast teorisi – kusur teorisi şeklindeki görüş ayrılığının temelinde, final hareket teorisinin etkisi ile kast ve taksirin kusurdan tamamen koparılarak tipik haksızlığın subjektif unsurları; kusurun ise suçun unsurlarının dışına çıkarılarak failin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi için fail hakkındaki kınama yargısı olduğu şeklindeki anlayış bulunmaktadır. İşte suçun yapısal unsurları ve kusurun suçun yapısındaki rolüne ilişkin söz konusu anlayış farklılığına dayalı olarak haksızlık bilincinin kast mı, yoksa kusur kapsamında mı ele alınacağı meselesi ortaya çıkmakta ve tartışmanın konusunu oluşturmaktadır.”; “... haksızlık bilinci suçun unsurları ile ilintilidir. Fail, unsurların kapsadığı hukuki menfaat ihlalini haksızlık olarak addediyor ise haksızlık bilincine sahiptir. Haksızlık bilincinin dayanak noktası, maddi haksızlık içeriğinde failin davranışının somut hukuka aykırılığıdır. Soyut bir haksızlık bilincinden değil; tam aksine maddi, somut, münferit emir ve yasaklara yönelik bir haksızlık bilincinden söz edilebilir. Dolayısıyla, fail hakkında ancak belirli bir suç tipiyle ilişkili olarak kınama yargısında bulunulabilir.” **Göktürk**, s. 1, 2, 58. “Haksızlık bilincinin konusunun saptanması, ceza hukuku haksızlığının dayandığı değer niteliği ile sıkı bir ilişki içindedir. Ceza hukukunu ilgilendiren haksızlığın sınırları ne şekilde saptanırsa, haksızlık bilinci de bu sınırlar içinde kalan eylemleri konu alır şekilde tanımlanmaktadır. Ceza

yorumunda hataya düşmesinden kaynaklanabilir.⁴⁶

Haksızlık hatasının temel olarak iki farklı görünüş biçimi⁴⁷ bulunmaktadır: Doğrudan haksızlık hatası ve dolaylı haksızlık hatası.

*Doğrudan haksızlık hatası/yanılgısının*⁴⁸ yanı sıra “soyut haksızlık hatası/yanılgısı”⁴⁹ olarak da isimlendirilen görünüş biçiminde; kişi, fiilin maddi unsurlarına ilişkin gerekli bilgiye sahiptir ancak haksızlık oluşturan fiiline

hukuku haksızlığının konusunu hukuk dışı normların belirlemesi, hukuk devletine dayanan çağdaş ceza hukuku anlayışı çerçevesinde mümkün değildir. Aksine bir kabul, hukuk ile ahlak arasındaki sınırların silikleşmesine neden olacaktır. Ayrıca, haksızlık bilincinin ölçütü olarak hukuk dışı normların alınması, yaptığı eylemin hukuka aykırı olduğunu bilen, fakat bunu başka norm veya inanç sistemlerine dayandırarak meşrulaştıran kişilerin haksızlık bilincinin bulunmadığı gibi bir sonucun ortaya çıkmasına neden olabilecektir ki, bunun hukukun herkesi bağlayıcı niteliği ile bağdaşmasına imkân bulunmamaktadır.” **Erman**, s. 140. Haksızlık bilinci konusunda daha ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz: **Göktürk**, s. 31 vd; **Erman**, s. 122 vd.

⁴⁶ **Özgenç**, s. 444; **Koca/Üzülmez**, s. 369; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 655; **Öztürk/ Erdem**, s. 330; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 435; **Göktürk**, s. 46; **Sözüer**, s. 479; **Özen** (2008), s. 592; **Dülger**, s. 642; **Akbulut**, s. 686. Alman Federal Mahkemesi Büyük Ceza Kurulunun 18.03.1952 tarihli kararında ifade edilen şu esaslar haksızlık hatasına ilişkin günümüzde yaygın bir şekilde benimsenen anlayışın temelini teşkil etmektedir: “Kusur yargısının temeli, insanın özgür iradesidir. İnsan özgür iradeye sahip olması nedeniyle haklı olan davranış ile haksızlık arasında bir tercih yapma ve haklı olan davranış lehine karar verme, davranışlarını hukuk düzeninin gereklerine göre yönlendirebilme, hukuk düzeninin yasakladığı davranışlardan sakınma yeteneğine sahiptir. Fail haksızlık bilincine sahip ise ve özgür iradesi ile haksız olan davranışı tercih ediyor ise kusurludur. Fakat yasak yanılgısı failin kusurunu her zaman tamamen ortadan kaldırmaz. Fail davranışının hukuk düzeninin gerekleri ile uyumlu olup olmadığını sorgulamakla yükümlüdür. Fail bu husustaki şüphesini tefekkür etmek veya bir uzmana danışmak yoluyla bertaraf etmek zorundadır. Ayrıca fail vicdan muhasebesi yapmalıdır. Failden beklenen vicdan muhasebesinin ölçüsü, somut olayın koşulları ile onun sosyal ve mesleki çevresidir. Kasten işlenen bir suç haksızlık yanılgısı içerisinde işlenebilir. Yasak yanılgısı suç kastını ortadan kaldırmaz; kast varlığını muhafaza eder. Hukuka aykırılık bilinci ya da fiilin hukuka aykırılığının fail bakımından idrak edilebilir olması kusurun bir unsurudur. Kast teorisinin benimsenmesi sakıncalıdır. Bu teori, fiilin icrası sırasında failin bir haksızlık icra ettiğini bilmesini gerektirmektedir. Ancak bu, günlük yaşamın tecrübeleri ile örtüşmemektedir. Çünkü failin, heyecan veya galeyanın etkisi altında iken aniden verdiği bir kararla işlediği suçların sayısı hiç de azımsanır değildir. Böyle bir durumda fail, genellikle icra ettiği sırada fiilinin hukuka aykırılığı üzerinde düşünmemektedir. Dolayısıyla fiilin taksirle işlenen şekli suç olarak tanımlanmış değilse, failin cezasız kalma tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Oysa hukuka aykırılık bilincini kast kapsamında mütalaa etmeyen ve kasttan bağımsız olarak kusurun bir unsuru olarak ele alması nedeniyle kusur teorisinde; yasak yanılgısı failin kastını ortadan kaldırmamakta; kast varlığını muhafaza etmektedir.” BGH v. 18.03.1952, GSSt 2/51, BGHSt. 2, s. 194-212, bkz: **Göktürk**, s. 17.

⁴⁷ Doktrinde bu iki görünüş biçimi dışında; geçerlilik yanılgısı/hatası, niteleme yanılgısı/hatası, tersine haksızlık yanılgısı/hatası ve çifte haksızlık yanılgısı/hatası şeklindeki görünüş biçimlerinden de bahsedilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Göktürk**, s. 129-137.

⁴⁸ **Koca/Üzülmez**, s. 370; **Göktürk**, s.115.

⁴⁹ **Soyer Güleç**, s. 74; **Güngör**, “Kural Üzerinde Hata”, s. 136; **Karakurt**, s. 144.

hukuk düzeni tarafından izin verilmediğini bilmemekte olduğundan, yasaklayıcı normun varlığına veya normun anlamına ilişkin değerlendirmesinde hataya düşmektedir.⁵⁰

*Dolaylı haksızlık hatası/yanılgısının*⁵¹ yanı sıra; “somut haksızlık hatası/yanılgısı”⁵², “izin hatası”⁵³ veya “izin normunda hata/yanılma”⁵⁴ olarak da isimlendirilen görünüş biçiminde ise; kişi, işlemiş olduğu fiilin bir haksızlık/suç olduğunu bilmesine rağmen mevcut durumda fiili hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunduğunu düşünerek hareket etmekte, dolayısıyla hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda hataya düşmektedir. Hatanın bu şekli, işlenen bir fiili hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunduğu düşüncesinden ya da hataen, işlenen fiilin belli bir hukuka uygunluk nedeni kapsamında kaldığı zannından kaynaklanabilmektedir.⁵⁵ Bu durumda somut vakıya değil, münhasıran norma dayalı bir değerlendirme söz konusudur; bu hatanın haksızlıkla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır; somut vakıanın dış dünyada cereyan ediş şeklinin failin zihnine yansımaması ya da yanlış yansımaları söz konusu değildir ve fakat fail somut vakıayı zihninde doğru şekilde tasavvur etmekte, olayın dış dünyada vuku buluş şekli ile bunun failin zihnindeki hali bütünüyle örtüşmektedir. Buna karşın failin izin normunu bilmemesine veya yanlış bilmesine dayalı bir değerlendirme hatası söz konusudur ve fail, hukuk düzeninde mevcut olmayan bir hukuka uygunluk nedenini var saydığı veya hukuki sınırında hataya düştüğü için hukuk düzeninin fiile izin verdiği düşüncesiyle hareket etmektedir.⁵⁶

IV. UNSUR HATASI VE HAKSIZLIK HATASI ARASINDAKİ FARKLAR

Hata meselesi günümüzde unsur (tipiklik) hatası ve haksızlık hatası şeklindeki ikili ayırım esas alınarak incelenmektedir. Sonuçları bakımından ele

⁵⁰ Koca/Üzülmez, s. 369-370.

⁵¹ Koca/Üzülmez, s. 370; Göktürk, s. 125.

⁵² Sözüer, s. 481; Öztürk/Erdem, s. 302; Soyer Güleç, s. 74; Güngör, “Kural Üzerinde Hata”, s. 136.

⁵³ Dülger/Özkan/Bakdur, s. 252-253.

⁵⁴ Değirmenci, s. 167 vd.

⁵⁵ Özgenç, s. 443; Koca/Üzülmez, s. 370.

⁵⁶ Göktürk, s. 126. Bu duruma ilişkin olarak şu örnekler verilmiştir: Hekimin varsaydığı meslek kurallarına göre hastanın rızasını almaksızın bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebileceği düşüncesi ile hareket etmesi, bir kadının, kendi davranış biçimini veya kaderini tayin etmeye hakkı kapsamında görerek çocuk düşürücü hareketlerde bulunması, bir kimsenin hukuken tanınmayan ötenazi hakkının bulunduğu zannı ile yakalandığı hastalığın verdiği acıya dayanamayarak, bir yakınının ısrarlı talepleri karşısında ölümünü çabuklaştırıcı şekilde hareket etmesi, bir kamu görevlisinin görevini yapması nedeniyle verilen ve ekonomik açıdan değeri olan yeni yıl veya bayram hediyesini toplumda geçerli olan gelenek kurallarına göre hukuka uygun olduğu zannı ile kabul etmesi. (Göktürk, s. 127, dp. 453)

alındığında unsur hatası, kastı kaldıran bir hata formu iken; haksızlık hatası ise kusurluluğu etkileyen bir hata formudur.

Suç teşkil eden haksızlık objektif ve sübjektif olmak üzere iki temel unsurdan oluşmaktadır. Kast, suçun kanuni tanımında yer alan objektif nitelikteki unsurların (maddi unsur) fail tarafından bilinmesini ifade eder ve tipik haksızlığın sübjektif unsurudur. Kusur ise kasten veya taksirle gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı fail hakkındaki kınama yargısını ifade ettiğinden haksızlık üzerinde herhangi bir etkisinin bulunmaması nedeniyle haksızlığın tipikliğine ait bir unsur değildir. Dolayısıyla haksızlık bilinci kastın değil kusurun bir unsurudur. Fail davranışının haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmasına ve haklı olan davranışı tercih etme, hukuk düzeninin icaplarına uygun davranma imkânına sahip olmasına rağmen iradesini haksız olan davranışı gerçekleştirme yönünde kullanması nedeniyle kınanmaktadır. Kastın unsuru olan bilme, sadece suçun kanuni tanımında yer alan objektif nitelikteki unsurlar ile sınırlı olup; fail, somut olayda tipikliğin objektif unsurlarının gerçekleştiğini biliyorsa kasten hareket ettiğinden söz edilir. Failin, fiilinin haksızlığının idrakinde olup olmadığı kastın değil, suçun unsurlarının yani tipikliğin dışında kalan kusur yargısına ilişkin bir unsurdur. Unsur hatasında fail, somut olayda ne yaptığının bilincinde olmadığı için olayın gerçekleşme koşullarında hataya düşmektedir. Sonuç olarak, unsur hatası – haksızlık hatası ayırımının, kastın bir unsuru olan *bilme* ile haksızlık bilinci için gerekli olan *bilme* arasındaki farklılığa dayandığı söylenmelidir.⁵⁷

Unsur hatasının kaçınılabilir olup olmamasının kusurluluğu etkilemesi bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Her iki durumda da unsur hatası failin kastını ortadan kaldırır. Öte yandan unsur hatası, haksızlığa temel teşkil eden objektif unsurlarda yani suçun maddi unsurlarına ilişkin bir hata olduğundan, haksızlığın kasten gerçekleştirildiğinden bahsedilemez.⁵⁸ Dolayısıyla unsur hatasının söz konusu olması halinde beraat kararı verilmelidir. Bununla birlikte, fiilin taksirle işlenen hali kanunda suç olarak tanımlanmış ise failin taksirli sorumluluğundan söz edilebilir (bkz: TCK m. 30/1).

V. HAKSIZLIK HATASININ CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

Haksızlık hatası TCK'da ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlıklı bölümde hata kurumu kapsamında düzenlenmiştir. Buna göre, kanunun kurgusunda esas alınan kusur teorisinin bir sonucu olarak söz konusu hata fiile ilişkin kastı etkilememekle birlikte failin ceza sorumluluğu üzerinde etkide bulunmakta ve fail fiilinden ötürü *kusurlu* kabul edilmemektedir.⁵⁹

⁵⁷ Göktürk, s. 71-73.

⁵⁸ Göktürk, s. 74-75.

⁵⁹ Özgenç, s. 443; Göktürk, s. 69; Koca/Üzülmez, s. 369.

Kusursuz ceza olmaz ilkesinin bir sonucu olarak kusurluluk, işlediği fiille ilgili olarak failin, iradesinin oluşum sürecindeki şartlarının tespiti ve bu tespite dayanılarak gerçekleştirildiği fiil cezalandırılması gerekip gerekmediği, diğer bir anlatımla kınanabilirliği hususundaki yargıyı ifade etmektedir. Suçun yapısal unsurlarının gerçekleştiğinin belirlenmesinin akabinde fail hakkında kusurlulukla ilgili bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.⁶⁰

Kusurlulukla ilgili değerlendirme ise söz konusu *hatanın kaçınılabilir olup olmadığına göre* yapılacaktır. Haksızlık hatasının kaçınılabilirliğinin tespitinde, failin kişisel olarak söz konusu somut hukuki yükümlülüğü idrak edebilirliği hakkında bir hüküm yargısı söz konusu olmaktadır.⁶¹

Kişinin gerçekleştirmiş olduğu bir haksızlıktan ötürü kınanabilmesi için toplumsal hayatı düzenleyen hukuk normlarının gereklerine uygun davranmak, haksızlık yapmamak imkân ve kabiliyetine sahip olmasına rağmen, hukuka aykırı bir davranış gerçekleştirmesi gereklidir. Fail, davranışının haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmasına ve haklı olanı tercih etme, hukuka uygun davranma imkânına sahip olmasına rağmen iradesini haksız olan davranışı yapmayı tercih etme yönünde kullanması nedeniyle kusurlu kabul edilmektedir. Failin, iradesini haksızlık teşkil eden davranışı tercih etme yönünde kullandığı için kusurlu kabul edilebilmesi için ise davranışın haksızlık teşkil ettiğinin farkında, bilincinde olması gerekir. Ancak bu şartla fail, ancak iradesini, davranışının haksızlık niteliğinde olduğunu bilmesi halinde bir tercih yapma yükümlülüğü ile karşı karşıya kaldığı söylenebilir. Davranışının hukuka aykırılığı konusunda hataya düşen failin, söz konusu haksızlık bilincine sahip olmamasından ötürü kusurlu olmadığı kabul edilir.⁶² Dolayısıyla failin hatası ancak *kaçınılmaz* bir hata niteliğinde ise kusurluluğu ve dolayısıyla ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir hata olarak kabul edilecektir.

Failin düştüğü hata, yani fiilin haksızlık oluşturduğu konusundaki hatası *kaçınılabilir* nitelikte ise kusurlu addedilecek ve fakat kusurun yoğunluğunun azalmış olması nedeniyle, kaçınılabilirliğin derecesine göre kusurun da derecelendirilmesine ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.⁶³

⁶⁰ Özgenç, s. 444; Koca/Üzülmez, s. 369.

⁶¹ Göktürk, s. 145. "Haksızlık yanılığının kaçınılabilirliği, fiilin icra edildiği an esas alınarak belirlenmelidir. Kaçınılabilirlik, üç koşulun gerçekleşmesini gerekli kılmaktadır. Birincisi, fail bakımından davranışının hukuka aykırılığını idrak edebilme imkânı bulunmalıdır. İkincisi, failin fiilin icrası sırasında davranışının hukuk düzeni karşısındaki durumunu sorgulamasını, bunun üzerinde düşünmesini gerekli kılan somut bir vesile bulunmalıdır. Üçüncüsü ise, davranışının hukuka aykırılığını idrak etmesi için mevcut imkânları kullanması failden beklenebilir olmalıdır." Göktürk, s. 149-150.

⁶² Göktürk, s. 145-146.

⁶³ Özgenç, s. 447; Koca/Üzülmez, s. 371; Göktürk, s. 141; Öztürk/Erdem, s. 303; Sözüer, s. 483; Değirmenci, s. 146.

Söz konusu hatanın kaçınılabilirliğinin belirlenmesi ise kişinin bilgi düzeyi, eğitim durumu, sosyal ve kültürel mükteşebatı, kişisel yetenekleri, bunları kullanmasının ondan ne ölçüde beklenebilir olduğu, bu hususta yeterli çabayı gösterip göstermediği gibi hususlar göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Kaçınılabilirlikten söz edebilmek için failin fiildeki haksızlık içeriğini bilebilecek durumda olmasına rağmen bilememesi hali söz konusu olmamalıdır.⁶⁴ Şayet fail, haksızlık bilgisini edinebilme imkânına sahip olup da, bu imkânı kullanmamış ise kusurlu sayılmalıdır.⁶⁵

Hatanın kaçınılabilir olduğu durumlarda, kişinin kınanabilirliğinin ortadan kalkmamasıyla birlikte kusur yoğunluğunun azaldığı genel olarak kabul edilmesine rağmen kanun metninde bu durumda cezada indirim yapılacağı öngörülmemiştir. Bununla birlikte maddenin gerekçesinde ve doktrinde, hatanın kaçınılabilir olması halinde *temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması* gerektiği⁶⁶ ifade edilmiştir. *Kanaatimizce* de bu husus, 61. maddenin birinci fıkrasının (f) ve (g) bentleri uyarınca, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı ile failin güttüğü amaç ve saik bağlamında bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Ancak bunun gerekçede değil Alman Ceza Kanunundaki⁶⁷ gibi 30. madde kapsamında açık bir şekilde düzenlenmesinde yarar bulunduğu yönündeki görüşe⁶⁸ biz de *katılmaktayız*.

Haksızlık hatası kastı değil kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olduğu için bunun tespiti halinde “beraat” kararı değil, Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 223. maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendindeki “kusurluluğu ortadan

⁶⁴ **Özgenç**, s. 447; **Koca/Üzülmez**, s. 371; **Göktürk**, s. 149 vd; **Hakeri**, s. 474; **Değirmenci**, s. 147; **Sözüer**, s. 483; **Öztürk/Erdem**, s. 303; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 655; **Akbulut**, s. 690; **Soyer Güleç**, s. 80; **Mehmet Cemil Ozansü**, “Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı”, içinde: *Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 400; **Claus Roxin**, “Yasağa İlişkin Yanılma”, (Tercüme: Osman İsfen), içinde: *Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 271; **Meraklı**, s. 430; **Özen** (2020), s. 522.

⁶⁵ **Göktürk**, s. 77; **Öztürk/Erdem**, s. 303; **Hafizoğulları**, s. 211; **Koca/Üzülmez**, s. 371; **Güngör**, “Kural Üzerinde Hata”, s. 156; **Sözüer**, s. 481; **Demirbaş**, s. 439. “İşlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği hususundaki yanılmanın kaçınılabilir olup olmadığının tayini hususunda, taksirle işlenen haksızlıklarla alakalı olarak failin kusur muhtevasının belirlenmesindeki metot izlenmelidir.” **Özgenç**, s. 447.

⁶⁶ **Özgenç**, s. 447-448; **Koca/Üzülmez**, s. 372; **Göktürk**, s. 199; **Öztürk/Erdem**, s. 304. Aksi yöndeki görüşler için bkz: **Yener Ünver**, Yeni Türk Ceza Kanunundan Kusurluluk, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 1, S. 1, Ekim 2006, s. 40; **Soyer Güleç**, s. 85.

⁶⁷ Alman Ceza Kanununun 17. maddesinde ise bu husus açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. Bkz: dipnot 19.

⁶⁸ Bkz: **Göktürk**, s. 110; **Öztürk/Erdem**, s. 304; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 437; **Koca**, s. 102; **Soyer Güleç**, s. 84; **Değirmenci**, s. 183; **Erbas**, s. 389; **Meraklı**, s. 434. Bununla birlikte, söz konusu tercihin bilinçli olarak yapıldığı, ancak uygulamada eksiklik hissedildiği takdirde madde metnine bu yönde bir hüküm eklenebileceği belirtilmiştir. Bkz: **Özgenç**, s. 414.

kaldıran hataya düşülmesi hali” söz konusu olduğundan “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilmesi gerekmektedir.

VI. YARGITAY UYGULAMASINDA HAKSIZLIK HATASI

Bu başlık altında haksızlık hatasına ilişkin Yargıtay uygulamasını 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK dönemleri bakımından ayrı ayrı ele alacağız.

A. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde

765 sayılı TCK’da haksızlık hatasına ilişkin bir düzenleme bulunmamakta idi. Bu dönemde gerek doktrinde ve gerekse uygulamada hatayla ilgili olarak, fiili hata ve hukuki hata ayrımı yapılmakta, hukuki hata ise ceza hukukunu ilgilendiren hukuki hata ve ceza hukukunu ilgilendirmeyen hukuki hata şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmakta idi. Ceza hukukunu ilgilendiren hukuki hatanın mazeret teşkil etmeyeceği bununla birlikte ceza hukukunu ilgilendirmeyen hukuki hatanın ise kastı kaldıracağı kabul edilmekte idi. Dolayısıyla mesele kast teorisinin etkisiyle suçun manevi unsurları kapsamında mütalaa edilerek, haksızlık hatasının kastı ortadan kaldıran bir hal olduğu gerekçesi ile beraat kararı verilmesi gerektiği düşünölmekteydi.⁶⁹ Yargıtay uygulaması da bu dönemde sözü edilen anlayışla uyumlu bir şekilde şekillenmiştir.⁷⁰

⁶⁹ Bkz: **Sulhi Dönmezer/Sahir Erman**, *Nazari ve Tabiki Ceza Hukuku*, Beta Basım Yayın Dağıtım, C. I, 14. Baskı, İstanbul 1997, s. 297-298; **Önder**, s. 309 vd.

⁷⁰ “...Sanık, Jandarmanın telkin ve tavsiyesine uyararak, edindiği ruhsatsız silahı, Jandarma Bölük Komutanlığı’nın muayenesine sunmuş, yapılan muayeneden sonra kendisine teslim edilen silahın muayenesinin yapıldığına dair bir de yazı verilmiştir. Sanık, jandarmanın verdiği yasal olmayan bu yazıya güvenerek ve dayanarak silahla mermilerini evinde bulundurmuştur. Olayın bu akışı içinde sanıkta suç kastının varlığından bahsedilemez.” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 24.12.1996 tarih, 8-286/296 Karar numaralı kararı, **Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç**, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 901; “...Seçim bittikten sonra muhafazası lazım gelen oy pusulalarını sanığın yakmasının, lüzum kalmadığı yolundaki kanaatinden ileri geldiğini müdafaaten beyan eylemesine göre; bu müdafaaya hilafında kastı cürmü takip ettiği hakkındaki sübut delilleri gösterilmeksizin mahkûmiyet kararı verilmesi...”. **Yargıtay 3. Ceza Dairesi**, 18.01.1951 tarihli, 10370/234 Karar sayılı kararı, bkz: **Göktürk**, s. 92; “... Sanık savunmasında suç konusu afişlerin (Kıvrıl Fakat Kırılma) isimli filme ait olduğunu, filmin sansürden geçtiğini, sinemalarda gösterildiğini ileri sürdüğüne göre, adı geçen filmin Merkez Film Komisyonu’nca oynatılmasına izin verilip verilmediği, izin verilmiş ise afişlerdeki sahnelerin filmde mevcut olup olmadığı, afişlerin film kontrol komisyonunca görülüp görülmediği hususları araştırılıp sonucuna göre eylemin kast yönünden suç teşkil edip etmeyeceğinin tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturmayla yazılı hüküm tesisi...”. **Yargıtay 5. Ceza Dairesi**, 26.04.1977 tarih, 1977/1530 Esas ve 1977/1451 Karar sayılı kararı, bkz: **Göktürk**, s. 92; “...Failin kocasının ölümü ile dul kalan kızını gayri meşru bir maksada mukarrin olmaksızın ve himaye ve sahabet niyeti ile meşru bir hareket olduğu kanaati ile zorla evine götürmesi halinde suç kastı yoktur.” **Yargıtay 1. Ceza Dairesi**, 23.12.1995 tarih, 3827 Karar sayılı kararı, bkz: **Soyer Güleç**, s. 79; “...İşyerinde II. Mahmut dönemine ait çeyrek altın bulduran sanıkta suç kastının mevcut olup olmadığı

B. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde

Bu dönemdeki Yargıtay uygulamasının henüz bir vuzuha kavuşmadığı ve kararlarda halen büyük ölçüde kast teorisinin izlerinin bulunduğu görülmektedir. Aşağıda belirli bazı suç tipleri bakımından Ceza Genel Kurulu ve ilgili Daireler tarafından verilen kararlar incelenmek suretiyle uygulama hakkında kısa değerlendirmeler yapılacaktır.

1. Cinsel İstismar Suçu Bakımından

Cinsel istismar suçu bakımından haksızlık hatası bağlamında değerlendirme yapabileceğimiz ve Yargıtay'ın sık sık gündemine gelen dört farklı formdaki olay örneğinden bahsedilebilir. **İlki**, on beş yaşından küçük olan mağdur ve/veya failin, alenen düğün yapılmak suretiyle gayri resmi olarak evlendirilmeleri nedeniyle gerçekleşen çocuğun cinsel istismarı fiilleri; **ikincisi**, on beş yaşından büyük olan faille on beş yaşından küçük bir mağdurun cinsel ilişkiye girmeleri, akabinde mağdurun hamile kalması üzerine alenen düğün yapılmak suretiyle gayri resmi olarak evlendirilmeleri nedeniyle gerçekleşen çocuğun cinsel istismarı; **üçüncüsü**, on beş yaşından büyük olan faille on beş yaşından küçük bir mağdurun cinsel ilişkiye girmeleri, ancak failin savunmasında mağdurun fiziki görünümünün on beş yaşından büyük görünmesi ya da mağdurun faile on beş yaşından büyük olduğunu söylemesi üzerine gerçekleşen cinsel istismar fiilleri; **dördüncüsü ise**, on sekiz yaşından büyük olmakla birlikte akıl hastası olan mağdur ile sağlıklı olan bir fail arasında gerçekleşen cinsel istismar fiilleri. Burada, Yargıtay kararlarına konu olan farklı formlardaki bu dört duruma ilişkin olay örnekleri ele alınacaktır.

Birinci Durum

14. Ceza Dairesinin 2015 tarihli bir kararına konu olayda, özetle; yirmi iki yaşında olan sanık H., babası İ. ile birlikte mağdurun anne ve babası olan diğer sanıklar H. ve C.den, evlenmek üzere on dört yaşındaki mağduru istemişler, mağdurun ve ebeveyni olan sanıkların rıza göstermesi üzerine yapılan düğünle mağdur ve sanık H. gayri resmi olarak evlenmişler ve sanık İ.nin evine yerleşmişlerdir. Sanık H. ve mağdur burada evlilik hayatı yaşamaya başlamışlar ve birliktelikleri sırasında birden fazla cinsel ilişkiye girmişlerdir.

tartışılmadan mahkûmiyetine karar verilmesi bozma sebebi yapılmıştır.” **Yargıtay 11. Ceza Dairesi**, 26.09.2001 tarih ve 8661 Karar sayılı kararı, bkz: **Soyer Güleç**, s. 79; “...Şehir Kulübü İdare Kurulunun isteği üzerine Kaymakamlıkça tombala oyununa izin verilmiş bulunmasına nazaran, sanığın meşruiyet düşüncesiyle ve binaenaleyh suç kastı dışında hareket ettiği anlaşılmamasına göre ...”. **Yargıtay 2. Ceza Dairesi**, 12.05.1966 tarihli ve 2551/2783 sayılı kararı, bkz: **Erman**, s. 170; “...Devlet ormanında, daha önce işgal ettiği yere ilişkin olarak hakkında açılan dava beraatle sonuçlanan sanığın, aynı yeri tekrar işgal etmesi olayında suç işlemek kastı ile hareket ettiği kabul edilemez.” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 12.02.1976 tarihli ve 879/1214 sayılı kararı, bkz: **Önder**, s. 310.

Kovuşturma devam ederken sanık H. ve mağdur resmen evlenmişler ve bir çocukları olmuştur. Bir ihbar üzerine durum ortaya çıkmış ve yapılan soruşturma sonucunda, sanıkların TCK'nın 103/1-a maddesi uyarınca cezalandırılmaları talebiyle kamu davası açılmıştır. İlk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucunda; sanıkların içinde buldukları sosyal ve kültürel çevre ile eğitim ve bilgi düzeylerine göre, işledikleri fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz ve kusurluluklarını ortadan kaldıran bir hataya düştükleri kanaatine varıldığı, zira eylemin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşülmemiş olsaydı yöre âdetlerine göre herkese açık şekilde evlenme töreni yapılmayacağını ve herkese ilan eder şekilde düğün davetiyesi dağıtılmayacağını, düğün davetiyesinin basılması ve herkese açık şekilde düğün yapılmasının, yörede küçük yaşta çocuk evlendirmenin hukuka aykırı bir davranış olmadığı hususunda yaygın bir kanı olduğuna işaret ettiği, bunun sanıkların işledikleri fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüklerini gösterdiğini ve kusurluluklarını ortadan kaldıran bir hataya düştükleri kanaatine varılarak, tüm sanıklar bakımından ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Temyiz üzerine konu 14. Ceza Dairesinin gündemine gelmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğnamede hükmün onanması talep edilmiştir.

Daire tarafından yapılan inceleme sonucunda; sanık H. hakkında mahkûmiyet hükmü verilmesi gerekirken ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi nedeniyle, diğer sanıklar hakkında ise sanık H. ile mağduru ailelerine, *evlenmelerine rıza göstermemeleri halinde birlikte kaçacaklarını bildirmeleri üzerine sanıkların da bu durumu örf, adet, toplumsal konumları ve eğitim durumları nedeniyle kabullenmek zorunda kaldıkları* için söz konusu fiili suç kastıyla gerçekleştirmediklerinden *bahisle* beraat kararı verilmesi gerekirken ceza verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilmesi şeklindeki kısa gerekçeyle bozma kararı vermiştir.⁷¹

Kararda Daire, meseleyi haksızlık hatası bağlamında ele almak yerine suçun manevi unsuru bağlamında sanıkların kastının bulunup bulunmadığı hususunda bir değerlendirme yapma yoluna gitmiştir. Ayrıca kararda ebeveyn

⁷¹ "...Suç tarihinde 15 yaşını doldurmamış bulunan mağdure ile aynı evde yaşamaya başlayıp, mağdure ile birden fazla defa cinsel ilişkiye giren sanık H. hakkında TCK'nın 103/1-a maddesi yollamasıyla TCK'nın 103/2 ve 43. maddeleri uyarınca mahkûmiyet hükmü kurulması gerekirken yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi, Sanık H. ile mağdurenin ailelerine evlenmelerine rıza göstermemeleri halinde birlikte kaçacaklarını bildirmeleri üzerine sanıkların da bu durumu örf, adet, toplumsal konumları ve eğitim durumları nedeniyle kabullenmek zorunda kaldıkları nazara alındığında, sanıklar İ., C. ve H.'nin suç kastıyla hareket ettiklerine dair şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden, atılı suçtan beraatleri yerine yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi...". **Yargıtay 14. Ceza Dairesi**, 13.01.2015 tarih ve 2013/6368 Esas, 2015/120 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

konumunda olan sanıklar bakımından yapılan değerlendirmede kullanılan “kabullenme zorunluluğu” ifadesi ve gerekçesi hukuki olmaktan uzaktır. Zira söz konusu zorunluluğun, kastı neden ve nasıl etkilediği izah edilmediği gibi, bu ifadeyle kusurluğu kaldıran bir neden olan “zorunluluk hali”nin (TCK m. 25/2) de kastedilmediği anlaşılmaktadır. Somut olayda sanıklara isnat olunan fiilin maddi ve manevi unsurlarının gerçekleştiğini söylemek gerekmektedir. Zira mağdurun on dört yaşında olduğu tüm sanıklar tarafından bilinmekte iken, önce düğün yapılmak suretiyle gayri resmi evlilik fiili gerçekleştirilmiş, akabinde sanık H. ve mağdur cinsel ilişkiye girmişlerdir. Dolayısıyla sanıkların kasten hareket ettiklerinde tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte sanıkların, fiillerinin hukuka aykırı olduğunun bilincinde oldukları, dolayısıyla haksızlık bilinciyle hareket ettiklerini söylemek mümkün görünmemektedir. Aksi takdirde, sanıkların davetiye bastırıp ilan etmek suretiyle alenen düğün yaparak, gayri resmi de olsa evlenme merasimi düzenlemelerinin hayatın olağan akışına göre izah edilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle sanıkların haksızlık hatasına düştüğü kabul edilmeli, bununla birlikte bu hatanın kaçınılabılır olup olmadığı ayrıca ele alınmalıdır. Kaçınılabilirlik bakımından, sanıkların eğitim durumları, sosyal statüleri ve hayat tecrübeleri itibariyle fiillerinin haksızlık teşkil ettiğini bilmeleri gerektiği kabulü ile hareket edildiği takdirde hatanın kaçınılmaz olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Somut olayda, sanıkların köyde yaşıyor olmaları, bu tip evliliklerin o çevrede normal kabul edilmesi, ebeveyn konumunda olan sanıkların da zamanında bu yaşlarda evlendikleri gerçeği dikkate alındığında tüm sanıklar bakımından düşülen hatanın kaçınılmaz bir haksızlık hatası olarak kabul edilmesi gerektiğini *düşünmekteyiz*. Dolayısıyla ilk derece mahkemesince verilen kararı isabetli bulmaktayız.⁷²

Daire benzer bir durumla ilgili 2019 tarihli bir başka kararına konu olan olayda, özetle; ilk derece mahkemesince; sanıkların TCK’nın 103/2. maddesinde suç olarak tanımlanan eylemi bilerek mağduru fiilen evlendirdikleri sonucuna ulaşmanın mümkün görülmediği, zira sanıkların yaşadıkları sosyal çevre, eğitim ve bilgi düzeyleri göz önüne alındığında sanıkların suç işleme kastı ile hareket ettiklerinden söz edilmesinin mümkün olmadığı, sanıkların yaşadıkları bu kültürel çevrenin etkisi ile evlenme çağına geldiğini düşündükleri çocukları mağduru akrabaları olan diğer sanık ile düğün yapmak suretiyle evlendirdikleri, dolayısıyla dava konusu olayda sanıkların eğitim, kültür ve bilgi düzeylerinin yeterli seviyede olmaması nedeniyle kaçınılmaz bir hataya düştükleri sonucuna varılması gerektiği ve düştükleri bu hata nedeniyle de suç kastı ile hareket ettiklerinden bahsedilemeyeceği ve bunun sonucu olarak da 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesinde tanımlanan, suçun kanuni tanımındaki

⁷² Söz konusu olayla ilgili aynı yöndeki görüş için bkz: **Özgenç**, s. 450.

maddi unsurları bilmeyen bir kimsenin fiili işlediği sırada kasten hareket etmiş sayılmayacağı, ayrıca işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin de cezalandırılmayacağı gerekçesiyle kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi hali bulunduğundan kişiye ceza verilemeyeceği hükmü gereğince sanıklar hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmiştir. Dosya temyiz incelemesi için Dairenin gündemine gelmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesinde ise hata hükümlerinin oluşmadığından hareketle bozma kararı verilmesi talep edilmiştir. Daire, kısa bir gerekçeyle oluşturduğu kararında; somut olayda haksızlık hatasının mümkün olmadığı ifade edilerek sanıkların müdafii huzurunda yeniden beyanlarının alınması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir.⁷³

Daire bu kararda, meseleyi haksızlık hatası bağlamında ele almak yerine suçun manevi unsuru bağlamında sanıkların kastının bulunup bulunmadığı üzerinde bir değerlendirme yapma yoluna gitmiştir.

⁷³ "...Sanıkların savunması, mağdur beyanı ve tüm dosya kapsamına göre, sanık Kadir'in onbeş yaşını tamamlamayan mağdur ile cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın cinsel ilişkiye girdiği iddia edilen olayda, 5237 sayılı TCK'nın 30/4. maddesinde düzenlenen hata halinin şartlarının oluşmadığı dikkate alınarak, 5271 sayılı CMK'nın 193 ve 196. maddelerinin amir hükmü gereği alt sınırı 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan yargılanan sanıklar Hamide ile Selim'in bizzat duruşmada hazır edilerek müdafii huzurunda savunmalarının alınmasından sonra hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi...". **Yargıtay 14. Ceza Dairesi**, 29.09.2016 tarih ve 2015/6778 Esas, 2016/6709 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 2013/307609 tarihli tebliğnamesinde ise şu ifadeler kullanılmıştır: "Söz konusu mahkemenin kararını, TCY 4. maddesinde de düzenlenmiş olan 'Ceza yasalarını bilmemek mazeret sayılmaz' şeklindeki 19. Yüzyılda ceza hukukuna hâkim olmaya başlayan ilke ve TCY 30/4. madde fıkrasındaki 'işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.' hükmü kapsamında değerlendirmek gerekirse; Başta medya olmak üzere bütün toplumsal etkileşim ve iletişim araçlarının toplumun kılcal damarlarına kadar sirayet ettiği bir dönemde, özellikle son yıllarda kız çocuklarının küçük yaşta evlendirilmelerinin, 'çocuk gelin' başlığı altında, medya başta olmak üzere neredeyse bütün toplumsal etkileşim ve iletişim araçlarıyla birlikte toplumsal düzeyde tartışmaya ve eleştiriye açıldığı gerçeği göz önünde bulundurulduğunda; hiç kimsenin, 15 yaşından küçük kız çocuklarının evlendirilmesinin yasalarda suç olarak düzenlendiğini bilmeseye bile küçük yaşta evlendirilen mağdura bir haksızlık yapıldığını ve ona zarar verdiğini bilemeyeceği iddiası gerek güncel, gerek toplumsal ve gerekse de tarihsel gerçeklikle bağdaşmayacak bir varsayımdan ibarettir. Başka bir deyişle yerel olan kültürlerin küreselleştiği, küresel olanın da yerelleştiği bir dönemde 15 yaşından küçük çocukların rızalarıyla da olsa evlendirilmesinin, mağdur çocuk bakımından bir haksızlık oluşturduğu gerçeğini bilme olanağının bulunmadığı öne sürülemez. Dolayısıyla kaçınılmaz bir hatanın varlığından söz edilemez. Aksi halde TCY 4. maddesinde de düzenlenmiş olan 'Ceza yasalarını bilmemek mazeret sayılmaz' şeklindeki ceza hukukuna hâkim olan ilke ile çelişkili bir sonuca ulaşılabacaktır. Somut olay bu bakımdan değerlendirildiğinde, sanıkların, 15 yaşından küçük kız çocuklarının evlendirilmesinin yasalarda suç olarak düzenlendiğini bilmeseler bile, 15 yaşından küçük mağduru rızasıyla da olsa evlendirmenin, mağdur çocuk bakımından bir haksızlık oluşturduğu gerçeğini bilme olanaklarının bulunmadığı öne sürülemez. Dolayısıyla sanıkların kaçınılmaz bir hatasının varlığından söz edilemez."

İkinci Durum

14. Ceza Dairesinin 2019 tarihli bir başka kararına konu olayda; ilk derece mahkemesince; "...mağdurenin annesi olan sanık A.ile sanık E.nin babası ve annesi olan sanıklar S. ve T., sanık E. ve mağdure N.yi aralarında düğün yapmak suretiyle gayri resmi şekilde evlendirmek suretiyle birlikteliklerini sağladıkları şeklindeki eylemde bu sanıkların herhangi bir ahlaki, sosyal ve cezai müeyyide gerektirmediği hususunda kaçınılmaz bir hataya sahip oldukları, bu sanıkların TCK.nun 30/4 üncü maddesinde düzenlenen hatadan yararlanmalarının gerektiği, yine sanık E.nin cinsel ilişki tarihi olan 2011 Aralık ayı itibariyle mağdurenin yaşını on altı-on yedi olarak da bildirmesi nedeniyle sanığın mağdurenin yaşını on beş yaşından büyük olduğunu bilerek hareket ettiği, zira mahkememizce 25.04.2013 tarihli duruşmada mağdurenin fiziki olarak da on altı-on yedi yaşında gösterdiğinin gözlemlendiği, bu haliyle sanığın TCK.nun 30/1 inci maddesinde düzenlenen hatadan yararlanmasının gerektiği, anlaşılmalı sanıklara atılı suçtan CMK.nun 223/3-d maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmiş..." şeklinde kurulan hüküm üzerine Daire tarafından yapılan temyiz incelemesi sonucu verilen kararda; sanık E. hakkında kurulan hükmün onanmasına, sanıklar A., S. ile T.nin ise suç tarihinden önce on beş yaşını tamamlamayan mağdureyle arkadaş olan sanık E.nin, ailelerin bilgisi ve rızası dışında cinsel ilişkiye girmeleri ve mağdurenin hamile kalarak doğum yapması üzerine E.nin anne ve babası olan sanıklar T. ve S. ile mağdurenin annesi olan sanık A.nin sosyal yaşam koşulları, toplumsal bakış açısı ve içinde yaşanılan çevrede geçerli geleneklerin getirdiği zorunluluktan dolayı mağdure ile sanık E.ye düğün yaparak gayri resmi evlendirmek mecburiyetinde kaldıkları anlaşıldığından, mevcut haliyle sanıkların suç işleme kastıyla hareket etmedikleri göz önüne alınarak atılı suçtan beraatleri yerine yazılı şekilde TCK'nın 30/4 maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi nedeniyle bozma kararı verilmiştir.⁷⁴

⁷⁴ "Sanık E. hakkında kurulan hükmün incelenmesinde; Delilleri takdir ve gerekçesi gösterilmek suretiyle ceza verilmesine yer olmadığına dair verilen hüküm usul ve kanuna uygun olduğundan, O Yer Cumhuriyet Savcısının yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına, Sanıklar A., S. ile T. haklarında kurulan hükümlerin temyiz incelemesine gelince; Dosya kapsamına göre suç tarihinden önce on beş yaşını tamamlamayan mağdureyle arkadaş olan sanık E.nin, ailelerin bilgisi ve rızası dışında cinsel ilişkiye girdiği mağdurenin hamile kalarak doğum yapması üzerine E.nin anne ve babası olan sanıklar T. ve S. ile mağdurenin annesi olan sanık A.nin sosyal yaşam koşulları, toplumsal bakış açısı ve içinde yaşanılan çevrede geçerli geleneklerin getirdiği zorunluluktan dolayı mağdure ile sanık E.ye düğün yaparak gayri resmi evlendirmek mecburiyetinde kaldıkları anlaşıldığından, mevcut haliyle sanıkların suç işleme kastıyla hareket etmedikleri göz önüne alınarak atılı suçtan beraatleri yerine yazılı şekilde TCK'nın 30/4 maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...". **Yargıtay 14. Ceza Dairesi**, 31.02.2019 tarih ve 2015/7813 Esas, 2019/4183 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

Kararda Daire, meseleyi sanık E. bakımından suçun unsurları üzerinde bir hata olarak değerlendirirken, yardım eden sıfatında olan diğer sanıklar mağdurun annesi ile E.nin anne ve babası bakımından ise fiillerini *geleneklerin getirdiği zorunluluktan* ötürü gerçekleştirmeleri nedeniyle kasten hareket etmedikleri şeklinde değerlendirmiştir. *Kanaatimizce*, sanık E. bakımından yapılan unsur hatası değerlendirmesi isabetli olmakla birlikte, diğer sanıklar bakımından yapılan değerlendirme isabetli görünmemektedir. Zira burada sanıklar mağdurun on beş yaşından küçük olduğunu bilmelerine rağmen evlendirmek suretiyle mağdur ve sanık E. arasında gerçekleşecek olan cinsel ilişkiye yardım etmiş görünmektedirler. Dolayısıyla bu sanıklar bakımından hata hükümlerinin uygulanması mümkün görünmemektedir. Ayrıca kararda kullanılan zorunluluk gerekçesi de hukuki olmaktan uzaktır, zira söz konusu zorunluluğun, kastı neden ve nasıl etkilediği izah edilmediği gibi, bu ifadeyle kusurluğu kaldıran bir neden olan “zorunluluk hali”nin (TCK m. 25/2) de kastedilmediği anlaşılmaktadır.

Üçüncü Durum

14. Ceza Dairesinin 2013 tarihli bir kararına konu olayda, özetle; önceden tanışmayan ailelerin bir ziyaret yerinde tanışmalarından sonra, resmi kayıtlara göre suç tarihinde on dört yaş beş aylık olan mağdur ile on sekiz yaşından büyük olan sanığın gayri resmi olarak evlenerek cinsel ilişkiye girdikleri, bir süre sonra resmi olarak evlenip çocuk sahibi oldukları, sanığın yargılama kapsamındaki beyanlarına göre, olay tarihinde mağdurun fiziksel olarak büyük gösterdiğini, ailesi tarafından yaşının on sekiz olarak söylendiğini, aynı şekilde sanığın babası ve annesinin de mağdurun büyük gösterdiğini, kız istemeye gittiklerinde nüfus cüzdanına baktıklarında kayıt yaşının küçük olduğunu görünce mağdurun ailesinin, kızlarının iki yaş küçük yazıldığını söylediklerini ifade ederek hataya düştüklerini savunmuşlardır. Yargılama sırasında, mağdurun babası ve annesinin beyanları ve nüfus kayıtlarının incelenmesinden, mağdurun anne ve babasının 12 çocuk sahibi olduğu ve nüfusa, üç çocuğu bir seferde, diğer çocukları da idari para cezasından muaf olmak için birer aylık süre aralıklarıyla kaydettirdikleri anlaşılmıştır. Yargılama sonunda ilk derece mahkemesince sanık ile babası ve mağdurun babası hakkında mahkûmiyet, anneler hakkında ise beraat kararı verilmiştir. Temyiz üzerinde dosyayı ele alan Daire ise, Devlet Hastanesi raporunda mağdurenin on altı-on yedi yaş, D. Üniversitesi raporunda on sekiz yaş olarak belirtip suç tarihine göre on beş yaşın ikmaline hatta on altı yaşına denk gelmesi, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Dairesi ve Adli Tıp Genel Kurulu raporlarında ise, suç tarihinde mağdurun yaşının on beş yaş içinde ancak *bu yaşı bitirmemiş* olarak belirtilmesi ve raporlar arasında çelişki bulunması, bu hususun doktorlar nezdinde dahi bir hataya neden olabileceğini göstermesi dikkate alındığında, tüm sanıkların TCK'nın 30/1 ve 2. maddelerinde belirtilen, atılı suçun unsurlarını veya 30/4. maddesinde ifade

edilen şekilde yaş konusundaki tereddüt nedeniyle işledikleri fiillerin haksızlık oluşturduğunu bilerek atılı suçları işledikleri sabit olmadığından beraat kararı verilmesi gerektiğini ifade ederek bozma yönünde karar vermiştir.⁷⁵

Olaya ilişkin yargılama kapsamında mağdurun gerçek yaşının temini için alınan raporlarda farklı tespitler yapılmış, en son Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunca düzenlenen raporda ise mağdurun suç tarihinde on beş yaşını bitirmemiş olduğu kanaatine varılmıştır. Sanık ve sanığın anne babası konumunda olan sanıkların mağdurun yaşı konusunda, gerek mağdurun görünümü itibarıyla büyük göstermesi, gerekse mağdur ile anne ve babası olan sanıklar tarafından ilk etapta mağdurun on sekiz yaşında olduğunun ve akabinde yaşının küçük yazdırıldığına söylenmesi nedeniyle hataya düştükleri anlaşılmaktadır. Söz konusu hata suçun maddi unsurlarından birisi olan mağdurun kişisel özellikleriyle ilgili bir husus olduğu için somut olayda bir unsur hatası (TCK m. 30/1) gerçekleşmiştir ve bu sanıklar bakımından beraat kararı verilmelidir. Mağdurun anne ve babası konumunda olan sanıkların ise her ne kadar resmi kayıtlarda küçük görünse de mağdurun gerçekte on beş yaşından büyük olduğunu bilmeleri ve ayrıca yargılama kapsamında alınan bilirkişi raporlarından her türlü şüpheden uzak bir şekilde mağdurun on beş yaşından küçük olduğuna ilişkin bir tespitin de yapılamaması nedeniyle suç kastıyla hareket etmedikleri anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu sanıklar bakımından esasen bir hata söz konusu olmadığından suçun manevi unsurunun

⁷⁵ “...Daha önceleri tanışmayan ailelerin bir ziyaret yerinde tanışmalarından sonra kayden 10.03.1991 doğumlu olup, suç tarihinde 14 yaş 5 aylık olan mağdure ile sanık M.L.nin gayri resmî evlenerek cinsel ilişkiye girdikleri, daha sonra ise 14.03.2008 tarihinde resmî nikahla evlenip çocuk sahibi oldukları olayda, sanık M.L.nin, olay tarihinde mağdurenin fiziksel olarak büyük gösterdiğini, ailesi tarafından yaşının 18 olarak söylendiğini, sanık M.L.nin babası ve annesi olan sanıklar M.Z.nin ile C., mağdurenin büyük gösterdiğini, kız istemeye gittiklerinde nüfus cüzdanına baktıklarında kayıt yaşının küçük olduğunu görünce kızın ailesinin kızlarının iki yaş küçük yazıldığını, gerçekte yaşının 2,5 yaş büyük olduğunu söylediklerini, mağdurenin babası ve annesi olan sanıklar A. ve V.de, kızlarının iki yaş küçük yazıldığını, nüfus kaydındaki yaşından iki yaş büyük olduğunu ifade etmeleri, ifade ve anlatımların birbirlerini tamamlamaları, sanık A.nın 12 çocuk sahibi olup 3 çocuğu bir kez de, diğer çocukları da idari para cezasından muaf olan bir aylık sürelerle ait dönemde nüfusa tescilli olması, S. Devlet Hastanesi raporunda mağdurenin 16-17 yaş, D. Üniversitesi raporunda 18 yaş olarak belirtip suç tarihine göre 15 yaşın ikmaline hatta 16 yaşına denk gelmesi, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Dairesi ve Adli Tıp Genel Kurulu raporlarında ise 15 yaş içinde ancak bu yaşı bitirmemiş olarak belirtmeleri ve raporlar arasında çelişki olması, bunun doktorlar nezdinde dahi bir yanlış olabileceğini göstermesi dikkate alındığında, sanıkların TCK.nın 30/1 ve 2. maddelerinde belirtilen atılı suçun unsurlarını veya aynı Kanunun 30/4. maddesinde ifade edilen şekilde yaş konusundaki tereddüt nedeniyle işlediği fiillerin haksızlık oluşturduğunu bilerek atılı suçları işledikleri hususunda bir şüphenin ortaya çıktığı, sanıkların yaş hususunu kesin olarak bildikleri ve buna rağmen atılı suç işlediklerine dair sübuta yeter kesin ve inandırıcı deliller bulunmadığı anlaşıldığından, sanıkların beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetlerine karar verilmesi...”. **Yargıtay 14. Ceza Dairesi**, 11.12.2013 tarih ve 2012/853 Esas, 2013/13088 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

mevcut olmaması yani kasıt yokluğu nedeniyle beraat kararı verilmelidir. Fakat Daire, kararında hatalı olarak tüm sanıklar bakımından TCK'nın hem 30/1, hem 30/2, hem de 30/4. maddeleri uyarınca beraat kararı verilmesi düşüncesiyle bozma kararı vermiştir. Oysa söz konusu fıkraların her biri hatanın farklı formlarına ilişkin düzenlemelerdir. Bu nedenle Dairenin kararı isabetli bir şekilde gerekçelendirilerek formüle edilmemiştir.

Ceza Genel Kurulunun 2014 tarihli bir kararına konu olayda, özetle: meslek yüksek okulu öğrencisi olan sanık ile lise birinci sınıf öğrencisi olan mağdur internet üzerinden tanışmışlar ve yaklaşık altı ay süreyle arkadaşlık yapmışlar, bu süre içerisinde birkaç kez mağdurun rızası ile cinsel ilişkiye girmişler, ihbar üzerine başlatılan soruşturma devam ederken sanık ve mağdur resmi olarak evlenmişlerdir. Soruşturma sonucunda açılan kamu davası uyarınca yapılan yargılama kapsamında, nüfus kaydına göre on dört yaş beş aylık olup bu yaşı Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulunca doğrulanan mağdurun, sanığa baştan beri kendisinin on altı yaşı içerisinde olduğunu söylediğinin anlaşılmasına rağmen ilk derece mahkemesi bu savunmalara itibar etmeyerek sanığın mahkûmiyetine karar vermiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine 14. Ceza Dairesi, suçun oluşumuna etkisi bakımından mağdurun beslenme düzeni, hormonal gelişimi gibi faktörler dikkate alınarak nüfusa kayıtlı yaşından daha büyük gösterip göstermediği hususunda tam teşekküllü bir devlet hastanesi veya adli tıp kurumundan rapor alınması ve bu husus mahkemece de gözlemlenildikten sonra kaçınılmaz hata halini düzenleyen TCK'nın 30. maddesi gözetilerek hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi nedeniyle bozma kararı verilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yoluna gitmesi⁷⁶ üzerine dosya Ceza Genel Kuruluna taşınmıştır.

⁷⁶ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz gerekçesinde şu ifadeler kullanılmıştır: “Mağdurenin sanığa 16 yaşında olduğuna ilişkin beyanları yaşa itiraz olarak değerlendirilebileceği ancak mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı ve kaçınılmaz bir hatanın da söz konusu olmadığı olayda TCK.nun 30. maddesindeki hata hallerinin mevcut olmadığı, Yüksek 14. Ceza Dairesinin uygulamaları incelendiğinde; 15 yaşından küçük mağdureler ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunan ancak bilahare mağdure ile resmi evlilik yapan veya birlikte yaşamaya devam eden ve ortak çocukları olan sanıklar ile alakalı davalarda, mağdurenin görünüm itibarıyla 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı hususunun, TCK.nun 30. maddesi bağlamında değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle bozma kararları verildiği görülmektedir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundaki 434. madde benzeri bir düzenlemenin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bulunmaması karşısında, aile birliğini sağlamaya matuf bir uygulamanın hukuki olmaktan ziyade vicdani olarak değerlendirildiği kanaati uyandırmaktadır. Aynı durumda olup da resmi evlilik gerçekleştirilmeyen sanıklar yönünden haksızlık oluşturabilecek bu uygulama, cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçunu cebir veya tehdit ile gerçekleştiren sanıklar açısından da uygulanabilirliği düşünüldüğünde, bu nitelikteki suçları işleyenlerin daha az ceza almaları veya eylemlerinin şikâyete bağlı suça dönüşme ihtimali karşısında, adaletsiz ve kamu vicdanını zedeleyen kararların verilmesine yol açabileceği düşünülmektedir.” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 04.02.2014 tarih ve 2013/14-478 Esas, 2014/34 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

Genel Kurul meseleyi, *sanık hakkında TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma imkânının bulunup bulunmadığı ve bu bağlamda eksik araştırma ile hüküm kurulup kurulmadığının belirlenmesi sorunu* üzerinden ele almıştır. Kararda; kast, hata ve cinsel istismar suçuna ilişkin açıklamalar yapıldıktan sonra, sanık ile mağdurun internet üzerinden tanıştıkları ve yaklaşık altı ay süreyle arkadaşlık yaptıkları sabit olan olayda, meslek yüksek okulu öğrencisi olan sanığın lise birinci sınıf öğrencisi olan mağdurun on beş yaşından küçük olduğunu bilmemesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı belirtilerek, TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartlarının mevcut olmadığı, bu nedenle on beş yaşını tamamlamamış olan mağdur ile zincirleme şekilde rızasıyla cinsel ilişkide bulunan sanığın mahkûmiyetine ilişkin yerel mahkeme kararının (oyçokluğuyla) isabetli olduğunu belirterek bozma kararının kaldırılması yönünde karar vermiştir.⁷⁷

Somut olayda, sanık her ne kadar mağdurun lise birinci sınıfa gittiğini biliyor ise de, bu bilgi mağdurun on dört yaşında olduğunu bilmesi gerektiğine ilişkin varsayımı haklı kılmak için yeterli değildir. Çünkü mağdur okula geç başlamış, sınıflar arasında ara vermiş veya sınıfta kalmış olabilir. Ayrıca görünüm itibarıyla de yaşlılarından daha olgun bir görünüme sahip olabilir. Dolayısıyla mağdurun sanığa, yaşının on altı olduğunu söylediği de dikkate alındığında sanığın mağdurun yaşı konusunda hataya düşmesi mümkün görünmektedir. Bu nedenle Dairenin bozma kararı isabetli olmakla birlikte, 30.

⁷⁷ “Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurun yaşına ilişkin bu hatasından yaralanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir. Suçun maddi unsurlarında hata hali faile ilişkin bir durum olduğundan, bu hususun fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerekmekte olup, kural olarak mahkemece suçun maddi unsurlarında hataya düşülüp düşülmediğine ilişkin bir araştırma yapılmayacaktır. Bu bilgiler ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; Sanık ile mağdurenin internet üzerinden tanıştıkları ve yaklaşık altı ay süreyle arkadaşlık yaptıkları sabit olan olayda, meslek yüksek okulu öğrencisi olan sanığın lise birinci sınıf öğrencisi olan mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığından, 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları mevcut değildir. Bu nedenle, onbeş yaşını tamamlamamış olan mağdure ile zincirleme şekilde rızasıyla cinsel ilişkide bulunan sanığın çocukların cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme kararı isabetlidir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmelidir.” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 04.02.2014 tarih ve 2013/14-478 Esas, 2014/34 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

maddedeki hata hallerinden hangisinin söz konusu olma ihtimali bulunduğu belirtilmemesi bir eksiklik. *Kanaatimizce*, somut olayda haksızlık hatasının değil mağdurun kişisel özelliklerinden kaynaklanan bir unsur hatasının (TCK m. 30/1) koşullarının oluşup oluşmadığı araştırılmalıdır.⁷⁸

Ceza Genel Kurulunun 2014 tarihli bir başka kararına konu olayda, özetle; nüfus kaydına göre suç tarihinde on beş yaşında olan ve bu yaşını henüz tamamlamamış olan mağdur ile on yedi yaşındaki suça sürüklenen çocuğun anlaşarak kaçtıkları ve birden fazla kez cinsel ilişkiye girdikleri, daha sonra önce gayri resmî olarak evlenip birlikte yaşamaya devam ettikleri, bilahare resmî olarak evlenip çocuk sahibi oldukları ve halen evlilikleri devam ederken başlatılan soruşturma sonucunda kamu davası açılmıştır. Yargılama kapsamında; suça sürüklenen çocuğun tüm aşamalarda mağdurun kendisine on altı yaşında olduğunu söylediğini beyan ettiği ve mağdurun de bunu doğruladığı anlaşılmış ancak mağdurun resmi kayıtlara göre hastanede doğması nedeniyle ilk derece mahkemesi suça sürüklenen çocuğun beyanlarına itibar etmeyerek daha ileri bir araştırma yapmaksızın TCK'nın 103/1. maddesi uyarınca mahkûmiyet kararı vermiştir. Dosyanın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 14. Ceza Dairesi, Adli Tıp Kurumunun uygulamalarına göre bazen kişinin kemik yaşının, hormonal gelişim ve beslenme gibi nedenlerle gerçek yaşa göre farklılık gösterebileceğinin bilinmesi karşısında, mağdurun suç tarihi itibarıyla on beş yaşından büyük gösterip göstermediği, sanığın mağdurun yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı hususlarının, ilk derece mahkemesince dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemini de tespit ederek ve gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırmak suretiyle belirlendikten sonra TCK'nın 30. maddesi gözetilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulduğu gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. Buna karşın, dosyayı tekrar ele alan ilk derece mahkemesi; uzun süredir tanışan ailesini mağdurun ailesine kız istemek için gönderen ve mağdurun ailesinin yaş küçüklüğü nedeniyle

⁷⁸ Daire, benzer bir olaya ilişkin 2015 tarihli bir başka kararında, “kaçınılmaz hata” tabirini kullanmakla birlikte TCK'nın 30. maddesi uyarınca beraat karar verilmesi gerektiğini belirterek bozma kararı vermiştir. “İlk derece mahkemesinde verilen hükümler temyiz edilmekle, mağdurenin 21.12.2011 tarihli duruşmadaki ifadesini içeren dosyada mevcut CD'ye aktarılmış görüntü ve ses kaydı da heyetimizce izlenmek suretiyle dosya incelenerek gereği düşünüldü: Nüfus kaydına göre 14 yıl 2 aylık olup 21.12.2011 tarihli duruşmada mahkemece de onbeş-onaltı yaşlarında görüldüğü gözlemlenen mağdurenin beyanı ve savunmaya göre, mağdurenin sanıkla yaklaşık yirmi gün önce tanıştığı ve olay tarihinde kendisinin onaltı-onyediyi yaşında olduğunu söylediğinin anlaşılması karşısında, 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesindeki kaçınılmaz hata hali de gözetilerek sanık hakkında atılı suçlardan beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyet hükümleri kurulması...”. **Yargıtay 14. Ceza Dairesi**, 08.12.2015 tarih ve 2014/283 Esas, 2015/11440 Karar sayılı kararı, *Uyap Karar Bilgi Bankası*.

kızlarını vermediğini öğrenen suça sürüklenen çocuğun, mağdurun resmi yaşını bilmediği yönündeki iddiasına itibar edilmemesi gerektiğini belirterek kararında direnmiş ve dosya Ceza Genel Kuruluna taşınmıştır.

Genel Kurul meseleyi, *sanık hakkında TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma imkânının bulunup bulunmadığı ve bu bağlamda eksik araştırma ile hüküm kurulup kurulmadığının belirlenmesi sorunu* üzerinden ele almıştır. Kararda; kast, hata ve cinsel istismar suçuna ilişkin açıklamalar yapıldıktan sonra; hastane doğumlu olup suç tarihinde on dört yaşında olan mağdur ile suça sürüklenen çocuğun aynı köyde ikamet etmeleri, iki yıl gibi uzun bir süre arkadaşlık yaparak evlenmeye karar vermeleri, mağdurun yaşının küçük olması sebebiyle ailesinin evlenmelerine izin vermemesi, bunun üzerine mağdur ve sanığın rızalarıyla birlikte kaçıp yirmi yedi gün birlikte yaşamaları ve bu süre içinde birden çok kez rızayla cinsel ilişkiye girmeleri şeklinde gerçekleşen olayda; suça sürüklenen çocuğun mağduru uzun süredir tanması ve ailesinin yaşı küçük olduğu için evlenmelerine izin vermediğini bilmesi karşısında, mağdurun on beş yaşından küçük olduğunu bilmemesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığını ve bu nedenle TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata halinin uygulanma koşullarının mevcut olmadığı ve bu konuda mahkemece araştırılması gerekli başkaca bir husus da bulunmadığını (oy çokluğuyla) belirterek bozma kararının kaldırılması yönünde karar vermiştir.⁷⁹ Buna karşın karara muhalif kalan üyeler,

⁷⁹ "...Suçun maddi unsurlarından birisi de mağdur olup, kanun koyucu 5237 sayılı TCK'nun 103. maddesinde üç grup mağdura yer vermiştir. Birincisi onbeş yaşını tamamlamamış olan çocuklar, ikincisi onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmemiş olan çocuklar, üçüncüsü ise onbeş yaşını tamamlayıp onsekiz yaşını tamamlamamış çocuklardır. Birinci ve ikinci grupta yer alan çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın dahi gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış istismar suçunu oluşturmakta, eylemin bu kişilere karşı cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi ise anılan maddenin dördüncü fıkrası uyarınca cezanın yarı oranında artırılmasını gerektirmektedir. Üçüncü grupta yer alan çocuklar yönüyle eylemin suç oluşturması için gerçekleştirilen cinsel davranışların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Nitekim cebir, tehdit ve hile olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, anılan kanunun 103. maddesinde düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçundan değil, şikâyet üzerine 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktır. Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikâyetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurun yaşına ilişkin bu hatasından yaralanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir. Suçun maddi unsurlarında hata hali faille ilişkin bir durum

daha ziyade ülkenin sosyolojik gerçeklerine ve cezanın ölçüsüzlüğüne vurgu yaparak somut olayda haksızlık hatası hükümlerinin uygulanması bakımından yerel mahkemece 14. Ceza Dairesinin kararına uygun olarak araştırma yapılması gerektiğinden bahisle karara iştirak etmediklerini belirtmişlerdir.⁸⁰

olduğundan, bu hususun fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerekmekte olup, kural olarak mahkemece suçun maddi unsurlarında hataya düşülüp düşülmediğine ilişkin bir araştırma yapılmayacaktır. Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Hastane doğumlu olup suç tarihinde ondört yaşında olan mağdure ile sanığın aynı köyde ikamet ettikleri, iki yıl gibi uzun bir süre arkadaşlık yaparak evlenmeye karar verdikleri, mağdurenin yaşının küçük olması sebebiyle ailesinin evlenmelerine izin vermediği, bunun üzerine mağdure ve sanığın rızaen birlikte kaçıp yirmiyedi gün birlikte yaşadıkları ve bu süre içinde birden çok rızayla cinsel ilişkiye girdikleri olayda; sanığın mağdureyi uzun süredir tanması ve ailesinin yaşı küçük olduğu için evlenmelerine izin vermediğini bilmesi karşısında, mağdurenin onbeş yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına aykırı olup somut olayda TCK'nun 30. maddesinde düzenlenen hata halinin uygulanma şartları mevcut değildir. Bu konuda mahkemece araştırılması gerekli başkaca bir husus da bulunmamaktadır. Bu itibarla, usul ve kanuna uygun olan yerel mahkeme direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir.” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 10.06.2014 tarih ve 2013/14-749 Esas, 2015/277 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

⁸⁰ “...8-Yasama Organının kanun yaparken hâkimin adaletli bir karar vermesi için özel olarak hata müessesesini kanuna koyması, bu hükmün uygulanmasını gerektirir. Aile kurduğunu düşünen ve bu birlikteliğinden çocukları olan evlilikleri, bunlar iyi niyetle yapılan hatalar olduğundan, kişileri bu hatalarından dolayı kanunun hata düzenlenmesinden yararlandırmak gerekir. Kötüye kullanılmaya sebebiyet verecek eski kanun zamanındaki uygulamalara da fırsat verilmemelidir. (Cezadan kurtulmak amacıyla cinsel saldırı mağdurları ile evlenme halinde dava ve cezanın ertelenmesi) Uygulanması için kanuna konan hata müessesesini uygulamamak, birkaç kişiyi taksirle öldürene, yağma yapana daha az ceza uygulandığı bir sistemde 5 yıl 6 ay 20 gün hapis cezası verilmekle hatalı bir uygulamaya gidilmiştir. Eğer bu olay 23.06.2008 de olmuş olsaydı mağdure 15 yaşını doldurmuş, cinsel özgürlüğüne kavuşmuş olacak ve suç olmadığından sanığa ceza verilmeyecektir. Bu cinsel beraberlikte mağdurenin de kusuru ve zorlayıcılığı olduğu unutulup sanığı 5 yıl 6 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırmak, adalet, hakkaniyet ve hiçbir felsefi düşünce ile bağdaştırmak mümkün değildir. 9- Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde Kanunun amaçları arasında ‘Toplum barışını korumak’ hükmü de var. Her haliyle hataya düştüğü apaçık ortada olan sanığın resmi evliliğini sona erdirmeye sonucunu doğuracak 5 yıl 6 ay 20 gün hapis cezasıyla toplum barışı korunamaz. Bu uygulama boşanmaların arttığı bir dönemde toplumsal barışa hizmet etmeyecektir. Sanık ile mağdurenin ortak çocuklarından biri bugün itibarıyla beş yaşında olup eğitim çağındadır. Bir eş ve iki çocuğun bakım ve iyesini karşılamak zorunda olan bir babayı 5 yıl 6 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırmak adil olmayacaktır. Onbeş yaşını doldurmasına bir gün kala mağdure bayanla rızasıyla cinsel ilişkiye girmede, belki mağdure bayanla aynı yaşta olan erkek için 8 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası, (Son düzenlemeyle en az 20 yıl) 15 yaşını saat farkıyla doldurduktan sonra cinsel özgürlük ve hiç ama hiç ceza öngörülmemesi ve şikâyet hakkının küçüğe tanınmasını adaletli saymak mümkün değildir. Bu büyük bir çelişkidir. Bunun üzerinde de düşünmemiz gerekir, 10- Çocukların evlenmelerinin önüne geçilmesi bir zorunluluktur. Bunun üzerinde ciddiyetle de durulmalıdır. Çünkü bunun sakıncalarını görmekteyiz, ancak gerekli eğitim ve bilgilendirmeyi yapmadan, bir yanlışlığı sona erdirmek amacıyla sonuçları çok ağır olan uzun süreli hapislerle bu yanlışlığı ortadan kaldırmak mümkün değildir. Kaldı ki zorunlu eğitimin 12 yıla çıkmasıyla bu gibi evlilikler

Kanaatimizce somut olayda, mağdurun ailesinin, mağdurun yaşının küçük olması nedeniyle sanık ve mağdurun gayri resmi olarak da olsa evlenmelerine razı olmamalarına rağmen birlikte kaçıp karşılıklı rızaları ile cinsel ilişkiye girilmesi şeklinde gerçekleşen fiil bakımından, ne unsur hatası ne de haksızlık hatasından söz edilebilir. Dolayısıyla Genel Kurulca verilen karar isabetli görünmektedir.

Dördüncü Durum

14. Ceza Dairesinin 2019 tarihli bir kararına konu olayda, özetle: Bursa’da ikamet eden on sekiz yaşından büyük ve akıl hastası (bipolar mizaç bozukluğu) olan mağdur ile sanıklardan Ü.nün 2010 yılının yaz aylarında Facebook adlı sosyal paylaşım sitesi vasıtası ile tanıştıkları, Ü.nün mağdura ait cep telefonu numarasını amcasının oğlu E.ye verdiği, E.nin mağdurun kullandığı telefonla mesaj göndermesi üzerine tanışıp görüşmeye başladıkları, telefon görüşmeleri sırasında E.nin mağduru Balıkesir’e davet ettiği, suç tarihinde mağdurun E. ile görüşmek için Balıkesir’e geldiği, E. ile buluştukları, mağdur ile parkta buldukları sırada E.nin V. ve G.yi parka çağırdığı, buradan hareketle hep birlikte Balıkesir ili S. mahallesinde bulunan ve sanık G.nin arkadaşı olan diğer sanıklar O. ve C.nin birlikte kaldıkları iki katlı eve gittikleri, evde

sona erecektir, çünkü eğitim en az 18 yaşına kadar devam edecektir. Yapılan bu uygulama ile kamuoyunda ‘çocuk gelinler’ olarak adlandırılan, hiçbir maddi güvencesi olmayan, her zaman mağdur olan genç kızların, olaydan 8-10 yıl geçtikten sonra, yanında 2 çocuğu ile yüzüstü bırakılıp, eşinin cezaevine konması hiçbir şekilde açıklanamaz. Mağdure bugün itibariyle ‘çocuk gelin’ olmaktan çıkmış, 21 yaşında iki çocuk annesi bir kadındır. Uygulama ile mağduriyetlere yol açılmıştır. ...Günümüz evliliklerinin bir yıldan fazla devam etmesi başarı sayılırken, yaklaşık on yıla yakındır beraber olan sanık ve mağdurenin evliliklerine dönüştürücü adaletin bir gereği olarak olumlu katkıda bulunmak gerekirdi. 12- Kanunlar sorunları çözmez. Sorunların çözümü için uygun kurallar manzumesini ortaya koyarlar. Sorunları çözecek olanlar, bu kuralların uygulayıcıları, yani karar vericilerdir. Mahalli mahkeme Yargıtay’ın bozma kararı doğrultusunda işlem yapmayarak, şimdiye kadar açıkladığımız bu sorunu çözücü ve çıkış yolu sunacak bir çözümü kapatarak üzerine düşeni yerine getirmemiştir. TBMM, Mahkemeler ve Yargıtay bu sorunu çözemedi, bundan sonra Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir çıkar yol olarak kaldığını düşünüyoruz. 10 yıla yaklaşan ve iki çocukla devam eden mutlu bir evliliği cinsel istismar olarak değerlendiremeyecek olduğumuzdan; ‘Türk Milleti Adına’ yargılama yapan yargının bir sujesi olarak; Mağdure ile aynı köylü olan ve yaşları birbirine yakın olan mağdure ile cinsel beraberlik yaşayıp daha sonra evlenen sanık TCK’nın 30/4. maddesinde düzenlenen ‘İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen’ kişi olduğundan bu hatasından yararlandırılması gerektiğinden, hem bu sebepten hem de 14. Ceza Dairesinin mağdurun görünüm yaşındaki hata nedeniyle araştırma yapılması yönündeki bozma kararı doğrultusunda mahalli mahkemece işlem yapılması gerektiğini düşündüğümüzden direnme kararı yerinde değildir. Açıkladığımız bu nedenlerden dolayı mahalli mahkeme kararının bozulması gerektiğini düşündüğümüzden sayın çoğunluğun onama yönündeki görüşlerine katılmıyoruz.” Muhalefet Şerhi, **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 10.06.2014 tarih ve 2013/14-749 Esas, 2015/277 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

buldukları sırada sanıklar E., V. ve G.nin mağdurla, onun rızası ile cinsel ilişkiye girmişlerdir. Yapılan yargılama sonunda ilk derece mahkemesi; sanıkların mağdurda var olan akıl hastalığını bilmedikleri ve alınan Adli Tıp Kurumu raporuna göre de mağdurdaki bu rahatsızlığın hekim olmayan kişilerce anlaşılamayacağı ve bu haliyle suç tarihinde on sekiz yaşından büyük mağdur ile rızası ile ilişkiye giren sanıkların akıl hastası olan mağdur yönünden hataya düştüklerinin kabulü gerekeceği anlaşılmakla sanıklar hakkında TCK'nın 30/4 maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilmiştir. Katılanın temyizi üzerine dosya Dairece incelenerek karara bağlanmıştır.

Daire kısa bir gerekçeyle oluşturduğu kararında; mahkemece, mağdurdaki psikiyatrik bozukluğun hekim olmayanlarca anlaşılamayacağı ve sanıkların da bu durumu bilmedikleri kabul edildiği halde, suç işleme kastı bulunmayan sanıkların suçun manevi unsurunun yokluğu nedeniyle beraatleri yerine yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi kanuna aykırı bulunarak kararın “*sanıkların üzerlerine atılı suçun kanuni unsurları itibariyle oluşmadığı anlaşıldığından 5271 sayılı CMK'nın 223/2-c. maddesi gereğince beraatlerine*” şeklinde düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir.⁸¹

⁸¹ “...Katılan vekilinin temyiz talebinin incelenmesinde ise; Mahkemece mağduredeki psikiyatrik bozukluğun hekim olmayanlarca anlaşılamayacağı ve sanıkların da bu durumu bilmedikleri kabul edildiği halde, suç işleme kastı bulunmayan sanıkların suçun manevi unsurunun yokluğu nedeniyle beraatleri yerine yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, Kanuna aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi gereğince Bozulmasına, ancak bu hususun yeniden duruşma yapılmaksızın aynı Kanunun 322. maddesinin verdiği yetki uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hükümlerin bir (1) numaralı bölümünün ikinci paragrafında yer alan ‘... TCK'nun 30/4. Maddesine istinaden CMK'nun 223/3-d. Maddesi gereğince sanıklara Ceza Verilmesine Yer Olmadığına,’ ibaresinin çıkartılarak yerine ‘...sanıkların üzerlerine atılı suçun kanuni unsurları itibariyle oluşmadığı anlaşıldığından 5271 sayılı CMK'nın 223/2-c. maddesi gereğince Beraatlerine,’ iki numaralı (2) bölümdeki ‘...ceza verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden...’ kısmının çıkartılıp ‘beraat kararı...’, üç numaralı (3) bölümdeki ‘...ceza tertibine yer olmadığına karar verildiğinden...’ bölümünün çıkartılıp ‘beraat kararı verildiğinden’ ibarelerinin eklenmesi suretiyle sair yönleri usul ve kanuna uygun olan hükümlerin Düzeltilerek Onanmasına, 25.04.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.” **Yargıtay 14. Ceza Dairesi**, 25.04.2019 tarih ve 2015/4858 Esas, 2019/9343 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*. Dairenin aynı yöndeki bir başka kararı şu şekildedir: “...Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 29.08.2012 tarihli, 3342 sayılı raporunda, kendisinde orta ile hafif derece sınırında zekâ geriliği saptanan mağdurede zekâ geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılabilabileceği ancak yakın çevresinde ve kendisini tanıyanlarca anlaşılabilabileceğini belirtilmesi ve mağdurenin yakın çevresinde yaşamayan sanıkların mağdurede mevcut zekâ geriliğini bildiklerine dair somut bir delilin de bulunmaması karşısında, rızaya dayalı olarak mağdureyi Savaştepe’den Adana’ya götüren ve burada rızasıyla cinsel ilişkiye giren sanık A. ile bu sanığın eylemlerine iştirak eden diğer sanık R.’nin atılı suçlardan beraatleri yerine akıl hastalığı hususunda hataya düştükleri gerekçesiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...”. **Yargıtay 14.**

Kanaatimizce, Dairenin yorumu isabetli görünmektedir. Zira burada suçun maddi unsurlarından birisi mağdurun akıl hastası olmasıdır. Kanun koyucu akıl hastalığıyla malul olan kimselerin cinsel ilişki konusundaki rızalarına değer tanımamış, bu hususun bilinmesine rağmen mağdurla cinsel ilişkiye girilmesini cinsel istismar suçu olarak kabul etmiştir. Fakat somut olayda sanıklar ve mağdur arasında gerçekleşen cinsel ilişkide, sanıklar mağdurun akıl hastası olduğunu bilmemektedirler. Sanıklar, yetişkin olması nedeniyle rıza ehliyetine sahip olmadığını bilmedikleri mağdurun rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini düşünmüşlerdir. Bu nedenle sanıklar, mağdurun akıl hastası olduğunu bilmedikleri için hukuka uygunluk nedeni olan “rıza” hususu bakımından bir değerlendirme yapmamışlar ve herhangi bir hataya düşmemişlerdir. Dolayısıyla sanıklar fiillerini, suçun maddi unsurlarından birisini, mağdura ilişkin özel bir durum olan akıl hastalığının varlığını baştan itibaren bilmeksizin gerçekleştirmişler, bir başka deyişle sanıklar fiillerini tipikliğin objektif unsurlarının varlığını bilmeksizin gerçekleştirmişlerdir. Bu nedenle somut olayda sanıkların kasten hareket ettiğini söylemek mümkün değildir.⁸²

Öte yandan, şayet sanıklar mağdurun akıl hastası olduğunu bilselerdi ve fakat on sekiz yaşından büyük olduğundan hareketle cinsel ilişkiye yönelik rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu düşünerek, bir başka ifadeyle aslında var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olduğu zannıyla fiillerini gerçekleştirdiklerini beyan etselerdi, meseleyi hukuka uygunluk nedeninin varlığında hataya düşülmesi nedeniyle *dolaylı haksızlık hatası* bağlamında ele almak ve bu hatanın kaçınılabilir olup olmadığını araştırmak gerekirdi.

Ceza Dairesi, 27.06.2019 tarih ve 2015/5016 Esas, 2019/10434 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

⁸² Ancak 14. Ceza Dairesi, benzer bir olayla ilgili olarak 2019 tarihli bir başka kararında; haksızlık hatası nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı yönünde verilen bir ilk derece mahkemesi kararının, aynı gerekçe ile beraat kararı verilmesi gerektiğinden hareketle düzeltilerek onanmasına karar vermiştir: “...Sanık hakkında beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan dolayı 5237 sayılı TCK’nın 30/4. maddesi kapsamında hata nedeniyle beraat kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi, Kanuna aykırı, katılan mağdure vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK’nun 321. maddesi gereğince Bozulmasına, ancak bu hususun yeniden duruşma yapılmaksızın aynı Kanunun 322. maddesinin verdiği yetkiye istinaden düzeltilmesi mümkün bulunduğu sanık hakkında kurulan hükümde yer alan ‘...ceza verilmesine yer olmadığına...’ ibaresinin çıkartılarak yerine ‘...CMK’nın 223/2.c maddesi gereğince beraatine...’ ibaresinin yazılması suretiyle sair yönleri usul ve kanuna uygun olan hükmün Düzeltilerek Onanmasına...”. **Yargıtay 14. Ceza Dairesi**, 20.06.2019 tarih ve 2015/6505 Esas, 2019/10164 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

2. Terör Örgütüne Üye Olma Suçu ve Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar Bakımından

16. Ceza Dairesinin 2018 tarihli bir kararına konu olayda, özetle; 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen darbe teşebbüsü sırasında, darbe teşebbüsü fiilinden daha önceden haberdar olduğu anlaşılan astsubay rütbesindeki sanık Y.nin, ...nolu Zırhlı Tugayda er olarak mecburi askerlik hizmetini yapan diğer sanıkları, İstanbul Valiliğine yönelik olarak gerçekleştirdiğini söylediği terör saldırısına müdahale edileceği gerekçesiyle birlikten rastgele seçerek silahlı şekilde zırhlı iki araca bindirip valiliğe doğru hareket etmişler, birinci polis kontrol noktasını sorunsuz geçen araçlar Haliç köprüsündeki ikinci kontrol noktasında durdurulmuşlar, sanık astsubay Y. görevli polislerle görüşmek üzere inmiş, bir başkomiserin ‘sizin bu yaptığınız hukuka aykırı eylem kesinlikle buna müsaade etmeyeceğiz’ demesi üzerine sanık Y. ‘ben emri yerine getiriyorum sıkıyönetim ilan edildi’ şeklinde karşılık vermiş, bu sırada halkın zırhlı araçlar etrafında toplanması üzerine sanık Y. yeniden araca binmiş, araç içerisinde bulunan erlerin ‘Komutanım ne oluyor neden hareket etmiyoruz?’ diye sormaları üzerine sanık ‘Onlar da emir almış, biz de emir aldık’ şeklinde cevap vermiş, bir süre sonra halkın tepkisi artınca erlerin bu kez ‘Komutanım halk neden tepki gösteriyor?’ şeklindeki sorusuna karşılık sanık Y. ‘Onlar eylemci, birazdan dağılacaklar’ şeklinde karşılık vermiş, akabinde sanıklar her iki zırhlı aracın kapılarını kilitleyerek araç içerisinde beklemeye başlamışlar, o sırada olay yerinde toplanan halk, askerlerin araçtan çıkmasını ve hareket etmesini engellemiş ancak bir süre sonra yolun bir kısmının görevli memurlar tarafından trafiğe açılmış ancak Y.nin de içerisinde bulunduğu aracın hareket etmemesi için ön taraf ve sol kısmının polisler tarafından kapatılması nedeniyle, sanık Y.nin emir ve talimatı doğrultusunda aracın şoförlüğünü yapan sanık er H.Ç.nin aracı hareket ettirerek iki adet polis aracına çarparak maddi hasar verdikten sonra yeniden durdurulmuş ve her iki araçta bulunan sanıklar yakalanmışlardır. Sanıklar hakkında açılan kamu davasına ilişkin yargılama sonunda ilk derece mahkemesince sanık astsubay Y. hakkında mahkûmiyet, diğer bütün sanık erler hakkında ise TCK m. 30/1. maddesi uyarınca kasıt yokluğundan beraat kararı verilmiştir. Temyiz üzerine dosya Dairece incelenerek karara bağlanmıştır.

Daire meseleyi, *sanıklara isnat olunan suçların unsurları ile hata hükümleri* bakımından değerlendirmeye tabi tutmuştur. Kararda; askeri darbeye teşebbüs suçunun unsurlarının gerçekleştiğinin bilinebilmesine imkân sağlayan objektif koşulların somut olayda oluştuğunu ve zırhlı tugaydan hareket anından itibaren suçun icrai hareketlerinin gerçekleştirilmesine başlanıldığında kuşku bulunmadığını, ancak dış dünyada gerçekleşen bu olaya ilişkin sanıkların tasavvuru, yani zihinden geçirdikleri ile gerçeğin birbirine uymadığı, dolayısıyla bu konuda bir algılama hatasına düştükleri ve haksızlık

bilinçlerinin bulunmadığı için gerçekleşen unsur hatası nedeniyle kasten hareket etmiş sayılmayacaklarına yönelik mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığını belirtmiş ayrıca söz konusu hatanın, darbeye teşebbüs edildiği anlaşıldıktan sonra, araç komutanı olan sanık Y.nin emrinin, konusunun suç oluşturacağı ve hizmet gereği olmadığını, eğitim durumu, bilgi düzeyi, yaşı, tecrübesi, rütbesi gibi olgular yanında, olay anında yaşadığı korku ve panik sebebiyle denetleme olanağı bulunmayan erler ve sanık şoför er H.Ç.nin TCK'nın 30/1. maddesi kapsamında bir hataya düştüğünün ve kasten hareket etmediğine dair kabulün usul ve kanuna uygun olduğuna, ancak bu durumda ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi gerekirken beraat kararı verilmesi nedeniyle kararın düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir.⁸³

⁸³ "...Sonuç olarak; gerek Anayasanın 137/2, gerek TCK'nın 24/3 ve gerekse 211 sayılı Kanunun 41/3 maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez, yerine getiren kimse de sorumluluktan kurtulamaz. Ancak konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi bakımından hata hali ile de karşılaşılabılır. Bu durumun iki şekilde karşımıza çıkması mümkündür. Nitekim emri yerine getiren verilen emir üzerine işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmayabilir, ya da emrin yerine getirilmesinde öngörülen hukuka uygunluk sebeplerinin tüm şartlarının gerçekleştiğini düşünebilir. İlk halde TCK'nın 30/4 maddesinde yer alan haksızlık hatası, ikinci halde ise TCK'nın 30/1 maddesinde yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata söz konusu olacaktır. ...Oluş ve dosya kapsamına göre; 15 Temmuz 2016 tarihinde FETÖ/PDY mensup bir kısım askerler tarafından gerçekleştirilen darbe teşebbüsü sırasında, 66. Mekanize piyade tugayında astsubay çavuş olarak görevli olan sanık Y.Y.nın, yapılan iş bölümü doğrultusunda İstanbul Valiliğini işgal etmek amacı ile, tugayda er olarak askerlik görevini ifa eden kişiler arasından ve rastgele seçtiği 23 kişiye, garajlar bölgesinde mühimmat dağıtıp yanlarına uçaksavar mühimmatı almaları talimatını verdiği, erlerin 'Nereye gidiyoruz komutanım?' şeklindeki sorularına 'valiliğe saldırı olduğunu, destek amaçlı gittiklerini, orada devriye atacıklarını, bu işin sabaha kadar sürebileceğini' söyleyip hazır durumda bekleyen 2 adet zırhlı personel taşıyıcılara sanıkların binmesini sağladığı, sanık Y.nın da sanık H.Ç.'nin sevk ve idaresindeki GZPT'ye bindiği, zırhlı araçların Baştabya Kışlası nizamiyesinden çıkıp sanık Y.nın yönlendirmesi ile Haliç Köprüsüne kadar geldiği, burada belirlenemeyen bir saatte polis kontrol noktasında durduruldukları, sanık Y.nın araçtan inip kontrol noktasında bulunan polislerle görüşmesinin ardından araçların yeniden hareket ettiği, Haliç Köprüsü üzerinde ikinci polis kontrol noktasında bir kez daha durduruldukları, sanık Y.nın görevli polislerle görüşmek üzere tekrar araçtan indiği, başkomiser H.Ç.nin 'sizin bu yaptığımız hukuka aykırı eylem kesinlikle buna müsaade etmeyeceğiz' demesi üzerine sanık Y.nın da 'ben emri yerine getiriyorum sıkı yönetim ilan edildi' şeklinde karşılık verdiği, bu sırada halkın zırhlı araçlar etrafında toplanması üzerine sanık Y.nın yeniden araca bindiği, araç içerisinde bulunan erlerin 'Komutanım ne oluyor neden hareket etmiyoruz?' diye sormaları üzerine sanığın 'Onlar da emir almış, biz de emir aldık' şeklinde cevap verdiği, bir süre sonra halkın tepkisi artınca erlerin bu kez 'Komutanım halk neden tepki gösteriyor?' sorusuna karşılık sanık Y.nın 'Onlar eylemci, birazdan dağılacaklar' şeklinde karşılık verdiği, sanıkların her iki zırhlı aracın da kapılarını kilitleyerek araç içerisinde beklemeye başladıkları, olay yerinde toplanan halk topluluğunun askerlerin araçtan çıkmasını ve hareket etmesini engelledikleri, bir süre sonra yolun bir kısmının görevli memurlar tarafından trafiğe açıldığı, ancak üzerine Y.Y.nın da içerisinde bulunduğu aracın hareket etmemesi için ön taraf ve sol kısmının polisler tarafından kapatıldığı, kısa bir süre sonra

Bununla birlikte, darbe teşebbüsüyle ilgili olarak aynı Dairenin 2020 tarihli bir başka kararında, komutanlarının emriyle silahlı olarak askeri araçlara bindirilerek olay yerine getirilen erlerin, darbeci komutanları tarafından darbeye direnen halka ve güvenlik görevlilerine yönelik olarak verilen ateş emri üzerine erlerin havaya ateş etmeleri sonrasında yakalanmaları şeklinde gerçekleşen olayda erlerin fiillerindeki kusur hali *dolaylı haksızlık hatası* (TCK m. 30/4) olarak değerlendirilmiştir.⁸⁴

sanık Y.nın emir ve talimatı doğrultusunda er H.Ç. yönetimindeki zırhlı aracın hareket ettiği olay yerinde bulunan 2 adet polis aracına çarparak maddi hasar verdikten sonra yeniden durdurulduğu ve her iki araçta bulunan askerlerin yakalandığı olayda; Dosya kapsamı ve aksi ispat edilemeyen savunmaya uygun kabule göre; 66. Zırhlı Tugayda er olarak mecburi askerlik hizmetini yapan sanıkları, aynı birlikte görevli askeri darbe teşebbüsü suçundan haberdar olan ve bu suça iştirak eden astsubay rütbesindeki sanık Y.Y.nın, İstanbul Valiliğine yönelik gerçekleşen sözde terör saldırısına müdahale bahanesiyle aldattığı, birlikte rastgele seçilmiş askerleri silahlı şekilde zırhlı araçlara bindirerek, valiliğe doğru hareket ettikleri, birinci polis kontrol noktasını sorunsuz geçen araçların Haliç köprüsündeki ikinci kontrol noktasında durduruldukları, polis uyarısı ve çevrede toplanan halkın tepkisi sonucu, askeri darbeye teşebbüs suçunun unsurlarının gerçekleştiğinin bilinebilmesine imkan sağlayan objektif koşulların olduğu somut olayda; zırhlı tugaydan hareket anından itibaren suçun icrai hareketlerinin gerçekleştirilmesine başlanıldığında kuşku bulunmamaktadır. Ancak, dış dünyada gerçekleşen bu olaya ilişkin sanıkların tasavvuru, yani zihinden geçirdikleri ile gerçeğin birbirine uymadığı, bu konuda bir algılama hatasına düştükleri ve haksızlık bilinçlerinin bulunmadığından, gerçekleşen unsur yanlılığı nedeniyle kasten hareket etmiş sayılmayacaklarına yönelik mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik yoktur. Darbeye teşebbüs edildiği anlaşıldıktan sonra, araç komutanı olan sanık Y.Y.nın emrinin, konusunun suç oluşturacağı ve hizmet gereği olmadığı, eğitim durumu, bilgi düzeyi, yaşı, tecrübesi, rütbe gibi olgular yanında, olay anında yaşadığı korku ve panik sebebiyle denetleme olanağı bulunmayan ve er statüsünde görev yapan sanık H.Ç.nın TCK'nın 30/1 maddesi kapsamında bir hataya düştüğünün ve kasten hareket etmediğine dair kabulün usul ve kanuna uygun olduğundan tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir... 2-TCK'nın 30/1. maddesi kapsamında hataya düştükleri kabul edilmesine rağmen sanıklar ...H.Ç. hakkında anayasayı ihlal, yasama organına karşı suç, hükümete karşı suç ve silahlı terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçlarından ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi gerekirken beraatlerine karar verilmesi, Kanuna aykırı olup, katılan Başbakanlık vekili ve katılan TBMM vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan hükmün bu nedenle Bozulmasına, ancak bu hususlar yeniden yargılamayı gerektirmediğinden CMK'nın 303/1 maddesi uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunmadığından, hüküm bölümündeki B bendinin 1 ve 2. fıkralarında yer alan “karar verilmesine yer olmadığına” ibareleri ile 3. Fıkrasında yer alan “beraatlerine” kelimesinin çıkartılarak yerlerine “ceza verilmesine yer olmadığına” ifadesinin yazılması suretiyle diğer yönleri usul ve kanuna uygun bulunan hükümlerin Düzeltilerek Onanmasına...”. **Yargıtay 16. Ceza Dairesi**, 31.10.2018 tarih ve 2018/2012 Esas, 2018/4553 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

⁸⁴ “...Askeri darbeye teşebbüs suçunu işleyen terör örgütüne mensubiyeti tespit edilemeyen, zorunlu askerlik hizmeti nedeniyle er olarak görev yapmakta iken, bir suç işlemek kastı olmaksızın, üstlerinden aldıkları emrin hukuka uygun olduğu zanni ile tatbikat yapma veya terör saldırısına müdahale edileceği gerekçesi ile olay gecesi silahlanarak, zırhlı araçlarla

Daire, çok benzer bir olayla ilgili olarak verdiği 2019 tarihli başka bir kararında ise, erlerin fiillerindeki kusur halini *hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata ve unsur hatası* (TCK m. 30/3, 30/1) olarak değerlendirerek ilk derece mahkemesince verilen beraat kararını isabetli bulmuştur.⁸⁵

Kararlardaki olay anlatımlarında da görüldüğü üzere, suç niteliğindeki bir fiilin gerçekleştirilmesindeki haksızlık bilincinin tespiti, ancak olayın gelişiminin ve sanıkların davranışlarını yönlendiren etkenlerin çok detaylı bir şekilde değerlendirilmesi ile mümkün olabilmektedir.

İlk karara konu olan olayda, sanık erlerin, araçların önünün polis ekipleri

bağlı bulunduğu kışladan ayrıldıktan sonra darbeye teşebbüs suçunun icrai hareketlerinin gerçekleştirildiğini fark etmeleri üzerine, üstleri tarafından verilen halka ve güvenlik görevlilerine yönelik ateş etme emrine uymadıkları, amirlerin ısrarlı kanunsuz emirleri karşısında hal ve koşullara göre başka şekilde davranma olanağının bulunmadığı düşüncesi sonucunda, olay mahallinde kalarak silahla havaya ateş etmenin bir haksızlık oluşturmayacağı sonucuna varan faillerin ‘dolaylı haksızlık yanılıgısı’ içinde buldukları, bir başka deyimle hukuka uygunluk nedenlerinin hukuki varlığında hataya düştikleri, bu hatanın ex ante bir değerlendirme ile failin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, yaşı, rütbe ve görevi, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulduğunda kaçınılmaz olduğu, suça ilişkin tipik hareketi gerçekleştirmiş olmalarına rağmen faillerin kusurluluğu tamamen ortadan kaldıran nedenler gerçekleştiğinden TCK’nın 30/4. maddesi yollamasıyla CMK’nın 223/3-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yasal ve yetersiz gerekçeyle beraatlerine karar verilmesi...”. **Yargıtay 16. Ceza Dairesi**, 18.03.2020 tarih ve 2019/9560 Esas, 2020/2034 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*. Dairenin, benzer olay, gerekçe ve tespitler içeren başka kararlar için bkz: “**Yargıtay 16. Ceza Dairesi**, 09.12.2019 tarih ve 2019/6765 Esas, 2019/8453 Karar sayılı kararı; 17.02.2020 tarih ve 2019/10650 Esas 2020/2036 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*

⁸⁵ “...Sanıklar... hakkında kurulan beraat hükümleri ile ilgili olarak; suç tarihinde ... Komutanlığı karargahında zorunlu askerlik hizmetlerini yapmakta olan erlerin, darbeye iştirak eden üstleri tarafından gece vakti uyandırılıp silahlandırıldıktan sonra, kışlaya yönelik terör saldırısı olduğu gerekçesi ile kışlaya girmek isteyenlere yönelik ateş edilmesi emrinin verildiği, yaşları, mesleki bilgileri, olayın gerçekleştiği yer ve zaman itibarıyla, verilen emirleri hizmete metalik olmadığını ve bir suç işleme amacıyla verildiğini bilebilecek durumda olmadıklarına ilişkin savunmalarının aksinin ispat edilmemesi, özellikle erlerin güvenlik güçlerini hedef almaksızın havaya doğru ateş etmeleri nedeniyle halk ve güvenlik güçlerinden yaralanan kimsenin olmaması, kışla dışındaki güvenlik görevlilerinin de bu bilinçle erlere zarar gelmemesi yönündeki yoğun çabaları ve operasyonu geciktirmeleri gözetildiğinde, darbenin icrai hareketlerinden sayılacak fiilleri gerçekleştiren sanıkların, TCK 24/1. maddesinde tanımlanan görevin ifası (emrin yerine getirilmesi) bilinci ile hareket ettiklerini tasavvur etmelerine rağmen, dış alemde oluşan olay ile gerçek iradelerinin birbiri ile uyumlu olmadığı, bu şekilde hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata yaptıklarının kabulü ile TCK 30/3 maddesi yollamasıyla 30/1. maddesi hükmü gereğince, sanıkların kasten hareket etmediklerine dair yerel mahkemenin kabulü doğrultusunda, beraatlerine ilişkin hüküm kurulmasında isabetsizlik görülmemiştir.” **Yargıtay 16. Ceza Dairesi**, 19.07.2019 tarih ve 2019/3288 Esas, 2019/5054 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

tarafından kesilmesi ve halk tarafından tepki gösterildiğinin görülmesi anına kadar fiillerinin haksızlık içeriğine ilişkin herhangi bir bilgi ve tasavvura sahip olmadıkları görülmektedir. Şoför konumundaki sanık er dışındaki erler bakımından, araca bindirilmelerinden yakalanmaları anına kadar aktif bir davranış gerçekleştirmedikleri, araçla İstanbul Valiliğine yönelik bir saldırı gerçekleştirildiği ve bu saldırıya müdahale edileceği gerekçesiyle verilen emir doğrultusunda silahlı bir şekilde olay yerine getirilmeleri ve araçta beklemelerinden ibaret fiillerine ilişkin olarak isnat edilen suç bakımından kastlarının bulunmadığı söylenmelidir. Şoför konumundaki sanık er bakımından ise, silahlı komutanı konumunda olan sanık astsubay Y.nin emrine uygun hareket etmek bakımından, gerek kendisine ve gerekse araçta bulunan diğer er arkadaşlarına yönelik olarak komutanı tarafından gerçekleştirilmesi muhakkak olan (emir komuta ilişkisi nedeniyle silahını kullanması veya emre itaatsizlikten ötürü işlem yapması gibi) bir tehlikeyi bertaraf etmek üzere aracı, park halindeki polis araçlarının üzerine sürüp hareket edemeyecek şekilde durmasını sağlamak şeklinde gerçekleşen fiili bakımından bir zorunluluk halinin (TCK m. 25/2) mevcut olduğunu söylemek mümkün görünmektedir. Bu nedenle sanık erler bakımından suçun unsurlarının oluşmadığı için beraat kararı verilmesi gerekirken, şoför konumundaki sanık er bakımından ise kusurluluğu kaldıran bir neden olan zorunluluk halinde işlenen fiili nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Bu değerlendirmeler ışığında Dairenin kararına bakıldığında; sanık erler bakımından bir hata söz konusu olmadığı halde unsur hatası (TCK m. 30/1) nedeniyle verilen beraat kararının onanması ve şoför konumundaki sanık bakımından yine unsur hatası yönünde yapılan tespitin isabetli olmadığını düşünmekteyiz. Öte yandan kararın sonuç bölümü kendi içinde de çelişkilidir. Zira kararda fiil, unsur hatası olarak kabul edilmesine rağmen beraat yerine ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğinden bahisle düzeltme yapılmıştır. Oysa unsur hatasının kastı kaldırması nedeniyle beraat kararı verilmesi yerinde bulunmalıydı.

Diğer iki karara konu olaylar bakımından ise; erlerin tatbikat yapma ve terör saldırısı gerekçesiyle darbeci komutanlarınca verilen emir üzerine silahlı olarak olay yerine getirilmeleri bakımından müsnet suçlarla ilgili kasten hareket ettiklerini söylemek mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte darbeci komutanlarınca, halkın üzerine ateş etmeleri yönünde verilen emir sonrasında gerçekleştirdikleri fiilleri bakımından ise haksızlık bilincine sahip olmadıkları söylenemez. Zira sanıkların, halkla karşı karşıya gelmeleri ve halkın direnişini görmeleri anından sonra bir darbe teşebbüsünün gerçekleştirilmekte olduğunu anlamış olmaları gerekmektedir. Bu aşamadan sonra gerçekleştirdikleri fiilleri bakımından hata hükümleri tartışılabilir. Zira sanıklar, halka yönelik olarak gerçekleştirmeleri istenilen ateş emrini yerine getirmenin suç olduğunu bilmeleri nedeniyle emri yerine getirmek istememişler ve iradelerini havaya

ateş etmek yönünde sergilemiştir. Sanıklar bu fiillerinin, diğeri karşısında hukuka uygun olduğunu düşünerek gerçekleştirmek suretiyle dolaylı haksızlık hatasına düşmüşlerdir. Zira olayda, bu yönde bir hukuka uygunluk nedeninin varlığından söz etmek mümkün görünmemesine rağmen, bunun var olduğu zannıyla fiillerini gerçekleştirmişlerdir. Dolayısıyla, Dairenin ilk olaya ilişkin 2020 tarihli kararının isabetli olduğunu düşünmekle birlikte, 2019 tarihli kararının isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

3. 6136 Sayılı Kanuna Aykırılık Suçu Bakımından

Ceza Genel Kurulunun 2017 tarihli bir kararına konu olayda, özetle; on sekiz yaşına kadar Türkiye’de yaşadıkdan sonra Amerika Birleşik Devletlerine yerleşen sanığın, ailesini ziyaret etmek amacıyla kısa bir süre için ülkeye gelmek üzere uçakla İstanbul’a geldiği, Chicago havaalanında Türkiye’ye götürmek üzere yanında bulunan valizde dört adet tabanca ve beş adet şarjör olduğunu yetkililere beyan ettiği (kendi beyanına göre), oradaki yetkililerce valizin açılıp silahların tespitinin yapılması sonrasında yalnızca birisi için belge düzenlenerek taşınmak üzere teslim alındığı ve İstanbul’daki yetkililere konuyla ilgili mesaj çekildiği, sanığın İstanbul’a indikten sonra valiziyle birlikte gözüaltına alındığı, akabinde sanık hakkında 6136 sayılı Kanuna aykırılık suçundan açılan kamu davasına ilişkin yargılama sonucunda ilk derece mahkemesince, 6136 sayılı Kanununun 12/1. maddesi uyarınca mahkûmiyet kararı verilmiş, karar sanık müdafî tarafından, *sanığın TCK’nın 30/4. maddesi kapsamında kaçınılmaz hataya düştüğü gerekçesiyle* temyiz edilmesi üzerine 8. Ceza Dairesince yapılan temyiz incelemesi sonucunda karar onanmıştır. Ancak onama kararı aleyhine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca itiraz yoluna gidilmiş, itiraz gerekçesinde; somut olayda, sanığın bu silahları satmak amacıyla yurda getirdiği ve satma girişiminde bulunduğu dair yeterli bir delil bulunmadığı, sanığın kanıtlanan eyleminin yetkili makamlardan izin almadan silah ve şarjörleri ülkeye sokmaya kalkışmaktan ibaret olduğu, bu anlamda sanıkta yurda kaçak silah sokma, silah ticareti ve kaçakçılığı yapma kastının olmadığı, dolayısıyla atılı suçun manevi unsurunun somut olayda gerçekleşmediği belirtilmiş, ancak Daire itirazı yerinde görmeyerek konuyu Ceza Genel Kurulu’na taşımıştır.

Genel Kurul meseleyi, sanığın isnat edilen suçtan cezalandırılmasının isabetli olup olmadığı sorununun *kast ve hata hükümleri* bakımından belirlenmesi şeklinde ele almıştır. Kararda; sanığın Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup on sekiz yaşına kadar Türkiye’de yaşamış olması, yüksek öğrenim görmesi, suça konu dört adet tabancayı da Türkiye’ye gelmeden hemen önce satın alması ve silahlardan sadece biri hakkında havalimanı görevlilerine bildirimde bulunması, güvenlik şirketinde çalıştığını ve silahlara özel ilgisi olduğunu belirtmesi karşısında, sanığın bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içerisinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları dikkate alındığında,

Türkiye’ye silah sokmanın yasak olduğunu bilmediğine ilişkin savunmalarının inandırıcı olmadığını, bu nedenle atılı suçun bütün unsurları ile oluştuğu ve *fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüğünden söz edilemeyeceğini* ifade etmiştir.⁸⁶

⁸⁶ “...Uyuşmazlık konusunda isabetli bir çözüme ulaşılabilmesi için öncelikle ‘kast’ kavramı üzerinde durulmalıdır. 5237 sayılı TCK’nun ‘Kast’ başlıklı 21. maddesi; ...şeklinde düzenlenerek, maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde doğrudan kast tanımlanmıştır. Buna göre, doğrudan kast, öngörülen ve suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmeye yönelik irade olup kanunda suç olarak tanımlanmış eylemin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi ile oluşur. Fail hareketinin kanuni tipi gerçekleştireceğini biliyorsa doğrudan kastla hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir. Yine failin hareketiyle hedeflediği doğrudan neticelerle birlikte, hareketin zorunlu veya kaçınılmaz olarak ortaya çıkan sonuçları da, açıkça istenirse dahi doğrudan kastın kapsamı içinde değerlendirilmelidir. Belli bir sonucun gerçekleşmesine yönelik hareketin, günlük hayat tecrübelerine göre diğer bazı sonuçları da doğurması muhakkak ise, failin bu sonuçlar açısından da doğrudan kastla hareket ettiği kabul edilmelidir. Bu aşamada, TCK’nun 30. maddesinde düzenlenen ‘hata’ hükmüne ilişkin açıklamalarda da bulunulması gerekmektedir. ...maddeye 5377 sayılı Kanun ile eklenen dördüncü fıkrada ise, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Uyuşmazlığa ilişkin olarak maddenin dördüncü fıkrasının daha ayrıntılı ele alınması gerekmektedir. Maddenin dördüncü fıkrasının gerekçesinde; ‘Kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, kişi işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olmalıdır. Kişinin, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ceza hukuku bakımından sorumluluk için önemli olan, işlenen fiilin haksızlık oluşturduğunun bilinmesidir. Ancak, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olması hâlinde, kişi kusurlu sayılmaz. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde ise kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur. Hatanın kaçınılmaz olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır’ açıklamalarına yer verilmiştir. Bu fıkrada, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, kanuni tanımda yer alan tüm şartların bilgisi içinde hareket eden ve kastı bulunan fail, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmüşse, diğer bir ifadeyle, eyleminin haksızlık oluşturmadığı, meşru olduğu düşüncesiyle hareket etmişse ve bu yanlıgısı içinde bulunduğu şartlar bakımından kaçınılmaz nitelikte ise artık cezalandırılmayacaktır. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları göz önünde bulundurulacaktır. Hatanın kaçınılmaz olması durumunda kişi kusurlu sayılacak, diğer bir ifadeyle fiilden dolayı sorumlu tutulacak, ancak bu hata temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Uyuşmazlık konusu ile ilgili düzenlemeler içeren 6136 sayılı Kanunun 1. maddesinde; ..., 2. maddesinde; ...şeklinde düzenleme yapılmıştır. Kanunun 12. maddesinde ise; ...düzenlemesi getirilmiştir. 6136 sayılı Kanunun 12. maddesinde düzenlenen suç, seçimlik hareketli suçlardan olup anılan madde gereğince, ateşli silahlarla bunlara ait mermilerin ülkeye sokulması veya sokmaya teşebbüs edilmesi ya da ülkeye sokulmasına aracılık edilmesi, ateşli silahlarla bunlara ait mermilerin ilgili Kanun hükümleri dışında ülkede yapılması veya bu suretle ülkeye sokulmuş ve ülkede yapılmış olan ateşli silahlar veya mermilerin bir yerden diğer bir yere taşınması ya

Somut olayda, suçun maddi ve manevi unsurlarının gerçekleştiği söylenebilir. Zira sanık, yaşı, eğitimi ve hayat tecrübesi itibarıyla, ABD’de alım satımı serbest olan silahları Türkiye’ye getirmek istemiştir. Sanık, silah kaçakçılığı yapmaktan ziyade, ABD’de muhtemelen Türkiye’den daha ucuz olan söz konusu silahları getirip satarak kar elde etmek veya meraklılarına hediye etmek arzusuyla hareket etmiş görünmektedir. Çünkü tarifeli bir uçuş ile ABD’den Türkiye’ye gelmiş, ABD’deki havaalanında ise fiilinin hukuka aykırı olduğuna dair bir işleme muhatap olmamış ve uyarılmamıştır. Sanık ABD’de kolaylıkla aldığı silahları, tarifeli bir uçuşla Türkiye’ye getirmek şeklinde somutlaşan fiilinin hukuka aykırı olduğunun bilincinde olmadığı için haksızlık bilincine sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Şayet sanık bu bilinçle hareket etse idi uçuş öncesinde ve sonrasında en az ikişer kez x-ray cihazından geçeceğini ve detaylı bir kontrole tabi tutulacağını bildiği bir uçuşu gerçekleştirmez, bu fiilini gayri resmi yollardan gerçekleştirmeyi tercih ederdi. Bu nedenle sanığın haksızlık hatasına düştüğü kabul edilmeli, bununla birlikte

da yollanması veya taşımaya bilerek aracılık edilmesi, satılması, satmaya aracılık edilmesi veya bu amaçla bulundurulması yasaklanmıştır. Maddede yazılı hareketlerden herhangi birinin gerçekleştirilmesi ile suç oluşmaktadır. Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; Olay tarihinde 30 yaşında ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan sanığın, eğitim için gittiği Amerika Birleşik Devletleri’nde kalarak sürekli ikamet izni aldığı ve özel bir güvenlik şirketinde çalışmaya başladığı, silahlara özel ilgi duyduğunu belirten sanığın, yaklaşık 12 yıl boyunca ikamet ettiği Amerika Birleşik Devletleri’nden kısa süreli tatil için Türkiye’ye gelmeye karar verdiği, sanığın yolculuk günü olan 04.03.2011 günü iki adet Smith-Wesson marka tabancayı ABD’de bulunan Gander MTN isimli iş yerinden satın aldığı, bir adet Ruger marka tabanca ile bir adet Beretta marka tabancayı ise aynı gün Zachariah J. Hammel isimli şahıstan ABD’de satın alıp devraldığı, Chicago O’Hare Havalimanına satın aldığı bu dört silahın bulunduğu çanta ve iki valizle gelen sanığın, Türk Hava Yolları bürosunda biniş işlemlerini yaptığı sırada yanında bulunan tabancalardan sadece bir adet 9 mm çapındaki Smith-Wesson marka tabancaya ilişkin görevliye bildirimde bulunduğu ve bu silah için teslim tutanağı düzenlediği, diğer üç tabanca ile ilgili olarak ise silah teslim tutanağında herhangi bir bildirimde bulunmadığı, Chicago’daki THY görevlilerinin, sanığın yanında silah getirdiğini mesajla THY’nın İstanbul Atatürk Havalimanındaki görevlilerine bildirmeleri üzerine, mesajı alan görevlilerin silahlarla ilgili herhangi bir izin belgesinin bulunmadığını tespit ederek sanık hakkında tutanak tuttukları olayda; sanığın Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup 18 yaşına kadar Türkiye’de yaşamış olması, yüksek öğrenim görmesi, suça konu dört adet tabancayı da Türkiye’ye gelmeden hemen önce satın alması ve silahlardan sadece biri hakkında havalimanı görevlilerine bildirimde bulunması, güvenlik şirketinde çalıştığını ve silahlara özel ilgisi olduğunu belirtmesi karşısında, sanığın bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içerisinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları dikkate alındığında, sanığın Türkiye’ye silah sokmanın yasak olduğunu bilmediğine ilişkin savunmaların inandırıcı olmadığı, bu nedenle atılı suçun bütün unsurları ile oluştuğu ve fiilinin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüğünden söz edilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir. Bu itibarla, haklı nedene dayanmayan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 17.10.2017 tarih ve 2014/8-321 Esas, 2017/412 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

bu hatanın kaçınılabılır olup olmadığı ayrıca ele alınmalıdır. Kaçınılabılırlik bakımından, sanığın bu fiili gerçekleştirmeden önce sadece Türkiye’de değil herhangi bir Avrupa, Asya ya da Afrika ülkesine gitse dahi ABD’den farklı bir hukuki rejimle karşılaşacağını bilmesi, en azından bu hususu araştırarak hareket etmesi beklenmelidir. Sanığın beyanından böyle bir araştırma yapmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan sanığın yaşı, eğitim durumu ve hukuk sistemi bakımından yeterli bilgiye sahip olabilecek ölçüde Türkiye ile irtibatının bulunması ve günümüzdeki iletişim araçlarını kullanmak suretiyle söz konusu fiilin bir suç olduğunu anlayamayacak olsa bile hukuka uygun olmadığını ve bir haksızlık olduğunu öğrenebilmesi mümkündür. Dolayısıyla sanığın kaçınılmaz bir hataya düştüğünü söylemek mümkün görünmese de, *kanaatimizce* kaçınılabılır bir hataya düştüğünün kabulü gerekmektedir. Zira sanığın, yeterli dikkat, özen ve gayreti gösterse idi bu hataya düşmekten kaçınabileceğini söylemek mümkündür.

4. Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu Bakımından

Ceza Genel Kurulunun 2014 tarihli bir kararına konu olayda, özetle: eşi katılanla aynı sağlık biriminde çalışmakta olan sanığın; katılanın doğum yaptığı ve göreve gelmediğini, görevde olmamasına rağmen görevdeymiş gibi ücret aldığını ispatlamak amacıyla katılanın doğum yaptığı hastaneden doğum raporunu alarak ilgili idari birimlere şikâyetle bulunmuş, katılan hakkında yapılan idari soruşturmada ödenen haksız ücretler katılıandan tahsil edilmiş, katılan sanık hakkında hastaneden doğum raporu alması eylemi nedeniyle hakkında şikâyetle bulunmuş ve ilk derece mahkemesince yapılan yargılama sonunda sanığın kişisel verileri ele geçirdiğinden bahisle kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan sanığın TCK’nın 136/1... maddeleri uyarınca on ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve cezasının ertelenmesine karar verilmiştir. Kararın sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen 12. Ceza Dairesinin 15.05.2012 tarihli kararı ile onanmasına, oyçokluğuyla, karar verilmiş ancak onama kararı aleyhine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca itiraz yoluna gidilmiş, itiraz gerekçesinde; sanığın suça konu kişisel verileri internet ortamından, bilgisayar kullanılarak herhangi bir kişinin bilgisi olmaksızın ya da Ö. Hastanesinin bilgisayarına girerek gizlice elde etmediği sanığın, hastaneye başvurarak ilgili doktordan katılana ilişkin raporu aldığı ve suça konu eyleminin TCK’nın 136. maddesinde yazılı suçu oluşturmadığı, bu nedenle sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği ve sanık hakkında verilen onama kararının itirazın kaldırılarak sanık hakkında suçun kanuni öğelerinin oluşmadığına ilişkin bozma karar verilmesi gerektiği belirtilmiş, ilgili daire itirazı yerinde görmeyerek konuyu Ceza Genel Kurulu’na taşımıştır.

Genel Kurul meseleyi, *sanığa isnat olunan suçunun sabit olup olmadığına belirlenmesi sorunu* üzerinden ele almıştır. Kararda; kendisi ve eşi de memur olan sanığın, yapacakları şikâyete konu olmak üzere eşi ile aynı işyerinde ebe olarak çalışan katılanın doğum belgesini hastaneden alarak, il sağlık müdürlüğüne verdikleri şikâyet dilekçesinin ekinde sunmaları şeklinde gerçekleşen somut olayda, katılana ait doğum belgesinin kişisel veri olması, memur olarak çalışan sanığın başkasına ait bilgileri içeren bir belgeyi velev ki yapacağı şikâyet başvurusuna konu olsa dahi almasının hukuka aykırı olacağını bilebilecek durumda bulunması, suça konu doğum belgesini şikâyet dilekçesine eklemek suretiyle burada yer alan ve kişisel veri niteliğinde bulunan bilgilerin katılanın rızası dışında başkalarına öğrenilmesine neden olunması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın eylemi TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme ve yayma suçunu oluşturduğu; suça konu doğum belgesinin yapılacak şikâyetin delili olarak sunulmak amacıyla alınmış olması nedeniyle eylemin haksızlık oluşturduğu konusunda hataya düşüldüğü ileri sürülebilir ise de, uzun süredir memur olarak çalışan sanığın başkasına ait bilgiler içeren bir belgeyi ilgilinin bilgi ve rızası olmaksızın almasının hukuka aykırı olduğunu bilecek durumda bulunması, eşinin sağlık çalışanı olması ve iki çocuğunun bulunması nedeniyle doğum belgesinin ne şekilde alındığını biliyor olması, şikâyet dilekçesi içeriğinde belirtilmek suretiyle ilgili belgenin şikâyet başvurusu yapılan kurumca temininin imkân dâhilinde bulunması göz önünde bulundurulduğunda, *fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hatadan söz edilmesinin mümkün olmadığı* ifade edilmiştir.⁸⁷

⁸⁷ "...Uyuşmazlığın sağlıklı bir şekilde çözümlenmesi için hata kavramının da üzerinde durulması gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'da ceza sorumluluğunu kaldıran hallerden birisi olarak düzenlenmiş olan hata hükmü anılan kanunun 30. maddesinde hüküm altına alınmış olup, uyuşmazlıkla yakından ilgili olan ve maddeye 08.07.2005 tarih ve 25869 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5377 sayılı Kanunun ile eklenen dördüncü fıkra, 'İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz' şeklindedir. Fıkra yapılan düzenleme ile kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre fail, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş, diğer bir ifadeyle eyleminin hukuka aykırı olmadığı, haksızlık oluşturmadığı, meşru olduğu düşüncesiyle hareket etmiş ve bu yanılışı da içerisinde bulunduğu şartlar bakımından kaçınılmaz nitelikte ise artık cezalandırılmayacaktır. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları göz önünde bulundurulacaktır. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Kendisi ve eşi de memur olan sanığın, yapacakları şikâyete konu olmak üzere eşi ile aynı işyerinde ebe olarak çalışan katılanın doğum belgesini hastaneden alarak, il sağlık müdürlüğüne verdikleri şikâyet dilekçesinin ekinde sunmaları şeklinde gerçekleşen somut olayda, katılana ait doğum belgesinin kişisel veri olması, memur olarak çalışan sanığın başkasına ait bilgileri içeren bir belgeyi velev ki yapacağı şikâyet başvurusuna konu olsa dahi almasının hukuka aykırı olacağını bilebilecek durumda bulunması, suça konu doğum belgesini şikâyet dilekçesine eklemek

Somut olayda sanık, kişisel veri niteliğinde olan doğum raporunu temin etme hakkı bulunmadığı halde, ilgili görevlilerin dikkat ve özensizliğinden de yararlanmak suretiyle söz konusu raporu ele geçirmiş ve başkalarına vermiş olması nedeniyle TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen suçun maddi ve manevi unsurları oluşmuş görünmektedir. Bununla birlikte sanığın, davranışının hukuka aykırılığı konusunda bir bilince sahip olup olmadığı tartışılmalıdır. Suçun kanuni tanımındaki “hukuka aykırı olarak” ifadesi, bir bütün olarak haksızlığın tüm unsurları bakımından değerlendirici bir unsur olmakla birlikte aynı zamanda kusurun bir unsuru olan haksızlık bilinci için bağlama noktası olduğundan (hukuka özel aykırılık⁸⁸) sanığın fiili haksızlık hatası bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Burada sanık söz konusu belgeyi, çalışmadığı halde haksız kazanç elde eden eşinin devlet hazinesini zarara uğrattığı iddiasını delillendirmek ve ispatlamak amacıyla temin edip ilgili kuruma vermekte olduğu için haksızlık bilinciyle hareket etmemiş görünmektedir. Bu nedenle sanığın haksızlık hatasına düştüğü kabul edilmeli, bununla birlikte bu hatanın kaçınılabilir olup olmadığı ayrıca ele alınmalıdır.⁸⁹ Kaçınılabilirlik bakımından, sanığın devlet memuru olması, eğitim durumu

suretiyle burada yer alan ve kişisel veri niteliğinde bulunan bilgilerin katılanın rızası dışında başkalarınca öğrenilmesine neden olunması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın eylemi TCK'nun 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme ve yasma suçunu oluşturmaktadır. Suça konu doğum belgesinin yapılacak şikâyetin delili olarak sunulmak amacıyla alınmış olması nedeniyle eylemin haksızlık oluşturduğu konusunda hataya düştüğü ileri sürülebilir ise de, uzun süredir memur olarak çalışan sanığın başkasına ait bilgiler içeren bir belgeyi ilgilinin bilgi ve rızası olmaksızın almasının hukuka aykırı olduğunu bilecek durumda bulunması, eşinin sağlık çalışanı olması ve iki çocuğunun bulunması nedeniyle doğum belgesinin ne şekilde alındığını biliyor olması, şikâyet dilekçesi içeriğinde belirtilmek suretiyle ilgili belgenin şikâyet başvurusu yapılan kurumca temininin imkân dâhilinde bulunması göz önünde bulundurulduğunda, fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hatadan söz edilmesi mümkün değildir. Bu itibarla, sanığın 5237 sayılı TCK'nun 136. maddesi uyarınca cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Daire kararı isabetli olup, itirazın reddine karar verilmelidir.” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 10.06.2014 tarih ve 2012/12-1514 Esas, 2014/312 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

⁸⁸ Doktrinde, bazı suçların kanuni tanımında “hukuka aykırı”, “hukuka aykırı olarak”, “haksız” veya “haksız olarak” şeklinde ifadelerle yer verilmesi hali “hukuka özel aykırılık” olarak nitelendirilmektedir. Bu nitelenmenin hukuki sonuçları ile ilgili olarak farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bizim de katıldığımız çoğunlukta olan görüşe göre; kanuni tanımda hukuka aykırılık unsuruna yer verilen suçlarda, failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu bilinciyle hareket etmesi yönündedir. Buna göre, kanun koyucu bu tür suçlarda kastın hukuka aykırılığı kapsayıp kapsamadığının özellikle araştırılmasını istediğinden, bu suçlar ancak doğrudan kast ile işlenebilirler. Bkz: **Koca/Üzülmez**, s. 267-268; **Göktürk**, s. 124; **Özbek ve diğerleri**, s. 289; **Özgenç**, s. 292; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 292. Bazı yazarlar ise hukuka özel aykırılık söz konusu olduğunda, tipikliğin hukuka aykırılığa karine teşkil ettiği esasından hareket edilemeyeceğini, somut olayda hâkimin hukuka aykırılığı ayrıca tespit etmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bkz: **Önder**, s. 130-140; **Demirbaş**, s. 253.

⁸⁹ **Göktürk**, s. 124-125.

ve sahip bulunduğu hayat tecrübesi ile günümüzdeki iletişim araçlarını kullanmak suretiyle söz konusu fiilin bir suç olduğunu anlayamayacak olsa bile hukuka uygun olmadığını ve bir haksızlık olduğunu öğrenebilmesi mümkündür. Dolayısıyla sanığın kaçınılmaz bir hataya düştüğünü söylemek mümkün görünmese de, *kanaatimizce* kaçınılabılır bir hataya düştüğünün kabulü gerekmektedir. Zira sanığın, yeterli dikkat, özen ve gayreti gösterse idi bu hataya düşmekten kaçınabileceğini söylemek mümkündür.

5. 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununa Aykırılık Suçları Bakımından

Ceza Genel Kurulunun 2015 tarihli bir kararına konu olayda, özetle; heykeltraş olan sanığın beraberinde bulunan çantada Adnan Menderes Havalimanı'nın iç hatlar yolcu terminali girişindeki x-ray cihazı ile yapılan kontrolde 121 adet madeni para tespit edildiği, konuyla ilgili olarak yapılan soruşturma kapsamında sanık hakkında 2863 sayılı Kanunun 70. maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu iddiasıyla açılankamudavasına ilişkin yargılamada sanığın beraatine karar verilmiş, temyiz üzerine 12. Ceza Dairesince yapılan inceleme sonucunda; sanığın, suça konu eserlerin babasının koleksiyonundan kaldığına ilişkin savunması karşısında, fiilin söz konusu suçu oluşturduğu gözetilmeksizin, suç kastı bulunmadığı şeklindeki, oluşa ve dosya kapsamına uygun olmayan gerekçe ile beraatine karar verilmesi isabetsiz bulunarak bozma kararı verilmiştir. Bozma üzerine ilk derece mahkemesince tekrar ele alınmış ve mahkeme; uçak ile seyahat eden yolcuların valizlerinin ve tüm eşyalarının x-ray cihazından geçirilmesi nedeni ile kaçak bir eşya taşındığının tespitinin mümkün olacağı herkesçe bilinmesi karşısında, sanığın da babasından kalan suça konu eserlerin 2863 sayılı Kanun gereğince tescile tabi olduğunu bildiğine ilişkin bir delil elde edilememiş olduğu, suça konu eşyaların sanığın ölen babasından intikal ettiği, yapılan incelemede bu eşyalardan sadece on altısının tarih eser niteliğinde olduğu, İstanbul'da yaşayan sanığa bu eşyaların kendisinde kalması için annesi tarafından verildiği, havaalanından İstanbul'a gitmek üzere uçağa bineceği sırada söz konusu eserlerin ortaya çıktığı, sanık savunması ve tanık anlatımı ile sanığın ve ailesinin bu eserlerin 2863 sayılı Kanun kapsamında olduğunu bilebilecek durumda olmadığı, dolayısı ile sanığın atılı suçta kastının bulunmadığı gerekçesi ile direnme kararı vermiştir. Bu hükmün de temyiz edilmesi üzerine dosya Ceza Genel Kuruluna taşınmıştır.

Genel Kurul meseleyi, *sanığın üzerine atılı 2863 sayılı Kanuna muhalefet suçunun unsurlarının oluşup oluşmadığının belirlenmesi* şeklinde ele almıştır. Kararda özetle; suça konu sikkelerin sayısı, nitelikleri, ele geçiriliş biçimi, sanığın branşı ve eğitim durumu gözetildiğinde, sanığın bu eserlerin 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli taşınır kültür varlığı olduğunu

bildiğinin kabulü gerektiği belirtilerek direnme kararını isabetli bulmamıştır.⁹⁰

⁹⁰ “İncelenen dosya kapsamından; 14.02.2008 tarihli olay ve muhafaza altına alma tutanağında; saat 11.50 sıralarında İzmir Adnan Menderes Havalimanından uçakla İstanbul’a gidecek olan yolculardan sanık S.nin bilgisayar çantasının giden yolcu x-ray cihazından geçirildiği sırada metal yoğunluk fark edildiği, kontrol sırasında sanığın çantasını açarak içerisindeki 121 adet madeni parayı görevlilere teslim ettiği, üzerinde çeşitli yazılar bulunan, değişik ebat, figür, renk ve desenlerde toplam 121 adet madeni paranadan, 1 adet 1941 tarihli 25 Kuruş, 1 adet 1944 tarihli 25 Kuruş, 1 adet 1947 tarihli 50 Kuruşun sanığa iade edilerek, geriye kalan 118 adet madeni paranın sanığın rızası ile görevlilerce muhafaza altına alındığı, yine üst ve çantasında; 1 adet cep telefonu, 1 adet fotoğraf makinesi ve 1 adet dizüstü bilgisayarın bulunduğu bilgilerine yer verildiği, İzmir Müze Müdürlüğü’nde görevli iki arkeolog ve bir sanat tarihi uzmanı tarafından düzenlenen 14.02.2008 tarihli raporda; sanıktan ele geçirilen 102 adet sikkenin 2863 sayılı Kanun kapsamında yurt içinde alımı satımının serbest, yurt dışına çıkarılmasının yasak olduğu, altı adet bronz Roma sikkesi, sekiz adet bronz Bizans sikkesi ve iki adet İslami sikkenin 2863 sayılı Kanun kapsamında tasnif ve tescile tabi eserlerden olduğu şeklinde değerlendirme yapıldığı, İzmir Müze Müdürlüğü görevlilerince düzenlenen bu rapordan sonra aynı gün 16 adet sikkenin müze müdürlüğüne teslim edildiği, 102 adet sikkenin ise sanığa iade edildiği, Dokuz Eylül Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Arkeoloji Bölümü Öğretim Üyesi Arkeolog... tarafından düzenlenen 21.11.2008 tarihli raporda; altı adet bronz sikkenin Roma Dönemi İmparatorluk sikkeleri, sekiz adet bronz sikkenin Bizans sikkeleri, birisi gümüş kaplama diğeri bronz olmak üzere iki adet sikkenin Ortaçağ İslami sikkeleri olduğu, toplam on altı adet sikkenin 2863 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gereken müzelik kültür varlıkları olduğu, müzede korunmalarının gerektiği ve tamamının orijinal eser olduğu tespitlerine yer verildiği, anlaşılmaktadır. Tanık A., eşinin söz konusu sikkeleri 50 yıl kadar önce amatör olarak aldığını, daha sonra bu koleksiyona devam etmediğini ve sikkelerin uzun zamandır evinde durduğunu, yaşlandığı için kendi ziynetlerini çocuklarına dağıttığını, olay tarihinden önce de İstanbul’da yaşayan kızı S. ziyarete geldiğinde, kıymetini ve ne olduğunu bilmediği söz konusu sikkeleri ona verdiğini, bunların tarihi bir dokusu olduğunu bilmediğini, söz konusu eserlerin bir torba içerisinde durduğunu belirtmiş, Sanık S.; heykeltraş olduğunu, 11.02.2008 günü ikamet ettiği İstanbul’dan açılacak bir sergi için uçakla İzmir’e geldiğini, İzmir’de ikamet eden annesinin evine gittiğini, 2004 yılında vefat eden babasının 1965 yılına kadar koleksiyon için biriktirdiği madeni paralar evde atıl durumda bulunduğu için annesinin bu paraların kendisinde kalmasını istediğini, babasından bir hatıra kalması için bu madeni paraları aldığını, babasının bu paraları çok eskiden beri bir heves ve koleksiyon olarak biriktirdiğini, 1965 yılında bu hobisine son verdiğini, 14.02.2008 günü İstanbul’a dönmek için tekrar Adnan Menderes Havalimanına geldiğinde, terminale girişte yapılan kontrolde bilgisayar çantasının içerisinde bu paraların tespit edildiğini, bu paraları herhangi bir çıkar amaçlı almadığını, suç kastının bulunmadığını savunmuştur. ...Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Heykeltraş olan sanığın, uçakla İzmir’den İstanbul’a gitmek için geldiği Adnan Menderes Havalimanında bilgisayar çantasının x-ray cihazından geçirildiği sırada metal yoğunluğun fark edilmesi üzerine, bilgisayar çantası içerisinde değişik ebat, figür, renk ve desenlerde toplam 118 adet sikkenin ele geçirildiği, bu sikkelerden 102 adetinin yurt içinde alımı satımının serbest, yurt dışına çıkarılmasının yasak olduğu, 16 adetinin ise 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli taşınır kültür varlığı olduğu anlaşılan somut olayda; suça konu sikkelerin sayısı, nitelikleri, ele geçiriliş biçimi, sanığın branşı ve eğitim durumu gözetildiğinde, sanığın bu eserlerin 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli taşınır kültür varlığı olduğunu bildiğinin kabulü gerekmektedir. Bu itibarla; yerel mahkeme direnme hükmünün, 2863 sayılı Kanuna aykırı şekilde korunması gerekli taşınır kültür varlıklarını bulundurma suçunu işlediği sabit olan

Genel Kurulun, gerek çoğunluk kararına iştirak eden üyeleri, gerekse

sanığın mahkûmiyeti yerine suç kastının bulunmadığı gerekçesiyle beraatine karar verilmesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir...”. Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyeleri ise şu gerekçelerle karara muhalif kalmışlardır: “...Sanık Arkeolog değil heykeltıraştır, sabıkasızdır. Yani daha önce benzer bir suçtan yargılanmamıştır. Suç eşyasını, satıcılardan, antikacılardan almış değildir. Daha küçük bir kız çocuğu iken, bu sikkeleri babasının topladığını bilmektedir. Yaşlanan annesi, babasının hatırası olarak, bunları kızına vermiştir. Şayet diğer çocuklarına verse idi, şimdi onlar sanık olacaktır. Sanığın kasten hareket etmiş sayılabilmesi için tipe uygun hareketi önceden düşünüp öngörmüş, zihninde canlandırmış olması gerekir. Şayet sanık annesinin verdiği sikkelerin suç konusu olduğunu bilseydi, İstanbul’a uçakla değil, otobüsle giderdi. Nitekim toplam 118 adet sikke den 102 tanesinin yurt içinde serbestçe alım ve satımının yapılabildiği anlaşılmalı, soruşturma aşamasında sanığa iade edilmiştir. Ancak geriye kalan 16 adedinin tasnif ve tescile tabi olduğunu, uzman olmayan, üçüncü şahıslardan almamış, baba hatırası olarak annesinin vermesi ile almış olan sanığın suç kastından söz edilemez...”. **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 31.03.2015 tarih ve 2013/12-770 Esas, 2015/84 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*. *Sanığın yabancı uyruklu bir şahıs olduğu benzer bir olayda 12. Ceza Dairesinin çoğunluk kararına iştirak eden üyeleri meseleyi yine kast bağlamında ele almışlar ancak muhalif kalan üyeleri ise isabetli bir şekilde haksızlık yanılıgısı bağlamında bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmişlerdir*: “Ukrayna uyruklu olan sanığa ait valizin, Adnan Menderes Hava Limanı dış hatlar terminali giden yolcu bölümünde x-ray cihazı ile kontrolü sırasında yoğun metal görüntü alınması üzerine yapılan aramada iki adet metal paranın ele geçirildiği, İzmir Müze Müdürlüğü’nden 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 geçtiği sırada antika eşyalar satan bir mağazadan dava konusu sikkeleri 35 avro karşılığında satın aldığını, eski metal para koleksiyonu yaptığını, gittiği yerlerde eski para bulursa satın aldığını beyan etmesi karşısında; sanığın 2863 sayılı Kanun kapsamındaki kültür varlıklarını yurtdışına çıkarmaya teşebbüs ettiği, bu itibarla sanığın mahkûmiyetine 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; ayrıca dava konusu eserler üzerinde üniversitelerin arkeoloji ve sanat tarihi kürsülerine mensup öğretim üyelerinden oluşan tarafsız bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılarak, mevcut durumları itibariyle bilim, kültür, din veya güzel sanatlarla ilgileri, 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli taşınır kültür varlıkları olup olmadıkları, tasnif ve tescile tabi olup olmadıkları, bildirim zorunluluğu olan eserlerden olup olmadıklarının tespit edilmesi ve sonucuna göre, sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, dosyanın tarafı konumundaki İzmir Müze Müdürlüğü görevlilerinin düzenlemiş oldukları raporun hükme esas alınması, Kanuna aykırı olup, ...beraate ilişkin hükmün isteme aykırı olarak bozulmasına...”. Çoğunluk görüşüne katılmayan üyeler ise şu gerekçelerle karara muhalif kalmışlardır: “Muhalefet gerekçelerimizi şu başlıklar altında toplayabiliriz. 1-Sanık Ukrayna uyruklu olup havaalanından çıkış yaparken üzerinde iki adet sikke ile yakalanmıştır. Müze müdürlüğü görevlilerinden oluşan 3 kişilik bilirkişi heyeti sanıkta yakalanan sikkelerden hicri 1223 tarihli gümüş olanın 2863 sayılı Kanun kapsamında, bakır olan 1227 tarihli olanın ise adı geçen kanun kapsamına girmediğini belirtmişlerdir. Mahkemenin ve dairesinin kabulü bu sikkelerin antika eşya satılan yerlerden alındığıdır. Kanun kapsamında suç olduğu kabul edilen sikkenin değerinin 35 Avro olduğu belirtilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223. maddesinin 4. fıkrası ‘İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı’ nedeniyle faile ceza

muhafif kalan üyeleri, meseleyi haksızlık hatası bağlamında ele almak yerine suçun manevi unsuru bağlamında sanığın kastının bulunup bulunmadığı üzerinde bir değerlendirme yoluna gitmiştir. İlgili mevzuata bakıldığında, söz konusu sikkelerin 2863 sayılı Kanununun 23. maddesi uyarınca korunması gerekli kültür varlığı ve bu nedenle, devlet malı niteliğinde olan bu varlıkların devlet elinde ve müzelerde bulundurulması, korunması ve değerlendirilmesi gerekmektedir (m. 5/1, 24/1). Bu varlıkları elinde bulunduran kimselerin en geç üç gün içinde ilgili makamlara bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır (m. 4/1). Bu yükümlülüğe mazeretsiz olarak uyulmaması suç olarak düzenlenmiştir (m. 67/1). Bununla birlikte bu varlıkların bulundurulması da bizatihi suç olarak düzenlenmiştir (m. 70). Her iki suç bakımından da söz konusu varlıkların korunması gereken kültür varlığı olduğunun fail tarafından bilinmesi zorunludur. Sanığın olaydaki konumuna bakıldığında, söz konusu sikkelerin, eğitimi ve sosyal konumu dikkate alındığında, tarihi değeri matuf olduğunu bilmekte ve kendisine babasından yadigar kaldığı için bunları hatıra olarak saklamak niyetiyle yanında bulundurduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte sanık sikkelerin hangi kategorideki kültür varlığı niteliğinde olduğunu

verilmesine yer olmadığına karar verileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla mahalli mahkemenin beraat hükmü CMK'nın bu hükmü nazara alınarak dairemizce düzeltilerek onanması gerekirdi. Keşke mahalli mahkeme uluslararası istinabeye başvurmadan bu hükümden hareketle davayı sonuçlandırsaydı. 2- Sanık Ukrayna uyruklu olup bir havayolu şirketinde makine mühendisi olarak çalışmaktadır. Sanık savunmasında adı geçen sikkeleri hediye eşya satan bir yerden satın aldığını, koleksiyon yaptığını, açıkta satılan eski paraların satın alınmasının yasak olduğunu bilmediğini savunmuştur. Sanığın eylemi 2863 sayılı Kanunda suç olarak düzenlenmiştir. Sanık işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düştüğünden TCK'nın 30/4. maddesindeki hata halinden yararlanması gerekir. Sanığın işlediği suç nedeniyle eylemi TCK'nın 4. maddesi kapsamında da değerlendirilemez. Çünkü madde de 'Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz' deniyor. 2863 sayılı Kanun bir ceza kanunu değildir. Türk hukuk sisteminde ceza kanunu olarak adlandırılacak üç kanun vardır. Bunlar: 1-Türk Ceza Kanunu, 2-Terörle Mücadele Kanunu, 3-Askeri Ceza Kanunu. Dolayısıyla bunların dışındaki özel kanunlardaki suç oluşturan fiiller için bilmemek mazeret olarak kabul edilebilir. İşte bu özel kanunlardaki suçlarla ilgili hükümleri bilmemek TCK'nın 30/4. maddesinin uygulanmasını gerektirebilir. Yani işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlandırılır, cezalandırılmaz... Tüm açıkladığımız bu nedenlerden dolayı, 2863 sayılı Kanun'un 23. maddesine göre 1839 yılından sonraki tarihli sikkelerin yurt içinde alınıp satılmasının serbest olduğu da nazara alınarak hicri 1223 tarihli (Miladi 1809) sikkenin satın alınıp yurt dışına çıkarılmasının suç olduğunu bilmeyen yabancı uyruklu sanığın haksızlık yanlılığı içinde olduğu, bu hatasının esaslı olup eyleminden dolayı cezalandırılmayacağı, CMK 223/4. maddesi gereğince işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı ve büyük masraflar yapılarak uluslararası istinabe ile savunması alınan sanığın bu karar sonrası bozmaya karşı diyeceklerinin sorulması ve sonrasında infaz edilebilecek bir karar verilmesinin mümkün olmayacak olduğu da nazara alınarak mahalli mahkeme hükmünün onanması gerektiğini düşündüğümüzden sayın çoğunluğun bozma yönündeki görüşüne katılmıyoruz." **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, 14.11.2014 tarih ve 2013/27589 Esas, 2014/22906 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

bilmediği için, bildirim yükümlülüğü olduğunun ve bulundurmasının hukuka aykırı olduğunun bilincinde olmaması nedeniyle için haksızlık bilincine sahip değildir⁹¹. Zira sanık, bu bilinçle hareket etse idi en az iki kez x-ray cihazından geçeceğini ve detaylı bir kontrole tabi tutulacağını bildiği havaalanına gitmezdi. Bu nedenle sanığın haksızlık hatasına düştüğü kabul edilmeli, bununla birlikte bu hatanın kaçınılabılır olup olmadığı ayrıca ele alınmalıdır.⁹² Kaçınılabılırlik bakımından, şayet sanığın heykeltıraş olması nedeniyle, icra ettiği meslek ve sanat itibariyle tarihi eserler ve bu hususla ilgili mevzuat hakkında bilgi sahibi bir kişi olduğu⁹³ kabulü ile hareket edildiği takdirde hatanın kaçınılmaz olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Oysa somut olayda sanık güzel sanatlar alanında eğitim almış, heykeltıraş olarak meslek ve sanatını icra eden bir kimsedir. Her ne kadar heykeltıraşlık ve arkeoloji birbirine yakın alanlar gibi görünse de, sanığın söz konusu sikkelerin genel olarak kültür varlığı olmanın ötesinde korunması gerekli bir kültür varlığı olduğunu bilmesini beklemek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, sanığın hatasının kaçınılmaz bir haksızlık hatası olarak kabul edilmesi gerektiğini *düşünmekteyiz*.

6. Diğer Bazı Suç Tipleri Bakımından

Resmî belgede sahtecilik suçuyla ilgili olarak 11. Ceza Dairesinin 2013 tarihli bir kararına konu olayda, özetle; sanık tarafından mağdurun bilgisi ve rızası dâhilinde, mağdurun adını yazıp imzalamak suretiyle kambiyo senedi düzenlemiş, yapılan yargılama sonucunda ilk derece mahkemesi resmî belgede sahtecilik suçundan mahkûmiyet kararı vermiştir. Temyiz üzerine Dairece yapılan inceleme sonunda, sanığın suça konu senedi verilen rıza doğrultusunda düzenlenmesi şeklinde oluşan eylemde suçun manevî unsuru itibariyle oluşmadığı belirtilerek bozma kararı verilmiştir.⁹⁴

⁹¹ “İşte bu bilgisizlik, kişinin söz konusu ihmali davranışının bir haksızlık teşkil ettiği hususundaki hatayı ifade etmektedir.” **Özgenç**, s. 449.

⁹² **Göktürk**, s. 116-118.

⁹³ **Özgenç**, s. 449.

⁹⁴ “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 30.03.1992 gün ve 80-98 sayılı ve 19.04.2005 gün ve 221-38 sayılı kararlarında ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere belgede sahtecilik suçlarında mağdurun rızası hukuka uygunluk nedeni sayılmaz ise de failde belgede sahtekârlıkta bulunmak kastına etki yapabileceği, somut olayda sanığın, bonoda keşideci olarak gözüken M.ne, onun adına teminat amaçlı senet düzenleyeceğini söylediğini ve M.nin de ne yaparsan yap demesi üzerine M. yerine imza atarak senedi düzenlediğini savunması, M.nin bu savunmayı doğrular şekilde sanığın kendisinden senet istediğini ancak kendisinin kabul etmemesi üzerine sanığın senin adına senet düzenleyip veririm borcu da kendim öderim demesi üzerine ne yaparsan yap dediğini, daha sonra sanığın kendisine senedi düzenleyerek verdiğini söylediğini ancak kendisinin bir şey yapmadığını beyan etmesi karşısında, sanığın suça konu senedi verilen rıza doğrultusunda düzenlenmesi şeklinde oluşan eylemde suçun manevî unsuru itibariyle oluşmadığı ve beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...”. **Yargıtay 11. Ceza Dairesi**, 01.11.2013 tarih ve 2012/27872 Esas, 2013/15817 Karar sayılı kararı, *Uyap Karar Bilgi Bankası*.

Kararda Daire, meseleyi haksızlık hatası bağlamında ele almak yerine aynen 765 sayılı Kanun dönemindeki gibi, suçun manevi unsuru bağlamında sanığın kastının bulunup bulunmadığı üzerinde bir değerlendirme yapmak suretiyle çözümlene yoluna gitmiştir. Somut olayda, adına senet düzenlenen mağdurun rızası sahtecilik suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez. Zira fail, senet üzerindeki isim ve imzanın kendisine ait olmadığını, dolayısıyla fiilinin gerçeğe uygun olmadığını bilmekte olduğundan sahtecilik suçu bakımından kasten hareket etmektedir. Bununla birlikte fail, mağdurun rızasına istinaden onun adına senet düzenlediği için fiilinin hukuka aykırı olduğunun farkında olmadığından haksızlık bilincine sahip bulunmamaktadır. Bu nedenle failin, hukuk düzenince tanınmayan bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda kaçınılmaz bir hataya (dolaylı haksızlık hatası) düştüğü kabul edilmeli⁹⁵ ve beraat kararı değil ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.

Kaçakçılık suçuyla ilgili olarak 14. Ceza Dairesinin 2019 tarihli bir kararına konu olayda, özetle; seyyar tezgâh üzerinde kaçak sigara satışı yaparken yakalanan Türk vatandaşı sanık hakkında ilk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucunda; sanığın *duruşmadaki tutum ve davranışları ve kendini ifade tarzı dikkate alındığında işlediği eylemin suç olduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düştüğü* belirtilerek ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Karar, katılanın temyizi üzerine Dairenin gündemine gelmiştir. Daire, konunun ayrıntılı olarak tartışılmadığı kararında TCK'nın 30/4. maddesi hükmünün somut olayda uygulama yeri bulunmadığı gerekçesiyle bozma yönünde karar vermiştir.⁹⁶

Dairenin kararı, anlatılan şekliyle gerçekleşen bir olayda haksızlık hatasının uygulanma imkânının genel olarak bulunmadığı yönünde bir gerekçe ile oluşturulduğu için *kanaatimizce* isabetli görünmemektedir. Zira fail, eğitim durumu ve içinde bulunduğu sosyo-ekonomik koşullar nedeniyle kaçak sigara

⁹⁵ **Göktürk**, s. 127-128.

⁹⁶ "...Sanığın olay tutanağına göre seyyar tezgah üzerinde kaçak sigara satışı yaparken yakalandığı ve aşamalarındaki savunmalarında suçu ikrar ettiği cihetle, kaçakçılık suçu sübuta erdiğinden sanığın 5607 sayılı Kanunun 3/18. maddesi uyarınca mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, denetime imkan verecek şekilde açıklanmadan 'duruşmadaki tutum ve davranışları ve kendini ifade tarzı dikkate alındığında işlediği eylemin suç olduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düştüğü' gerekçesi ile somut olayda uygulama yeri bulunmayan TCK. nun 30/4. maddesi ve CMK.nun 223/3-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi...". Dosyayla ilgili olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 2015/121922 nolu tebliğnamede ise şu ifadeler kullanılmıştır: "...Sanığın duruşmadaki tutum ve davranışları ve kendini ifade tarzı dikkate alındığında işlediği eylemin suç olduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düştüğü anlaşılmakla sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 30/4 ve CMK'nın 223/3-d maddeleri gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilirken bunların neler olduğu denetime imkân verecek şekilde açıklanmadan yazılı şekilde hüküm tesisi...". **Yargıtay 7. Ceza Dairesi**, 17.04.2018 tarih ve 2017/10193 Esas, 2008/4111 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

satma fiilinin hukuka aykırı olduğunun farkında olmayabilir, dolayısıyla haksızlık bilincine sahip olmayabilir. Bu nedenle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesinde de belirtildiği üzere, sanığın içinde bulunduğu durum hakkında daha fazla araştırma yapılması ve elde edilen bilgiler doğrultusunda, sanığın duruşmadaki davranışları da gözlemlenerek kaçınılabılır bir hataya düşüp düşmediğinin tartışılmasından sonra hüküm kurulmasının daha isabetli olabileceğini düşünmekteyiz.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuyla ilgili olarak 12. Ceza Dairesinin 2014 tarihli bir kararında şu ifadeler kullanılmıştır: “...Bu açıklamalar ışığında incelenen dosya kapsamına ve aksi kanıtlanamayan savunmaya göre; resmi nikâhlı eşi katılan A.nın sadakatinden kuşkulanan sanık B.nin, katılanla aralarında henüz boşanma davası açılmadığı dönemde, daha önceden bildiği katılana ait elektronik posta adresinin ve bu adresle bağlantılı Facebook hesabının internet şifrelerini kullanmak suretiyle bilişim sistemindeki katılana özel kısımlara girdiği ve katılanın C. isimli bir bayana gönderdiği elektronik iletileri ele geçirdikten sonra, eşi tarafından aldatıldığının eşinin yakınları tarafından öğrenilmesini sağlamak amacıyla, katılanla C. isimli bayan arasındaki haberleşme içeriklerini, katılanla fiilen ayrı oldukları 07.01.2010 tarihinde, katılanın amcasının kızı olan D. isimli kişinin elektronik posta adresine gönderdiği ve 13.01.2010 tarihinde katılanın, 08.03.2010 tarihinde sanığın birbirleri aleyhine boşanma davası açtığı olayda, Katılanın, sanığa yönelik olarak, 15.11.2009 tarihinde, hakaret ve kasten yaralama, 04.01.2010 tarihinde, hakaret, tehdit ve kasten yaralama suçlarını işlediği iddiasıyla hakkında kamu davaları açıldığı ve sanığın da katılan aleyhine 06.01.2010 tarihinde nafaka davası açtığı nazara alındığında, taraflar arasında uzun süredir devam eden geçimsizlik olup, katılanın, amcasına, herhangi bir bayanla gayrimeşru bir ilişkisinin bulunmadığını beyan ettiğini öğrenen sanığın, *katılanın kendisini zan altında bırakan sözlerinin doğru olmadığını, aile içi geçimsizliğin kaynağının, katılanın olumsuz tutum ve davranışları olduğunu ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket ettiği kabul edilemeyeceğinden*, Yapılan yargılama sonunda, *sanığa yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olduğu* gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, katılan vekilinin sübuta ilişkin yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine ve (beraat kararının) sanığın, ‘CMK’nın 223/2-a maddesi gereğince’ şeklinde düzeltilerek onanmasına...”.⁹⁷

Somut olayda sanık, eşi ile aralarındaki geçimsizliğin kaynağının kendisi olmadığını ispatlamak amacıyla, daha önceden bildiği şifreleri kullanmak

⁹⁷ **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, 02.06.2014 tarih ve 2013/21755 Esas, 2014/13367 Karar sayılı kararı, *Uyap Karar Bilgi Bankası*.

suretiyle eşine ilişkin haberleşmenin gizliliğini ihlal etmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla suçun maddi ve manevi unsurları bakımından gerçekleşmiş olduğunu söylemek gerekmektedir. Ancak sanık, haklılığını ispatlamak amacıyla gerçekleştirdiği fiilin meşru kabul edileceği düşüncesiyle, bir başka deyişle haksızlık bilinci olmaksızın hareket etmiştir. Bu nedenle sanığın, fiilini ispat hakkının kullanılması bağlamında (TCK m. 26) gerçekleştirdiğinin kabulü ile bir hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata şeklinde somutlaşan *dolaylı haksızlık hatasına* düştüğünü söylemek mümkün görünmektedir.⁹⁸ Zira hukuka uygunluk nedeninin varlığında hataya düşülerek gerçekleştirilen bu fiiliyle failin haksızlık teşkil eden bir fiili icra ettiği bilincine sahip olmadığı ve bu halde gerçekleştirilen fiil bakımından kaçınılmaz bir hataya düştüğü anlaşılmaktadır. Bu nedenle, sanık hakkında haksızlık hatası nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken; kararda, sanığın fiilin suç olarak tanımlanmış bir fiil olmadığından bahisle beraat şeklinde hüküm kurulması isabetli görünmemektedir.

Öte yandan kararın sonuç bölümü kendi içinde çelişkilidir. Zira aynı cümlede önce haksızlık bilincinin olmadığı ifade edilmiş ve fakat sonra böyle bir fiilin kanunlarda suç olarak tanımlanmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur.

SONUÇ

5237 sayılı Türk Ceza Kanununa hâkim olan kusur teorisi uyarınca suçun yapısal unsurlarından bağımsız olarak bir değerlendirmeye tabi tutulan kusurluluk kapsamında ele alınan haksızlık hatası, klasik ceza hukuku doktrininin terk edildiğinin önemli bir göstergesi olarak kabul edilmektedir.

Haksızlık hatası TCK'nın 30. maddesi kapsamında hata hükümleri bağlamında düzenlenmiştir. Düzenlemeyle, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin kusurlu addedilemeyeceği dolayısıyla kınanamayacağı, cezalandırılmayacağı öngörülmüştür. Bu düzenleme karşısında, kanunun bağlayıcılığı başlıklı TCK'nın 4. maddesindeki ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılamayacağı hükmünün bir anlamı ve esasen geçerliliği kalmamıştır.

Unsur (tipiklik) hatası ve haksızlık hatası arasında çok temel bazı farklar bulunmaktadır. Unsur hatası, kastı kaldıran bir hata formu iken; haksızlık hatası ise kusurluluğu etkileyen bir hata formudur. Unsur hatasında haksızlık hatasından farklı olarak kaçınılabilirlikle ilgili bir değerlendirme yapılmaz. Unsur hatasının tespiti halinde beraat kararı verilmesi gerekirken, haksızlık hatasının tespiti halinde ise ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.

Haksızlık hatasının söz konusu olabilmesi kişinin bu hataya düşmesinin kaçınılabilir olmadığı tespit edilmelidir. Bu hususun tespiti, her olayın somut

⁹⁸ Söz konusu olayla ilgili aynı yöndeki görüş için bkz: **Koca/Üzülmez**, s. 370.

şartları, failin kişisel özellikleri ve içinde bulunduğu koşullar dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu tespit sonucunda hatanın kaçınılmaz olduğunun anlaşılması halinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Hatanın kaçınılabilir olduğunun anlaşılması halinde ise halen bir hata hali söz konusu olması ve failin kusur yoğunluğunun azalmış olması nedeniyle, bu durum yaptırımın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde dikkate alınmalıdır.

Somut bir olayda haksızlık hatasının sağlıklı bir şekilde tespitinin yapılabilmesi için öncelikle fiilin, faile isnat olunan suç tipine ilişkin olarak kanunda öngörülen maddi ve manevi unsurları ihtiva edip etmediği tespit edilmeli, akabinde bu fiilden ötürü failin kusurlu olup olmadığı araştırılmalıdır. Failin, haksızlık bilinciyle hareket etmediği ya da başka bir deyişle işlediği fiilin hukuk düzenince tasvip edilmediği ve bir haksızlık ifade ettiği hususunda yanıldığının tespiti halinde haksızlık hatası gündeme gelecektir. Bu aşamada, haksızlık hatasının failin kusurluluğunu ortadan kaldırabilmesi için *kaçınılabilir* olup olmadığı araştırılacak, hatanın kaçınılmaz bir hata olduğu anlaşıldığı takdirde fail kusurlu addedilemeyecek, dolayısıyla kınanamayacak, cezalandırılmayacaktır. Hatanın kaçınılabilir olduğunun anlaşılması halinde ise failin kusurluluğu bir derecelendirilmeye tabi tutularak, yaptırımın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

765 sayılı TCK dönemindeki Yargıtay uygulaması, o dönemde doktrine büyük ölçüde hâkim olan kast teorisinin etkisiyle, meseleni suçun manevi unsuru bağlamında tartışılması şeklinde gelişmiştir. 5237 sayılı TCK döneminde ise doktrine ve kanuna hâkim olan kusur teorisine rağmen Yargıtay uygulaması henüz yeterince vuzuha kavuşmamış görünmemektedir. Bu belirsizlik gerek daireler arasında, gerekse dairelerin farklı kararları ve ceza genel kurulunun farklı kararları arasındaki çelişkilerden de gözlemlenmektedir. İncelemeye tabi tuttuğumuz kararlarda da görüleceği üzere Yargıtay, haksızlık hatasının söz konusu olabileceği hallerde, meseleyi halen kast teorisinin etkisiyle suçun manevi unsuru bağlamında değerlendirme yapmak suretiyle çözüme ulaşmak eğilimindedir.

KAYNAKLAR

- **Akbulut, Berrin**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- **Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- **Apaydın, Cengiz**, “Ceza Hukukunda Hukuki Hata”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 133, Eylül 2017, s. 34-47.
- **Baba, Yasemin**, *Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2017.

- **Brody, David C./Acker, James R./Logan, A. Wayne**, *Criminal Law*, Jones&Bartlett Publishers, Sudbury 2001.
- **Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut Yenerer, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2020.
- **Çetin, Sefa**, Haksızlık Hatasının Suç Genel Teorisindeki Yeri ve İçeriği, *Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 2018, S. 3, s. 17-41.
- **Değirmenci, Olgun**, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 110, Y. 2014, s. 129-188.
- **Demirbaş, Timur**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- **Demirel, Hakkı**, “Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3-4, Y. 1955, s. 94-110.
- **Dülger, Murat Volkan**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul 2021.
- **Dülger, Murat Volkan/Özkan, Onur/Bakdur, Merve**, “Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 12, S. 45 (Ocak 2021), s. 227-263.
- **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Basım Yayın Dağıtım, C. I, 14. Baskı, İstanbul 1997.
- **Erbaş, Rahime**, “Haksızlık Hatasının Kaçınılabilir Olduğunu Gösteren Ölçütlerin Kanunda Öngörülmesi: Avusturya Ceza Kanunu Örneği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 14, S. 40, Ağustos 2019, s. 379-401.
- **Erman, Ragıp Barış**, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2006.
- **Erman, Sahir**, “Ceza Kanununda Hukukî Bilmeme ve Yanılma”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XII, S. 2-3, Y. 1946, s. 511-516. “Erman (S)”
- **Fletcher, George P.**, *The Grammar of Criminal Law, American, Comparative and International, Vol I: Foundations*, Oxford University Press, New York 2007.
- **Göktürk, Neslihan**, *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- **Gündüz, Nurcan**, “Türk Ceza Hukukunda Hukuki Hata”, *Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan*, C. I, Ankara 2015, s. 489-543.
- **Güngör, Devrim**, “Kural Üzerinde Hata”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 68, Y. 2007, s. 135-160.
- **Güngör, Devrim**, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- **Hafizoğulları, Zeki**, “Hukukî Bilmeme ve Açık Ceza Normları”, *Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1975 I*, Ankara 1977, s. 193-211.

- **Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2010.
- **Hakeri, Hakan**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 23. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- **Heinrich, Bernd**, *Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015,
- **Husak, Douglas/Von Hirsch Andrew**, “Culpability and Mistake of Law”, içinde: Stephen Shute/John Gardner/Jeremy Horder (Editörler), *Action and Value in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford 1993, s. 155-174.
- **Karakurt, Ahu**, “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 4, S. 10, Ağustos 2009, s. 109-155.
- **Koca, Mahmut**, “Türk Ceza Hukukunda Hata”, içinde: *3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi*, İstanbul Kültür Üniversitesi, Ankara 2009, s. 63-90.
- **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- **Mahmutoğlu, Fatih Selami/Ünver, Yener**, “Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı Üzerine”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 72, S. 4-5-6, Y. 1998, s. 371-395.
- **Meraklı, Serkan**, *Ceza Hukukunda Kusur*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- **Meran, Necati**, “TCK’da Yasak Hatası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 4, S. 32, Nisan 2009, s. 65-72.
- **Ozansü, Mehmet Cemil**, “Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı”, içinde: *Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 385-402.
- **Önder, Ayhan**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 1992.
- **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız**, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- **Özek, Çetin**, “Ceza Normunun Varlığında Hata”, *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. III, İstanbul 2003, s. 817-830.
- **Özen, Mustafa**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- **Özen, Mustafa**, “Ceza Hukukunda Bilmemek ve Hata”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 590 vd.
- **Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan**, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- **Roxin, Claus**, “Yasağa İlişkin Yanılma”, (Tercüme: Osman İsfen), içinde: *Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 277-296.

- **Soyaslan, Doğan**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- **Soyer Güleç, Sesim**, Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S. 1, Y. 2008, s. 59-91.
- **Sözüer, Adem**, “Hukukî Hata”, *Yargıtay Dergisi*, C. 21, S. 4, Ekim 1995, s. 466-490.
- **Şenol, Cem**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Suçun Maddi ve Nitelikli Unsurlarında Hata (TCK m. 30/1, 2)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 13, S. 38, Aralık 2018, s. 117-145.
- **Töngür, Ali Rıza/Çetintürk, Ekrem**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- **Toroslu, Nevzat**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.
- *Türk Hukuk Lügati*, Türk Hukuk Derneği Yayını, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991.
- **Ünver, Yener**, Yeni Türk Ceza Kanununda Kusurluluk, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 1, S. 1, Ekim 2006, s. 37-73.
- **Van Verseveld, Annemieke**, *Mistake of Law: Excusing Perpetrators of International Crimes*, Doktora Tezi, University of Amsterdam, Amsterdam 2011.
- **Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa**, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- **Yenisey, Feridun/Plageman, Gottfried**, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, Beta Basım Yayın Dağıtım, Ankara 2015.
- **Yerdelen, Erdal**, “Ceza Hukukunda Yorum Hatası (Der Subsumtionsirrtum)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 25, Ağustos 2014, s. 69-101.
- *5377 Sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, https://www.tbmm.gov.tr/Develop/Owa/Kanun_Ss_Durumu?Kanun_No=5377, Erişim Tarihi: 01.01.2021.
- *Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)*, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, Erişim Tarihi: 01.01.2021.
- *Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü*, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm, Erişim Tarihi: 01.01.2021. Roma Statüsünün İngilizce Orijinal Metni için bkz: Rome Statute of the International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf>, Erişim Tarihi: 01.01.2021.
- <https://sozluk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 01.01.2021.
- UYAP Karar Bilgi Bankası (Çevrimiçi).