

TÜRK CEZA KANUNUNDA HAKSIZLIK YANILGISI (M. 30/4)

*Yrd. Doç. Dr. Sesim SOYER GÜLEÇ**

I. GİRİŞ

Haksızlık yanılgısı, failin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunun bilincinde olmamasını ifade eder. Bu itibarla haksızlık yanılgısı, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının bir istisnası olarak da değerlendirilmiş olmakla birlikte, günümüzde kuralın kusur ilkesiyle bağdaştırılması gerektiği fikri ağırlık kazanmıştır. Haksızlık yanılgısına ilişkin hükmün Türk Ceza Kanunu’nun 4. maddesinde yer alan “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının ikinci fıkrasından alınarak, hata başlıklı 30. maddeye aktarılmasının gerekçesi de esasen hukukî nitelendirme konusundaki bu tartışmalara dayanmaktadır. Bu incelemenin konusunu, haksızlık yanılgısının hukukî niteliği ve uygulama alanı oluşturmaktadır.

Haksızlık yanılgısı failin fiili işlerken bunun haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmamasını ifade eder. Bu hüküm ile kaçınılmaz haksızlık yanılgısının varlığı durumunda faili cezalandırmanın hukuka aykırı olduğu kabul edilmiş olmakta ve böylece “error juris nocet” (hukukî hata zarar verir) kuralı bertaraf edilmektedir. Haksızlık yanılgısı, Alman Hukuku Öğretisi’nde uzun zaman önce çözümlenmiş, “kusursuz suç ve ceza olmaz” şeklinde ifade edilen ve hukuk devleti ilkesinin bir yansıması olan kusur

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

prensibi çerçevesinde açıklanmıştır¹. Bu yönüyle söz konusu hüküm esasen insan hakları ile de yakından ilgilidir².

II. CEZA HUKUKUNDA YANILMA (HATA) KAVRAMI

Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesi "hata" başlığını taşımaktadır. Hata, bilmemek³ ya da yanlış bilmektir⁴. Bu durum iradenin oluşum sürecini etkilemekte ve iradenin hatalı doğmasına sebep olmaktadır⁵. Ceza hukukunda hata ise failin iradesi ile ortaya çıkan netice arasındaki uyumsuzluğu ifade eder. Hata (yanılma), hukukî ve fiilî hata olmak üzere iki şekilde ortaya çıkar⁶:

Fiilî hatada failin işlediği fiilin suç oluşturduğu konusunda herhangi bir yanılışı söz konusu değildir. Bu durumda failin yanılışı, fiilin unsurlarında, hukuka uygunluk nedenlerinde, nedensellik bağında, neticede veya nitelikli hallerde olabilir. Dolayısıyla failin yanılışı fiile ilişkindir. Bu gibi

¹ **Gropp** Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin, 2001, §13, 22, 458.

² **Gropp** Walter, Der Irrtum im Neuen Türkischen Strafgesetzbuch vom 26 September 2004, in: 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi, Ankara 2009, s. 161.

³ **Erman** Sahir, Ceza Kanununda Hukukî Bilmeme ve Yanılma, İHFM XII, 2-3 (1946), s. 510-511. Bu ayırım bilmeme ve hata arasında yapılan psikolojik ayırmadır. Bilmeme haline hata (yanılma) sınırları dışında da rastlanabilir. Bu durumda yalnız bilmeme (şüphe) söz konusudur. **Ersöy** Yüksel, Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Psikolojik Anlamı, SBF, XXII, 4, Aralık 1967, s. 253. Bu kavramların tarihsel boyutu açısından bkz. **Erman**, s. 511-516.

⁴ **Artuk** M. Emin/**Gökçen** Ahmet/**Yenidünya** A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2006, s. 699; **Centel** Nur/**Zafer** Hamide/Özlem **Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2005, s. 431.

⁵ **Koca**, Mahmut, Türk Ceza Hukukunda Hata, in: 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi, Ankara 2009, s. 81. Bilmeme ve hata, iradenin oluşum sürecine etki ederek, suçun oluşmasına engel olabilir. **Hafizoğulları** Zeki, Hukukî Bilmeme ve Açık Ceza Normları, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1975 I, Ankara 1977, s. 195.

⁶ **Öztürk** Bahri/**Erdem** Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2006, no. 363.

durumlarda yanılgının esaslı olması kaydıyla, yani fail yanılmasaydı fiil suç teşkil etmeyecekti denilebiliyor ise faili bu yanılgısından yararlandırmak gerekecektir⁷. Buna karşılık hukukî hata, bir fiilin suç olduğunun bilinmemesi veya bir hukuk normunun yanlış yorumlanmasıdır. Hukukî yanılmada kişi bir normun varlığında veya yorumunda hataya düşmektedir⁸. Fail burada normun içeriğini bilmemekte veya yanlış yorumlamakta, dolayısıyla haksızlık bilincine sahip bulunmamaktadır⁹. Bu çerçevede fiilî hata suçun maddi yapısına, hukukî hata ise fiilin hukuka aykırı olmasına ilişkindir¹⁰. Hukukî hata içerisinde bulunan kişi, hukuk normlarına ilişkin

⁷ **Demirbaş** Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 249. Yanılmanın kusurluluğu kaldırabilmesi, yanılmada failin taksirinin bulunmaması anlamına gelir. **Demirbaş**, s. 373.

⁸ **Hakeri** Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2008, s. 264.

⁹ **Öztürk/Erdem**, no. 363.

¹⁰ **Erem** Faruk/**Danışman** Ahmet/**Artuk** Emin, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1997, s. 128. Bu farka ilişkin olarak Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrası örnek olarak örnek verilebilir. Bu hükümde bir kültür ve tabiat varlığına malik ve zilyet olanlara bu konuda yetkili yerlere bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu durumda kişi elindeki eşyanın tarihi eser olduğunu biliyor olmasına rağmen bildirim yükümlülüğü bulunduğunu bilmiyorsa haksızlık yanılgısı söz konusu olur. Ancak kişi bildirim yükümlülüğünün bilincinde olup da, elindeki eşyanın tarihî eser olduğunun bilincinde değilse, kişinin bu ihmalî suça ilişkin kastından söz edilemez. Ancak kişinin mesleği icabı bilmesi gerekiyorsa yine sorumlu olacaktır. Bununla birlikte Yargıtay'ın kararında da bir yönden haklılık payı bulunmaktadır. Zira elinde bu tür bir eşyayı bulduran kişinin iyi niyetinden bahsedebilmek için bu eşyanın niteliğini öğrenmek için kendisinden beklenebilecek asgari çabayı sarf etmesi gerekir. Bu noktada kişinin bilmediği hususundaki beyanına itibar etmekten çok, eşyayı ne şekilde sakladığı (aldığı koruyucu önlemler vs.) veya sübjektif durumu itibarıyla bilmesi gerekip gerekmediği incelenmelidir. Hatta sırf bu niteliği bilmemek yani öğrenmemek için soruşturmamak da kastının bulunduğunu gösterir nitelikte sayılabilir. Bu itibarla Yargıtay'ın failin bilip bilmediği değil, uzman bir kişi marifetiyle gerçeği öğrenmemesinin önemli olduğu ve failin sorumlu olacağı yönündeki görüşüne de değer tanınabilir. Aksi yönde, **Özgenç** İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara 2005, s. 434-435; **Özgenç** İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2007, Genel Hükümler, s. 415.

yanlış bir değerlendirme sebebiyle işlediği fiilin meşru olduğunu sanarak hareket etmektedir¹¹.

TCK m. 30'da hata, "kastı kaldıran hata" ve "kusurluluğu etkileyen hata" olarak düzenlenmektedir. Suçun maddi unsurlarında hata (TCK m. 30/1), nitelikli unsurlarında hata (m. 30/2), hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata (m. 30/3) kastı kaldıran hata olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hata (m. 30/3) ve işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz hata, yani haksızlık yanılığı (m. 30/4), kusurluluğu etkileyen hata olarak ele alınmıştır¹².

III. YANILMA VE SÖZDE SUÇ

Sözde suç, yanılma ile ilişkilidir. Doktrinde olumlu hukukî hata¹³ olarak da adlandırılan bu durumda, failin yanılmasının hukukî bir önemi olmadığından, cezaî sorumluluğu da bulunmamaktadır. Zira burada, kanunda suç olarak tanımlanmayan bir durum, fail tarafından mevcut sanılmaktadır (hukukî yanılmaya dayanan sözde suç). Yani bu durumda fail suç işlediğini sanmasına rağmen, işlenen fiil suç oluşturmamaktadır. Dolayısıyla fail suç işleme kastı ile hareket etmiş olsa bile cezalandırılmaz. Bu durum, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı hiç kimsenin cezalandırılmayacağı ilkesinden kaynaklanmaktadır¹⁴. Buna karşılık, fiilî hataya dayanan sözde

¹¹ Hukukî ve fiilî yanılma ayrımı konusunda bkz. **Roxin**, AT, II, §12, no. 84; **Mürbe**, Manfred, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 1989, 11.1, 133; **Gropp**, AT, §13, 13, 456; **Puppe** Ingeborg, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionirrtum, GA 1990, s. 145.

¹² **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 700. Tüm hata türlerinin tek bir maddede düzenlenmesi de eleştirilebilir ve kastı kaldıran hata hallerinin kastı düzenleyen 21. maddeden sonra, kusurluluğu etkileyen hata hallerinin ise 30. maddede yer almasının daha yerinde olacağı ileri sürülebilirse de, var olan düzenlemenin pratik açıdan daha faydalı olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bu yönde, **Koca**, s. 83.

¹³ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 700.

¹⁴ **Yalkut** Necdet, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Açısından Sözde Suç ve İşlenemez Suç, YD, C. 8, S. 1-2, Ocak-Nisan 1982, s. 253.

suç da söz konusu olabilir. Bu durumda fail, kanunî tanımın esasında değil, unsurlarında yanılmaktadır. Örneğin, failin başkasına ait olduğunu sandığı bir eşyayı bulunduğu yerden alması durumunda olduğu gibi... Ancak bu halde de failin cezalandırılması mümkün değildir¹⁵. Fail kanunda öngörülmiş olan bir hukuka uygunluk sebebini yok sanarak, fiilin hukuka aykırı olduğu düşüncesiyle de hareket etmiş olabilir. Ancak bu durumda fail her halde yasal savunmanın şartları içerisinde hareket ettiğini biliyor olmalı, bilmemesi yalnızca bu durumun bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edip etmemesine ilişkin olmalıdır. Bu halde hukuka uygunluk sebebinde hata sonucu sözde suç söz konusu olacaktır¹⁶.

IV. “CEZA KANUNLARINI BİLMEMEK MAZERET SAYILMAZ” KURALI (TCK m. 4)

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde hiçbir istisnaya yer verilmeksizin mutlak bir biçimde uygulanmakta olan “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı, adaletsiz sonuçlara yol açtığı yönünde haklı bir endişe doğurmaktaydı¹⁷. Kanunun bilinmesinin mutlak olarak imkânsız olduğu durumlarda, örneğin kişinin uzun ve ağır bir hastalığa yakalanmış olması ya da ülkede bir doğal afetin meydana gelmiş olması ve benzeri zorlayıcı hallerde, hatanın kaçınılabilir olup olmadığı göz önünde bulundurulmak kaydıyla kanunun bilinmemesinin mazur görülmesi gerektiği ileri sürülmekteydi¹⁸.

¹⁵ **Demirbaş**, s. 200 vd.

¹⁶ **Yalkut**, s. 253.

¹⁷ **Özek Çetin**, Ceza Normunun Varlığında Hata, Tekinalp Armağanı C. III, İstanbul 2003, s. 829-830. Bu konuda farklı görüşler için bkz. **Hafizoğulları**, s. 199 vd.

¹⁸ **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 438. TBMM Adalet Komisyonu tarafından 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na ilişkin çalışmalar sırasında bu konudaki değişikliğin 4. madde metnine eklenmesi ile ilgili gerekçede bu husus vurgulanmış ve “Tasarıda kişinin bir fiilin hukuk düzenince yasaklandığına ilişkin kaçınılamayacak hatası dikkate alınmamaktaydı. Anayasamızda güvence altına alınan kusur ilkesiyle açık bir biçimde çelişen bu durumun düzeltilmesi zorunluluğu nedeniyle maddeye 2. fıkra eklenmiştir” denilmiştir. “Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu

Haksızlık yanılıgısına ilişkin hüküm, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının mutlak bir şekilde uygulanmaması gerektiği yönündeki eleştirileri bertaraf etmek üzere kanuna alınmıştır. Önceleri hükmün, uygulamada kişileri suç işledikten sonra cezalandırılmaktan kurtarabilecek nitelikte bir düzenleme durumuna gelebileceği yolunda endişeler söz konusu olmuşsa da, bu endişelerin yersiz olduğu görüşü artık hâkimiyet kazanmış bulunmaktadır¹⁹.

“Kanunun bağlayıcılığı” başlığını taşıyan TCK m. 4’te yer alan “Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı, işlenen fiilin suç olduğunun bilinmemesinin failin cezaî sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını ifade etmektedir. Olumsuz hukukî hata olarak adlandırılan bu durum, yasada suç teşkil eden bir fiilin, suç teşkil etmediği inancı ile işlenmesidir²⁰. Bu ilkeye göre, hukukî bilmeme durumunda, failin kusurluluğu devam edecektir²¹. Yani hukukî hata, cezaî sorumluluğu ortadan kaldırmaz²². Ancak kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi, bilmemenin kusur ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesiyle, yerini iradenin hâkimiyetine bırakmıştır²³. Bu itibarla

bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz” şeklinde düzenlenmiş olan bu ikinci fıkra, konunun kusur ilkesiyle ilişkili olması gerekçesiyle 5377 Sayılı Kanunla madde metninden çıkartılarak 30. maddenin 4 fıkrasına alınmıştır.

¹⁹ Bu yöndeki eleştiriler, özellikle de düzenlemenin suç işlemeyi teşvik edeceği iddiası, daha önce Alman Hukukunda da söz konusu olmuştu. **Roxin** Claus, Yeni TCK ile Türkiye Avrupa’ya Dahil Oluyor, HPD, S. 2, 2004, s. 23. Bu yönde ayrıca bkz. **Özbek**, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, C. I, Ankara 2006, s. 398; **Hakeri**, s. 284.

²⁰ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 700.

²¹ **Özbek**, s. 196.

²² **Demirel** Hakkı, Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata, AHFD XII, 3-4,1955. s. 101.

²³ **Demirbaş**, s. 369. Kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesinin geçerli olduğu bir ceza hukuku sisteminde ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz kuralının bu ilke ile çatışmayacak şekilde yorumlanması gerekir. Bunun sonucunda kaçınılmaz hukukî hata durumunda fail kusursuz sayılacaktır. **Sözür**, Adem, Hukukî Hata, YD, C. 21, S. 4, Ekim 1995, s. 489. Gerçekten bir suçun varlığının kabul edilebilmesi için fiil ile netice arasında yalnız objektif bir bağın yeterli sayıldığı zaman-

hüküm, hata başlıklı 30. maddenin son fıkrasına yapılan haksızlık yanılgısına ilişkin bir ekleme ile yumuşatılmıştır.

Bilindiği gibi bu kural, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmeden önce “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” şeklindeydi. Bir kanun kuralının mevcudiyetinin bilinmemesi veya kuralın eksik yahut yanlış bilinmesi “kanunu bilmemek” olarak kabul edilmekteydi. Bu bakımdan bilmemek, hem kanunu bilmemeyi, hem de hatayı içeren genel bir kavram olarak kabul ediliyordu²⁴. Bilmemek, bilginin yokluğu, hata ise eksik ve gerçeğe uymayan bilgi anlamında kullanılmaktaydı. Buna hukukî cehalet ve hata da denilmiştir²⁵. Her iki halde de aynı kurallar uygulanmaktaydı. Yeni hükümde kullanılan “ceza kanunları” ifadesinden ise “ceza kanunu” ve “ceza hükmü içeren diğer tüm kanunlar” anlaşılmaktadır. Bunun sonucu olarak ceza hükmü içermeyen kanunlar bu maddenin dışında kalmaktadır²⁶. Nitekim 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde 44. madde mutlak bir biçimde “kanun”dan söz ettiğinden, hüküm ceza kanunu dışındaki kanunları bilmemenin de mazeret sayılmayacağı sonucuna ulaşılabilmesine imkân veriyordu. Oysa 765 Sayılı TCK’ya kaynaklık eden İtalyan Ceza Kanunu “ceza kanunları”nı bilmemenin mazeret sayılmayacağı yolunda bir hüküm içermekteydi²⁷. Hemen belirtelim ki, 765 Sayılı Kanun’daki “kanunu bilmemek” şeklindeki ifadeye rağmen, söz konusu hüküm gerek doktrinde, gerekse uygulamada ancak ceza kanunları hakkında uygulanmaktaydı²⁸. Bu sebeple açıkça ceza kanunlarından söz edilerek hükmün içeriğinin daraltılması ağırlıklı olarak olumlu karşılanmaktadır²⁹. Ancak belirtmek gerekir ki, ceza kanunlarının da alanı son derece geniş olup,

larda, bilgide kusur olan bilmeme ve hataya hiçbir değer tanınmıyordu. **Ersöy**, s. 250.

²⁴ **Erman**, s. 535.

²⁵ **Erem/Danışman/Artuk**, s. 118.

²⁶ **Özbek**, s. 196; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 701.

²⁷ **Erem/Danışman/Artuk**, s. 125.

²⁸ **Erman**, s. 517.

²⁹ **Ünver**, Yener, YTC’da Kusurluluk, CHD, Y. 1, S. 1, Ekim 2006, s. 37; **Özgenç**, Şerh, 91.

özellikle özel ceza kanunlarının veya ceza hükmü içeren her kanun hükmünün herkesçe bilinmesi beklenemeyeceğinden, olayın özelliklerine ve failin durumuna göre bu durumda dahi failin yanılığısına değer tanınması mümkün olabilmelidir.

Hükmün karşıt anlamından, ceza kanunları dışındaki diğer kanunları bilmemenin mazeret sayılabileceği anlamı çıkmaktadır. Ancak burada hukukî değil, fiilî bir hata söz konusu olup, kastın ortadan kalktığı kabul edilmektedir³⁰. Fakat bu durum da mutlak olarak anlaşılmalıdır, olayın özellikleri ve ortak hayat tecrübelerine göre failin bu kuralı bilmesi gerektiği söylenebiliyorsa, bilmeme mazeret sayılmamalıdır. Dolayısıyla hükmü mazeret “sayılır” değil, “sayılabilir” olarak anlamak ve olayı özelliklerine göre değerlendirmek gerekir³¹.

Kuralın hukukî esası konusunda çeşitli fikirler öne sürülmüştür: Bir görüşe göre, usulüne uygun olarak yayımlanmış olan kanunun herkes tarafından bilindiği aksi ispatlanabilen bir karine olarak kabul edilir. Ortak hayat tecrübelerinin kanunların öğrenilmesine olanak tanınmasının yanında, basın ve yayın organlarının yayınları aracılığı ile de kanunların öğrenilmesi mümkün kılınmaktadır (karine görüşü). Diğer bir görüş ise ilkenin mutlak bir biçimde kabulünün dayanağını oluşturmaktadır. Buna göre, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi aksi ispat edilemeyen bir faraziye dayanmaktadır (faraziye görüşü). Hayat tecrübeleri, insanların kanunlar hakkında bilgi sahibi olmalarını gerektirmektedir. Bu görüşler herkesin kanunları bildiği esasına dayanması sebebiyle eleştirilere uğramıştır. Günümüzde ceza hükmü içeren kanunların sayıca çok büyük olması sebebiyle

³⁰ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 701. Bu sonuç doğru olmakla birlikte, “Medeni Kanun’da mütemmim cüz olarak düzenlendiğini bilmediğinden evini satan kişinin elektrik tesisatını da söküp götürmesinin hırsızlık oluşturmayacağı” şeklinde verilen örnekte varılan sonuca katılmamaktayız. Medeni Kanun hükümleri bilinmese dahi hayatın olağan akışına göre bir kişinin sattığı evin elektrik tesisatını söküp götürebileceğini ve bunun haksızlık oluşturmayacağını düşünmesi kanımızca makul görünmemektedir.

³¹ Bu yönüyle hükmün gereksiz olduğu kadar tehlikeli olduğu da söylenmektedir. **Öztürk/Erdem**, no. 26.

bazı durumlarda bilmeme mazur görülebilmelidir. Ödev kuramı da benzer bir yaklaşımla kanunları bilmenin herkesin ödevi olduğunu kabul eder. Buna göre, kanunların yayımlanıp ilan edilmesi herkesi bu kanunların bilinmesi konusunda yükümlü kılar. Bu ödevi yerine getirmeyen kişiler, bunun sonuçlarına katlanmak durumundadırlar. Ancak bu görüş de eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştirilerin en önemli dayanağı salt kanunu bilmemenin herhangi bir yaptırımı olmadığına göre, herkesin kanunu bilmekle yükümlü olduğu gibi bir iddianın da kabul edilmeyecek olmasıdır. Son olarak, kanunları uygulama zorunluluğu teorisine göre toplumsal düzenin korunması için kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralı kanunların kesin ve mutlak bir biçimde uygulanması zorunluluğundan ileri gelmektedir. Bu görüşlerin eleştirisi niteliğine bir görüş, bilmemenin mazeret sayılmaması kuralının sadece doğal suçlarda geçerli olması gerektiğini kabul eder³². Kuralın kesin ve mutlak bir biçimde uygulanmasını savunan teoriler, kişilerin kanunu bilmedikleri iddiasının aksinin kanıtlanmasındaki güçlük sebebiyle rağbet görmüşse de³³, kuralın bu kadar katı bir şekilde uygulanmasının da adil olmayan sonuçların doğmasına sebep olacağı fikri ağırlık kazanmıştır. Buna göre bilmeme, bazı hallerde mazeret teşkil edebilmelidir³⁴.

Gerçekten, her geçen gün yeni suç tiplerinin ortaya çıkması ve bunların farklı yer ve koşullara, hatta örf ve âdete göre değişiklik göstermesi, bu kuralın geçerliliğini kaybetmesine yol açmaktadır. Bu sebeple kuralın kusurlulukla sınırlandırılması ve kanunu bilmeyen kişinin gerçekleştirdiği hareketin iradi sayılmaması gerektiği vurgulanmıştır. Dolayısıyla ortaya atılan çeşitli öneriler, kabahat türünden suçlarda kanunu bilmeme durumunda failin sorumlu tutulamayacağı, kişi bilme görevini yerine getirebilecek durumda değilse, bilmemenin mazur görülmesi gerektiği, haklı ve geçerli sebeplerle

³² **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 702-705.

³³ Esasen burada araştırılması gereken bilip bilmemeden çok, kişinin bilmesinin gerekip gerekmediği olduğundan, bu teorilerin bu yönü itibarıyla de desteklenebilir yanı bulunmadığı söylenebilir.

³⁴ **Erman**, s. 518. Eleştirilerle ilgili olarak ayrıca bkz. **Szabo I**, Kimenin Kanunu Bilmediği Kabul Olunamaz Kuralının Günümüzdeki Yeri, MHAD, Yeni Seri III, 1969, Çev: Asis. Köksal Bayraktar, s. 282 vd.

bilmemenin özür sayılması gerektiği, fiile genel aykırılığın bilinmesinin ceza sorumluluğu için yeterli olmadığı, o fiilin ceza hukuku normuna da aykırı olduğunun bilinmesi ve istenmesi gerektiği, hem fiilin, hem yasanın bilinmesine ilişkin hukuka özel aykırılık hallerinde, kuralın işletilmemesi gerektiği yönünde görüşler içermektedir³⁵.

V. HAKSIZLIK YANILGISINA İLİŞKİN HÜKMÜN KAYNAĞI VE ANLAMI

Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin son fıkrasında, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağı belirtilmiştir. Alman Ceza Kanunu'nun anayasal temeli olan ve kusur ilkesi üzerine inşa edilmiş bulunan 17. paragrafından esinlenilerek³⁶ Ceza Kanunumuza aktarılan bu hüküm, doktrinde “haksızlık yanılığı³⁷” veya “haksızlık yanılması³⁸”, “bağışlanabilir yanılığı³⁹” ya da “haksızlık bilinci (yasaklılık yanılması)⁴⁰”, kural üzerinde hata⁴¹, yasak hatası⁴² veyahut da hukukî hata⁴³ olarak adlandırılmaktadır.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erman**, s. 518 vd; **Özek**, 824 vd.

³⁶ **Lackner** Karl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, München 1993, §17, 1, 133. Karşılaştırmalı hukukta benzer nitelikli düzenlemeler için bkz. **Sözüer**, 484 vd.; **Mahmutoğlu** Fatih/**Ünver** Yener, “Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı Hakkında”, İBD, S. 2, İstanbul 1998, s. 381-382; **Özek**, s. 829; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 705 vd; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 434 vd. Normun tarihsel gelişimi hakkında bkz. **ÖZEK**, s. 818.

³⁷ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 412; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 715; **Demirbaş**, s. 374; **Hakeri**, s. 283; **Koca** Mahmut /**Üzülmez** İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 282.

³⁸ **Öztürk/Erdem**, no. 363.

³⁹ **Hakeri**, s. 231.

⁴⁰ **Özbek**, s. 397.

⁴¹ **Toroslu** Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005, s. 220.

⁴² Örneğin bkz, **Meran** Necati, TCK'da Yasak Hatası, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 4, S. 32, Nisan 2009, s. 65 vd.

⁴³ **Ersöy**, s. 249; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 432.

Daha önce bu hüküm, TCK m. 4 kapsamında, “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı altında daha farklı bir biçimde düzenlenmişti. Bu düzenleme, “Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz” şeklindeydi⁴⁴. Türk Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 5377 Sayılı Kanun’un 1. ve 4. maddeleriyle yapılan değişiklikte ise konunun kusurla olan bağlantılı olduğu gerekçesiyle, hüküm TCK m. 30/4 altında düzenlenmiş⁴⁵ ve eskisinden farklı olarak “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz” denilmiş⁴⁶ ve failde haksızlık bilinci bulunmadığından, kaçınılmaz hata, kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal sayılmıştır⁴⁷. Buna karşılık tipiklikte yanılma yalnızca kastı ortadan kaldırmaktadır⁴⁸.

⁴⁴ Değişiklikten önceki m. 4/2’de yapılan düzenleme eleştirilere uğramıştır. Bkz. **Ünver**, s. 38; **Demirbaş**, 371.

⁴⁵ Bkz. RG. 08.07.2005, No. 25869, T. 29.06.2005.

⁴⁶ Haksızlık yanılgısında, failin işlenen fiilin suç oluşturup oluşturmadığını bilmesi veya bilmemesi önem taşımaz. Failin hukuk düzenini ihlâl ettiğini bilmesi yeterlidir. **Özgenç**, Şerh, s. 431; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 411. Bu sebeple, değişiklikten önce TCK m. 4/2’de yer alan “...kanunu bilmediği için...” ibaresinin değiştirilerek, hükmün hata başlığını taşıyan m. 30 kapsamına alınması yerinde olmuştur. **Öztürk/Erdem**, no. 363; **Özbek**, s. 397; **Hakeri**, s. 283. Aksi yönde bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 439. Bu görüşe göre, m. 4/2’de yer alan düzenleme amaca daha uygun idi. Zira söz konusu düzenleme, failin fiilinin suç olarak tanımlandığını bilmesine rağmen, haksızlık bilincine sahip olmaması nedeniyle cezalandırılmamasına olanak sağlayacak tarzda kaleme alınmıştır. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira davranışının suç oluşturduğunun bilincinde olan bir kimse- nin haksızlık bilincine sahip olduğu evleviyetle söylenebilir.

⁴⁷ **Özbek**, 397. Burada söz konusu olan normlara ilişkin bir değerlendirme hatası olup, kişinin anlayışı ile ilgili olduğundan kusurluluk üzerinde etkilidir. **Koca**, s. 82.

⁴⁸ **Öztürk/Erdem**, no. 363. İleride değineceğimiz gibi, 1945 yılından itibaren Alman Hukuku’nda hukukî hata ile fiilî hata ayrımı yapılarak, yalnızca fiil üzerinde hatanın kastı ortadan kaldırdığı kabul edilmiştir. Alman Yüksek Mahkemesi ayrıca ceza kanunu dışında bir kanunun bilinmemesinden kaynaklanan hatayı mazeret saymıştır. Ancak ceza içeren tüm kanunların bilinmesi de beklenemez.

Gerçekten 30. maddede yer alan haksızlık ve kusur ayırımı konusundaki anlayış dikkat çekicidir. Haksızlık yanılıgısına ilişkin hüküm incelendiğinde kastın, kusurluluğun bir unsuru olarak düzenlenmediği görülmektedir⁴⁹. Sonuç olarak, bu düzenlemeye göre fail işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmiyorsa, bu hatasının kaçınılmaz olması şartıyla kusurlu sayılmayacaktır. Madde gerekçesinde de bu hususa işaret edilmiştir: “30 uncu maddeye dördüncü fıkra olarak eklenen bu hükümlerle, 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 yanında 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”.

Doktrinde hukukî yanılıgıya ilişkin hükmün esası iki şekilde açıklanmaktadır. Bunlardan biri, haksızlık yanılıgısına ilişkin hükmün, ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılacağı durumlara ilişkin olduğu yönündedir⁵⁰. Buna karşılık bazı yazarlar ise hükmün kusur teorisinden doğmuş olmasından yola çıkarak, haksızlık yanılıgısının TCK m. 4 ile ilgili olmadığını ve hükmün ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılacağı halleri düzenlemediğini ifade etmektedirler⁵¹. Esasen her iki görüşte de haklılık bulunduğu söylemek gerekir. Zira haksızlık yanılıgısına değer tanınarak buna ilişkin bir hükme kanunda yer verilmesi, esasen “kanunu bilmemek mazeret

⁴⁹ Koca, s. 81.

⁵⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s. 434 vd.

⁵¹ Hakeri, s. 231.

sayılmaz” ilkesine esneklik tanınması gerektiği yönündeki görüşlerin ağırlık kazanmasından kaynaklanmıştır. Diğer taraftan, failin hukukî hatasına değer tanınması bakımından, yanılmanın kusursuz olması arandığından, hüküm elbette kusur ilkesiyle yakından ilgili bulunmaktadır. Bu bakımdan hükmün, kanunu bilmemenin mazeret sayılabildiği halleri içine aldığı, fakat bununla sınırlı olmadığı söylenebilir. Zira daha önce de ifade ettiğimiz gibi yanılma, bilmemeyi de içine alan geniş bir kavramdır⁵². Bu itibarla, “hata” başlıklı 30. maddeye aktarılan 4. fıkra karşısında, TCK m. 4’te “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” şeklindeki kuralın varlığını sürdürmesinin artık herhangi bir anlamı kalmadığı yönündeki görüşlere katılıyoruz⁵³. Alman Hukukundaki düzenlemede de isnat yeteneğinin kusurun ön şartı olduğu anlayışı ile “hukuka aykırılık” ve “kanunu bilme” kavramları birbirinden ayrılmaktadır⁵⁴. Bu anlayışın temeli, Polonya Bildirisi tarafından yapılan hukukî bilmeme (iuris ignorata) ve kanunu bilmeme (legis ignorata) deyimleri arasındaki ayrıma dayanmaktadır. Bu ayrım, yazılı olan kanunun üzerinde bir hukukun varlığını ve bunun bilinmemesinin pozitif hukuku bilmemeden farklı sonuçlar doğurması gerektiği düşüncesinden ileri gelmektedir⁵⁵.

⁵² Bilmeme ve yanılma konusunda bkz. **Erman**, s. 510.

⁵³ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 705. 1997 Ön tasarısı’nda “Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” denildikten sonra, bilmemek önlenemez bir nedenden kaynaklanmışsa hükmün uygulanamayacağı belirtilmiştir. Madde gerekçesinde de bilmemenin mazeret sayılamayacağı kuralının ceza sorumluluğuna ve isnat yeteneğine ilişkin bir konu olmadığı, kanunun bağlayıcılığını ifade ettiği ve bu ilkenin sübjektif sorumluluk ile çeliştiğinden kaldırılması gerektiği” ifade edilmiştir. **Mahmutoğlu/Ünver**, s. 386-387. Hatta bu hükmün karşıt anlamından ceza kanunları dışındaki kanunları bilmemenin mazeret sayılması şeklinde tehlikeli yorum problemlerinin de ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir. Bu yönde, **Öztürk/ Erdem**, no. 26. Ancak Adalet Komisyonu’nda bu maddenin kanundan çıkartılması gerektiği yönündeki öneriler Komisyon tarafından kabul edilmemiştir. **Özgenç**, Şerh, 92.

⁵⁴ **Özek**, s. 829.

⁵⁵ **Szabo**, s. 273.

VI. HAKSIZLIK YANILGISINA İLİŞKİN HÜKMÜN UYGULANMA ŞARTLARI

Hukukî yanılma, Alman Ceza Kanunu'nun 17. paragrafında düzenlenmektedir. Buna hükme göre, *“fail fiili işlediği sırada bu fiilin hukuka aykırı olduğunu algılayamaz (idrak edemez) ise ve bu yanılığı kaçınılmaz olursa kusursuz sayılır. Yanılmanın kaçınılabilir olması halinde m. 49/1 uyarınca cezası indirilebilir”*. Görüldüğü gibi Alman Hukuku'nda failin kusursuz sayılacağı açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla fail, kusursuz suç ve ceza olmayacağı ilkesinden hareketle cezalandırılmamaktadır. Bu hüküm, failin gerçekleştirdiği haksızlık konusundaki bilinçsizliğinin ceza hukukundaki sonucunu düzenlemektedir⁵⁶.

Alman Hukuku'nda unsurlarda yanılma ile haksızlık yanılığının nasıl ayırt edileceği sorusu ve özellikle haksızlık hususundaki hatanın ne anlama geldiği birçok teori yardımıyla açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır⁵⁷.

Ancak haksızlık yanılığına ilişkin hükmün dayanağını kast ve haksızlık bilinci ayrımını esas alan kusur teorisi oluşturmaktadır⁵⁸. Söz konusu hüküm, hem kasıtlı hem taksirli suçlarda geçerlidir⁵⁹. TCK'daki hüküm düzenlenirken ise her ne kadar Alman Ceza Kanunu'ndan esinlenilmiş de olsa, madde metninde “kusursuz sayılır” değil, “cezalandırılmaz” denilmiş, hükmün gerekçesinde failin kusurunun bulunmaması sebebiyle cezalandırılmayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm, kusurluluğu kaldıran hata halleri içinde değerlendirilmiştir⁶⁰. Bu durumun, hükmün TCK'nın “ceza sorumluluğunun esasları” başlığı altında düzenlenmesinin sonucu olduğu söylenece de, madde metninde “kusursuzdur” denilmesinin daha uygun olacağını söylemek gerekir.

⁵⁶ **Mürbe**, 11.1, 134; **Lesch** Heiko, Die Vermeidbarkeit des Verbotirrtums, JA 1996, s. 346.

⁵⁷ **Mürbe**, 11.1, 134.

⁵⁸ **Hakeri**, s. 231.

⁵⁹ **Öztürk/Erdem**, no. 363.

⁶⁰ Değişiklikten önce m. 4/2'de “cezaen sorumlu olmaz” denilmiş olması da bu gerekçelerle eleştirilmiştir. **Özbek**, 397.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi de 18 Mart 1952’de verdiği kararda (BGH GSSt 2/51 BGHSt 2, 194) hukuka aykırılık bilincini kusurun şartlarından biri olarak kabul ederek, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının mutlak geçerliliğini ortadan kaldırmıştır. Buna göre, failin cezalandırılabilmesi için, ya gerçekleştirdiği fiilin en azından hukuk düzenini önemli bir şekilde ihlâl ettiğini bilmesi veyahut da bu ihlâli bilmemesi dolayısıyla kınanabiliyor durumda olması gerekir. Hüküm oldukça sıkı şartlara bağlandığından, haksızlık yanılgısının varlığının kabul edilerek failin cezalandırılmadığı durumlara özellikle temel ceza hukuku kurallarının ihlâli bakımından nadiren rastlanmıştır. Düzenleme daha çok idarî suçlarda ve özel ceza kanunlarında uygulama alanı bulmuştur⁶¹. Hükümün uygulanabilmesi için;

- Kişinin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmemesi (Haksızlık bilincinin bulunmaması),
- Kasten hareket edilmesi,
- Yanılgının kaçınılmaz olması gerekmektedir.

Söz konusu içtihat, insan hakları konusunda da önemli bir adımdır⁶².

A. HAKSIZLIK BİLİNCİNİN BULUNMAMASI

Haksızlık ve hukuka aykırılık birbirinden farklı kavramlardır. Hukuka aykırılık, davranış ile norm arasındaki bir çelişkiyi ifade eder ve derecelendirilmezken, haksızlık, davranış ile gerçekleştirilen ve hukukun maddi değerler düzeninin onaylamadığı gerek nicelik ve gerekse nitelik olarak derecelendirilebilir bir değersizliği ifade eder⁶³. Bir davranışın haksız sayıla-

⁶¹ **Demirbaş**, s. 369; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 435.

⁶² **Gropp**, *Der Irrtum*, s. 168. Söz konusu karar, haksızlık yanılgısının tamamen kusur teorisyle açıklanmış olması bakımından bir dönüm noktası teşkil etmektedir. **Roxin** Claus, *Yasağa İlişkin Yanılma*, in: *Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5*, Prof. Dr. H.C. Claus Roxin’e Armağan, Ankara 2006, s. 246.

⁶³ **Öztürk/Erdem**, no. 220.

bilmesi için öncelikle davranışın tipikliği açısından bir değerlendirme yapılarak kanundaki tanıma uyup uymadığının incelenmesi, daha sonra ise tüm hukuk düzeni bakımından bir hukuka uygunluk nedeninin yokluğunun tespit edilmesi gerekmektedir⁶⁴.

Haksızlık bilincinin yokluğu çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir: Fail yasak normun varlığından haberdar olmayabileceği gibi, failin o normu yanlış yorumlamasından kaynaklanan bir durum da söz konusu olabilir⁶⁵. Ya da fail yasak normu gözden kaçırarak, hukuken izin verilen bir davranışı gerçekleştirdiğini düşünebilir. Bu durum mutlak (doğrudan) haksızlık yanılması olarak adlandırılmaktadır⁶⁶. Özel nedenlerle fiilin hukuka uygun sayılması halinde ise somut haksızlık yanılığının varlığından söz edilmektedir. Öte yandan haksızlık yanılığı, bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı veya sınırlarına ilişkin olarak da ortaya çıkabilir⁶⁷. Failin, işlediği fiili hukuka uygun hale getiren bir sebebin bulunduğunu düşünerek hareket etmesi şeklinde gerçekleşen bu durum, dolaylı haksızlık yanılığı olarak adlandırılmaktadır. Burada fail, hukuka uygunluk sebebinin hukukî varlığında hataya düşmektedir⁶⁸.

Haksızlık bilincinin varlığının kabul edilebilmesi için failin davranışının haksız olduğunu bilmesi yeterli sayılmaktadır. Herhangi bir nedenle hukuk kuralının bağlayıcılığından şüphe duymasının failin sorumluluğuna bir etkisi bulunmamaktadır. Failin ahlakî, dinî veya siyasî görüşleri nede-

⁶⁴ Genellikle hareket tipik olduğunda aynı zamanda da hukuka aykırı olmaktadır. Ancak bazen hareket hukuka aykırı olmasına rağmen tipik olmayabilir. **Öztürk/Erdem**, no. 158.

⁶⁵ Ancak failin, normun yanlış olduğu veya bağlayıcı olmadığı gibi, ihlâl ettiği norm konusundaki bireysel inançları sorumluluğunu etkilemez. **Öztürk/Erdem**, no. 363. Bir başka ifade ile failin, ortak hayat tecrübelerine göre hareketinin anti-sosyal bir nitelik taşıdığını bilmesi gerektiği söylenebiliyorsa, failin bireysel inançları dikkate alınmayacak ve fail kanunu bilmediğini öne süremeyecektir. **Özbek**, s. 398.

⁶⁶ **Lesch**, s. 504-505.

⁶⁷ **Öztürk/Erdem**, no. 363.

⁶⁸ **Öztürk/Erdem**, no. 363; **Koca/Üzülmez**, s. 282. Bu konuda ayrıca bkz. **Lesch**, s. 504.

niyle fiili doğru sanması ya da vicdanî açıdan kendisini fiili işlemle yükümlü hissetmesi hallerinde hukukî yanılgı söz konusu değildir⁶⁹. Dolayısıyla haksızlık bilincinin konusu bir hukukî yasak veya emir olduğundan, vicdanına veya inançlarına göre hareket eden failin hukuk düzenince bu davranışın yasaklandığını bilmesi halinde haksızlık yanılgısına ilişkin hükümden yararlanabilmesi mümkün değildir⁷⁰.

Hukuka aykırılık bilinci failin davranışlarını etkilemektedir. Dolayısıyla failin davranışları, haksızlık bilincinin bulunup bulunmadığı konusunda önemli ipuçları verir. Yasak hakkında bilgisi olmayan kişi serbestçe hareket etmekte iken, haksızlık bilinci bulunan kişi bu konuda daha dikkatli davranacaktır. Bir hırsızın yakalanmamak için çeşitli önlemler alması gibi...⁷¹

Kişi, işlediği fiilin hukukten kabul görmediğinin bilincinde ise kusurlu sayılacaktır. Haksızlık bilinci ve fiilin suç teşkil etmesi konusundaki bilinç de birbirinden farklı olup, haksızlık yanılgısının kabul edilebilmesi bakımından failin fiilinin suç teşkil edip etmediği konusunda bilgi sahibi olması gerekmemekte, sadece fiilin haksızlık içeriğine sahip bulunduğunu bilmemesi yeterli sayılmaktadır⁷². Bu noktada öncelikle failin kusur yeteneğine sahip olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğine şüphe yoktur. Zira haksızlık yanılgısı, kusurluluğun unsurlarından algılama (kusur) yeteneği ile ilgilidir⁷³. Normatif kusur anlayışına göre fail, hukuka uygun davranma

⁶⁹ **Koca/Üzülmez**, s. 260.

⁷⁰ **Roxin**, *Yasağa İlişkin Yanılma*, s. 251.

⁷¹ **Roxin**, *Yasağa İlişkin Yanılma*, s. 256. Bu nokta, s.3'te 10 no'lu dipnotta yapılan tartışmanın gerekçesini de oluşturabilir.

⁷² Alman Hukukunda yerleşmiş içtihatlar ve hâkim görüş de bu yönde olup, yasağa ilişkin bilgi için cezalandırılabilirlik bilinci gerekli değildir. Dolayısıyla kişinin davranışının özel hukuka ya da idarî düzene aykırı olduğunu bilmesi, ancak cezalandırılabilir olduğunu bilmemesi hallerinde haksızlık yanılgısının söz konusu olmadığı kabul edilmektedir. **Roxin**, *Yasağa İlişkin Yanılma*, s. 249. Bu itibarla failde belirli bir normun ihlâlî bilinci değil, hukuk düzenini ihlâl bilinci bulunması yeterlidir. Failde, ihlâl edilen normun hukukun hangi alanına ilişkin olduğu konusundaki bir bilinç aranmamaktadır. **Öztürk/Erdem**, no. 363.

⁷³ **Özgenç**, *Şerh*, s. 91; s. 431.

imkânına sahipken hukuka aykırı davrandığı için işlediği suçtan dolayı kınanmaktadır. Failin iyi ile kötü arasında bir seçim yapabilmesinin ön koşulu ise algılama yeteneğinin bulunmasıdır⁷⁴. Algılama yeteneği, bir kimsenin hareketinin toplumsal değerini ve bu davranışının toplumsal bir kurala aykırı olduğunun bilincinde olmasıdır. Fail, yaptığı davranışın toplumsal düzeni ihlâl eden bir davranış olduğunu bilmeli, düzeni korumak üzere konulmuş olan bir hukuk kuralını ihlâl ettiğinin farkında olmalıdır⁷⁵. Haksızlık yanılması ve algılama yeteneği birbirlerine iç içe geçmiş kavramlar olduğundan, Alman Hukuku'ndaki düzenlemede “fail fiili işlediği sırada bu fiilin hukuka aykırı olduğunu idrak edemez ve bu yanılması kaçınılmaz olursa kusursuz sayılır” denilerek bu durum vurgulanmıştır. Bu hükümden çıkan bir diğer sonuç da haksızlık bilincinin fiilin işlendiği sırada bulunması gerektiğidir⁷⁶. Alman Hukuku'ndaki düzenlemede bu durum açıkça ifade edilmiş olmakla beraber Türk Ceza Kanunu'nda “fiilin işlendiği sırada” ifadesine açıkça yer verilmiş değildir. Ancak ceza hukukuna ilişkin genel kurallardan bu sonuca varılabileceğinden, bunun önemli bir eksiklik olduğu söylenemez. Öte yandan kusurun varlığından bahsedebilmek için potansiyel bir haksızlık bilincinin bulunması yeterli sayılmaktadır⁷⁷.

Haksızlık yanılığının failin kusurluluğunu etkileyen bir hata hali olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak “kaçınılmaz” olması halinde cezalandırılmamasının sebebi de failin kusurunun bulunmamasıdır. Bu durumda failin işlemiş olduğu fiile ilişkin kastı varlığını sürdürmektedir⁷⁸. Bu sonuç, klasik suç öğretisindeki gibi kast ve kusurun aynı anlamda kullanılması esasının terk edilip, haksızlık bilinci ile kastı birbirinden ayıran modern kusur öğretisine değer tanınmasından ileri gelmektedir.

⁷⁴ **Koca**, s. 100-101. Suç teşkil eden bir fiilden dolayı bir kimsenin cezalandırılabilmesi için cezai ehliyete ve isnat kabiliyetine sahip olması gerekir. **Erman**, s. 509. Failin haksızlığı tahmin edebileceğinin kabul edildiği durumda da haksızlığı bildiği varsayılmalıdır. **Koca**, s. 102.

⁷⁵ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 717.

⁷⁶ **Neumann** Ulfried, Der Verbotsirrtum §17 StGB, JuS 1993, s. 793.

⁷⁷ **Gropp**, Der Irrtum, s. 169.

⁷⁸ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 717; **Özgenç**, Şerh, s. 432.

Daha açık bir ifadeyle haksızlık bilincinin bulunmamasının kişinin kusurluluğu üzerinde etkili olacağı şüphesiz olmakla birlikte, haksızlık bilincinin kastın bir unsuru olup olmadığı sorunu iki teori yardımı ile açıklanmaya çalışılmıştır: Kast ve kusur teorileri⁷⁹. İlk kez *Binding* tarafından ileri sürülen kast teorisinde, failin işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiği konusundaki bilgi veya bilgisizlik kastın unsuru olarak görülmekte, hukuka aykırılık bilinci kastın bir koşulu olarak kabul edilmektedir⁸⁰. Bu durumun sonucu olarak da failin işlemiş olduğu fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmaması durumunda, kastının varlığından bahsedilemeyecek ve işlenen fiilin taksirli şekli kanunda öngörülmüş ise kişi ancak taksirinden ötürü cezalandırılacaktır. Dolayısıyla fail, bilerek ve isteyerek bir suç tipinin maddi unsurlarını gerçekleştirmesine karşılık, fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmiyorsa, kastının bulunduğu söz edilemeyecektir. Bu teoride suçun unsurlarına ilişkin yanılgı ve haksızlık yanılgısı aynı işleme tabi tutulmakta⁸¹ ve failde haksızlık bilincinin bulunması halinde kastın bulunduğu kabul edilmektedir. Ancak Alman Hukuku'nda §16 ve §17'ye ilişkin güncel uygulamada bu teoriye itibar edilmemektedir. Bu katı teorisinin yanında, kastı ve kusuru birbirinden ayıran çeşitli yaklaşımlar bulunmakla birlikte bunlar da itibar görmemektedir. Kast teorisi taraftarları da birbirlerinden bazı noktalarda ayrılmış ve bu görüşten yola çıkarak farklı teoriler geliştirmişlerdir. Mutlak (katı) kast teorisine göre, fail fiili işlediği anda gerçekten hukuka aykırı davrandığı bilincine sahip değilse, kasten hareket etmiş sayılmaz⁸². Buna karşılık daha çok taraftar bulmuş olan sınırlı kast teorisinde, failin fiili işlediği anda potansiyel bir hukuka aykırılık bilincine sahip olması yeterli sayılmaktadır. Eğer failin suç işlediği anda gerçekten hukuka aykırılık bilincine sahip olmamasına rağmen, bu bilince sahip olabilme imkânı varsa kastın varlığı kabul edilebilecektir⁸³.

⁷⁹ **Sözür**, s. 474.

⁸⁰ **Mürbe**, 11.1, 134; **Roxin**, Yasağa İlişkin Yanılma, s. 245.

⁸¹ **Sözür**, s. 474-475; **Özgenç**, Şerh, s. 432-433; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 413.

⁸² **Mürbe**, 11.1, 134-135; **Lackner**, § 17, 9, 137.

⁸³ **Mürbe**, 11.1, 134-135; **Lackner**, § 17, 9, 137. Bu görüşlere yönelmiş olan eleştiriler için bkz. **Sözür**, s. 476-477.

Alman Hukuku'nda güncel olarak daha fazla değer tanınan teori ise kusur teorisidir. Bu teori, haksızlık bilincini başlı başına kusurun bir unsuru olarak görmektedir. Kusur teorisine göre, hukuka aykırılık bilinci, kastın bir unsuru değildir. Kast, suçun maddi unsurlarının bilinmesi ve istenmesi olup, haksızlık bilinci, kasttan ayrı olarak kusurun bir unsurudur. Bu teoriye taraftar olanlar, haksızlık yanılığının kaçınılabilir olduğu durumlarda da failin kasten hareket ettiğini, fakat yanılığının kaçınılabilir olması sebebiyle failin kusurunun azaldığını ileri sürmektedirler⁸⁴. Bu durumda, kaçınılabilirliğin derecesine göre kusurun da derecesinin belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu belirleme yapılırken, taksirle işlenen fiillerde failin kusurunun belirlenmesinde izlenen yolun izlenmesi gerekir⁸⁵. Kusur teorisi taraftarları da hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin hata bakımından iki görüşe ayrılmışlardır. Katı kusur teorisine göre hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı, sınırları ve koşulları hakkındaki hata da hukukî hata kapsamında kabul edilirken, sınırlı kusur teorisine göre hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata suçun maddi unsurlarında hata gibi değerlendirilmekte ve kastı ortadan kaldırmaktadır. Gerçekte olmayan bir hukuka uygunluk sebebinin var sayılması ya da bir hukuka uygunluk sebebinin sınırlarında hataya düşülmesi ise kusuru ortadan kaldırmakta ya da azaltmaktadır⁸⁶.

Daha önce de belirtildiği gibi, Alman Hukuku'nda Alman Federal Mahkemesi'nin 1952 tarihli kararı ile bu konuda kusur teorisi yönünde uygulama yapılması yönünde ilk adım atılmıştır. Ayrıca bu karar, Alman Ceza Kanunu'nda 17. paragrafta yer alan düzenlemenin yapılmasına öncülük etmiştir⁸⁷.

Gerçekten kast, davranışın haksızlığına ve tipikliğe ait bir konudur. Kastın suç tipinde yer alan tüm objektif unsurları içermesi gerekir. Buna karşılık kastın hukuka aykırılığı, kusuru ve objektif cezalandırılabilirliği

⁸⁴ **Mürbe**, 11.1, 134-135; **Lackner**, § 17, 9, 137.

⁸⁵ **Özgenç**, Şerh, s. 433; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 414.

⁸⁶ **Sözür**, s. 478.

⁸⁷ **Gropp**, Der Irrtum, s. 168-169.

içermesi aranmaz. Kast teorisinde, kastın aynı zamanda hukuka aykırılığı da içermesi gerekirken, kusur teorisi, haksızlık bilinci ile kusuru birbirinden ayırmaktadır. Hukuka aykırılık bilinci, kastın değil, kusurun unsurudur⁸⁸. Alman Hukuku'nda hâkimiyet kazanan sınırlı kusur teorisi, haksızlık bilincinin kasttan tamamen bağımsız olmadığı görüşünden hareket etmektedir. TCK'da da bu sistemin benimsendiği görülmektedir⁸⁹. Bununla birlikte, Yargıtay'ın 765 Sayılı TCK döneminde bu konuya ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarda failin kastının bulunmamasından ötürü cezalandırılmayacağı şeklinde hüküm verdiği görülmektedir⁹⁰.

Haksızlık bilincinin bölünebilir olduğu kabul edilmektedir. Failin tipe uygun birden çok hareket gerçekleştirdiği ve bir düzenlemeye ilişkin olarak yasaklılık bilgisi söz konusuysen, diğeri bakımından önlenemez bir yanılgısının bulunduğu göz önünde tutulduğunda, faili haksızlığını idrak etmediği bir fiilden sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Bu zorunluluk kusur ilkesinden ileri gelmektedir. Zira kusur her zaman fiile ilişkin kusurdur. Bu itibarla, Alman Yüksek Mahkemesi'nin daha önce haksızlık bilincinin

⁸⁸ Neumann, s. 793.

⁸⁹ Öztürk/Erdem, s. 315.

⁹⁰ Yargıtay bu kararlarında hukukî hatanın kastı kaldırıcı etkisini kabul etmiş olmaktadır. Bu kararlar, hukuka aykırılık bilincinin kusurun temel bir unsuru olduğu dikkate alınarak verilmediğinden, kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırı görüşlerle eleştirilere uğramıştır. Bkz. Sözüer, s. 490. Bu konuda ayrıca bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 412; Özgenç, Şerh, s. 432; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 718-720. Bu kararlara örnek olarak “İşyerinde II. Mahmut dönemine ait çeyrek altın bulunduran sanıkta suç kastının mevcut olup olmadığı tartışılmadan mahkumiyetine karar verilmesi bozma sebebi yapılmıştır” (11.CD. 26.09.2001, 8661). Yargıtay bir başka kararında da “Failin kocasının ölümü ile dul kalan kızını gayri meşru bir maksada mukarin olmaksızın ve himaye ve sahabet niyeti ile ve meşru bir hareket olduğu kanaati ile zorla evine götürmesi halinde suç kastı yoktur” (Y.1.CD, 23.12.1955, 3827). Esasen bu kararlarda failin kasten hareket ettiği konusunda şüphe bulunmamakta, haksızlık yanılgısı içerisinde bulunduğu kabul edilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.12.1994, 350; 1.6.1985, 56/340; 31.3.1975, 53/72; 15.4.1974, 119/231 sayılı kararı da benzer niteliktedir. Hakeri, s. 232-233; Demirbaş, s. 375.

bölünmez olduğu yönündeki kararları kusur ilkesine aykırı bulunarak eleştirilmiştir⁹¹.

B. YANILGININ KAÇINILMAZ OLMASI

Haksızlık yanılığının varlığının kabul edilebilmesi için, yanılığın kaçınılmaz olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin cezalandırılmamasının sebebi, kusurunun bulunmamasıdır. Kaçınılmazlığın tespiti konusunda failin yaşı, bilgisi, görgüsü, eğitimi, mesleği, hayat deneyimleri, kültürel çevresi ve özellikle de yanılığa düşmemek için gerekli çaba ve özeni gösterip göstermediği önem taşımaktadır⁹². Yanılığın kaçınılmaz olup olmadığı konusunda failin sosyal konumu, kişisel yetenekleri, hukukî ve ahlakî değer yargıları da göz önünde bulundurulacak diğer unsurlar olarak sayılabilir⁹³. Dolayısıyla burada önemli olan, failin fiildeki haksızlık içeriğini bilebilecek durumda olmasıdır⁹⁴. Haksızlık yanılığı, ancak failin işlediği fiilin haksızlık içeriğini bilebilecek durumda olup da, bilememesi halinde kaçınılmaz kabul edilir. Eğer fail, haksızlık bilgisini edinebilme imkânına

⁹¹ **Roxin**, Yasağa İlişkin Yanılma, s. 251. Bir tipin temel şekline ilişkin davranışının hukuka aykırı olduğunu bilen failin, nitelikli hallere ilişkin olarak haksızlık yanılığına düşebileceği de kabul edilmektedir.

⁹² Bu kriterler failin sübjektif öngörebilme kapasitesini ve bu çerçevede yaptığı vicdanî denetimi ifade eder. Bu itibarla fail dürüst bir vicdanî denetimle fiilin hukuka aykırılığını bilebilecek durumda ise kusurlu sayılacaktır. **Sözür**, s. 483; **Öztürk/Erdem**, no. 363; **Özgenç**, Şerh, s. 433; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 414.

⁹³ **Hakeri**, s. 232.

⁹⁴ Belirli bir mesleği veya işi icra edecek kimsenin bunu ilgilendiren kanunları ve düzenlemeleri öğrenmeden işe başlaması, kusurlu olduğunun kabul edilmesini gerektirir. Bir meslek icra edenler, meslekî mevzuatı takibe mecburdurlar. **Belgesay**, Kusur ve Hukukî Hata, Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956, s. 8. Zira bu kişinin faaliyet alanı konusunda yürürlükteki kanunları bilmesi kendisinden beklenen bir durumdur. Belirli türden bir faaliyeti icra eden bir kimse kendisini bu faaliyetin gerektirdiği hukukî bilgi ile donatmalıdır. Kişinin bu konuda kayıtsız davranması hatasının kaçınılmaz olduğunu gösterir. **Sözür**, s. 484.

sahip olup da, bu imkânı kullanmamış ise kusurlu sayılır⁹⁵. Fail bilebilecek durumda değilse, yanılgısının kaçınılmaz olmasından söz edilebilir⁹⁶. Burada kural olarak, ceza hukuku konusunda uzmanlığı veya bilgisi olmayan bir kimsenin dahi, hayatın olağan akışına göre edinmiş olduğu bilgi ve deneyimle fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olabileceğinden yola çıkılmaktadır. Kanun metninin hukukçu olmayan, ancak eğitimli bir kimse tarafından belirli bir fiilin hukuka uygun olup olmadığı konusunda yorum yapabileceği nitelikte ve açıklıkta olması halinde bu kişinin de hatasının kaçınılmaz nitelikte kabul edilmesi mümkün olabilir. Zira kanunların yalnızca hukukçular için yazıldığı düşüncesi çok ileri giden bir yaklaşım olacaktır⁹⁷. Bununla birlikte failin, işlediği fiilin haksızlığı konusunda tereddüde düşmesi halinde, bu konuda deneyimli bir kimseden, örneğin, konusunun uzmanı bir avukattan yardım alarak, kendisine düşen özeni göstermesi gerekir. Aksi halde kaçınılmazlıktan söz edilemez. Başka bir deyişle, işlenen fiilin haksızlık içeriği ile ilgili olarak tereddüt varsa, bu konuda uzman bir kişiye danıştıktan sonra eylemini gerçekleştiren bir kimsenin kaçınılmaz hukukî yanılgı içinde olduğu söylenebilecektir⁹⁸.

⁹⁵ **Hafizoğulları**, s. 211. Haksızlık bilincinin fiilin işlendiği anda aktüel olarak var olması gerekli değildir. Fiilin hukuka aykırı olduğunun failce bilinmesi olanağının varlığı yeterlidir. Ancak bu konuda verilecek karar, esasen bir ceza politikası sorudur. **Lackner**, §17, 1, 133. **Sözür**, s. 481. Bilmeme, ancak bilme olanağı varsa mazeret sayılmaz. **Özbek**, s. 398. Kişi haksızlık bilgisini edilebilme imkânına sahip değilse kusurunun bulunduğundan söz edilemez. **Öztürk/Erdem**, no. 363; **Koca/Üzülmez**, s. 283. Kuralın bilinebilir nitelikte olmasına rağmen bilinmemesi halinde failin düştüğü hata nedeniyle kınanması mümkün hale gelir. **Güngör Devrim**, Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata, TBBD, S. 68, Ocak-Şubat 2007, s. 156.

⁹⁶ Bu yönde, **Özgenç**, Şerh, s. 433; **Özgenç**, s. 414.

⁹⁷ **Roxin**, Yasağa İlişkin Yanılma, s. 273.

⁹⁸ **Mürbe**, 11.1, 135. Yargıtay da bazı kararlarında (örneğin bkz. 5. CD, 26.04.1997, E. 1997/1530, K. 1977/1451) bu sonuca ulaşılmış ve resmî mercilerin veya idarenin yanıltıcı hareketi nedeniyle suç teşkil eden hareketin yapılması halinde sanığın kusurlu olmadığı sonucuna ulaşmıştır. **Mahmutoğlu/Ünver**, s. 389. Bu gibi hallerde faile sorumluluk yüklenemeyeceği ve failin resmî makam ve mercilerin aleti durumunda olduğu kabul edilmiştir. **Mahmutoğlu/Ünver**, s. 391. Alman Hukuku'nda da danışan kişinin yetkili merci tarafından kendisine verilen bilginin

Ancak Alman Hukuku'nda da kabul edildiği üzere, danışan kişinin, avukatın bu konu hakkında özel bilgisini, kabiliyetini araştırması beklenmemektedir. Burada, sıradan bir kimsenin, hukuk eğitimi alarak avukatlık yapma hakkını kazanmış bir kişiden güvenilir tavsiyeler alabilmesi gerektiği fikrinden hareket edilmektedir⁹⁹. Benzer biçimde yerleşmiş bir yargısal içtihadı dayanarak hareket eden kişinin kaçınılmaz hukukî yanılığında bulunduğu söylenebilir¹⁰⁰. İçtihatlar arasında çatışma bulunduğu takdirde, daha yüksek konumda bulunan mahkemenin kararına göre hareket edilebilir¹⁰¹. Buna karşılık, örneğin, failin kendisinin avukat olması halinde, kendi çalışma alanına giren konularda başka bir avukata danışması kendisinden beklenmemekle birlikte, sadece kendi görüşüne güvenmeyerek içtihatları ve doktrinlerdeki diğer görüşleri incelemesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁰². Burada belirtelim ki, 1997 Tasarısı'nda kaçınılmaz hata ancak resmî devlet kuruluşlarının beyan ve yorumlarına uyarak işlenmesi halinde kabul edilirken, 5237 Sayılı TCK bakımından bu durum geçerliliğini yitirmiştir. Böylece, olası yorum problemlerinin bertaraf edildiği ifade edilmektedir¹⁰³.

Alman Ceza Kanunu'nun 17. paragrafı karşısında yanılığın kaçınılmaz olup olmadığının tespiti bakımından cevaplanması gereken bir sorun, failin bilinçsizliği yahut bilgisizliği konusunda hâkimi ikna etmesinin kaçınılmazlığının kabulü bakımından yeterli olup olmayacağıdır. Failin haksızlık bilincine sahip olması, hareketinin hukuka aykırı olduğunu bilmesi anlamını

doğru ve tam olduğuna güvenebilmesi gerektiği kabul edilmektedir. **Roxin**, Yasağa İlişkin Yanılma, s. 272.

⁹⁹ **Roxin**, Yasağa İlişkin Yanılma, s. 270.

¹⁰⁰ **Hakeri**, s. 232.

¹⁰¹ Failin farklı doktrinel görüşler bulunduğunu bildiği halde davranışına izin verildiği yönündeki içtihatlarla uygun hareket etmesi halinde, haksızlık yanılığının sorumluluğu ortadan kaldırır nitelikte kabul edilmesi gerekir. Ancak farklı görüşler bulunmakla birlikte, aynı derecedeki iki mahkemenin farklı iki kararının bulunması halinde failin bunlardan birine kayıtsız şartsız güvenmemesi gerektiği kabul edilmektedir. **Roxin**, Yasağa İlişkin Yanılma, s. 272-273.

¹⁰² **Roxin**, Yasağa İlişkin Yanılma, s. 271.

¹⁰³ **Özbek**, s. 399.

taşır. Bununla birlikte, failin haksızlık bilincine sahip olmaması, her zaman ortada hukukî yanılmanın söz konusu olması anlamına gelmez. Alman Hukuku'nda hukukî yanılmanın kaçınılmaz olup olmadığının tespiti bakımından iki ölçüt dikkate alınmaktadır: Bilgi edinme ve vicdanî kanaat. Bu ölçütlerden kanun hükmünde açıkça bahsedilmemekle beraber, bunlar yargı kararları ile ortaya konulmuş bulunmaktadır. Fail durumu itibariyle kendisinden beklenebilecek olan anlayış, değer yargısı veya bilgiye rağmen fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmiyorsa hukukî yanılmanın varlığından söz edilebilir. Temel ceza kanunları, herkes bakımından öngörülebilir ve kaçınılabılır nitelikte sayılabilmekle birlikte¹⁰⁴, özel ceza kanunları ve kabahatler bakımından hukukî yanılmadan daha büyük olasılıkla bahsedilebilecektir. Ayrıca örneğin, ülkenin hukuk sistemine dâhil olmayan, sistemi tanımayan bir yabancı bakımından özellikle bu gibi alanlarda hukukî yanılmanın söz konusu olabilmesi ihtimali büyüktür. Yanılmanın kaçınılmaz olmadığı tespit edildiğinde failin kusursuz kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bu durumda fail sorumlu olacaktır. Ancak faile verilecek cezanın indirilebilmesi mümkün kılınmıştır¹⁰⁵.

Kabahatler bakımından da hataya ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür. 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 10. maddesine göre, TCK'nın "hata"ya ilişkin hükümleri, ancak kasten işlenen kabahatler bakımından uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁶.

C. HÜKMÜN SONUCU

Hukukî hatanın kaçınılmaz olması halinde failin cezalandırılması mümkün değildir. Alman Ceza Kanunu'nda yer alan ifadede bu durumda

¹⁰⁴ **Roxin**, Yasağa İlişkin Yanılma, s. 269. Zira burada çoğu zaman, fail diğer kişilere veya topluma zarar verdiğinin bilicindedir.

¹⁰⁵ **Gropp**, Der Irrtum, s. 169-170; Kaçınılmazlık konusunda ayrıca bkz. **Rudolphi** Hans-Joachim, Unrechtbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, Göttingen 1969, 215 vd.

¹⁰⁶ Bu konuda bkz. **Yalçın** İsmail, Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku, Ankara 2007, s. 77.

failin kusursuz olduğu belirtilmektedir. Hatta failin kusurunun katlanılabilir derecede az olması halinde dahi failin cezaî sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁷. Yanılmanın kaçınılabilir olduğu sonucuna varıldığına, fail fiilinden dolayı sorumlu olacaktır. Ancak Alman Hukuku'nda, bu durumda faile verilecek cezanın Alman Ceza Kanunu'nun 17. paragrafının ikinci cümlesi uyarınca ve m. 49/1 b. 3'e göre hafifletilebilmesi olanağı tanınmış olmakla birlikte¹⁰⁸ Türk Hukuku'nda faile verilecek cezada böyle bir indirim öngörülüş değildir. Hâkime daha adil bir cezaya hükmetme olanağı tanıyan benzer bir düzenlemeye Türk Hukuku'nda da yer verilmesinin uygun olacağı düşüncesine katılıyoruz¹⁰⁹. Kanun maddesinde indirim sebebi açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber, madde gerekçesinde hatanın kaçınılabilir olması durumunda kişinin kusurlu sayılacağı ve bu hususun temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Bu durum dikkate alınarak, yanılmanın kaçınılabilir olmasının TCK m. 61 çerçevesinde indirim sebebi olarak dikkate alınabilmesine bir engel bulunmadığı yönünde görüşler ortaya atılmıştır¹¹⁰. Buna karşılık aksi yönde görüşlere göre, TCK m. 61 f. 10 gereğince kanunda açıkça belirtilmedikçe cezaların artırılıp eksiltilebilmesi yahut değiştirilmesi mümkün olmadığından, 30. maddede açık bir düzenleme yapılmaksızın ceza indirimine gidilmesi mümkün değildir¹¹¹. Bu itibarla gerekçede böyle bir hükme yer verilmesi yeterli olmayıp, bu konuda açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir¹¹². Kanımızca da gerekçedeki açıklamaya dayanılarak, kaçınılabilir hata

¹⁰⁷ **Mahmutoğlu/Ünver**, s. 381.

¹⁰⁸ Hafifletilmiş olan ceza da gerçekte var olan kusur ölçüsünden fazla olabilecektir. Bu durumda cezanın ayrıca 49/2'ye göre indirilmesi veya paragraf 153'e göre takipsizlik kararı verilmesi tavsiye edilmektedir. Daha çok değer tanınan görüşe göre ise bu tür yanılmanın mazur görülerek ceza sorumluluğunun ortadan kalkması ve failin beraat etmesi gerekmektedir. **Roxin**, Yasağa İlişkin Yanılma, s. 275.

¹⁰⁹ Bu yönde, **Öztürk/Erdem**, no. 363; **Özbek**, s. 398.

¹¹⁰ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 414; **Öztürk/Erdem**, no. 363.

¹¹¹ **Ünver**, s. 40.

¹¹² **Özbek**, s. 398; **Koca**, s. 102; **Koca/Üzülmez**, s. 283. Bu eleştirilere karşılık, söz konusu tercihin bilinçli olarak yapıldığı, ancak uygulamada eksiklik hissedildiği

durumunda failin cezasında bir indirim yapılması suçta ve cezada kanunîlik ilkesine aykırı olacaktır. Hatanın kaçınılabılır olması halinde cezada indirim öngörüldüğü takdirde, yapılacak indirim oranını belirlerken hâkimin somut olayın özelliklerine göre hatanın ne ölçüde kaçınılabılır olduğunu belirleyerek sonuca varması gerekir. Kaçınılmazlığın tespit edilmesine yarayan kriterler kanımızca burada da incelenebilir.

Burada üzerinde durulabilecek bir diğer nokta, Alman Hukuku'nda ceza indirimi ile ilgili düzenlemenin sadece takdire bağlı olarak uygulanmasının eleştirilmesidir. Burada failin kusurunun iyi niyetinden ötürü önemli ölçüde azaldığı kabul edildiğinden indirimin zorunlu olarak yapılmasının gerektiği, hatta şartları gerçekleştiğinde hâkimin ceza indirimini uygulamamasının hukukî hata teşkil edeceği vurgulanmaktadır¹¹³.

Bu açıklamalar ışığında söz konusu maddenin uygulamada kişilerin suç işledikten sonra cezadan kurtulmak amacı ile sığınabilecekleri bir düzenleme niteliğinde olmadığını açıkça söylemek mümkündür¹¹⁴. Yanılgının önlenilebilir olması halinde, failin gerçekleştirdiği davranışın yasak olduğunu bilmediğini iddia etmesinin herhangi bir anlamı bulunmamaktadır. Failin cezasının ortadan kaldırılabilmesi, hâkimi yasaktan haberi olmadığına gerçekten ikna edebilmesine bağlıdır¹¹⁵. Dolayısıyla yanılgının kaçınılabılır olup olmadığı hususunda vicdanî kanaatin titiz bir biçimde oluşturulmasıyla uygulamada meydana gelebilecek olası sıkıntıların önüne geçilmiş olacaktır. Bu itibarla hükmün uygulama alanının son derece dar tutulması gerektiğinde şüphe yoktur. Alman Hukuku uygulamasında da yasağa ilişkin kaçınılmaz hatanın varlığının mahkemece ender olarak kabul edildiği dikkat çekmektedir.

takdirde madde metnine bu yönde bir hüküm eklenebileceği ifade edilmiştir. **Özgenç**, s. 414.

¹¹³ **Roxin**, Yasağa İlişkin Yanılma, s. 274.

¹¹⁴ Bu yönde, **Hakeri**, s. 232. Alman Hukuku'nda bu yönde bir problem yaşanmış değildir. **Roxin/Isfen**, s. 282.

¹¹⁵ **Roxin**, Ceza Kanunu Reformları, s. 23.

DEĞERLENDİRME

Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 4. fıkrasında yer alan haksızlık yanılığısına ilişkin hükmün dayanağını kast ve haksızlık bilinci ayrımını esas alan "kusur teorisi" oluşturmaktadır. Alman Öğretisi'nde bu konu, "kusursuz suç ve ceza olmaz" şeklinde ifade edilen ve hukuk devleti ilkesinin bir yansıması olan kusur ilkesi çerçevesinde açıklanmış ve bu ilke, Türk Ceza Kanunu'nda yapılan düzenlemeye de ışık tutmuştur. Kusur ilkesi ile olan bağlantısı sebebiyle haksızlık yanılığısına ilişkin hüküm, esasen insan hakları ile de yakından ilgilidir.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi 18 Mart 1952'de verdiği bir kararda hukuka aykırılık bilincini kusurun şartlarından biri olarak kabul ederek, "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" kuralının mutlak geçerliliğini ortadan kaldırmıştır. Buna göre, failin cezalandırılabilmesi için, ya gerçekleştirdiği fiilin en azından hukuk düzenini önemli bir şekilde ihlâl ettiğini bilmesi veyahut da bu ihlâli bilmemesi dolayısıyla kınanabiliyor durumda olması gerekir. Hüküm oldukça sıkı şartlara bağlandığından, haksızlık yanılığının varlığının kabul edilerek failin cezalandırılmadığı durumlara özellikle temel ceza hukuku kurallarının ihlâli bakımından nadiren rastlanmıştır. Bu sebeple söz konusu düzenleme daha çok idarî suçlar ve özel ceza kanunları bakımından uygulama alanı bulmuştur.

Haksızlık yanılığısı ve algılama yeteneği iç içe geçmiş kavramlardır. Alman Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemede "fail fiili işlediği sırada bu fiilin hukuka aykırı olduğunu idrak edemez ve bu yanılığısı kaçınılmaz olursa kusursuz sayılır" denilerek, bu durum vurgulanmıştır. Haksızlık bilincinin fiilin işlendiği sırada bulunması gerekir. Alman Ceza Kanunu'nda bu durum açıkça ifade edilmiş olmakla beraber, Türk Ceza Kanunu'nda "fiilin işlendiği sırada" ifadesine açıkça yer verilmiş değildir. Ancak ceza hukukuna ilişkin genel kurallardan bu sonuca varılabileceğinden, bunun önemli bir eksiklik olduğu söylenemez. Diğer yandan, kusurun varlığından bahsedebilmek için potansiyel bir haksızlık bilincinin bulunması yeterli sayılmaktadır.

Haksızlık yanılgısının failin kusurluluğunu etkileyen bir hata hali olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak “kaçınılmaz” olması halinde cezalandırılmamasının sebebi de failin kusurunun bulunmamasıdır. Bu durumda failin işlemiş olduğu fiile ilişkin kastı varlığını sürdürmektedir. Bu sonuç, klasik suç öğretisindeki gibi kast ve kusurun aynı anlamda kullanılması esasının terk edilip, haksızlık bilinci ile kastı birbirinden ayıran modern kusur öğretisine değer tanınmasından ileri gelmektedir.

Alman Hukuku’nda hukukî yanılgının kaçınılmaz olup olmadığının tespiti bakımından iki ölçüt dikkate alınmaktadır: “Bilgi edinme” ve “vicdanî kanaat”. Bu ölçütlerden kanun hükmünde açıkça bahsedilmemekle beraber, bunlar yargı kararları ile ortaya konulmuş bulunmaktadır. Fail durumu itibariyle kendisinden beklenebilecek olan anlayış, değer yargısı veya bilgiye rağmen, fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmiyorsa hukukî yanılmanın varlığından söz edilebilir. Temel ceza kanunları, herkes bakımından öngörülebilir ve kaçınılabilir nitelikte sayılabilmekle birlikte, özel ceza kanunları ve kabahatler bakımından hukukî yanılmadan daha büyük olasılıkla bahsedilebilecektir. Ayrıca örneğin, ülkenin hukuk sistemine dâhil olmayan, sistemi tanımayan bir yabancı bakımından özellikle bu gibi alanlarda hukukî yanılgının söz konusu olabilmesi ihtimali büyüktür. Yanılmanın kaçınılmaz olmadığı tespit edildiğinde failin kusursuz kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bu durumda fail işlediği fiilden sorumlu olacaktır. Ancak Alman Hukuku’nda faile verilecek cezanın Alman Ceza Kanunu’nun 17. paragrafının ikinci cümlesi uyarınca ve 49/1 b. 3’e göre indirilebilmesi mümkün kılınmıştır. Hatta failin kusurunun katlanılabilir derecede az olması halinde dahi failin cezaî sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmektedir.

Türk Ceza Kanunu’na göre de, hukukî hatanın kaçınılmaz olması halinde failin cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Ancak kaçınılabilir yanılgı halinde cezanın indirilebilmesi suretiyle hâkime daha adil bir cezaya hükmetme olanağı tanıyan bir düzenlemeye Türk Hukuku’nda yer verilmesi bir eksikliktir. Kanun maddesinde bu şekilde bir indirim sebebi açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber, madde gerekçesinde hatanın kaçınılabilir olması durumunda kişinin kusurlu sayılacağı ve bu hususun temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte,

kanımızca gerekçede böyle bir hükme yer verilmesi yeterli olmayıp, bu konuda açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Zira gerekçedeki açıklamaya dayanılarak, kaçınılabılır hata durumunda failin cezasında bir indirim yapılması suçta ve cezada kanunîlik ilkesine aykırı olacaktır. Öte yandan, Alman Hukuku'nda ceza indirimi ile ilgili olarak yer verilen düzenlemenin sadece takdire bağlı olarak uygulanmasının eleştirildiğini de burada tekrar hatırlatmak gerekir. Bu durumda failin kusuru iyi niyetinden ötürü önemli ölçüde azaldığından, indirimin herhalde yapılması gerektiği ifade edilmektedir.

Son olarak, haksızlık yanılıısına ilişkin hükmün kişilerin suç işledikten sonra cezadan kurtulmak amacı ile sığınabilecekleri bir düzenleme niteliğinde olmadığını açıkça söylemek mümkündür. Yanılığının kaçınılabılır olup olmadığı hususunda hâkim tarafından yapılacak titiz bir değerlendirme sonucunda elde edilecek vicdanî kanaat ile uygulamada meydana gelebilecek olası sıkıntıların önüne geçilecektir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Artuk M.Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2006.
- Belgesay Mustafa Reşit**, Kusur ve Hukukî Hata, Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Özlem Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2005.
- Demirbaş Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2007.
- Demirel Hakkı**, Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata, AHFD XII, 3-4,1955, s. 101 vd.
- Erem Faruk/Danışman Ahmet/Artuk Emin**, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1997.
- Erman Sahir**, Ceza Kanununda Hukukî Bilmeme ve Yanılma, İHFM XII, 2-3 (1946), s. 517 vd.
- Ersoy Yüksel**, Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Psikolojik Anlamı, SBFD, XXII, 4, Aralık 1967, s. 253 vd.
- Gropp Walter**, Der Irrtum im Neuen Türkischen Strafgesetzbuch vom 26 September 2004, in: 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi, Ankara 2009, s. 161 vd.
- Gropp Walter**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin, 2001.
- Güngör Devrim**, Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata, TBBD, S. 68, Ocak-Şubat 2007, s. 150.
- Hafizoğulları Zeki**, Hukukî Bilmeme ve Açık Ceza Normları, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1975 I, Ankara 1977, s. 211.
- Hakeri Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2008.

- Koca** Mahmut/**Üzülmez** İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.
- Koca** Mahmut, Türk Ceza Hukukunda Hata, in: 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi, Ankara 2009, s. 81 vd.
- Lackner** Karl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, München 1993.
- Lesch** Heiko, Die Vermeidbarkeit des Verbotirrtums, JA 1996, 346-352.
- Mahmutoğlu** Fatih/**Ünver** Yener, “Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı Hakkında”, İBD, S. 2, İstanbul 1998, s. 371 vd.
- Meran** Necati, TCK’da Yasak Hatası, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 4, S. 32, Nisan 2009, s. 65 vd.
- Mürbe** Manfred, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 1989.
- Neumann**, Ulfried, Der Verbotsirrtum (§17 StGB, JuS 1993, s. 793-799.
- Özbek** Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, C. I, Ankara 2006, s. 397.
- Özek** Çetin, Ceza Normunun Varlığında Hata, Tekinalp Armağanı, C. III, İstanbul 2003, s. 823.
- Özgenç** İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Özgenç** İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara 2005.
- Öztürk** Bahri/**Erdem** Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2006, no. 325.
- Puppe** Ingeborg, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionirrtum, GA 1990, s. 145-182.
- Roxin** Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 2. Auflage, München 1994.
- Roxin** Claus, Yeni TCK ile Türkiye Avrupa’ya Dâhil Oluyor, HPD, S. 2, 2004, s. 23.
- Roxin** Claus, Yasağa İlişkin Yanılma, in: Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Prof. Dr. H.C. Claus Roxin’e Armağan, Ankara 2006, s. 243 vd.

Roxin Claus/Isfen Osman, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümleri, in: Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Prof. Dr. H.C. Claus Roxin'e Armağan, Ankara 2006, s. 277 vd.

Rudolphi Hans-Joachim, Unrechtbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, Göttingen 1969.

Sözüer Adem, Hukukî Hata, YD, C. 21, S. 4, Ekim 1995.

Szabo I., Kimsenin Kanunu Bilmediği Kabul Olunamaz Kuralının Günümüzdeki Yeri, MHAD, Yeni Seri III, 1969, Çeviren: Asistan Köksal Bayraktar, s. 275.

Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005.

Ünver Yener, YTCK'da Kusurluluk, CHD, Y. 1, S. 1, Ekim 2006, s. 37 vd.

Yalçın İsmail, Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku, Ankara 2007, s. 77.

Yalkut Necdet, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Açısından Sözde Suç ve İşlenemez Suç, YD, C. 8, S. 1-2, Ocak-Nisan 1982, s. 252 vd.