



**Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'YA
ARMAĞAN**

CILT-I

ANKARA-2015

Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN (Başkan)

Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU

Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR

Yrd. Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

Dr. Haluk TOROSLU

Dr. Fahri Gökçen TANER

Ar. Gör. Yaprak ÖNTAN

Takım Numarası: 978-605-136-202-1

ISBN: 978-605-136-203-8

Ankara Üniversitesi Basımevi

İncitaşı Sokak No: 10

06510 Beşevler / ANKARA

Tel: 0 (312) 213 66 55

Basım Tarihi:

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HUKUKİ HATA

Nurcan GÜNDÜZ*

Giriş

Ceza hukukunda hukukî hata konusu, ceza hukukunun kurumsallaştığı ilk dönemlerden bu yana tartışılan, önemli bir konudur¹. Hukukî hatanın ceza hukuku teorisi içerisinde kusurluluğa etkileri ile ilgili tartışmalar ve “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” (*ignorantia legis non excusat*) ilkesinin devletlerin politik amaçları için kullanılması nedeniyle, hukukî hata her zaman önemini korumuştur.

İlk kanunlaştırmalardan bu yana, sosyo-ekonomik ihtiyaçların zaman içinde değişmesi, devletleri yeni yaşam koşullarına uygun suç ve cezalar yaratmaya yöneltmiş, bu durum, suç ve cezaların sayısını önemli ölçüde artırmıştır. Artık, yalnızca *tabii suçlar* denilen, hukuk kurallarıyla birlikte toplumun yaşantısına yön veren ahlâk kuralları, din kuralları gibi kurallar tarafından da kınanan suç tipleriyle karşı karşıya olmadığımız ortadadır. Bu durum, *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* ilkesinin sorgulanmasını da beraberinde getirmiştir. Şöyle ki, günümüzde hiç kimsenin bütün ceza kanunlarını ve kurallarını bilmesine imkân olmadığı ve kişilerin kanunları biliyormuş gibi kabul edilmesinin uygulamada adaletsiz sonuçlar yaratacağı kabul edilmelidir. Kişilerin kanunları biliyormuş gibi kabul edilmesi yalnızca adaletsiz sonuçlar doğuracağı için eleştirilmez. Böyle bir kabul, gerçekçi de olmayacaktır.

*Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ Ceza hukukunda hukukî hatanın tarihçesi için bkz. Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I, İstanbul 1997, s. 193. (C. I); Ryu, K. Paul - Silving, Helen, “*Error Juris: A Comparative Study*”, The University of Chicago Law Review, C. 24, S. 3, İlkbahar 1957, s. 423-433 ; Keedy, R. Edwin, “*Ignorance and Mistake in the Criminal Law*”, The Harvard Law Review Association, C. 22, S. 2, Aralık 1908, s. 76-81; Erman, Sahir, “*Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma*”, İÜHFİM, C. XII, S. 2- 3, 1946, s. 511-517.

Türk ceza hukukunda, 765 s. TCK yürürlükteyken, Kanun'da ilkenin hiçbir istisnası yoktu. TCK'nın 44. maddesinde düzenlenmiş bulunan kural mutlak olarak uygulanıyordu. Bu durum adaletsiz sonuçlara sebebiyet verdiği için doktrinde ve uygulamada, bir istisnanın gerekliliği tartışılmaya başlanmıştır. Yargıtay da 765 s. Kanun döneminde adaletin gerekleri doğrultusunda çeşitli yorumlar yaparak kuralın katılığı yumuşatmaya çalışmıştır.

5237 s. TCK, ilk halinde konuyu 4. maddesinde düzenlemekte idi. Kanunda yine aynı maddede 2. fıkra hükmü olarak failin, "*kaçınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmeyip meşru sanarak suç işlemesi*" halinde cezalandırılmayacağı öngörülmüştür. Bu hüküm, Kanun'un yürürlüğe girmesinden hemen sonra değiştirilerek 30. maddenin 4. fıkrasına alınmıştır. Bu hükme göre, "*işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmayacaktır.*"

Hukukî hata konusu ile ilgili olarak Türk ceza hukuku doktrini ve uygulaması bakımından en çok tartışma yaratan konu da istisna ile ilgili bu değişiklik olmuştur. Doktrinde çeşitli yönleriyle şiddetle eleştirilen bu değişiklik, uygulamada da problem yaratması olası bir düzenlemedir².

Doktrinde ve uygulamada, kanunu bilmemeye çeşitli isimler verildiği görülür. *Hukukî hata*, *kuralda hata*, *kural üzerinde hata* gibi çeşitli isimlerle ifade edilen hataya³, çalışmamızda terim birliğini sağlamak amacıyla hukukî hata demeyi uygun gördük. Bu doğrultuda, doktrinde kullanılan diğer terimler de hukukî hata olarak değiştirilerek çalışmamıza alınmıştır.

Çalışmamız beş ana kısımdan oluşmaktadır. Girişten sonraki birinci kısımda genel olarak hata kavramını açıklamaya çalıştık. Bu doğrultuda öncelikle hatanın ne olduğu, daha sonra da ceza hukukunda hata kavramı üzerinde durulmuştur. İkinci kısımda ise hukukî hata konusu ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Kanunu bilmemenin mazeret sayılmamasını açıklamaya yönelik görüşler, hukukî hatanın görünüm biçimleri ve hukukî hatanın mazeret sayıldığı haller bu kısımda incelenmiştir. Üçüncü bölüm hukukî

² Doktrinde çeşitli yönleri ile eleştirilen bu değişiklik ile ilgili olarak, bir görüş de düzenlemenin oldukça kısa ve başarılı bir şekilde formüle edildiği yönündedir. Bu görüşe göre, kanun koyucunun iradesine rağmen eski bilgilerimizde ısrar etmek yerine, yeni Kanun'un bu kısa hükümlerinin gerisindeki teorik düşüncelere başvurarak hükümlerin ne anlama geldiğini öğrenmeye çalışmak gerekir. Bu görüş için bkz. Koca, Mahmut - Üzülmaz, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 5.

³ Doktrinde bir görüş hukukî hatayı doğrudan "*haksızlık yanılığı*" olarak adlandırmaktadır. Ancak, çalışmamızda ayrıntılı olarak açıklayacağımız nedenlerle hukukî hatayı haksızlık yanılığı olarak kabul etmek mümkün değildir. Hukukî hatayı haksızlık yanılığı olarak tanımlayan bu görüş için bkz. Koca, Mahmut, "*Türk Ceza Hukukunda Hata*", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Bahri Öztürk (ed.), Ankara 2009, s.100; Koca - Üzülmaz, s. 282-283.

hatanın suça etkisi ile ilgilidir. Bu bağlamda, hukukî hatanın suça etkisi öncelikle genel olarak, sonrasında ise kast teorisi ve kusur teorisi çerçevesinde tartışılmıştır. Çalışmanın dördüncü bölümü, Alman ceza hukukunda hukukî hataya ayrılmıştır. Son bölümde ise Türk ceza hukukunda hukukî hata, 765 s. Türk Ceza Kanunu ve 5237 s. Türk Ceza Kanunu dönemlerine ayrılarak incelenmiştir.

I. HATA KAVRAMI:

A. GENEL OLARAK

Genel anlamda hata; dış dünyaya ait bir şeyin gerçekte olduğu gibi değil, yanlış bir biçimde tanınmasına, bilinmesine neden olan zihinsel durum olarak açıklanabilir⁴. Hatada, kişinin zihinsel yapısında dış etkenlerden meydana gelen olumsuzlama durumunun oluşması söz konusudur. Var olan gerçeklik, kişinin o ana kadar sahip olduğu tecrübeler ışığında farklı yorumlanır. Başka bir deyişle hata, kişinin zihninde oluşan yanlış değerlendirmedir⁵. Deneysel bir açıdan ele alındığı zaman hata, dış alemdeki bir nesnenin gerçekte olduğundan farklı olarak, yanlış ve sahte bir biçimde tanınmasından doğan aklî bir durum olarak tanımlanabilir⁶.

Hemen hemen tüm ceza hukuku doktrininde kabul edilen baskın görüşe göre; bilmeme ve hata birbirleriyle tamamen aynı zihinsel durumlar olmamakla birlikte, ceza hukuku açısından doğuracakları sonuç aynıdır. Hata, bilmemeyi de içeren daha geniş bir kavramdır. *Carrara*, bilmemede herhangi bir bilginin yokluğu söz konusu olacağından olumsuz bir durumun ortaya çıktığını söylemektedir. Yazara göre, hata halinde yanlış veya eksik de olsa bir bilgi olduğundan olumlu bir durum vardır. Ceza hukukunun da ancak olumlu psikik durumları göz önünde bulundurması gerekir. Zira olumsuz bir ruh durumu hiçbir zaman bir harekete sebebiyet vermez. Ceza hukuku ise ancak hareketlerle ilgilidir. Dolayısıyla, ancak hata durumu göz önünde bulundurulmalı ve değerlendirilmelidir⁷. *Carrara*, tamamen olumsuz görünümü ile bilmemenin hareket sebebi olamayacağını, bir ceza hukukçusunun gözlemlerini bilmeme hali üzerinde değil, hata üzerinde yapma fırsatı bulacağını ifade etmiştir⁸.

⁴ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2009, s. 216.

⁵ Özen, Mustafa, "*Ceza Hukukunda Kanunî Bilmemek ve Hata*", Uğur Alacakaptan'a Armağan C. I, İstanbul 2008, s. 590.

⁶ Hafızoğulları, Zeki, "*Hukukî Bilmeme ve Açık Ceza Normları*", AÜHF Ellinci Yıl Armağanı, Ankara 1973, s. 194. (Hukukî Bilmeme).

⁷ Bkz. Erman, s. 511.

⁸ Bkz. Ersoy, Yüksel, "*Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukukî-Psikolojik Anlamı*", SBFD, C. XXIII, S. 4, Aralık 1967, s. 258; Hafızoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Genel*

Hata, kavramsal bakımdan da bilmemeden farklıdır. Bilmeme, bilginin eksikliği veya yokluğudur. Bu yönü ile de bilmeme, negatif bir niteliktedir. Ancak hata, yanlış bilgidir ve bir kanaat içerdiğinden dolayı da pozitif bir niteliğe sahiptir. Elbette ki her hata, bilgi eksikliği gerektirir. Ancak, hatasız bilmeme mümkündür. Hukuku ilgilendiren bilmeme ise hataya neden olan bilmemedir. Sonuç olarak, bu iki deyimini eş anlamda kullanan görüşün kabul edilmesinde bir sakınca yoktur. Bilmeme ve hata arasında hiç değilse ceza hukukunda ortaya çıkardıkları sonuçlar bakımından bir fark yoktur⁹. Ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmamak bakımından, bir şeyi yanlış bilme (hata) ile o şeyi hiç bilmeme farksızdır¹⁰.

Hukuk, her türlü hata ile, her türlü bilmeme ile ilgilenmez. Hukukun konusuna giren bilmeme ve hata, failin iradesi üzerinde etken olan bilmeme veya hatadır. Hukuk sistemleri, insan davranışlarını dışarıya vuruluşları bakımından düzenlerler. Dolayısıyla, hata da iradenin kusurlu oluşumu üzerinden değerlendirilir¹¹. Bazı hukukçular, hataya sebebiyet vermeyen bilmeme halinin ceza hukukunu ilgilendirmeyeceği iddiasındadırlar. Bu anlayışa göre; böyle bir bilmeme durumu harekete sebebiyet veremeyeceğinden, ceza hukukunu da ilgilendirmez.

Öte yandan buna karşıt olan bir başka görüş; bilmeme halinin, kişinin o andaki bilgi dengesini oluşturmaya yardım ederek iradesi üzerinde dolaylı bir şekilde etkide bulunacağı ve belli bir andaki bilgilerin iradenin meydana gelmesinde etkili olacağı yönündedir. Bilmeme, bilgi sonucu olumlu bir şekilde değişebilecek olan iradenin akışını değiştirmemek suretiyle nedensellik bağı anlamında da davranış üzerinde etkili olabilir¹². Bu durumu şöyle açıklayabiliriz: Bilgi olsaydı, iradenin akışı olumlu bir şekilde değişecekti. Ancak, bilmeme söz konusu olduğu zaman bu iradenin olumlu bir şekilde ortaya çıkması mümkün olmayacağından bilmemenin etkisi olacaktır. İradeye yansıyan bilmeme, nedensellik bağını etkilediğinden suçun maddi unsuruna da yansır, onu da etkiler. Bu noktada ikinci görüşün kabul edilmesi isabetli olacaktır. Özetle, iradenin olumlu bir şekilde ortaya çıkması mümkün olmayacağından bilmeme iradeye yansırken suça da etki edecektir.

Unutma durumunun hukukî hataya sebebiyet verme bakımından nasıl değerlendirilmesi gerektiği konusunda ise çeşitli görüşler vardır. Unutma durumunu bilmemeye eşit kabul eden bir görüşe göre unutma, hataya da

Hükümler, Ankara 2008, s. 296 (Genel Hükümler); Hafizoğulları, "Hukuki Bilmeme", s. 194; Erman, s. 511.

⁹ Toroslu, s. 216.

¹⁰ Demirel, Hakkı, "Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata", AÜHFED, C. 12, S. 3-4, 1955, s. 100.

¹¹ Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 195.

¹² Ersoy, s. 258.

eşittir. Zira bu görüşe göre, bir şeyi bilmemek ile onu unutmak aynı şeydir¹³. Biz, bir şeyin bilinmemesi ile unutulması arasında fark olmadığını kabul eden bu görüşe katılmıyoruz. Bir kimsenin yapacağı hareketi yaparken onun hukuka aykırı olduğunu bilmiyor olması veya hukuka aykırı olduğunu bildiği halde bunu unutmış olması aynı şekilde sonuç verecektir denilse bile, bilmemek bir şeyi öğrenmemiş olmaktır; unutmak, önceden öğrenilmiş bir şeyin anımsanmaması durumudur. Dolayısıyla bu iki durum birbirinden farklıdır.

Kaldı ki, bilmeme ve unutmama durumları taksir bakımından da birbirinden farklılaşır. En basit tanımıyla taksir, bir kişinin, istenen bir hareketinin istenmeyen sonucundan sorumlu olmasıdır¹⁴. TCK m. 22'de taksiri "*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüm aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleşmesidir.*" Bu doğrultuda, unutmamanın taksir bağlamında önemini şu şekilde ortaya koymamız mümkündür: Bir kimse hatırlama yükümlülüğü olan bir şeyi unutmaz ve bundan dolayı öngörmesi gereken neticeyi öngöremezse, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık söz konusu olacaktır. Bir doktor, ameliyat sırasında hastanın karnında tampon, makas vb. unutursa, bu durum, taksirli sorumluluğa örnektir. Unutmama sorumluluk bilmeme durumundan daha ağır olmak gerekir. Zira unutmama yükümlülüğünün olduğu durumda, unutmak taksirdir. Sahip olduğu bir bilgiyi unutan kişi, bilmesi gereken bir bilgiyi bilmeyen kişiye göre daha ciddi bir dikkat ve özen yükümlülüğü ihlali içindedir.

Üzerinde kısaca duracağımız bir başka olasılık, yanlış anlama halidir. Yanlış anlama da bir çeşit bilmemedir, dolayısıyla hukukî hata kavramı içerisinde, kanunu bilmemek olarak değerlendirilmek gerekir. Çünkü bilinen şey, doğru bilinmemektedir. Bu nedenle, kanunun yanlış anlaşılması da kural olarak mazeret sayılmayacaktır¹⁵.

Bizi ilgilendiren bir diğer konu, şüphe ile hukukî hatanın ilişkisidir. Psikolojik olarak bilmeme, hataya bağlı olmadan da var olabilir. Kişinin ruh alanında bir konu ile ilgili olarak hiçbir tasavvur, hiçbir kanaat yok ise, hatanın eşlik etmediği bir bilmeme söz konusudur. Bu bilmeme halini diğer bilmeme durumlarından ayırmak istersek, buna "*yalın bilmeme*" adı

¹³ Torostu, s. 217. Ancak, hataya yol açan bilmeme ile unutmamanın aynı sonucu doğurdıkları gerekçesiyle eşit tutulması yönünde görüşler de vardır. Bu görüşler için bkz. Güngör, Devrim, Ceza Hukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2008, s. 23. (Fiil Üzerinde Hata)

¹⁴ Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 286.

¹⁵ Hafizoğulları, Hukukî Bilmeme, s. 198.

verilebilir¹⁶. Bir şeyin varlığı imkânıyla ilgili olarak düşünmeye başlanırsa, *şüphe* alanına girilecektir. Burada doğru olan, gerçek olan, bilinmemektedir. Ancak fail, belli bir kanaate varmaksızın değişik ihtimaller üzerinde düşünmektedir. Kişi, şüphe durumunda da hata durumunda olduğu gibi gerçeği bilmez. Ancak, şüphe durumunda hata yoktur. Şüphenin varlığı için, *bilinçli bilmemenin* aynı zamanda belli bir niteliğe sahip bilmeme olması gerekmez. Bilmemenin bilinçli olduğu durumlarda şüphe vardır. Şüphe, failin değişik hipotezleri muhtemel gördüğü ancak, bunlardan birinin diğerlerine göre gerçeğe uygunluğunun daha muhtemel olduğu hakkında bir kanıya sahip olmadığı durumlarda da vardır¹⁷. En basit tanımı ile şüphe, “bir olgu ile ilgili gerçeğin ne olduğunu kestirememekten doğan kararsızlık” olarak tanımlanabilir¹⁸. Bir kanaatin veya inancın oluşmasına engel olan bir düşünce ve yargı kargaşasının var olduğu durumlarda şüphe vardır. Bu çatışma ve kargaşa çözümediği sürece bir kimsenin olayı gerçeğe aykırı olarak tanıdığı, buna bağlı olarak da hata yaptığını söylemek mümkün olmaz¹⁹.

Zihinde meydana gelen bir problem olarak tanımlanan hatanın ceza hukuku ile bağlantısı ne olabilir sorusu akla gelecektir. Hata, suçun işlenmesi sürecinde, iradenin oluşumuna etki eder. İradenin gerçeğin yanlış biçimde tasavvurundan dolayı bozulmuş olarak doğmasına sebep olur²⁰. Daha önce belirttiğimiz gibi ceza hukuku ancak ortaya çıkan irade ile ilgilenir. Ceza hukuku- hata ilişkisi de, hatadan dolayı bozulmuş olan ve failin hareketiyle ortaya çıkan iradeye, ceza hukukunun nasıl bir sonuç bağladığının tartışılması noktasında ortaya çıkar.

B. CEZA HUKUKUNDA HATA KAVRAMI

Ceza hukukunda iki çeşit hata hali söz konusudur. *Fiilî hata*²¹ durumu belirli koşulların varlığı halinde bir mazeret sayılırken, *hukukî hata* durumu

¹⁶ Ersoy, s. 259.

¹⁷ Ersoy, s. 259.

¹⁸ Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, s. 184. Şüphenin diğer tanımları için bkz. Feyzioğlu, s. 184-185.

¹⁹ Toroslu, s. 217.

²⁰ Toroslu, s. 217.

²¹ Fiilî hata ve hukukî hata arasındaki ayrımın nasıl yapılması gerektiği konusunda çeşitli görüşler mevcuttur. (Bu görüşler için bkz. Güngör, Fiil Üzerinde Hata, s. 24-26. Öte yandan, Fletcher, Common Law sistemi de dahil olmak üzere bütün sistemlerin ceza hukukunda hata hallerini fiilî hata ve hukukî hata olarak ikiye ayırma eğiliminde olduklarını ancak bu ayrımın gündelik yaşamda karşımıza çıkan hata hallerinin ceza hukukuna etkisine bakıldığında anlamsız ve yetersiz kalacağını kabul etmektedir. (Fletcher, George P. , Rethinking Criminal

kural olarak mazeret sayılmaz. Böylelikle, hukukî hata durumunda fail, eğer kanunda öngörülen bir istisna mevcut değilse, cezalandırılır²².

Ceza hukukunun konusu içine giren hata hallerinin üç farklı sonucu olabilir: Birincisi, yapılan hata sorumluluğu tamamen ortadan kaldırılabılır, ikinci halde hatanın yapıldığında kusurlu olup olmamaya göre hatanın sorumluluğa etkisi ortaya çıkabilir. Son olarak da yapılan hatanın cezai sorumluluğa hiçbir etkisi olmayacağı durumlar karşımıza çıkabilir²³.

Hukukî hatada da, fiilî hatada da, fail yasaklanmış olduğuna inanmadığı bir fiili istemektedir. Ancak, hukukî hata durumunda etkisini kural üzerinde gösteren bir hata söz konusu iken, fiilî hatada etkisini somut fiil üzerinde gösteren bir hata vardır. Hukukî hata durumunda fail işlediği fiilin cezai nitelendirmesinde, fiilî hata durumunda ise işlediği fiilin kanuni tipe uygunluğunda hata etmektedir. Bu iki hata türü arasındaki fark şudur: Hukukî hata durumunda, işlenen fiil ile kuralın yasakladığı fiil aynıdır. Ancak fail kuralı bilmemektedir. Buna karşılık, fiilî hata durumunda da fiil tipiktir, ancak fail fiile ilişkin olgularda hataya düşmekte, tipik fiil işlediğini bilmemektedir. Hangi hata türünün söz konusu olduğunu belirleyebilmek için, her somut olayda hatanın etkisi ile failin, tipik fiile uygun bir fiil mi yoksa tipik fiilden farklı bir fiil mi istediğine bakmamız yeterlidir²⁴. Fail tipik fiili istiyor ancak suç olduğunu bilmiyorsa hukukî hata, gerçekleştirmek istediği fiil tipik fiilden farklı ise fiilî hata vardır.

Ceza kanununda yer almayan ancak, ceza kanunlarını ilgilendiren kanunlardaki hatanın etkisinin ne olacağı konusu da hukukî hata-fiilî hata ayrımı bağlamında tartışmalıdır. Bu konuda iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bir görüş bu tür hatanın da ceza kanunu üzerindeki hata gibi kabul edilmesi gerektiğini ve mazeret sayılamayacağını ileri sürer. İkinci görüşe göre ise böyle bir hata fiilî hataya eşittir ve dolayısıyla da mazeret sayılmalıdır²⁵.

Law, New York 2000, s. 684.). Nitekim fiilî hata ve hukukî hata ayrımı konusunda bir görüş birliğine varılmadığı da ortadadır.

²² Güngör, Fiil Üzerinde Hata, s. 24. Gerçekten, neden fiilî hata mazeret sayılırken hukukî hatanın mazeret sayılmadığı konusunda tartışmalar yapılırken, yazarlar genellikle ceza sorumluluğunun kusurlu olması şartını anlatmakla işe başlarlar. Denilmektedir ki, temel bir gerçeği bilmeyen bir failin kastı da yoktur ve dolayısıyla sorumlu olduğu düşünülemez. Husak, Douglas - von Hirsch, Andrew, Culpability and Mistake of Law, Action and Value in Criminal Law, Oxford, s. 157-158. Bu tartışma ve "Hukukî hata yapan fail, fiilî hataya düşen fiilden daha fazla kusurlu sayılmalı mıdır?" tartışması için ayrıca bkz. Husak - von Hirsch, s. 159 vd.

²³ Fletcher, s. 687.

²⁴ Toroslu, s. 219.

²⁵ Toroslu, s. 218.

Ceza kanunu olmayan bir kanunu bilmemek şeklinde yapılan hatanın hukukî hata olarak mı yoksa fiilî hata olarak mı kabul edilmesi gerektiği konusuna bir örnek vermek gerekirse: Boşandığını zanneden ancak hakkında yalnızca ayrılık kararı verilmiş olan bir kimsenin Medeni Kanun ile ilgili bir hataya düşmüş olduğu ortadadır. Bu kimse, evli olduğu halde yeniden evlenmesi halinde birden fazla evlilik suçunu işlediğini düşünmeyecektir. Böyle bir halde, kişinin evlenmekte özgür olduğunu sanması, özel hukuku ilgilendiren bir durumdur ve fiilî hata teşkil eder²⁶. Bu şekildeki hatalar, genellikle, suç tanımıyla ilgili olarak yapılan hatalar gibi düşünülür ve o şekilde değerlendirilir²⁷.

Ceza sorumluluğuna etki eden, başka bir deyişle mazeret sayılan veya sayılmayan, hata arasındaki ayırımın temeli hatanın niteliğinde değil, psikolojik etkisindedir. Kast; maddi fiilin hukuka aykırılığının değil, fiilin bilinmesi ve istenmesi olduğu için hata, fiil üzerinde olması veya hukuka aykırılık üzerinde olması durumlarında kastı ortadan kaldıracak veya kaldırmayacaktır. Bu ayırım, hukukî hata ve fiilî hata ayırımını ortaya çıkarır. Birinci durumda, ceza kanunu üzerinde bir hata veya ceza kanunu dışındaki bir kanun üzerinde bir hata söz konusu olabilir. Bu durum hukuken önem taşımaz. İkinci durumda, fiilî bir hata söz konusudur ve mazeret sayılır²⁸. Hukukî hatanın ise kastı değil, kusurluluğu ortadan kaldırdığını kabul etmek gerekir. Bu konuya, hukukî hatanın suça etkisi başlığı altında ayrıntılı olarak değineceğiz.

Fiilî hata ve hukukî hatanın farkı ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir başka husus da bu iki hata türü arasındaki farkın, sonuçları yönünden de kendini göstermesidir. Fail, ceza normunda yasaklanan fiilden farklı bir maddi fiili istiyorsa, suç oluşturan bir fiili işlemeyi, en azından o normda öngörülen fiili işlemeyi de istememektedir. Bundan dolayı failin suç kastı olmadığını ve failin kasıtlı suçtan değil, fiilin taksirli şeklinin kanunda öngörülmüş olması ve hatanın taksirli olması şartıyla en fazla taksirli suçtan cezalandırabileceğini söylememiz mümkündür. Buna karşılık, failin kuralda öngörülen maddi fiilin aynısını istemesi halinde, bu fiilin yasaklanmamış olduğuna da inanıyorsa, hukuka aykırılık üzerinde bir hata söz konusudur ve böyle bir hata halinde fail, davranışının zarar verici olduğunun bilincinde olduğundan kastın varlığı da devam eder²⁹.

²⁶ Fletcher, s. 739.

²⁷ Fletcher, s. 740.

²⁸ Toroslu, s. 218; Güngör, Fiil Üzerinde Hata, s. 25.

²⁹ Toroslu, s. 220.

II. HUKUKİ HATA2

A. GENEL OLARAK

Hukukî hata, bir normun varlığında veya bir normun yorumlanmasında yanılmadır³⁰. Hukukî hata, ayrıca, yapılan davranışın hukuk kurallarınca yasaklandığının, yani kanunun bilinmemesi olarak da tanımlanabilir³¹. Hukukî hata, bir değerlendirme hatasıdır. Hukukî hatanın söz konusu olduğu durumlarda, duyu organları tarafından doğru olarak algılanmış bulunan bir gerçeklik, normun bilinmemesi veya yanlış yorumlanmasının sonucu olarak yanlış değerlendirilir³². Hukukî hatanın açıklanması için, *“Failin, ceza normu üzerindeki bir hata nedeniyle yasaklanmadığına ve dolayısıyla herhangi bir suçu oluşturmadığına inanmasına rağmen, gerçekte ceza normu tarafından yasaklanan fiilin aynısı olan maddi bir fiili tasavvur ettiğinde, istediğinde ve gerçekleştirdiğinde, ceza kuralı üzerindeki bir hata söz konusudur.”*³³ tanımını yapmamız da mümkündür.

Ceza hukukunda hukukî hata ile ilgili olarak, çeşitli kanunlarda, çeşitli sistemlerin kullanıldığını görürüz. Bu sistemler temelde ikiye ayrılır:

Birinci gruptaki sistemler, kanunların, hukukî hata ile ilgili olarak açık bir hüküm içermedikleri sistemlerdir. İkinci grup ise, hukukî hatanın kanunda düzenlendiği sistemlerdir. İkinci gruptaki kanunlar, hukukî hatanın sorumluluğa bir etkisi olmadığını kabul eden sistemler, hukukî hatanın ceza sorumluluğuna etki ettiğini kabul eden sistemler ve kastın varlığının kabulü için failde “hukuka aykırılık bilinci” arayan sistemler olmak üzere üç alt gruba ayrılabilirler³⁴. Hukukî hatanın ceza sorumluluğunu etkilemediğini kabul eden sistemlere örnek olarak Common Law’a dahil olan İngiltere ceza hukuku verilebilir³⁵. Kanunu bilmemenin ceza sorumluluğuna etki ettiğini kabul eden sistemlere ise en bilinen örnek Alman ceza hukukudur.

³⁰ Önder, s. 337.

³¹ Centel, Nur - Zafer, Hamide - Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008, s. 432.

³² Toroslu, s. 218.

³³ Toroslu, s. 219.

³⁴ Önder, s. 338-339. Hukukî hatanın mazeret sayılmadığı sistemlerin çoğunlukta olduğu bir gerçektir. Hatta hukukî hatanın bir mazeret olarak kabul edilemeyeceği söylemi hukuk sistemlerine öyle bir yerleşmiştir ki, bu konunun kusurlulukla ilgili olup olmadığı bile çoğu zaman düşünülmez. Bu görüş için bkz. Fletcher, s. 730.

³⁵ İngiltere ceza hukukunda hukukî hata konusuna bakış ile ilgili olarak bkz. Simester, A. P; Sprencher J. R - Sullivan, G. R - Virgo G. J, Simester and Sullivan’s Criminal Law- Theory and Doctrine, 4. Baskı, ABD 2010, s. 6 8 0 -6 8 5. İngiliz hukukundaki katı bakış açısı, bireyin adil yargılanması ve kamu yararı dengesi ve İngiliz hukukunda bu konu ile ilgili önemli davalar için bkz. Ashworth, Andrew, Principles of Criminal Law, 5. Baskı, New York

B. "KANUNU BİLMEMEK MAZERET SAYILMAZ" İLKESİNİ AÇIKLAMAYA YÖNELİK GÖRÜŞLER

Çalışmamızın önceki kısımlarında da belirttiğimiz gibi, *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* ilkesinin hukuk tarihi içindeki yeri, oldukça eski dönemlere dayanır. Bu ilkenin ortaya çıkışından günümüze kadar olan süreçte, ilkeyi açıklamaya yönelik çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Çalışmamızın bu kısmında, bu görüşleri ve onlara yönelik eleştirileri kısaca açıklamaya çalışacağız.

Hukukî hatanın mazeret sayılmasını engelleyen *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* ilkesinin açıklanmasına yönelik ilk görüş, *ceza kanunlarının herkesçe bilindiği* karinesine dayanan görüştür. Aydınlanma çağının tabii hukukçu rasyonalizminin etkisi ile, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin temelini, herkesin yayımlandıktan sonra kanunu bildiği şeklinde kesin bir ilkeye dayandığı ileri sürülmüştür. Yazılı kanunun tabii hukuk rasyonalizmine sahip olması, az ve açıkça yazılmış basit yasal metinlerde düzenlenmiş değerlerin evrensel bir nitelik taşıması ve sadece tabii suçların öngörülmesi nedeniyle vatandaş yönünden hukuki bilmemenin mümkün olmayacağı düşünülüyordu. Zaman içerisinde ortaya çıkan yoğun kanunlaştırma faaliyetleri, sadece yasamanın ürünü olan *yapay suçlar* kategorisini ortaya çıkarmıştır. Karşıt bir kısım sosyal taleplerin ortaya çıkmasıyla burjuva değerlerinin tehlikeye girdiğinin düşünülmesi ve modern devletin sürekli artan gerekleriyle ceza kanunlarının çoğalmasına sebep oldu. Bugün, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin temelini herkesin kanunu bildiği yönündeki bir karineye dayandırmak imkansızdır. Böyle bir kanunu bilme karinesi geçmişteki toplum tipleri bakımından kabul edilebilirse de günümüzde böyle bir karinenin varlığını kabul etmek olanaksız hale gelmiştir³⁶. Herkesin kanunu bildiği karinesine dayandırılan bu görüş, bir başka yönden de eleştirilmiştir. Denilmiştir ki, herkesin hukuku bildiğinin bir karine olarak kabul edilmesi, bunun tersinin ispat edilebilmesi olasılığını da beraberinde getirir. Karinenin tersini ispat etmek mümkün olduğu sürece, kanunun otoritesi bir hayli zayıflamış olur. Kaldı ki, karinenin doğası gereği, bilinenden bilinmeyene ulaşılır. Kanunların sayısı göz önünde bulundurulduğunda ise, bütün kanun hükümlerini bilmenin bir karine olarak kabulünün de imkansız olduğu anlaşılır. Zira, "imkânsız" olan bir şeyin, karine olarak kabul edilmesi mümkün değildir³⁷. Sonuç olarak

2006, s. 232-237. Ayrıca, Anglo - American hukukunun konuya bakış açısı ve fiilî hata hukukî hata karşılaştırması üzerinden bir değerlendirme için bkz. Husak - von Hirsch, s. 157 vd.

³⁶ Torostu, s. 222.

³⁷ Demirel, s. 102; Erman, s. 518.

denilebilir ki, belirtilen gerekçelerden dolayı, günümüzde, ceza kanunlarının sayısı ve çeşitliliği karşısında, hukuku bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesinin açıklanmasının bu görüşle yapılması imkânsızdır.

İlkeyi açıklamaya yönelik görüşlerin ikincisi, *kanunun herkesçe bilindiği varsayımına* dayanan görüştür. Bu görüşe göre, kanunun herkesçe bilinmesi bir karineye değil, kanunun herkesçe bilindiği varsayımına dayanır. Herkesin kanunu bildiği farz edilir. Bu varsayım, kanunda yer alan “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinden kaynaklandığı için de ortada kanuni bir varsayım vardır. Kanuni bir varsayımın aksi ispat edilemez. *Prins*, bu kanuni varsayımın kabul edilmemesi halinde herkese örnek olacak bir ceza vererek adaleti sağlamanın mümkün olmayacağı görüşündedir³⁸.

Bu görüş de eleştirilere hedef olmuştur. İmkânsız olan bir şeyin karine olarak kabul edilmesi eleştirilirken bunun bir varsayım olarak kabul edilmesi düşünülemez. Nasıl ki yalnızca çoğunlukla ortaya çıkan, bir genelleme oluşturabilen durumlarda karine oluşuyorsa, yalnızca şüphe içermeyen vakalarda bir varsayımın varlığı kabul edilebilir³⁹. Kanunu bilmekten bahsediyorsak, kanunu herkesin bildiğini şüphe götürmez bir şekilde ortaya koymamız imkânsızdır. Herkesin kanunu bildiği konusunda bir karine oluşturamaya yetecek bir çoğunluk sağlanamamışsa, bir varsayımı kabul edecek kadar bir çoğunluk da yok demektir.

Üçüncü görüş, *kanunu bilme ödevinin varlığını* savunan görüştür. Buna göre, hem doktrinde hem de uygulamada söz konusu ilkenin temeli ceza kanununun bilinmesi zorunluluğuna dayandırılabilir. Bu zorunluluk dolayısıyla, kanunun muhatabı olan kimseler üzerinde kanunu bilme ve öğrenme yükümlülüğü doğmaktadır⁴⁰.

Doktrinde, kanunu bilme ödevinin varlığını savunan görüş de eleştirilmiştir. Bu görüşü eleştiren yazarlara göre, ilkenin temeli kanunu bilme ödevine de dayandırılmaz. *Manzini*'ye göre, belirli bir yerde yaşayan kişi bir faaliyette bulunduğu zaman, kanunların koyduğu sınırları ve şartları bilmek yükümlülüğü de vardır. Eğer bu yükümlülüğünü ihmal ederse, bilgisizliğinden doğan tehlikeyi de kabul etmiş sayılacak ve kendi bilgisizliğini de mazeret olarak ileri süremeyecektir. Öte yandan, ceza kanunlarını bilme konusunda bağımsız bir ödev bulunsaydı, bu ödevin yerine getirilmemesinin özel bir müeyyidesinin olması da gerekirdi. Yerine

³⁸ Bkz. Erman, s. 518.

³⁹ Bkz. Demirel, s. 102; Erman, s. 519.

⁴⁰ Hafizoğulları, Genel Hükümler, s. 297. Güngör, Devrim, “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, TBBD, S. 68, Ocak-Şubat 2007, s. 136. (Kural Üzerinde Hata) s. 143.

getirilmesi gerekmeyen bir hukuki ödev veya yükümlülüğün varlığı da düşünülemez. Böyle bir bilme görevi, kanunun bilindiği varsayımına eşittir. Ayrıca, her yükümlülük, onu yerine getirme olasılığı bulunduğu koşullar altında geçerli olabilir⁴¹.

Manzini, kanunu bilme görevini bir tür vatandaşlık görevi şeklinde açıklamaya çalışmıştır. Ancak, bu düşüncenin, yabancılar bakımından kanunların bağlayıcılığını açıklayamadığından dolayı eleştirildiği görülür. Kanunu bilme görevini bir vatandaşlık görevi şeklinde açıklamaya yönelen görüşe karşılık bir başka görüşe göre, kanunu bilme görevinin bir *normatif ödevden* kaynaklandığını söylemek mümkündür. Bu düşüncüyü ileri süren *Frosali*, hukukî hatayı düzenleyen İCK 5.maddesinin bağımsız bir kural olmayıp, bütün özel suç tiplerini düzenleyen ceza normlarının bir parçasını oluşturduğunu savunur. Yazara göre, özel suç tipini düzenleyen hükümlerden kaynaklanan normatif ödevden aykırı davranarak suç işleyen kişi, bu durum dolayısıyla, fiilinin sonuçlarına katlanacak ve işlediği fiilden dolayı cezalandırılacaktır⁴².

Doktrinde hem *Manzini*'nin hem de *Frosali*'nin düşünceleri eleştirilmiştir. *Manzini* bir taraftan çok sayıda ve çeşitte kanun olmasının, kanunların herkes tarafından bilindiği varsayımını çürüttüğünü ileri sürerken, diğer taraftan kanunu bilme görevinden bahsederek kendi görüşü ile çelişmektedir denilmiştir. Gerçekten, kanunların çok sayıda ve çeşitli olması nedeniyle herkes tarafından bilindiğinin varsayılamayacağını, bu durumdan dolayı kanunu bilme imkânının ortadan kalktığını kabul edersek, kanunu bilme şeklinde bir ödev ileri sürmemiz de mümkün olmaz⁴³. Zira, ne kanunun ne de hukuk doktrininin ve uygulamasının kişilere yerine getirmeleri imkansız bir görev yüklemesi mümkündür.

Kanunu bilme ödevinin varlığının savunulması halinde, ileri sürülebilecek bir başka eleştiri de, kanunların mutlak olarak uygulanmasının

⁴¹ Toroslu, s. 223. Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesini, kanunu bilme ödevine dayandıran görüşe katılmamakla birlikte bu görüşü eleştirmek için ileri sürülen, "ödev olsaydı, buna uymamanın ayrı bir yaptırımı da olmalıydı" şeklindeki görüşe de katılmıyoruz. Kanunu bilmenin bir ödev olarak kabul edilebilmesi için, ödevin yerine getirilmemesinin ayrı bir yaptırımı olmasına gerek yoktur. Kanunu bilmemeyi mazeret olarak ileri sürmemeye de bir yaptırımdır. Fail, bu durumla karşı karşıya kaldığında, kanunu bilmediğini mazeret olarak ileri sürmeyip işlediği suç için bir yaptırıma tabi tutulacaktır. Bu da bir mağduriyettir. Yaptırımın, yapılan bir kötülüğün karşısında faile yapılan kötülük olması özelliğini de dikkate aldığımızda, böyle bir durumda, kanunu bilmemenin yaptırımının, bilmediğini ileri sürmemeye olduğu söylenebilir. Kanunu bilmediğini bir mazeret olarak ileri sürmemeye de fail için bir mağduriyet yaratır. Dolayısıyla, kanunu bilmenin ödev olarak kabul edilmesi için bilmemenin de ayrıca yaptırımının olmasına gerek yoktur düşüncesindeyiz.

⁴² Güngör, Kural Üzerinde Hata s. 144.

⁴³ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 144-145.

bazı durumlarda adalet duygusunu zedelediği yönündedir. *Manzini*, bir mecburiyetin geçerli sayılabilmesi için, o mecburiyetin mutlaka yerine getirilmesinin mümkün olması gerektiğini ileri sürer. Sonuç olarak, kanunu öğrenme mutlak imkânsızlığının söz konusu olması halinde, buna göre, kanunu bilmeme de mazeret sayılmalıdır⁴⁴. Bu fikri kabul eden yazarlardan bazıları da bu görevin bazı durumlarda söz konusu olamayacağını kabul ederler. Zira bir görev, ancak onu ifa etmenin mümkün olması halinde, o görevin sahibine bir yükümlülük yükleyebilir. Bu imkân, örneğin düşman işgali, sel felaketi, kanunun yayınlanmasından önce yürürlüğe girmesi⁴⁵ gibi sebeplerle tamamen ortadan kalkarsa, artık kanunu bilmenin bir görev olduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla, mücbir sebep nedeniyle hukukî hata halinde bulunduğunu ileri süren kimse mazur görülmelidir⁴⁶. Kanunu bilme ödevini daha katı bir anlayışla kabul eden bir görüşe göre, bir devletin ülkesinde bulunan her birey, o devletin bütün kanun ve nizamlarını bilme yükümlülüğü altındadır. Bu görev, devletin bireylere verdiği hukuki korumanın karşılığıdır. Devlet, kanunları kuralına uygun olarak yayınlamakla, herkese kanunun içeriğini öğrenme fırsatı vermiş olur. Bu durum, kanunu bilme görevinin bireylere yüklenebilmesi için yeterlidir⁴⁷.

Bunlarla birlikte, kanunu bilme zorunluluğu, norm genel teorisi açısından da tartışmaya açık bir konudur. Şöyle ki, hukukun iradiliği, başka bir anlatımla hukuk normunun emriliği varsayımı ile hareket edersek, kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağı ilkesini savunmamız da mümkün olmaz. Zira, eğer hukuk normu bir emir ise, icra edilebilmesi için muhatabı tarafından da bilinmesi gerekir. Muhatabın bilmediği bir emre uymasını istemek, hukukun emriliği anlayışını da inkâr olur⁴⁸.

⁴⁴ Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 197.

⁴⁵ Kanunlar, kanun metninde belirtilen tarihte yürürlüğe girer. Kural olarak bir kanunun yürürlük tarihinin yayın tarihinden önce olmaması gerekir. Böyle bir durumda dahi kanun yayın tarihinde yürürlüğe girmiş kabul edilmelidir. Çünkü bir kanun yayınlanmadıkça vatandaşlar bakımından bağlayıcı bir değer taşımaz, yayınlanması kanunun varlığı için bir şart değil, üçüncü kişilerin bilgisine getirilmesi için bir araçtır. (Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Bursa 2010, s. 257). Dolayısıyla kanunun yayın tarihinden önce yürürlüğe girmesi, *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* ilkesi olarak ifade ettiğimiz ilke ve hukukî hata meselesiyle de yakından ilgilidir, (www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/cezanim_kemal_kil.htm, Erişim Tarihi: 5. 9. 2011). Son olarak belirtmek gerekir ki, kanunların yayın tarihinden önce yürürlüğe girebileceği ve suç oluşturan fiilleri belirleyebileceği düşüncesi ceza normlarının zaman bakımından uygulanması konusundaki ilke ve kurallara da aykırı olur. (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, İstanbul 2008, s. 95 vd., Hafizoğulları - Özen, s. 29 vd.).

⁴⁶ Erman, s. 520.

⁴⁷ Demirel, s. 102; Erman, s. 519.

⁴⁸ Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 197.

Doktrinde oldukça yaygın olan, *ilkenin politik bir ihtiyacı karşılamakta olduğu* görüşü, ilkeyi açıklamayı amaçlayan dördüncü görüştür. Bu görüşe göre, failin kusurluluğundan söz edebilmemiz için, failin fiilinin hukuk düzeni ve özellikle ceza hukuku tarafından yasaklanmış olduğu bilincine sahip olması gerekmez. Bu anlayışta ilkenin amacı, sanıklara her defasında kanunu bilmediklerini ispat olanağı verilmesi halinde, adaletin gerçekleşmesi yönünden ortaya çıkabilecek problemleri önlemeyi amaçlayan pratik bir zorunluluğa dayandırılmıştır⁴⁹.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, zamanla, *tabii suçlar* kategorisinde sayılabilecek suçlara, kanun koyucu tarafından, günün toplumsal yaşamının gereksinimlerini karşılamaya yönelik yeni suç tipleri eklenmiştir. Sadece yasama faaliyetinin ürünü olan bu suç tiplerinin yaygınlaşmasından sonra, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin temelini, kanunların vatandaşların değişen ve farklılık gösteren bilinci üzerindeki otoritesini sağlamaya ilişkin politik zorunluluğa dayandıran görüş ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, ilkenin amacının hukuk düzenini koruma amacına dönüştürüldüğünü söylememiz mümkündür⁵⁰. Bu ilkenin ceza siyaseti bakımından mutlaka gerekli olduğu, bu ilkenin kabul edilmemesi halinde devlet ve kanun otoritesinin felce uğrayacağı ileri sürülmüştür⁵¹.

Kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması ilkesinin politik bir ihtiyaca dayanması konusunda somut örnek olarak 1930 tarihli Rocco Kanunu verilebilir. Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen, her normal vatandaşın neyin yasak olduğunu doğru olarak bildiğini kabul eden ve ancak akıl hastalarının hukukî hata yapabileceğini kabul eden hüküm, devlet egemenliğinin ve kanun otoritesinin bireyler üzerinde mutlak olarak sağlanmasına yönelik politik bir ihtiyaca dayanır⁵². Bu görüşe göre, ilke, kanunların otoritesini sağlamaya yönelik olarak ortaya çıkan bir ihtiyaca dayanmakta ve böylece mevcut hukuk düzeninin korunması amaçlanmaktadır. Söz konusu kural ceza kanunlarının bağlayıcılığını sağlamaya yönelik politik ihtiyacın zorunlu bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Eğer sanıklara kanunu bilmediklerini ispatlama imkanı verilirse,

⁴⁹ Toroslu, s. 221.

⁵⁰ Toroslu, s. 222.

⁵¹ Demirel, s. 103; Erman, s. 522.

⁵² Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 141-142. Doktrinde bir görüşe göre, hukukî hatanın ceza kanununa ilişkin genel hükümlerin bulunduğu bölümde düzenlenmiş olması, kanunun uygulanması bakımından bir sınırlamanın kabul edilmediğini ve hukukî hata konusunun tamamen kusurluluğun dışında bırakılmak istendiğini göstermektedir. Bu görüş için bkz. Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 142. Kanımızca burada anlatılmak istenen, hata konusunun kusurluluk ile bir ilgisi olmaması değil, hukukî hatanın kusurluluğu kaldıran bir istisna olarak kabul edilemeyeceğidir.

her somut olayda kanunu bilmedikleri iddiasında bulunmalarının adaletin işleyişi bakımından ortaya çıkaracağı engelleri ortadan kaldırmak bakımından bu ilkenin kabul edilmesi zorunludur. Carrara, sanıklara böyle bir hakkın verilmesinin kanunun uygulanmasını şartlı hale getirerek ceza adaletinin sağlanmasında tamiri güç sorunlara yol açacağını söylemektedir⁵³.

Bir başka görüşe göre, kanunu bilme ödevinin var olup olmadığını değerlendirebilmek için, *suçlar arasında bir ayırım* yapılması gerekir. Kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağı prensibi tabii suçlar bakımından uygulanmalıdır. Çünkü ancak tabii hukukun herkes tarafından bilindiği ileri sürülebilir. Ancak, doktrinde bu görüş de eleştirilmiştir. Suç kanununun cezalandırdığı bir fiil olup tabii hukuka veya ahlâka yahut mantığa aykırı bir hareket değildir. Hareketlerimizin suç teşkil edip etmediğini ortaya koyan, pozitif hukuk kurallarıdır. Kaldı ki, ahlâka tamamen aykırı bazı fiiller kanun tarafından suç sayılmadığı gibi, bazı suçların kişiler tarafından tabii suç olarak algılanmadığı da görülür⁵⁴. Dolayısıyla bu görüşün de kabulü mümkün gözükmemektedir.

Bu bağlamda ileri sürülen görüşlerden biri de Mirto'nun görüşüdür⁵⁵. Bu görüş, ceza sorumluluğu bakımından *failin saikinin kanunda belirtildiği haller dışında dikkate alınmaması kuralına* dayanır. Buna göre, kanun bilinmeden suç işlenmesi failin suç işlemekteki saiklerinden başka bir şey değildir. Böylece, bilgisizlik failin saiklerinden biri olmaktadır⁵⁶. Kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağı ilkesi, bizzat cezai sorumluluk konusu ile ilgilidir. Bilmeme, failin zihninde meydana gelen yanlış bir kanaattir ve suçun saikini oluşturur. Bir kişinin fiilinden sorumlu olması için, fiilin irade ürünü olması gerekir. Suç işlemediği hususundaki kanaat, iradeyi ortadan kaldırmaz. Failin fiilinin suç oluşturması için iradenin ürünü olması gerekli ve yeterlidir, saik önemli değildir⁵⁷. Ceza hukukunda bilmeme ve hatanın hukuki teorisi, bu görüşte, ceza sorumluluğunun iradeye dayanan bir şekilde anlaşılmasının bir görünümü olarak ortaya çıkar⁵⁸.

Başka bir görüşe göre, her normal insanda mevcut olan haklı ve haksız hakkındaki genel ve basit bilgiler, fiilin cezalandırılabilir olduğunu anlamaya yetiyorsa, hiçbir mazeret kabul edilmemeli, aksine bu bilgiler fiilin suç teşkil ettiğini idrake yeterli değilse, böyle bir bilmeme mazur görülmelidir⁵⁹.

⁵³ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 145.

⁵⁴ Demirel, s. 103.

⁵⁵ Bu görüşün "Ceza Mesuliyet Nazariyesi" olarak adlandırılması konusunda bkz. Erman, s. 524.

⁵⁶ Dönmezer - Erman, C. I, s. 196.

⁵⁷ Demirel, s. 103.

⁵⁸ Ersoy, s. 252.

⁵⁹ Erman, s. 521.

Ancak bu görüşün benimsenmesi bizi hukuk dışı tartışmalara götürür. Haklı ve haksız hakkındaki kanaat ile ilgili bir muhakeme, haksızlık yanlılığı ile ilgili bir konudur ve hukuktan daha geniş bir alanı kapsar. Dolayısıyla bu görüşün de hukuku bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesine temel oluşturması kabul edilemez.

Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesini açıklamaya yönelik görüşler ve bu görüşlere yönelik eleştiriler göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimizce, kanunu bilmemenin mazeret sayılmamasını açıklamaya yönelik görüşler arasında en tutarlı ve kabul edilebilir olan görüş, ilkenin varlığının politik bir zorunluluğa dayandığını kabul eden görüştür. Açıklamaya çalıştığımız sebeplerden dolayı konuya ilişkin diğer görüşleri kabul etmek mümkün değildir⁶⁰.

C. HUKUKİ HATANIN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

Hukukî hatayı çeşitli özelliklerinden yola çıkarak ayrımlara tabi tutmamız mümkündür. Birincisi, hatanın *yapılışına göre* farklı isimler alması durumudur. Kişi eğer, yaptığı şeyin hukuk düzeni ile çatışmadığını zannediyorsa, fiilini yasaklayan bir norm bulunduğunu bilmiyorsa ya da normun varlığından haberdar olmasına rağmen normu yanlış yorumlayarak somut fiiline o normun uygulanmayacağını düşünüyorsa, bu durumda *doğrudan hukukî hata* söz konusudur. Öte yandan, kişi, fiilini yasaklayan normu ve normun kapsamını doğru biliyor olsa bile davranışını hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunduğunu sanıyorsa *dolaylı hukukî hata* söz konusu olur⁶¹.

İkinci ayırım, hukukî hatanın ortaya çıkış şekilleri bakımından yapılabilir. Birincisi, doğrudan ceza kanununun bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından dolayı ortaya çıkan hukukî hatadır. İkincisi ise ceza kanununda yer almayan fakat bu kanunu ilgilendiren kuralların bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından ortaya çıkan hukukî hatadır. Burada, ceza kanunları dışında kalan kanunlar bakımından ortaya çıkan hatanın, fiilî hataya dönüşmüş olmaması gerekir⁶².

Hukukî hata, bir başka şekilde; *olumlu* ve *olumsuz hukukî hata* şeklinde de ortaya çıkabilir. *Olumlu hukukî hata*, kişinin, yasada suç olarak sayılmayan bir fiilî, suç sayıldığı düşüncesiyle işlemesidir. Doktrinde *mefruz* (varsayılan, farz edilen) suç denilen bu halde, kanunda suç olarak düzenlenmeyen bir fiilden dolayı kimse cezalandırılmayacağından⁶³, failin

⁶⁰ Aynı görüş için bkz. Toroslu, s. 223.

⁶¹ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 136.; Koca-Üzülmez, s. 282.

⁶² Toroslu, s. 220.

⁶³ Bir kimsenin, hareketinin yasada suç olarak düzenlendiğini düşünerek davranması fakat

suç sandığı ve fakat suç olmayan eyleminden dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir. Burada, failin işlediği fiil tipik değildir. *Olumsuz hukukî hatada* ise, fail, yasada suç olarak düzenlenmiş bulunan bir fiili, suç oluşturmadığı düşüncesi ile işlemektedir. Ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesinden dolayı, olumsuz hukukî hatanın ceza sorumluluğuna bir etkisi olmayacaktır⁶⁴.

Hukukî hata ile ilgili olarak yapılan ayrımlar yanında, bir de hukukî hatanın ortaya çıkış şekillerine göre farklı isimler alması da söz konusu olabilir. Birincisi, *plânlı hukukî hatadır*. Plânlı hata söz konusu olduğunda kişi, fiilini düzenleyen bir kuralın var olduğunu bilmesine rağmen, içeriği hakkında bilerek bilgi sahibi olmaz ve böylece hatasına da mazeret sağlamak ister. Bu durumdaki hata daima kaçınılabilir bir hatadır ve kişi bu hatasına dayanarak kusursuz olduğunu ileri süremez⁶⁵.

Plânlı hatadan sonra karşımıza çıkan bir başka durum, *bilinçli hukukî hatadır*. Bu halde, bilmeme, bilinçli bir davranıştan kaynaklanır. Burada kişi, kanundan haberdar olmasına karşın, tembelliği ve umursamazlığı dolayısıyla kuralın içeriğini öğrenmemektedir. Eğer kanunun varlığı, içeriği veya yorumu ile ilgili bir şüphe duyulması durumu varsa, *kural üzerinde bilinçli hata* söz konusu olur. Şüphe duyan kişi, fiili işlemekten kaçınmayarak suç teşkil eden bir fiili işleme riskini kabul etmiş sayılmalıdır. Özellikle failin, mesleki ve teknik faaliyetleri düzenleyen kuralları bilmemesi halinde de bilinçli hukukî hata söz konusu olur⁶⁶.

Hukukî hataya düşülmesinde *taksirli* olunması da söz konusu olabilir. Bu durumun var olması için ise taksire özgü üç koşul bulunmalıdır. İlk olarak, hatanın yapılmak istenmemiş olması gelir. İkinci olarak, kural hakkında bilgi veren, kuralın içeriği konusunda kişileri uyaran ve dolayısıyla hataya düşülmesini önleyici düzenlemelere uyulmamış olması gerekir. Son

hareketin yasada suç olarak düzenlenmemiş olması halinde, *mefruz suç* (hayal suç) söz konusu olur ve doktrindeki baskın görüşe göre suç oluşmadığından bu kişilere ceza verilmez. Ancak, bir başka görüşe göre, fail suç işleme yönündeki iradesini ortaya koyduğu için böyle durumlarda da cezalandırılması gerekecektir. (Centel - Zafer - Çakmut, s. 228). Bir başka imkânsızlık durumu işlenemez suç da, bazı yazarlar tarafından bağımsız bir kurum olarak değerlendirilirken, bazı yazarlar tarafından sözde suçun bir görünüm biçimi olarak kabul edilir. Bu konudaki görüşler ve değerlendirme için bkz. İpekçioğlu, Pervin A., Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara 2009, s. 93-94; İpekçioğlu, Pervin A., "Karşılaştırmalı Bir İnceleme: Türk Ceza Hukuku ile Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından "İşlenemez Suç"ın Değerlendirilmesi", AÜHFİD, C.61.,S.3, 2012, s. 862-863.

⁶⁴ Artuk, M. Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 677-678.

⁶⁵ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 157.

⁶⁶ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 157.

olarak, hukukî hataya düşülmesini önleyici kurallara uymamanın faile isnat edilebilir olması da gereklidir. Faille aynı durumdaki bir model ajan ölçütüne göre, hataya düşülmesini önleyici kurallara uyulmasının failden beklenip beklenmeyeceği de araştırılmalıdır⁶⁷.

Fail tarafından fiili yasaklayan normun bilinmemesi iki nedenden kaynaklanabilir. Birinci durum, objektif nedenlerle fiili yasaklayan normun bilinmemesi halleri, ikinci olasılık da kuralın aslında bilinebilir olduğu hallerde kişinin sübjektif nedenlerle kuralı bilmediği hallerdir. Birinci gruptaki haller, resmi gazetenin dağıtılamamış olması, kanun metninin kendi içerisinde çelişkili hükümler barındırması, kanunun yorumu konusunda genel bir kargaşa yaşanıyor olması, kanunun mahkemeler tarafından sürekli yanlış bir şekilde yorumlanıp uygulanmış olması gibi objektif nedenlere bağlı olarak kuralın içeriğinin hiç kimse tarafından doğru bilinmesinin mümkün olamayacağı durumların söz konusu olmasıdır. Bu gibi durumlarda fail, kuralı bilmediği için kınanamaz. Dolayısıyla hataya düşmekte bir kusuru da yoktur. Burada failin, kanunu bilmemek konusunda mutlak ve objektif bir imkânsızlığı vardır. İkinci olarak, kuralın bilinmemesine rağmen bilinebilir olduğu durumlar söz konusu olabilir. Böyle durumlarda faili düştüğü hata dolayısıyla kınamak mümkündür. Zira failin kuralı öğrenme imkânına sahip olduğu böyle bir durumda hatanın kaçınılmaz olduğunu söylememiz mümkün değildir⁶⁸. Hatanın kaçınılmaz olup olmaması konusuna ilgili kısımda ayrıntılı olarak değineceğiz.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, nasıl bir ayırım yapıldığına bağlı olarak hukukî hata, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Hukukî hatanın görünüm biçimleri, diğer ayrımlarla birlikte, *bireysel veya genel hukukî hata ve bilmeme* ve *resmi makamların beyanlarına dayanan hukukî hata ve bilmeme* olarak da ikiye ayrılabilir.

Bireysel hukukî hata, bir kimsenin kanunu bilmemesi veya yanlış yorumlaması durumunda ortaya çıkan hukukî hata türüdür. Bireysel hukukî hata ile ilgili en önemli tartışmalardan biri, kanunun çelişkili olması durumunda izlenecek yöntemin ne olacağı hususudur. Ceza hükmünün çelişkili olduğu veya gereği gibi anlaşamadığı hallerde kanunun yanlış yorumlanmasının sorumluluğunun faile yüklenmemesi gerektiği doktrinde

⁶⁷ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 157.

⁶⁸ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 156. Bilmeme durumları ile ilgili olarak Toroslu, bilmemenin ancak iki objektif nedenle ortaya çıkabileceğini söylemektedir. Yazara göre; birinci durum, kanunu öğrenme konusundaki mutlak ve kolektif imkansızlıktan meydana gelen *önlenebilir bilmeme*dir. İkinci durum ise failin meşruluğu ile ilgili olarak belirli kaynakların örneğin, aynı doğrultudaki yargı kararlarının sebep olduğu "*iyi niyet*" halidir. Bkz. Toroslu, s. 225.

ileri sürülen bir görüştür. Bu görüşe göre, kanunu doğru bilme yükümlülüğü, ona uymanın pratik olarak mümkün olduğu haller için kabul edilmelidir⁶⁹.

Manzini, kanun metninin anlaşılması imkânsız olacak derecede karmaşık olması durumunda, gerçekte ortada bir kanun olmadığını, zira kanunun bir irade içerdiğini, anlaşılması mümkün olmayan bir iradenin ise yok sayılması gerektiğini ileri sürer. Ancak bu görüş kabul edilemez. Zira, bireyler tarafından anlamı anlaşılabilen bir kanunu yok saymak, özel kişilere bir kanunu tadil etme ve felce uğratabilme gücü sağlamak olacaktır. Sonuç olarak, bir kanunun anlamı belli değilse bile, o kanunun yokluğuna hükmetmek yanlıştır. Kanun açıkça veya zımnen ilga olmadıkça onu uygulamak ve çeşitli yorum yöntemleri kullanarak anlamını ortaya koymaya çalışmak gerekir. Bu çalışmanın sonucunda da, kanunun anlamı ortaya konulamamışsa, failin lehine yorum tarzını kabul etmek gerekir⁷⁰.

Bir başka olasılık, bir kanun ile ilgili olarak genel bir bilgisizlik veya hata durumu ortaya çıkmış olmasıdır. Böyle bir durum, birçok kimsenin veya büyük bir kitlenin kanunu yanlış bilmesi ve uygulaması sonucu ortaya çıkar. Bu gibi hallerde, kanunun yanlış bilinmesi ve hatalı uygulanması bir mazeret sayılmaz. Genel hatanın mazur görüleceği düşüncesinin hukuk biliminde yer almaması gerekliliği, bunun nedeni olarak ileri sürülmüştür⁷¹. Önceki zamanlarda geçerli olan bir esasa göre müsterek yanılma hukuk yaratırdı. Bu ilkeye *error communis facit ius* denmektedir. Ancak günümüzde bu esasın uygulanması kabul edilemez. Böyle bir esasın kabul edilmesiyle, kişilerin bir kanunu tadil edebilmelerine veya uygulamadan kaldırmabilmelerine olanak verilmiş olacaktır⁷².

Bireysel veya topluca ortaya çıkan hukukî hata ve bilmeme durumları ile ilgili olarak denilebilir ki, kanunda istisna olarak düzenlenmiş veya konu ile ilgili yerleşmiş bir içtihat yoksa, hiçbir durumda faili sorumluluktan kurtaracak bir mazeret oluşturmazlar.

Kural olarak, resmi makamların kanunu yanlış yorumlaması sonucunda ortaya çıkan hata, bir mazeret olarak ileri sürülemez. Dolayısıyla, en başta, idare tarafından yapılan yanlış bir yoruma güvenilerek suç işleyen failin hatasının kaçınılmaz olmadığını ve bundan dolayı kusurluluğu da kaldırmayacağını belirtmemiz gerekir⁷³.

Kanunların herkes için mecburiliği üzerinde etkili bir tasarrufla bulunmak hakkı hiç kimseye tanınmamıştır. Dolayısıyla, idarenin de bireyler

⁶⁹ Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 199.

⁷⁰ Erman, s. 526.

⁷¹ Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 199.

⁷² bkz. Erman, s. 525.

⁷³ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 158.

gibi kanunların süjesi olması gerekir. Ayrıca, idarenin kanunun uygulanmasına engel olacak bir yetkisinin olması da düşünülemez⁷⁴. Şöyle ki, idarenin yaptığı yorumu doğru kabul ederek bir kimsenin kanuna aykırı hareket edeceği ve bu durumda kişinin kusurlu olmayacağı düşünülürse, idarenin yorumu dolayısıyla kanunun uygulanması fiili olarak imkânsızlaşacaktır. Kanunun uygulanmasının idare tarafından engellenmesi ise kabul edilebilir bir durum değildir. Kanunların herkes tarafından mecburiliği ilkesinin çalıştırılmasının memurun takdirine bırakılmaması ve kişinin memura güvenmesiyle oluşabilecek riskleri göze alması, hukuk devleti ilkesinin sonucudur.

Bu görüşleri kabul etmeyen başka bir görüş, genellikle *iyi niyet esası* ve *adalet duygusundan* hareket ederek, yetkili memurun tutumunun mazeret sebebi olabileceğini ileri sürer. Bu görüşü savunanlara göre; yanlış yorum *yetkili* organ ve memurların *resmi* beyanı sonucu ortaya çıkmışsa faile sorumluluk yüklenemez. Zira, bu gibi durumlarda şahıs, resmi makamların şursuz bir aleti haline girmiş olacaktır⁷⁵. Bu görüşe göre, *emrin icrası* hukuka uygunluk sebebinin düzenleyen 765 s. TCK'nın 49.m.sinin (failin lehine olduğu için) genişletici yorum yoluyla böyle durumlara da uygulanması gerekir. Bu gibi hallerde, hukukî hata iyi niyetten doğar ve artık *yenilemez* bir hatanın varlığı söz konusudur. Bu durumu da mücbir sebeple eşit tutmak gerekir⁷⁶. Bu görüşün 5237 s. TCK'daki karşılığı da m. 24 olmak gerekir. Belirtmek gerekir ki böyle bir mazeretin ortaya çıkması da ancak yetkili bir organ tarafından verilen resmi bir görüşün varlığı halinde söz konusu olabilir. Yetkisi olmayan bir devlet memurunun yanlış yorumu sonucunda ortaya çıkacak bir hukukî hatanın mazeret sayılıp sayılmayacağı ile ilgili bir görüşe göre, böyle bir hata hiçbir zaman mazeret olarak kabul edilemeyecektir⁷⁷. Kanımızca burada, 24. maddede düzenlenen “kanunun hükmü ve amirin emrinin icrasının” kullanılması mümkün değildir. Öncelikle faile kanun tarafından verilmiş bir hak, bir başka deyişle bir kanun hükmünden söz etmemiz mümkün değildir. İkinci olarak emrin icrası çerçevesinde de bu hüküm kullanılamaz. Çünkü emrin icrasının birinci şartı olan kamu hukukuna dayalı bir ast-üst ilişkisi burada mevcut değildir. Kaldı ki, bu hükmün bu denli geniş yorumlanarak uygulanmasının oldukça aşırı bir yorum olacağı görüşündeyiz. Bunun yerine, İtalyan Yargıtayı tarafından benimsenen iyi niyet mazeretinin (ki İtalyan Yargıtayı bu mazereti yalnızca kabahatler bakımından geçerli kabul etmektedir) kabul edilmesi mümkün olduğu gibi, İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin görüşünün de izlenmesi

⁷⁴ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 158.

⁷⁵ Hafızoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 200.; Dönmezer - Erman, C. I, s. 198.

⁷⁶ Dönmezer- Erman, C. I, s. 198.

⁷⁷ bkz. Hafızoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 201.

mümkündür. İtalyan AYM, 24 Mart 1988 tarihli ve 364 sayılı kararıyla İCK m.5'te yer alan ceza kanununu bilmemenin mazeret sayılmayacağı hükmünü yalnızca önlenebilir bilmemelerle sınırlandırmıştır. Bu doğrultuda, hükmün katılığı da büyük ölçüde giderilmiştir⁷⁸. Sonuç olarak, resmi makamların beyanlarına karşılık kişilerin bir zorunluluk halinde kaldıklarını kabul etmek yerine ilkenin, önlenebilir bilmemenin mazeret sayılmaması ile sınırlanması daha isabetli bir çözüm olacaktır kanısındayız.

Resmi makamın beyanından kaynaklanan hukukî hata ve bilmeme ile ilgili olarak Alman hukukundaki baskın görüş farklıdır. Genellikle kabul edilen görüşe göre, failin daha önce davranışlarının hukuka uygun olduğu konusunda tavsiye (görüş) almış olması, bu tavsiyenin, tarafsız, bilgili, söz konusu tavsiyeyi görevi gereği veren ve somut olayla ilgili hiçbir bireysel çıkarı olmayan bir kişiye danışılması halinde failin sorumluluktan kurtulacağı kabul edilir. Ancak, bu görüşün inanılabilir bir görüş olması ve yetkili bir kişi tarafından verilmesi şarttır⁷⁹.

Resmi makamların bir *ihmali* sonucunda ortaya çıkan hata ile ilgili olarak temelde iki farklı görüş söz konusudur. Birinci görüşe göre, resmi makamların ihmalinin neden olduğu hata dolayısıyla suç işlenmesi halinde fail bu durumu bir mazeret olarak ileri süremez. Çünkü, resmi makamlara kanuna uyma, emirlerini yerine getirmeyi denetleme konusunda yetki verilmiş ve fakat kanunu tadil veya ilga konusunda herhangi bir yetki verilmiş değildir⁸⁰. İkinci görüş ise, böyle durumlarda, failin hatasının mazur görülebileceğini kabul eder. Uygulamada konu ile ilgili bir birlik sağlandığı söylenemez⁸¹.

Kanımızca, resmi makamların beyanına dayanan hukukî hata ve bilmeme ile ilgili olarak Alman hukukunda baskın olan görüş ile kaçınılabilirlik ölçütü birlikte kullanılmalıdır. Resmi makamın beyanından doğan hukukî hatanın hiçbir koşulda mazeret sayılmayacağını kabul etmek yerine, failin, davranışlarının hukuka uygun olduğu konusunda tarafsız, bilgili, söz konusu tavsiyeyi görevi gereği veren ve somut olayla ilgili hiçbir bireysel çıkarı bulunmayan, yetkili bir görevliden, inanılır bir görüş almış olması halinde fail sorumluluktan kurtulabilmeli, kanunu bilmemeyi mazeret olarak ileri sürebilmelidir. Ancak, bunun için ayrıca failin bu hatasının kaçınılmaz hale gelmiş olması, etkin bir vicdan denetimi ile bile hatasını anlayamayacak olması gerektiği kanısındayız.

⁷⁸ Toroslu, s. 225.

⁷⁹ Youngs, Raymond, "Mistake of Law in Germany - Opening Up Pandora's Box", Journal of Criminal Law, 2000, s. 343.

⁸⁰ Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 201.

⁸¹ Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 202.

D. HUKUKÎ HATANIN MAZERET SAYILDIĞI HALLER

Daha önce de belirttiğimiz gibi, değişen sosyo-ekonomik şartların getirdiği yeni suç tiplerinin günden güne artması, günümüzde herkesin kanunları bilmesini imkânsız kılar. Ceza hukukunun erken safhalarında, suç sayısı oldukça sınırlıydı. Belli mağdurlara karşı şiddet kullanma veya açık seçik ortada olan ahlâki yanlışlıklardan ibaret bir ceza hukuku düzeni vardı. Böyle bir düzende de herkesin kanunu bildiğini varsaymak çok daha mantıklıydı⁸². Günümüzde, böyle bir beklentinin varlığı halinde, ortaya adaletsiz sonuçlar çıkacağı ortadadır. Bu durum kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesine istisnalar getirilmesi gerektiği tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. Makul ve mantıklı bir kimse gibi davrandığı halde hukukî hataya düşen bir kimsenin hiçbir şekilde bu durumu mazeret olarak ileri süremeyeceğini kabul eden görüşler olduğu gibi⁸³, hukukî hatanın mazeret sayılmaması kuralının mutlak kabulü halinde adaletsiz sonuçlar ortaya çıkacağını kabul eden görüşler de vardır. Zira, toplum yaşamının her yönünü etkileyen ceza hukuku sistemiyle sarmalanmış çoğulcu bir toplumda, herkesin neyin suç olup olmadığını bilmesi beklenemez⁸⁴. İstisnalarla ilgili farklı hukuk sistemlerinde çeşitli öneriler ve düzenlemeler ortaya çıkmıştır.

Hangi hallerde hukukî hatanın mazeret sayılması gerektiği konusunda çeşitli öneriler vardır. Ancak, bu hallerin incelenmesine geçilmeden önce, *makul hukukî hata* kavramı üzerinde kısaca durmak istiyoruz. En basit ifadeyle makul hukukî hata, failin dikkatsizliği sonucu ortaya çıkmayan hukukî hatadır. Makul hukukî hata (*reasonable mistakes of law*), aslında, hukukî hatayı mazeret saymayan Common Law'un bir terimidir. Her şeyden önce, belirtmemiz gerekir ki makul hukukî hatalar da, kendi içlerinde *objektif makul hukukî hatalar* ve *sübjektif makul hukukî hatalar* olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmek gerekir. Zira bu iki farklı duruma farklı sonuçlar bağlanır. Bazı hallerde fail hukuk kuralını bilmeden hareket eder çünkü kuralın bütün bireylerin ulaşabileceği hale getirilmemesi söz konusudur. Kanunun basılmamış olması, failin bir yargı kararında yapılan yoruma dayanarak hareket etmiş olması, bir idari karara paralel hareket etmiş olması

⁸² Fletcher, s. 731.

⁸³ Fletcher, s. 731. *Holmes*, hukukî hatanın mazeret olarak kabul edilmesi halinde kanunu bilmemenin cesaretlendirileceğini ve terazinin diğer tarafındaki bütün büyük çıkarlar yerine tek bir bireyin adalete kavuşmasının tercih edileceğini söyler. Burada, klasik kuralı faydacı bir bakış açısıyla savunan yazar, bireye adaletli davranılmasını da önemsemekte ancak, bireyin çıkarlarına karşılık toplumun çıkarlarının tercih edilmesini istemektedir. (Bkz. Fletcher, s. 732). Hukukî hatanın mazeret sayılmasını şiddetle reddeden ikinci teori de *Hail*'in teorisidir. Hukukî hata durumunda kanun ile failin zihninde yarattığı kurgu arasında çok ciddi farklar olduğunu kabul eden *Hail*, hukukî hatanın mazeret sayılması halinde somut olayda failin ceza kanununun *öyle veya böyle* olduğunu düşüneceğini ve gerçekten kanunun failin zihninde oluştuğu gibi, *öyle veya böyleymiş gibi* uygulanacağını söyler. Ancak yazara göre böyle bir doktrin, bir hukuk sisteminin temel gereksinimlerine ters düşecektir. (Bkz. Fletcher, s. 733).

⁸⁴ Fletcher, s. 732.

veya kanunun bir başka şekilde resmi bir makam tarafından yanlış yorumlandığı hallerde olduğu gibi, fail ve diğer bireyler, kuralı bilebilecek durumda olmayabilirler. Bu hallerde de karşımıza *objektif makul hukukî hata* çıkar. *Husak* ve *von Hirsch*, böyle durumların söz konusu olması halinde hukukî hatanın mazeret sayılmasının, failin kusurlu olmamasına dayandırılmak yerine, *kanunilik ilkesine* dayandırılması gerektiğini kabul ederler. Böylelikle, yaptığı hareketin zarar verici nitelikte olduğunun farkında olan bir fail bile ceza almaktan kurtulur. Kanunilik ilkesi, kusurlulukla ilgili kavramlardan farklıdır. Bu doğrultuda kanunilik ilkesi, iyi niyetli kişilere karşı ileri sürülebileceği gibi, kötü niyetli kişilere karşı da ileri sürülebilir. Temel düşünce, bütün bireylerin neyin cezalandırıldığına dair açıkça bilgilendirilmiş olması gerekliliğinin yerine getirilmesidir. Eğer bu şart yerine gelmediyse, fail cezalandırılmayacaktır. Bir başka deyişle, makul hukukî hataya düştüğü için, hukukî hatası mazeret sayılacaktır. Ancak, Alman hukuku bu görüşü reddetmektedir. Kaçınılması mümkün olmayan hukukî hatanın varlığı hallerinde hukukî hatayı mazeret sayan Alman hukuku, bunu ancak failin makul bir nedenle bilgi sahibi olmadığı hallerde kabul eder. Bu mazeretin de kusurluluk teorisi temeline dayandığını düşünürsek, her zaman makul objektif hukukî hata halinin söz konusu olmadığından, Alman teorisine dayanan kaçınılabılır olup olmama ölçütünün makul objektif hukukî hata bakımından çalıştırılmayacağı görürüz. Bazı hallerde ise yasak bilinebilir olduğu halde fail, kendi bulunduğu koşullardan dolayı, öğrenebilecek durumda olmayabilir. Bu durumlar ise *sübjektif makul hukukî hata* olarak adlandırılan hallerdir. Sübjektif makul hukukî hatanın söz konusu olduğu durumlarda bu hatanın mazeret sayılması, iki şartın gerçekleşmesine bağlıdır: Birincisi failin, fiilinin zararlı olduğunu bilmemesidir. İkincisi ise hukuk kuralını bilmemesinin gerçekten makul bir sebepten ileri gelmesidir⁸⁵. Kabul etmek gerekir ki bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi ihtimali az olduğundan, sübjektif makul hukukî hatanın istisna sayılması halleri de oldukça azdır. Ancak, makul hukukî hata kavramına ev sahipliği yapan Common Law bakımından bu durum zaten tercih edilen bir durumdur. Zira, bu sisteme göre, hukukî hatanın mazeret sayıldığı haller zaten oldukça az sayıda olmalıdır⁸⁶.

İstisnalar ile ilgili tartışmalarda en çok üzerinde durulan konulardan biri, hatanın *kaçınılabılır* olmasıdır. Kaçınılabilirlik meselesi, somut olayın özellikleri ve failin kişisel özellikleri ışığında, yaptığı bu fiilin hukuka aykırı olduğunu değerlendirme konusunda daha dikkatli olmasının beklenebilir beklenemeyeceği ile ilgilidir⁸⁷.

⁸⁵ Konunun ayrıntılı değerlendirmesi ve örnekler için de ayrıca bkz. *Husak - von Hirsch*, s. 168 vd.

⁸⁶ *Husak - von Hirsch*, s. 170.

⁸⁷ *Fletcher*, s. 744.

Hatayı kaçınılabılır olarak nitelendirip buna bağılı olarak faili de sorumlu kılan hata ipotezlerinin birçoğı, kuralın *bilenebilir* olmasına dayanır. Kuralın bilenebilir olması da failin, bilerek veya taksirli olarak kuralı öğrenmemesi halinde söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda failin kusurlu sayılması ve cezalandırılması mümkün olacaktır⁸⁸. Alman Yargıtay'ı, konu ile ilgili olarak, eylemi gerçekleştiren kişinin, kendisinden beklenen vicdan denetimini yerine getirmesine karşın, eylemin haksızlığını görmemiş olması halinde, hukuki bilmeme ve yanılmanın kaçınılmaz olduğı görüşündedir. Böyle bir durumda fail, kusurlu hareketinden dolayı kınanamaz. Failin, dürüst bir vicdan denetimi ile eyleminin haksızlığını bilecek durumda olması halinde, eylemin yasak olduğunu bilmeme kusuru kaldırmaz⁸⁹.

Kaçınılabılırlıkla ilgili bir diğere ölçüt, *beklenebilirliktir*. Failin ihlal ettiğı kuralın varlığını bilmesi *beklenebilir* değilse, failin isteseydi o hatadan kaçınabileceğini söylememiz de mümkün olmaz. Elbette ki herhangi bir davada bir failin o kuralı bilmesinin beklenemeyeceğine karar verilmiş olması, kuralın içeriğini değıştirmeyecektir. Eğer fail, makul bir sebeple kuralın varlığından haberdar değilse, bilmesi de beklenemiyorsa, bu durum fiiline mazeret oluşturacaktır⁹⁰.

Kaçınılabılırlıktan başka, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin katılığını gidermek amacıyla sunulan önerilerden biri de, *bilenebilirlik* ölçütünün kullanılmasıdır. Bu görüşe göre, kanunu bilmemek, ancak onu bilmek olanağı olan durumlarda mazeret sayılamaz. Dolayısıyla, kusurlu veya önlenebilir bilmeme mazeret sayılmayacak, önlenemeyen veya hoş görülebilen bilmeme ise mazeret oluşturacaktır. Ancak, sorunun bilenebilirlik ölçütü ile çözülmeye çalışılması yeterli değildir. Öncelikle, bu çözüm bizi işlediğı fiilin sosyal değersizliğini bildiğı halde ihlal ettiğı kanunu bilmeyen failin kusurlu ve kınanabilir olmadığı sonucunu kabule götürdüğünden yeterli değildir. Ayrıca, teorik anlamda bir bilenebilirlik içerdiğinden dolayı da eksiktir ve çoğı zaman aldatıcı sonuçlar ortaya çıkmasına sebep olma olasılığı vardır⁹¹.

⁸⁸ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 157.

⁸⁹ Centel - Zafer - Çakmut, s. 433. Buna karşılık, kaçınılmaz bir hatanın varlığı halinde, kişinin gerçekleştirdiğı haksızlıktan dolayı sorumlu tutulamayacağını, işlenen fiilin haksızlık teşkil etmesi halinde artık *kastın* varlığından söz etmenin mümkün olmayacağını kabul eden bir görüş de vardır. (Bu görüş için bkz. Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008 s. 416).

⁹⁰ Fletcher, s. 734.

⁹¹ Toroslu, s. 224-225.

Bir istisna olarak, ceza normlarının faile atfı mümkün olmayan bir sebepten dolayı bilinmemesi durumunda, ceza normları dışındaki kanunları bilmemede olduğu gibi, fiilî hata yolundan yararlanılarak, faili mazur görmek çözümü de düşünülebilir. Nitekim Yargıtay da bir kararında, kanunu öğrenmenin olağanüstü bir imkânsızlıktan dolayı yerine getirilmemesini mazeret saymıştır⁹². Gerçekten, kanunun bilinmemesindeki maddi imkânsızlığın ispatı halinde faile ceza verilmemelidir. Yargıtay, konu ile ilgili bir kararında Türkiye'ye yeni gelmiş bir yabancıdan Türkçe bilmemesi nedeniyle kanunu öğrenmesindeki imkânsızlığı göz önünde bulundurarak, faile ceza verilmemesi gerektiğini hükme bağlamıştır⁹³. İtalyan Anayasa Mahkemesi, verdiği bir kararda, bu ilkenin, "önüne geçilemez veya önlenemez" bir bilgisizlik olmadıkça ceza kanununu bilmemenin mazeret sayılamayacağı biçiminde anlaşılması gerektiğini karara bağlamıştır. Bu demektir ki, failin içinde bulunduğu koşullar bakımından, önlenmesi imkânsız olan bir bilgisizliğin söz konusu olması halinde kanunu bilmemek mazeret sayılacaktır. Bundan dolayı da fail, fiilinde kusurlu olmayacaktır⁹⁴.

Hukuku bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesine istisna oluşturup oluşturamayacağı tartışılan bir diğer konu da devletin yargı organları dışında kalan organlarının, yaptığı yorumu esas alarak, aslında suç oluşturan bir fiil işleyen failin kusurluluğu konusudur. Devlet organlarının kanunu yorumlaması konusuna yukarıda ayrıntılı olarak değinilmiştir.

Devlet görevlisi olmadığı halde kanunu yorumlama konusunda uzman olan bir kimsenin yaptığı yorumu esas alarak suç işleyen kişinin durumu da buna benzeyen, ancak yorumu yapanın devlet görevlisi olmaması dolayısıyla farklı bir durumdur. Bir avukatın verdiği yanlış bilgiye dayanarak da bir kimse sorumluluktan kurtulamaz⁹⁵.

Failin, daha önce verilen bir mahkeme hükmüne dayanarak hareket etmesi de istisna oluşturup oluşturamayacağı üzerinde durulmuş bir konudur. Kural olarak, böyle bir durumda ceza sorumluluğunun ortadan kalkacağı kabul edilmemelidir. Çünkü, her hüküm yalnızca olaya konu olan somut durum bakımından geçerli olabilir ve genel etkiye sahip değildir. Ayrıca mahkeme kararları değişebilir ve yargıçların da yasa koyucu gibi algılanmaları doğru değildir⁹⁶.

İstisnalar ile ilgili olarak üzerinde duracağımız son konu, kanunun uzun süre uygulanmamış olması durumudur. Kanunun uzun süre uygulanmamış olması geçerliliğini etkileyecek midir? Kabul etmek gerekir ki, bu durum

⁹² Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 204.

⁹³ Demirel, s. 104.

⁹⁴ Hafizoğulları, Genel Hükümler, s. 298.

⁹⁵ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 158.

⁹⁶ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 158.

failin kusurluluğunu etkilemez. Dolayısıyla, hukuku bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesine de bir istisna oluşturmaz. Ancak, böyle bir durumu, kusurluluğu azaltan bir hal olarak kabul etmek ve faile verilecek cezada indirim yapılması yoluna gitmek mümkündür⁹⁷.

Hukukî hatanın gerçekleştiği bir durumda, mahkemenin, failin kanunu ihlal etmek konusundaki sorumluluğunu dikkate almaksızın faile cezai sorumluluk yüklediğini kabul etmek gerekir. Burada kullanılan terim, normatif anlamda kusurluluktur. Kusurluluk terimi yalnızca, *yasayı ihlal etmeye yönelik bir niyete sahip olma* olarak anlaşılırdı, iyi niyetli de olsa hukuka aykırı hareket eden bir kimse kusurlu sayılmalıydı. Öte yandan, kusurluluğun yalnızca bir niyet okuma problemine dönüştürülmesi de örneğin yetkili bir kimseden Alman hukuki görüşe göre hareket eden failin cezalandırılmasının adil olup olamayacağı sorununa çözüm değildir. Bu doğrultuda, adil bir çözüm için, öncelikle failin kanunu ihlal etmekten kaçınmaya fırsatı olduğunu kabul edebiliyor olmak gerekir. Ancak o zaman hukukî hatanın kusurluluğa etkisi doğru bir şekilde tartışılabilecektir⁹⁸.

Hukukî hatanın mazeret sayıldığı istisna halleri, hukukî hatanın suçta etkisi konusuyla da yakından ilgilidir. Şöyle ki, hukukî hatanın mazeret sayılacağı kabul edilen istisna hallerinde artık hukukî hatanın suçta etkisinden söz etmemiz mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, denilebilir ki, hukukî hatanın mazeret kabul edildiği istisnaların varlığı söz konusuysa, o noktada hukukî hatanın suçta etkisi de yoktur. Hukukî hatanın suçta etkisi konusuna ileride ayrıntılı olarak değineceğiz.

III. HUKUKİ HATANIN SUÇTA ETKİSİ

A. GENEL OLARAK

Bir hükmün ceza kanunu içerisinde düzenlendiği yer, hükmün yorumunda bazı kısıtlamaları beraberinde getiriyor olsa da, hükmün esasını anlamada büyük ölçüde bir etkisinin bulunmadığını söylememiz mümkündür. Dolayısıyla, hukukî hatanın da kanunda düzenlendiği yerin yorumunda belirleyici bir unsur olmaması gerekir.

Hukukî hata, Alman doktrininde tartışılmaya başlandığında, konu birkaç temel soru üzerinden değerlendirilmiştir. Bu sorular; “Mahkeme, neden bir hukuki bilmemeyi dikkate almalı?” sorusu, “Hatanın, suç tanımının analiziyle, kusurluluk ve cezalandırılabilirlikle ilgisi nedir?” sorusu ve son olarak “Kusurluluğun normatif ve psikolojik anlayışlarıyla

⁹⁷ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 158.

⁹⁸ Fletcher, s. 731.

hukukî hatanın mazeret sayılıp sayılmamasının nasıl bir ilgisi vardır?" sorularıdır⁹⁹.

Bu soruların suçun manevi unsuru ile ilgili olarak tartışılmaya başlanması sonucu iki önemli ekol karşımıza çıkar: Birincisi, haksızlık bilincinin, kastî davranışın bir önşartı olduğu varsayımından hareket eden *kast teorisi*¹⁰⁰, ikincisi de hukukî hatanın failin normatif kusurluluğuyla ilgili olduğu varsayımından hareket ederek daha geniş bir perspektiften bakan *kusur teorisidir*. İkinci teori, kasten hareket etmekle kusurlu hareket etmeyi birbirinden kesin olarak ayırır¹⁰¹. Kanaatimizce, kast teorisi ile kusur teorisini birbirinden ayıran temel nokta da, kastın içeriğine bakış açılarıdır. Kastın, hukuka aykırılık bilincini de içerdiği kabul edilirse kast teorisi benimsenir. Buna karşılık kastın hukuka aykırılık bilincini içermediği, suçun unsurlarını bilme ve istemenin kasten hareket etmek için yeterli olduğu düşüncesi bizi kusur teorisine götürür. Kast teorisi ve kusur teorisini açıklanırken bu konuya ayrıntılı olarak değineceğiz.

Bu görüşlerden hareketle diyebiliriz ki, hukukî hata, kanunun hangi bölümünde düzenlenirse düzenlensin, suç genel teorisi içinde suçun manevi unsuru ile ilgilidir. Başka bir deyişle, kusurlulukla bağlantılıdır.

Bir görüşe göre, hukukî hata, ceza hukuku kaynaklarının bağlayıcı gücünü ilgilendiren bir konudur. Ceza hukuku kaynaklarının, bu kaynakları bilmeyen veya yanlış anlamlandıran kişiler bakımından da sonuç doğurdukları gerekçesiyle, bu konunun kusurluluğu değil, ceza hukukunun kaynaklarını ilgilendirdiği ileri sürülmüştür¹⁰². Bu görüşe göre hukukî hata, ceza hukuku kaynaklarının yürürlüğe girişi bakımından önemlidir. Ceza hukuku kurallarını ihlal eden kişilerin sorumluluğu, ceza hukuku kurallarının bilinmemesi ile ortadan kalkabilirse, kuralın yürürlüğü bakımından sadece yayın ve ilan yeterli değildir, yayın ve ilanla birlikte kaynakların bilinmesine de ihtiyaç duyulur¹⁰³. Bir kere, bu görüşün hareket ettiği noktada hata vardır. Ceza hukuku kurallarının bilinmemesi, kişilerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Hukuku bilmemenin mazeret sayılmayacağını ifade eden temel ilke de bunu vurgular. Dolayısıyla, ceza kurallarının uygulanabilmesinin, kaynakların bilinmesine bağlı olduğunu, bu nedenle de kusurlulukla ilgili değil, kaynaklarla ilgili olduğunu kabul etmek mümkün değildir¹⁰⁴.

⁹⁹ Fletcher, s. 743.

¹⁰⁰ Fletcher, s. 742-743.

¹⁰¹ Fletcher, s. 743.

¹⁰² Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C. II., İstanbul 1997, s. 314. (C. II.).

¹⁰³ Dönmezer-Erman, C. I, s. 192.

¹⁰⁴ Ceza normunun nitelikleri ile ilgili bilgiler bu noktada aydınlatıcı olabilir. Bu çerçevede,

Sonuç olarak, doktrindeki baskın görüşe katılıyoruz. Bu doğrultuda, hukukî hatanın kusurluluğa etki eden nedenlerden biri olduğunu kabul ediyoruz. Hukukî hatanın doğrudan kusurluluğu mu yoksa yalnızca kusurluluğun bir türü olan kastı mı kaldırdığı konusu ise tartışmalıdır. Bu konu ile ilgili olarak ortaya atılan teoriler *kast teorisi(vorsatztheorie)* ve *kusur teorisi (schuldtheorie)* dir.

B. KAST TEORİSİ

Kast teorisine göre, hukukî hata durumunda ortadan kalkan failin kusurluluğu değil, kusurluluğun bir çeşidi olan kasttır. Hukukî hata durumunda artık kasti bir suçun cezalandırılması mümkün olmayacaktır¹⁰⁵. Kast teorisi, hukukî hatayı fiilî hata gibi değerlendirilerek, fiili yasaklayan normun bilinmediği durumlarda kastın gerçekleşmediğini kabul eder. Bu teoriye göre, fiilin suç olduğunu bilmeyen kimse *haksızlık bilincine* sahip değildir ve bu kimsenin yaptığı hatanın kaçınılmaz olması durumunda bile fiilinden kasten sorumlu tutmamız mümkün değildir. Böyle durumlarda, kanunda öngörülmüşse, suçun taksirli şeklienden dolayı cezai sorumluluk söz konusu olur¹⁰⁶. Bu teoriye göre ceza normunun yasak koyan kısmı ile ilgili bilgisizlik, kural olarak kast derecesindeki kusurluluğu da ortadan kaldırır. Ceza normunu bilmediği halde cezalandırılan bir kişi, çağdaş ceza sorumluluk sisteminin gereklerine aykırı olarak cezalandırılmış olur¹⁰⁷.

Hukukî hatanın kastı ortadan kaldırıp kaldırmadığını incelemeyen önce, kısaca kastın unsurlarını hatırlamamızda fayda vardır. Doktrindeki baskın görüşe göre kast, *bilme* ve *isteme* unsurlarından oluşur¹⁰⁸. Burada yapılması gereken tartışma, kastın üzerinde uzlaşmış olan bilme ve isteme unsurları ile ilgili değildir. Buradaki sorun, *hukuka aykırılık bilinci* ve *haksızlık bilinci* konularının tartışılmasıdır.

Hukuka aykırılık bilinci, failin, davranışının hukuka aykırılık oluşturduğunu bile bile suç olan hareketi yapmasıdır¹⁰⁹. Kural olarak, hukuka aykırılık bilinci, kasta dahil değildir. Kastın kabulü için *hukuka aykırılık*

“Normun” bağlayıcılığı ve zorlayıcılığı ile ilgili olarak bkz. Keyman, Selahattin, Hukuka Giriş, Ankara 2005, s. 37; Ceza normunun emrîlik özelliği ile ilgili olarak bkz. Hafizoğulları, Genel Hükümler, s. 5; Hafizoğulları, Zeki, Ceza Normu, Ankara 1996, s. 80-132; Toroslu, s. 5. ; Ceza normunun herkese uygulanması konusunda bkz. Toroslu, s. 35.

¹⁰⁵ Binavince, S. Emilio, “The Structure and Theory of the German Pénal Code”, The American Journal of Comparative Law, C. 24, S. 4, Sonbahar 1976, s. 601.

¹⁰⁶ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 151.

¹⁰⁷ Centel - Zafer - Çakmut, s. 433.

¹⁰⁸ Centel - Zafer - Çakmut, s. 380; Hafizoğulları, Genel Hükümler, s. 264 vd. ; Toroslu, s. 180 vd.

¹⁰⁹ Centel, s. 380.

bilincinin gerekli olmadığını ileri süren görüş, kastın bilme ve isteme unsurlarından oluştuğunu savunur¹¹⁰. Hukuka aykırılık bilinci, davranışın sosyal bakımdan zararlı olduğunu, ahlaka aykırı olduğunu bilmek olarak anlaşılmalıdır. Fiilin, toplumsal düzenin gereklerine aykırı olduğunu ve bundan dolayı da hukuk düzenince yasaklandığını, bu tür fiiller için bir hukuk normu öngörüldüğünü bilmek gereklidir¹¹¹. Öte yandan, bir görüşe göre, istisna oluşturan bazı durumlarda, failin hukuka aykırılık bilinci içinde hareket etmiş olup olmadığı, kastın kabulü için aranabilir. Bu durumlar, olayın özelliklerine göre belirlenir¹¹². Nitekim 765. s. Kanun döneminde de kastın ortaya konması bakımından Yargıtay'ın failde hukuka aykırılık bilinci aradığı ve bu bilincin bulunmaması durumunda da kasttan söz edilemeyeceği sonucuna vardığı kararlar vardır¹¹³.

Önceki dönemlerde, ceza hukukçuları failin ceza kanununa aykırı fiil işlediğinin bilincinde olmaması halinde kastın da bulunmayacağını düşünüyordu. Bugün de bu görüşü kabul eden yazarlar vardır. Bir görüşe göre, kastın varlığı için failin fiilin hukukla çatışma içerisinde olduğunu bilmesi gerekli ve yeterlidir. *Hafizoğulları*, bu görüşü tutarsız bulmakta, fiilin haksız olduğunu bilmekle fiilin hukuka aykırılığını bilmenin özünde aynı şeyler olduğundan, failin fiilin haksızlığını da bilmesi gerektiğinin ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır¹¹⁴. Fiilin hukuka aykırılığının bilinmesi durumunda artık ayrıca haksızlığının da aranmasının gerekmediği noktasında yazara katılıyoruz. Ancak, fiilin haksız olduğunu bilmemek ile hukuka aykırılığını bilmemenin aynı olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir.

Doktrindeki bir görüşe göre, hukuka aykırılık bilinci, kastın kabulü bakımından gereklidir. Ancak, kastın varlığı iddiası ile somut olayda, failin hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmediği iddiasının ispatı birbirinden farklıdır. Kast, varlığını iddia eden tarafa ispat yükü yüklerken, hukuka aykırılık bilinci, olayın özelliği sebebiyle, bulunmadığını ve kastın bu sebeple oluşmadığını iddia eden tarafa, yani faile ispat yükler¹¹⁵.

Kişinin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda hataya düşmesi durumunda ise *haksızlık yanlıgısı* söz konusu olur. Bir görüşe göre fail

¹¹⁰ Önder, s. 302.

¹¹¹ Meran, Necati, "Türk Ceza Kanununda Yasak Hatası", Terazi Hukuk Dergisi, Y. 4, S. 32, Nisan 2009, s.

66.

¹¹² Önder, s. 304.

¹¹³ Önder, s. 303; Centel - Zafer - Çakmut, s. 382 (133 No. lu Dipnot.).

¹¹⁴ Hafizoğulları, Genel Hükümler, s. 270.

¹¹⁵ Önder, s. 303-304.

haksızlık yanılığı içerisinde bile olsa, bu durum kasta etkili olmaz. Çünkü haksızlık yanılığı, kusurlulukla ve kusurluluğun bir unsuru olan anlama ve isteme yeteneği ile ilgilidir¹¹⁶. Bu yöndeki bir başka görüş, kusurluluk açısından önemli olanın bir kimsenin fiilinin hukuken tasvip edilemez bir fiil olduğunun bilincinde olması olduğunu, işlenen fiilin pozitif hukuk metinlerinde cezalandırılabilir bir fiil olarak tanımlanmış olduğunu bilmesinin gerekmediğini, haksızlık teşkil ettiğini bilmenin yeterli olacağını ve bu hususun da algılama yeteneği ile ilişkili olduğunu kabul etmektedir¹¹⁷. Bu görüşlerden hareketle, haksızlık yanılığının kusurun bir unsuru olarak kabul edilen isnat yeteneği ile ilgili olduğu, bu durumlarda da kastın varlığını sürdürdüğü ve bu halde kusurluluğun ortadan kalkacağı sonucuna varmak mümkündür. Böylelikle hukukî hatanın kusurluluğa etkisi bakımından kast teorisinin yerini kusur teorisine bırakmasına zemin hazırlanmış olur.

Kusurluluk açısından önemli olan, kişinin işlediği fiilin hukuken tasvip edilmez bir fiil olduğunun bilincinde olmasıdır. Fiilin, pozitif hukuk metinlerinde cezalandırılabilir bir fiil olarak tanımlanmış olduğunu bilmesi gerekmez. Kaldı ki, haksızlık oluşturduğunun bilincinde olan bir failin cezai sorumluluğu olup olmadığının araştırılmasına da gerek yoktur¹¹⁸. Burada, bir fiilin “*hukuken tasvip edilmez*” olduğunu bilmekle “*işlenen fiilin pozitif hukuk metinlerinde cezalandırılabilir*” bir fiil olduğunu bilmek arasında nasıl bir fark gözetildiği sorusu akla gelir. Konunun devamında, kişinin işlediği fiilin *maddi hukuka* (toplumda geçerli olan değerler sistemi) aykırılık arz ettiğini bilememiş olabileceği, bu durumda da haksızlık yanılığının söz konusu olacağı, hukuka aykırılığın bilinmemesi halinde de kastın varlığını devam ettireceği, böylelikle haksızlık yanılığının kastın varlığına etki etmeyerek yalnızca kusurun belirlenmesinde rol oynayabileceği anlatılmaktadır¹¹⁹.

¹¹⁶ Artuk - Gökçen- Yenidünya, s. 695. Belirtmemiz gerekir ki, bu görüşe dayanak oluşturan, isnat yeteneğinin kusurluluğun bir unsuru olduğu görüşüne katılmıyoruz. Nitekim, isnat yeteneğini kusurluluğun bir önşartı olarak kabul eden bu görüş, isnat yeteneği yerine kusur yeteneği terimini kullanmaktadır. Alman doktrininde yaygın olan ve Türk ceza hukuku doktrininde de taraftar bulan bu anlayışın aksine isnat yeteneği, failin özelliklerinden biri olarak, failin kimliğine ilişkin bir husus olarak değerlendirilmelidir. Isnat yeteneği ile ilgili görüşler için bkz. Torostu, s. 345 vd. , Hafizoğulları - Özen, s. 403 vd. , Centel - Zafer - Çakmut, s. 350 vd. , Önder, s. 271 vd. , Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 317 vd.

¹¹⁷ Özgenç, s. 414-415.

¹¹⁸ Özgenç, s. 414.

¹¹⁹ Özgenç, s. 415.

Soyut olarak haksızlık yanılığından söz etmemiz mümkün değildir. Ancak belli bir fiilin haksızlık teşkil edip etmediği hususunda bir yanılığın varlığından söz edebiliriz. Bir kimse ancak işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunun, bir haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olabilir¹²⁰. Özellikle, kusurluluğun normatif anlayışı, kastın varlığı için fiilin unsurlarını bilme ve istemeyi yeterli bulmaz. Fiilin unsurlarını bilme ve istemenin yanında, müşterek hayatın gereklerine aykırı olarak başkalarına zarar verme, kötülük yapma bilinci, fiilin değersizliği ve hareketin haksızlığı bilinci de kastın varlığı için aranan unsurlardır¹²¹. Kastın varlığı için, kural olarak, antisosyal bir davranışın yapıldığının bilinmesi gereklidir. Ancak kanunun koyduğu yasağı bilmesine rağmen, davranışının toplumsal değerini anlayamayan failin kastla hareket ettiğini kabul etmek gerekir¹²².

Hareketinin toplum nazarında bir haksızlık oluşturduğunun bilincinde olan, iyiyi kötüden ayırabilen failin, fiilinin herhangi bir pozitif hukuk metni ile cezalandırılabilir olduğunu bilmesi gerekli değildir. Dolayısıyla, *haksızlık yanılığının*, failin işlediği fiilin suç oluşturup oluşturmadığını bilme ile ilgisi de yoktur¹²³. Bu doğrultuda *Toroslu*, hukukun bilinmemesi halinde mazur görülebilecek bir bilmemenin var olup olmadığına bakılacağını, bilincibilirlik yoksa, antisosyallik bilincinin değerlendirileceğini ve antisosyallik bilincinin var olması halinde de kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağı ilkesinin uygulanacağını kabul eder¹²⁴.

Kastın kapsamı ile ilgili olarak yaptığımız bu tartışma, bizi haksızlık bilinci ve hukuka aykırılık bilinci arasındaki farka götürür. Nasıl ki *haksızlık* ile *hukuka aykırılık* birbirinden farklı kavramlar ise, *haksızlık bilinci* ve *hukuka aykırılık bilinci* de birbirinden farklıdır. Belirtmemiz gerekir ki, haksızlık ve hukuka aykırılık terimlerinin aynı kapsamı açıklamaya yönelik olup olmadığı tartışmalıdır. Bizim de kabul ettiğimiz bir görüşe göre, hukuka aykırılık terimi ile haksızlık terimi birbirinden farklıdır. Hukuka aykırılık, fiilin kurala aykırılığını ifade ettiği halde, haksızlık terimi fiil hakkında verilmiş olan bir değer yargısını ifade eden bir terimdir¹²⁵. *Maggiore*, ceza hukukunda hukuka aykırılığı, *haksızlığın bir türü* olarak tanımlayarak bu farklılığı ortaya koyar¹²⁶. Haksızlık bilincine sahip olma, antisosyal bir

¹²⁰ Özgenç, s. 416.

¹²¹ Toroslu, s. 186.

¹²² Hafızoğulları, Genel Hükümler, s. 271.

¹²³ Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 695.

¹²⁴ Toroslu, s. 228.

¹²⁵ Önder, s. 214.

¹²⁶ Katoğlu, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s. 21.

hareket yaptığının bilincinde olmayı da içeren kritik bir aşamadır¹²⁷. Bu görüşlerden de anlaşılacağı gibi; haksızlık, başka bir deyişle fiilin antisosyalliği, bazı durumlarda hukuka aykırı durumları da içeren daha geniş bir kavramdır.

Hukuka aykırılık bilinci ile haksızlık bilinci arasındaki farkın ne olduğu konusundaki tartışmaya ışık tutması bakımından, *maddi hukuka aykırılık - şekli hukuka aykırılık* ayrımından kısaca bahsetmek faydalı olabilir¹²⁸. Maddi hukuka aykırılık - şekli hukuka aykırılık ile ilgili olarak kısaca, fiilin kanunun bir emir ya da yasağını ihlal etmesi halinde şekli; bireysel ya da kolektif bir menfaati ihlal etmesi, tehlikeye sokması ya da normun amacına aykırılık oluşturması halinde maddi hukuka aykırılık ortaya çıkar denilebilir¹²⁹. Görüldüğü gibi, maddi hukuka aykırılık ile biçimsel (şekli) hukuka aykırılığın kapsamları birbirinden farklıdır. Her ikisinin de kapsamına giren belli bazı noktalar bulunmakla birlikte, kabul etmemiz gerekir ki, biçimsel (şekli) hukuka aykırılık ile öze ilişkin (maddi) hukuka aykırılık arasında tam bir uyum sağlanması çok uzak bir idealdir¹³⁰. Maddi ve şekli hukuka aykırılığın tanımları, kapsamları ve iki hukuka aykırılık arasında gerçekten bir ayırım yapılmasının gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Çalışmamızın amaç ve kapsamı bakımından bu tartışmanın buraya aktarılmasını gerekli bulmuyoruz. Ancak, maddi hukuka aykırılıkla yakın ilgisi ortada olan *antisosyallik*¹³¹ kavramından kısaca bahsetmemiz gerekir. Bir görüşe göre toplumsal bir değerlendirme olan antisosyallik kavramı, hukuka aykırılık kavramına göre daha geniş ve kapsayıcıdır. Kanunun korumadığı bazı varlık veya menfaatlerin ihlalinin söz konusu olması halinde de antisosyallikten bahsetmek mümkündür. Burada, hukuka aykırılığın da varlığı şart değildir. Özetle, “ Ceza hukukuna aykırılık, ceza kanunlarına aykırılık iken, antisosyallik, toplumun varlığı koşullarına aykırılıktır.”¹³²

Kastın varlığı için fiilin bilinmesinin ve istenmesinin yanında, ortak yaşamın gereklerine aykırı davranma, başkalarına zarar verme, bir başka

¹²⁷ Arzt, Gunther, “The Problem of Mistake of Law”, Brigham Young University Law Review, 1986, s. 719. (Mistake of Law).

¹²⁸ Maddi (öze ilişkin) hukuka aykırılık ve şekli (biçimsel) hukuka aykırılık konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Katoğlu, s. 36 vd.

¹²⁹ Katoğlu, s. 36.

¹³⁰ Toroslu, s. 228.

¹³¹ Fiilin antisosyalliği burada fiilin “haksızlığı” anlamında kullanılmaktadır. Aynı görüş için bkz. Toroslu, s. 228.

¹³² Katoğlu, s. 63. Ancak, doktrindeki bir görüşe göre, antisosyallığın, maddi hukuka aykırılık ile tamamen aynı görülmemesi gerekir. Antisosyallik, maddi hukuka aykırılıktan daha sınırlı bir kapsamı ifade eder. (Bu görüş için bkz. Katoğlu, s. 64.).

deyişle fiilin antisosyal niteliğinin bilincinde olmayı gerekli sayan anlayış, doktrinde bazı yazarlar tarafından da savunulmaktadır. Bununla beraber, failin, toplumdaki diğer insanlardan farklı olarak, fiilinin toplum yaşamının gereklerine ters düşmediğine inanması da mümkündür. Böyle durumlarda, hukukun kendi koyduğu kurallara karşı gelen faili hoş görmesi beklenemeyeceğinden failin, fiilin toplumun geneli tarafından antisosyal olarak kabul edildiğini bilmesi, kastın gerçekleşmesi için yeterli sayılacaktır¹³³.

Özetle, hukuka aykırılık ile haksızlık kavramlarının birbirinden farklı olduğu ortadadır. Hukuka aykırılık biçimsel hukuka aykırılığı ifade eden bir kavram iken, haksızlık maddi hukuka aykırılığı ifade eden bir kavram olarak anlaşılmalıdır. Bu noktadan hareketle diyebiliriz ki, failde hukuka aykırılık bilincinin bulunmaması, hukuk düzeninde fiiline ilişkin bir norm olduğunu, fiilinin bir suç olarak düzenlenmiş olduğunu bilmemesi olarak tanımlanır. Dolayısıyla, haksızlık bilinci de, failin fiilinin antisosyallığını bilmemesi şeklinde tanımlanacaktır.

Kast teorisine eleştiriler yöneltilmiştir. Bir fiilin suç olduğunu bilmenin, fiilin maddi unsurlarını bilmemekle aynı sonucu doğurarak kastı ortadan kaldırdığını kabul eden bu teorisinin bir ispat problemi yaratacağı ileri sürülmüştür. Gerçekten, failin fiili *haksızlık bilincine* sahip olarak işlediğinin her türlü makul şüphenin ötesinde ispat edilmesinin problem yaratabileceği açıktır¹³⁴.

Bir görüşe göre, kast teorisine yöneltilen eleştirilerin esas dayanağı, kast teorisinin suçun unsurlarındaki yanlışlıkla haksızlık konusundaki yanlışlığı aynı işleme tabi tutmasıdır. Oysa ki unsur yanlışlığı maddi vaktaya ilişkindir. Öte yandan haksızlık yanlışlığı bir değerlendirme yanlışlığıdır¹³⁵.

Kast teorisine yöneltilen eleştiriler karşısında, kast teorisini savunan yazarlar da çeşitli görüşlerle teorilerini savundular. Yazarların bir bölümü, failin hukuku bilmeme mazeretine ancak belli durumlarda sığınabileceğini söylemektedir. Bir başka gruba göre ise ceza kanununda değişiklik yapılarak taksirle de işlenebilen fiillerin kapsamının genişletilmesi ile bu sorun çözülebilecektir. Böylelikle, hataya düşmekte kusurlu olan kişiyi işlediği fiilin taksirli halinden sorumlu tutmak mümkün olacaktır. Bu bağlamda ileri sürülen en ilginç teori, ceza kanununun bilinmemesinde taksirli olunmasını cezalandıran yeni bir suçun yaratılması gerektiği önerisidir. Ancak, bu öneri de, ilkenin amacının bireylerin ceza kanunlarını bilip bilmediklerini test

¹³³ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 151-152.

¹³⁴ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 152.

¹³⁵ Özgenç, s. 416.

etmek olmadığı, yalnızca kanunda suç sayılan bir fiilin işlenmesi halinde, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesine başvurulabileceği söylenerek eleştirilmiştir¹³⁶.

Demek ki, kast teorisinin tutarlılığı ile ilgili tartışmalardan önce, hukuka aykırılık bilinci ile haksızlık bilinci arasındaki farkın altı çizilmelidir. Failin, fiilinin antisosyal niteliğini bilmesi, haksızlığın bilincinde olması, hukuka aykırılığın bilincinde olma ile aynı tutulamaz. Kastın varlığı için, yalnızca bilme ve istemeyi yeterli bulan görüş kabul edilirse, konunun hukukî hata ile bir ilgisi de kalmaz. Çünkü, haksızlık bilincinin yokluğu sonucunda kastın ortadan kalktığını, bunun da kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesine bir istisna olduğunu iddia eden görüş burada geçerli olmaz. Kastın varlığı için fiilin antisosyal karakterinin de bilinmesi gerektiğini savunan görüşün kabul edilmesi halinde, kastın varlığı için fiilin antisosyal niteliğini bilme aranacak ve haksızlık bilincinin yokluğu, bir istisna oluşturacaktır. Bunun sonucu olarak da kanunu bilmeme bir mazeret olarak kabul edilebilecektir. Kanaatimizce, bu görüşün kabul edilmemesi gerekir. Daha önce de belirttiğimiz gibi haksızlığı bilmek veya bilmemekle hukuka aykırılığı bilmek veya bilmemek birbirinden farklı şeylerdir. Dolayısıyla, kanunu bilmemekle ilgili bir hükmün istisnası, haksızlığı bilmemekle ilgili bir hüküm değil, yine hukuka aykırılığı bilmemekle ilgili bir hüküm olmalıdır.

C. KUSUR TEORİSİ

Kast teorisinin uygulamada yol açtığı sorunlar, bu sorunlardan dolayı failin mahkûmiyetinin zorlaşması ve *kusurluluğun normatif anlayışının* etkisi ile *kusur teorisi* ortaya çıkmıştır¹³⁷.

Kusur teorisine göre, ceza kanununu bilmemenin mazeret sayılmadığı şeklinde bir hüküm ceza kanununda bulunmasaydı, hukukî hata suçun manevi unsurunu, yani kusurluluğu kaldırarak ceza sorumluluğu üzerinde etkili olacaktı¹³⁸.

Hukukî hatanın kaçınılabilir olması halinde kişi, gerçekleştirdiği fiil bakımından kasten hareket etmiştir. Öte yandan, yaptığı hatanın kaçınılabilirliğinden dolayı kusurunun azalabileceği de düşünülür. Kişi, fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilir veya bilmez. Bilmemesi durumunda

¹³⁶ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 152.

¹³⁷ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 153.

¹³⁸ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 148. Manzini de, hukukî hatanın mazeret sayılmayacağını öngören kural konmamış olsaydı, kanunu bilmemenin suçun psikolojik unsurunu ortadan kaldıracağı görüşündedir (bkz. Ersoy, s. 252.).

yapılacak olan, bu bilmemenin kaçınılabilirliğinin araştırılmasıdır. Bu noktada da kaçınılabilirliğin derecesine göre kusurun derecesinin belirlenmesi söz konusu olacaktır. Bu da temel cezanın belirlenmesinde bir ölçüt olarak kullanılabilir¹³⁹.

Hukukî hatanın mazeret sayılması yeni, marjinal ve ayrı bir savunma değildir. Daha çok, kusurluluğun varlığı şartı ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası ceza hukuku sistemleri kusurluluğu, failin zihinsel durumu olarak kabul eder. Bunun içerisinde, hukuku bilmemenin varlığının da (veya taksir ile işlenen suçlarda böyle bir bilginin var olması olasılığının da) olduğu kabul edilir¹⁴⁰.

Hukukî hata, suçun unsurlarına yönelik bir hata değildir. Yalnızca *hukuka aykırılığa* yönelik bir hatadır. Kast, yalnızca suçun unsurlarına ilişkin olabildiğine göre, böyle bir durumda da fail kasten hareket etmiş sayılacaktır. Burada ancak failin kusurluluğu üzerinde bir etkiden söz etmemiz mümkündür. Alman Ceza Kanunu 17. maddesinde kaçınılmaz bir hatanın söz konusu olması durumunda, failin işlediği fiilden dolayı kusurlu sayılmayacağını düzenleyerek açıkça bu teoriyi benimsemiştir¹⁴¹.

Kusur teorisi, hukukî hatayı, kastı kaldıran değil, kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bir neden olarak kabul eder. Bu teoriye göre hukukî hata kaçınılmaz olduğu takdirde kusurluluğu ortadan kaldırmakta ve mazeret sayılmakta, kaçınılabilir olması halinde ise kusurluluğu azalttığı için faile verilecek cezayı etkileyebilmektedir¹⁴². Kusur teorisinde, ceza kanununun bilinebilir olması yeterli olduğu için hatanın kaçınılabilir olması halinde faili fiili nedeniyle kasten sorumlu tutmak mümkündür. Çünkü, kişinin yaptığı hata nedeniyle kınanabilmesi, kusurlu sayılmasına yol açmaktadır¹⁴³.

Belirtelim ki, kusur teorisi, hem uygulanmasının kolaylığı hem de tutarlılığı bakımından kast teorisi karşısında daha doğru bir teoridir. Hukukî hata durumunda da failin kasten hareket edecek olmasından dolayı, hukukî hatanın kast üzerindeki etkisinden değil kusurluluk üzerindeki etkisinden söz edileceği yönündeki görüşe biz de katılıyoruz.

Bununla birlikte, kusur teorisi, failin hatasının kaçınılmaz olması halinde, kusurluluğun ortadan kalkacağını da kabul ederek kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesine tutarlı ve uygulanabilir bir istisna getirmiş, ilkenin katılığını ortadan kaldırarak adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasını engellemiştir.

¹³⁹ Özgenç, s. 417.

¹⁴⁰ Arzt, Mistake of Law, s. 712-713.

¹⁴¹ Binavince, s. 610.

¹⁴² Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 153.

¹⁴³ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 153.

5237 s. TCK ile kabul edilen teori de *kusur teorisidir*. Failin, fiilinin “haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi” halinde kast varlığını sürdürür ancak kusur ortadan kalkar. TCK 30.m.4.f. da yapılan değişikliğin gerekçesinde, “ Ancak, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olması halinde, kişi kusurlu sayılamaz.” denilerek, hata halinde kusurluluğun ortadan kalktığı vurgulanmıştır.

IV. ALMAN CEZA HUKUKUNDA HUKUKİ HATA

Alman hukukunda hukukî hata konusunu incelemeden önce Alman ceza hukuku ile ilgili kısa bir açıklama yapmamız gerekir. Çalışmamızın konusu hukukî hata olsa bile, Alman doktrinindeki gelişmeleri ve sonuçlarını değerlendirmemiz için öncelikle Alman ceza hukukunun genel yapısını kısaca ortaya koymamız faydalı olacaktır. Alman hukukuna ilişkin olarak yapacağımız bu analizi isimlendirmek için kullanılan Almanca sözcük *Straftatsystemdir*¹⁴⁴.

Common Law ülkelerinde suçun unsurlarıyla ilgili olarak iki parçalı sistem kullanılırken, Kıt'a Avrupası hukuk sistemlerinde genellikle üç parçalı sistem tercih edilir. Almanya, üç parçalı sistemin en bariz görüldüğü ülkelerdendir. Üç parçalı sistem mekanizmasının farklı versiyonları, manevi unsur üç basamaklı sistem içerisinde farklı yerlere yerleştirirler. Bir kısmı manevi unsur suçun tanımı kısmına yerleştirirken, bir başka görüş kusurluluk basamağına yerleştirir. Üçüncü bir görüş ise manevi unsur birinci ve üçüncü basamaklar arasında bölmeyi uygun bulur¹⁴⁵.

İki parçalı sistemde suçun iki unsuru vardır. Bunlar maddi unsur ve manevi unsurdur. Maddi unsur, suç oluşturan davranışın dıştan görünen kısmını oluşturur. Manevi unsur ise suçun iç dünyaya yönelik kısmıdır¹⁴⁶.

Üç parçalı sistemin basamakları, *tanım (tipiklik), hukuka aykırılık ve kusurluluktur*. İki parçalı sistemden farklı olarak bu sistemde basamaklar arasındaki sıra da önemlidir. Birinci basamak, *hareketi, kuralın ihlalini, nedensellik bağıni ve suçtan meydana gelen zararı* içerir. Bunlardan birinin yokluğu halinde failin cezai sorumluluğu söz konusu olmaz. Birinci safhanın

¹⁴⁴ Straftatsystem, Almanca'dan doğrudan çevirisiyle *suç-ceza sistemi* olarak Türkçeleştirilebilir. Ancak, konunun açıklandığı kaynaktaki, sözcüğün tam bir çevirisini yapmak mümkün olmadığı, en doğru çevirisiyle “ceza hukuku sisteminin analizi için genel yöntem” ya da kısacası “genel analitik yöntem” veya “ceza hukuku analiz sistemi” terimlerinin kullanılmasının mümkün olduğu açıklanmaktadır. Christopher, L. Russell, “Tripartite Structures of German Criminal Law in Germany and Other Civil Law Jurisdictions”, *Cardozo Law Review*, 2007, s. 2675.

¹⁴⁵ Christopher, s. 2676.

¹⁴⁶ Christopher, s. 2676.

unsurlarını yerine getiren failin, ikinci safhanın unsurlarını da yerine getirdiği varsayılır. Bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde hukuka aykırılık ortadan kalkar. Bir hukuka uygunluk sebebi yoksa, fail üçüncü aşamanın, kusurluluğun şartlarını yerine getirmiş olur. Ancak kusurluluğa etki eden herhangi bir nedenin varlığı halinde bu varsayım da ortadan kaldırılabilir¹⁴⁷.

Tatbestandın Amerikan hukukundaki yaklaşık karşılığı “*elements of the offence*”, Türkçe’deki en yakın karşılığı “*suçun unsurları*”dır¹⁴⁸. Bu ifade Alman hukukundaki kullanımında genellikle, failin fiilinin belirli ve bariz bir şekilde antisosyal olmasını da içerir¹⁴⁹. Hukukî hata ile ilgili tartışmalar çerçevesinde Alman ceza hukukunun bizi en çok ilgilendiren noktası da budur. Zira, AICK, daha sonra ayrıntılı olarak açıklayacağımız gibi fiilin “hukuka aykırılığı” konusunda kaçınılmaz hatadan bahsetmektedir. Alman hukukunda bunun fiilin antisosyal karakterini de içerir şekilde anlaşıldığı göz önünde bulundurulursa, TCK’na getirilen istisna hükmü ile ilgili problemlere ışık tutulabilir. Burada, tartışmayı TCK ile ilgili kısımda yapmak üzere yalnızca fiilin antisosyallığına yapılan vurguya dikkat çekmekle yetineceğiz.

AICK m. 15’e göre, Kanun’un taksirli sorumluluğu açıkça düzenlemediği durumlarda, yalnızca kasti hareket cezai sorumluluk doğurur. Temel olarak, İngiliz hukukundaki gibi, manevi unsurun (*mens rea*) kast biçiminde ortaya çıkması gerekir ki cezai sorumluluk da faile yüklenebilsin¹⁵⁰. AICK da kasti tanımlayan bir hüküm yoktur. Dolayısıyla manevi unsur ile ilgili bütün düzenlemelerden kastla ilgili sonuçlar

¹⁴⁷ Christopher, s. 2676-2677.

¹⁴⁸ Doktrinde *tatbestandın* kapsamı ile ilgili olarak bir görüş birliği mevcut değildir. *Yenisey - Plagemann tatbestand* kelimesini Türkçe’ye suç tipi olarak çevirmişlerdir. Yenisey, Feridun - Plagemann, Gottfried, 15 Mayıs 1871 Tarihli Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009, s. 514. Bir görüşe göre, suçun unsurlarını ifade eden *tatbestand*, bir başka görüşe göre *suçun kanuni unsurların* ifade eder. Doktrindeki bir başka görüşe göre ise *tatbestandın* karşılığı *tipiklik* olmalıdır. Bu görüş için bkz. Kunter, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s. 39 vd. ; Keyman, Selahattin, “*Tipiklik ve Ceza Hukuku*”, AÜHFD, C. XXXVII, S. 1-4., 1980, s. 59-105; Önder, s. 166 vd. Belirtmek gerekir ki burada bahsedilen *tipiklik* kapsamı da, bizim anladığımız anlamı ile tipiklikten daha geniş kapsamlıdır. Bu görüşe göre *tatbestand* tipiklik anlamına gelir ve suç tiplerinin maddi unsurlarının gösterdikleri özellikler bu kavram altında değerlendirilir. Yani tipiklik, yalnızca suçun kanunda yer alan tanımını değil, doktrindeki baskın görüşe göre maddi unsura dahil olan sonuç ve nedensellik bağıını da içerir. Dolayısıyla, her suça uyan ve her suçta bulunan maddi unsurları bulabileceğimiz soyut bir modeldir. Tipikliği suçun kurucu unsurlarından biri olarak kabul edip kapsamını da gereğinden fazla genişlettiğini düşündüğümüz bu görüşe katılmıyoruz.

¹⁴⁹ Naucke, s. 312. Kanımızca burada özellikle ifade edilmek istenen, suçun yasada ifade edilen unsurları yanında fiilin antisosyal karakterinin de suçun unsurları alt başlığı altında değerlendiriliyor olmasıdır.

¹⁵⁰ Bohlander, Michael, Principles of German Criminal Law, Oxford 2009, s. 59.

çıkarmakla yetinmemiz gerekir. Bu bağlamda, belki de Kanun'un en önemli maddesi 16.maddedir. Kusurluluğa ilişkin bütün kanun hükümlerinin değerlendirilmesi sonucunda ortaya iki önemli sonuç çıkar. Birincisi, suç işlendiği sırada, suçun kanundan kaynaklanan bir unsurunu bilmeyen kimse, kasti hareket etmiş sayılmaz. Böyle bir durumda, kasti hareketin bulunmadığı kabul edilir. İkinci olarak, suç işlendiği sırada, hata sonucu daha az bir ceza gerektiren bir düzenlemenin varlığını farz eden bir kimse, yalnızca daha az ceza gerektiren düzenlemeye bağlı olarak, kasten yaptığı hareketten dolayı cezalandırılır.¹⁵¹

1889 yılında Almanya'da hata meselelerine ilişkin iki temel kuralın uygulama alanı bulunduğunu görüyoruz. Birincisi, unsurlara ilişkin hataların kasten işlenen suçlar bakımından kasti ortadan kaldırdığı için bir mazeret olarak kabul edilmesidir. İkincisi ise hukukî hatanın tamamen *ilgisiz* kabul edilmesi, bir başka deyişle hiçbir koşulda mazeret kabul edilmemesidir.¹⁵²

Alman hukukunda hukukî hata ile ilgili tartışma kast teorisi ve kusur teorisi taraftarları arasında yapılmaya başlandı¹⁵³. Asıl çatışma, *Mezger* tarafından ileri sürülen ve farklı bir kast anlayışına dayanan görüş ile *Welzel* tarafından ileri sürülen, alışılmışın dışında kusur tanımı arasında oldu. Bu tartışma, sınırları sağlam bir şekilde çizilememiş olan suçun unsurları ile ilgili tartışmalardan da etkilendi. *Welzel*, Alman hukukundaki geleneksel üçlü ayrımı yeniden gözden geçirerek her unsura geleneksel anlamından farklı bir anlam yükledi. *Welzel*'in yapmış olduğu temel değişiklik, maddi unsur ve kusurluluk arasındaki sınırın değiştirilmiş olmasıdır. *Welzel*'e göre; kast ve taksir, kusurluluğun değil, maddi unsurun parçasıdır. Yazar teorisini, yerleşmiş maddi unsur teorisinin eleştirisi ve yenilikçi bir hareket anlayışı üzerine kurmuştur. *Amaççı hareket teorisi* adı verilen bu teoride, her hareketin bir amaca yönelik olduğu kabul edilir. Amaç hareketin bir parçası olduğundan, amacı belirleyen kast da maddi unsurun parçasıdır, kusurluluğun değil. *Welzel*'in teorisinin altındaki felsefi temel, maddi unsuru kusurluluk ve hukuka aykırılıktan ayırmak ve böylece kasti da hukuka aykırılık bilincinden ayırabilmektir. Yazarın bu konudaki görüşleri önemlidir, çünkü bu görüşler Alman Yargıtay'ının 1952 yılında verdiği ve normatif teorisinin benimsenmesi ile sonuçlanan kararın felsefi temelini oluşturur.¹⁵⁴

Dönemin birçok hukuk düzeninde olduğu gibi, 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu döneminde de hukuku bilmemenin mazeret sayılmayacağı kabul edilmiştir. Bir görüşe göre, o dönemde bu düzenlemenin amacı hukukî

¹⁵¹ Bohlander, s. 60. İfade edilen bu durumların birincisi, fiili hataya, İkincisi de dolaylı hukukî hataya örnek oluşturmaktadır.

¹⁵² Fletcher, s. 738.

¹⁵³ Ryu - Silving, s. 448.

¹⁵⁴ Ryu - Silving, s. 449.

hatanın mazeret sayılmasını önlemek değil, ceza hukuku tarafından koyulan yasakların bilinmemesinin düşünülmemesidir¹⁵⁵. Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi (Reichsgericht) nin çalışmalarını sürdürdüğü süre boyunca (1879 yılından 1945 yılına kadar olan dönem), hukukî hata ile ilgili olarak Alman mevzuatında hiçbir düzenleme yoktu. 1975 öncesinde Kanun'un, yalnızca fiilî hatayı düzenleyen açık hükmüne rağmen, hukukî hata yargı kararları ile bir mazeret olarak kabul edilmişti¹⁵⁶. Yüksek Mahkeme, geleneksel ayırma bağı kalarak fiilî hata ve hukukî hatayı birbirinden ayırmış ve yalnız birincisinin kastı kaldırdığını kabul etmiştir. Ayrıca, ceza kanunu dışında kalan bir kanunun bilinmemesinden doğan hata da vatandaşın hukuk düzeninde yer alan bütün normları bilemeyeceği gerekçesi ile mahkeme tarafından mazeret sayılmıştır¹⁵⁷.

Almanya'da I. Dünya Savaşı sonrasında, özellikle ekonomik yaşamın düzenlenmesiyle ilgili olarak devlet etkin bir rol oynamak zorunda kalmış, bundan dolayı ekonomi alanında ceza yaptırımlarına başvurma ihtiyacı da artmıştır. Sonuçta, geleneksel suçların yanında, tamamen yeni ve hızla gelişen bir alanda başka yasaklar da gündeme gelmiş ve her normal vatandaşın ceza hukuku kurallarını bildiği varsayımı gerçeği yansıtmaktan uzaklaşmıştır. Mahkemeler, bu gelişmeler karşısında kuralın kapsamını sadece moral değerlerle de çatışan geleneksel suçlarla sınırlamış ve diğer yasaklar ile ilgili olarak, kanunu bilmemeyi mazeret kabul etme eğilimini benimsemiştir¹⁵⁸.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 1952 yılında verdiği kararı, Alman ceza hukukunda bir dönüm noktasıdır. 1952 yılında BGHSt 2,194 sayılı kararıyla Federal Mahkeme bazı hallerde hukukî hatanın da mazeret sayılması gerektiğine karar vermiştir. Bu ünlü kararında Mahkeme'nin sorduğu iki temel soru vardır: Birincisi, kusurluluk, fiille ilgili olaylara dayanan koşulların bilinmesi yanında, hukuka aykırılık bilincinin de aranmasını gerektirir mi? İkincisi, bu sorunun olumlu yanıtlanması halinde, kendi ihmali ile hukuka aykırılık bilincinden yoksun olan fail sorumlu olacak mıdır?¹⁵⁹

¹⁵⁵Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 141. Bir görüşe göre, kanunu bilemeyecek olanlar yalnızca isnat yeteneği olmayan kişilerdir. Arzt, Mistake of Law, s. 713.

¹⁵⁶Ryu - Silving, s. 450.

¹⁵⁷Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 154.

¹⁵⁸Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 142 ; Arzt, Gunther, "Ignorance or Mistake of Law", The American Journal of Comparative Law, C. 24, S. 4, Sonbahar 1976, s. 650. (Ignorance), Fletcher, s. 741.

¹⁵⁹Ryu - Silving, s. 450.

Kararda, *daha eski* suçlar bakımından hatanın pek muhtemel olmayacağı, ancak günümüzde herkesin ceza hukukunu bildiğini iddia etmenin de mümkün olmadığı kabul edilmiştir. *Yeni suçlar* genellikle genel geçer kabul gören ahlaki değerlere dayanmamakta, sosyal etkenler ve devletin amaçları bu suçların düzenlenmelerinde belirleyici olmaktadır¹⁶⁰. Olayda, bir ceza davasını yürüten avukat hakkında, müvekkilini ücretini ödemezse savunmayı bırakacağını söyleyerek tehdit ettiği gerekçesi ile dava açılmıştır. Sanık avukat ise, müvekkiline kendisine olan borcunu ödemesi için baskı yapmasının hukuka aykırı bir yönü olmadığını düşündüğünü ileri sürerek savunmasını yapmıştır. Bu davada mahkeme, öncelikle, fiilî hata ve hukukî hata ayırımından vazgeçerek, tipik suç fiili üzerinde hata ve yasak üzerinde hata şeklinde yeni bir ayırım yapma yoluna gitmiştir. Buna göre, tipik suç fiilinin kapsamına normatif unsurlar girmekte ve bunlar üzerindeki hata da fiil üzerinde hataya neden olmaktadır, ikinci olarak, mahkeme, kural üzerinde hatanın kaçınılmaz olması durumunu kusurluluğu kaldıran bir hal olarak kabul etmiştir. Mahkemeye göre, böyle bir durumda failden hukuka uygun davranması beklenemeyeceğinden, hata yaptığı için faili kınamak mümkün değildir. Üçüncü ve son nokta ise, hatanın kaçınılabılır olması durumunda kusur teorisine (*schuldtheorie*) göre, fail kasten sorumlu tutulur ancak, verilecek cezadan indirim yapılması da gerekir. Bu indirim sebebi, kaçınılabılır bir hataya bağlı olarak bir suç fiilini işleyen kimsenin, hukuka aykırı olduğunu bilerek aynı fiili gerçekleştiren kimseye oranla daha az kusurlu kabul edilmesidir¹⁶¹.

Karardan sonra ortaya çıkan en önemli sonuç, kusurlulukla ilgili olarak yapılan tespittir. Buna göre kusurluluk, ancak, failin hareketinin hukuka aykırı olduğunu bildiği veya bilmiyorsa da hareketinin hukuka uygun olup olmadığını belirlemek için gerekli vicdan denetimini yapmadığı hallerde söz konusu olacaktır¹⁶². Bu sonuç, Alman hukukuna, hukuka aykırılık bilincinin olmadığı durumlarda kusurun ortadan kalktığını kabul eden kusur teorisini kazandırmıştır¹⁶³.

Davayı takip eden süreç içinde Alman Yargıtay'ının konu ile ilgili bir içtihadı oluşmuştur¹⁶⁴. Mahkeme, zamanla, hangi hallerde hukukî hatanın

¹⁶⁰ Youngs, s. 339.

¹⁶¹ GÜNGÖR, Kural Üzerinde Hata, s. 154. , Fletcher, s. 745-747.

¹⁶² Ryu - Silving, s. 450.

¹⁶³ Yargıçların da kast teorisi yerine kusur teorisini benimsemelerinin nedenleri konusunda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Fletcher, s. 747-749.

¹⁶⁴ Mahkeme bu doktrini oluştururken temelde üç varsayıma dayanır: birincisi, hukukî hatanın, doğal suçlardan çok yeni suçlar bakımından ortaya çıkacağıdır ki mahkeme bunu kabul etmekle doğru hareket etmiştir. İkincisi, cezalandırma, kusur atfedilebilmeye karine oluşturursa, kusurluluğu da içerir. Bu da hukukî hatanın kusurluluğu kaldırmasına veya

mazeret oluşturacağı konusunda kendi ölçütlerini belirledi. 1975 yılında Kanun'un 17.maddesi ile hukukî hatanın mazeret sayılacağı düzenlenmiştir. Ancak, hukukî hatanın mazeret kabul edileceği istisnalar olması gerektiği ve bu istisnaların şartları, 1975 öncesinde de içtihat hukukunda yer almaktaydı¹⁶⁵.

Alman hukukunda, 1975 öncesi, failin hukuka aykırı hareket ettiğini anlaması ne zaman olur sorusunun cevabını vermemiz gerekirse; aslında failin yaptığı tüm hareketlerin bir suçun kanuni tanımına uymakta olduğunu bilmesi gerekmez. Ancak bunun "haksız" bir hareket olduğunu bilmesi yeterlidir. Bununla birlikte, konu hakkında içtihat hukukunda bir görüş birliği sağlandığını söylememiz mümkün değildir¹⁶⁶. Gerçekten Mahkeme, farklı kararlarında hukuka aykırılığın kapsamını belirlerken, farklı ifadeler kullanmıştır¹⁶⁷.

Hukukî hata konusu ile ilgili yapılan bir başka tartışma da hukukî hatanın ne zaman *kaçınılabılır* olduğu ile ilgilidir. Alman hukukunda, hukukî hata, failin yapması gereken vicdan denetimini gerektiği şekilde yaptığı, içinde bulunduğu yaşam ve çalışma koşullarında, failin hukuka aykırı olduğunu anlayamayacağı durumlarda söz konusu olur¹⁶⁸. Failin sorumluluktan kurtulması için ayrıca bütün zihinsel ve ahlaki gücünü kullanması gerekir. Burada, failden beklenen özen yükümlülüğünün, taksirle hareket eden failden beklenenden daha yüksek olduğunu da ilave etmemiz gerekir¹⁶⁹.

azaltmasına neden olur. Üçüncüsü, hırsızlık antisosyal bir fiilken, kıtlık zamanı yiyecek stoklamak (ki kanunda suç olarak düzenlenmiştir) antisosyal değil ya da daha az antisosyaldır. Bu ayrım, belirsizdir. Arzt, Ignorance, s. 651.

¹⁶⁵ Youngs, s. 339.

¹⁶⁶ Youngs, s. 340.

¹⁶⁷ Bunlar arasında, BGHSt 15, 138 sayılı fuhuşa teşvik ile ilgili kararda "*hukuken tanınmış bir menfaatin ihlali*"nden bahseden Mahkeme, BGHSt 11, 263 sayılı kararda bir suçta suçluluğun ortaya çıkması için, failin failin hukuka aykırı olduğunu bilmesinin yeterli olduğunu, ayrıca ahlak dışı olduğunu düşünmesine gerek olmadığını belirtir. BGHSt 3, zinanın suç olduğunu herkesin bildiği kabul edilmiştir. Son olarak, BGHSt 10, 35 kararında Mahkeme, yasal olmayan "*herhangi bir şey*" yapmakta olduğunun farkına varmakla ceza sorumluluğunun oluşmayacağını kabul etti. Failin, fiilinden sorumlu tutulabilmesi için hukuka aykırılık tartışması, söz konusu suç bakımından yapıyor olmalıdır. Ayrıca, failin suç tarafından ihlal edilen hukuki menfaatin ihlalinin yasak olduğunu bilmesi, bilebilecek durumda olması da yeterli değildir. Failin suç için öngörülmüş olan cezayı, ya da fiilin yasal tanımını bilmesine gerek yoktur. Fiilin hukuka aykırı olduğunu, hukuksal bir gerekçe ile değil ama sahip olduğu eğitim ve deneyimle edindiği kanaatten dolayı biliyor olması, bilebilecek durumda olması aranır. (Youngs, s. 340-341).

¹⁶⁸ Youngs, s. 342.

¹⁶⁹ Youngs, s. 342.

Hukukî hatanın kusurluluğa etkisini açıklamaya yönelik teorilerden kusur teorisi, halen yürürlükte olan, 1975 tarihli AİCK tarafından da benimsenmiş olan teoridir. 16 ve 17. m.lerin ortaya çıkmasına kadar, mahkemeler ve özellikle göze çarpan BGH, *vorsatztheorieye* (kast teorisine) sadık kaldılar. Buna göre, hukuka aykırılık bilinci de kasta dahildi. Bunun sonucu olarak, eğer, iyi niyetli ancak kaçınılabılır bir hata söz konusu ise, fail yalnızca ihmalden dolayı cezalandırılacaktır. Ancak yeni yasa, bu uygulamayı kaldırmış ve yerine, bu durumlarda failin yine de cezalandırılacağını, ancak cezasının azaltılabileceğini öngörmüştür¹⁷⁰.

Hukukî hatayı düzenleyen AİCK 17. maddesini şu şekilde Türkçeye çevirmek mümkündür:

*“Suçun işlendiği zamanda fail, hukuka aykırı hareket ediyor olduğunun bilincinde değilse, hatanın kaçınılmaz bir hata olduğu durumlarda kusursuz hareket etmiş sayılmalıdır. Kaçınılabılır bir hatanın söz konusu olması halinde ise 49.m./l.f. uyarınca cezanın azaltılması yoluna gidilebilir.”*¹⁷¹

Maddeyi “Fail, fiilin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz...” şeklinde Türkçeleştiren Yenisey - Plagemann, cümledeki “*Etwas zu Unrecht tun/ bir haksızlık gerçekleştirmek*” kavramından da hukuka aykırı bir şey yapmanın anlaşılması gerektiğini vurgularlar. Dolayısıyla yalnızca ahlâki değerlere aykırı bir fiil olduğunu bilmesi yetmez, hukukla korunan değerler düzenini ihlâl ettiğini de bilmelidir¹⁷². Burada da haksızlık ve hukuka aykırılık arasındaki fark vurgulanmıştır. 17. maddede de açıkça belirtildiği gibi, hukuka aykırılık ile ilgili kaçınılmaz hatalar, üçlü sistemin son kısmıdır ve ancak üçüncü bölümü etkiler¹⁷³. Hukuka aykırı hareket de kanunda tanımlanmıştır. Buna göre, hukuka aykırı hareket, bir ceza kuralının gerektirdiği bütün unsurları taşıyan bir hareket olmalıdır (AİCK m.11.). Bu kural ile Alman ceza hukuku kast teorisinden tamamen uzaklaşmıştır. Uzaklaşılacak bu doktrin, hukuka aykırılık bilinci ile diğer unsurların varlığının bilinmesini kastın varlığı için eşit önemde kabul ettiğinden, *eşit muamele doktrini* olarak isimlendiriliyordu. Günümüzde Alman hukuku, eşit muamele doktrini açıkça reddeder. Hukukî hata ile fiilî

¹⁷⁰ Bohlander, s. 61.

¹⁷¹ AİCK hükmünün şu şekilde Türkçeye çevrilmesi de mümkündür: “*Düştüğü hata, kendisi açısından kaçınılamayacak nitelikte olması nedeniyle, fail, hukuka aykırı davrandığı bilincine sahip değilse, gerçekleştirdiği hareket kusurlu sayılmaz. Buna karşılık fail, hataya düşmekten kaçınabilecek durumda ise yaptığı hareket kusurludur, ancak cezası hafifletilebilir.*”, Centel - Zafer - Çakmut, s. 382.

¹⁷² Yenisey - Plagemann, s. 18.

¹⁷³ Bohlander, s. 60.

hata arasındaki ayırım, hukukî hatayı bir mazeret olarak kabul edip etmeyeceklerini belirleyecek olan hukuk sistemleri tarafından yapılacaktır. Ancak, kast teorisini kabul eden sistemler bu ayırmadan kaçınırlar¹⁷⁴.

Konu ile ilgili karmaşık akademik tartışmalar henüz sona ermiş değildir. Ancak, görünen odur ki, yeni kanun, önceki anlayışı reddetmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi de yeni kanunun Anayasa'ya uygunluğunu teyit etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, "...birçok durumda kast, bilmeye dayanan ve istemeye dayanan unsurların bir arada olmasını gerektirir. Başka bir deyişle, suçun unsurlarının ve iradenin varlığı suçu oluşturur." demektedir¹⁷⁵. İngiliz hukukunda olduğu gibi, Alman hukukunda da, failin, suçun unsurlarını doğru hukuki anlamları ile anlaması aranmaz. Ancak, suçların özü ile ilgili olarak, meslekten olmayan bir kimsenin yapacağı değerlendirmeyi doğru bir şekilde yapması, gerekli ve yeterlidir¹⁷⁶.

Özetle, Alman ceza hukukunun hukukî hata bakımından dönüm noktası, 1952 tarihinde verilen Yargıtay kararıdır. Bu kararı takiben oluşan içtihat ışığında getirilen 17. madde ile de Kanun, *kusur teorisini* benimsemiştir. Alman hukukunda bizim için önemli olan, istisnanın *hukuka aykırılıktan* bahsediyor olmasıdır. Alman hukukunda hukuka aykırılığın, fiilin antisosyal karakterini de içine alır şekilde anlaşıldığını söylemiştik. Ancak kanaatimizce, Kanun'un 11. m. sinde hukuka aykırı hareketin de ayrıca tanımlanmış olması önemlidir. Hukuka aykırılıktan, biçimsel hukuka aykırılığın anlaşılacağı ortadadır. Öte yandan, fiilin antisosyallığının, haksızlığının bilinmesi, ancak tamamlayıcı niteliktedir. Belirleyici olan, biçimsel hukuka aykırılıktır.

V. TÜRK CEZA HUKUKUNDA HUKUKİ HATA

A. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

765 sayılı Kanun döneminde hukukî hata konusu TCK'nın 44. maddesinde düzenlenmişti. Kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağına ilişkin bu hükümle ilgili olarak TCK'da herhangi bir istisna getirilmiş de değildi. Dolayısıyla Kanun'a bakıldığında, hükmün mutlak olarak uygulandığı söylenebilir. 765 sayılı TCK döneminde kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı kuralına mutlak bir biçimde yer verilmiş olması ve hiçbir istisnanın öngörülmemiş olması Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde eleştirilen bir husustur. Kanunu bilmemenin mutlak olarak imkânsız olduğu hallerde, yasayı bilmemenin mazeret sayılması gerekir. Bu önerinin

¹⁷⁴ Arzt, Mistake of Law, s. 715.

¹⁷⁵ Bohlander, s. 61.

¹⁷⁶ Bohlander, s. 62.

kabul edilmesi halinde, yasanın sözüne aykırı ancak hükmün içeriğine ve amacına uygun bir çözüm yolu bulunmuş olur.¹⁷⁷

Bu dönemde, kuralın sert uygulanmasının meydana getirebileceği adaletsizlikleri önlemek amacıyla Yargıtay, ceza hukukunda yer alan çeşitli kuramların çalıştırılması yoluna giderek, hukuki yanılmanın bir mazeret oluşturmayacağı kuralını uygulamada bir nebze de olsa yumuşatmıştır. Bazı kararlarda probleme fiilî hata bakımından yaklaşılarak; başka bazı kararlarda kuralın ihlali için failde hukuka aykırılık bilincinin varlığı aranarak ve bilincin olmadığı hallerde kastın ortadan kalktığı sonucuna varılarak; failin yabancı olması halinde Türkçe'yi bilemeyeceğini ve dolayısıyla kanunları da öğrenemeyeceğini, yani failden beklenemeyenin istenemeyeceğini karara bağlanarak, hukukî hatanın mazeret sayılmayacağı ilkesi uygulamada yumuşatılmıştır.¹⁷⁸

Yargıtay'ın kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin mutlak olarak uygulanmasının yaratacağı problemleri gidermek için verdiği kararlar doktrinde eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, hukukî hatayla ilgili durumlarda Yargıtay, meseleyi kast kapsamında değerlendirerek yanlış bir uygulama yapmıştır. Şöyle ki, 765 sayılı TCK döneminde hukukî hatanın söz konusu olduğu olaylarda Yargıtay, konuyu hatalı olarak kast kapsamında değerlendirerek bir çözüm yolu bulmaya çalışmıştır. Ancak bu konuda ortaya çıkan örneklerde failerin kasten hareket ettiği konusunda şüphe de yoktur. Bu bakımdan, konunun kast kapsamında ele alınması isabetsizdir. Ancak, şunu da unutmamak gerekir ki, 765 sayılı TCK döneminde kanunda haksızlık yanılığısına ilişkin hiçbir düzenlemenin bulunmaması, Yargıtay'ı bu "çıkış yoluna" zorlamıştır.¹⁷⁹

Kanunun 44. maddesinde kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı düzenlenmiştir. Bu durumda, failin hareketinin kanuni tipe uygun olması durumunda artık failde hukuka aykırılık bilincinin bulunup bulunmadığını aramaya gerek yoktur. Ancak, fail hareketin yasaklanan niteliğini bilemeyecek durumda ise kastından da söz edilemeyecektir. Bir görüşe göre, Türk ceza hukuku uygulamasında da, yabancı doktrinde varlığı gerekli görülen ve değişik şekillerde formülleştirilen hukuka aykırılık bilincinin bulunması kastın kabulü için gereklidir ve en azından bazı suçlar bakımından bulunması istenir.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Centel - Zafer - Çakmut, s. 437.

¹⁷⁸ Önder, s. 334. Yargıtay'ın, hukukî hatanın söz konusu olduğu hallerde, sorunu kast kapsamında değerlendirdiğini söylemek mümkündür. Bu görüş için bkz. Özgenç, s. 415.

¹⁷⁹ Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 696.

¹⁸⁰ Önder, s. 303.

Günümüzde ceza kanunlarının sürekli olarak artması ve değişikliklere uğraması, aceleyle çıkarılan kanunlardaki teknik hatalar, eksikler ve kötü ifadelerin getirdiği yorum güçlüğü problemleri, yargı kararlarındaki çelişkiler, kişileri kendi ülkelerindekinden farklı yasal düzenlemelerle karşı karşıya getiren uluslararası dolaşım gibi nedenler, kanunların bilinmesini yalnızca vatandaşlar değil, hukukçular yönünden dahi güçleştirmektedir. Saydığımız nedenlerle, ceza kanunları üzerinde hataya düşen bir kimseyi, asgari bir ihmal veya dikkatsizlikle kınamak da çok defa mümkün olmamaktadır¹⁸¹.

765 s. TCK'nın 44. maddesinin hiçbir istisna getirilmemiş mutlak hükmü karşısında, adaletsizliklere sebep olacağı eleştirileri yapılmıştır. Konu ile ilgili olarak, *Hafizoğulları*, "Hukuki bilmeme, CK.nun 44. maddesince, mazeret sayılmamıştır. Ancak bilme yükümlülüğünün yerine getirilmesinde mutlak imkânsızlığın bulunması halinde, hukuki bilmemenin mazeret sayılacağı, gerek uygulamada ve gerekse doktrinde oybirliğiyle kabul edilmektedir. Böylece, siyasal nitelikteki kurucu ceza normunun katı anlamı kaybolmuş, buna bağlı olarak da, uygulama alanı daralmıştır." demektedir¹⁸².

765 s. TCK döneminde, hukukî hatanın mazeret sayılmayacağı ilkesinin mutlak olarak uygulanmasının ortaya çıkarabileceği adaletsizlikler ve olumsuzluklar üzerinde durulmuş ve bu ilkeye çeşitli istisnalar getirilmesi önerilmiştir. Bu bağlamda, suçların tabii ve kanuni olmak üzere ikiye ayrılarak, yalnızca tabii suçlar bakımından kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması, önerilerin ilkidir. İkinci öneri, maddi imkânsızlık hallerinde kusurun ortadan kalkması sonucunda faile ceza verilmemesi gerekliliğidir. Buna göre, bir görevden bahsedilebilmesi için, o görevin yerine getirilebilmesi, imkân dahilinde olmalıdır. Dolayısıyla, maddi imkânsızlık hallerinde de kanuna uyma ödevinin yerine getirilmemesi dolayısıyla fail kusurlu sayılamaz. Konu ile ilgili ortaya koyulan üçüncü öneri, kanunu bilme görevinin var sayılması ve kanunu bilme görevinin yerine getirilmesinde bir imkânsızlık söz konusu olan hallerde de faile ceza verilmemesidir¹⁸³.

765 s. TCK döneminde, Kanunun hukukî hatayı düzenleyen 44. maddesine yönelik bir eleştiri de, maddenin Kanunun sistematigi içindeki yerine ilişkin olarak yapılmıştı. Buna göre, bir kurucu hükmün, ceza kanunun hangi kısmında yer aldığı, sistematik yorum bakımından çeşitli kısıtlamalar doğursa bile, hükmün mahiyet ve kapsamını belirlemede büyük

¹⁸¹ Toroslu, s. 224.

¹⁸² Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 211.

¹⁸³ Demirel, s. 105.

bir önem taşımaz. Bundan dolayı kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağı ilkesi kanunda nerede düzenlenirse düzenlensin, bilmeme-hata durumları suçun genel teorisinde, manevi unsurla ilişkili olarak değerlendirilmek zorundadır. Bu görüşe göre, cezai ehliyet ve bunu kaldıran veya hafifleten sebepler başlığı altında düzenlenen hüküm, ceza kanununun uygulanması bakımından ilke getiren bir hüküm olarak düzenlenebilirdi¹⁸⁴. Doktrindeki bir görüşe göre, 765 s. TCK döneminde, kanunun yalnızca hukukî hata ile ilgili hükümlerinin değil, tüm hataya ilişkin hükümlerinin sistematik bir tarzda açıklanması çok zordu. Zira, bu mesele Kanunda tam bir şekilde ele alınmamış ve bir sisteme oturtulmamıştı¹⁸⁵.

B. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

Türk ceza hukukunda hukukî hata kurumu da, 5237 s. TCK ile köklü değişikliklere uğrayan kuramlardan biridir. Kanunun ilk yürürlüğe girdiği dönemde, 765. s. TCK döneminde yapılan eleştiriler de dikkate alınarak hukuku bilmemenin mazeret sayılmaması kuralına istisna getirilmiş, hem kural hem de istisnası Kanun'un 4. maddesinde düzenlenmiştir. 5237 s. TCK'da "*Ceza Kanunlarının Bağlayıcılığı*" başlığı altında, 4. maddenin 1. fıkrasında ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağı düzenlenmiştir. Kanun ilk yürürlüğe girdiği dönemde, 2. fıkrada *kaçınılmayan bir hata nedeniyle kanunu bilmeyip meşru sanarak suç işleyen kişinin cezalandırılmayacağı* düzenlenmişti. 4. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen ilkenin istisnasını düzenleyen bu hüküm, Kanun'un yürürlüğe girmesinden hemen sonra 4. madde metninden çıkarılmıştır. 5377 s. Kanunla hükmün lafzı da değiştirilerek 30. maddenin 4. fıkrasına eklenmiştir. Yeni düzenlemeye göre, *işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz*. Hemen belirtelim ki, haksızlık ve hukuka aykırılık ile ilgili yaptığımız tartışmalar YTCK'nın bu hükmü bakımından hiçbir anlam ifade etmez. Kanun koyucu, haksızlık ve hukuka aykırılık arasında hiçbir fark gözetmemektedir.

Yeni TCK'da, hukukî hata konusu ile ilgili olarak 765 s. TCK'dan farklı iki temel nokta vardır: Birincisi, 765 sayılı eski TCK'da, kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı belirtilmekteydi¹⁸⁶. YTCK, "ceza kanunu" demek yerine çoğul olan "ceza kanunları" terimini tercih etmiştir. Doktrindeki bir görüşe göre, Kanun'da "ceza kanunları" yerine "ceza kanunu" denmesi daha isabetli olurdu¹⁸⁷. Doktrindeki bir başka görüş,

¹⁸⁴ Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 196.

¹⁸⁵ Demirel, s. 110.

¹⁸⁶ Centel - Zafer - Çakmut, s. 426.

¹⁸⁷ Hafizoğulları, Genel Hükümler, s. 299.

kanunların çokluğu karşısında, ceza kanunları ile diğer kanunlar arasında bir fark bulunduğunun kabul edilmesinin yerinde olduğunu savunur. Buna göre, ceza kanunlarından başka kanunları bilmeme, hukukî hata değil, fiilî hata kapsamında değerlendirilmelidir. Esaslı fiilî hatanın kastı ortadan kaldırması ve kastın bulunmaması hallerinde ceza sorumluluğu ortadan kalkar. Böyle durumlarda, ceza hukuku alanı dışında kalan yasaları bilmeme veya yanlış yorumlama, suçun unsurlarına ilişkin bir bilmeme oluşturur. Bu durumda, kusurun yokluğu nedeniyle suç oluşmaz¹⁸⁸.

Hukukî hata konusunda 765 s. TCK'dan farklı olarak getirilen ikinci ve en önemli değişiklik Kanun'da bu ilke bakımından bir istisnanın düzenlenmiş olmasıdır. YTCK'nın, kanunu bilme zorunluluğunu, doktrine ve uygulamaya uygun olarak, bu kurala getirilecek bir istisna ile esnetmeye yönelmesi isabetlidir. Burada, problem yaratması muhtemel hususlar, kuralın istisnasını getiren hükümde, yanlış anlaşılmalara sebep olacak şekilde, fiilin *haksızlık* oluşturduğu ifadesinin yer alması ve hükmün fiilî hata içinde düzenlenmiş olmasıdır¹⁸⁹.

TCK'da bu istisna ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken iki önemli nokta vardır. Birincisi, kişinin işlediği bir fiilin *haksızlık* oluşturması konusudur. Haksızlığın bilincinde olmamanın kapsamı, ceza hukuku düzenince tasvip edilmediğinin bilincinde olması ile aynı mıdır? İkinci olarak üzerinde durmamız gereken husus, failin *kaçınılmaz* bir hataya düşmüş olmasının gerektiğidir. Haksızlık yanlılığı ve hatanın ne zaman kaçınılmaz olacağı konusundaki tartışmalara çalışmanın önceki bölümlerinde yer verildiğinden, burada konuyu yalnızca TCK bağlamında değerlendirmekle yetineceğiz.

Hukukî hata konusu 5377 s. Kanun'la istisnanın 30. maddenin 4. fıkrasında düzenlenmesinden sonra Türk doktrininde tartışmalı bir konu haline gelmiştir. Doktrinde ağır eleştirilere hedef olan bu değişiklik¹⁹⁰, değişikliğe taraftar olan yazarlarca, "*Alman hukukundaki gelişmenin anlaşılmadığı*"¹⁹¹ yönünde bir karşı eleştiri ile cevaplandırıldı.

Alman hukukunun neredeyse tüm çağdaş ceza hukuku düzenleri arasından, hukukî hata konusunda ayrı bir yerde durduğu bir gerçektir. Hatta hukukî hata konusundaki tutumu üç basamaklı bir karşılaştırma ile açıklayan *Arzt*, Alman sistemini özellikle ayrı tutar. Yazara göre, dünyada hukuku

¹⁸⁸ Centel - Zafer - Çakmut, s. 426.

¹⁸⁹ Hafızoğulları, Genel Hükümler, s. 297.

¹⁹⁰ Hukukî hatanın kanuni düzenlemesi hakkında eleştiriler için bkz. Hafızoğulları - Özen, s. 317 vd.

¹⁹¹ Özgenç, s. 417. (775 No. lu Dipnot).

bilmemenin mazeret sayılmayacağını bir ilke olarak benimsendiği ve ilkenin hiçbir istisnasının kabul edilmediği sistemler birinci basamakta, bu ilkenin istisnası olması gerekliliğinin tartışılmaya başlandığı sistemler ikinci basamakta ve Alman hukukunun başı çektiği, ilkeye istisna getiren sistemler de üçüncü basamakta yer almaktadır¹⁹². Elbette ki, hukuku bilmemek mazeret sayılmaz kuralına ülkedeki hukuk hayatının gereksinimleri doğrultusunda, kendi hukuk sistemi içerisinde tutarlı bir istisna getirebilmeyi başaran Alman hukukunu bir yol gösterici olarak kabul etmek mümkündür. Ancak bunu yaparken, Türk hukukunun kendi sistematigi, ceza hukuku doktrininin ve uygulamasının gelişimi de göz önünde bulundurulmalıydı.

30. maddenin 4. fıkrası hükmü ile ilgili iki temel konuda eleştiri yapmamız mümkündür. Birincisi, istisnanın kanunda düzenlendiği yerdir. Alman ceza hukukunda bu istisna “*Ceza Sorumluluğunun Esasları*” başlığı altında, ayrı bir yasa maddesi olarak düzenlenmiştir. Oysa YTCK da, Kanun ilk yürürlüğe girdiği zamanda 4. maddeye dahil olan istisna, daha sonra lafzı da değiştirilerek 30. maddeye eklenmiştir. Şu anki düzenleme, Kanun’un yorumu bakımından sorun yaratmaya müsait bir görüntü oluşturur. Hukuki bilmemenin mazeret sayılması durumunda, fiilî hataya vücut vererek kastı kaldırma durumu mu söz konusu olacaktır, yoksa hukuki bilgisizliğin kınanır olmamasından dolayı kusurluluğu mu kaldıracaktır tartışması gereği gibi yapılmamıştır. Bu sebeple, hukuki bilgisizliğin hiçbir gerekçe gösterilmeden fiilî hata biçiminde algılanması, fiilî hata olarak algılanmasa bile, fiilî hata konusunun içinde düzenlenmesi de yanlıştır. Eğer hukuki bilgisizlik, istisnai hallerde mazeret sayılacaksa, bunun fiilî hatayı düzenleyen 30. maddenin 4. fıkrasında değil, kanunu bilme zorunluluğunu düzenleyen m. 4 de yapılması gerekirdi¹⁹³.

Bu sorunun giderilmesi için iki farklı yöntem düşünülebilir. Öncelikle, *haksızlık* kavramı ile ilgili bir belirsizlik olduğu ortadadır. Mevcut düzenleme, açıklayıcı ve tatmin edici değildir. Haksızlık ile anlaşılmanın yalnız hukuka aykırılık olduğu sonucuna varılırsa, istisnayı, Kanun’un ilk şeklinde olduğu gibi, m. 4’e eklemek gerekir. Öte yandan, haksızlığın hukuka aykırılıktan daha geniş bir kavram olduğu kabul edilirse ki edilmelidir, istisna, AICK’da olduğu gibi ayrı bir kanun maddesi halinde düzenlenmeli ve lafzı daha açık olmalıdır. Böyle bir değişikliğin yapılması yoluna gidildiği takdirde, maddenin yine “*Ceza Sorumluluğunun Esasları*” başlığı altında ve fakat ayrı bir kanun maddesi olarak düzenlenmesi daha isabetli olacaktır. Kanımızca burada en isabetli çözüm, m.30/4.f. da yer alan istisnanın, haksızlık yerine hukuka aykırılık ifadesi kullanılarak yine 4.

¹⁹² Arzt, *Mistake of Law*, s. 712.

¹⁹³ Hafizoğulları, *Genel Hükümler*, s. 297.

maddeye eklenmesi olacaktır. En kısa zamanda yorumda problemler yaratacak ve maksadını aşacak şekilde kaleme alınmış bu fıkranın yeniden düzenlenmesi gerektiği kanısındayız. Kanun koyucu burada, gerçekten AICK'daki düzenlemeye sadık kalmak istiyorsa, Kanundaki ifadenin "*hukuka aykırılık*" olarak değiştirilmesi daha isabetli olacaktır. Eğer, Alman doktrinindeki tartışmalar ve mahkeme kararlarının incelenmesi sonucu, gerçekten bir haksızlık bilinci anlamı verilmek isteniyorsa da bunun ortaya konması gerekir.

İkinci temel eleştiri konusu, normun lafzıyla ilgilidir. 30.maddenin 4. fıkrası, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağını hükme bağlar. Burada açıklamaya muhtaç iki husus vardır. Birincisi, "*haksızlık*" ifadesinin kapsamının ne olduğu, ikincisi, de "*kaçınılmaz bir hata*"nın hangi hallerde ortaya çıkacağı hususlarıdır. Nitekim, doktrinde Kanun'un bu şekilde kaleme alınmış olması, istisnanın kapsamının amaçlanandan daha geniş olmasına yol açacağı gerekçesi ile de eleştirilmiştir. Zira yeni düzenleme, failin fiilinin suç olarak tanımlandığını bilmesine rağmen haksızlık bilincine sahip olmaması nedeniyle cezasız kalmasına olanak sağlayacak şekilde kaleme alınmıştır¹⁹⁴.

Anlamı zamanla mahkeme içtihatları ve doktrinde kanunun yorumlanması ile açıklanabilirse de, seçilen "*haksızlık*" kelimesinin yanlış sonuçlar yaratması muhtemel olan isabetsiz bir seçim olduğu kanısındayız. Halbuki, bu değişiklik yapılmazdan önceki hali ile madde hem amacına daha uygundu hem de AICK'daki düzenlemeyle daha çok örtüşüyordu. Nitekim, AICK'nun hukukî hatada istisnayı düzenleyen 17. maddesi "*hukuka aykırı hareket ettiğini*" demektedir. Ayrıca, AICK, "*Tanımlar*" başlıklı 1. maddesinde hukuka aykırı hareketi tanımlamıştır. Buna göre hukuka aykırı hareket, "*bir ceza hükmünün bütün unsurlarını taşıyan hareket*" olarak tanımlanacaktır. Dolayısıyla, AICK'nın yürürlüğe girmesinden önce doktrinde ve içtihat hukukunda tartışmalı bir konu olan haksızlık bilinci tartışması bir tarafa konmuş, AICK ile hukuka aykırılık bilinci önem kazanmıştır¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Centel - Zafer - Çakmut, s. 429.

¹⁹⁵ Bir görüşe göre, fiilin haksızlık oluşturması hukuka aykırılık oluşturması anlamına gelecek, söz konusu hukuka aykırılık da ceza hukukuna aykırılık olarak anlaşılacaktır. Hukuka aykırılık fiil ile normun çatışmasını ifade ettiğinden, hukuka aykırı olduğu bilincine sahip olunması için fiili yasaklayan ceza kuralının bilinmesi gerekecektir. Kuralın bilinmediği durumlarda da failin, fiilin antisosyalliği nedeniyle kuralın varlığına sezgisel olarak ulaşması mümkündür. (Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 159). Ancak, hem hukuka aykırılığı biçimsel hukuka aykırılık olarak anlamak gerektiğini ifade eden hem de haksızlık ile hukuka aykırılığı bir tutan bu görüşe katılmıyoruz. Kaldı ki, faildeki hukuka aykırılık bilincinin de, hukuk dışı

Alman hukukunda *kaçınılamayan* hukukî hata bakımından ağır koşullar aranmaktadır. Böylece, ceza hukukunun temel konuları bakımından kaçınılamayan bir hataya ender rastlanır. Kusurluluğu ortadan kaldıran hukukî hata daha çok, ceza hükümleri içeren özel yasalar ve kabahatler bakımından uygulama alanı bulurlar¹⁹⁶. Alman ceza hukukunda “*kaçınılmaz*” hatanın ne olduğu açıkça belirlenmiştir. Bu konuyu daha önce açıklamıştık. Burada TCK bakımından önemli olan kaçınılmazlığın şartlarının en kısa zamanda belirlenmesidir. Kanun gerekçesinde, kaçınılmazlık ile ilgili olarak yalnızca failin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşullarının da göz önünde bulundurulacağına dair bir ölçüt getirmiştir. Ancak bu yetersiz bir düzenlemedir.

Akıl karıştırıcı olan bir başka husus ise, 30. maddenin 4. fıkrası hükmü karşısında, YTCK bakımından fiilin antisosyalliğinin kastın bir unsuru olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. *Toroslu*, bu düzenlemeyle, Kanun’un kastın varlığı için antisosyallik bilincinin varlığını da aradığını kabul etmektedir¹⁹⁷. *Hafizoğulları* ise, Türk ceza hukukunda hukuka aykırılık bilincinin ve fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmenin kastın varlığı için gerekli olmadığını ve kanunun bilinip bilinmemesi konusunun istisnaları ile ilgili olamayacağını savunmaktadır¹⁹⁸. Kanımızca, burada belirleyici olacak olan, Kanun’un kastı düzenleyen 21. maddesidir. Buna göre,¹¹ *Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.* Kanun kastın varlığı için açıkça ve sadece, bilme ve isteme unsurlarının varlığını aramış, fiilin antisosyalliği ile ilgili bilgiyi kastın bir unsuru olarak öngörmemiştir. Bu itibarla, burada m.30, 4. fıkrasından dan hareketle TCK’nın kastın varlığı için fiilin antisosyalliğinin bilincinde olmayı da aradığını ve bunun yokluğu halinde kast da ortadan kalkacağı için failin kastla işlenen suçtan sorumlu olmayacağını kabul edip, bu durumu kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin bir istisnası olarak benimsemek zorlama bir yorum olacaktır. Kaldı ki, kastın varlığı için fiilin antisosyalliğinin bilinmesinin de arandığını kabul edersek, failde haksızlık bilincinin olmaması durumunda kastın ortadan kalktığını kabul etmemiz de gerekecektir¹⁹⁹. Bu hususların kabulü halinde, 4. maddenin istisnasının, kastın ortadan kalktığı hata hallerini düzenleyen 30. maddede düzenlenmesi de tutarsız olmayacaktır. Ancak, hukukî hatanın kusurluluğu ortadan

bir alan olan fiilin antisosyalliğine dayanan bir sezgi ile oluşması da bizi hukuk dışı tartışmalara götürecektir.

¹⁹⁶ Centel - Zafer - Çakmut, s. 382.

¹⁹⁷ *Toroslu*, s. 187.

¹⁹⁸ *Hafizoğulları*, Genel Hükümler, s. 270.

¹⁹⁹ Daha önce de belirttiğimiz gibi *Toroslu*, haksızlık ve antisosyalliği eşit kabul etmektedir. Bkz. *Toroslu*, s. 228.

kaldırıldığını kabul ettikten sonra, bizi kast teorisine geri döndüreceğini düşündüğümüz bu görüşe katılmak imkansızdır.

TCK m. 30, 4. fıkra ile getirilen düzenleme ile ilgili, son olarak üzerinde durmak istediğimiz konu, bu düzenlemenin “ *özel hukuka aykırılık* halleri ile ilişkisi konusudur. Kanunda hukuka aykırılık unsurundan ayrıca söz edilmemekle birlikte, bazı suç tanımlarında hukuka aykırılığa açıkça yer verildiği görülür. Böyle düzenlemeler, kanun koyucunun, bu suç tanımları açısından, kastın hukuka aykırılığı da kapsayıp kapsamadığının özellikle araştırılması amacı ile yapılır. Hukuka özel aykırılığın söz konusu olduğu hallerde, failin hukuka aykırılığı da bildiğinin ayrıca ispat edilmesi gerekir²⁰⁰. Doktrinde bir görüşe göre, bu konu biçimsel ve maddi hukuka aykırılık ayrımı ile yakından ilgilidir. Özel hukuka aykırılık hallerinin söz konusu olduğu hallerde hakimnin somut olayda biçimsel hukuka aykırılık yanında maddi hukuka aykırılığın mevcut olup olmadığını da araştırması gerekecektir. Yine bu görüşe göre, TCK’da bu düzenleme doğrultusunda hukuka aykırılık, tüm suçlar bakımından maddi hukuka aykırılık şekline dönüşmüştür. Dolayısıyla, 30. maddenin 4. fıkrasındaki düzenlemeden sonra, hukuka özel aykırılık hallerinin özel hükümlerde ayrıca düzenlenmesinin de bir anlamı kalmamıştır²⁰¹. Gerçekten, TCK 30. maddenin 4. fıkrasındaki düzenlemeye göre, failin, suçun unsurlarını anlama ve istemenin yanında, *haksız* olduğunu da bilmesi halinde kusurluluğun ortaya çıkacağını kabul edersek, bu görüş de kabul edilmiş olur. Şöyle ki, kusurluluğun oluşması için failin maddi hukuka aykırılığı boyutunun da fail tarafından değerlendirilmiş olması aranacaktır. Dolayısıyla, bu hüküm, hukuka aykırılığın suçu tanımlayan özel hükümde ayrıca ve açıkça ifade edildiği durumlar ile aynı sonucu doğuracaktır. Ancak, 30. maddenin 4. fıkrasının, Kanununun 4. maddesine bir istisna oluşturabilmesi bakımından, önemli olan, failin, *hukuka aykırılığın* bilincinde olmamasıdır. Buradaki haksızlığın hukuka aykırılık olarak anlaşılması gerektiğini, ancak bunun da maddi hukuka aykırılıktan ziyade şekli hukuka aykırılığı ifade ettiğini daha önce açıklamaya çalıştık. Bu sebeple, m.30/4.f. daki düzenlemenin, özel hükümlerde hukuka aykırılığın ayrıca aranması ile ilgili durumu değiştirdiği veya özel hukuka aykırılığı düzenleyen hükümleri anlamsız kıldığı görüşüne katılmıyoruz.

²⁰⁰ Centel - Zafer - Çakmut, s. 291.

²⁰¹ Centel - Zafer - Çakmut, s. 292.

Sonuç

Belirtelim ki, çalışmamızın amacı, 5237 s. TCK ve özellikle 5377 s. Kanunla yapılan değişiklik ile Türk ceza hukuku sisteminde hukukî hata kurumuyla ilgili olarak yapılan köklü değişikliği değerlendirmektir. Bu çerçevede, özellikle kast teorisiyle ilgili olarak hukuka aykırılık bilinciyle haksızlık bilincinin birbirinden farklı olduğunu ortaya koymaya çalıştık. Gerçekten, hukuka aykırılık ve haksızlık kavramları, aynı kapsamı ifade eden kavramlar olmadıkları gibi, hukuka aykırılık yanılışı ile haksızlık yanılışının da birbirinden farklı olduğu ortadadır. Kastın varlığı için, bilme ve isteme unsurları yanında, hukuka aykırılık bilincinin ya da haksızlık bilincinin (fiilin antisosyal niteliğinin fail tarafından bilinmesinin) de bulunması gerektiğini kabul eden görüşler vardır. Ancak, doktrindeki hakim görüş, kastın bilme ve isteme unsurlarından oluştuğunu kabul etmektedir. Kaldı ki, TCK, 21. maddesinde kastı düzenlemiş ve bu baskın görüşü benimsemiştir. Sonuç olarak, biz de kastın varlığı için hukuka aykırılık bilinci veya haksızlık bilinci gibi bilme ve isteme unsurlarından ayrı bir unsurun varlığının gerekli olmadığını kanıtladık. Dolayısıyla, hukuka aykırılık bilincinin veya haksızlık bilincinin yokluğu kastı ortadan kaldırarak kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesine bir istisna oluşturamaz.

Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin mutlak olarak uygulanmasının adaletsiz sonuçlar doğurabileceği ortadadır. Bu nedenle, ilkeye bir istisna getirilmesi gerektiği görüşüne biz de katılıyoruz. Ancak, bu istisnanın TCK'da şu anda düzenlendiği şekliyle problemleri çözmekten çok uzak olduğunu, dahası hukuk sistemine uymayan, kendi içinde tutarsız bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür. Bir kere, hukuku bilmemenin mazeret sayılmamasının istisnasının düzenleneceği yer, yine bu ilkeyi düzenleyen maddedir. Eğer hukukî hatanın kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olduğu görüşünden hareketle, istisnayı AICK'daki gibi "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" başlığı altında düzenleme yoluna gidilecekse, bunun yeri fiilî hatanın düzenlendiği madde olmamalı, ayrı bir kanun maddesi halinde bir düzenleme yapılmalıdır. Bu bakımdan, 3477 s. Kanun değişikliğinden önceki düzenlemenin yeri bakımından da şimdikinden daha isabetli olduğunu söylemek gerekir.

Kanunun yeni şekliyle ilgili en büyük problem kuşkusuz *kanunu bilmekle* ilgili ilkenin istisnası olarak; kapsamı kanunu bilmekle aynı olmayan, *fiilin haksız olduğunu bilmenin* düzenlenmiş olmasıdır. Denilebilir ki, Kanun'un hazırlanması sırasında esinlenen Alman hukukunda konu ile ilgili gelişmeler incelendiğinde, failde haksızlık bilincinin bulunmamasının kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesine istisna olduğu

görülebilecektir. Ancak, Alman hukukunda da 1975 tarihli AICK ile Kanun'un fiilin hukuka aykırılığını bilmemeyi esas aldığı görülür. Kanun bununla da yetinmeyip, yine kendi içerisinde hukuka aykırı hareketten ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Burada da fiilin haksızlığı ile ilgili bir vurgu yapılmış değildir. Alman hukukunda hukuka aykırılık terimi, fiilin antisosyal niteliğini de kapsayan bir üst kavram olarak anlaşılıyor olsa bile, esas alınan fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Alman hukukunda fiilin haksızlığı önemseniyor olsa bile, haksızlık hukuka aykırılık kavramının kapsamı içerisinde değerlendirilen bir başka unsur olarak kabul edilmelidir. Alman doktrininde ve içtihadında 1952 yılında verilen ilke karardan sonra failde haksızlık bilincinin olmadığı ve failin bu hatadan kaçınmayacağı durumların kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesine bir istisna olarak kabul edildiği doğrudur. Ancak, 1975 yılında yürürlüğe giren AICK'nun açık hükmü sonrası artık kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması ilkesinin istisnasının da, yine kaçınılmaz bir durum söz konusu olması şartıyla, *hukuka aykırılığı* bilmemek olduğunu kabul etmemiz gerekir. TCK'nın da lafındaki bu problemin en kısa zamanda giderilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, failin fiilinin hukuka aykırılığı ile ilgili kaçınılmaz hataya düşmesi halinde 4.maddede düzenlenen ilkeye bir istisna olarak getirilmesi, şimdiki düzenlemeden çok daha isabetli olacaktır.

Kaynakça

- ARTUK, M. Emin - GÖKÇEN, Ahmet - YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.
- ARZT, Gunther, "Ignorance or Mistake of Law", The American Journal of Comparative Law, C.24, S. 4, Sonbahar 1976.
- ARZT, Gunther, "The Problem of Mistake of Law", Brigham Young University Law Review, 1986.
- ASHWORTH, Andrew, Principles of Criminal Law, 5. Baskı, New York 2006.
- BINAVINCE, S. Emilio, "The Structure and Theory of the German Penal Code", The American Journal of Comparative Law, C.24, S. 4, Sonbahar 1976.
- BOHLANDER, Michael, Principles of German Criminal Law, Oxford 2009.
- CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide - ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008.
- CHRISTOPHER, L. Russell, "Tripartite Structures of German Criminal Law in Germany and Other Civil Law Jurisdictions", Cardozo Law Review, 2007.
- DEMİREL, Hakkı, "Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata", AÜHFD, C.12, S. 3-4, 1955.
- DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, İstanbul 1997.
- DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C.II., İstanbul 1997.
- ERMAN, Sahir, "Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma", İÜHFM, C.XII, S.2-3, 1946.
- ERSOY, Yüksel, "Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı", SBF, C.XXIII, S.4, Aralık 1967.
- FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002.
- FLETCHER, George P., Rethinking Criminal Law, New York 2000.
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Bursa 2010.
- GÜNGÖR, Devrim, "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", TBBD, S.68, Ocak-Şubat 2007.
- GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları", AÜHF 51.inci Yıl Armağanı, Ankara 1973.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, Ceza Normu, Ankara 1996.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki - ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.

- HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2011.
- HUSAK, Douglas; von HIRSCH, Andrew, *Culpability and Mistake of Law*, Action and Value in Criminal Law, Oxford 2003.
- İPEKÇİOĞLU, Pervin A., “*Karşılaştırmalı Bir İnceleme: Türk Ceza Hukuku ile Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından “İşlenemez Suç”un Değerlendirilmesi*”, AÜHFD, C.61.,S.3, 2012, s.859-886.
- İPEKÇİOĞLU, Pervin A., *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Ankara 2009.
- KATOĞLU, Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara 2003.
- KEEDY, R. Edwin, “*Ignorance and Mistake in the Criminal Law*”, The Harvard Law Review Association, C.22, S.2, Aralık 1908.
- KEYMAN, Selahattin, “*Tipiklik ve Ceza Hukuku*”, AÜHFD, C. XXXVII, S. 1-4, 1980.
- KEYMAN, Selahattin, *Hukuka Giriş*, Ankara 2005.
- KOCA, Mahmut, “*Türk Ceza Hukukunda Hata*”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Bahri Öztürk (ed.), Ankara 2009.
- KOCA, Mahmut - ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008.
- KUNTER, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1949.
- NAUCKE, Wolfrang, “*An Insider ’s Perspective on the Significance of the German Criminal Theory’s General System for Analyzing Criminal Acts*”, BYU L. Review, 1984.
- MERAN, Necati, “*Türk Ceza Kanununda Yasak Hatası*”, Terazi Hukuk Dergisi, Y.4, S.32, Nisan 2009.
- ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992.
- ÖZEN, Mustafa, “*Ceza Hukukunda Kanunu Bilmemek ve Hata*”, Uğur Alacakaptan’a Armağan Cilt: 1, İstanbul 2008.
- ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008.
- RYU, K. Paul - SILVING, Helen, “*Error Juris: A Comparative Study*”, The University of Chicago Law Review, C.24, S.3, İlkbahar 1957.
- SIMESTER, A.P; SPENCER J.R; SULLIVAN, G.R; VIRGO G.J, *Simester and Sullivan’s Criminal Law- Theory and Doctrine*, 4. Baskı, ABD 2010.
- TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2009.
- YENİSEY, Feridun - PLAGEMANN, Gottfried, 15 Mayıs 1871 Tarihli Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009.
- YOUNGS, Raymond, “*Mistake of Law in Germany - Opening Up Pandora’s Box*”, *Journal of Criminal Law*, 2000.
- www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/cezanorm_kemal_kil.htm, Erişim Tarihi: 5.9.2011.

