

KUSURLULUĞU ORTADAN KALDIRAN SEBEPLERLE HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ ARASINDAKİ AYRIMIN TCK’NIN UYGULANMASI BAKIMINDAN PRATİK SONUÇLARI

Elvan KEÇELİOĞLU*

I. Giriş

5237 sayılı TCK’nın birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümünün başlığı, “*Cezai Sorumluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” olarak belirlenmiştir. Söz konusu bölüm toplam 11 maddeden oluşmaktadır. Bunlar sırasıyla, Kanunun Hükmü ve Amirin Emri (TCK m. 24), Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali (TCK m. 25), Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası (TCK m. 26), Sınırın Aşılması (TCK m. 27), Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit (TCK m. 28), Haksız Tahrik (TCK m. 29), Hata (TCK m. 30), Yaş Küçüklüğü (TCK m. 31), Akıl Hastalığı (TCK m. 32) Sağır ve Dilsizlik (TCK m. 33), Geçici Nedenler, Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma (TCK m. 34) dır.

Kanunun bu sistematığının açıkça gösterdiği gibi, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda dogmatik açıdan, hukuki nitelikleri birbirinden son derece farklı hukuka uygunluk sebepleri, kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler ve kusurluluğa etki eden sebepler aynı başlık altında toplanmıştır.

Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerle hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler arasında yapılacak bir ayırım, her şeyden önce yasa hazırlanırken belli bir suç teorisinden hareket edilip edilmediğinin tespiti bakımından önemlidir. 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK ile karşılaştırıldığında birçok maddesi bakımından çok büyük değişiklikleri beraberinde getirdiği gözlemlenmektedir. Yasanın özellikle Hata (TCK m. 30), İştirak (TCK m. 37-41) ile ilgili maddeleri ve yaptırımlar sistematığı yakından incelendiğinde bu değişiklikleri sadece mad-

* Yrd. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

de bazı değişiklikler olarak değerlendirme imkanı yoktur. Yasanın bu maddeleri takip edilen suç teorisi bakımından ciddi bir felsefe değişikliğine işaret etmektedir. Özellikle “haksızlık” teriminin suç teorisindeki sistematik anlamıyla beraber kanun metninde kullanılıyor olmasını bu değişimin doğrudan bir yansıması olarak görmek mümkündür. Yasa koyucunun yasanın genelinde de esas aldığı suç teorisi bakımından Alman Hukukuna paralel bir seyir izlediği gözlemlenmektedir.¹

Ancak bugün için Alman hukuk çevrelerinde hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu kaldıran sebeplerin birbirinden tıpkı hukuka aykırılık ve kusurluluk gibi keskin bir şekilde ayrılması gerektiğine ilişkin görüşler ileri sürülmektedir. Hatta bizzatihi Alman ceza hukukunun bugünkü suç genel teorisi anlayışının temelini bu olduğu söylenilebilir.² Böylesine bir ayrımın gerekliliğine ilişkin görüşler her şeyden önce kurumların dayanmış olduğu felsefi noktaların farklılığından hareket etmektedir.³ Bu bağlamda ulaşılan pratik sonuçlarda farklılık arz etmektedir.

Yasa koyucunun yukarıda belirtilen maddelerde haksızlığı ve kusurluluğu birbirinden ayıran farklı bir suç teorisi anlayışından hareket ettiği iddia edilse de, 5237 sayılı Kanun’un hazırlık çalışmalarını yürüten Adalet Komisyonunun Raporu’nda; bu maddelerin hukuki niteliklerinin tartışmalı olduğu belirtilmiş, öğretilde ileri sürülen görüşler açısından bağlayıcı olmamak için bölümde söz konusu edilen hukuki kurumların salt hukuki sonucu göz önünde bulundurulmak suretiyle bir başlıklandırmaya gidildiği belirtilmiştir.⁴ Ancak madde gerekçeleri incelendiğinde yasa koyucunun söz konusu maddelerin hukuki nitelikleriyle ilgili olarak yorum yapmaktan kaçınmadığı gerekçelerde maddelerin hukuki nitelikleriyle ilgili geniş açıklamalara yer verildiği görülmektedir. Yine yasa koyucunun CMK’nın 223. maddesinde bu ku-

¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Keçelioğlu, *Der Einfluss des deutschen Strafgesetzbuches auf das neue türkische Strafgesetzbuch*, s. 71 vd.

² Jescheck, *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, s. 177., Daha fazla bilgi için bkz. Koca / Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 117 vd.

³ Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht*, s. 324-325.

⁴ Adalet Komisyonu Raporu için bkz. *Gazi Şerhi*, s. 47. Söz konusu bölüm hazırlanırken Komisyona danışmanlık yapan akademisyenlerin, bölümün Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Kusurluluğu Etkileyen Nedenler olarak iki kısım halinde düzenlenmesi talebi komisyon tarafından kabul edilmemiştir., Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 251.

rumların hukuki niteliklerini ve bunun sonucu olan ayrımları dikkate alan bir tasnife gittiği gözlemlenmektedir.

Bu çalışmada hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran nedenler arasındaki en azından yukarıdaki gerekçelerle yapılması zorunlu olan ayırımın felsefi noktaları, genel hatlarıyla ele alınacak ve bu ayırımın ceza kanununun uygulanması bakımından önemi ve pratik sonuçları üzerinde durulacaktır. Aşağıda görüleceği üzere bu konu üzerindeki tartışma salt kavramsal ve dogmatik bir tartışma değil, cezai sorumluluğa ve bunun hukuki sonuçlarına doğrudan etki eden bir nitelik taşımaktadır. Çalışmanın bütününden çıkan sonuç ise bu bölümde yukarıda belirtildiği gibi bir *cezai yaptırımına uğramama perspektifinden* bir sistematik oluşturma anlayışının, esinlenen suç teorisine uygun olup olmadığının irdelenmesi olacaktır.

II. Hukuka Uygunluk Sebepleri ile Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebepler Arasındaki Ayırımın Temeli

Ceza hukukunda tipik her hareket yaptırıma tabi tutulamaz, tipik hareketin yaptırım altına alınabilmesi için ayrıca hukuka aykırı olması gerekmektedir. Ancak hukuk düzeni sadece *'yasaklayıcı normlardan'* oluşmamaktadır. Hukuk düzeni aynı zamanda belirli bir yasağı bazı koşullar altında hukuka uygun hale getiren *'izin verici normları'* da tanımaktadır. Bu normlar hukuka uygunluk sebepleri olarak adlandırılırlar ve ortaya çıktıkları yerde artık hareketin hukuka aykırılığından dolayısıyla da haksızlıktan bahsedilemez.⁵ Bu durumlarda gerçekleştirilen tipik hareket hukuka aykırı değildir. Hukuk düzeni bu durumda gerçekleşen hareketi onaylamaktadır. Bu durumda yapılan hareket bir yandan kanunda gösterilen tipik hareketin bütün unsurlarını gerçekleştirirken diğer yandan *"suçun"* ya da daha daraltıcı bir kavramsallaştırma ile *"haksızlığın"* hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkmaktadır.⁶

Bu hukuka uygunluk sebeplerinin sadece ceza hukukundan kaynağını almasına gerek yoktur; hukukun her alanından doğabilirler. Bu bakımdan örneğin meşru müdafaa Ceza Kanunundan doğan bir hu-

⁵ Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 323.

⁶ Buradaki hukuka aykırılık, objektif hukuka aykırılıktır ve hukukun bütünü bakımından hüküm ifade etmektedir. Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, s. 160.

kuka uygunluk sebebi iken (TCK m. 25. f. 1), buna karşılık kiralayanın hapis hakkı özel hukuktan ortaya çıkan bir hukuka uygunluk sebebidir (BK m. 269). Sonuçları itibariyle hukuka uygunluk sebepleri içerisinde gerçekleştirilen bir davranış bütün hukuk düzeni bakımından hukuka uygundur.⁷ Bu bağlamda hukuk düzeninin birliği ve çelişmezliği prensibi geçerlidir.⁸ Bu prensibin pratik anlamı şudur; özel hukuk veya kamu hukukundan doğan bir hukuka uygunluk sebebi etkisini doğrudan ceza hukukunda gösterirken, ceza hukuku alanında yer alan bir hukuka uygunluk sebebi ise etkisini doğrudan diğer alanlarda gösterebilecek; fiili hukuka uygun hale getirecektir. Hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin bir katalog oluşturma, yani bunları tek tek belirleme çabası devam etmekle beraber, böyle bir katalogun tamamlandığına ilişkin bir iddiada bulunulamaz. Sosyal düzen kuralları geliştiği ölçüde hukuka uygunluk sebepleri de gelişmeye veya daralmaya devam etmektedir.⁹

Öte yandan belirtmek gerekir ki bir davranışın hukuka uygun ya da aykırı mı olduğu sorusu evet ya da hayır cevabıyla karşılanabilecek bir sorudur. Hukuka aykırılığın ve bu bağlamda hukuka uygunluğun bir derecelendirilmesi söz konusu değildir.¹⁰

Fiil ile hukuk düzeni arasında bir çatışma olmamasının fiilin hukuka uygun sayılmasının nedeni genelde ya hukuki menfaatin yokluğu, ya hukuki menfaatin üstünlüğü ya da hukuki menfaatin eşitliği prensiplerine dayandırılmaktadır.¹¹ Bunu kısaca menfaatler çatışması düşüncesi olarak nitelemek mümkündür. Buna göre hukuk düzeni, çatışan iki menfaat arasında ve bu menfaatler sadece menfaatten birisinin diğerinin pahasına kurtarılmasının mümkün olduğu durumlarda, yüksek olarak değerlendirilen menfaate göre diğerini kurban eder (TCK m. 25 f. 1). Bu bağlamda hukuka uygunluk sebeplerinin amacı, çatışan menfaatlerin sosyal gerçekliğe uygun bir şekilde

⁷ Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, s. 155.

⁸ Wessels/Beulke, *Strafrecht*, s. 99., Haft, *Strafrecht*, AT, s. 69, Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 327.

⁹ Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 326

¹⁰ Ancak haksızlık kavramı derecelendirilebilir bir kavramdır. Bir davranış büyük veya küçük bir haksızlık olarak nitelenebilir. Haft, *Strafrecht AT*, s. 70.

¹¹ Hafızoğulları, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 231.

kurgulanmasıdır.¹² Bazı istisnai durumlarda ise çatışan ayrı değerdeki iki yükümlülük arasında her iki yükümlülüğü de gerçekleştirmek isteyen tercih edilmesidir. Bu durumda artık gerçekleşen hukuki konunun ihlali eğer hukuka uygunluk sebeplerinin sınırları içerisinde kalıyorsa bir haksızlık olarak nitelenmemekte hukuk düzeni tarafından kabul edilmektedir.¹³ Diğer bir söyleyişle bu durumda yapılan hareket bütün bir hukuk düzeni tarafından bütünüyle onaylanmaktadır.¹⁴ Son tahlilde bütün hukuka uygunluk sebeplerinin ortak sonucu bunların nerden doğduğunun bir önemi olmaksızın haksızlığın hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırmalarıdır.¹⁵

Yukarıda vurgulandığı üzere hukuka uygunluk sebeplerini açıklayan felsefi düşünceler birçok temele dayanmaktadır. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin temeli ise tartışmalıdır.¹⁶ Kısaca belirtecek olursak; kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerde fail, hukuka aykırı olarak hareket etmiştir. Burada artık ihmal edilebilir çatışan bir karşıt menfaatten bahsedilemez. Burada alışık olmadık bir durum vardır ve bu durumdan dolayı fail, kusurluluk hipotezi altına alınamamakta ve ya böyle bir suçlama adil görünmemektedir.¹⁷ Daha üst bir soyutlama ile hareket edilirse, kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler norma uygun davranışın istenemezliği (*Unzumutbarkeit*)¹⁸ düşüncesine dayanmaktadır. Ceza hukuku hiç kimseden insanüstü davranışlarda bulunmasını bekleyemez.¹⁹ Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin esas amacı hukuka aykırı bir davranışın bu kriminal-politik sebeplerle cezalandırılmaması zorunluluğunun sınırlarını çizmektir.²⁰ Tıpkı hukuka uygunluk sebeplerinde olduğu gibi, kusurluluğu ortadan

¹² Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen*, s. 426.

¹³ Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen*, s. 426.

¹⁴ Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 323

¹⁵ Haft, *Strafrecht*, AT, s. 79.

¹⁶ Haft, *Strafrecht*, AT, s. 137.

¹⁷ Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 325

¹⁸ Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht*, AT, s. 554.

¹⁹ Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht*, AT, s. 554

²⁰ Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen*, s. 426.

kaldıran sebeplerde de tamamlanmış bir katalogdan bahsedilemez.²¹ Kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler cezasızlık sonucunu ortaya çıkaran sebeplerdir.²² Ancak tekrar vurgulamak gerekir ki kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler söz konusu olduğunda fiilin hem tipik hem de hukuka aykırı olma özelliği devam etmektedir.²³

Hukuka uygunluk sebepleri bir kimsenin çatışan menfaatlerin söz konusu olduğu durumlarda “ne yapmalı?” sorusuna cevap aramaktır. Bu bakımdan hukuka uygunluk sebepleri davranış hatlarını ve yönlerini belirlerken aynı zamanda hak ve haksızlık (*Recht/Unrecht*) arasındaki çizgiyi de belirlemektedir. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler ise kişi ne yapmalı sorusuyla ilgilenmemektedir. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin temel uğraşı noktası “sosyal olarak hatalı” bir davranışın, olayın özel koşulları bakımından cezalandırılabilir olup olmadığı ya da cezalandırılmak zorunda olup olmadığına ilişkin soruya cevap aramaktadır. Bu farklı kategorilerin farklı ödevleri dikkate alındığında şu sonuca ulaşılabilir. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler hukuka uygunluk sebepleri ile karşılaştırıldığında pür bir ceza hukuku konusu ve sorusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü cezai tehdidin söz konusu olduğu durumda olayın özellikleri dolayısıyla bir istisna yaratma ya da yaratmama ceza hukukunun temel tartışma konularına göre cevaplanacak ve kararlaştırılacak bir sorudur. Buna karşın çatışan menfaatler söz konusu olduğunda hak ver haksızlık arasındaki sınırın belirlenmesine yönelik problem ise sadece ceza hukukunun çözebileceği bir sorun değildir. Buradaki çözüm için hukukun bütün diğer alanlarının katkısı gerekmektedir.²⁴

Sonuç olarak her ne kadar hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin hukuki sonuçları –cezalandırılma/cezai yaptırıma uğramama perspektifinden– aynı olsa da, yani her iki durumda da kişi cezalandırılmasa da bu kurumlar birbirinden farklı anlamlara sahiptir. Hukuka uygun fiil, hukuk düzeni tarafından onaylanmaktadır, buna karşın kusurluluğu ortadan kaldıran se-

²¹ Haft, *Strafrecht*, AT, s.137.

²² Haft, *Strafrecht*, AT, s.137.

²³ Haft, *Strafrecht*, AT, s.137.

²⁴ Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen*, s. 426.

bepler dahilinde işlenen fiil ise hukuk düzeni tarafından sadece “hoş” görülmektedir.²⁵

III. Ayrımın Pratik Sonuçları

Yukarıda kısaca değinildiği gibi hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin arasındaki teorik ayrımlar, bunlara hukuken farklı sonuçlar bağlandığında bunların sistemleştirilmesi bir zorunluluğa dönüşmektedir. Aşağıda bu ayrımın TCK'nın uygulanması bakımından ortaya çıkan pratik sonuçları üzerinde durulacaktır.

a. İki İzlilik Sistemi Bakımından

Hukuka uygunluk sebepleriyle kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler arasındaki ayrım yukarıda da görüldüğü üzere aslında “*fiilin hukuka aykırılığı*” ve “*failin kusurluluğu*” ayrımına dayandırılmaktadır ve bu prensibe dayandırılarak ortaya çıkarılmakta ve geliştirilmektedir. Bu ayrım hiç de küçümsenmeyecek bir kriminal politik hedefe de ulaşılmasını sağlamaktadır; kusurun karşılığı olarak ödettirici ceza ve tehlikeliliğin karşılığı olarak güvenlik tedbiri. Ayrımın diğer ve en önemli sonuçlarından birisi ise bütün bu tartışmaların aynı suç teorisi içerisinde incelenmesine imkan sağlamasıdır.²⁶

“*Suç*”, “*Ceza*” ve “*Güvenlik Tedbirleri*” terimleri modern ceza hukukunun temel kavramlarını oluşturmaktadır. Suç; ceza tehdidi altına alınmış, ceza kanununda bütün unsurları gösterilmiş ve failin kusurlu bir şekilde gerçekleştirmiş olduğu hukuka aykırı davranıştır. Ceza ise hukukun ihlalinin, içermiş olduğu haksızlık ve kusurla ölçülü bir şekilde bir kötülükle, hukuk düzenini koruma amacıyla, devlet tarafından ödettirilmesidir. Tabii ki ceza failin resosyalisasyonunu desteklemeli en azından bu süreci sakatlamamalıdır. Güvenlik tedbirleri ise toplumun ve yine failin kendisinin fiilin tekrarı tehlikesine karşı korunması amacıyla hizmet eden yaptırımlardır.²⁷ Bu temel kavramlar özellikle 1945 ten sonra yapılan kanun reformlarının birçoğunda kabul

²⁵ Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 476.

²⁶ Eser, *Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung*, s. 310.

²⁷ Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 13., Roxin, *Strafrecht AT*, s. 97.

edilmiştir.²⁸Yaptırımlar sisteminin bu ikili ayrımı doktrinde iki izlilik sistemi olarak tanımlanmaktadır.²⁹

5237 sayılı TCK yaptırımlar bakımından da önemli değişiklikleri beraberinde getirmiştir. Yaptırımlar sistematiğinde bir sadeleştirme gidilmiştir. Ayrıca, felsefi alt yapı bakımından iki izlilik sistemi benimsenmiştir.³⁰ Türk hukuku açısından artık, kusur prensibinin altında şerh edildiği anayasal “*Hukuk Devleti*” ilkesi gereğince, kusurlu hareket etme yeteneği bulunmayan, hukuk kuralının anlamını bilmediği veya bilebilecek durumda bulunmadığı için hatta bilebildiği halde, ona uygun hareket edemeyecek durumda olan bir kimseye, ceza verilemez. Bu durumun aksi kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.³¹ Bu sisteme göre ceza yaptırımı kusura bağlıdır. Güvenlik tedbirleri yaptırımı ise haksızlığın yani kusurlu olarak işlenmemiş bir haksızlığın karşılığı olarak karşımıza çıkmaktadır.³² Bu bakımdan iki izlilik prensibi hukuka uygunluk sebepleri ile kusur-

²⁸ Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 13. 1945 yılından sonra ortaya çıkan yasalama faaliyetlerinin birçoğunda iki izlilik sistemiyle karşılaşmakla beraber bu sistemin temelleri daha gerilere gitmektedir. Sistemin temelleri 1882 tarihli Marburger Programıyla Franz v. Liszts tarafından atılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Wedekind, *Die Reform des strafrechtlichen Berufsverbot*, s. 8.

²⁹ Söz konusu sistem 1933 yılından bu yana Alman ceza hukukunun temelini oluşturmaktadır ve tarihsel gelişimi içinde kıta avrupalı hukuk sistemlerinde geniş bir kabul görmüştür. Sistemin gelişimi ve temelleri için bkz. Eser, *Zur Entwicklung von Massregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht*, s. 214 vd. Roxin, *Strafrecht AT*, s.96 vd., Lackner, *StGB Mit Erläuterungen*, Vor 38., Kn 1, s. 253. Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 13. Ayrıca belirtmek gerekir ki 1990’larda ‘Uzlaşma’ müessesesinin ortaya çıkmasıyla beraber yaptırım sistemi ile ilgili tartışmalar daha dinamik bir hal almış, Alman doktrininde kimi yazarlar üç izlilik sistemi üzerine tartışmaya başlamışlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Roxin, *Strafrecht AT*, s. 100 vd.

³⁰ Keçelioğlu, *Der Einfluss des deutschen Strafgesetzbuches auf das neue türkische Strafgesetzbuch*, s. 132 vd. Ceza kanunumuz tıpkı Alman kanununda olduğu gibi iki izlilik sistemini benimsemiş bulunmaktadır. Bununla birlikte Alman hukuku bakımından iki izlilik sistemi üzerinde yoğun tartışmalar olan bir sistem olduğunu burada belirtmekte yarar görüyoruz. Bu tartışmalar özellikle özgürlüğü bağlayıcı cezalarla özgürlüğü bağlayıcı güvenlik tedbirleri arasındaki ilişkinin ortaya konulması çerçevesinde devam etmektedir.

Türk hukuku bakımından ‘iki başlı yaptırım sistemi’ olarak adlandırılan bu sistemin 5237 sayılı Kanun’la açık bir şekilde benimsendiği konusu tereddütten uzaktır. Bkz. Özgenç, *Suç ve Yaptırım Teorisine İlişkin Yeni Gelişmeler Işığında Türk Ceza Kanunu Tasarısı*, s. 56.

³¹ Öztürk/Erdem, *Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 323

³² Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 33.

luluk arasında bir ayrıma gidilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu ayrımın zorunlu sonucu olarak, hukuka uygunluk sebepleri içerisinde fiili gerçekleştirmiş bir kimseye hiç bir yaptırım uygulanmazken, aynı fiili kusurluluğu ortadan sebepler içerisinde gerçekleştirmiş kimselelere güvenlik tedbiri yaptırımı uygulanabilecektir. Bu sayede ceza adaleti bu tür fiillere aynı ceza davasında reaksiyon gösterebilecek böylelikle de bu tür kriminal fiiller ceza hukuku alanında tutulacaktır. Ancak bu modelin kusurlulukla, hukuka aykırılık, bu bağlamda hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluk arasında ayrıma gidilmeyen bir sistemde çalışır hale gelmesi kolay olmayacaktır.³³ Bu bakımdan hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler arasında ayırım yapılması TCK'nın kabul etmiş olduğu yaptırımlar sistemi bakımından zorunludur.

b. Suça İştirak Bakımından

5237 sayılı TCK'nın getirmiş olduğu en önemli yeniliklerden birisi de iştirak ile ilgili hükümlerdir. 765 sayılı TCK'nın iştirake ilişkin hükümleri, kişinin suçun işlenişine katkısının gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil ondan bağımsız olarak ele alındığı gerekçesiyle ve 765 sayılı kanunun kabul etmiş olduğu ve hükümet tasarısında da kabul edilen asli iştirak, ferî iştirak ayrımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmaya sonuçlanması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla bu ayırmadan vazgeçilmiştir. Yeni yapılan düzenleme ile iştirak şekilleri, fiilin işleniş üzerinde kurulan hakimiyet ölçü alınarak Faillik (m. 37), Azmettirme (m. 38) ve Yardım Etme (m. 39) olarak düzenlenmiştir.³⁴

5237 sayılı Kanun'a göre, "Azmettirme" ve "Yardım Etme" olarak adlandırılan şeriklikte sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için failin işlediği fiilin kasten işlenmesi ve hukuka aykırı olması gerekir ve yeterlidir. Failin bu fiili nedeniyle ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur. Çünkü suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır. (m. 40. f. 1) Buna bağlılık kuralı

³³ Eser, *Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung*, s. 311.

³⁴ 37. maddenin gerekçesi.

denilmektedir.³⁵ Bu bakımdan hukuka uygunluk sebepleri, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırdığı için, bu sınırlar dahilinde işlenen bir fiile bütün şeriklik durumları da failin davranışı hukuka uygun kabul edildiği için cezalandırılmamalıdır. Çünkü ortada 40. madde de belirtilen iştirakin üzerine kurulabileceği ‘*hukuka aykırı*’ işlenmiş bir fiilden bahsetme olanağı yoktur. Bu davranışa her türlü katılım, iştirakin üzerine kurulduğu ana fiil gibi hukuka uygun kabul edildiğinden aynı değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır ve hukuka uygun kabul edilmelidir. Buna karşılık bağlılık kuralı gereğince fail kusursuz olsa ve bu sebeple cezalandırılmayacak olsa bile, bu diğer şeriklerin kusurlu olabilecekleri ve bunun karşılığında cezalandırabilecekleri gerçeğini değiştirmektedir. En azından bağlılık kuralı bunu mümkün kılmaktadır. (m. 40) Bu kural gereğince suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın ki bu düzenlemeden şeriklerden birinin kusursuzluğunu da içeren bir “*cezalandırmayı önleyen kişisel nedenler*” kategorisini anlamak gerekmektedir, kişi kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır (m. 40). Bu hiç kuşkusuz kusurun şahsiliği prensibinin de bir sonucudur.³⁶ Ancak uygulamada durum bu teorik çerçeve olduğu kadar birbirinden kesin hatlarıyla ayrılmış değildir, çünkü failin cezasızlığına yol açan sebepler çoğunlukla diğer şeriklerde de vardır ya da başkaca hukuki bir argüman şerikin ceza almasının önüne geçmektedir.³⁷

Ara sonuç olarak; kanunun iştirake ilişkin felsefi-sistemik yaklaşımı dikkate alındığında bu yaklaşımın hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler arasında bir ayrımı zorunlu kıldığı gözlemlenmektedir.

c. Meşru Müdafaa Bakımından

5237 sayılı TCK ile meşru müdafaaı m. 25. f. 1’de düzenlemiştir. Yasanın getirmiş olduğu en önemli yeniliklerden birisi, meşru müdafaaın artık bütün haklara saldırılara karşı kabul edilmiş bir hukuka

³⁵ 40. maddenin gerekçesi.

³⁶ Kindhäuser, *Strafrecht*, AT, s. 316.

³⁷ Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen*, s. 427.

uygunluk sebebi olmasıdır.³⁸ Söz konusu maddede meşru müdafaa'nın oluşabilmesi için "...bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı..." şartını arayarak yasa koyucu meşru müdafaa'nın ancak haksız saldırılara karşı mümkün olabileceğini belirtmiştir.

Burada dikkat çeken en önemli hususlardan birisi de kanun metninde "*haksız bir saldırı*" sözcüğünün kullanılıyor olmasıdır. Haksızlık kavramının kabul edilen suç teorisi bakımından anlamını tekrara kaçmamak için burada yeniden anlatmaktan kaçınıyoruz, fakat meşru müdafaa'nın uygulaması bakımından şu küçük açıklamayı zaruri görüyoruz. Bir fiilin saldırı, tecavüz niteliğinde olup olmadığı ve dolayısıyla haksızlık teşkil edip etmediği değerlendirilirken hukuk düzeni bir bütün olarak dikkate alınmalıdır.³⁹

Hukuka uygunluk sebepleri bakımında da hukuk düzeni bir bütün olarak dikkate alınmalıdır. Çünkü hukuk düzeni tarafından tanınan herhangi bir hukuka uygunluk sebebi, saldırının hukuka aykırılığını dolayısıyla haksızlık niteliğini ortadan kaldıracaktır. Ancak saldırıyı gerçekleştiren kişide akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü olması gibi sebeplerle kusur yeteneğinin olmaması fiilin haksızlık niteliği bakımından önemli değildir.⁴⁰ Burada daha büyük bir soyutlama yapacak olursak, kusuru ortadan kaldıran sebepler altında işlenmiş bir hareket haksız bir hareket olarak kabul edilir ve bu harekete karşı meşru savunma mümkündür.⁴¹ Buna karşın, hukuka uygunluk sebepleri altında işlenen bir hareket haksız bir saldırı olarak kabul edilemez. Dolayısıyla bu tür saldırılara karşı meşru müdafaa söz konusu olmaz.⁴² Sonucu soyut bir kavramsallaştırma üzerinden kısaca belirtecek olursak meşru müdafaa'ya karşı meşru müdafaa olmaz iken yasa da kabul edildiği haliyle örneğin zaruret halinde işlenmiş bir fiile karşı meşru müdafaa mümkündür.

³⁸ 25. maddenin gerekçesi.

³⁹ Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 371

⁴⁰ Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 371.

⁴¹ Bu düzenleme ile yasa koyucu kusur yeteneği olmayan kimselerin fiillerine karşı meşru müdafaa'nın olup olmayacağına ilişkin tartışmalardaki tavrını da açıkça ortaya koymaktadır.

⁴² Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen*, s. 428.

d. Hata Bakımından

5237 sayılı TCK'nın önemli değişiklikler getirmiş olduğu kurumların başında yasanın "hata" ile ilgili düzenlemeleri gelmektedir. YTCK'da "hata" 30. maddede dört fıkra halinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin Alman Ceza Kanunu'nun 16. ve 17. maddesinde düzenlenmelerle yoğun bir benzerlik gösterdiği görülmektedir. Ancak yasa koyucu Alman Ceza Kanunu'ndan bir adım daha öteye geçerek yasanın 3. fıkrasında ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan sebeplerin maddi koşullarında hatayı da açıkça düzenlemiştir. Düzenleme kaynağını esasen son hükümet tasarısından yani son Dönmezer tasarısından almaktadır. Madde gerekçesinde, hükümet tasarısının 23. maddesinin 3. fıkrasında "hukuka uygunluk nedenlerinde hata" ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiş, madde metnindeki "hukuka uygunluk nedenleri" yerine "ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler" konulduğu belirtilmiştir.⁴³

Hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler arasındaki ayrımın pratik bir sonucu da bu konuda kendini göstermektedir. Özellikle Alman hukuk çevrelerince yapılmış tartışmalarda hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin koşullarının gerçekleştiği hususunda hata kavramı açıklanmaya çalışılırken kabul edilen suç teorisi perspektifiyle uyumlu çeşitli teoriler geliştirilmiştir. Bu teorileri kısaca; kast teorisi (*Vorsatztheorie*), kusur teorisi (*Schuldtheorie*), suçun negatif unsurları teorisi (*Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*) katı kusur teorisi (*Die strenge Schuldtheorie*), sınırlandırılmış kusur teorisi (*eingeschränkte Schuldtheorie*) olarak saymak mümkündür. Son tahlilde bu teorilerin temel tartışma konuları, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarının gerçekleştiği hususunda ki hata kavramının, suçun haksızlık unsuru kapsamında mı değerlendirileceği yoksa kusur kapsamında mı değerlendirileceğidir? Bu tercihe göre ulaşılabilecek sonuç farklı olacaktır. Sonuçta ya bu hatanın tipikliğin manevi unsurlarından birisi olan kastı kaldırdığı dolayısıyla taksirli sorumluluk halinin saklı olduğu kabul edilecek ya da hata kusur seviyesinde bir hata olarak kabul edilecek ve

⁴³ 30. maddenin gerekçesi. Söz konusu hüküm hükümet tasarısında şu şekilde idi; "Kendisine kusur olarak isnadı mümkün olmayan bir hata dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerine ait koşullara uyduğunu sanan kimseye ceza verilmez." (Hükümet Tasarısı m. 23, f. 3)

sorun hukuki hataya ilişkin kuralların uygulanmasıyla çözülecektir.⁴⁴ (Al. CK m. 17) Bu teorilerden katı kusur teorisi hariç tutulacak olursa; hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata hakim doktrine göre “*kasti*” ortadan kaldırmaktadır.⁴⁵ Bu durumda taksirli sorumluluk hali saklıdır. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin maddi koşullarında hata durumunda ise, eğer bu hata kaçınılamaz ise kişinin “*kusur*”undan bahsedilemez. Dolayısıyla kişi hakkında herhangi bir cezaya hükmedilemez. Katı kusur teorisine göre ise hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarının gerçekleştiği hususundaki hata kusurluluğu ortadan kaldırmaktadır.⁴⁶

Alman doktrinin de gerçekleşen bu tartışmalar, Türk doktrininde de yansımaları bulmaktadır. Öncelikle konuya ilişkin Türk doktrininde ileri sürülen görüşlere kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

Özgenç’in bu konudaki görüşleri şu şekilde özetlenebilir: “*Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata failin içinde bulunduğu koşullar bakımından kaçınılmaz olması halinde cezaya hükmolunmaz.*

Bu yanılığın kaçınılabilir olup olmadığının tayini, taksirle işlenen hak-sızlıklar açısından söz konusu olan dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin ölçütler doğrultusunda yapılacaktır.

⁴⁴ Alman Federal Yüksek Mahkemesi „sınırlandırılmış kusur teorisi“ ni kabul etmektedir. bkz. Aydın, Öykü Didem, *Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu*, s. 80. Hemen belirtmek gerekir ki kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan her nedenin niteliği gereği maddi şartları üzerinde hataya düşmek mümkün değildir. Örneğin karşı koyamayacağı cebir altında suç işleyen kişinin kendisine tatbik edilen maddi cebirin varlığı konusunda hata yapması söz konusu olamaz.. Koca / Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku*, s. 284. Öte yandan akıl hastalığı ya da yaş küçüklüğü gibi kusurluluğu ortadan kaldıran konularda da yanılma dikkate alınmaz. Çünkü bu durumların fiili olarak failde bulunması zaten kusuru ortadan kaldıran bir sebeptir, fiilen akıl hastalığının ya da yaş küçüklüğünün *bulunmaması* durumu ise kusur üzerinde herhangi bir etki doğurmamaktadır. Yani failin kendi kusur ehliyetinin üzerindeki düşüncesinin ve bu kapsamdaki yanılığının bir önemi yoktur, böylesi bir yanılığın dikkate alınmamaktadır. Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 520. Dolayısıyla bu gibi durumlar *ancak fiilen bulunduğu* kusurluluğu etkilemektedir. Bu konudaki yanılığın kusurluluk üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. bkz. ayrıca Gropp, *Der Irrtum im neuen türkischen Strafgesetzbuch* vom 26. September 2004, s. 165.

⁴⁵ Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen*, s. 428.

⁴⁶ Hillenkamp, *32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 61 vd.

Bu yanılmanın kaçınılmaz olması halinde; şayet taksirle işlenmiş olması kanunda müstakil bir suç olarak tanımlanmış ise fail ancak taksirinden dolayı cezalandırılabilir.

...

Somut olayda kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bir nedenin maddi şartlarında hataya düşmesi halinde, kişi bu hatasından yararlanır. Bu hata kusurluluk bağlamında mütalaa edilmelidir.

...

Bu yanılmanın kaçınılmaz olması halinde, işlediği fiili açısından kusurunun varlığından bahsedilemez.

...

Kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin maddi şartlarında hatanın kaçınılmaz olması halinde; kişi cezalandırılacaktır, fakat cezasında ancak alt sınıra kadar indirim yapılabilecektir.”⁴⁷

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere Özgenç hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatayı 30. maddenin 3. fıkrasına göre sınırlı kusur teorisini esas alarak çözmektedir. Yazar kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerde hatayı katı kusur teorisine göre çözmektedir⁴⁸

Koca / Üzülmaz ise TCK m. 30 f. 3 de ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen bu hatasından yararlanacağına ilişkin kuralla kanunumuzun sisteminde, hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu etkileyen sebeplerin anlaşılması gerektiğini, esasen kanunun 30. maddesinin 3. fıkrasıyla bu sorunun çözümlenmek istediğini belirtmektedir. Fakat yazarlar “Esasen biz hukuka uygunluk sebeplerinin sübjektif unsurları teorisini kabul ettiğimizden, somut olayda failin bu şartları bilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Dolayısıyla bu çerçevede konuya ilişkin hiçbir hüküm bulunmasa dahi hatanın kastı ortadan kaldıracağı sonucuna varılacaktır. Şayet fail hataya düşmekte taksirli ise, suçun taksirli şeklinin varlığı halinde, bundan dolayı cezalandırılmalıdır. 30. maddenin 3. fıkrası ise münhasıran kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hata hallerinde uygulanacaktır.” diyerek görüşlerini belirtmişlerdir. Dolayısıyla Koca /

⁴⁷ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 430.

⁴⁸ Aynı yönde görüş için bkz. Koca, YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri, s. 126

Üzülmez hukuka uygunluk sebeplerinin varlığının maddi koşullarındaki hataya ilişkin çözümlenmeye katı kusur teorisi hariç diğer teorilerle aynı sonuca, hukuka uygunluk sebeplerinin sübjektif unsurları teorisinden hareketle ulaşmaktadır.⁴⁹

Özbek'e göre ise ceza sorumluluğunu "*Kaldıran ve Azaltan Nedenler*" başlığını taşıyan Birinci Kitap İkinci Kısım İkinci Bölüm adı altında hukuka uygunluk sebepleri yanında kusurluluğu kaldıran ve etkileyen sebeplere de yer verilmiş olduğundan bu terimin kullanımının yerinde olmadığını belirtmiştir. Hükümün gerekçesinde ise- Hükümet tasarısının 23. maddesinin 3. fıkrası veya bendinde düzenlenen "*hukuka uygunluk nedenlerinde hata ile hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki hukuka uygunluk nedenleri yerine ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler ibaresi konulmuştur*" denilmektedir. "*O halde buradaki ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler, hukuka uygunluk nedenleri olarak anlaşılmalıdır.*" diyerek hemen akabinde "*hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında yanılmanın esaslı olması durumunda taksirli sorumluluğun söz konusu olduğunu belirterek; o halde hukuka uygunluk sebebinde kaçınılmaz hata kusuru tümüyle ortadan kaldırırken, kaçınılmaz hata sadece kastı kaldırır*" diyerek soruna farklı gerekçelerle benzer bir çözüm getirmektedir.⁵⁰

Soyaslan ise söz konusu maddeyi hukuka uygunluk sebeplerinde hata başlığı altında şerh etmektedir. Soyaslan'a göre; fail yanılmasaydı fiil suç etmeyecek fiil hukuka uygun olacaktı. Fakat fail yanılmasında taksir derecesinde kusurlu ve işlenen fiil taksirle işlendiği takdirde de cezalandırılan bir fiil ise fail o zaman fiili taksirle işlemiş olmaktan sorumludur.⁵¹

Hakeri' de 30. maddenin 1. fıkrasında taksirli sorumluluk halinin saklı olduğu açıkça belirtilmiş fakat 3. fıkrada bu açıkça düzenlenmemiş olsa da genel hükümler gereğince, failin kastından dolayı sorumlu tutulamayacak olması varsa taksirinden ötürü sorumlu tutulmasına engel değildir diyerek hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşul-

⁴⁹ Koca / Üzülmez, *Ceza Hukuku*, s. 253 vd. ayrıca, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması*, s. 44-47.

⁵⁰ Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 351, 352.

⁵¹ Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 386, 387.

larının varlığı konusunda hata durumunda taksirli sorumluluk esasını benimsemiştir.⁵²

Bu konudaki dikkat çekici ve doktrindeki öteki görüşlerden ayrılan yorumlardan birisiyle de Hafizoğulları'nda karşılaşmak mümkündür. Hafizoğulları'na göre öncelikle *"burada bahsedilen kaçınılmaz hataya düşmekten maksat, herhalde hataya düşmesinin failin kendi kusurundan ileri gelmemesidir. Hataya düşmesinde bir kusuru varsa, aynı davranışında gerekli özeni göstermemişse, fail failinden sorumlu olacaktır... Herhalde buradaki sorumluluk taksirli sorumluluktur.*

Kanun ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlerden söz etmektedir. Kanunun ikinci bölümünün başlığı 'ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlerdir. Bu nedenler hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu kaldıran nedenler, isnat yeteneğini azaltan ve kaldıran nedenler ve cezalandırılabilme şartlarıdır. Eğer hükmü kanunda olduğu biçim de alırsak sıkıntılarla karşı karşıya kalırız.

...

Bu demektir ki söz konusu hüküm, hukuka uygunluk nedenleri ve fiili hata hariç, kusurluluğu kaldıran diğer nedenler üzerinde hataya düşmekle veya bilmemekle sınırlıdır."

Görüldüğü üzere Hafizoğulları bu tür durumlarda taksirli sorumluluk esasını belirterek doktrindeki diğer yazarlarla aynı noktada birleşmekle beraber söz konusu maddenin kapsamının belirlenmesinde diğer yazarlardan ayrı bir yorum benimsemiştir.⁵³

Bize göre ise 30. maddenin 3. fıkrası hükmü hem hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hem de kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin hem de kusurluluğu azaltan sebeplerin maddi koşullarında hatayı içermektedir. Esasen ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan sebepler başlığının bunları kapsadığı hususunda doktrinde bir tartışma yoktur. Zaten bölüm başlığının sistematik yorumu da bu yargıyı desteklemektedir. Dolayısıyla bu bölüm başlığının sadece kusurluluğa etki eden sebeplerin maddi koşulları ya da hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin indirgemeci yorumlara katılmamaktayız. Bizce kanunun

⁵² Hakeri, *Ceza Hukuku*, s. 329.

⁵³ Hafizoğulları, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 302.

lafzı bu konuda herhangi bir başkaca yoruma imkan vermeyecek kadar açıktır. Yasa koyucunun irade ettiğinden daha fazlasını amaçlayan taşkın yorumlar yorum yöntemleri için sakıncalı olduğu gibi kelimeye yasa koyucunun irade ettiğinden daha az bir anlam yükleyen bu indirgemeci ve daraltıcı yorumları da sakıncalı bulmaktayız. Bilindiği üzere yasa koyucu iradesini ancak ve ancak kelimelerle ortaya koyabilmektedir. Kelimenin gramatik ve fıkranın sistematik anlamı bu kadar açık iken indirgemeci bir yorum ile fıkranın anlamını bu derece daraltmak hiç kuşkusuz yasa koyucunun iradesini dikkate almamak olacaktır. Bu da yorumun ilk aşaması ve ontolojik temeli olan metne bağlılık prensibini ihlal etmektedir.

Bize göre yasa koyucu 3. fıkradaki düzenleme ile hukuka uygunluk sebeplerinin veya kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin maddi koşullarında hata arasında herhangi bir ayrıma gitmemiştir. Burada yasa koyucunun her iki hata durumunu da 'kusurluluk' kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Bu bakımdan bu her iki hal durumunda da hata kaçınılabilir ise fail suçun kasıtlı şeklinden cezalandırılacak ancak bu durum temel cezanın tayininde dikkate alınacaktır. Eğer hata kaçınılamaz bir hata ise böyle bir hata durumunda ister kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin isterse hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında düşün kimse cezalandırılmayacaktır. Dolayısıyla biz katı kusur teorisinin çözümüne katılmaktayız. Nitekim maddenin gerekçesi incelendiğinde yasa koyucunun katı kusur teorisi kapsamında bir çözümleme yaptığı görülmektedir. Çünkü gerekçede "somut olayda söz konusu nedenlerin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise kişi işlediği fiilden sorumlu tutulacak ve fakat bu hata temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır."⁵⁴ denmektedir.

Dolayısıyla kaçınılamaz bir hata söz konusu ise kişi kusurlu kabul edilmeyecek dolayısıyla herhangi bir cezai sorumluluk olmayacaktır.⁵⁵

Sonuç olarak doktrinde bu fıkranın hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler olarak iki farklı şekilde anlaşılması ve farklı sonuçlar bağlanması şeklinde çalışmalar olmakla birlik-

⁵⁴ 30. maddenin gerekçesi, ayrıca aynı görüş için bkz. Koca, *YTCK' da Hukuka Uygunluk Sebepleri*, s. 125.

⁵⁵ 30. maddenin gerekçesi.

te, yasanın lafzının ve maddenin sistematik yerinin yorumu kaldırır bir şekilde kaleme alındığı görüşünde değiliz. Yasa koyucu buradaki hatayı bir değerlendirme hatası olarak kabul etmiş ve kusurluluk kapsamında değerlendirmiştir. Bu durumu iki izlilik sistemin getirmiş olduğu yaptırımlar sistemi açısından değerlendirecek olursak ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan sebeplerin maddi koşullarında hata durumunu katı kusur teorisi çerçevesinde kusurluluğu etkilediği için suçun haksızlık unsurunda herhangi bir etkide bulunmamaktadır. Bu sebeple bu durumda işlenen fiillerde failin güvenlik tedbirleri bakımından sorumluluğu devam etmektedir.

Ancak katı kusur teorisinin kabul edilmediği her durumda ki Türk doktrini bakımından, baskın görüş katı kusur teorisini kabul etmemektedir, eğer içtihatlarda bu şekilde oturacak olursa; kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerle ile hukuka uygunluk sebepleri arasında ayırımın bir önemi de burada karşımıza çıkmaktadır. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin maddi koşullarında hata durumunda eğer hata kaçınılmaz ise kişi ceza almayacaktır. Hata kaçınılabilir ise kişi ilgili suçun cezasını alacak fakat cezası indirilecektir. Hukuku uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata durumunda ise bu durum kastı ortadan kaldıracaktır ancak söz konusu fiil ile ilgili taksirli sorumluluk durumu devam edecektir. Bu bakımdan neyin kusurluluğu ortadan kaldıran sebep neyin ise hukuka uygunluk sebebi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Bu durumda ideal olan ise bu kuramlar arasında dogmatik bir ayrıma gidilmesi ve bu ayrıma göre sorunun farklı bentlerde farklı hukuki sonuçlar perspektifinde çözüme kavuşturulmasıdır.

e. CMK Bakımından

Yukarıda belirttiğimiz gibi hukuk düzeni aynı zamanda yasağı bazı koşullar altında hukuka uygun hale getiren garantileri de tanımaktadır. Bu garantiler hukuka uygunluk sebepleri olarak adlandırılırlar ve ortaya çıktıkları yerde artık haksızlıktan bahsedilemez. Bu durumlarda gerçekleştirilen tipik hareket hukuka aykırı değildir. Hukuk düzeni bu durumlarda gerçekleşen hareketi onaylamaktadır. Yapılan hareket bir yandan kanunda gösterilen tipik hareketin bütün unsurlarını gerçekleştirirken diğer taraftan suçun hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkmaktadır. Bu hukuka uygunluk sebeplerinin sadece ceza

hukuku alanından doğmasına gerek yoktur. Hukukun her alanından doğabilirler.

Kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler ise, norma uygun davranışın beklenemezliği düşüncesine dayanmaktadır. Ceza hukuku hiç kimseden insanüstü davranışlarda bulunmasını bekleyemez. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin esas amacı hukuka aykırı bu davranışın bu kriminal-politik(ceza siyaseti) sebeplerle cezalandırılmaması zorunluluğunun sınırlarını çizmektir. Bu gibi durumlarda fail kusurluluk hipotezi altına alınamamakta ve ya böyle bir suçlama adil gözükmemektedir.

Bu temel noktaları ve bu ayrımın sonuçlarını dikkate alan bir yaklaşımla ceza kanununda olmasa bile Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda karşılaşmak mümkündür. Yasa koyucu CMK'nın hüküm kısmında üç aşamalı suçun unsurları öğretisine uygun bir sınıflandırmaya gittiği gözlemlenmektedir. Ceza usul hukukunda da takip edildiği iddia edilen suç genel teorisine uygun bir düzenleme yapılması hiç kuşkusuz rasyonel, eşit, denetlenebilir ve böylelikle hukuki güvenliği tesis edici bir içtihat yaratmayı mümkün kılacak en azından bunu kolaylaştıracaktır.⁵⁶ Son tahlilde de anayasa da düzenlenmiş hukuk devleti ilkesine ve eşitlik kuralına hizmet edecektir. (Anayasa m. 2 ve 10). CMK m. 223'te hükümlerin nelerden ibaret olduğu açıkça sayılmaktadır.⁵⁷ Bu maddede kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler-

⁵⁶ Jescheck, *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, s. 179.

⁵⁷ DURUŞMANIN SONA ERMESİ VE HÜKÜM

Madde 223 - (1) Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür.

(2) Beraat kararı;

a) Yüklene fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, b) Yüklene suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, c) Yüklene suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, d) Yüklene suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, e) Yüklene suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması, Hallerinde verilir.

(3) Sanık hakkında;

a) Yüklene suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, b) (Değişik bend: 25/05/2005-5353 s.K./30.mad) Yüklene suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi,c) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, d) Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi, hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

le hukuka uygunluk sebepleri arasında açık bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Buna göre eğer yapılan yargılama sonunda olayda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu dair bir yargıya varılacak olursa beraat kararı verilecektir. Eğer hukuka uygunluk sebepleri değil de kişi hakkında kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerden birisinin bulunduğu ilişkin bir yargıya varılacak olursa verilecek karar bu sefer ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin bir karar olacaktır. Bu durum hiç kuşkusuz yukarıda saymış olduğumuz temel paradigmaya/ modele ayrıca iki izlilik sistemine de uygun bir yaklaşımdır.

Yasa koyucunun burada artık hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler arasında açık bir ayrıma gittiği gözlemlenmektedir.⁵⁸

(4) İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen;

a) Etkin pişmanlık, b) Şahsî cezasızlık sebebinin varlığı, c) Karşılıklı hakaret, d) İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı, Dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

(5) Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilir.

(6) Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur.

(7) Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.

(8) Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Bu karara itiraz edilebilir.

(9) Derhâl beraat kararı verilebilecek hâllerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez.

(10) Adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı kanun yolu bakımından hüküm sayılır.

⁵⁸ Burada dikkati çeken ve ayrıca tartışılması gereken bir konu ise maddeler düzenlenirken hukukun genel teorisi yaklaşımının göz ardı edildiğidir. Şöyle ki, Ceza kanununun hazırlanmasında yasa koyucunun söz konusu maddelerin hukuki nitelikleri bakımından bağlayıcı olmamak bakımından bir nitelemeye gitmediği iddia edilmiştir. CMK'nın ilgili maddelerinde ise yasa koyucu bu maddelerin hukuki niteliklerinin açıkça ilgili madde de belirtmiş ayrıca bu hukuki niteliklere farklı hukuki sonuçlar bağlamıştır. Burada TCK yasa koyucusu ile CMK yasa koyucusunun ayrı organlar olmadığına ve her iki düzenlemenin de kanun düzeyinde normlar olduğuna göre TCK'nın ilgili bölüm başlığı ile CMK'nın hükümleri arasında paralellik sağlanmalıdır. Hukuk Teorisine göre hukuk düzeni her şeyden önce bütün hukuk kurallarının ve kurumlarının içeriksel birlikteliğinden oluşmaktadır. Bu bakımdan hukuk kuralları ve kurumları ussal bir açıklık ve çelişmezlik içerisinde kurgulanmalıdır. Vesting, *Rechtstheorie*, s. 35, 49.

Özellikle 223. maddenin 1.d fıkrasında hukuka uygunluk sebepleri durumunda beraat kararının verileceği hükme bağlanmaktadır. Yine 223. maddenin 3. fıkrasının a-b-c-d bentlerinde ise kusurluluğun olmadığı kabul edilmiş ve ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar verileceği hükme bağlanmaktadır. Ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar verildiğinde hiç şüphesiz güvenlik tedbirine ilişkin hüküm verilebilecektir. Dolayısıyla buradaki fiillerin haksızlık özelliği devam etmektedir ve bunlar kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerdir.

IV. Sonuç

YTCK kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerle hukuka uygunluk sebepleri arasındaki ayrımı tanımamıştır. Ne var ki, böylesi bir ayrım, tümüyle hareket edilen suç teorisini gösteren ve hataya ilişkin çözümleri değiştiren bir ayrımdır. Bu çalışmada gösterildiği üzere bu kurumların hukuki sonuçlarının aynı olduğu dolayısıyla ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran ve azaltan nedenlerin aynı başlık altında düzenlenebileceğine ilişkin iddiaya katılma olanağı yoktur. Bu iki kurum ararsındaki ayrım dayanmış olduğu idealler kadar kanunun uygulaması bakımından önemli farklılıkları beraberinde getirmektedir. Bu ayrımların başında iki izlilik sisteminin uygulanması, meşru müdafaa, iştirak ve hata ile ilgili maddeler gelmektedir. Dolayısıyla yasa koyucunun cezai sorumluluğu kaldıran ve azaltan sebepler başlığı altındaki kurumların hukuki sonuçlarının aynı, hukuki niteliklerinin tartışmalı olduğu, bu sebeplerle böyle bir sistematığın benimsediği yolundaki iddialarına katılma olanağı yoktur. Çünkü görüldüğü üzere bu kurumların hukuki sonuçları aynı değildir ve CMK'nın düzenlemesi dikkate alındığında yasa koyucunun bunların hukuki niteliklerine bağlamış olduğu sonuçlar da birbirinden farklıdır. Dolayısıyla TCK'da da bunların hukuki niteliklerine ilişkin yasa koyucunun uygulamayı bağlayıcı bir nitelemeye gitmesi zorunludur. Bu nitelemeler bakımından bağlayıcı olunmaması ve sorunun uygulamaya bırakılması, yeknesak bir içtihat anlayışının oluşturulmasında hala çok büyük sıkıntılar yaşayan Türk ceza adaleti sistemi bakımından büyük sorunlar doğurabilir, bu da son tahlilde hukuki güvenliğe zarar verir. Ayrıca biz, eğer yasa koyucu yeni bir suç teorisinden hareket ettiğini iddia ediyorsa bunu ilk olarak haksızlık ve kusurluluk dolayısıyla hukuka

uygunluk sebepleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler arasında bir ayırım yaparak göstermesi gerektiğine inanıyoruz.

Bu kurumların aynı sistematik başlık altında düzenlenmeye devam edilecek olunursa ilgili maddelerde “ceza verilmez”, “kusurlu hareket etmiş olmaz” ya da “hukuka aykırı değildir” gibi ceza hukuku dogmatigi bakımından farklı anlamlara gelen ve düzenlemelerin hukuki niteliklerini belirten ve sonuçlarını değiştiren terimlere yer verilmesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKLAR

- Aydın, Öykü Didem, *Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu.*, TBB Dergisi, Sayı 53, 2004, s. 63-140.
- Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, Bielefeld 2003.
- Eser, Albin, *Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung, Ein Schlüsselproblem des Verbrechensbegriffs*, in., *Criminal law theory in transition: finnish and comparative perspectives*. Helsinki: Finnish Lawyers' Publ., 1992, s. 301-317.
- Eser, Albin, *Zur Entwicklung von Massregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht*, in., *Grundfragen staatlichen Strafrechts : Festschrift für Heinz Müller Dietz zum 70. Geburtstag*. München 2001, s. 213-236.
- Gropp, Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Dritte, überarbeitete und erweiterte Auflage*, Berlin 2005.
- Gropp, Walter, *Der Irrtum im neuen türkischen Strafgesetzbuch vom 26 September 2004*, s. 165. In *3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi*, Ankara 2009.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009.
- Hafizoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008.
- Haft, Frityof, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München 1992.
- Hillenkamp, Thomas, *32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil*, Luhterhand, 2002.
- Katoğlu, Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara 2003.
- Keçelioğlu, Elvan, *Der Einfluss des deutschen Strafgesetzbuches auf das*

- neue türkische Strafgesetzbuch*, Hamburg 2009.
- Kindhäuser Ursh, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden Baden 2009.
- Koca, Mahmut, *YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri*, Yıl 1, Sayı 1, S.111-145.
- Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008.
- Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması, *EÜHFD CİLT XI*, Sayı 1-2 Haziran 2007, s. 39-53.
- Lackner Karl Kommentar, *Strafgesetzbuch Mit Erläuterungen*, München 1997.
- Jescheck, Hans-Heinrich, *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, in., Beitrage zum Strafrecht 1980-1998, Berlin 1998.
- Jescheck, Hans Heinrich / Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage., Berlin 1996.
- Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, -İzmir Şerhi-*, 2. Baskı, Ankara 2005.
- Özgenç, İzzet, *Suç ve Yaptırım Teorisine İlişkin Yeni Gelişmeler Işığında Türk Ceza Kanunu Tasarısı*, in Toplumsal Değişim sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu- Birinci Kitap, Ankara 2004., s. 55-69.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu -Gazi Şerhi-*, Ankara 2005.
- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2006.
- Roxin, Claus, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen*, in: Juristische Schulung 1998, Heft 6, s. 425-433.
- Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage, München 2006.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2005.
- Vesting, Thomas, *Rechtstheorie*, München 2007.
- Wedekind, Volker, *Die Reform des strafrechtlichen Berufsverbot*, Tübingen 2006.
- Wessels, Johannes / Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 34., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2004.