

SUÇUN YASAL TANIMINDA YER ALAN “HUKUKA AYKIRILIK” İFADESİNİN İCRA ETTİĞİ FONKSİYON

Neslihan GÖKTÜRK*

Özet

Hukuka aykırılık tipiklikten bağımsız olarak suçun yapısal bir unsurdur ve tipikliğin icra ettiği hukuka aykırılık karinesine bağlı olarak suçun yasal tanımında ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Buna rağmen bazı suç tiplerinde “hukuka aykırılık” ifadesine yer verildiği görülmektedir. Yine, bazı suç tiplerinde “rızası olmaksızın” veya “rızasına aykırı olarak” ifadelerine yer verilmek suretiyle 5237 sayılı TCK sisteminde bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen ilgilinin rızasının yokluğuna işaret edilmektedir. Suç tiplerinin bir kısmında ise “izinsiz”, “ruhsatsız”, “karar olmaksızın” gibi ifadeler kullanılarak fiilin yetkili merciler tarafından verilen bir izin veya karar bulunmaksızın icra edilmiş olması aranmaktadır. Hukuka aykırılık unsuru ve tipik fiilin suç teşkil eden bir haksızlık olarak ortaya çıkmasını önleyen hukuka uygunluk nedenleri karşısında suçun yasal tanımında yer alan bu ifadeler ne anlam yükleneyeceği bir sorun olarak ortaya çıkmakta ve tartışmalara sebebiyet vermektedir. Suçun maddi ve manevi unsurları, özellikle hata bakımından yapılacak olan belirleme bu sorunun çözümüne bağlıdır. İşte bu sorun, çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tipiklik, hukuka aykırılık, hukuka aykırılık bilinci, hukuka uygunluk nedeni, ilgilinin rızası.

THE FUNCTION OF THE “ILLEGALITY” WHICH STATED IN THE LEGAL DEFINITION OF THE OFFENCE

Abstract

Unlike typicality, illegality is a constituent element of the offence and should not be necessarily specified in the legal definition of the offence. However, “illegality” is also stated in some of the definitions. Likewise, phrases such as “without the consent of someone” or “contrary to the consent of someone” are stated in some of the definitions to refer to the absence of the consent of the concerned body which is accepted as a justification in Turkish Penal Code numbered 5237. By expressions like “without permission”, “without obtaining license”, “without obtaining the decision” in some definitions, it is required that the conduct should be committed without prior permission or order of authorities. How to interpret this kind of phrases in the legal definition of the offence occurs to be a problem and is causing discussions in terms of legality and justification. Other determinations with regard to objective and subjective elements of the offence and especially mistake depend on this interpretation and it is the topic of this article.

Keywords: Typicality, illegality, knowledge of illegality, justification, consent of the concerned body.

* Yrd. Doç. Dr. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza-Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Üyesi

1. GENEL AÇIKLAMA

Hukuka aykırılık tipiklikten bağımsız olarak suçun yapısal bir unsurudur ve tipikliğin icra ettiği hukuka aykırılık karinesine bağlı olarak suçun yasal tanımında ayrıca belirtilmesine gerek yoktur; buna rağmen bazı suç tiplerinde “hukuka aykırılık” ifadesine yer verildiği görülmektedir¹. Yine, bazı suç tiplerinde “rızası olmaksızın” veya “rızasına aykırı olarak” ifadelerine yer verilmek suretiyle 5237 sayılı TCK sisteminde bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen ilgilinin rızasının yokluğuna işaret edilmektedir². Suç tiplerinin bir kısmında ise

¹ Örneğin TCK 91/2’de “*hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse*”; 91/5’te “*hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi*”; 109/1’de “*bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişi*”; 112/1, 113/1, 114/2, 115/2, 117/1, 118/2, 223/1, 223/3, 224/1, 235/2-c’de “*cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla*”; 120/1’de “*hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisi*”; 123/1’de “*sırf huzur ve sükununu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması*”; 124/1’de “*kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi*”; 124/2’de “*kamu kurumları arasındaki haberleşmeyi hukuka aykırı olarak engelleyen kişi*”; 124/3’te “*her türlü basın ve yayın organının yayınının hukuka aykırı bir şekilde engellenmesi*”; 132/2’de “*kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse*”; 135/1’de “*hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimse*”; 136/1’de “*kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi*”; 209/2’de “*imzalı ve kısmen veya tamamen boş bir kağıdı hukuka aykırı olarak ele geçirip veya elde bulundurup da hukukî sonuç doğuracak şekilde dolduran kişi*”; 239/1’de “*bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi*”; 243/1’de “*bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden kimse*”; 260/1’de “*hukuka aykırı olarak ve toplu biçimde, görevlerini terk eden, görevlerine gelmeyen, görevlerini geçici de olsa kısmen veya tamamen yapmayan veya yavaşlatan kamu görevlileri*”; 267/1’de “*yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için, bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi*”; 272/1’de “*hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimse*”; 277/1’de “*yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi*” ifadelerine yer verilmiştir.

² Örneğin TCK 91/1’de “*hukukun geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse*”; 99/1’de “*rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi*”; 101/1’de “*bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştırarak kimse*”; 116/1’de “*bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi*”; 132/3’de “*kendisizyle yapılan haberleşmelerin içeriğini*

“izinsiz”, “ruhsatsız”, “karar olmaksızın” gibi ifadeler kullanılarak fiilin yetkili merciler tarafından verilen bir izin veya karar bulunmaksızın icra edilmiş olması aranmaktadır³. Hukuka aykırılık unsuru ve tipik fiilin suç teşkil eden bir haksızlık olarak ortaya çıkmasını önleyen hukuka uygunluk nedenleri karşısında suçun yasal tanımında yer alan bu ifadeler ne anlam yükleneyeceği bir sorun olarak ortaya çıkmakta ve tartışmalara sebebiyet vermektedir⁴. Suçun maddi ve manevi unsurları, özellikle hata bakımından yapılacak olan belirleme bu sorunun çözümüne bağlıdır⁵. Sorunun çözümü, her şeyden evvel suç tanımının işlevinin, hukuka

diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa eden kişi”; 133/1’de “*kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi*”; 133/2’de “*katıldığı aleni olmayan bir söyleyişi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi*”; 141/1’de “*zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alarak kimse*”; 163/2’de “*telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanılan kişi*”; 245/1’de “*başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa*”; 290/2’de “*muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan rehlinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan taşınır malın bu kişinin elinden rızası dışında alınması*” ifadelerine yer verilmiştir.

³ Örneğin TCK 174/1’de “*yetkili makamlardan gerekli izni olmaksızın, patlayıcı, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeyi imal, ithal veya ihraç eden, ülke içinde bir yerden diğer bir yere nakleden, muhafaza eden, satan, satın alan veya işleyen kişi*”; 181/2’de “*atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokan kişi*”; 184/1’de “*yapı ruhsatı alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi*”; 188/1’de “*uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç eden kişi*”; 188/3’te “*uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satışa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulunduran kişi*”; 193/1’de “*içeriğinde zehir bulunan ve üretilmesi, bulundurulması veya satılması izne bağlı olan maddeyi izinsiz olarak üreten, bulunduran, satan veya nakleden kişi*”; 287/1’de “*yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail*”; 320/1’de “*hükümetin izni olmaksızın bir yabancı veya yabancı Devlet hizmetinde veya bunların lehinde çalışmak üzere Ülke içinde vatandaşlardan asker yazan veya vatandaşları silâhlandırarak kimse*” ifadelerine yer verilmiştir.

⁴ **Maurach**, Reinhart / **Zipf**, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I, 8. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1992, § 24 kn. 10.

⁵ **Bringewat**, Peter, Grundbegriffe des Strafrechts, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008, kn. 376.

aykırılık unsurunun içeriğinin, suçun yapısında icra ettikleri fonksiyon temelinde tipiklik ve hukuka aykırılık unsurları arasındaki ilişkinin ortaya konmasını zorunlu kılmaktadır.

2. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT BAĞLAMINDA SUÇ TANIMININ İŞLEVİ

İnsanın toplumsal düzen içinde yaşayabilmesi, aynı zamanda anayasal bir hak olan maddi ve manevi varlığını geliştirilebilmesi için buna ilişkin menfaatlerin hukuk normları ile koruma altına alınması şarttır⁶. Münhasıran hukuki menfaatlerin korunması yoluyla, toplumsal barışın muhafazası ve sosyal düzenin devamlılığı sağlanabilmekte; ceza hukuku bu bağlamda önemli bir fonksiyon icra etmektedir⁷. Ceza hukukunun görevi, toplumsal yaşam bakımından vazgeçilmez olan alanları, bir başka ifade ile sosyal düzenin devamı için önem arz eden menfaatleri etkili şekilde korumaktır⁸. Ceza hukuku, toplumsal yaşamın

⁶ **Ünver**, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 443; **Ebert**, Udo, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001, s. 1.

⁷ Diğer hukuk disiplinlerinden farklı olarak ceza hukuku, toplumsal düzen bakımından vazgeçilemeyecek derecede önem arz eden menfaatlere yönelik ağır ihlalleri suç olarak tanımlamak ve cezalandırmak yoluna gitmektedir. Diğer hukuk disiplinlerinde hukuka aykırı addedilen bir fiil, suç oluşturmayabilir. Bu durum, esasen ceza hukuku yaptırımlarının niteliğinden kaynaklanmaktadır. Diğer disiplinlerde de yaptırım olmakla beraber; ceza hukuku yaptırımları –kişi hürriyetini sınırlandıran hapis cezasında olduğu gibi- niteliği itibarı ile bunlardan farklıdır. Bu nedenle, ceza hukuku tüm hukuk düzeni içinde hukuki menfaatlerin korunmasında ikincil olma özelliğini haizdir. Ceza hukuku, sosyal düzenin muhafazası bakımından önem arz eden bir hukuki menfaatin korunmasında diğer hukuk disiplinlerinin etkili olmadığı hallerde müdahalede bulunur (son çare olma “*ultima ratio*” ilkesi) (Ayrıntı için bkz. **Roxin**, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, § 2 kn. 97 ff.; **Bringewat**, kn. 2 ff.; **Ünver**, s. 440, 449).

⁸ **Welzel**, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1969, s. 1 ff.; **Roxin**, AT/1 § 2 kn. 7; **Baumann**, Jürgen / **Weber**, Ulrich / **Mitsch**, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003, § 3 kn. 10, § 8 kn. 7; **Jakobs**, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991, 2/12; **Wessels**, Johannes / **Beulke**, Werner / **Satzger**, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2013, § 1 kn. 6; **Bringewat**, kn. 12 ff.; **Ebert**, s. 1; **Heinrich**, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2012, kn. 3 ff.; **Kindhäuser**, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013, § 2 kn. 6; **Rengier**, Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, § 3 kn. 2; **Frister**,

temel değerlerini güvence altına almakta olup; burada anayasa ile oluşturulan değerler düzeni önemli ölçüde belirleyicidir⁹. Ceza normuna meşruiyet kazandıran husus da, ceza hukukuna yüklenen bu görevdir¹⁰. Ceza hukuku bu görevi, bireylere yönelik davranış tarzlarını belirlemek; hukuki menfaatleri ihlal eden bazı davranış biçimlerini yasaklamak, menfaatleri korumaya yönelik bazı davranış biçimlerini ise emretmek suretiyle yerine getirir¹¹. Bu nedenle, ceza normları emir ve yasak normlarından oluşur¹². Normlar, toplumsal yaşamda insana yüklenen yükümlülükleri tespit etmeleri nedeni ile emredici karakteri haizdirler¹³ ve toplum tarafından da emredici olarak algılanırlar. Hukukun görevi, davranış icra edilmeden önce, emir ya da yasak normları ile insanları yönlendirebilmektir. Hukukun toplumda etki göstermesi gerektiği için, normlar öncelikle “belirleyici norm (Bestimmungsnorm)” olarak fonksiyon icra ederler¹⁴. Fakat normlar aynı zamanda değerlendirme

Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, § 3 kn. 20; **Ünver**, s. 436 vd.; **Zafer**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 6.

⁹ **Roxin**, AT/1 § 2 kn. 86 ff.; **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 3 kn. 12 f.; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 1 kn. 6; **Bringewat**, kn. 10 f., Hangi menfaatlerin ceza hukuku ile korunmaya değer olduğunun tespitinde, anayasada öngörülen değerler düzeni önemli ölçüde belirleyicidir. Örneğin insanın maddi ve manevi varlığını korumaya ve geliştirmeye yönelik hakları, ceza hukuku ile korunması gereken menfaatler arasındadır ki; bu nedenle öldürme, yaralama, hakaret ceza kanunlarında suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, bireysel nitelik taşıyan menfaatler dışında yine toplumsal düzen açısından korunması gereken menfaatler de bulunmaktadır. Sözgelimi kamu idaresinin güvenilirliğine karşı suçlar, anayasal düzeni ihlal eden suçlar, adliye aleyhine işlenen suçlar bu kapsamdadır.

¹⁰ **Ebert**, s. 2; **Ünver**, s. 439.

¹¹ **Welzel**, s. 2, **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 8 kn. 7; **Jescheck**, Hans Heinrich / **Weigend**, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s. 233; **Freund**, Georg, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009, § 1 kn. 6.

¹² **Jescheck / Weigend**, s. 233; Emir ve yasaklar, suç tanımlarında lâfzi olarak açıkça belirtilmeyip; örtülü olarak unsurların arkasında bulunurlar. Örneğin kasten öldürmeye ilişkin suç tanımında bir yasak açıkça belirtilmemesine rağmen, unsurların ardında “hiç kimseyi öldürmeyeceksin” şeklinde bir yasak gizlidir. İcrai suçların arkasında bir yasak, ihmalî suçların ise bir emir vardır (**Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 8 kn. 8).

¹³ Normun emirleri herkese yöneliktir. Akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi algılama yeteneği üzerinde etkili olan hususların, normun herkese yönelik emredici fonksiyonu üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Çocuklar, akıl hastaları da normun muhatabıdır (**Jescheck / Weigend**, s. 237).

¹⁴ **Jescheck / Weigend**, s. 237; **Bringewat**, kn. 29; **Ebert**, s. 2.

fonksiyonuna (Bewertungsnorm) da sahiptirler. Suç tanımının ihtiva ettiği emir ya da yasak şeklindeki normlar, aslında hukuk düzeninin fiil hakkındaki değerlendirme yargısından başka bir şey değildir¹⁵. Hukuk düzeninin fiili değerlendirici fonksiyonu, ceza hukuku alanında kanunkoyucunun yaptığı suç tanımıyla icra edilmektedir (Bewertungsfunktion des Rechts)¹⁶.

Her normun temelinde, korunan hukuki menfaate dayalı bir değer yargısı vardır¹⁷. Normun temelindeki değer yargısı ise, davranış normları olup; kanun hükmünün ihtiva ettiği norm, davranış normlarına dayalı değer yargısının içeriğidir. Bir başka ifadeyle her normun içinde davranış normlarına dayalı değer yargısı saklıdır¹⁸. Davranış normları, insanın icrai veya ihmali nitelikteki belli fiillerinin tasvip edilemez olduğu hususunda bir yargıyı ifade etmekte; belli davranış biçimleri hakkında bir değersizlik yargısının oluşumunu sağlamaktadırlar. Gerçekleştirilen davranış biçimleri, sözkonusu davranış normları karşısında bir değerlendirmeye tabi tutulmakta ve bunun sonucunda bu davranışın “değerli” veya “değersiz” olduğu hususunda bir yargıya ulaşılmaktadır. Davranış normları, belli davranışların muhteva itibarı ile doğru olmadıkları, bir haksızlık teşkil ettikleri hususunda bir yargıya ulaşabilmek bakımından bir değerlendirme kriteri oluşturmaktadırlar (davranış normunun değerlendirme fonksiyonu)¹⁹. Fakat, fiilin suç olarak tanımlanmasına temel teşkil eden davranış normları ile hukuki menfaatlerin korunması arasında amaç-araç ilişkisi bulunup; cezalandırılabilir haksızlığın temel nedenini tipik davranışla bir hukuki menfaatin ihlali oluşturmaktadır²⁰. Gerek suç tanımlarının ihtiva ettiği emir ya da yasak normlarının gerekse bunların temelinde bulunan davranış normlarının ifade ettiği

¹⁵ **Maurach / Zipf**, AT/1 § 25 kn. 2; **Jescheck / Weigend**, s. 237; **Ebert**, s. 2.

¹⁶ **Maurach / Zipf**, AT/1 § 24 kn. 16.

¹⁷ **Zielinski**, Diethart, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Dunckner & Humblot, Berlin, 1973, s. 228; **Hirsch**, Hans Joachim, "Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", ZStW 1981/93, s. 846 vd.

¹⁸ **Kindhäuser**, Urs, "Normverstoß und natürliche Handlungseinheit-BGH, NJW 1984, 1568", JuS 1985/2, s. 101.

¹⁹ **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 158-159; Normun ihlali, aynı zamanda buna ilişkin davranış normuna karşı çıkış anlamına da gelmektedir (**Kindhäuser**, JuS 1985/2, s. 103).

²⁰ **Ünver**, s. 439; **Sözüer**, Adem, Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları No: 134, İstanbul, 1994, s. 146.

değerlendirme fonksiyonunun, korunmak istenen menfaatten bağımsız olarak izah edilebilmesi mümkün değildir. Korunmak istenen menfaat, tüm fiiller hakkında “olumlu” ya da “olumsuz” şeklindeki değerlendirmede müşterek olan yegâne belirleyici kriterdir. Nitekim, suç ile korunması amaçlanan hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli nitelik taşımayan bir fiilin tipikliğinden söz edilemez. Hukuki menfaat ile fiilin suç konusu üzerinde ortaya çıkardığı zarar veya tehlike birbirinden farklı kavramlar olmakla beraber²¹; birbiri ile yakından ilintilidir. Zira, fiilin suç konusu bakımından zarar veya tehlike doğurmaya elverişli olmadığı hallerde hukuki menfaatin ihlal edildiğinden ve buna bağlı olarak tipiklikten söz edilemez. Fiil ve bunun bir niteliği olan elverişlilik tipiklik unsuru bağlamında ele alınması gereken bir husus olsa da; elverişlilik korunan hukuki menfaatten bağımsız olarak tespit edilemez²².

Kanunkoyucuyu fiili suç olarak tanımlaya götüren temel düşünce hukuki menfaat olduğuna göre; hukuki menfaat, suç tanımının yapılması, yani haksızlığın sınırlarının çizilmesinde yol göstericidir²³.

²¹ Hukuki menfaat ile suçun konusu birbirinden farklı kavramlardır. Hukuki menfaat, bilişsel olarak algılanabilir olmayan, toplumsal düzenin devamı için korunması gereken soyut, düşünsel bir fenomendir. Örneğin kasten yaralama suçunda korunan hukuki menfaat vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı, suçun konusu ise insanın vücududur. Hırsızlık suçunda ise korunan menfaat mülkiyet veya zilyedlik iken, suçun konusu başkasına ait eşyadır. Bazı suç tiplerinde, suçun konusu ile korunan hukuki menfaatin örtüşmesi mümkün ise de; bu durum farklı kavramlar oldukları gerçeğini değiştirmez (**Roxin**, AT/1 § 2 kn. 65; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT §1 kn. 8; **Bringewat**, kn. 16; **Krey**, Volker / **Esser**, Robert, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2011, § 1 kn. 10.). Somut bir varlığı bulunmayan hukuki değerler, doğrudan doğruya bir zarara veya tehlikeye uğramazlar. Zarar ve tehlike, fiilin suçun konusu üzerinde yarattığı etkidir. Hukuki değer ihlali, failin, icra ettiği fiil ile bu ideal değeri tanımadığını, onun geçerliliğine karşı çıktığını göstermesidir (**Özgenç**, Genel Hükümler, s. 159, 161).

²² Fiilin suçla korunan hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli olup olmadığı hazırlık hareketi-icra hareketi ayırımında da belirleyici bir kriterdir. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasının nedeni, suç ile korunan hukuki menfaati ihlal etmemeleridir. İcra hareketlerinin başlamasıyla beraber, hukuki menfaat de ihlal edilmektedir (bkz. **Ünver**, s. 1009-1010, “*Hazırlık-icra hareketleri ayırımında herhangi bir ölçüte taraftar olunabilir ise de, vazgeçilemeyecek olan ölçüt unsur veya husus, cezalandırılacak hareketin hukuksal değeri ihlal edici nitelikte olmasının aranmasıdır. Sorun bu ihlalin nasıl saptanacağı konusunda ortaya çıkmaktadır ... objektif temele dayalı bir değerlendirme ile hukuksal değerin ihlal edilmeye başlanıp başlanmadığını saptamak, en haklı, adil ve objektif yöntem olacaktır.*”).

²³ **Jescheck / Weigend**, s. 256-257.

Kanunkoyucunun görevi, unsurlarını tespit etmek suretiyle haksızlığın sınırlarını belirlemektir; unsurlar bir bütün olarak haksızlığı tüketici mahiyette olmalıdır²⁴. Suç tanımı, suçun haksızlık muhtevasına esas teşkil eden, haksızlık muhtevasının sınırlarını ve kapsamını belirleyen tüm unsurları ihtiva etmelidir²⁵. İşte bu görevin ifasında, hukuki menfaat kanunkoyucunun referans aldığı ölçüdür; ancak korunan menfaat ışığında bir suç tanımı oluşturulabilir. Ayrıca, cezanın tür ve miktarının tespitinde, korunan hukuki menfaatin arz ettiği önem ve değer, buna bağlı olarak ihlalin ağırlığı belirleyici bir kriterdir²⁶.

3. SUÇUN YAPISINDA TİPİKLİK UNSURU

Ceza hukukunun güvence fonksiyonu ve bunun bir gereği olan kanunilik ilkesine binaen, bir davranışın suç teşkil etmesinin temel dayanağı kanunkoyucunun yasada yaptığı suç tanımıdır. Suç, her şeyden evvel tipik davranıştır; suç tanımına uygunluk göstermeyen bir fiil suç oluşturmaz²⁷. Suç, fiilin tipikliğinde varlık temeli kazanmaktadır. İşte bu nedenledir ki, fiilin tipikliği aynı zamanda hukuka aykırılığına karine teşkil eder²⁸. Suç tanımının işlevi, tipikliğe dahil unsurların belirlenmesi

²⁴ **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 8 kn. 4; **Heinrich**, AT kn. 114.

²⁵ **Jescheck / Weigend**, s. 245, 247; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 118; **Heinrich**, AT kn. 110; **Krey / Esser**, AT § 10 kn. 261.

²⁶ **Ünver**, s. 831.

²⁷ **Maurach / Zipf**, AT/1 § 10 kn. 6; § 19 kn. 39; § 20 kn. 52; **Heinrich**, AT kn. 110.

²⁸ **Welzel**, s. 80; **Maurach / Zipf**, AT/1 § 19 kn. 40; § 24 kn. 7; **Bringewat**, kn. 461; **Ebert**, s. 28, 64; **Gropp**, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 2005, § 6 kn. 1, 10; **Heinrich**, AT kn. 310; **Hilgendorf**, Eric / **Valerius**, Brian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, § 5 kn. 1; **Krey / Esser**, AT § 10 kn. 261; **Kühl**, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2012, § 6 kn. 2; **Lackner**, Karl, in: Lackner/Kühl StGB, 28. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2014, § 15 kn. 6; **İçel**, Kayıhan / **Sokullu-Akıncı**, Fusun / **Özgenç**, İzzet / **Sözüer**, Adem / **Mahmutoğlu**, Fatih S. / **Ünver**, Yener, Suç Teorisi, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 92; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 300; **Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 251; aksi görüş için bkz. **Freund**, AT § 3 kn. 2 f., Yazar'a göre davranışın tipikliği, tek başına hukuka aykırı olduğu yahut haksızlık oluşturduğu anlamına gelmez; sade davranışın onaylanmadığı hususunda bir yargı ifade eder. Bunun dışında, olayda herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı araştırılmak suretiyle tespit edilmek zorundadır. "Fiil hukuka aykırıdır" ibaresi, davranışın sadece tipik olduğu anlamına gelmez; aynı zamanda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı yönündeki tespiti de ihtiva eder. Bu nedenle, tipikliğin tek başına hukuka aykırılığa karine teşkil ettiği söylenemez.

suretiyle haksızlığın sınırlarının çizilmesidir²⁹. Suçun yasal tanımında yer alan ve haksızlık üzerinde etkili olup haksızlığın sınırlarını belirleyen her bir unsur tipikliğe dahildir. Bunlar, haksızlığın yapısına ilişkin unsurlardır ve tipikliğin maddi unsurlarını (objektif unsur) oluştururlar³⁰. Suçun yasal tanımında yer alan ve haksızlığı tanımlayıp sınırlarını belirleyen unsurlar ise, deskriptif ya da normatif nitelik taşırlar³¹. Deskriptif unsurlar, haksızlığın dış dünyadaki gerçekleşme koşullarına ilişkin olan; haksızlığı dış dünyada “gerçekleşen olay” şeklinde tasvir eden ve bilişsel olarak algılanabilir kılan objektif nitelikteki unsurlardır³². Örneğin kasten yaralama suçunun konusunu oluşturan “insan vücudu” deskriptif bir unsurdur. Suçun dış dünyadaki görünüm biçiminin ancak deskriptif unsurlarla belirlenmesi mümkün olsa da, fiilin bir haksızlık olarak tanımlanması için yeterli olmayabilir. Haksızlığın sınırlarının belirlendiği suç tanımında, dış dünyada bilişsel olarak algılanabilir unsurlardan bağımsız olarak değerlendirmeye tabi unsurlar da bulunabilir ki; bunlar, normatif unsurlardır³³. Belirlilik ilkesi gereği, normatif nitelikteki

²⁹ Suç tanımı bu işlevine binaen aynı zamanda ikaz fonksiyonu (**Appellfunktion des Tatbestandes**) ifa etmektedir (**Heinrich**, AT kn. 110, 114).

³⁰ **Maurach / Zipf**, AT/1 § 20 kn. 1 ff.; Tipikliğin manevi unsurunun (kast-taksir) ise, suçun oluşmasının kastın varlığına bağlı olduğu şeklindeki genel kural (TCK m. 21/1) karşısında -taksir haricinde- suçun yasal tanımında belirtilmesine gerek yoktur. Kast ise, suçun yasal tanımında yer alan unsurların somut olayda gerçekleştiğinin fail tarafından bilinmesidir.

³¹ Suç tipinde haksızlığı tanımlayan unsurları deskriptif ve normatif unsurlar şeklinde ele alan görüş için bkz. **Roxin**, AT/1 § 10 kn. 57 ff.; **Maurach / Zipf**, AT/1 § 20 kn. 55; **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 8 kn. 16 ff.; **Jescheck / Weigend**, s. 269 ff.; **Puppe**, Ingeborg, , in: NK-StGB, Band 1, 4. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013, § 16 kn. 41; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 130 ff.; **Bringewat**, kn. 373 ff.; **Heinrich**, AT kn. 125 ff.; **Kindhäuser**, AT § 9 kn. 9 ff.; **Krey / Esser**, AT § 12 kn. 414 ff.; **Kühl**, Lackner / Kühl - StGB § 15 kn. 5; **Sternberg-Lieben**, Detlev / **Schuster**, Frank, in: Schönke/Shröder StGB, 29. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2014, § 15 kn. 17 ff.; **Kudlich**, Henn, in: BeckOK-StGB, 30. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2016, § 15 kn. 12; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 237; **Koca / Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 100-101; **Artuk**, Mehmet Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara, 2013, s. 211.

³² **Kaufmann**, Arthur, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Verlag Dr. Hanns Krach, Mainz, 1949, s. 164 f.; **Roxin**, AT/1 § 10 kn. 58; **Jescheck / Weigend**, s. 269-270; **Bringewat**, kn. 373; **Heinrich**, AT kn. 125; **Kindhäuser**, AT § 9 kn. 10; **Krey / Esser**, AT § 12 kn. 414; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 131; **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB § 15 kn. 18.

³³ **Kaufmann**, Unrechtsbewusstsein, s. 166 f.

unsurlar, ancak haksızlığın deskriptif unsurlarla tanımlanmasının mümkün olmadığı ya da amaca uygun düşmediği durumda kullanılabilirler³⁴. Örneğin görevi kötüye kullanma suçu bakımından failin “kamu görevlisi” sıfatını taşıyıp taşımadığı, fiilin görevi kötüye kullanma teşkil edip etmediği; resmi belgede sahtecilik suçu bakımından üzerinde tahrifat yapılan belgenin resmi belge olup olmadığı; hırsızlık suçunda alınan eşyanın başkasına ait olup olmadığı, söylenen bir sözün hakaret oluşturup oluşturmadığı değerlendirme yapılmasını gerektiren unsurlardır. Normatif unsurların deskriptif unsurlardan temel farkı, deskriptif unsurların dış dünyada duyularla algılanabilir olmalarına karşılık; normatif unsurların değerlendirme yargısını gerektirmeleridir³⁵. Bu değerlendirme ise, ancak hukuk normlarına müracaatla yapılabilir. Normatif unsurların anlam ve içerikleri, sadece hukuk normları bağlamında değerlendirilme yapılmak suretiyle belirlenebilir. Çünkü, bu unsurlar dış dünyaya değil, hukuk normları dünyasına ait kavramlar olmaları nedeni ile anlam ve içeriklerini hukuk normlarından alırlar³⁶.

Belirtilmesi gerekir ki, aralarındaki farklılığa rağmen deskriptif ve normatif unsurlar arasında kesin bir ayırım yapmak mümkün değildir. Kural olarak deskriptif olarak nitelendirilebilecek bir unsur bakımından ilgili suç tipi somut olayın özelliğine göre normatif bir değerlendirme yapılmasını gerekli kılabilir³⁷. Fakat gerek deskriptif gerekse normatif unsurlar tipikliğin maddi unsurlarını (objektif unsur) oluştururlar ve bu nedenle aralarında hukuki sonuçları bakımından bir fark yoktur³⁸. Kasten işlenen suçlarda, failin kastı normatif unsurları da kapsamalıdır. Ancak kastın varlığı için, failin normatif unsuru hukuken doğru şekilde nitelendirmesi, örneğin resmi belgede sahtecilik suçu bakımından belgenin resmi belge niteliği taşıdığını bilmesi gerekli olmayıp; yazının

³⁴ **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 8 kn. 16.

³⁵ **Kaufmann**, Unrechtsbewusstsein, s. 166 f.; **Roxin**, AT/1 § 10 kn. 58; **Jescheck / Weigend**, s. 270; **Bringewat**, kn. 374; **Heinrich**, AT kn. 126; **Krey / Esser**, AT § 12 kn. 415.

³⁶ **Bringewat**, kn. 374; **Heinrich**, AT kn. 126.

³⁷ **Roxin**, AT/1 § 10 kn. 59; **Bringewat**, kn. 375; **Heinrich**, AT kn. 127; **Kindhäuser**, AT § 9 kn. 12; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 132; **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB § 15 kn. 20; **Kudlich**, BeckOK-StGB § 15 kn. 13; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 101; **Artuk / Gökçen / Yenidünya**, Genel Hükümler, s. 211, Örneğin doğmakta olan çocuğun kasten öldürme suçu bakımından ne zaman “insan” sayılacağı değerlendirme yapılmasını gerekli kılar.

³⁸ **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 8 kn. 17.

hukuk düzeninde ne anlam ifade ettiğini, bunun hukuk düzenince korunduğunu bilmesi yeterlidir³⁹.

4. SUÇUN YAPISINDA HUKUKA AYKIRILIK UNSURU ve TİPİKLİK İLE İLİŞKİSİ

Bir suç tanımı karşısında tipik olan fiil, kural olarak hukuka aykırıdır⁴⁰. Ceza hukuku anlamında bir haksızlıktan (Gesamtunrecht) söz edebilmek için, fiilin tipik ve hukuka aykırı olması gerekir (haksızlık = tipik + hukuka aykırı fiil). Tipiklik ve hukuka aykırılık, birbirinden bağımsız olarak suç teşkil eden haksızlığın yapısal unsurlarını oluşturmaktadır⁴¹; hukuka aykırılık, tipikliğin bir unsuru değildir⁴². Fiilin tipikliğinin belirlenmesi ise, fiil hakkındaki hukuka aykırılık değerlendirmesinden daha önce gelen bir aşamadır. Zira, fiil hakkındaki hukuka aykırılık yargısı tipe dayalıdır. Bu, “nullum crimen sine lege” ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluk olup, herhangi bir suç tanımı karşısında tipiklik arz etmeyen fiil hakkında hukuka aykırılık bakımından bir değerlendirme yapmaya da ihtiyaç yoktur; tipik olmayan fiil ceza hukukunda önem taşımaz. Bu bağlamda tipiklik, hukuka aykırılığa varlık temeli kazandırır; aynı zamanda hukuka aykırılığın pozitif koşulunu oluşturur⁴³. Bununla birlikte, tipiklik; fiilin hukuka aykırılığı ve maddi haksızlığı hakkında kesin bir yargı ortaya koymaz; fiilin hukuka

³⁹ **Maurach / Zipf**, AT/1 § 22 kn. 49 f.; **Jescheck / Weigend**, s. 295; **Krey / Esser**, AT § 12 kn. 415 ff.; **Kudlich**, BeckOK-StGB § 15 kn. 12; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 238.

⁴⁰ **Ebert**, s. 28; **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 1.

⁴¹ **Roxin**, AT/1 § 14 kn. 1, 3, 71; **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB § 16 kn. 18; **Ebert**, s. 29; **Gropp**, AT § 6 kn. 2 ff.; **Murmann**, Uwe, Grundkurs Strafrecht, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, § 12 kn. 6 ff.

⁴² **Mezger**, Edmund, Strafrecht, Lehrbuch, 3. Auflage, Verlag von Duncker & Humblot, Berlin-München, 1949, s. 179 f.; **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 16 kn. 13; **Ebert**, s. 29; **Gropp**, AT § 6 kn. 2 ff.; **Artuk / Gökçen / Yenidünya**, Genel Hükümler, s. 372; **Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 257; **Hakeri**, Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 303; **Alacakaptan**, Uğur, Suçun Unsurları, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 372, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 97.

⁴³ Hukuka aykırılık unsurunun pozitif koşulu tipiklik ile tamamen örtüştüğü için, suç teorisinde ayrıca incelenmez. Suç teorisi, hukuka aykırılık unsuru bağlamında negatif koşulu oluşturan hukuka uygunluk nedenlerini ele alır. İşte, hukuka aykırılık öğretisinin sadece hukuka uygunluk nedenlerinden ibaret görülmesi biçimindeki algı, bunun bir sonucudur (**Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 16 kn. 29; **Maurach / Zipf**, AT/1 § 24 kn. 7).

aykırılığına sadece karine teşkil eder (die Tatbestandsmäßigkeit als Indiz der Rechtswidrigkeit)⁴⁴.

Hukuka aykırılık unsuru tipiklikle ilintili olmakla beraber; ondan bağımsız olarak suçun (haksızlığın) yapısında yer almaktadır. Çünkü, hukuka aykırılık unsuru tipiklik ile tamamen örtüşmez; fiilin tipikliği her zaman hukuka aykırı olduğu anlamına gelmez. Fiil, tipik olmasına rağmen hukuka aykırı olmayabilir. Fiil hakkında tipikliğin ihtiva ettiği değersizlik yargısını (Unwerturteil) tam tersine çeviren, yani nötralize eden ve fiilin hukuk düzeni nazarında kabul edilebilir bir vakıa olarak görünmesini sağlayan, suçun yasal tanımında yer alması da hukuken önemli değer içeriğine sahip koşullar bulunabilir. Bu koşulların eşlik ettiği tipik fiil, hukuka aykırı olarak nitelendirilemez; bunlar, hukuka uygunluk nedenlerdir⁴⁵. Tipik fiil, ancak bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması kaydı ile “haksızlık” özelliğini kazanır⁴⁶. Bu nedenle, hukuka aykırılık sorunu, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması şeklinde negatif olarak ortaya konmalıdır⁴⁷. Belirtilmesi gerekir ki, hukuka uygunluk nedeninin varlığı, tipik fiilin bir hukuki menfaati ihlal etmiş olduğu gerçeğini bertaraf etmez; sadece buna izin verir (izin normu / Erlaubnistatbestand)⁴⁸.

5. HUKUKA AYKIRILIK UNSURUNUN İÇERİĞİ

Hukuka aykırılık (Rechtswidrigkeit) ve haksızlık (Unrecht) kavramları çoğu kez birbiri yerine kullanılsa da, aslında farklı kavramlardır. Hukuka aykırılık, fiilin hukuk normu ile çelişmesidir; haksızlık ise hukuka aykırı olarak değerlendirilen davranışın bizatihi kendisidir⁴⁹. Haksızlık, suçun hukuki açıdan ifade ettiği değersizlik içeriği

⁴⁴ **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 121 f.; **Ebert**, s. 28, 64; **Gropp**, AT § 6 kn. 1, 10; **Heinrich**, AT kn. 310; **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 1; **Krey / Esser**, AT § 10 kn. 261; **Kühl**, AT § 6 kn. 2; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 300; **İçel ve diğerleri**, Suç Teorisi, s. 92; **Koca / Üzülmüş**, Genel Hükümler, s. 251; **Özbek**, Veli Özer / **Kanbur**, Mehmet Nihat / **Doğan**, Koray / **Bacaksız**, Pınar / **Tepe**, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 287.

⁴⁵ **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 16 kn. 28; **Bringewat**, kn. 463.

⁴⁶ **Roxin**, AT/1 § 14 kn. 1, 3, 71; **Kühl**, AT § 6 kn. 3; **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB § 16 kn. 18; **Bringewat**, kn. 463; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 300; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 301.

⁴⁷ **Jescheck / Weigend**, s. 247.

⁴⁸ **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 4; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 8 kn. 271 f.

⁴⁹ **Jescheck / Weigend**, s. 233; **Ebert**, s. 29; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 299; **Özbek ve diğerleri**, Genel Hükümler, s. 286-287, 289.

olup; yoğunluğuna göre bir derecelendirmeye tabi tutulması mümkündür⁵⁰. Hukuka aykırılık fail değil, fiil hakkında bulunulan değersizlik yargısıdır ve objektif nitelik taşır⁵¹. Bir fiil, ya hukuka aykırıdır ya da uygundur; hukuka aykırılığın yoğunluğundan, yani az veya çok şeklinde derecelendirilmesinden söz edilemez⁵². Hukuka aykırılığın esası, fiilin emir ya da yasak normunu ihlal etmesi, bir başka ifade ile kişinin emir ya da yasak normunun içinde mündemiç yapma ya da yapmama şeklindeki yükümlülüğüne aykırı davranmasıdır. Bu durumda, fiil hukuka aykırıdır⁵³. Hukuka aykırı oluş, fiilin hukukun icaplarına uygun düşmediğinin, yalnız ceza hukuku ile değil, tüm hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde olduğunun tespitinden başka bir şey ifade etmez^{54,55}. Fiilin suç tanımı karşısında tipiklik arz etmesi ile birlikte norm

⁵⁰ **Ebert**, s. 29; **İçel ve diğerleri**, Suç Teorisi, s. 94-95.

⁵¹ **Jescheck / Weigend**, s. 233; **Maurach / Zipf**, AT/1 § 24 kn. 14 f.; **Özbek ve diğerleri**, Genel Hükümler, s. 286-287.

⁵² **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB Vor §§ 32 kn. 8; **Ebert**, s. 29; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 299-300, Özgenç’e göre hukuka aykırılığın kusurluluk gibi bir derecelendirmeye tabi tutulup tutulamayacağı hususundaki tartışmanın temel nedeni hukuka aykırılık ve haksızlık kavramlarının birbirine karıştırılmasıdır. Hukuka aykırılık, fiilin hukuk düzeni ile çeliştiğinin tespitinden başka bir anlam ifade etmez. Dolayısıyla, hukuka aykırılığın bir derecelendirmeye tabi tutulması mümkün değildir. Örneğin basit tıbbi müdahale ile giderilebilir bir yaralama fiilinin (TCK m. 86/2), daha ağır bir yaralamaya nazaran daha az hukuka aykırı olduğu söylenemez. Ancak, her iki yaralama fiili arasında haksızlık muhtevası bakımından fark vardır. Fiilin ifade ettiği haksızlık, nicelik itibarı ile derecelendirmeye tabi tutulabilir; **İçel ve diğerleri**, Suç Teorisi, s. 94; **Koca / Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 253; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 301; **Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 282.

⁵³ **Mezger**, s. 163 f.; **Jescheck / Weigend**, s. 233.

⁵⁴ Tipik fiil hakkındaki hukuka aykırılık değerlendirilmesi tüm hukuk düzeni dikkate alınmak suretiyle yapılır. Bu, “*hukuk düzeninin teklifi ve birliği*” ilkesinin bir gereğidir. Hukuka uygunluk nedenleri, hukuk düzeninin tüm alanlarında (örneğin medeni hukuk, idare hukuku, ceza muhakemesi hukuku vs.) yer alabilir. Bu nedenler sadece ilgili oldukları alanda değil, ceza hukuku alanında da fiilin hukuka aykırılığını bertaraf ederler. Bir hukuk disiplininde fiile izin veren bir normun varlığı, fiili tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun kılar. Diğer taraftan, kaynağının sınırsız olması nedeniyle, tüm hukuka uygunluk nedenlerinin kanunlarda düzenlenebilmesi mümkün değildir. Sosyal ilişkiler ve toplumda geçerli olan değer tahayyüllerinin değişmesi ile birlikte yeni hukuka uygunluk nedenleri ortaya çıkabilir veya mevcut bir hukuka uygunluk nedeni ortadan kalkabilir yahut kapsamı daralabilir ya da genişleyebilir. Dolayısıyla, hukuka uygunluk nedenleri için yasal bir düzenleme gerekli değildir. Kanun yanında geleneklerden, hukukun genel ilkelerinden kaynaklanabilir. Bu, “*nullum crimen sine*

ile korunan hukuki menfaat de ihlal edilir. Bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı, bunu değiştirmez; yani hukuki menfaatin ihlal edilmediği anlamına gelmez ya da bunu bertaraf edici bir etki doğurmaz. Hukuka uygunluk nedeni, sadece hukuki menfaatin ihlaline izin verir (izin normu / Erlaubnisnorm) ve bu suretle tipik fiilin hukuka aykırılığını bertaraf eder⁵⁶. Hukuka uygunluk nedeni, kişiye başkasına ait bir hukuki menfaati

lege scripta” ilkesini ihlal etmez. Çünkü, hukuka uygunluk nedenleri fiilin hukuka aykırılığını bertaraf etmelerine binaen failin ceza sorumluluğuna gidilmesini önledikleri için failin lehinedirler. Suçun yapısında fiilin hukuka aykırılığını önlemeleri şeklinde olumsuz bir fonksiyon icra ettikleri için, sözkonusu ilke hukuka uygunluk nedenleri bakımından geçerli değildir. “Nullum crimen sine lege” ilkesi, fiilin tipikliğini sağlayan unsurlar bakımından geçerlidir (**Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 16 kn. 38, 45, 47 f.; **Jescheck / Weigend**, s. 327; **Maurach / Zipf**, AT/1 § 25 kn. 11 ff.; **Krey / Esser**, AT § 13 kn. 449 ff.; **Bringewat**, kn. 467 ff.; **Rengier**, AT § 17 kn. 3; **Ebert**, s. 67, 69; **Heinrich**, AT kn. 312, 327 ff.; **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 6 f.)

⁵⁵ Bizim de katıldığımız hukuka aykırılığın sadece şekli manada anlaşılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Dönmezer**, Sulhi / **Erman**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, kn. 689 vd.; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 299; **İçel ve diğerleri**, Suç Teorisi, s. 106-107, “*hukuka aykırılığın biçimsel nitelikte mi yoksa maddi nitelikte mi olduğu hususu, esasında yapay bir tartışma olup, başka alanlardaki kuşkuları gidermek amacıyla yaratılan bir sorundur. Bu tartışmada can alıcı nokta, ceza hukukunda kanunda yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerine bir geçerlilik tanınıp tanınmayacağıdır. Biçimsel hukuka aykırılık dışında ayrıca bir de maddi hukuka aykırılıktan söz edilmesi, pozitif metinlerde yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerinin varlığını kabul etmek ve doktrinde de ifade edildiği üzere, özellikle mağdurun rızasının hukuka uygunluk etkisini açıklamak çabasıyla kaynaklanmaktadır. // ... maddi hukuka aykırılığı tespit etmek için pozitif hukukun dışında bulunabilecek her ölçü, açık olmayacağı gibi, siyasi amaçlara alet edilmek gibi bir sakıncayı da beraberinde getirmektedir.*”; **Özbek ve diğerleri**, Genel Hükümler, s. 287, “*Bu ayrıma katılmıyoruz. Kanımızca bir fiilin suçla korunan menfaati gerçekten ihlal etmiş olup olmadığı ancak bir yorum yöntemi olarak kabul edilebilir. Bu da fiilin kanunkoyucu tarafından neden tipleştirildiği ve bununla güdülen amacın ne olduğunun saptanması bakımından değer taşıyabilir. Ama fiili suç olmaktan çıkarmaz. Olsa olsa cezanın tayini bakımından cezayı şahsileştiren bir araç olarak kullanılabilir*”; **Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 366-367.

⁵⁶ **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 8 kn. 271 f.; **Bringewat**, kn. 464; **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 4; **Ünver**, s. 971, “*suç teşkil eden haksızlık, yalnızca hukuken izin verilmeyen hukuksal değer ihlalleridir. Tipik bir davranış varolmakla birlikte, hukuksal değer ihlaline hukuk izin vermiş ise, haksızlığı ortadan kaldıran bir neden var demektir. ... bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı, hukuksal değer ihlali varolsa dahi, tipik haksızlığı ortadan kaldırır. // Hukuksal değer ve hukuka aykırılık kavramları ilk bakışta herhangi bir bağlantı içinde görünmemektedirler. Mutat olduğu üzere, bu iki*

ihlal etme yetkisini (Eingriffsbefugnisse) vermekte olup; hukuki menfaat sahibi bu ihlale katlanmakla yükümlüdür (Duldungspflicht). Örneğin, bir hakkı üzerinde tasarrufta bulunan kişinin rızası bakımından da bu durum geçerlidir⁵⁷. Buna göre, “korunan hukuki menfaatin ihlali” şeklinde yalnız olarak hukuki menfaat ile ilişkilendirilerek tanımlanan maddi anlamda hukuka aykırılık (materielle Rechtswidrigkeit)⁵⁸ kavramının yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. Hukuka aykırılık, aynı zamanda maddi bir öze, yani içeriksel bir anlama sahip olsa da; norm ile korunan hukuki menfaatle ilişkilendirilemez. Zira fiilin tipikliği ile normla korunan hukuki menfaat de ihlal edilmiş olur. Hukuki menfaat, hukuka aykırılık unsuru ile değil; tipiklik unsuru ile alakalıdır. Hukuki menfaat suç tanımının yapılmasına, yani haksızlığın sınırlarının çizilmesine, bu suretle de suç tanımında yer alan unsurların yorumuna hizmet ederken; hukuka aykırılık hukuki menfaati ihlal eden tipik fiilin haksızlığının belirlenmesine yöneliktir⁵⁹. Hukuka aykırılığın maddi içeriği, ancak tipik fiilin ifade ettiği

kavram farklı yerlerde ele alınır. Hukuksal değer belirlenmesi suç tipinin yorumuna hizmet etmektedir. Hukuka aykırılık araştırması ise, haksızlığın belirlenmesine hizmet etmektedir.”

⁵⁷ **Murmann**, AT § 15 kn. 1 f.; **Bringewat**, kn. 466, Katlanma yükümlülüğünün en önemli sonucu, hukuki menfaati ihlal edilen kişinin –koşullarına uygun olması kaydı ile– sözkonusu müdahalenin haklı olmasına binaen buna karşı koyma, yani savunma hakkının bulunmamasıdır.

⁵⁸ **Jescheck / Weigend**, s. 234, Hukuka aykırılık fiil ile norm arasındaki ilişki biçiminde yalnız olarak şekli anlamda anlaşılabilir; aynı zamanda içeriksel bir anlama da sahiptir (maddi anlamda hukuka aykırılık / materielle Rechtswidrigkeit). Maddi anlamda hukuka aykırılık, somut olayda fiilin ilgili norm ile korunan hukuki menfaati ihlal etmesidir. Maddi anlamda hukuka aykırılığın tespitinde, kanun koyucuyu fiili suç olarak tanımlaya sevk eden mülahazalar dikkate alınmak suretiyle fiilin bu kapsamda yer alıp almadığı araştırılır. İhlal, suçun konusuna zarar verilmesi, örneğin bir insanın öldürülmesi yahut başkasına ait bir mala zarar verilmesi şeklinde doğal anlamda anlaşılabilir; norm ile korunan düşünsel değere karşı çıaktır (hukuki menfaat ihlali / Rechtsgutsverletzung); Aynı yönde bkz. **Önder**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 214-215.

⁵⁹ Tipiklik unsuru bakımından, hukuki menfaat korumasındaki menfaat eksikliği ilkesi (mangelndes Interesse am Rechtsgüterschutz) hakimdir. Buna karşılık hukuka uygunluk nedenlerinde, çatışan hukuki menfaatlardan hangisinin daha ağır bastığı (das Prinzip des überwiegenden Gegeninteresses) esas alınan ölçüdür (**Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 16 kn. 51 f.).

Kanaatimizce “ratio legis” tipiklik unsuru bakımından hukuki menfaatin korunmasında menfaat eksikliğinin belirlenmesinde bir yorum aracı olarak kullanılabilir. Fiilin suç olarak tanımlanmasında güdülen amaca, kanunun esas

haksızlığı nötralize eden, yani bunu bertaraf eden bir etki gösterebilir; dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri alanında ele alınabilir. Şöyle ki; hukuka aykırılığın maddi içeriği, hukuka uygunluk nedenleri bağlamında hukuki menfaatler arasında çatışma bulunan hallerde bir hukuki menfaatin diğer bir hukuki menfaatin feda edilmesi pahasına tercih edilmesine izin vermektedir⁶⁰. Bir başka ifade ile, münferit hukuka uygunluk nedenleri, aslında hukuka aykırılığa verilen içeriksel anlamdan doğmakta; hukuka uygunluk nedenlerinin yorumlanmasında ve anlamlarının kavranmasında, maddi hukuka aykırılıktan yararlanılmaktadır. Çünkü, hukuka uygunluk, bir davranışın yasak normuna aykırı olmasına rağmen somut olayda daha yüksek değerler uğruna suçun konusu üzerinde bir zarar ya da tehlikenin hazmedilmesini ve failin güttüğü amacın onaylanamaz olmadığı anlamını taşır. İzin normunun müdahalesi sonucu hem hareketin hem de neticenin haksızlığı tamamen veya büyük ölçüde bertaraf edilmekte, yani dengelenmektedir⁶¹. Kanunkoyucu, ortaya çıkması olası menfaatler çatışmasının bir kısmını öngörmek suretiyle kanunda düzenlemiştir. Ancak, yasa ile düzenlenmiş bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığında, menfaatler çatışmasında hangi menfaatin daha ağır

fikrine (ratio legis) bakıldığında fiilin bu amaç kapsamına girmediği belirlendiğinde hukuka uygun olduğu (Bu yönde bkz. İçel ve diğerleri, Suç Teorisi, s. 107; Dönmezer / Erman, C. 2, kn. 690) değil, tam tersine tipik olmadığı söylenebilir. Zira, bu durumda fiil “ratio legis” dışında kaldığı için norm ile korunması gereken bir menfaat de yoktur; menfaat eksikliği nedeniyle fiil norm ile korunan hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli de değildir. Dolayısıyla, fiil tipik değildir. Norma aykırı olmayan davranışın tipikliğinden söz edilemez. Norma aykırılık ve hukuka aykırılık birbiri ile ilintili, ancak birbirinden farklı kavramlardır (Hukuka aykırılığı norma aykırılık olarak nitelendiren görüş için bkz. Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 214). Esasen sorun da buradan kaynaklanmaktadır. Bu sorunun kaynağı ise korunan hukuki menfaat ile suçun konusunun birbirine karıştırılmasıdır. Zira fiil hukuki menfaat değil, ancak suçun konusu bakımından bir zarar veya tehlike oluşturabilir. Şayet fiil, suç konusu üzerinde bir zarar veya tehlike oluşturmuyorsa, norm ile korunan hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli olduğu, dolayısıyla tipiklik arz ettiği söylenemez. Buna bağlı olarak, hukuki menfaatin hukuka aykırılık unsuru ile ilişkilendirilmesinin doğru bir yaklaşım olmadığı kanaatindeyiz. Hukuki menfaat, kanunkoyucunun fiili suç olarak tanımlamada referans aldığı ölçü olduğuna göre, hukuki menfaat ihlalinin bulunmadığı bir durumda, fiilin hukuka aykırı olmadığından evvel ancak norma aykırı olmadığı, yani tipik olmadığı söylenebilir. Dikkat edilirse, burada hukuki menfaatlerin çatışması değil, hukuki menfaat eksikliği sözkonusudur.

⁶⁰ Maddi hukuka aykırılığın saptanması sorununda “menfaatler dengesi kuramı” için bkz. Katoğlu, s. 58-59.

⁶¹ Jescheck / Weigend, s. 326.

bastığı belirlenmek suretiyle fiilin maddi bakımdan hukuka aykırılığı araştırılacaktır. Bu nedenle, hukuka uygunluk nedenlerinin hepsinin kanunda düzenlenmesi mümkün gözükmemektedir⁶². Bir başka ifade ile, maddi hukuka aykırılık, kanunkoyucunun suç tanımı ile ulaşmak istediği amacın somut olayda daha üstün bir hukuki menfaat karşısında geri çekilmek zorunda kalması halinde, kanunda yer almayan hukuka uygunluk nedenlerinin kabul edilmesini sonuçlamaktadır^{63,64}. Dolayısıyla,

⁶² Bütün hukuka uygunluk nedenlerini kapsayıcı genel bir prensip koymak mümkün değildir; çünkü, hukuka uygunluk nedenlerinin her biri farklı etkenlerin kombinasyonuna dayanır (**Jescheck / Weigend**, s. 326)

⁶³ **Jescheck / Weigend**, s. 235.

⁶⁴ *5237 sayılı TCK m. 30/4 hükmünde yer alan “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz.” şeklindeki düzenlemenin, hukuka aykırılık unsurunun maddi anlamda hukuka aykırılık olarak anlaşılmasının yolunu açtığı; zira hakimin somut olayda hukuka aykırılığın gerçekleştiğine kanaat getirmek için failin zarar verme, haksızlık yapma, kurallara aykırı gelme bilinci ile hareket edip etmediğini araştırmak zorunda olduğu; bu bakımdan objektif (şekli) hukuka aykırılığın yeterli olmadığı, subjektif bakımdan da hukuka aykırılığın gerçekleşmiş olmasının gerekli olduğu; bu hükmün yasada yer almayan yeni hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerin kabul edilmesine sebebiyet verebileceği yönündeki görüşe katılmıyoruz* (Bu yöndeki görüş için bkz. **Centel / Zafer / Çakmut**, s. 285; **Demirbaş**, Genel Hükümler, s. 260) Zira, maddi bir içeriğe sahip olsa da fiilin hukuka aykırılığının belirlenmesi tamamen objektif nitelik taşır. Hukuka aykırılık, münhasıran fiil hakkında yapılan bir değerlendirmedir. Fiil hakkındaki kınama yargısı ise kusurun konusunu oluşturur. Haksızlık - kusur ayırımı ve hukuka aykırılığın fiile ilişkin olması nedeniyle hukuka aykırılık kusurun değil, haksızlığın bir unsurudur. Hukuka aykırılık haksızlığın unsuru olmakla beraber, haksızlık bilinci bağlamında kusur ile de bağlantılıdır. Failin fiilinden dolayı kusurlu addedilebilmesi için haksızlık bilinciyle hareket etmesi gerekmektedir. Failin, hukuka aykırılık bilincine sahip olması (doktrinde subjektif hukuka aykırılık şeklinde isimlendirilmektedir, bkz. **Katoğlu**, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 105 vd.) kusurun bir unsuru olup; suçun varlığı üzerinde etkili yapısal bir unsur değildir. Fiilin hukuka aykırılığının tespitinde failin hukuka aykırılık bilincine sahip olup olmadığı haksızlığın yapısal unsurlarından biri olan hukuka aykırılık alanında ele alınmaz. Fail ile norm arasındaki ilişki haksızlık bilinci bağlamında kusurun bir unsurudur. Hukuka aykırılık (haksızlık) bilinci, ne tipiklik ne de hukuka aykırılık unsuru ile ilgilidir. Kaldı ki, kusur yeteneğini haiz olmayanlar da hukuka aykırı bir fiil icra edebilirler (**Mezger**, Strafrecht, s. 163-167). TCK 30/4 hükmündeki düzenleme, tamamen kusurun bir unsuru olan haksızlık bilinci ile alakalı olup; yasada yer almayan yeni hukuka uygunluk nedenlerinin kabul edilmesine sebebiyet vermesi söz konusu değildir. Hukuka aykırılığın maddi içeriği hukuka uygunluk alanında ele alınsa da, 30/4 hükmünün yasada yer almayan yeni hukuka uygunluk nedenleri yaratacağı söylenemez. Hukuka aykırılık kavramının maddi içeriği, hukuka uygunluk

hukuka uygunluk nedenlerinin pozitif hukukta düzenlenmesi gerektiği ve sınırlı sayıda olduğu söylenemez.

Buna göre, hukuka aykırılığın maddi içeriği hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı bakımından fonksiyon icra etmektedir; bir hukuka uygunluk nedeni yoksa tipik fiil aynı zamanda hukuka aykırıdır ve haksızlık teşkil eden bir suç olarak ortaya çıkmaktadır. Somut olayda, bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı, dolayısıyla fiilin hukuka aykırı olduğunun belirlenmesi ise tamamen objektif nitelik taşımakta; böylece fiilin hukukun icaplarına uygun düşmediği tespit edilmektedir.

6. SUÇUN YASAL TANIMINDA YER ALAN “HUKUKA AYKIRILIK” İFADESİNİN ANLAMI

Suçun yasal tanımında yer alan “hukuka aykırılık” ve hukuka aykırılık unsuru ile ilintili olan benzer ifadelere ne anlam yükleneceği doktrinde tartışmalıdır. Tipikliğin olumsuz unsuru olduğu⁶⁵; hukuka

nedenleri ile bağlantılı olup, tamamen haksızlığın yapısı ile ilgilidir. Hukuka uygunluk nedenlerinin esasını teşkil eden menfaatler çatışması, daha üstün gelen menfaat karşısında tipik fiilin ifade ettiği değersizliği bertaraf etmekte olup; bizatihi haksızlığın maddi yapısı üzerinde etki göstermektedir. Kanunkoyucu, bunların bir kısmını öngörmek suretiyle koşullarını yasada düzenlemiştir. Fail, hukuk düzenince tanınmayan bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğu hususunda yanılığın içinde olabilir (izin yanılığı / Erlaubnisirrtum). Bu yanılığın ise, haksızlık yanılığı (TCK m. 30/4) kapsamında mütalaa edilmesi gereken bir durumdur. Çünkü, burada somut vakıya değil; münhasıran norma dayalı bir değerlendirme söz konusudur. Ancak, bu yanılığın haksızlığın yapısı ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Yani, failin bu yanılığı suç teşkil eden haksızlığın varlığını ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim, 30/4 hükmünde “cezalandırılmaz” ifadesinin kullanılması ve buna paralel biçimde CMK 223/3-d hükmünde “kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verileceğinin öngörülmesi bunu açık bir biçimde ortaya koymaktadır. Failin hukuk düzenince tanınmayan bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğu hususunda yanılığın içinde olması, işlediği fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz. Fiilin hukuka aykırılığının objektif (şekli) açıdan tespiti, fail hakkındaki kusur yargısından daha önceki bir aşama olan haksızlığın yapısı ile alakalıdır. Fiilin tipikliği ve olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı (hukuka aykırılık) tespit edilmeden, kusurun bir unsuru olan haksızlık bilinci bağlamında, dolayısıyla 30/4 çerçevesinde bir inceleme yapılabilmesi mümkün değildir. Failin tasavvurunda gerçekte var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, yasada yer almayan yeni bir hukuka uygunluk nedeninin kabul edildiği anlamına gelmez.

⁶⁵ Tipikliğin negatif unsurları teorisine göre, hukuka aykırılık unsurunun tipikliğin olumsuz unsurunu oluşturması nedeni ile suçun yasal tanımında yer alan bu unsurlar tipikliğe dahildir. Tipikliğin negatif unsurları teorisinde, bu hususların suçun yapısındaki yerini izahta bir güçlük karşışılmaz. Bu teoriye göre, unsurlar sadece hukuki menfaati

aykırılığın bu durumda tipikliğe dahil bir unsur özelliği kazandığı ve failin, fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani doğrudan kastla hareket etmesinin arandığı⁶⁶; hukuka özel aykırılık olduğu ve failin kastının (kusurunun) hukuka özel aykırılığı da kapsamı gerektiği⁶⁷ yönünde görüşler ileri sürülmektedir.

ihlal eden davranış hakkında “norma aykırıdır” şeklinde soyut değer yargısını değil; aynı zamanda somut fiil hakkındaki değersizlik yargısını da kapsamaktadır (Bilgi için bkz. **Jescheck / Weigend**, s. 249).

Eleştiri: Hukuka aykırılığın tipikliğin bir unsuru olduğunun kabul edilmesi, bir başka ifade ile suçun olumsuz unsuru olduğu teorisinin benimsenmesi ve buna bağlı olarak hukuka uygunluk nedeninin fiilin tipikliğini ortadan kaldırdığı sonucuna varılması halinde, tipik olmadığı için cezalandırılmayan fiil ile hukuka uygunluk nedeninin bulunmasına binaen cezalandırılmayan fiil arasındaki değer farklılığı göz ardı edilmiş olacaktır. Bir sineğin öldürülmesi ve meşru savunma halinde bir insanın öldürülmesi aynı şey değildir. Tipik olmayan bir fiil cezalandırılmaz; zira, ceza hukuku bakımından haksızlık ifade etmemesi nedeni ile herhangi bir önemi yoktur. Buna karşılık, tipik olmakla birlikte hukuka uygun olan fiil, hukuken korunan bir menfaati ihlal etmesine rağmen maddi bir haksızlık ifade etmediği için cezalandırılmaz. Genel önleme etkisi için önem taşıyan ve üzerine temellendiği normun uyarı fonksiyonu da sözkonusu değer farklılığına dayanır. İşte hukuka uygunluk nedenlerinin suçun olumsuz unsuru olduğu teorisinin benimsenmesi, normun uyarı fonksiyonun işlevsiz kalması ve genel önleme etkisinin ortadan kalkması tehlikesini ortaya çıkaracaktır (**Jescheck / Weigend**, s. 250; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 126)

⁶⁶ Bu yöndeki görüşler için bkz. **Artuk / Gökçen / Yenidünya**, Genel Hükümler, s. 372-373, “*hukuka aykırılık tipikliğe ait bir unsur özelliği kazanır. Çünkü ilgili suç tipinde fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edilmiştir. Hukuka aykırılığın tipikliğe ait bir unsur özelliği kazandığı bu gibi hallerde, failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani doğrudan kastla hareket etmesi aranır.*”; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 302, “*Bu ifadelerle, ilgili suç tanımında yer alan fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edilmiştir. Bu suretle, Kanun koyucu, failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesini yani, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu hususunda doğrudan kastla hareket etmesini aramıştır. Başka bir deyişle, ilgili suç tanımında fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edilmiş olan hallerde, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir. // Hukuka aykırılığın ilgili suç tanımında özellikle vurgulandığı durumlarda; ceza sorumluluğu için failin, işlediği fiille ilgili olarak suçun maddi unsurlarının yanı sıra, bu fiilin hukuka aykırılığının da bilincinde olup olmadığının ayrıca araştırılması gerekir. Aksi takdirde, kastının varlığından söz edilemez.*”

⁶⁷ Hukuka genel aykırılık - hukuka özel aykırılık şeklinde ikili bir ayırım yapan görüş için bkz. **Zafer**, s. 296-298, Yazar’a göre suç tanımlarında “hukuka aykırı olarak”, “rızası olmadan” şeklinde ifadelerle yer verilen, yani hukuka uygunluk nedeninin suç tipinde özel olarak gösterildiği yahut fiili meşru kılan bir nedenin bulunmadığına genel ifadelerle işaret edildiği hallerde “*hukuka özel aykırılık*”tan söz edilir; **Soyaslan**, Genel Hükümler, s. 435-436, “*kasdın varlığı için, failin hukuka aykırı şekilde hareket etme bilinci gerekmemektedir. // Ancak bazı istisnai hallerde suçun varlığı için failin fiili*

Hukuka aykırılığın tek ve bütün bir kavram olduğu; suçun yasal tanımında yer verilip verilmemesine göre genel - özel şeklinde bir ayırımı tabi tutulamayacağı düşüncesindeyiz. Suçun yasal tanımında yer alan ve haksızlığı tanımlayıp sınırlarını belirleyen unsurlar, yukarıda açıklandığı üzere deskriptif ya da normatif nitelik taşırlar. Fakat suçun yasal tanımında, haksızlığı tüketen unsurlar dışında suç teşkil eden haksızlığın tümünü değerlendirici unsurlar (**gesamttatbewertende Merkmale**) da bulunabilir. Failin fiilinin haksızlık olarak ortaya çıkmasını sağlayan maddi vakıya ilişkin koşullar unsur (tipikliğin maddi unsurları / tipikliğin objektif unsuru) kapsamında; bu koşullar hakkındaki normatif nitelik taşıyan değerlendirme ise hukuka aykırılık unsuru bağlamında

hukuka aykırılık bilinciyle yapmış olması lazımdır. Buna doktrinde hukuka özel aykırılık adı verilir. ... Eğer failin kasdı bu bilgiyi kapsamıyorsa suç yoktur. Kanun failden bu halleri bilmesini istemiştir. Aksi halde, suç işlemiş sayılmaz.”; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 261, “Hukuka aykırılığın kanunda ayrıca belirtildiği suç tiplerine, tam olmayan suçlar denir. Bu suç tipleri ihlal edildiği zaman, hakim bu ihlalin hukuka aykırılığı da ihtiva ettiği ve hukuka aykırılığın karinesini teşkil ettiği esastan hareket edemeyecektir. Yani, hakim bu suçlarda hukuka aykırılığın varlığını ayrıca tespit etmesi zorunludur. Çünkü, bu suçlarda failin kusurunun, hukuka özel aykırılığı da kapsamaması zorunludur.”; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 217; Centel / Zafer / Çakmut, s. 291-292, “Yasakoyucu bu tür suç tanımları açısından, kastın hukuka aykırılığı kapsayıp kapsamadığının özellikle araştırılmasını istemektedir. Hukuka özel aykırılığın arandığı suçlarda, kusurluluğun hukuka aykırılığı kapsadığı varsayımıyla hareket edilemez, failin hukuka aykırılığı bildiğinin ayrıca ispat edilmesi gerekir. // ... bu düzenleme şekli biçimsel ve maddi hukuka aykırılık kavramları ile de yakından ilgilidir. Bu hallerde, hakim, somut olayda biçimsel hukuka aykırılığın araştırılması ile yetinmeyip maddi hukuka aykırılığı da araştırması gerekir. Örneğin fail daha üstün menfaatleri korumak için bu tür bir fiil işlemiş ise kastın haksızlığı (hukuka aykırılığı) kapsadığını söylemek mümkün olmayacaktır.”; Dönmezer / Erman, C. 2, kn. 692-694, “Kanaatimizce, kanunun bazı maddelerinde hukuka aykırılık unsurunu ayrıca göstermesi sebepsiz olamaz. Şüphesiz ki, bu gibi hallerin dışında da hukuka aykırılık aranacak ve fiil hukuka aykırı olmadığı takdirde fail cezalandırılmayacaktır; sonuç olarak esas ve nitelik itibarıyla bu iki çeşit hukuka aykırılık arasında fark yoktur. Farkı, manevi unsur, yani kusurluluğun hukuka aykırılığı kapsamına almasında bulmak gerekir. ... hukuka özel aykırılık hallerinde hakim –diğer bütün suçlarda olduğu gibi- hukuka aykırılığın varlığını aramakla yetinmeyecek, ayrıca failin bu özel aykırılığı bilip bilmediğini ve böylece hareket etmeyi isteyip istemediğini, kusurluluğunun bu unsuru da kapsamına alıp almadığını araştıracaktır ve işte bu bakımdandır ki, hukuka özel aykırılık konusu önemli olacaktır.”; İcel ve diğerleri, Suç Teorisi, s. 110-111.

Hukuka genel aykırılık - hukuka özel aykırılık ayırımı hakkında bilgi ve eleştiri için bkz. Katoğlu, s. 122 vd.

değerlendirilmelidir⁶⁸. Hukuka aykırılık, şayet tipikliğe dahil unsurlardan birini nitelendiriyor ise, sözkonusu unsura ilişkin bir özellik olmasına binaen tipiklik kapsamındadır ve failin bunu bilmemesi unsur yanılığısı (TCK m. 30/1) oluşturup kastını bertaraf eder⁶⁹. Zira, failin kastından söz edilebilmesi için, haksızlığa esas teşkil eden tipikliğe dahil bu unsurun hukuka aykırılık özelliğini bilmesi gerekir⁷⁰. Örneğin TCK 91/5'te “**hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi**” ifadesine yer verilmiştir. Buradaki hukuka aykırılık tipikliğe dahil bir unsur olan suçun konusunun bir özelliğidir ve failin organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunu bilmesi kastının varlığı için zorunludur. Bu tür suçlar, ancak **doğrudan kastla** işlenebilirler⁷¹. Ayrıca, unsuru nitelendiren hukuka aykırılık özelliğinin -bu unsur, örnekte olduğu gibi esasen deskriptif olsa dahi- onun artık normatif görünüm kazanmasına sebebiyet verdiği söylenebilir. Çünkü, hukuka aykırılık özelliğinin belirlenmesi, normlar karşısında hukuken bir değerlendirme yapılmasını gerekli kılmaktadır.

Buna karşılık “hukuka aykırılık” ifadesi, haksızlığın tümünü değerlendiren bir unsur (gesamttatbewertende Merkmal) ise, hukuka aykırılık unsuru ile ilişkili olup⁷²; kusurun bir unsuru olan haksızlık bilinci için bağlama noktası oluşturur ve failin bu husustaki yanılığısı haksızlık

⁶⁸ **Jescheck / Weigend**, s. 296; **Maurach / Zipf**, AT/1 § 24 kn. 12; **Bringewat**, kn. 462; **Heinrich**, AT kn. 316; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 135; **Kühl**, Lackner / Kühl - StGB § 15 kn. 6.

⁶⁹ **Maurach / Zipf**, AT/1 § 24 kn. 12; **Roxin**, AT/1 § 10 kn. 30; **Puppe**, NK-StGB § 16 kn. 14; **Joecs**, Wolfgang in: MK-StGB, Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011, § 16 kn. 114; **Bringewat**, kn. 376, 462; **Heinrich**, AT kn. 321; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 135; **Kühl**, Lackner / Kühl - StGB § 15 kn. 6; **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB § 15 kn. 21; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 254; **Zafer**, Genel Hükümler, s. 239; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 304.

⁷⁰ **Kudlich**, BeckOK-StGB § 15 kn. 7.1; **Zafer**, Genel Hükümler, s. 239.

⁷¹ Aynı yönde bkz. **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 254.

⁷² Burada, temel amaç, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunabileceğine hakim dikkatini çekmektir. Tanımında “hukuka aykırılık” ifadesine yer verilen bu suçlar bakımından, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunma ihtimali yüksektir. Kanunkoyucu, bu ifadeye yer vermekle bu hususa hakim dikkatini çekmek istemektedir. Bu nedenle, hakim bu suçlarda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığını araştırmalıdır (**Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 135; **Heinrich**, AT kn. 322; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 255; **Zafer**, Genel Hükümler, s. 298; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 303).

yanılgısı (TCK m. 30/4) kapsamında ele alınmalıdır⁷³. Örneğin haberleşmenin engellenmesi (TCK m. 124/1), haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK m. 132/2), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi veya kayda alınması (TCK m. 133/3), kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m. 135), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (TCK m. 136), bilişim sistemine girme (TCK m. 243/1) suçlarının yasal tanımında geçen “hukuka aykırı olarak” ifadesi haksızlığın tümünü değerlendirdiği için hukuka aykırılık unsuru ile ilişkili olup, kast kapsamında değerlendirilmez; mesele kusur bağlamında haksızlık bilinci çerçevesinde ele alınmalıdır⁷⁴. Hukuka aykırılık ifadesinin tipikliğe mi ilişkin olduğu, yoksa hukuka aykırılık unsuru bağlamında mı ele alınması gerektiği meselesinde belirleyici kriter, bu ifadenin tüm hukuk düzeni karşısında bir değerlendirmeyi gerekli kılmadığıdır. Şayet tüm hukuk düzeni karşısında fiilin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi gerekiyor ise, bu ifade hukuka aykırılık ile; buna karşılık, suç tipindeki belirli unsurlar bakımından kısmi bir değerlendirme yapılması ile yetiniliyor ise, tipiklik ile ilintilidir⁷⁵.

Fiilin haksızlık olarak ortaya çıkmasını sağlayan maddi vakiya ilişkin koşullarla bir ilgisi bulunmayan, haksızlığın tümünü değerlendiren unsurların, 5237 sayılı TCK sisteminde benimsenen kusur teorisi karşısında⁷⁶ tipiklikle ilişkilendirilmesinin ve kast kapsamında mütalaa

⁷³ **Jescheck / Weigend**, s. 296; **Roxin**, AT/1 § 10 kn. 30; **Puppe**, NK-StGB § 16 kn. 15; **Joeks**, MK-StGB § 16 kn. 113 f.; **Bringewat**, kn. 373, 462; **Heinrich**, AT kn. 322; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 5 kn. 135; **Kühl**, Lackner / Kühl - StGB § 15 kn. 6; **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB § 15 kn. 21; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 255; **Zafer**, Genel Hükümler, s. 298.

⁷⁴ Aynı yönde bkz. **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 255.

⁷⁵ **Puppe**, NK-StGB § 16 kn. 16.

⁷⁶ 5237 sayılı TCK sisteminde, 30. maddedeki düzenleme dikkate alındığında haksızlık bilincinin kusurun bir unsuru olarak kabul edilmek suretiyle kusur teorisinin benimsendiği görülmektedir. TCK 30/1’de yer alan düzenlemeye göre, “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır.*” Aynı maddenin 4. fıkrası ise “*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*” şeklindedir. Her iki düzenleme ve “*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” (TCK m. 21/1/c. 2) şeklindeki kast tanımı birlikte değerlendirildiğinde, kastın sadece suçun yasal tanımında yer alan objektif unsurlarla sınırlandırıldığı; haksızlık bilincinin ise, kastın değil, kusurun bir unsuru olarak kabul edildiği görülmektedir. Diğer taraftan 5271 sayılı CMK’nın 223. maddesi de bunu teyid eden bir düzenleme ihtiva etmektedir. İsnad edilen suç açısından

edilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz⁷⁷. Çünkü, bu görüşün benimsenmesi, her şeyden evvel klasik ceza hukuku sisteminde geçerli olan kast teorisine dönüş anlamına gelmektedir⁷⁸. Kast, suç teşkil eden haksızlığın subjektif unsurudur ve fiile ilişkin olup, suçun yasal tanımında yer alan objektif nitelikli unsurların fail tarafından bilinmesini ifade eder; sadece ilgili suç tipinde yer alan ve haksızlığı tipikleştiren objektif unsurlar kast kapsamında yer alır⁷⁹. Psikolojik bir olgu olan ve fail ile fiil arasındaki psikik ilişkiyi ifade eden kast, suçun yasal tanımında yer alan objektif unsurların subjektif görünüm biçimi; bir başka ifade ile, failin zihnindeki yansımadır⁸⁰. Suçun yasal tanımında yer alan objektif

failin kast veya taksirinin bulunmaması halinde verilecek olan hüküm “beraat” (CMK m. 223/2-c) iken; kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi halinde (TCK m. 30/4) verilecek hüküm “kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı”dır (CMK m. 223/3-d). Söz konusu düzenlemelerin içeriği iki açıdan önem taşımaktadır. Birincisi, haksızlık bilincinin suç teorisindeki önemi artık tartışmasız hale gelmiştir. İkincisi ise, haksızlık bilincinin kastın değil, kusurun bir unsuru olduğu kabul edilmek suretiyle, suç teorisindeki yeri açık ve net bir şekilde yasal olarak belirlenmiştir. Haksızlık bilincinin kastın bir unsuru olmadığı, kastın suçun yasal tanımında yer alan maddi unsurların fail tarafından bilinmesi şeklinde nötr bir kavram olduğu, herhangi bir değer yargısı ihtiva etmediği, bir başka ifade ile kastın “*dolus malus*” olmadığı; kusurun da suç teşkil eden haksızlığın varlığı üzerinde etkili bir unsur olmadığı yasal bir tercih olarak da ortaya konmuştur (Maurach / Zipf, AT/1 § 37 kn. 34 f.)

⁷⁷ Aynı yönde bkz. Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 255.

⁷⁸ Kast teorisi, esas itibarı ile klasik ceza hukuku siteminin temelini oluşturan nedensel hareket teorisi ve bunun dayanak teşkil ettiği psikolojik kusur kavramının bir ürünüdür. Psikolojik kusur kavramı, dış dünyada cereyan eden nedensellik süreci (tipik haksızlık) ile iradenin içeriğini birbirinden tamamen soyutlamakta; iradenin içeriğini (failin fiili ile olan içsel ilişkisi) tipik haksızlığın kapsamından çıkarmak suretiyle suçun subjektif unsuru olarak nitelendirdiği kusurla ilişkilendirmekte, kast ve taksiri kusurluluk türleri olarak değerlendirmektedir. Kast teorisi ise, psikolojik kusur kavramının uzantısı olarak, kusur türü olarak değerlendirdiği kast ve taksirin içeriğinin belirlenmesinde fonksiyon icra etmekte; haksızlık bilincini kastın bir unsuru olarak ele almaktadır. Bu teoriye göre, failin kastından söz edebilmek için, aynı zamanda hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmesi gerekir; bir başka ifade ile suçun yasal tanımında yer alan unsurlar dışında, aynı zamanda failin hukuka aykırılığını bilen fail, kasten hareket etme iradesini gösterebilir (*kast = dolus malus = fiil kastı + hukuka aykırılık bilinci*) (Kaufmann, Arthur, Das Schuldprinzip, 2. Auflage, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1976, s. 130, 135). Kast teorisi, hukuka karşı gelme bilinci ile icra edilen fiili, yani failin hukuka aykırılık bilinci ile ilgili fiili cezalandırılmaya layık görmektir. Gerek suçun maddi unsurları hakkındaki bilgisizlik, gerekse hukuka aykırılık bilincinin yokluğu halinde “*dolus malus*”tan söz edilemez.

⁷⁹ Maurach / Zipf, AT/1 § 37 kn. 16; § 22 kn. 8; § 22 kn. 44 f.

⁸⁰ Maurach / Zipf, AT/1 § 22 kn. 12.

nitelikteki unsurlarla sınırlı olan kast, fiilin hukuka değerlendirilmesini ifade eden hukuka aykırılığın bilinmesini gerektirmez; bu yönü ile de haksızlık bilincinden ayrılır. Haksızlık bilinci, failin, fiilinin haksızlığının idrakinde olmasını ifade eder; ki bu husus, haksızlık teşkil eden fiilden dolayı fail hakkındaki kınama yargısını ifade eden kusur için gerekli bir unsurdur. Bu itibarla, haksızlık bilinci kastın değil, kusurun bir unsurudur⁸¹. Kast teorisi, haksızlığa ilişkin objektif unsurların bilinmesi ve fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilinmesini; bir başka ifade ile birbiri ile ilintili ancak birbirinden farklı olan “bilme” unsurlarının birlikte gerçekleşmesini kusurun bir türü olarak addettiği kast için şart koşmakla haksızlık bilincini isnadın konusu haline getirmekte; böylece, değerlendirme ile değerlendirmenin konusunu birbirine karıştırarak aynı kapsamda mütalaa etmektedir. Ne var ki, haksızlık bilinci kastın bir unsuru olarak isnadın konusunu değil; kasten icra edilen haksızlıktan dolayı fail hakkındaki kınama yargısının (kusurun) unsurunu oluşturabilir.

Diğer taraftan, suçun yasal tanımında yer alan ve haksızlığın tümünü değerlendiren unsurların tipiklik ve bu bağlamda kast ile ilişkilendirilmesi, hukuka uygunluk nedenlerinin subjektif unsurunun⁸² reddi anlamına gelmektedir. Zira, bu görüşün kabul edilmesi halinde, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının (objektif unsur) gerçekleşmesi failin bundan yararlanması için yeterli olacaktır. Hukuka aykırılık unsurunun tipiklik kapsamında ele alındığı bir durumda, hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması, yani somut olayda herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının gerçekleşmemesi tipikliğin olumsuz unsuru olarak (negatives Tatbestandsmerkmal) ortaya çıkar. Hukuka uygunluk nedeninin varlığı, tipikliğin maddi unsurunun (objektif unsur) gerçekleşmesine engel olur ve artık failin kastı bakımından bir değerlendirme yapılamaz. Yalın olarak hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurunun olayda gerçekleşmiş olmasına bakılarak - *fail bunların gerçekleştiğinin bilincinde olmadığı halde*- bir haksızlığın bulunmadığını söylemek ve failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanmasını sağlamak, onu ödüllendirmek anlamına gelir. Fiilin değersizlik içeriği tamamen göz ardı edilerek, sadece objektif unsurla

⁸¹ **Maurach / Zipf**, AT/1 § 37 kn. 1, 16; § 22 kn. 11.

⁸² Ayırımı için bkz. **Göktürk**, Neslihan, “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?”, CHD 2015/27, s. 7 vd.

yetinilmesi suretiyle failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması yoluna gidilmemelidir.

Ayrıca, fail, hukuk düzenince tanınmayan bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğu hususunda ya da hukuken tanınan bir hukuka uygunluk nedeninin hukuki sınırında yanılığ içinde olabilir (izin yanılığı / Erlaubnisirrtum = dolaylı haksızlık yanılığı / indirekter Verbotsirrtum). Bu yanılığ, haksızlık yanılığı (TCK m. 30/4) kapsamında mütalaa edilmesi gereken bir durumdur. Çünkü, burada somut vakiya değil; münhasıran norma dayalı bir değerlendirme sözkonusudur; bu yanılığın haksızlıkla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Somut vakıanın dış dünyada cereyan ediş şeklinin failin zihninde yansımaması ya da yanlış yansımaları gibi bir durum yoktur; tam aksine fail somut vakiayı zihninde doğru şekilde tasavvur etmekte; olayın dış dünyada vuku buluş şekli ile bunun failin zihnindeki resmi birbiri ile tamamen örtüşmektedir. Bu yanılığ türünün haksızlıkla doğrudan bir ilgisinin bulunmaması nedeni ile, kast üzerinde herhangi bir etkisi de yoktur; dolayısıyla, unsur yanılığı kapsamında değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir⁸³. Hukuka aykırılık bilincinin kast kapsamında ele alınması durumunda ise, bu yanılığ türü de unsur yanılığı (TCK m. 30/1) olarak nitelendirilecek ve fiilin taksirle işlenen şeklinin yasa da suç olarak tanımlanmamış olması sebebi ile failin ceza sorumluluğuna gidilemeyecektir. Dolayısıyla, haksızlık bilincinin kastın bir unsuru olarak ele alınması, failin unsur yanılığına dayanarak ceza sorumluluğundan kurtulması tehlikesini de beraberinde getirecektir⁸⁴.

⁸³ **Jakobs**, AT 11/36; **Kindhäuser**, AT § 29, kn. 6; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 11 kn. 458, 482 f.; **Rengier**, AT § 31 kn. 12; **Krey / Esser**, AT § 21 kn. 718; **Heinrich**, AT kn. 1144; **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 56; **Frister**, AT 14/35; **Freund**, AT § 7 kn. 101; **Ebert**, s. 144; **Bringewat**, kn. 617.

⁸⁴ Kusur teorisinde “kusur” kavramı, kast teorisindekinden (bilme prensibi) farklı olarak sorumluluk prensibine (Verantwortungsprinzip) dayanmaktadır. Sorumluluk prensibine göre, insan, idrak yeteneği ölçüsünde fiilin icrasına ilişkin kararının hukuka uygunluğundan sorumludur. Birey, hukuk toplumunun bir üyesi olarak hukuk düzeninin gereklerine uygun davranmak, bu düzenin haksızlık olarak öngördüğü davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Bu sorumluluk, bireyin açık bir şekilde haksızlık oluşturduğunu bildiği davranışlardan kaçınma yükümlülüğü ile sınırlı olmayıp; bireye, fiilin icrasına ilişkin kararının hukuk düzeninin gerekleri ile uyumlu olup olmadığı hususunda kendisini bilgilendirme yükümlülüğünü de yüklemektedir. Bir başka ifade ile, birey, davranışının hukuk düzeni ile uyumunu sorgulamakla mükelleftir. Dolayısıyla, birey fiilin haksızlık teşkil ettiğini fiilin icrası sırasında aktüel olarak bilmese dahi,

Açıklanan nedenlerle, suçun yasal tanımında yer alan ve haksızlığın tümünü değerlendiren “hukuka aykırılık” ifadesi tipiklik ve kast ile ilişkili değildir; tipiklikten bağımsız olarak suçun diğer unsuru olan hukuka aykırılık ile ilişkilidir. Amaç, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunabileceğine hakim dikkatini çekmek ve bunu araştırma yönünde bir yükümlülük yüklemektir. Buna göre, tipikliğin gerçekleşmesi fiilin hukuka aykırılığına karine teşkil etmeyip; hakim, ileri sürülmesi dahi olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığını araştırmak ve hükümde buna yer vermekle yükümlüdür⁸⁵. Diğer taraftan, bu ifade, sadece suçun genel unsuru olan hukuka aykırılık unsurunun lüzumsuz olarak tekrarından⁸⁶ da ibaret değildir; haksızlık bilinci bağlamında kusur alanında fonksiyon icra etmektedir⁸⁷. Fail fiilin icrası sırasında “*doğrudan haksızlık bilinci*” ile hareket etmeli; yani fiilin hukuka aykırılığı konusunda **kesin bilgi** sahibi olmalıdır⁸⁸. “*Olası*

bunun öngörülebilir olduğu hallerde sözkonusu yükümlülüğü ne ölçüde yerine getirdiği ile bağlantılı olarak kasten işlediği suçtan dolayı kusurlu addedilebilecektir. Kusur teorisi, sorumluluk prensibine dayanmasına binaen fiilin icrasına ilişkin kararın içeriğinin hukuka aykırı olmaması sorumluluğunu yüklemekle ceza sorumluluğunun sınırlarını bu tehlikeyi ortadan kaldırır şekilde belirlemektedir (**Welzel**, s. 162).

⁸⁵ **Özbek ve diğerleri**, Genel Hükümler, s. 289; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 156-157; **Zafer**, Genel Hükümler, s. 298; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 303; **Kangal, Zeynel**, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 184-185.

⁸⁶ **Roxin**, AT/1 § 10 kn. 30; **Puppe**, NK-StGB § 16 kn. 14, Suçun yasal tanımında yer verilen ve bir unsuru nitelendirmeyen “hukuka aykırılık” ifadesi, suçun genel unsurlarından biri olan hukuka aykırılığa gereksiz olarak işaret etmektedir; Türk hukukunda aynı yönde görüş için bkz. **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 303.

⁸⁷ **Jescheck / Weigend**, s. 296, Yazarlar’a göre kast, sadece haksızlık teşkil eden maddi vakiyaya ilişkin unsurların bilinmesini gerekli kılar; maddi vakiya hakkındaki değerlendirme ise hukuka aykırılık bilinci ile ilişkilidir; bu ise, kusurun bir unsurudur.; **Bringewat**, kn. 462; **Özbek ve diğerleri**, Genel Hükümler, s. 289, “*Bu suçlarda failin kusuru hukuka aykırılığı da kapsmalıdır.*”

⁸⁸ Fail, fiilin hukuka aykırılığını kesin olarak biliyor ise; bu, hukuk normundan ve onun maddi değer içeriğinden kaynaklanan yükümlülük çağrısının faile ulaştığı anlamına gelmektedir; ki bu somut hukuki yükümlülük, haksız davranışı icra etmekten kaçınmak yönünde bir motivasyon oluşturur. Fail, fiilin hukuka aykırı olduğu bilincinde ise, normun, hukuki menfaatin ihlal edilmemesi gerektiği yönündeki yükümlülük çağrısı da gerçekleşmiş olur. Fail, buna rağmen hukuka aykırı fiili icra eder ise; fiil, sözkonusu hukuki yükümlülüğe aykırı şekilde hukuki menfaatin ihlaline ilişkin bir iradi karara dayanmaktadır. Fail, sözkonusu yükümlülük çağrısını dikkate almaması, fiilin hukuka aykırılığının bilincinde olmasına rağmen yükümlülüğüne aykırı şekilde hukuki menfaati

haksızlık bilinci (das bedingte Unrechtsbewusstsein)”nin varlığı, bir başka ifade ile failin fiilin hukuka aykırılığı hususunda şüphe içinde olması tam kusurlu addedilmesi için yeterli değildir⁸⁹. Fail, fiilinin hukuka aykırılığı hususunda **şüphe** içinde ise haksızlık yanılığsı içinde olduğu kabul edilmelidir⁹⁰. Yanılığsıya ilişkin ortaya çıkan sorunların çözülmesi, ancak sözkonusu ifadenin hukuka aykırılık unsuru kapsamında ele alınması ve failin bu husustaki yanılığsısının haksızlık yanılığsı kapsamında değerlendirilmesi ile mümkündür⁹¹. Failin kusurlu addedilebilmesi için doğrudan haksızlık bilinci ile hareket etmesinin gerektiği bir durumda ise, suçun olası kastla işlenmesinin mümkün olmadığı, ancak doğrudan kastla işlenebileceği hususunda bir tereddüt yoktur.

5237 sayılı TCK’daki bazı suç tanımlarında (112/1, 113/1, 114/2, 115/2, 117/1, 118/2, 123, 223/1, 223/3, 224/1, 235/2-c) fiilin “*cebiri veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla*” icra

ihlal etme yönünde bir iradi karar alması nedeniyle kusurludur. Bir başka ifade ile, haksızlık bilincinin sözkonusu davranışı icra etmekten sakınmak yönünde oluşturduğu motivasyonun fail tarafından reddedilmesi ve bu motivasyona rağmen hukuki menfaatin ihlali yönündeki iradi karar, kusura esas teşkil etmektedir (**Rudolphi**, Hans Joachim, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1969, s. 120).

⁸⁹ Alman doktrininde hakim olan görüşe göre, haksızlık bilinci, kural olarak hukuka aykırılık bilgisinin kesinliği ile sınırlanmaz. Olası haksızlık bilinci de, failin tam kusurlu addedilebilmesi için yeterlidir (bkz. **Rudolphi**, s. 118). İşte suçun yasal tanımında yer alan ve haksızlığın tümünü değerlendiren “hukuka aykırılık” ifadesi bu açıdan önem taşımaktadır. Bu tür suçlarda failin kusurlu addedilebilmesi için, olası haksızlık bilinci yeterli olmayıp, doğrudan haksızlık bilinci ile davranması şarttır.

⁹⁰ Bu durumda, haksızlık yanılığsı “*kaçınılabılır*” niteliktedir. Kaçınılabılır haksızlık yanılığsı içinde bulunan fail hakkındaki kusur yargısı, farklı bir içeriğe sahiptir. Bu durumda, failin, fiilin hukuka aykırılığının bilincinde olmaması belirleyicidir. İhlal edilen normdan kaynaklanan yükümlülük çağırısı faile ulaşmamaktadır. Failin fiilin icrasına ilişkin vermiş olduğu iradi karar, somut hukuki yükümlülüğe uygun ya da aykırı davranmak yönünde bir karar ihtiva etmemektedir. Fail, bizatihi fiilin hukuka aykırılığını idrak etme yeteneğine sahip olması, dolayısıyla da hukuka aykırı davranıştan sakınma imkanına sahip olması nedeniyle kusurlu addedilmektedir. Burada maddi kusur içeriği, hukuki menfaatin ihlali yönündeki iradi karara değil; tam aksine failin hukuka aykırılık bilgisini edinmedeki ihmaline dayanmaktadır; ki bu hukuka aykırılık bilgisi, hukuki yükümlülüğe uygun davranma yönünde iradi karar vermesini mümkün kılabilir idi (**Rudolphi**, s. 120 f.). 5237 sayılı TCK sisteminde kaçınılabılır haksızlık yanılığsı halinde, hakime cezada indirim yapma konusunda bir takdir yetkisi tanınmış değildir. Bu husus, sadece cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir.

⁹¹ **Jescheck / Weigand**, s. 248.

edilmesi aranmaktadır. Bu suçlar, bir taraftan **seçimlik (alternatif) hareketli**; diğer taraftan “hukuka aykırı başka bir davranışla” ifadesi kullanılarak **serbest hareketli suç** olarak düzenlenmiştir. Bir suçun serbestli hareketli olarak düzenlenmesi, belirlilik ilkesi bağlamında suçta kanunilik ilkesinin ihlal edildiği anlamını taşımaz. Örneğin ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye yahut ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek (TCK m. 235/2-c) ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturur. İhaleye ya da ihale sürecindeki işlemlere katılmayı engelleme şeklindeki fiil “cebiri veya tehdit kullanmak” suretiyle icra edilebileceği gibi, bunun dışında kalan başka hukuka aykırı davranışlarla da işlenebilir. Fiilin ne olduğu açıkça belirtildikten sonra, tek tek hangi davranışlarla icra edilebileceğinin belirtilmesine gerek yoktur. Verilen örmekte, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin hangi davranışlarla ihaleye ya da ihale sürecindeki işlemlere katılmalarının engellenebileceğinin önceden belirlenerek tek tek sayılması kanun yapma tekniğine de uygun değildir. Her şeyden evvel, kanunda belirtilmeyen, ancak korunan hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli başka davranışların kanunilik ilkesi gereği suç tanımının dışında kalma tehlikesi ortaya çıkar ki; fiilin kanunda belirtilmeyen hareketlerle icra edilmesinin tercih edileceği ve bunun da hukuki menfaatin korunması bakımından büyük bir risk yaratacağı aşıkardır. Suçların bir kısmının serbest hareketli olarak düzenlenmesinin özündeki düşünce de budur. Suçlar, korunan hukuki menfaat gözetilerek bağlı hareketli olarak düzenlenebilecekleri gibi; serbest hareketli olarak da düzenlenebilirler.

Buradaki “hukuka aykırılık” yukarıda değinilen suçun yasal tanımında yer alan ve haksızlığın tümünü değerlendiren (gesamtatbewertende Merkmale) bir unsur olmayıp, münhasıran fiilin icra edilebileceği davranışın bir özelliğidir. Suç tanımında “*cebiri veya tehdit kullanılmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla*” ibaresi kullanılmaksızın, sadece “*ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemek*” biçimindeki ifade, haksızlığı tanımlamada, yani sınırlarını belirlemede yetersiz kalmaktadır. Böyle bir ibare suç tanımında kullanılmamış olsa idi, hukuka aykırılık teşkil etmeyen davranışlarla da fiilin icra edilmesinin önü açılmış olur idi ki; bunun, hukuk düzeni ile bağdaşmayacağı açıktır. Dolayısıyla, burada kullanılan hukuka aykırılık;

suçun hukuka aykırılık unsuru değil, tipiklik unsuru kapsamında değerlendirilmelidir. Failin kastından söz edebilmek için, davranışının bu özelliğini bilmesi gerekir. Buna bağlı olarak, bu suçlar ancak **doğrudan kastla** işlenebilirler. Fail, gerçekleştirdiği davranışın hukuka aykırı olduğunu bilmiyorsa, yukarıda verilen örnekte ihale ya da ihale sürecindeki işlemlere katılmayı engelleme fiilini kasten icra ettiğinden söz edilemez (unsur yanlılığı, TCK m. 30/1). Fail, mağdurun ihaleye katılmasını engellemek için hukuka aykırı (haksız) olmayan bir davranış gerçekleştiriyor ise fiil tipik değildir, yani suç oluşturmaz. Failin, yanlılığına düşerek bu davranışının hukuka aykırı olduğu düşüncesi ile hareket ettiği halde ise, mefruz suç bulunup; failin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün değildir.

Bu suçlarla bağlantılı olarak ortaya çıkan diğer bir sorun ise, fiilin dayalı olduğu hukuka aykırı davranışın aynı zamanda suç teşkil ettiği bir durumda suçlar arasındaki içtima ilişkisinin belirlenmesidir⁹². Bu konuda genel ve kesin bir kural koymak mümkün gözükmemektedir; sorun, her somut olayda hukuka aykırı davranışın hangi suçu oluşturduğuna göre ayrı ayrı değerlendirme yapılmasını gerekli kılmaktadır. Örneğin, bir ihaleye katılmak için aranan yeterlik belgesini almak amacıyla ilgili kamu kurumuna başvuruda bulunan kişiye, yeterlik belgesi verilmesine engel hiçbir hal bulunmamasına rağmen ihaleye katılmasını engellemek için kurum görevlisi tarafından bu belgenin vaktinde verilmemesi durumunda⁹³, hem ihaleye fesat karıştırma suçu (TCK m. 235/2-c) hem de görevi kötüye kullanma suçu (TCK m. 257/2) oluşur. Her iki suç arasında asli norm - tali norm şeklindeki görünüşte içtima ilişkisinin bir türü olan özel norm - genel norm ilişkisi bulunmaktadır; özel normun önceliği ilkesi gereği kamu görevlisi sadece ihaleye fesat karıştırma suçundan sorumlu tutulacaktır.

Failin, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan mağduru, örneğin hürriyetinden yoksun kılmak suretiyle ihaleye katılmasını engellemesi halinde ise, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK m. 109) ve ihaleye fesat karıştırma suçu (TCK m. 235/2-c)

⁹² Bu suçlarda, fiilin cebir veya tehdit şeklindeki alternatif harekete dayalı olarak icra edilmesi durumunda, suçlar arasında bileşik suç (TCK m. 42) şeklindeki görünüşte içtima ilişkisinin bulunduğu bir şüphe yoktur.

⁹³ Örnek için bkz. **Özgenç**, İzzet, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 52, dn. 39.

oluşmaktadır. Tek bir fiilin iki farklı suç tipine sebebiyet vermesi nedeni ile farklı nevi'den fikri içtima ilişkisi sözkonusu olup⁹⁴; fail en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu tutulmalı (TCK m. 44), bu husus temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun dışında, bazı özel düzenlemeler gereğince suçlar arasında gerçek içtima kuralının uygulanması gerekebilir (TCK m. 212). Failin, sözgelimi belgede sahtecilik suçunu (TCK m. 204 veya 207) işlemek suretiyle mağdurun ihaleye katılmasını engellemesi durumunda, her iki suçtan da sorumlu tutulması gerekecektir. Görüldüğü üzere, hukuka aykırı davranışın hangi suçu oluşturduğuna göre, suçlar arasındaki içtima ilişkisi her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

7. SUÇUN YASAL TANIMINDA İLGİLİNİN RIZASININ YOKLUĞUNUN İFADE ETTİĞİ ANLAM

İlgilinin rızasının⁹⁵ suçun yapısındaki yeri konusunda doktrinde ileri sürülen görüşlerden hangisinin benimsendiğine göre, suçun yasal tanımında rızanın yokluğuna yüklenen anlam da farklılık arz etmektedir. Bu konu üzerinde doktrindeki tartışmalar esas itibarıyla iki görüş (monist teori - düalist teori) etrafında şekillenmektedir. Bu tartışma, özellikle suçun manevi unsuru olan kastın kapsamının belirlenmesi ve yanılığ bakımından önem taşımaktadır.

a. Rızanın Tipiklik Unsuru Üzerinde Etkili Olduğu Görüşü (Monist Teori)

Rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı, tüm suçlar bakımından tipiklik unsuru üzerinde etkili olduğu görüşü, Alman ceza hukuku doktrininde özellikle Roxin tarafından savunulmaktadır⁹⁶. Roxin'e göre; rıza, esas itibarı ile norm ile korunan hukuki menfaat ile ilintili bir sorundur. Rızanın tipikliği bertaraf edici etkisi, münhasıran fiilin sosyal uygunluğu (Sozialadäquanz) ile açıklanamaz; tam aksine kaynağını öncelikle anayasa ile güvence altına alınmış olan hareket serbestisinde (Handlungsfreiheit) bulur ki; bu serbesti, bireyin kendisine ait hukuki

⁹⁴ Ayrıntı için bkz. **Göktürk**, Neslihan, Fikri İçtima, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

⁹⁵ İlgilinin rızası Roma hukukunda da kabul edilmekte idi (Ulpian, D. 47. 10. 1. 5): "*Nulla iniuria est, quae in volentem fiat (mağdurun rızası ile gerçekleşen şey haksızlık değildir)*". Romalı hukukçu Ulpian'ın bu cümlesi, daha sonra "*volenti non fit iniuria*" şeklinde hukukun genel bir ilkesi haline almıştır (bkz. **Roxin**, AT/1 § 13 kn. 1).

⁹⁶ Monist teorisinin Alman ceza hukukundaki diğer bir temsilcisi bkz. **Schlehofer**, Horst, in: MK-StGB, Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011, Vor §§ 32 kn. 126 ff.

menfaatler üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmesini de kapsar. Bireyin kendisine ait bir hukuki menfaat üzerinde tasarruf yetkisini kullanmasına dayalı olarak icra edilen fiilin, norm ile korunan hukuki menfaati ihlal etmesi mümkün olmadığı için tipiklik unsuru da gerçekleşmez. Hukuki menfaat ile bu menfaat üzerindeki tasarruf yetkisi ayrılmaz bir bütündür. Örneğin mülkiyet hakkı, hak sahibinin malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisini kullanması ile icra edilir; tasarruf yetkisi olmaksızın mülkiyet hakkının varlığı tek başına bir anlam ifade etmez. Kişi, malının tahrip edilmesine rıza gösteriyor yahut bunu talep ediyor ise, bu fiil mülkiyet hakkını ihlal etmez; aksi düşünce suçun konusu ve normla korunan hukuki menfaatin birbirine karıştırılmasının bir sonucudur. Suçun konusuna zarar verilmekle beraber; bu fiil, mülkiyet hakkına bir saldırı oluşturmaz. Benzer şekilde, kasten yaralama suçunun konusunu oluşturan vücut ancak ruh ile anlam kazanır. Örneğin, estetik bir cerrahi müdahale, kişinin vücut dokunulmazlığına bir saldırı olarak nitelendirilemez; tam tersine bireyin maddi ve dolayısıyla manevi varlığını geliştirmesine hizmet eder. Dolayısıyla suçun konusu ve bu konu üzerindeki tasarruf yetkisi, norm ile korunan hukuk menfaatten bağımsız değildir. Hukuki menfaat, ancak hak sahibinin rızasının bulunmaması halinde ihlal edilebilir. Bir başka ifade ile, fiilin rıza hilafına icra edilmesi, hukuki menfaat ihlalinin bir koşuludur⁹⁷.

Roxin’in ileri sürdüğü bir başka gerekçe ise, tüm hukuka uygunluk nedenlerinin temel dayanağı olan menfaatler çatışmasının, dolayısıyla menfaat tartımının ilgilinin rızası bakımından mevcut olmamasıdır. Menfaatler çatışmasının sözkonusu olduğu durumda, daha yüksek değerdeki menfaatin korunması için gerekli olması koşuluyla, daha az değer taşıyan diğer menfaat feda edilmekte, onun korunmasından vazgeçilmekte ve hukuk düzenince bu durum meşru görülmektedir. Rızada ise, fiili icra eden ile fiilin icrasına rıza gösteren kişinin menfaatleri arasında bir çatışma bulunmadığı gibi; fiilin gerekliliğinden de söz edilemez. Rızanın varlığı halinde, korunması gereken bir menfaat bulunmamaktadır; bu ise hukuka uygunluk değil, tipiklik sorundur⁹⁸.

Roxin’e göre, tipikliği kaldıran rıza - hukuka uygunluk nedeni olan rıza şeklindeki ayırımda belirleyici bir kriter ortaya konulması ve bu

⁹⁷ **Roxin**, AT/1 § 13 kn. 12-14; Aynı yönde bkz. **Schlehofer**, MK-StGB Vor §§ 32 kn. 128.

⁹⁸ **Roxin**, AT/1 § 13 kn. 22.

ayırımı farklı hukuki sonuçlar bağlanması mümkün değildir. Münhasıran suç tipinde rızaya yer verilip verilmemesine göre, buna tipiklik ya da hukuka aykırılık unsurunu bertaraf eden bir etki tanınması açıklanabilir değildir. Bütün bu hallerde, rızaya binaen fiilin bir hukuki menfaati ihlal ettiği, dolayısıyla tipik olduğu söylenemez⁹⁹.

b. Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza - Tipikliği Kaldıran Rıza Şeklinde İkili Ayırım Yapan Görüş (Düalist Teori)

Suç tanımının işlevine bağlı olarak, fiil kanuni tanıma uygun olduğunda norm ile korunan hukuki menfaati ihlal eder. Rıza ise, norm ile korunan hukuki menfaati ihlal eden tipik fiili hukuka uygun hale getirir¹⁰⁰. Bunun temelinde ise menfaatler çatışması bulunur. Rıza ile hukuk düzeni, menfaat sahibine fiilin sağlayacağı fayda ve vereceği zarar arasındaki menfaat çatışmasını hukuki menfaatin feda edilmesi suretiyle çözme olanağını vermekte; kişi açıkladığı rızası ile normun koruduğu menfaati feda ederek çatışan menfaatin tatmini lehine karar verdiğini göstermektedir¹⁰¹. Diğer hukuka uygunluk nedenlerinde, örneğin meşru savunmada menfaatler çatışması dışsal alanda ortaya çıkan bir çatışma (externe Interessenkollision) iken; rızada ise, içsel bir menfaatler çatışması (interne Interessenkollision) sözkonusudur. Başka bir deyişle, çatışan hukuki menfaatlardan hangisinin daha ağır bastığı içsel alanda yapılan bir değerlendirmedir (interne Interessenabwägung). Rıza, ilgilinin hukuki menfaatler arasında yaptığı ve subjektif nitelik taşıyan tartımını hukuk düzeninin tanıması esasına dayanmaktadır. Buna göre rıza, suçun hukuka aykırılık unsurunu bertaraf eden bir hukuka uygunluk nedenidir¹⁰².

⁹⁹ **Roxin**, AT/1 § 13 kn. 24 f.

¹⁰⁰ **Gropp**, AT § 6 kn. 57; **Stratenwerth**, Günter / **Kuhlen**, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2011, § 9 kn. 3; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 9 kn. 370; **Frister**, AT § 15 kn. 4; **Ekici-Şahin**, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 102.

¹⁰¹ Esasen, rızada yarar-zarar dengesi sözkonusu olup; korunmasından vazgeçilerek feda edilen hukuki menfaatin değeri, rıza ile elde edilmek istenen menfaatin değerinden daha azdır (**Amelung**, Knut / **Eymann**, Frieder, “Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht”, JuS 2001/10, s. 939).

¹⁰² **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 16 kn. 53; AT § 17 kn. 97; Aynı yönde bkz. **Paeffgen**, Ullrich, in: NK-StGB, Band 1, 4. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013, Vor §§ 32 ff. kn. 46.

Rıza, hukuki menfaat sahibine, suç tipi ile korunan hukuki menfaatin bir başkası tarafından ihlal edilmesine izin verme yetkisini vermekte olup; amaç, hak sahibine yasağa rağmen hukuki menfaati üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir alan yaratmaktır. Örneğin kasten yaralama suçu ile vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi yasaklanmakla beraber; kişi, iyileşmek ya da estetik bir görünüm kazanmak amacıyla hekimin vücut bütünlüğüne müdahalede bulunmasına izin vermektedir. Bu tasarruf yetkisi, esasen anayasal bir hak olan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının bir parçasıdır¹⁰³. Rızanın münhasıran tipiklik üzerinde etkili olduğu yönündeki görüş, fiilin maddi haksızlık içeriğine uygun değildir. Örneğin bir bacağın kesilmesi, hastanın rızası ile yapılmış olsa dahi vücut dokunulmazlığının ihlalidir¹⁰⁴. Tıpkı meşru savunmada olduğu gibi, vücut bütünlüğüne müdahalenin haksızlığına esas teşkil eden olgulara gösterilen rıza ile “değer” bakış açısı karşı karşıya gelir. Buradaki rıza da menfaatler çatışmasına dayanır. Hak sahibi, tıbbi müdahalenin lehine ve aleyhine olan yanlarını içsel olarak tartmak suretiyle rızaya ilişkin kararını verir. Burada, menfaatler arasındaki tartım tamamen içsel düzeydedir. Bu tartımın içsel düzeyde yapılması, hukuka uygunluk nedeninin varlığına temel teşkil eden bir menfaat çatışmasının bulunmadığı anlamına gelmez¹⁰⁵.

Kural olarak bir hukuka uygunluk nedeni olan rıza, mağdurun failin fiiline yönelik iradesinin tipikliğin objektif unsurları alanında yer almadığı suç tipleri bakımından fonksiyon icra etmektedir. Rızanın yokluğuna suçun yasal tanımında bir unsur olarak yer verilen hallerde, hukuki

¹⁰³ **Amelung / Eymann**, JuS 2001/10, s. 938 f.

¹⁰⁴ Fiilin suç tanımı karşısında tipiklik arz etmesi ile birlikte norm ile korunan hukuki menfaat de ihlal edilir. Bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı, bunu değiştirmez; yani hukuki menfaatin ihlal edilmediği anlamına gelmez ya da bunu bertaraf edici bir etki doğurmaz. Hukuka uygunluk nedeni, sadece hukuki menfaat ihlaline izin verir (izin normu / Erlaubnisnorm) ve bu suretle tipik fiilin hukuka aykırılığını bertaraf eder (**Bringewat**, kn. 464; **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 4). Hukuka uygunluk nedeni, kişiye başkasına ait bir hukuki menfaati ihlal etme yetkisini (Eingriffsbefugnisse) vermekte olup; hukuki menfaat sahibi bu ihlale katlanmakla yükümlüdür (Duldungspflicht). Aynı şekilde bir hakkı üzerinde tasarrufta bulunan kişinin rızası bakımından da bu durum geçerlidir (**Murmann**, AT § 15 kn. 1 f.; **Bringewat**, kn. 466).

Diğer taraftan monist teorisi, tasarruf iradesini kullanamayacak ya da açıklayamayacak durumda olan kişiler bakımından normun sağdığı hukuki himayeyi zayıflatıcı mahiyettedir (**Ekici Şahin**, s. 88).

¹⁰⁵ **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 17 kn. 96.

menfaat sahibinin fiilin icrasına rıza göstermesi, tipikliği bertaraf eden bir etki gösterir. Zira ilgilinin rızasının bulunmaması fiilin tipe uygun olabilmesi için bir unsur olarak öngörülmüştür; bu nedenle de hukuka aykırılık değerlendirmesinden önce gelen tipiklik kapsamında ele alınmalıdır. İlgilinin rızası varsa fiilin tipik olduğu söylenemez (tipikliğin olumsuz unsuru / negatives Tatbestandsmerkmal)¹⁰⁶. Rızanın yokluğu, tipikliğin objektif unsurudur¹⁰⁷. Bunu, hukuka uygunluk teşkil eden rızadan (Einwilligung) ayırt edebilmek için, tipikliği kaldıran rıza (das tatbestandsausschließende Einverständnis) ifadesi kullanılmaktadır^{108,109}.

¹⁰⁶ **Mezger**, Strafrecht, s. 214 f.; **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 16 kn. 30; § 17 kn. 93 f.; **Paeffgen**, NK-StGB Vor §§ 32 ff. kn. 46; **Kühl**, Lackner / Kühl - StGB Vor § 32 kn. 11; **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB Vor §§ 32 ff. kn. 31; **Gropp**, AT § 6 kn. 59; **Heinrich**, AT kn. 440; **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 112; **Jäger**, Christian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2009, § 4 kn. 135; **Kindhäuser**, AT § 12 kn. 33 f.; **Krey / Esser**, AT § 17 kn. 655 f.; **Otto**, Harro, Grundkurs Strafrecht, 7. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2004, § 8 kn. 123 ff.; **Rengier**, AT § 23 kn. 40; **Stratenwerth / Kuhlen**, AT § 9 kn. 7 ff.; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 9 kn. 366 ff.; **Frister**, AT § 15 kn. 1 ff.; **Köhler**, Michael, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 1997, s. 244; **Beckert**, Sandra Maria, “Einwilligung und Einverständnis”, JA 2013/7, s. 507 f.

Türk hukukunda da bu görüş hakimdir. bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 360, Yazar’a göre suç tanımında “rızası olmaksızın” ya da “rızası olmadan” gibi ibarelerin kullanıldığı hallerde, rızanın yokluğu ilgili suçun maddi unsurları bağlamında ele alınması gereken bir olumsuz unsuru oluşturmaktadır (suçun olumsuz unsurları teorisi); **Önder**, Ceza Hukuku Dersleri, s. 257, “burada hak sahibi tarafından verilen rıza, hukuka uygunluk sebebi ile ilgili değildir. Bu durumda rızanın mevcut olması, hukuka uygunluğu değil, tipiklik ve tipe uygun hareketi ilgilendirir. Gerçekten, rızanın bu suç tiplerinde varlığı halinde rızasını açıklayan ile buna uygun olarak hareket eden kişi arasındaki ilişki, Ceza Hukuku dışında normal ilişkidir. Ceza Hukuku dışında gerçekleşen normal ilişkide hukuka uygunluk sebebinin varlığı veya yokluğu tartışılmaz.”; **Koca / Üzülmmez**, Genel Hükümler, s. 274, 276; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 357; **Artuk / Gökçen / Yenidünya**, Genel Hükümler, s. 434; **Artuk**, Mehmet Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, A. Caner, TCK Şerhi, C.1, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 837; **Soyaslan**, Genel Hükümler, s. 379; **Kangal**, s. 184-185.

¹⁰⁷ **Rengier**, AT § 23 kn. 3; **Beckert**, JA 2013/7, s. 508 f.

¹⁰⁸ **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 17 kn. 93; **Paeffgen**, NK-StGB Vor §§ 32 ff. kn. 46; **Kühl**, Lackner / Kühl - StGB Vor § 32 kn. 11; **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB Vor §§ 32 ff. kn. 31; **Gropp**, AT § 6 kn. 59 f.; **Heinrich**, AT kn. 440; **Hilgendorf / Valerius**, AT § 5 kn. 112; **Jäger**, AT § 4 kn. 135; **Kindhäuser**, AT § 12 kn. 33 f.; **Krey / Esser**, AT § 17 kn. 655 ff.; **Kühl**, AT § 9 kn. 25, 42; **Otto**, § 8 kn. 123 ff.; **Rengier**, AT § 23 kn. 40 ff.; **Stratenwerth / Kuhlen**, AT § 9 kn. 7 ff.; **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 9 kn. 366 ff.; **Frister**, AT § 15 kn. 1 ff.; **Jakobs**, AT

Tipikliği kaldıran rızanın teorik izahına gelince: Norm ile korunan hukuki menfaat ve kişinin o hukuki menfaat üzerindeki tasarruf yetkisi aynı şey değildir. Bir başka ifade ile, hukuki menfaat üzerindeki tasarruf özgürlüğü, norm ile sağlanan korumanın bizatihi kendisi değildir. Zira, suç tanımı, belirli hukuki menfaatler bakımından tasarruf özgürlüğünün korunmasına değil; münhasıran hukuki menfaatlerin korunmasına hizmet eder. Hukuki menfaat üzerindeki tasarruf iradesi, kural olarak normun

7/104; **Köhler**, s. 244; **Rönnau**, Thomas, “Einwilligung und Einverständnis”, JuS 2007/1, s. 18 ff.; **Beckert**, JA 2013/7, s. 507 ff.; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 276; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 357.

Tipikliği kaldıran rızaya ilişkin genel bir öğretisi yoktur ve bunun ceza kanunlarının genel kısmında düzenlenmesi de mümkün değildir; bu husus, ancak her bir suç tipi bakımından özel olarak değerlendirmeye tabi tutularak tespit edilebilir (**Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 17 kn. 93; **Frister**, AT § 15 kn. 3).

¹⁰⁹ Tipikliği kaldıran rıza (das tatbestandsausschließende Einverständnis) ile bir hukuka uygunluk nedeni olan rıza (Einwilligung) arasında bazı temel farklılıklar bulunmaktadır (bkz. **Roxin**, AT/1 § 13 kn. 4 ff.; **Sternberg-Lieben / Schuster**, Schönke / Schröder StGB Vor §§ 32 ff. kn. 32a ff.; **Beckert**, JA 2013/7, s. 510; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 357-358): **i**) Tipikliği kaldıran rızada, ilgilinin içsel onayı yeterli olup; bunun dış dünyada açık veya örtülü şekilde açıklanması gerekmez. Bir hukuka uygunluk nedeni olan rızanın ise, söz ya da davranışla dış dünyada algılanabilir olması şarttır. **ii**) Tipikliği kaldıran rızada, ilgilinin, fiilin icrasına doğal anlamda onay vermesi yeterlidir; yaş küçüklüğü ya da akıl hastalığı gibi bir nedenle bu rızasının hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olması şart değildir. Hukuka uygunluk nedeni olan rızanın geçerli olabilmesi için ise, ilgilinin bu rızanın hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Bu, menfaatler tartımında önem taşır. **iii**) Tipikliği kaldıran rızada ilgilinin sözgelimi hileli davranışların etkisiyle yanılgı içinde olması önem taşımaz. Bir başka ifade ile iradenin varlığı yeterli olup, iradeyi sakatlayan bir nedeninin varlığı rıza üzerinde etkili değildir. Hukuka uygunluk nedeni olan rızanın geçerli olabilmesi için ise, ilgilinin serbest iradesine dayanması, ilgilinin iradesinin herhangi bir nedenle sakatlanmamış olması şarttır. **iv**) Tipikliği kaldıran rızada, mağdurun içsel onaylaması yeterli olduğu için failin rızanın varlığını bilmemesi önem taşımaz. Mağdurun rızasının varlığı ve fakat bunun fail tarafından bilinmemesi durumunda, tipikliğin objektif unsurunun bulunmaması nedeniyle fiil tipik değildir. Buna karşılık hukuka uygunluk nedenlerinin aynı zamanda subjektif unsura sahip olduğunu kabul eden görüşe göre, bir hukuka uygunluk nedeni olan rızanın varlığının fail tarafından bilinmesi şarttır. Aksi halde, rızanın hukuka uygunluk etkisi gösterebilmesi mümkün değildir; failin (tartışmalı bir konu olup, tamamlanmış ya da teşebbüs aşamasında kalan suçtan dolayı) ceza sorumluluğu devam eder. **v**) Tipikliği kaldıran rızada, rızanın bulunmaması ve fakat failin var olduğu kanısıyla fiili icra etmesi durumunda, unsur yanılgısı nedeniyle kastından söz edilemez. Buna karşılık, hukuka uygunluk nedeni olan rızada failin bunun koşulları hakkındaki yanılgısı, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında yanılgı çerçevesinde değerlendirilir.

koruduğu hukuki menfaate dahil değildir. Hukuki menfaat, esas itibariyle sahibinin tasarruf iradesinden bağımsız şekilde korunmakta olup; kişinin tasarruf özgürlüğüne sahip olduğu hallerde, varlığı ile tasarrufun hem bir şartını hem de konusunu oluşturur. Örneğin, kasten yaralama suçunda vücut dokunulmazlığı; mala zarar verme suçunda mülkiyet hakkı, hukuki menfaat sahibinin iradesinden bağımsız olarak korunur. Fiil, kanuni tanıma uygun olduğunda norm ile korunan hukuki menfaati ihlal eder¹¹⁰. Hukuki menfaat, soyut nitelik taşıyan esasen toplumsal bir değerdir ve birey ile bu toplumsal değer arasındaki ilişkiyi ifade eder. Bu ilişkinin ihlal edilmesi, ilgilinin rızasından tamamen bağımsızdır. Norm, hukuki menfaat olarak kişi ile bu toplumsal değer arasındaki ilişkiyi korur. Zira, bireyin bu değer ilişkisi temelinde maddi ve manevi varlığını geliştirmesinde toplum da menfaat sahibidir. Somut olayda bu korumadan vazgeçilmesi, birey ile değer arasındaki bu ilişkinin korunmaya layık olmadığı anlamına gelmez¹¹¹. İlgilinin rızası, fiilin suç tanımında mündemiç olan değersizliğini ortadan kaldırmaz ve hukuki menfaat ihlali varlığını korur¹¹². Bu husus, bireyin hangi menfaatler üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğunu tespit bakımından da ayırıcı bir kriter olup; örneğin yaşam hakkı gibi yüksek değerdeki menfaatler bakımından rızaya bir geçerlilik tanınmamasının temel nedeni de budur¹¹³. Bazı değerlerin korunmasındaki toplumsal menfaat, bireyin serbest tasarruf iradesine itibar edilmesindeki menfaatinden daha üstün gelebilir. Birey rızasını açıklasa dahi, yaşam hakkının korunmasındaki toplumsal menfaat

¹¹⁰ **Gropp**, AT § 6 kn. 57.

¹¹¹ **Otto**, § 8 kn. 127.

¹¹² **Gropp**, AT § 6 kn. 57.

¹¹³ Rıza, tüm suç tipleri için uygulanma kabiliyetine değildir; sadece bireye ilişkin hukuki menfaatleri koruyan suç tipleri bakımından sözkonusu olabilir. Birey üstü hukuki menfaatleri koruyan suç tipleri, örneğin adliye aleyhine işlenen suçlar, idarenin güvenilirliğine karşı işlenen suçlar vs. rızaya elverişsizdir. Yaşam hakkı, bireye ilişkin bir hukuki menfaat olmasına rağmen rıza bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Zira bireyin hukuki menfaat üzerindeki tasarruf yetkisi sınırsız değildir; yaşam hakkı değerlidir ve ihlalinin telafisi mümkün değildir. Bu nedenle, bireyin, kendi yaşamının bir başkası tarafından sona erdirilmesi yönündeki rıza açıklaması geçersizdir ve hukuka uygunluk etkisi göstermez (**Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 17 kn. 99 f.; **Rönnau**, JuS 2007/1, s. 19; **Amelung / Eymann**, JuS 2001/10, s. 939; **Beckert**, JA 2013/7, s. 507, 509; **Özbek ve diğerleri**, Genel Hükümler, s. 346 vd.; **Artuk / Gökçen / Yenidünya**, TCK Şerhi, C.1, s. 837 vd.). Nitekim TCK 26/2 hükmünde, bireyin sadece üzerinde **mutlak surette** tasarruf edebileceği hukuksal değerlere ilişkin olarak göstereceği rızaya geçerlilik tanınmaktadır.

varlığını sürdürdüğü için, bu menfaat üzerinde bireyin tasarruf yetkisinin bulunmadığı kabul edilir. Bu da göstermektedir ki, hukuki menfaatler ilgilinin iradesinden bağımsız olarak korunmaktadır¹¹⁴. Bununla birlikte, ilgilinin rızasına suçun yasal tanımında yer verilen hallerde, aynı zamanda kişinin ilgili hukuki değer hakkında karar verme serbestisi de koruma altına alınmaktadır. Bu suç tiplerinde, fiilin tipikliği için kişinin tasarruf özgürlüğünü de ihlal etmesi gerekmektedir. Kişinin normun sağladığı bu hukuki korumadan vazgeçerek fiilin icrasına rıza göstermesi bunu suç tanımının dışına çıkarmakta, yani tipikliğine engel olmaktadır. Bu durumda, norm ile korunan hukuki menfaatin ihlal edildiği söylenemez¹¹⁵.

Nitekim, bizim de katıldığımız düalist teoriye uygun olarak 5237 sayılı TCK sisteminde, ilgilinin rızası “genel hükümler” kitabında, ceza sorumluluğunun esaslarını düzenleyen ikinci kısımda, “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığını taşıyan ikinci bölümde 26/2 hükmü ile bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir¹¹⁶. Madde gerekçesinde ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olduğu belirtilmemiş olsa idi dahi, TCK’nın genel hükümler kitabında 26/2 hükmünün varlığı ve düzenlendiği bölüm başlığı ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğini göstermesi bakımından yeterlidir. Aksi halde, monist teori benimsenmiş, yani ilgilinin rızası tipikliğe dahil bir unsur olarak kabul edilmiş olsa idi; ne 26/2 hükmünün varlığı ne de bazı suç tanımlarında rızaya yer verilmesinin nedeni açıklanabilir idi¹¹⁷. TCK’da, 26/2 hükmünün varlığı karşısında bazı suç tiplerinde rızaya yer verilmesi, rızanın münhasıran bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmediğini ortaya koymaktadır. Çünkü, rıza sadece bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiş olsa idi, bazı suç tiplerinde rızaya ayrıca yer verilmemesi gerekir idi.

¹¹⁴ Otto, § 8 kn. 127.

¹¹⁵ Ekici Şahin, s. 87.

¹¹⁶ TCK 26/2 hükmünün gerekçesinde, ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği açıkça belirtilmektedir: “Maddenin ikinci fıkrasında ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Söz konusu hukuka uygunluk nedeninin varlığı için, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin olması gerekir.”

¹¹⁷ Alman doktrininde monist teoriye yöneltilen eleştirilerden biri de, rızanın tipiklik kapsamında kabul edilmesi halinde, bazı suç tanımlarında buna ayrıca yer verilmesinin izah edilemeyeceğidir (Kindhäuser, AT § 12 kn. 5).

Bu sebeple, 5237 sayılı TCK sisteminde düalist teorinin benimsendiği ve buna bağlı olarak hukuka uygunluk nedeni olan rıza - tipikliği kaldıran rıza ayırımına gidilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır¹¹⁸. Suçun yasal tanımında rızanın yokluğu açıkça bir unsur olarak düzenlenmişse yahut açıkça düzenlenmemekle beraber diğer unsurların yorumundan fiilin hukuksal değer sahibinin rızasına aykırı şekilde ya da rızası olmaksızın işlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılıyorsa, rıza fiilin tipikliğine engel olur. Bunun dışındaki suç tipleri bakımından ise, rıza bir hukuka uygunluk nedenidir¹¹⁹. Rızanın tipikliğe dahil bir unsur olduğu suç tiplerinde, failin kastından söz edebilmek için ilgilinin rızasının bulunmadığını da bilmesi gerekir¹²⁰. Failin rızanın varlığı hakkındaki yanılığı, suçun maddi unsurlarında yanılığı (TCK m. 30/1) kapsamında değerlendirilmek suretiyle failin kastının bulunmadığı sonucuna varılır. Rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu durumda ise, failin rızanın varlığı hakkındaki yanılığı, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılığı (TCK m.30/3) kapsamında mütalaa edilir¹²¹.

8. SUÇUN YASAL TANIMINDA FİİLİN YETKİSİZ OLARAK İCRA EDİLMESİNİN veya YETKİLİ MERCIİN İZİNİN BULUNMAMASININ İFADE ETTİĞİ ANLAM

Suçun yasal tanımında, fiilin yetkisiz olarak icra edilmesi ya da yetkili merciin izninin bulunmamasının arandığı hallerde, bunun suçun maddi unsurları kapsamında mı, yoksa hukuka uygunluk nedeni olarak mı değerlendirileceği bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır¹²². Yetkili merciin izninin¹²³ suç teşkil eden haksızlığın yapısındaki fonksiyonu hakkında

¹¹⁸ Aynı yönde bkz. **Ekici Şahin**, s. 84, 89; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 276.

¹¹⁹ **Rönnau**, JuS 2007/1, s. 18; **Ekici Şahin**, s. 89-90; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 276; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 357.

¹²⁰ **Wessels / Beulke / Satzger**, AT § 9 kn. 369; **Ekici Şahin**, s. 99; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 276; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 358.

¹²¹ **Ekici Şahin**, s. 100-101; **Koca / Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 276-277; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 357.

¹²² **Jescheck / Weigend**, s. 368.

¹²³ İzin, idare hukuku bakımından gerekli olan geçerlilik koşullarını taşımaktadır. İdare hukukunun esaslarına göre geçerli olmayan bir izin, herhangi bir etki göstermez. Ancak bu, tipikliği bertaraf eden izin için geçerli değildir; geçersiz de olsa bir iznin bulunması yeterlidir. Hiçbir izin alınmadığı halde, idarenin fiilin icrası sırasında ya da icrasından sonra herhangi bir işlem yapmayarak buna müsamaha göstermesi fiilin tipikliğini

genel ve kesin bir kural koymak mümkün değildir. Fiilin, yetkili merciin iznini alma gerekliliği ihlal edilmeksizin cezalandırılmaya değer bir haksızlık teşkil edip etmediğine bakılmalıdır. Şayet yetkili merciin izni göz önünde bulundurulmadığında fiil başlı başına cezalandırılmaya değer bir haksızlık içeriğine sahip ise, bir başka ifade ile bu unsurdan bağımsız olarak fiil cezalandırılmaya layık bir değersizlik içeriği gösteriyorsa yetkili merciden alınan izin ya da ruhsat bir hukuka uygunluk nedenidir. Buna karşılık, fiil münhasıran gerekli ruhsat ya da iznin yokluğuna bağlı olarak cezalandırılmaya değer bir haksızlık muhtevasına sahip ise; yani iznin gerekliliği dikkate alınmaksızın fiil hakkında bir değersizlik yargısında bulunulmuyor yahut fiil sosyal bakımdan uygunluk arz ediyor ise tipikliğin objektif unsurudur ve iznin yokluğu fiilin tipikliğini önler. Bu, her bir suç tipi bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılmasını gerektiren bir husustur¹²⁴.

Fiilin yetkili merciin iznini alma gerekliliği ihlal edilmeksizin cezalandırılmaya değer bir haksızlık teşkil edip etmediği ise, emir ya da yasakla ilişkili olarak yetkili merciin izninin hangi amaca yönelik olduğunun tespitine bağlıdır. Sadece istisnai durumlarda izin verilen tehlikeli ve istenmeyen bir davranış sözkonusu ise, yani davranışın toplumsal açıdan faydalı olmadığı ya da değerden yoksun olduğu ve bu davranışa izin verilebilmesi için toplumun menfaatleri karşısında bir değer tartımının yapılması gereken hallerde, yetkili merciin izni bir hukuka uygunluk nedenidir. Buna karşılık iznin varlığı, istenen yahut en azından toplumsal sözleşmeye uygun davranışlar üzerinde daha etkin bir denetim mekanizmasının kurulması amacını güdüyor ise, iznin alınmaması tipikliğe dahil bir unsurdur¹²⁵. Son durumda, ilgili alanda faaliyet gösteren kişilerin gerekli uzmanlığa ya da yetkinliğe sahip olmalarını sağlama amacı vardır. Burada, izin alınmaksızın icra edilen davranışın haksızlığı, yetkili merciin ilgili alanda faaliyet gösteren kişinin yükümlülüğe uygun şekilde izlenebilmesine yönelik çabalarının sonuçsuz bırakılması yahut

önlemez veya fiili hukuka uygun hale getirmez (**Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 17 kn. 127; **Jescheck / Weigend**, s. 369).

¹²⁴ **Baumann / Weber / Mitsch**, AT § 16 kn. 31, § 17 kn. 126; **Jescheck / Weigend**, s. 246; **Kangal**, s. 185.

¹²⁵ **Jescheck / Weigend**, s. 368; **Roxin**, AT/1 § 10 kn. 32.

güçleştirilmesidir. Bu nedenle, yetkili merciin izninin bulunmaması tipikliğe dahil bir unsurdur¹²⁶.

Örneğin, tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi suçunun düzenlendiği TCK'nın 174. maddesinde¹²⁷ yetkili merciin izninin bulunması bir hukuka uygunluk nedenidir. Zira, toplumun güvenliği açısından tehlike arz eden ve sadece istisnai durumlarda izin verilen bir davranış sözkonusudur. Nitekim madde gerekçesinde, bu suç ile toplumun genel tehlikelere karşı korunmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Aynı şekilde, TCK 188/1-3, 193 ve 320/1'de düzenlenen suçlar bakımından izin ya da ruhsatın varlığı bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir. Buna karşılık, imar kirliliğine neden olma suçunun düzenlendiği TCK'nın 184/1 hükmünde yer alan “yapı ruhsatı alınmadan veya ruhsata aykırı olarak” ifadesi ise, bir hukuka uygunluk nedeni değil; tipikliğe dahil bir unsurdur. Çünkü, bu alanda faaliyet gösteren şahısların gerekli koşulları haiz olmalarını sağlama amacı ön planda olup; yetkili merciin bu alanda faaliyet gösteren kişilerin yükümlülüğe uygun şekilde izlenebilmesine yönelik çabalarının sonuçsuz bırakılması yahut güçleştirilmesi mevzu bahistir. Madde gerekçesi incelendiğinde de, inşaat ve yapı faaliyetleri üzerinde denetim ve kontrol mekanizması kurulmasının amaçlandığı; bu denetim ve kontrol mekanizmasının etkili şekilde işleyebilmesi için fiilin suç olarak tanımlandığı sonucuna varılmaktadır.

Yetkili merciin izninin bulunmaması şayet tipikliğe dahil unsurlardan birini nitelendiriyor ise, sözkonusu unsura ilişkin bir özellik olmasına binaen tipiklik kapsamındadır ve failin bunu bilmemesi unsur yanılıgı (TCK m. 30/1) oluşturup kastını bertaraf eder. Zira, failin kastından söz edilebilmesi için, haksızlığa esas teşkil eden tipikliğe dâhil unsurun bu özelliğini bilmesi gerekir. Örneğin, TCK'nın 184/3 hükmüne

¹²⁶ Jescheck / Weigend, s. 368 f.

¹²⁷ TCK m. 174- “(1) **Yetkili makamlardan gerekli izni almaksızın**, patlayıcı, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeyi imal, ithal veya ihraç eden, ülke içinde bir yerden diğer bir yere nakleden, muhafaza eden, satan, satın alan veya işleyen kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. **Yetkili makamların izni almaksızın**, bu fıkra kapsamına giren maddelerin imalinde, işlenmesinde veya kullanılmasında gerekli olan malzeme ve teçhizatı ihraç eden kişi de aynı ceza ile cezalandırılır.”

göre “Yapı kullanma izni alınmamış binalarda herhangi bir sınıai faaliyetin icrasına müsaade eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Bu suç bakımından, yapı kullanma izninin alınmamış olması tipikliğe dahil bir unsur olan “bina”nın bir özelliğidir; dolayısıyla tipiklik kapsamında mütalaa edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, Uğur**, Suçun Unsurları, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 372, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.
- Amelung, Knut / Eymann, Frieder**, “Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht”, JuS 2001/10, s. 937-946.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara, 2013.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner**, TCK Şerhi, C.1, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003.
- Beckert, Sandra Maria**, “Einwilligung und Einverständnis”, JA 2013/7, s. 507-511.
- Bringewat, Peter**, Grundbegriffe des Strafrechts, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999.
- Ebert, Udo**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001.
- Ekici-Şahin, Meral**, Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Freund, Georg**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009.

- Frister**, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.
- Göktürk**, Neslihan, Fikri İçtima, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Göktürk**, Neslihan, “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?”, CHD 2015/27, s. 7-28.
- Gropp**, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 2005.
- Hakeri**, Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Heinrich**, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2012.
- Hilgendorf**, Eric / **Valerius**, Brian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.
- Hirsch**, Hans Joachim, "Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", ZStW 1981/93, s. 831-863.
- İçel**, Kayıhan / **Sokullu-Akıncı**, Füsün / **Özgenç**, İzzet / **Sözür**, Adem / **Mahmutoğlu**, Fatih S. / **Ünver**, Yener, Suç Teorisi, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- Jäger**, Christian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen Hamburg, 2009.
- Jakobs**, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991.
- Jescheck**, Hans Heinrich / **Weigend**, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Kangal**, Zeynel, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Katoğlu**, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Kaufmann**, Arthur, Das Schuldprinzip, 2. Auflage, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1976.
- Kaufmann**, Arthur, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Verlag Dr. Hanns Krach, Mainz, 1949.
- Kindhäuser**, Urs, "Normverstoß und natürliche Handlungseinheit-BGH, NJW 1984, 1568", JuS 1985/2, s. 100-105.

- Kindhäuser**, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013.
- Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Köhler**, Michael, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 1997.
- Krey**, Volker / **Esser**, Robert, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2011.
- Kühl**, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2012.
- Maurach**, Reinhart / **Zipf**, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I, 8. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1992.
- Mezger**, Edmund, Strafrecht, Lehrbuch, 3. Auflage, Verlag von Duncker & Humblot, Berlin-München, 1949.
- Murmann**, Uwe, Grundkurs Strafrecht, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.
- Otto**, Harro, Grundkurs Strafrecht, 7. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2004.
- Önder**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Özbek**, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Özgenç**, İzzet, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Rengier**, Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.
- Roxin**, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006.
- Rönnau**, Thomas, “Einwilligung und Einverständnis”, JuS 2007/1, s. 18-20.
- Rudolphi**, Hans Joachim, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1969.
- Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

- Sözüer**, Adem, Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları No: 134, İstanbul, 1994.
- Stratenwerth**, Günter / **Kuhlen**, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2011.
- Ünver**, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Welzel**, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1969.
- Wessels**, Johannes / **Beulke**, Werner / **Satzger**, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2013.
- Zafer**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Zielinski**, Diethart, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Dunckner & Humblot, Berlin, 1973.
- BeckOK-StGB, 30. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2016.
- Lackner / Kühl StGB, 28. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2014.
- MK-StGB, Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011.
- NK-StGB, Band 1, 4. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013.
- Schönke/Shröder StGB, 29. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2014.