

CEZA HUKUKUNDA KURAL ÜZERİNDE HATA

Devrim GÜNGÖR*

Giriş

Ceza hukukunda kural üzerinde hata konusu özellikle 2005 tarihli Türk Ceza Kanununun (TCK) kabul edilmesi ile birlikte önem kazanmıştır. Söz konusu Kanunun 30. maddesine 5377 sayılı Kanunla eklenen, “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” şeklindeki hüküm ile birlikte aynı Kanunun 4. maddesinde yer alan “Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.” kuralı yumuşatılmıştır. Buna karşın Kanunla getirilen yeni düzenlemenin kural üzerinde hata konusundaki soru işaretlerini bütünüyle ortadan kaldırdığını savunmak güçtür.

Bu çalışmada esas olarak bir ceza hukuku ilkesi haline gelmiş olan ve bu nedenle pek çok ceza kanununda yer alan, *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* kuralının anlamı, kapsamı ve sınırları üzerinde duracağız. Aynı şekilde kural üzerinde hatanın hangi hallerde mazeret sayılıp ceza sorumluluğunu kaldırdığı konusunu da yine bu çalışmada ele almaya çalışacağız.

I. Konu Hakkında Genel Açıklamalar

A. Genel Olarak

Kural üzerinde hata bir ceza normunun veya ceza normu dışında kalan bir normun bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından

* Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlisi.

kaynaklanan bir hata türüdür. Bununla beraber kural üzerinde hatanın kanun metninde geçen bir sözcüğün yanlış görülmesi gibi algılama hatasından kaynaklanması da mümkündür.¹ Kişinin yaptığı hukuk düzeniyle çatışmadığını zannetmesi, yani fiilini yasaklayan bir normun bulunduğunu bilmemesi veya bilmesine rağmen normu yanlış yorumlayarak somut fiile uygulanmayacağını düşünmesi hali “*doğrudan kural üzerinde hata*” olarak ifade edilir. Öte yandan kişinin, fiilini yasaklayan normu ve kapsamını doğru bilmesine rağmen davranışını hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunduğunu zannetmesi durumunda ise “*dolaylı kural üzerinde hata*” dan bahsedilir. Dolaylı kural üzerinde hata ya gerçekte olmadığı halde fiile ilişkin bir hukuka uygunluk nedeninin yanlışlıkla varsayılması halinde ya da gerçekte var olan bir hukuka uygunluk nedeninin yanlış yorumlanması sonucu somut olayda uygulanacağını zannedilmesi halinde söz konusu olur.²

Kural üzerinde hatanın konusu olan kurallar ceza normları olabileceği gibi diğer hukuk normları hatta sosyal, kültürel ve ahlaki alana ait normlar da olabilir.³

Kural üzerinde hata ile ilgili sorunları ele almaya başlamadan önce hatanın konusu olan ceza normu kavramı üzerinde durmak ve ceza normunu diğer hukuk normlarından ayıran özelliklere kısaca değinmek gerekir. Bu ayrımın kural üzerinde hatanın ceza sorumluluğuna etkisinin belirlenmesi açısından büyük önemi vardır. Ceza normları dışında kalan normlara ilişkin hata bazı durumlarda, fiil üzerinde hataya neden olup sorumluluğu kaldırırken, bazı durumlarda kural üzerinde hata olarak kalıp ceza sorumluluğunu etkilememektedir. Fiil üzerinde hataya neden olan hata konusu çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Bu nedenle bu çalışmada sadece doğrudan doğruya kural üzerinde hata konusunu ele alacağız.

B. Ceza Normu ve Özellikleri

1. Ceza Normu

Ceza hukukunu meydana getiren normlar,⁴ çeşitli kanunlarda yer

¹ Mantovani, *Diritto Penale, Parte Generale*, Milano 2001, s. 376.

² Keedy, *Ignorance and Mistake in The Criminal Law*, 22 Harvard Law Review (1908), s. 77.

³ Mantovani, s. 377.

⁴ Bu konuda bkz., Hafızoğulları, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza*

alan hükümlerin bütününden oluşmaktadır. Bundan da anlaşıldığı üzere ceza kanunu dışında başka kanunlarda da ceza normlarının bulunması mümkündür. Bu tür kanunlarda yer alan her bir hüküm ceza normu olarak adlandırılır. Ceza normunun başlıca özelliği emredici olması bir başka deyişle kendisine uyulmasının zorunlu olmasıdır. Ceza normunun temel işlevi bazı fiilleri yasaklamak bazılarının yapılmasını ise emretmek suretiyle kişilerin davranışlarını düzenlemektir. Bu şekilde ceza hukuku düzeninin nihai amacı olan toplum yaşamının korunması ve geliştirilmesi sağlanmak istenir. Ceza normunun ayrıca değerlendirme işlevi de vardır. Bazı fiillerin yasaklanmasının nedeni bunların devlet tarafından, toplum yaşamı için zararlı veya tehlikeli olarak değerlendirilmiş olmasıdır. Ceza normunun, sözü edilen değerlendirme ve emretme işlevleri birbirinden ayrılamaz. Bir başka deyişle hukuk normu emretmeden değerlendirmedeği gibi değerlendirmeden de emretmez.⁵

Ceza normu ancak devlet tarafından konulabilir. Bu nedenle çeşitli kurumların statülerinde yer alan kurallar gerçek anlamda ceza normları değildir. Çünkü bu kurallar ancak kendi rızasıyla bu kurumlara üye olan kişiler üzerinde etki doğurmaktadır. Bu yüzden bir normun ceza normu niteliği kazanabilmesi için devletin yetkili organı aracılığıyla ortaya çıkmış olması gerekir.⁶

Ceza normu genellikle kural ve yaptırım olmak üzere iki unsurdan meydana gelir. Ceza normunun kural unsuru ya bir hareketin yapılmasının veya belirli bir sonuca neden olunmasının yasaklanması ya da belirli bir hareketin yapılmasının emredilmesi şeklinde ortaya çıkar. (Örneğin TCK md. 279' da yer alan "kamu görevlisinin suçu bildirmemesi" suçu belirli bir hareketin yapılmasının emredildiği bir ceza normudur.) Ceza normu tarafından kuralın ne olduğu çoğunlukla dolaylı yoldan ifade edilir. Örneğin kasten adam öldürme suçunu düzenleyen ceza normu, açıkça adam öldürülmemesini emretmemekte, bir kimseyi kasten öldüren kişi cezalandırılır demek suretiyle adam öldürme fiilinin yasak olduğu kuralını dolaylı biçimde ifade etmektedir.

Öte yandan kurala karşı gelinmesi halinde doğacak hukuki sonuçun ne olduğu normun yaptırım unsuru tarafından belirlenir. Bu sonuç genellikle, ceza adı verilen bir kötülük tehdidini içerir. Ceza özünde

Hukuku Düzeni, Ankara 1996, s. 275 vd.

⁵ Antolisei, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Milano 2003, ss. 53-54.

⁶ Antolisei, s. 54.

daima bir kötülük yani zarardır ve söz konusu bu zarar veya kötülük sonunda kişiye karşıdır.⁷ Söz konusu kötülük tehdidinin amacı bir arada yaşayan insanlara bir acıyı muhtemel göstererek psikolojilerini zorlamak ve böylece ceza kuralına uymalarını sağlamaktır.⁸

2. Ceza Normu ve Diğer Hukuk Normları

Ceza normu ile diğer hukuk normları arasında maddi açıdan bir fark bulunup bulunmadığı konusu doktrinde tartışılmış ve bu konuda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Doktrinde ceza normu ile diğer normlar arasında maddi açıdan bir takım farklar bulunduğu görüşünü savunanlar, suç fiilini hukuka aykırı diğer fiillerden ayıran çeşitli farklar üzerinde durmuştur.

Bunların başında hukuka aykırı bir fiilin daima kusursuz olarak gerçekleştirildiği buna karşılık suç fiilinin kusurla işlendiği düşüncesi gelmektedir. Ayrıca hukuka aykırı fiillerin, suç fiilinden farklı olarak maddi çıkarlara zarar verdiği öne sürülmüştür. Son olarak hukuka aykırı fiillerin telafisi mümkün zararlara yol açmasına karşın suç fiilinin verdiği zararın giderilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.⁹

Suç fiilini hukuka aykırı fiillerden ayırdığı ileri sürülen bu düşüncelerin gerçeği yansıttığını söylemek güçtür. Zira en başta hukuka aykırı bir fiilin de kusurlu biçimde işlenmesi mümkündür. Yine aynı şekilde "hırsızlık", "mala zarar verme" gibi maddi çıkarlara zarar veren suç fiilleri de bulunmaktadır.

Son olarak, yasaya uygun biçimde gerçekleşmeyen evliliğin geçersiz sayılması gibi hukuka aykırı her fiilin verdiği zararın giderilmesi mümkün olmadığı halde, özellikle malvarlığına zarar veren suçların yol açtığı zararların telafisi mümkündür.¹⁰

Suç fiili ile diğer hukuka aykırı fiillerin maddi açıdan farklı olduğunu düşünenler tarafından ortaya atılan bir başka ölçüte göre ise, suç fiilinin ayırıcı özelliği toplum düzenine diğer hukuka aykırı fiillere oranla daha çok zarar vermesidir. Bu varsayım pek çok suç açısından doğru olmakla birlikte bunun bütün suç fiilleri açısından geçerli olduğu söylenemez. Örneğin bir kimsenin bir sözleşmeye kasten aykırı davra-

⁷ Hafızoğulları, Ceza Normu, ss. 206-207.

⁸ Antolisei, s. 55; Mantovani, s. 51, dp. 9.

⁹ Bkz., Antolisei, s. 172.

¹⁰ Antolisei, s. 172.

narak borcunu ödememesi, birinin değeri hafif bir malı çalmasından daha ağır haksızlığa ve zarara yol açar.¹¹

Ceza hukukuna aykırılık ile özel hukuka aykırılığı ayıran teorilerin başarısız kalması da göstermektedir ki, her iki tür hukuka aykırı fiil arasında maddi açıdan bir fark bulunmamaktadır. Aradaki fark sadece dışsal yani objektiftir. Buna göre suç fiili için ceza yaptırımı öngörülürken özel hukuka aykırı bir fiil için çeşitli hukuk yaptırımları öngörülmektedir. Bu da ortaya koymaktadır ki, kural kadar yaptırım da ceza normunun aynı öneme sahip bir unsurudur. Zira ceza normunun ayırıcı özelliği yaptırımın niteliğinden ileri gelmektedir.¹²

3. Ceza Yaptırımı

Ceza normu ile diğer normlar arasındaki farkı ceza yaptırımı belirlemektedir. Ceza kavramı özü gereği uygulandığı kişiye acı ve ıstırap veren bir durumu ifade eder. Gerçekten de uygulandığı kişiye acı vermeyen bir cezanın gerçek anlamda bir ceza olduğu iddia edilemez. Ceza kavramı bir kişiye devlet tarafından suç işlediği için uygulanan bir yaptırım olarak tanımlanabilir. Cezanın suç karşılığı uygulanması onu yine devlet tarafından uygulanan başka yaptırımlardan ayırmaktadır.¹³

Bir yaptırımın ceza olarak nitelendirilebilmesi, bir başka deyişle ceza hukuku yaptırımı sayılabilmesi için kanun tarafından belirlenmesi ve yetkili adli organ tarafından yine kanunda belirlenen usule uygun olarak verilmesinin öngörülmüş olması gerekmektedir. Ancak bu türden bir yaptırıma sahip olan bir norm ceza normu olarak adlandırılır.¹⁴

Ceza olgusu, sosyal yaşamın zorunlu bir sonucu olarak bütün zamanlarda ve hatta ilkel toplumlarda bile var olmuştur. Geçmişte uygulanan cezalardan bazıları, doğrudan insan onurunu yaralarken (suçlu kabul edilen kişinin damgalanması gibi), bazıları ise beden bütünlüğüne zarar veren cezalar (kamçılama, vücudun organlarını kesmek gibi) olmuştur. Günümüzde ise cezalar genel olarak üç değeri etkilemektedir.

¹¹ Antolisei, s. 173; Ersoy, Ignoranza Ed Errore Nel Diritto Penale, Ankara 1968, s. 53.

¹² Antolisei, s. 173; Ersoy, s. 54.

¹³ Antolisei, s. 676.

¹⁴ Antolisei, s. 676; Toroslu, Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara 2005, s. 358. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Hafizoğulları, Ceza Normu, s. 205 vd.

Bu değerler yaşam (ölüm cezasında olduğu gibi), özgürlük (hapis cezası gibi) ve mal varlığı (müsadere, para cezaları gibi) dır.¹⁵

TCK.'de (md. 45) suç karşılığında uygulanan cezaların hapis ve para cezasından ibaret olduğu belirtilmiştir. Bir sonraki maddede ise, hapis cezaları, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak üçe ayrılmıştır. Bu türden bir yaptırımın ceza yaptırımı sayılabilmesi için, suç işlediği iddia olunan kişiye karşı devletin yetkili yargı organı tarafından yapılan muhakeme faaliyeti sonucu uygulanması gerekir. Başta da belirttiğimiz üzere bu türden yaptırımlara yer veren ceza kanunu dışındaki kanunlarda yer alan hükümler de ceza normu olarak adlandırılır.

4. Çeşitli Ceza Normları

Ceza normunun yukarıda üzerinde durduğumuz kural ve yaptırım unsuru her zaman aynı kanun hükmünde birlikte yer almayabilir. Kural ve yaptırım unsurlarından sadece birini içeren hükümlere eksik veya tam olmayan hükümler denir.

Asıl ceza normları, bir başka deyişle eksik olmayan ceza normları hem kuralı hem de yaptırımı içeren ve kanunun suç saydığı fiilin unsurlarını gösteren normlardır.

Şimdiye kadar belirttiğimiz normların dışında bir de ne kuralı ne de yaptırımı içeren, diğer normları açıklamak, sınırlandırmak veya nasıl uygulanacaklarını göstermek amacıyla konulmuş normlar vardır. “*Tamamlayıcı*” veya “*ikincil normlar*” olarak adlandırılan bu normlar bağımsız bir karaktere sahip olmamakla birlikte bütün hukuk normları gibi emredicidirler. Bunlar genellikle izlenmesi gereken ilkeleri belirten, kanun hükmünde geçen deyim ve kavramları tanımlayan veya yorumlayan, diğer normların kapsamını belirleyen normlardan meydana gelmektedir.

II. Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralını Açıklayan Çeşitli Teoriler

A. Genel Olarak

Geçmişten günümüze kadar pek çok hukuk düzeni tarafından mutlak bir biçimde benimsenen *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* (error

¹⁵ Mantovani, s. 762; Antolisei, s. 676.

iusis nocet) kuralını açıklamak üzere çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bu teoriler, aynı zamanda, ortaya çıktıkları dönemde benimsenen sosyo-politik anlayışı yansıtmakta ve bu doğrultuda söz konusu kural açıklanmaya ve yorumlanmaya çalışılmaktadır.

B. Ceza Kanunlarının Herkesçe Bilindiği Varsayımı

Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralı başlangıçta kanunların herkes tarafından bilindiği şeklindeki varsayıma dayandırılıyordu. Örneğin liberal-muhafazakâr bir ideolojinin ürünü olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu (İCK)nun 44. maddesinde yer alan hüküm, ceza kanunlarının sadece ahlaki içeriğe sahip ve herkesçe bilinmesi zorunlu olan ihlalleri cezalandırdığı düşüncesinin bir sonucudur.¹⁶

Aynı şekilde Almanya’da 1871 tarihinde Alman Ceza Kanunu kabul edildiğinde *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* kuralı temel bir hukuk ilkesi olarak kabul ediliyordu.¹⁷ İtalya’da olduğu gibi Almanya’da da bu ilkenin amacı kural üzerinde hatanın mazeret sayılmasını önlemek olmayıp, ceza hukuku yasaklarının bilinmemesinin tasavvur edilememesidir. Bu anlayışa göre, her normal vatandaşın neyin yasak olduğunu doğru biçimde bildiği kabul ediliyordu ve ancak akıl hastalarının kural üzerinde hata yapabileceği düşünülüyordu.¹⁸

Öte yandan liberal devletten otoriter devlete geçiş döneminin ürünü olan 1930 tarihli İtalyan Rocco Ceza Kanununun 5. maddesinde yer alan aynı nitelikteki hüküm ise devlet egemenliğinin ve kanun otoritesinin bireyler üzerinde mutlak biçimde sağlanmasına ilişkin politik ihtiyaca

¹⁶ Dönemin Adalet Bakanı Giuseppe Zanardelli’nin de üyesi olduğu ceza kanununu hazırlayan komisyon, aynı dönemdeki başka Kanunlarda bir benzeri olmayan 44. maddeyi tasarıdan çıkararak, geleneksel düşünce doğrultusunda, ihlal edilen ceza normunun bilinmesi olanağı bulunmayan kimi hallerde, hâkime sanığı beraat ettirme yetkisini vermeyi düşünmüşlerdir. Buna karşın sonunda Kanunda söz konusu hükmün bırakılmasına karar verilmiştir. Ancak kural üzerinde hata ile ilgili problemin kusurluluğu ilgilendirdiği düşünülerek, *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* kuralına Kanunun “isnat edilebilirliği” düzenleyen bölümünde (md. 44) yer verilmiştir. Bu düzenleme yapılırken, hukuki hatanın mazeret sayılmasına bazı durumlarda olanak tanınmak istenmiştir. Bkz., Jescheck, “L'errore di Diritto nel Diritto Penale Tedesco e Italiano”, L’indice Penale, Anno XXII 1988, s. 186 vd.

¹⁷ Arzt, *Ignorance or Mistake of Law*, The American Journal of Comparative Law, 1976, s. 647.

¹⁸ Arzt, s. 647.

dayanmaktadır. Bu Kanunda kural üzerinde hatayı düzenleyen hükmün ceza kanununa ilişkin genel hükümlerin bulunduğu bölümde yer alması, kanunun uygulanması bakımından herhangi bir sınırlamanın kabul edilmediği ve kural üzerinde hata konusunun kusurluluğun tamamen dışında bırakılmak istendiğini göstermektedir.¹⁹

Almanya'da da birinci dünya savaşının bitmesiyle birlikte, özellikle ekonomik yaşamın düzenlenmesinde devletin etkin rol almak zorunda kalması bu alanda ceza yaptırımlarına başvurma ihtiyacını arttırmıştır. Bunun sonucu olarak, geleneksel suçların yanında tamamen yeni ve hızla genişleyen bir alanda başka yasakların da gündeme gelmesi karşısında, her normal vatandaşın ceza hukuku kurallarını bildiği varsayımı gerçeği yansıtmaktan uzaklaşmıştır. Alman İmparatorluk Mahkemesi (Reichgericht) ve yerel mahkemeler, bu gelişme karşısında, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının kapsamını sadece moral değerlerle de çatışan geleneksel suçlarla sınırlamış ve diğer yasaklar ile ilgili olarak, kanunu bilmeyen kişilerin mazeretini kabul etme eğilimini benimsemişlerdir.²⁰

Özetlemek gerekirse, kanunların herkesçe bilindiği varsayımı günümüzden çok önce yaşamış devlet düzenlerinde geçerli olabilir. Gerçekten de sınırlı bir nüfusun belirli toprak alanı üzerinde yaşadığı (Yunan polis devleti, ortaçağ komün devleti gibi) basit yönetim şekline sahip devlet düzenlerinde herkesin yasalardan haberdar olması mümkündür. Aydınlanma döneminin tabii hukuk anlayışı da bu varsayımı desteklemiştir. Bu anlayışa göre, yasaların tabii hukuk rasyonalizmine sahip olması gerektiğinden ve suçlar çoğunlukla, açık, anlaşılır yasalar tarafından düzenlenen ve "*tabii suçlar*" olarak adlandırılan anti-sosyal niteliği herkesçe bilinen sınırlı sayıda fiillerden oluştuğundan bunların herkesçe bilindiğinin varsayılması mümkündür.²¹

Oysa günümüz toplum yapısının giderek karmaşıklaşması ve devlet örgütünün artan ihtiyaçları nedeniyle yasama organının ürünü olan ve toplum vicdanını rahatsız etmeyen suçların çoğalması ve kimi zaman bu ihtiyaçların karşılanması amacıyla aceleyle yapılan kanun metinlerinde sıkça rastlanan teknik yanlışlıklar, kanunların hukukçular tarafından bile doğru olarak bilinmesini imkânsız kılmaktadır. Dolayısıyla bugün

¹⁹ Mantovani, s. 309.

²⁰ Arzt, ss. 650-651.

²¹ Mantovani, s. 309; Toroslu, s. 221 vd.

için artık *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* ilkesinin, kanunun bilindiği şeklindeki varsayıma dayandığının ileri sürülmesi gerçeği yansıtmaz. Zira olayların büyük çoğunluğu kanunların herkesçe bilindiği varsayımını doğrulamamakta aksine pek çok olayda kanunun bilinmediğini ortaya koymaktadır.²²

C. Kanunu Bilme Ödevi

Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesini, kanunun bilindiği varsayımına dayandıran düşüncenin terk edilmesiyle birlikte ceza hukuku doktrini tarafından söz konusu ilke, "*kanunu bilme ödevi*" ne dayanarak açıklanmaya çalışılmıştır. İtalyan doktrininde yaygın biçimde desteklenen bu görüşü savunanların başında gelen Manzini'ye göre, belirli bir yerde yaşayan bir kimse faaliyette bulunduğu alanı düzenleyen kuralları öğrenmekle yükümlüdür.

Buna aykırı davranarak ödevini ihmal eden kişi ise bunun sonuçlarını kabul etmiş sayılır; kanunları bilmemekten kaynaklanan hatası, işlediği fiilden dolayı sorumlu olmasını engellemez. Devletin görevi, suçta kanunilik ilkesi gereğince önceden suçları belirlemektir; buna karşılık vatandaşların görevi de kendi yaşamlarını güvence altına alan ceza kanunlarını öğrenmektir. Ancak yayınlandıktan sonra yürürlüğe girmeleri de kanunların herkes tarafından öğrenilmesini mümkün kılar.²³ Kısacası kanunu bilme ödevi, devlet egemenliğinin bir sonucu olarak kanunların ülke topraklarında bulunan herkes için bağlayıcı olmasından kaynaklanır. Buna göre yabancılar da dâhil olmak üzere İtalya'da bulunan herkes İtalyan yasalarını öğrenmekle yükümlüdür. Manzini, bu görüşünün pozitif dayanağı olarak, İtalyan Ceza Kanununun 3. maddesinde yer alan, "*İtalyan Ceza Kanunu, ulusal ve uluslararası hukuktan kaynaklanan istisnalar dışında, İtalyan Devleti topraklarında yaşayan herkesi bağlar.*" şeklindeki hükmü göstermiştir. Bu maddede İtalyan Ceza Kanununun, İtalyan Devleti topraklarında yaşayan herkes için bağlayıcı olduğu hükme bağlanmış olsa da Manzini'ye göre, yurt dışında bulunan İtalyan vatandaşlarının da "*kanunu bilme ödevi*" vardır. Zira yurt dışında olsalar bile devletin hukuki ve siyasi himayesinden yararlanan

²² Antolisei, ss. 414-415; Mantovani, *Ignorantia Legis Scusabile ed Inescusabile*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Fasc 2, Aprile-Giugno, 1990, s. 380 vd.; Toroslu, s. 224 vd.

²³ Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino 1981, Vol. II, s. 29 vd.

vatandaşların, bunun karşılığında devletin koyduğu kanunları öğrenme ödevini yerine getirmeleri gerekir.²⁴

Her ödev gibi “*kanunu bilme ödevi*” de ödevi yerine getirme imkânı olduğu sürece geçerlidir. Kanunun bilinmesinin mutlak biçimde imkânsız olması ve bilmemenin konusu olan suç fiillerinin ahlaka aykırı bir karakter taşımamaları halinde kanunu bilmemekten kaynaklanan hatanın doğal olarak mazeret sayılması gerekir.

Manzini, ülkenin bir bölümünün düşman işgaline uğraması halinde işgal süresince o bölgede oturan kişilerin ülkedeki yasalardan haberdar olamamasını bu duruma örnek olarak göstermektedir.²⁵ Öte yandan yine aynı yazar, okur-yazar olmayan veya yasanın yayımlandığı tarihte askerlik görevini yapan kişilerin kanunu bilmeme mazeretine sığınamayacakları, zira bu hallerin kanun metninin öğrenilmesini mutlak biçimde imkânsız hale getirmediği dolayısıyla “*kanunu bilme ödevi*”ni kaldırmadığı düşüncesindedir.²⁶

Görüldüğü üzere Manzini, “*kanunu bilme ödevi*”ni bir tür vatandaşlık görevi olduğu düşüncesiyle açıklamaya çalışmaktadır. Öte yandan bu düşüncenin yabancılar açısından kanunların bağlayıcılığını açıklayamadığı gerekçesiyle kanunu bilmenin “*normatif ödev*”den kaynaklandığı ileri sürülmüştür. Bu düşünceyi öne süren Frosali’ye göre, kural üzerinde hatayı düzenleyen İCK’nin 5. maddesi bağımsız olmayıp, bütün özel suç tiplerini düzenleyen ceza normlarının bir parçasını oluşturmaktadır. Bu itibarla özel suç tipini düzenleyen hükümlerden kaynaklanan normatif ödeviye aykırı davranarak suç işleyen kimse bunun sonuçlarına katlanır ve işlediği fiil nedeniyle cezalandırılır.²⁷

Gerek Manzini’nin gerekse Frosali’nin bu konudaki düşüncesi doktrinde çeşitli eleştirilerle karşılaşmıştır.²⁸ Manzini’nin, bir yandan çok sayıda ve çeşitte kanun olmasının, kanunların herkesçe bilindiği varsayımını çürütmeye yeteceğini öne sürmesi, öte yandan ise “*kanunu bilme ödevi*”nden bahsetmesi bir çelişki olarak görülmüştür. Çok sayıda ve çeşitte olması nedeniyle, kanunu bilme imkânının ortadan kalktığı kabul edildiği takdirde kanunu bilmek şeklinde bir ödev olduğunu

²⁴ Manzini, Vol. II, s. 35.

²⁵ Manzini, Vol. II, s. 32.

²⁶ Manzini, Vol. II, s.33.

²⁷ Frosali, L’errore nella Teoria del Diritto Penale, Roma 1933, s. 84 vd.

²⁸ Söz konusu eleştiriler için bkz., Frosali, s. 85 vd.

ileri sürmek mümkün değildir. Mümkün olmadığı halde “kanunu bilme ödevi” olduğunu savunmak ise kanunun bilindiğinin varsayılması anlamına gelir.²⁹

Öte yandan kanunu bilme şeklinde bir ödev olsaydı buna uyulmamasının da özel bir yaptırımının olması gerekirdi. Hâlbuki kanunun bilinmemesini suç sayan bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda yerine getirilmesi istenemeyen bir yükümlülüğün bahsetmek mümkün değildir. Bu türden bir bilme görevi yine aynı şekilde kanunun bilindiği varsayımına eşittir.³⁰ Gerçekten de Frosali'nin ileri sürdüğü gibi, suç işlediği takdirde kanunu bilmemesine rağmen kişinin cezalandırılmasını, kanunu bilme ödevine aykırı davranmanın yaptırımı olarak değerlendirmek mümkün değildir. Zira kanunda yer alan somut bir suç fiili için öngörülen yaptırım suç işleyen kişinin kanunu bilip bilmediğine bakılmaksızın uygulanır.³¹

D. Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralının Politik Bir İhtiyacı Karşılması

Görüldüğü üzere kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralını kanunun bilindiği şeklindeki kesin karineye veya kanunu bilme ödevine dayandırmak gerçeği ifade etmekten uzaktır. Bugün için halen ceza kanunlarında yer verilen bu kural, kanunların otoritesini sağlamaya yönelik ortaya çıkan ihtiyaca dayanmakta ve böylece mevcut hukuk düzeninin korunması amaçlanmaktadır.³² Kısacası söz konusu kural ceza kanunlarının bağlayıcılığını sağlamak konusundaki politik ihtiyacın zorunlu bir sonucudur. Sanıklara kanunu bilmediklerini ispatlama imkânı verildiği takdirde, her somut olayda kanunu bilmedikleri iddiasında bulunmalarının adaletin işleyişi açısından ortaya çıkaracağı engelleri önlemek için bu ilkenin korunması zorunludur. Carrara'nın da ifade ettiği üzere, sanığa böyle bir hakkın verilmesi, kanunun uygulanmasını şartlı hale getirerek ceza adaletinin sağlanmasında tamiri güç sorunlara yol açar.³³

Öte yandan kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının katı

²⁹ Petrocelli, *La Colpevolezza, Lezioni Introduttive*, Napoli 1948, s. 166.

³⁰ Antolisei, s. 414. Diğer eleştiriler için bkz., Frosali, s. 86 vd.

³¹ Ersoy, s. 62.

³² Mantovani, s. 309; Toroslu, s. 223.

³³ Carrara, *Opuscoli di Diritto Criminale*, Firenze 1887, Vol. VII, s. 389.

biçimde uygulanması bazı adaletsiz sonuçlar da doğurabilir. Bunların önüne geçmek için geçen yüzyılın ortalarından başlayarak kuralın yumuşatılması gerektiği düşüncesi ceza hukuku doktrini tarafından benimsenmiştir. Bu konuda ortaya çıkan temel problem, kural üzerinde hatanın hangi hallerde mazeret sayılacağı etrafında toplanmıştır.

III. Kural Üzerinde Hatanın Kanunlardaki Düzenlenişi

Gerek mülga gerekse yürürlükteki Türk Ceza Kanunlarında fiil üzerinde hatanın aksine kural üzerinde hata konusu açık hükümlerle düzenlenmiştir. Kural üzerinde hataya ilişkin 1926 tarihli TCK'nin 44. maddesi, "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" şeklinde idi. Buna karşın aynı kural yürürlükteki TCK'nin "kanunun bağlayıcılığı" başlıklı 4/1. maddesinde, "ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" şeklinde ifade edilmiştir. 1926 tarihli TCK'de "kanun"dan bahsedilmesine karşın 2004 tarihli TCK'de sadece "ceza kanunları" denmiş olması uyma zorunluluğu açısından kanunlar arasında bir fark yaratmamaktadır. Zira ceza kanunları dışında kalan kanunlar üzerinde hata ya fiil üzerinde hataya neden olup mazeret sayılmakta ya da ceza normu üzerinde hata olarak kalmakta ve bu nedenle mazeret sayılmamaktadır.

2004 tarihli TCK'nin 4. maddesinin ilk halinde şu hüküm de yer almakta idi:

*"Ancak sakınmayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz."*³⁴

³⁴ 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun TBMM Adalet Komisyonunca kabul edilen 4. madde gerekçesi şu şekildedir: "Tasarıda kişinin bir fiilin hukuk düzenince yasaklandığına ilişkin kaçınılamayacak hatası dikkate alınmamaktaydı. Anayasamızda güvence altına alınan kusur ilkesiyle açık biçimde çelişen bu durumun düzeltilmesi zorunluluğu nedeniyle maddeye ikinci fıkra eklenmiştir.

Bu hükümle, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, kişi, işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olmalıdır. Ancak, işlenen fiilin kanunlarda suç olarak tanımlanmış olduğunu bilmek gerekmez.

İşlenen fiilin hukuken kabul görmez bir davranış oluşturduğu hususundaki hatanın kaçınılamaz olması hâlinde, kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılamaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur.

Hatanın kaçınılabılır olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır."

Ancak daha sonra Kanun henüz yürürlüğe girmeden yapılan değişiklikle 4. maddenin 2. fıkrası kaldırılarak Kanunun 30. maddesine şu fıkra eklenmiştir:

“İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz.”³⁵

Bu değişiklikle kural üzerinde hataya ilişkin hüküm Kanunun “ceza sorumluluğunun esasları”nı düzenleyen ikinci kısmına taşınmıştır. 1926 tarihli TCK’de, kural üzerinde hataya ilişkin hükme, mehz Kanun olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunda olduğu gibi “cezaya ehliyet ve bunu

³⁵ 27.05.2005 tarih ve 5357 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 ve 4. maddeleri. Kanunun gerekçesinde, değişikliğe neden gerek duyulduğu şu şekilde açıklanmıştır: “Madde 1- Kusurluluk açısından önemli olan, kişinin, işlediği fiilin hukuken tasvip edilmez bir fiil olduğunun bilincinde olmasıdır. Ancak, işlenen fiilin pozitif hukuk metinlerinde cezalandırılabilir bir fiil olarak, yani suç olarak tanımlanmış olduğunu bilmek gerekmez. Hatta işlenen fiilin bir haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olduktan sonra; ayrıca cezaya layık bir haksızlık olduğunun bilinip bilinmediğinin araştırılmasına gerek yoktur.

Bu bakımdan, 19. yüzyılda ceza hukukuna hakim olan “Error iuris nocet” (“kanunu bilmemek mazeret sayılmaz”) kuralı, 2004 tarihli Türk Ceza Kanununda “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” şeklinde ifade edilmiştir. Böylece, klasik ceza hukuku anlayışının bir sonucu olan “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının kapsamı, büyük ölçüde daraltılmış olmaktadır.

Ancak, bu kural, Anayasamızla da güvence altına alınan ceza hukukunda kusura dayalı sorumluluk ilkesini bertaraf eder şekilde yorumlanmamalıdır.

Kişi, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilememiş olabilir. Bu durumda, haksızlık oluşturan fiil açısından kişinin kastı varlığını devam ettirir. Ancak, söz konusu hata, kişinin işlediği haksızlık açısından sadece kusurunun belirlenmesinde bir rol oynamaktadır.

Bu hatanın kişi açısından kaçınılmaz olması halinde, kişi işlediği fiille ilgili olarak kusurlu telakki edilemez. Bu hata halinde, 30. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesiyle; kanunun bağlayıcılığı hükmünü düzenleyen 4 üncü maddenin ikinci fıkrasının madde metninden çıkarılması gerekmiştir.

Madde 4- 30. maddeye dördüncü fıkra olarak eklenen bu hükümle, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, kişi, işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olmalıdır. Kişinin, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ceza hukuku bakımından sorumluluk için önemli olan, işlenen fiilin haksızlık oluşturduğunun bilinmesidir.

Ancak, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olması halinde, kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur.

Hatanın kaçınılmaz olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.”

kaldıran veya hafifleten sebepler” başlıklı bölümde yer verilmiştir. 1930 tarihli halen yürürlükte olan İtalyan Ceza Kanununda ise söz konusu hüküm “ceza kanunu”na ilişkin genel hükümlerin yer aldığı 5. maddede düzenlenmiştir. Bir hükmün ceza kanununun şu veya bu bölümünde düzenlenmiş olması, hükmün yorumunda bazı kısıtlamaları beraberinde getirirse de hükmün esasına büyük ölçüde bir etkisinin bulunmadığını kabul etmek gerekir. Bu açıdan bakıldığında, hangi bölümde düzenlenir ise düzenlensin kural üzerinde hata suç genel teorisi içinde suçun manevi unsuru, yani kusurluluk ile bağlantılıdır.³⁶ Zira kanunu/ceza kanununu bilmemenin mazeret sayılmadığı şeklinde bir hüküm ceza kanununda olmasaydı, kural üzerinde hata suçun manevi unsurunu, yani kusurluluğu kaldırmak suretiyle ceza sorumluluğuna etkide bulunurdu. Kural üzerinde hatanın mazeret sayılmaması ve kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmemesi ve bunun genel bir hüküm olarak kanunda düzenlenmesi, hükmün herkes hakkında ve her koşulda uygulanacağı anlamına gelir. Bu itibarla örneğin, tam olmayan akıl hastası, yaşı on iki yaşından büyük olup on sekiz yaşından küçük olan kimseler gibi ceza ehliyeti tam olmayanlar bakımından da söz konusu kural uygulanır. Dolayısıyla anlama ve isteme yeteneği tam olmayanların kanunu bilmeden suç işlemeleri kendilerini sorumlu olmaktan kurtarmayacaktır.³⁷

1926 tarihli Türk Ceza Kanununun yürürlükte olduğu dönemde Kanunun 44. maddesi, kural üzerinde hatanın bazı hallerde mazeret sayılmasını engellememiştir.³⁸ 2004 tarihli TCK’de yer alan söz konusu hüküm ise bu konuya açıklık getirmekte ve bu arada kural üzerinde hatanın kapsamını da genişletmektedir. Öte yandan Kanuna bu konuda açık bir hüküm konulmasının yerinde ve gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Zira sadece kural üzerinde hatanın mazeret sayılmayacağını belirtmesiyle yetinilmesi halinde de uygulamada bu nitelikteki hatanın kimi durumlarda kusurluluğu kaldırdığının kabul edilmesi mümkündür.³⁹ İtalyan Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda, 1930 tarihli halen

³⁶ Bu konuda bkz., Hafızoğulları, *Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Ankara, 1977, s. 195.

³⁷ Bu konuda bkz., Manzini, Vol. II, ss. 28-29, dn. 8.

³⁸ Bu konuda bkz., Hafızoğulları, *Hukuki Bilmeme*, ss. 193-211.

³⁹ 1926 tarihli TCK yürürlükte iken Yargıtay, verdiği bir kararla kural üzerinde hatayı mazeret saymıştır. Söz konusu karar şu şekildedir: “*Milli Korunma Kanunu hükümlerine dayanılarak, şahsi ihtiyaç için verilen kömürün başkasına devrinin men edilmesinden sonra, Ankara’da Ahmet isimli bir şahsa ait zati ihtiyaç kömürünü,*

yürürlükte olan İtalyan Ceza Kanununun 5. maddesinde yer alan, “Hiç kimse ceza kanununu bilmediği mazeretine sığınamaz.” hükmünü, hatanın kaçınılamaz olduğu halleri kapsamadığı şeklinde yorumlamış ve uygulama da bu yorum doğrultusunda şekillenmiştir.⁴⁰

Öte yandan pek çok Avrupa ülkesinin ceza kanununda kural üzerinde hatanın belirli koşullarla mazeret sayıldığı açıkça hükme

ödünç olarak satın almasından ötürü Maden Tetkik Arama Enstitüsünde Mühendis Veborski hakkında, Ankara Milli Korunma Mahkemesi tarafından verilen beraat kararını, Savcılığın temyizi ve Hususi dairesinin bozması üzerine, mahalli mahkemenin ısrar kararına karşı, Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulu 10.10.1942 günlü kararı ile mahalli mahkemenin, iştirak mevcut olmadığı gibi, iktisadi mahiyette bulunan, bu suçun henüz Türkçeyi bilmeyen ve konuşmayan bir şahsın fiilin memnuiyetini bilmemesini mazeret sebebi saymasını tasdik etmiştir.” Sezgin, Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata, Adalet Dergisi, Yıl 42, Mayıs 1951, Sayı 5, s. 732.

⁴⁰ Söz konusu karar için bkz., Corte Costituzionale sentenza 24 marzo 1988, n. 364, FORO ITALIANO, 1988, I, s. 1385. İtalyan Anayasa Mahkemesinin 23 Mart 1988 tarihinde vermiş olduğu kararla birlikte söz konusu ilke mutlak olmaktan çıkmış ve böylece katılığı büyük ölçüde giderilmiştir. Mahkemenin, İCK md. 5’te düzenlenen “kimse ceza kanununu bilmediği mazeretine sığınamaz” hükmünün anayasaya aykırı olup olmadığı konusunda verdiği kararda, cezanın kişiyi ıslah etme işlevini yerine getirebilmesi için kişinin yaptığından ötürü kınanabilmesi, bunun için ise yaptığının yasak olduğunu bilebilecek durumda olması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu karara göre, kusurlu olunması için fiil ve fail arasındaki psikik bağ yeterli olmayıp aynı zamanda somut durumun kınanabilir olması da gerekmektedir (Vassalli, “L’inevitabilita dell’ignoranza della Legge Penale Come Causa Generale Di Esclusione Della Colpevolezza”, Giurisprudenza Costituzionale, Parte Seconda, 1988, s. 10). İtalyan Anayasa Mahkemesinin İCK’nin 5. maddesinin anayasaya aykırılığına karar vermesinin başlıca nedeni İtalyan Anayasasının 27. maddesinde yer alan “ceza sorumluluğunun kişisel olduğu” kuralıdır. Bu kurala göre, bir kişinin bir suç fiilinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerektiğinden hareket edilerek, kaçınmayacağı bir hataya bağlı olarak yaptığı fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmeyen kişinin kusurlu sayılamayacağı sonucuna varılmıştır. Ayrıca cezanın ıslah etme işlevi düşünüldüğünde kaçınılamayan bir hatanın etkisiyle yaptığının hukuka aykırı olduğunu bilemeyen kimseyi cezalandırmak suretiyle ıslah etmeye çalışmanın gereksiz olduğu hükme bağlanmıştır. İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin verdiği hükmün bir başka dayanağı ise Anayasanın 3. maddesinde yer alan “eşitlik” ilkesidir. Buna göre hukuka aykırılık bilincine tam olarak sahip olan bir kimse ile yasaklayıcı kural hakkında kaçınmayacağı bir hata nedeniyle bu bilinçten yoksun olan kimsenin fiillerinin aynı cezai sonuçla değerlendirilmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Çünkü her iki hipotezde failin fiile ilişkin yaklaşımı temel açıdan farklılık gösterir. Bir başka gerekçe ise yasalarda yer alan ifadelerin yetersizliğinden ve her geçen gün ceza yasalarının artmasından dolayı vatandaşlar bakımından yasaların kesin biçimde bilinmesinin zorluğu gibi nedenlerle kural üzerinde hatanın sıklıkla yapılmasının mümkün olmasıdır. Bu gibi nedenlerle kural üzerinde hata yapan kimseleri cezalandırmak adaletin gerçekleşmesi bakımından sakınca taşımaktadır (Jescheck, ss. 203-204).

bağlanmıştır.⁴¹ Örneğin İsviçre Ceza Kanununun “hukuki hata” başlıklı 20. maddesinde 1957 yılında yapılan değişiklikle konu, “Eğer failin davranışının hukuka uygun olduğuna inanmakta yeterince haklı olması halinde, yargıç vereceği cezadan indirim yapmayı serbestçe takdir edebileceği gibi, hiç cezaya gerek görmeye de bilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

1974 tarihli Avusturya Ceza Kanunu’nun yine “kural üzerinde hata” başlıklı 9. paragrafı ise, “hata sonucu davranışının hukuka aykırı olduğunu bilmeyen kimse bu hatası nedeniyle kınanamadığı takdirde kusursuz sayılır.” şeklindedir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrası ise şu şekilde devam etmektedir: “Davranışın hukuka aykırılığının herkes tarafından kolayca bilinebileceği veya hatanın failin mesleği, işi veya içinde bulunduğu diğer şartlar gereği öğrenmekle yükümlü olduğu kuralların bilinmemesinden kaynaklandığı hallerde hata kınanabilir.”

1975 tarihli Alman Ceza Kanunu’nun kural üzerinde hatayı düzenleyen 17. paragrafında, “fail fiili işlediği sırada hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirdiği bilincine sahip değilse ve bu hatası kaçınılmaz ise kusursuz hareket etmektedir. Hatanın kaçınılabilir olması halinde cezadan indirim yapılır.” hükmü yer almaktadır.

1978 tarihli Macaristan Ceza Kanunu’nun 27. maddesinde yer alan kural üzerinde hataya ilişkin hüküm ise şu şekildedir: “Toplum için tehlikeli olmadığını varsayarak bir fiili gerçekleştiren kimse, söz konusu hatalı varsayımı ciddi nedenlere dayanması koşuluyla cezalandırılmaz. Bu cezasızlık nedeni taksirle işlenmesi halinde de cezalandırılan bir fiil söz konusu ise geçerli değildir.”

1983 tarihli Portekiz Ceza Kanunu’nun “hukuka aykırılık üzerinde hata” başlıklı 17. maddesinde, “Fiilin hukuka aykırı olduğu bilincine sahip olmayan kimse hatası nedeniyle kınanamadığı takdirde kusursuz olarak hareket etmektedir. Hatanın kınanabilir olması halinde fail kastından dolayı ancak indirim yapılarak cezalandırılır.” hükmü yer almaktadır.

İspanya’da öğretilerde ve uygulamada uzun süre devam eden tartışmaların ardından 1983 yılında ceza kanununda yapılan değişiklikle kaçınılmaz olan kural üzerinde hata kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmiş ve hatanın kaçınılmaz olması halinde ise failin fiilin kasıtlı şekli için öngörülen cezadan indirim yapılarak cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Kural üzerinde hata konusunda Kanunda

⁴¹ Bu konuda bkz., Vassalli, ss. 2-15.

yapılan bu değişikliğe 1995 tarihli yeni İspanyol Ceza Kanunu'nda da yer verilmiştir.

IV. Kural Üzerinde Hatanın Kusurluluğa Etkisi

A. Genel Olarak

“Ceza kanununu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının birtakım istisnalarla ancak geçerliliğini sürdürebileceği görüşü ağırlık kazanmaya başladıktan sonra kural üzerinde hatanın esası üzerinde çeşitli tartışmalar ortaya çıkmıştır. Bu tartışmalarda temel noktayı kural üzerinde hatanın doğrudan kusurluluğu mu yoksa kusurluluğun bir türü olan kastı mı kaldırdığı oluşturmaktadır.⁴² Kural üzerinde hatanın ceza sorumluluğuna etkisi konusunda zaman içinde “kast” ve “kusur” teorisi adıyla iki anlayış ortaya çıkmıştır.

B. Kast Teorisi

Kast (Vorsatz) teorisine göre kural üzerinde hata fiil üzerinde hata gibi değerlendirilerek, fiili yasaklayan normun bilinmediği her durumun kastın gerçekleşmesini önlediği kabul edilir. Buna göre, fiilin suç olduğunu bilmeyen kimse haksızlık bilincine sahip değildir ve bu kimseyi yaptığı hatanın kaçınılabilir olması halinde bile fiilden dolayı kasten sorumlu tutmak mümkün değildir; böyle bir durumda ancak kanunda öngörüldüğü takdirde suçun taksirli şekinden sorumluluk söz konusu olabilir.⁴³

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

⁴² Kural üzerinde hatanın kastı kaldırdığı düşüncesine göre; ceza sorumluluğunun temeli kast sorumluluğuna dayandırıldığı takdirde, kişinin meydana getirdiği fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için davranışının meydana getirdiği sonucu bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Fiilin yasaklandığını haklı olarak bilmeyen kimsenin kasıtlı davrandığı söylenemez. Bkz., Manzini, Vol. II, s. 35; Özek, *Ceza Normunun Varlığında Hata, Ünal Tekinalp'e Armağan*, Cilt III, İstanbul 2003, ss. 821-822. Özek'e göre, 'kanunu bilmemek mazeret sayılmaz' kuralı, “ceza sorumluluğu için, failin kanunu bilip bilmediğinin araştırılması zorunluluğunu kaldıran, 'kastın şümulü' kuralını sınırlayan, 'hukuka aykırı fiilin tipikliğinin' bilinmesi konusunda objektif sorumluluk yaratan bir kuraldır.” Aynı eser s. 822.

⁴³ Arzt, s. 654; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 318.

verme, kısacası fiilin anti sosyal niteliğinin bilincinde olmayı gerekli sayan anlayış, doktrinde önemli yazarlarca savunulmaktadır.⁴⁴ Öte yandan failin, toplumdaki diğer insanlardan farklı olarak, fiilin ortak yaşamın gereklerine ters düşmediğine inanması da mümkündür. Böyle bir durumda, hukukun kendi kurallarına karşı geleni hoş görmesi beklenemeyeceğinden failin, fiilin toplumun geneli tarafından anti sosyal olarak kabul edildiğini bilmesi kastın gerçekleşmesi için yeterli sayılır. Ayrıca fail, fiilin yasak olduğunu bildiği her durumda hukuka bilinçli olarak karşı geldiğinden kasıtlı sayılır.⁴⁵

Kast teorisi çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Her şeyden önce fiilin suç olduğunu bilmenin, fiilin maddi nitelikteki unsurlarını bilmemekle aynı sonucu doğurarak kastı kaldırdığını kabul eden bu teorinin bir ispat sorunu yaratacağı savunulmuştur. Öyle ki, failin haksızlık bilincine sahip olarak fiili işlediğini, her türlü makul şüpheyi yenerek ispat etmenin zorluğu açıktır.⁴⁶

Kast teorisini savunanlardan bir bölümü, failin kural üzerinde hata mazeretine ancak sınırlı hallerde sığınabileceğini ileri sürmüş, bir diğer bölümü ise ceza kanununda değişiklik yapılarak taksirle işlenen fiillerin kapsamının genişletilmesini önermiştir. Böylece, hataya düşmekte kusurlu olan kişiyi işlediği fiilin taksirli şeklinden sorumlu tutmak mümkün olacaktır. Öte yandan bu konuda en ilginç öneri, ceza kanununun bilinmemesinde taksirli olunmasını cezalandıran yeni bir suçun yaratılması gerektiği görüşüdür. Buna göre, fail hataya düşmekte taksirli olduğu ispatlandığı takdirde, işlediği fiil ne olursa olsun sadece kanunu bilmemekte taksirli davranmak suçundan cezalandırılacaktır.⁴⁷ Öte yandan, böyle bir düzenlemenin amacı toplumun ceza kanunlarını bilip bilmediğini test edip, bilmeyenleri sadece bu nedenle cezalandırmak olmadığından failin böyle bir suçtan mahkûm edilebilmesi için öncelikle kanunda suç sayılan bir fiili işlemesi gerekmektedir.⁴⁸

⁴⁴ Bkz., Antolisei, s. 360; Mantovani, s. 328 vd.; Toroslu, s. 186 vd.

⁴⁵ Antolisei, s. 361; Mantovani, s. 330; Toroslu, s. 187.

⁴⁶ Bkz., Arzt, s. 655.

⁴⁷ Arzt, s. 656.

⁴⁸ Arzt, s. 656. Bu durum Alman hukukuna tamamen yabancı değildir. Şöyle ki; Alman hukukunda, sarhoşluk ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak kabul edilmektedir. Buna göre, sarhoş olduğu için ne yaptığını bilmeyen kimse kasıtlı davranamaz. Fakat bu kimseyi, kasten veya taksirli olarak sarhoş olunmasını suç sayan hükme göre cezalandırmak mümkündür. Ancak bunun için kişinin sarhoş halde bir suç işlemesi gerekir. Bkz., Arzt, ss. 656-657.

C. Kusur Teorisi

Kast teorisinin kastın tespit edilmesi konusunda yol açtığı çeşitli sorunlar ve buna bağlı olarak failin mahkûmiyetini zorlaştırması karşısında, özellikle kusurluluğun normatif anlayışının etkisiyle ortaya çıkan kusur teorisine göre, kural üzerinde hata kastı kaldıran bir neden olarak kabul edilmemekte, ancak kusurluluğu kaldıran veya azaltan ayrı bir neden olarak değerlendirilmektedir.⁴⁹ Buna göre kural üzerinde hata kaçınılmaz olduğu takdirde kusurluluğu kaldırmakta ve mazeret sayılmakta, kaçınılabılır olduğu takdirde ise kusurluluğu azalttığı için sadece cezayı etkileyebilmektedir.⁵⁰

Kast teorisinden farklı olarak kusur teorisinde ceza kanununun bilinebilir olması yeterli olduğundan hatanın kaçınılabılır olması halinde faili fiili nedeniyle kasten sorumlu tutmak mümkündür. Zira kişinin yaptığı hata nedeniyle kınanabilmesi kusurlu sayılmasına yol açmaktadır.⁵¹

Pek çok ülkenin ceza kanunu tarafından benimsenen kusur teorisinin gelişmesinde önemli etkisi olan Alman Federal Yüksek Mahkemesi (Bundesgerichtshof) nin 1952 yılında, kural üzerinde hata konusunda verdiği kararın üzerinde de kısaca durmak gerekir.⁵²

Öncelikle belirtmek gerekir ki; Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi (Reichsgericht)nin çalışmalarına başladığı 1879 yılından faaliyetinin sona erdiği 1945 yılına kadar geçen sürede kural üzerinde hata ile ilgili Alman ceza mevzuatında hiçbir düzenlememe bulunmamaktaydı. Yüksek Mahkeme geleneksel ayrıma bağlı kalarak fiil üzerinde hata ve kural üzerinde hatayı birbirinden ayırmış ve yalnız birincisinin kastı

⁴⁹ Farklı biçimde hüküm altına alınmış olsa da kusurluluğun psikolojik ve normatif olarak adlandırılan iki anlayışından psikolojik anlayışı benimseyen kanunların hepsinde yasağa karşı gelme bilincinin kusurluluğun kapsamı içinde değerlendirilmediği ve yasak olan fiilin istenmiş olması şeklindeki psikolojik ilişkinin kusurluluk için yeterli sayıldığı görülmektedir. Bir başka deyişle fail ve norm arasındaki her türlü ilişkinin dışlanması doğal olarak hukuka aykırılık bilincinin kusurluluğun bir unsuru olmasını önlemektedir (Petrocelli, ss. 141-142).

⁵⁰ Arzt, *The Problem of Mistake of Fact*, Brigham Young University Law Review (1986), s. 714; Özgenc, s. 318.

⁵¹ Mantovani, s. 331; Arzt, *The Problem of Mistake of Fact*, s. 714.

⁵² Bu konuda bkz., Belfiore, *Contributo Alla Teoria Dell'Errore In Diritto Penale*, Torino 1997, ss. 117-230; Piacenza, *Errore ed Ignoranza di Diritto in Materia Penale*, Torino 1960, ss. 104-115; Jescheck, ss. 185-204.

kaldırıldığını kabul etmiştir. Yine aynı Mahkeme, ceza kanunu dışında kalan bir kanunun bilinmemesinden kaynaklanan hatayı, vatandaşın hukuk düzeninde yer alan bütün normları bilmesinin istenemeyeceği gerekçesiyle mazeret saymıştır.⁵³

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 18 Mart 1952 tarihinde verdiği bir karar Alman ceza hukukunda kural üzerinde hata konusunda bir dönüm noktası olmuştur. Mahkemenin kararına konu olan olayda, bir ceza davasını yürüten avukat hakkında, müvekkilini aksi takdirde savunmayı bırakacağını ileri sürerek ücretini ödemesi için tehdit ettiği gerekçesiyle dava açılmıştır. Sanık avukat ise savunmasında, müvekkiline, kendisine olan borcunu ödemesi için baskı yapmasının hukuka aykırı bir yanı olduğunu düşünmediğini ileri sürmüştür⁵⁴. Mahkemenin, sanığın mazeretini kabul ederek kural üzerinde hata konusundaki tutumunu değiştirdiği kararın gerekçesi şu şekilde özetlenebilir. En başta Mahkeme, Alman İmparatorluk Mahkemesi (Reichsgericht) tarafından benimsenen ve fiil ve kural üzerinde hata şeklinde, hatanın kaynağına dayalı olarak yapılan ayrımı terk ederek, tipik suç fiili ile yasak üzerinde hata şeklinde yeni bir ayrım yapmıştır. Buna göre tipik suç fiilinin kapsamına normatif unsurlar (başkasına ait bir mala, belgeye zarar verilmesi gibi) da girmekte ve bunlar üzerindeki hata da fiil üzerinde hataya neden olmaktadır. İkinci olarak, kural üzerinde hatanın kaçınılmaz olması hali kusurluluğu kaldıran doğal bir neden olarak kabul edilmiştir; zira böyle bir durumda failden hukuka uygun davranması beklenemeyeceğinden, yaptığı hata nedeniyle faili kınamak mümkün değildir. Üçüncü olarak ise, hatanın kaçınılabılır olması durumunda "kusur teorisi" (Shuldtheorie) ne göre, failin kasten sorumlu tutulması ancak verilecek cezadan bir miktar indirim yapılması gerekir. Bu indirimin nedeni, kaçınılabılır bir hataya bağlı olarak bir suç fiilini işleyen kimsenin, hukuka aykırı olduğunu bilerek aynı fiili gerçekleştiren kişiye göre daha az kusurlu olmasıdır.⁵⁵

Kusur teorisi, kural üzerinde hatayı açık bir hükümlerle düzenleyen 1975 tarihli halen yürürlükte olan Alman Ceza Kanunu tarafından da benimsenmiştir. Söz konusu Kanununun 17. maddesine göre, "fail fiili işlediği sırada hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirdiği bilincine sahip değilse ve bu hatası kaçınılmaz ise kusursuz hareket etmektedir. Hatanın kaçınılabılır

⁵³ Jescheck, s. 189.

⁵⁴ Jescheck, s. 190; Arzt, s. 658.

⁵⁵ Jescheck, s. 191; Arzt, s. 659.

*olması halinde cezadan indirim yapılır”.*⁵⁶

⁵⁶ Bu maddenin anlamının ve bugünkü Alman hukuku içindeki yerinin daha iyi anlaşılabilmesi için Alman ceza hukukunun genel esaslarına kısaca değinmek gerekir. Şöyle ki; Alman ceza hukukunda suçun manevi unsurunu suçun yapısına ilişkin üç aşamayı dikkate almadan açıklamak mümkün değildir. Alman ceza hukukunda suç, birbirinden kesin biçimde ayrılan üç ayrı aşamada değerlendirilmektedir. Bu aşamalar şu şekilde sıralanır: Suçun *yasal unsurları* (Tatbestand); *hukuka aykırılık* (Rechtswidrigkeit); *kusurluluk* (Schuld). Bir fiilin cezalandırılabilmesi için öncelikle yasal unsurların oluşması, fiilin hukuka aykırı olması ve failin kusurlu bulunması gerekir. Bu ayırmada yasal unsurlar (Tatbestand), fiilin hem objektif hem de sübjektif unsurlarını kapsamaktadır. Yasal unsurlar içinde yer alan sübjektif unsur geniş anlamda kast (Vorsatz)ı ve manevi unsurun diğer türlerini içine almaktadır. Suçun değerlendirilmesinde ikinci aşamada hukuka aykırılık (Rechtswidrigkeit) unsurunun bulunup bulunmadığına bakılır. Bunun için ise fiili hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunup bulunmadığı araştırılır. Bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde yasal unsurların varlığına rağmen fiilin hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılır. Hukuka aykırılık unsuru suç fiilinin objektif bir unsurunu teşkil etmediğinden bunun sübjektif unsur üzerinde bir etkisi olmaz. Dolayısıyla failin fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi kastını etkilemez. Alman ceza hukukuna göre, yasal unsurlar (Tatbestand)ın ve hukuka aykırılık (Rechtswidrigkeit) unsurunun gerçekleşmesiyle birlikte fiil yasadışı (Unrecht) bir nitelik kazanır. Buna karşın bu iki aşamanın tamamlanması failin yaptığından ötürü cezalandırılması için yeterli olmayıp ayrıca kusurlu olduğunun da ispatlanması gerekir. Suçun oluşmasında üçüncü aşama olan kusurluluk (Schuld) için ise failin yaptığından ötürü kınanabilmesi gereklidir. Söz konusu bu kınama koşulunun sağlanması için fail, hukuka uygun biçimde davranma imkânı var iken suç fiilini işlemeyi istemiş olmalıdır. Bu itibarla bir fiilin kasten işlenmesi sadece kusurluluğu gösteren bir belirtiden ibaret olup tek başına kusurluluk için yeterli değildir. Kusurluluk olmadan yasadışı bir fiilden söz edilebilirken, yasal unsurlar oluşmadan kusurluluk söz konusu olamaz. Örneğin kasten işlenen bir suçtan dolayı bir kişinin kusurlu sayılması için (Vorsatzschuld), sadece davranışı istemisi olması yetmez; aynı zamanda yaptığı için hukuka aykırı olduğunu bilebilecek durumda olması ve hukuka uygun bir davranışta bulunma imkânına sahip olması gerekir. Görüldüğü üzere Alman ceza hukuku sistemi içerisinde failin iradesi başlıca iki aşamada (Tatbestand- Schuld) değerlendirilmektedir. Bu ayırımın bir sonucu olarak birinci aşamada ortaya çıkan manevi (sübjektif) unsur ile kusurluluğun unsurları birbirinden ayrılmaktadır. Fiilin yasal unsurlarına ilişkin olan fiil üzerinde hata her durumda kastı kaldırırken kural üzerinde hatanın kast üzerinde bir etkisi yoktur. Kural üzerinde hata ise bazı hallerde kusurluluğu kaldırır bir neden (Schuldausschließungsgrund) olabilir. Alman ceza hukukunda önceleri kural üzerinde hata konusu kast teorisi (Vorsatstheorie) içinde ele alınmıştır. Bu anlayış 1952 tarihli yukarıda incelenen Alman Federal Yüksek Mahkemesinin kararıyla değişikliğe uğramış ve 1975 tarihli Alman Ceza Kanunu (StGB)nun 17. paragrafına konan hükümlerle tamamen terkedilmiş ve kusur teorisi benimsenmiştir. Kusur teorisi (Schuldtheorie) olarak adlandırılan anlayışın etkisini yansıtan Alman Ceza

V. Kural Üzerinde Hatanın Kaçınılmaz Olması

Kural üzerinde hatanın ceza sorumluluğunu kaldırması için *kaçınılmaz* olması aranmaktadır (TCK md. 30/4). Buna göre önlenebilir olmayan ve dolayısıyla hata nedeniyle failin kınanamadığı durumlar ceza sorumluluğunu kaldırmaktadır. Kural üzerinde hatanın hangi durumlarda kusurluluğu kaldırdığının belirlenmesi ise çözümü hiç de kolay olmayan bir sorundur.

Kural üzerinde hatanın ölenemez olması ve mazeret sayılması için en başta failin yaptığının yasak olduğunu bilmemesi ve aynı zamanda fiilin sosyal açıdan değersiz olduğu bilincine sahip olmaması gerekir. Bir diğer şart ise fiilin yasak olduğunun bilinebilir olmamasıdır.

Kural üzerinde hatanın kaçınılamaz olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle fiili yasaklayan kuralın fail tarafından bilinmemesi, ayrıca söz konusu kuralın bilinebilir olmaması gerekir.

Fiili yasaklayan kanunun fail tarafından bilinmemesi iki nedenden kaynaklanabilir. Birinci neden resmi gazetenin dağıtılamaması, kanunun metninin kendi içinde çelişkili hükümler barındırması, kanunun yorumlanması konusunda genel bir kargaşanın yaşanması, kanunun mahkemeler tarafından sürekli biçimde yanlış yorumlanıp uygulanmış olması gibi objektif nedenlere bağlı olarak yasaklayıcı kuralın içeriğinin hiç kimse tarafından doğru bilinmesinin mümkün olmadığı durumlardan oluşmaktadır.⁵⁷ Bu gibi durumlarda fail, fiilin suç olduğunu bilmediği için kınanamamakta, dolayısıyla hataya düşmekte bir kusuru bulunmamaktadır.

Kuralın bilinmemesine rağmen bilinebilir olduğu durumlarda ise faili düştüğü hata nedeniyle kınamak mümkündür; zira failin kuralı öğrenme imkânına sahip olduğu böyle bir durumda hata kaçınılabılır

Kanunu (par. 17)na göre, kural üzerinde hatanın kusurluluğu kaldırması için kaçınılamaz olması gerekmektedir. Hatanın kaçınılamaz olması halinde, hukuka uygun olduğunu düşünen kişi davranışından ötürü kınanamaz. Alman ceza hukukunda suçun tespitinde kusurluluğun değerlendirilmesi üçüncü aşamayı oluşturduğundan, hatanın kaçınılabılır olması halinde kişiyi, davranışı nedeniyle kınamak mümkün olur ve bu durumun kusurluluğa bir etkisi olmaz. Bu durumda ancak cezanın indirilmesi mümkündür (BADAR, "Mens Rea-Mistake of Law&Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals", International Criminal Law Review 5, 2005, ss. 203-246).

⁵⁷ Mantovani, s. 312; Manzini, Vol. II, s. 40.

değildir. Gerçekte kural üzerinde hatanın kaçınılabilir olmasına yol açan ve faili sorumlu kılan hata hipotezlerinin pek çoğu kuralın bilinebilir olmasından kaynaklanmaktadır. Kuralın bilinebilir olması, failin bilerek veya taksirli olarak kuralı öğrenmemesi halinde söz konusu olur. Böyle bir durumda failin kusurlu sayılması ve dolayısıyla cezalandırılması mümkündür.⁵⁸ Bu durum üç biçimde ortaya çıkabilir. Birincisi, “*planlı kural üzerinde hata*”dır. Planlı kural üzerinde hata halinde kişi, fiilini düzenleyen bir kuralın varlığını bilmesine karşın, içeriği hakkında bilerek bilgi sahibi olmamakta, böylece hatasına mazeret sağlamak istemektedir. Daima kaçınılabilir olan planlı kural üzerinde hata durumunda, kişinin bu hatasına dayanarak kusursuz olduğunu ileri sürmesi mümkün değildir.⁵⁹

Failin hataya düşmekte kusurlu olduğu bir başka durum ise “*bilinçli kural üzerinde hata*” denilen ve sıkça gerçekleşen, bilmemenin bilinçli bir davranıştan kaynaklanmış olmasıdır. Böyle bir durumda kişi kanundan haberdar olmasına karşın, tembelliği veya umursamazlığı nedeniyle kuralın içeriğini öğrenmemektedir. Kanunun varlığı, içeriği veya yorumu konusunda şüphe duyulan haller de “*bilinçli kural üzerinde hata*” sayılır. Şüphe duyan kişi fiili işlemekten kaçınmayarak suç teşkil eden bir fiili işleme riskini kabul etmiş sayılır. Özellikle failin, mesleki ve teknik faaliyetlerini düzenleyen kuralları bilmemesi halinde bilinçli kural üzerinde hata söz konusu olur.⁶⁰

Kural üzerinde hataya düşülmesinde “*taksirli*” olunması da mümkündür. Bu durumun varlığı için ise taksire özgü üç koşulun bulunması gerekir. En başta hatanın yapılmak istenmemiş olması gelir. İkinci olarak ise, kural hakkında bilgi veren, kuralın içeriği konusunda kişileri uyaran ve dolayısıyla hataya düşülmesini önleyici düzenlemelere uyulmamış olması gerekir. Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilirken, uyulması gereken kuralların herkesin kendi faaliyet alanına göre belirlenmiş olmasına dikkat edilir. Üçüncü olarak ise kural üzerinde hataya düşülmesini önleyici kurallara uymamanın faile isnat edilebilir olması gerekir. Bunun için faille aynı durumdaki bir model ajan ölçütüne göre, hataya düşülmesini önleyici kurallara uyulmasının failden beklenip beklenemeyeceği araştırılır.⁶¹

⁵⁸ Bu konuda bkz., Mantovani, s. 312 vd.

⁵⁹ Mantovani, s. 312.

⁶⁰ Mantovani, s. 312; Toroslu, s. 227.

⁶¹ Mantovani, ss. 312-313.

Son olarak kural üzerinde hata konusunda sıkça karşılaşılabilecek bazı somut durumların kusurluluğu kaldırıp kaldırmadığı üzerinde durmak gerekir. Buna göre en başta idare tarafından kanun hakkında yapılan yanlış yoruma güvenerek suç oluşturan bir fiili işleyen kimsenin hatasının kaçınılamaz olmadığını ve dolayısıyla kusurluluğu kaldırmadığını belirtmek gerekir. Zira idarenin, kanunun uygulanmasına engel olacak bir yetkiye sahip olması düşünülemez. Aynı şekilde bir avukatın verdiği yanlış bilgiye dayanarak suç işleyen kimse de sorumluluktan kurtulamaz. Kanunu uygulamakla ve kanuna uyulmasını sağlamakla görevli kurumların bu görevlerini yerine getirmemeleri halinde, buna güvenerek kanunu ihlal eden kişiler bu durumu mazeret olarak ileri süremezler. Kanunun uzun süre uygulanmaması onun hukuki geçerliliği etkilemez. Ancak bu durumun kusurluluğu azaltan bir hal olarak değerlendirilmesi ve faile verilecek cezada bir miktar indirim yapılması mümkündür.⁶²

Bir kimsenin bir fiilin suç teşkil etmediği şeklindeki bir mahkeme hükmüne güvenerek aynı fiili işlemesi halinde kural olarak ceza sorumluluğunun kalkacağı söylenemez. Zira her hüküm, ilişkin olduğu somut durum bakımından geçerli olup genel bir etkiye sahip değildir. Dolayısıyla herkesin mahkeme kararlarının değişmez ve yargıçların yasa koyucu olmadığını bilmesi gerekir.⁶³

Sonuç

Kanunu/ceza kanununu bilmemek mazeret sayılmaz şeklindeki ceza hukuku ilkesi, günümüzde pek çok ceza kanunu bakımından mutlak olmaktan çıkmış ve bu konuda bazı istisnaların tanınması yönünde genel bir eğilim benimsenmiştir. Ceza kanunlarını etkileyen böyle bir eğilimin ortaya çıkmasında, ceza kanunlarının sürekli bir artış içinde olması sonucu, söz konusu ilkenin katı biçimde uygulanmasının doğurduğu sakıncaların önemli rolü olmuştur. Ceza hukukunda kural üzerinde hata konusu, özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kabul edilmesinden sonra ülkemiz açısından da önem kazanmıştır. Söz konusu Kanunun 4. maddesinde, “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*” şeklinde yer alan hüküm, yine aynı Kanunun 30/4 maddesinde yer

⁶² Manzini, Vol. I, s. 42.

⁶³ Manzini, Vol. I, s. 45.

alan, “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, ceza kuralı üzerinde gerçekleşen hatanın bazı durumlarda mazeret sayılabileceği anlaşılmaktadır. Belirtmek gerekir ki; fiilin haksızlık oluşturması hukuka aykırı olması anlamına gelir. Söz konusu hukuka aykırılık kuşkusuz ceza hukukuna aykırılıktır. Hukuka aykırılık ise, fiil ile normun çatışmasını ifade eder. Hukuka aykırı olduğu bilincine sahip olunması için, fiili yasaklayan ceza kuralının bilinmesi gerekir. Ceza kuralının bilinmediği kimi durumlarda da, fiilin anti sosyal niteliği nedeniyle söz konusu fiili yasaklayan kuralın varlığına sezgisel olarak ulaşılması mümkündür. Şüphesiz böyle bir durum da fiilin hukuka aykırı olduğu bilincine sahip olunması için yeterlidir.

Kural üzerinde hatanın ceza sorumluluğunu kaldırması için kaçınılmaz olması gereklidir (TCK m. 30/4). Buna göre, hataya düşmekte kusurlu olan fail, fiilden dolayı kasten sorumlu olacaktır. Zira kural üzerinde hata, fiil üzerinde hatanın aksine kastı kaldıran değil, kusurluluğu etkileyen bir neden olarak kabul edilmektedir. Kusurluluğu kaldırması için ise hataya düşülmesinde taksir düzeyinde bir kusurun bulunmaması gerekir. Hataya düşülmesini kaçınılmaz kılan, herkes bakımından geçerli olabilecek objektif nitelikte nedenler olabileceği gibi, kişinin içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan sübjektif nitelikteki nedenler de yapılan hatayı mazur gösterebilir. Kural üzerinde hatanın kaçınılabilir olması durumunda, fiilden dolayı kasten sorumlu tutulan failin cezasında bir miktar indirim yapılması mümkündür.

Türk Ceza Kanununun kural üzerinde hatanın mazeret sayılmasını mümkün kılan düzenlemesinin, uygulamada ne sonuçlar doğuracağı henüz bilinmemektedir. Buna karşın kanunların mutlak biçimde uygulanmasının gerekliliği karşısında, Türk Ceza Kanununun 30/4. maddesinin ancak sınırlı hallerde uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Antolisei, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano 2003.
- Arzt, *Ignorance or Mistake of Law*, *The American Journal of Comparative Law*, 1976, ss. 646-679.
- Arzt, *The Problem of Mistake of Fact*, *Brigham Young University Law Review* (1986), ss. 711-732.
- Badar, *Mens Rea-Mistake of Law&Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals*, *International Criminal Law Review* 5, 2005, ss. 203-246.
- Belfiore, *Contributo Alla Teoria Dell'Errore In Diritto Penale*, Torino 1997.
- Carrara, *Opuscoli di Diritto Criminale*, Firenze 1887, Vol. VII.
- Ersoy, *Ignoranza Ed Errore Nel Diritto Penale*, Ankara 1968.
- Frosali, *L'errore nella Teoria del Diritto Penale*, Roma 1933.
- Hafizoğulları, *Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Ankara, 1977, ss. 193-211.
- Hafizoğulları, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara 1996.
- Jescheck, *L'errore di Diritto nel Diritto Penale Tedesco e Italiano*, *L'indice Penale*, Anno XXII 1988, ss. 185-204.
- Keedy, *Ignorance and Mistake in The Criminal Law*, *22 Harvard Law Review* (1908), ss. 75-96.
- Mantovani, *Diritto Penale, Parte Generale*, Milano 2001.
- Mantovani, *Ignorantia Legis Scusabile ed Inescusabile*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc 2, Aprile-Giugno, 1990, ss. 379-397.
- Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino 1981, Vol. II.
- Özek, *Ceza Normunun Varlığında Hata, Ünal Tekinalp'e Armağan*, Cilt III, İstanbul 2003, ss. 817-830.
- Özgenç, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara 2006.
- Petrocelli, *La Colpevolezza, Lezioni Introduttive*, Napoli 1948.
- Piacenza, *Errore ed Ignoranza di Diritto in Materia Penale*, Torino 1960.
- Sezgin, *Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata*, *Adalet Dergisi*, Yıl 42, Mayıs 1951, Sayı 5.
- Toroslu, *Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Ankara 2005.
- Vassalli, *L'inevitabilita dell'ignoranza della Legge Penale Come Causa Generale Di Esclusione Della Colpevolezza*, *Giurisprudenza Costituzionale*, Parte Seconda, 1988, ss. 3-15.