



HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN SUÇUN YAPISI İÇERİSİNDEKİ YERİ VE MUHTEVASI

(*Justified Causes in the context of Criminal Act and the Contents thereof*)

Arş. Gör. Dilek Özge UĞRAŞ¹

ÖZ

Hukuka uygunluk nedenlerinin suçun yapısındaki yeri günümüzde özellikle Türk hukukunda halen tartışmalı olmakla beraber meselenin esasen suçun ikili ve üçlü ayrımı içerisinde mütalaa edildiğini söylemek mümkündür. Bu kapsamda doktrinde bazı yazarlarca ikili ayırım esas alınarak hukuka uygunluk nedenleri tipik fiilin menfi şartları olarak değerlendirilmekte, üçlü ayrımı esas alan yazarlarca ise bağımsız bir unsur altında incelenmektedir. Bu nedenlerin suçun yapısında nerede yer aldığı kadar ve belki de daha fazla problemlili olan diğer bir mesele de bu nedenlerin muhtevasına ilişkindir. Bu soruna ilişkin olarak ise doktrindeki görüşleri hukuka uygunluk nedenlerini salt objektif nitelikte kabul eden yaklaşımlar ile bu nedenlerin aynı zamanda subjektif unsura sahip olduğunu kabul eden yaklaşımlar olarak ikiye ayırmak mümkündür. İşte bu çalışmada önce hukuka uygunluk nedenlerinin suçun yapısı içerisindeki yeri incelendikten sonra bu nedenlerin hangi temel unsurlardan oluştuğu ve bunların kapsamı ile yokluğuna bağlanan hukuki sonuçlar hakkında doktrinde ileri sürülen görüşlerin açıklanmasına gayret edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Hukuka uygunluk nedenleri, subjektif unsur, elverişsiz teşebbüs, kast, hukuka uygunluk nedenlerinin yapısı.

ABSTRACT

Although the place of justification causes in the structure of the offence is still -especially in Turkish law- controversial, it is possible to claim, that the issue is mainly considered within the dual and triple structural distinction of the offence. In this context, justification causes are evaluated as the negative elements of the typical act by the authors, who adopted

1 ORCID: 0000-0002-2226-7369 Araştırma Görevlisi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ozge.erdem@asbu.edu.tr



mainly the dual theory. On the other hand, the authors, who adopted the theory of triple structure of the offence mainly examine justification causes under an independent element. As much as where these reasons are structured in formation of an offence and perhaps more problematic, is the content of these causes. Regarding this problem, it is possible to divide the views in the doctrine into two; while the first approach accepts them as purely objective; the opposite view acknowledges, that these reasons also have a subjective element. Hereby, in this study, firstly, after examining the place of justification causes in the structure of the criminal offence, it will be tried to explain the basic elements of these reasons and the legal consequences related to their scope and absence.

Keywords: Justification causes, subjective element, impossible attempt, intent, the structure of justification causes.

GİRİŞ

Hukuka aykırılık ilk olarak 1870'li yıllardan itibaren suçun genel unsurları içinde değerlendirilmeye başlanmıştır.² Bu kavramla en genel tabiriyle belirli bir davranışa hukuk düzenince izin verilmemesi ifade edilmektedir. Günlük hayatta kişinin, öngörülen davranış modeline aykırı hareket etmesi halinde, davranışın mazur görülmesini sağlayan istisnai mazeret nedenlerine benzer şekilde; hukuk düzenince kural olarak izin verilmeyen fiiller hakkında söz konusu olan ve hukuk düzeniyle çatışan davranış biçimine izin verilmesini ve hatta bunların emredilmesini³ (örneğin kamu görevlisinin görevinin gereklerini yerine getirme zorunluluğu kapsamında kişiyi hürriyetten yoksun kılması), sağlayan bu nedenler, hukuka uygunluk nedenleri olarak kabul edilmektedir.⁴ Bu anlamda *“hukuka aykırılık, işlenen ve kanuni tarife uygun bulunan bir fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması, yalnız Ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma içinde bulunması demektir.”*⁵

Fiilin hukuka aykırı kabul edilmesini engelleyen hukuka uygunluk nedenlerinin, suçun yapısı içerisinde bağımsız bir unsur niteliği taşıyıp taşımadığı bugün halen özellikle Türk hukukunda tartışmalı bir konu olmaya devam etmektedir. Bu kapsamda doktrinde ileri

2 HIPPEL Robert von, *Deutsches Strafrecht Band II*, Heidelberg 1971, § 16 Kn. 2.

3 HIPPEL, § 16 Kn. 5.

4 Detaylı bilgi için bkz. SCHMIDHÄUSER Eberhard, *Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, Festschrift Für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Wilfred Küper (Hrsg.), Berlin 1987, s. 77 vd.

5 DÖNMEZER Sulhi /ERMAN Sahir, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C. II, İstanbul 2015, s. 1, 2.

sürülen görüşleri; hukuka uygunluk nedenlerini suçun maddi unsuru kapsamında fiilin yapısında inceleyen ve bu nedenlere bağımsız unsur niteliği tanıyan görüşler olarak ikiye ayırmak mümkündür. Ancak özellikle hukuka uygunluk nedenlerini bağımsız hukuka aykırılık unsuru altında inceleyen yazarlarca da bu nedenlerin muhtevasına ilişkin yoğun tartışmalar söz konusudur. Hukuka uygunluk nedenlerinin salt objektif/maddi unsurlardan oluştuğunu savunan yazarların yanı sıra bazı yazarlarca failin ayrıca hukuka uygunluk kastıyla hareket etmesi, sübjektif unsurun varlığı aranmaktadır. Türk hukukundan farklı olarak Alman hukukunda sübjektif unsurun varlığı bugün belirgin hâkim görüşü teşkil etmekle birlikte, bu unsurun kapsamı ve hukuki neticesi konusunda farklı görüşlerin bulunduğunu söylemek mümkündür. Türk hukukunda sübjektif unsurun varlığını savunan yazarlarca ağırlıklı olarak kast aranmakta ve unsurun yokluğu halinde teşebbüs hükümlerince cezai sorumluluğun doğacağı belirtilmektedir. Alman hukukunda ise kastın kapsamına ilişkin yoğun tartışmalar olduğu gibi, unsurun yokluğuna bağlanan hukuki netice kapsamında da tamamlanmış suçun varlığını savunanların yanı sıra bu halde cezasızlık sonucuna varan yazarlar da bulunmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle hukuka uygunluk nedenlerinin ve hukuka aykırılığın suçun yapısı içerisindeki yeri incelenecek, ardından hukuka uygunluk nedenlerinin muhtevasına ve bu anlamda sübjektif unsuru ile buna bağlanan hukuki neticelere ilişkin görüşler, Alman ve Türk hukuku karşılaştırması ışığında incelenecektir.

I. HUKUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN SUÇUN YAPISINDAKİ YERİ

A. Hukuka Uygunluk Nedenlerini Tipikliğin İçinde Değerlendiren Görüş

Suçun esas itibarıyla maddi ve manevi olmak üzere iki unsurdan oluştuğunu savunan bazı yazarlarca, hukuka uygunluk nedenlerinin, fiilin negatif unsurlarını teşkil ettiği belirtilmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerini bu şekilde fiilin menfi unsuru olarak tespit eden görüş “tipikliğin negatif unsurları teorisi”⁶ olarak adlandırılmaktadır.⁷

6 Teorinin Adolf Merkel tarafından geliştirildiği belirtilmiştir bkz. MERKEL Adolf, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart 1889, s. 82; ROXIN Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, München 2006, § 10 Kn. 14.

7 EKİCİ ŞAHİN Meral, *Ceza Hukukunda Rıza*, İstanbul 2012, s. 66.



Buna göre suçun maddi unsurlarıyla ifade edilen kanuni tipte belirlenmiş olan fiildir. Kanuni tipte belirlenmiş olan fiilin tespiti ise yalnızca doğrudan suçun düzenlendiği normun incelenmesiyle elde edilemez. Tipik fiilin tespitinde bütün ceza normları göz önünde bulundurulmalıdır. Bu anlamda örneğin “*kasten bir insanı öldürmek*”ten söz edildiğinde, bu suç meşru savunmaya ilişkin hükümle birlikte değerlendirilerek “*kasten bir insanı meşru savunma halinde bulunmaksızın öldürmek*” olarak anlaşılmalı; yasaklanan fiil hukuk sisteminin bütünüyle ortaya konulmalı ve hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması da aranmalıdır.⁸ Kanun koyucu emir normunu düzenlerken, emrin istisnası olarak izin verilen durumları (hukuka uygunluk nedenlerini), normla getirilen yasağın sınırlarını çizecek şekilde en başta göz önünde bulundurmuştur.⁹ Fiilin bu şekilde tespiti, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasının da tipikliğin normatif yapısında yer alması gereken bir unsur olduğunu ortaya koymaktadır. Bir diğer deyişle, suçun maddi unsurunu teşkil eden tipik fiil; hareket, netice ve nedensellik bağı olmak üzere bulunması gereken (müspet) ve hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu şeklinde bulunmaması gereken (menfi) unsurların bir araya gelmesiyle oluşmaktadır.¹⁰

Hukuka aykırılığın bağımsız bir unsur niteliğinde olmadığı yönündeki bu görüş, hukuka aykırılığın suçun bir unsuru değil özü olduğunu, esas itibarıyla iki şey arasındaki ilişki konusunda verilen bir yargıdan, değerlendirmeden; yani fiilin bir hukuk kuralı ile çatışma halinde olduğu konusundaki yargıdan ibaret olduğunu belirtir.¹¹ Ancak bir yandan hukuka aykırılığı fiilin menfi unsuru olarak değerlendirirken diğer yandan bunun fiilin hukuk düzeniyle çatışmasına ilişkin bir yargı olduğu belirtildiğinde; fiil hakkında yürütülen değerlendirmenin aynı zamanda fiilin bir unsuru olduğu şeklindeki tereddütlü sonuca ulaşılır. Zira bir yandan hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması en başta fiilin kurucu menfi unsuru olarak ortaya çıkmasına engel olurken, diğer yandan hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmasıyla söz konusu olan

8 GÜNGÖR Devrim, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Ankara 2007, s. 67; LAUFHÜTTE Heinrich Wilhelm/TIEDEMANN Klaus /*Römau, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Band 2, Berlin 2006, Vor. § 32 Kn. 11; RENGIER Rudolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München 2020, § 30 Kn. 18; HAFIZOĞULLARI Zeki, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara 1996, s. 275 vd.

9 JESCHECK Hans-Heinrich/Weigend THOMAS, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, s. 249

10 TOROSLU Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2010, s. 116; GÜNGÖR, s. 56.

11 TOROSLU, *Genel*, s. 111; KATOĞLU Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara 2003, s. 156 vd.

“hukuka uygunluğun”, mevcut olmayan bir fiilin, hukuk düzeniyle ilişkisine dair bir değerlendirmeyi ifade etmesi söz konusu olacaktır. Nitekim doktrinde tipikliğin menfi şartları teorisi kapsamında hukuka uygunluk nedenlerinin tipik fiilin gerçekleştirilmesine izin verilen haller olarak anlaşılması eleştirilmiş, hukuka uygunluk nedeninin varlığıyla hukuken izin verilen fiilin esas itibariyle yasaklanmayan davranıştan hiçbir farkının bulunmadığı, zira her iki halde de temel gereklilik olarak norma aykırı hareketin bulunmadığı belirtilmiştir.¹² Bu kapsamda, örneğin meşru müdafaa halinde saldırganın öldürülmesiyle, bir sineğin öldürülmesi ceza hukuku açısından aynı değerlendirmeye tabidir.¹³ Zira her iki halde de başından itibaren normla yasaklanan bir fiil bulunmamaktadır.

Bu görüşün tereddüt uyandıran bir diğer noktası, özellikle rıza hususunda ortaya çıkan işlev farklılığının anlamını yitirecek olmasıdır. Zira, ilgilinin rızası bazı suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirken bazı diğer suçlar bakımından ise (örneğin konut dokunulmazlığını ihlal, güveni kötüye kullanma suçlarında olduğu gibi) tipik fiili ortadan kaldıran bir durumdur.¹⁴ Ancak hukuka uygunluk nedenleri zaten tipik fiilin bulunmaması gereken negatif unsurları olarak kabul edildiğinde ayrıca böyle bir ayrıma gidilmesi de manasız olacaktır. Bu tezin savunucuları tarafından da bir yandan hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması fiilin negatif unsuru olarak kabul edilirken,¹⁵ diğer yandan rızanın tipikliğin bir unsuru ya da hukuka uygunluk nedeni olarak iki ayrı işleve sahip olduğunun belirtilmesi¹⁶ kendi içerisinde çelişkiye neden olmaktadır.

Suçu ikili ayrıma göre inceleyen bazı yazarlarca tipiklik ve hukuka aykırılık arasındaki ayrımın yalnızca kanun yapma tekniği açısından var olduğu ifade edilmiştir.¹⁷ Bu görüşteki yazarlarca tipikliğin menfi şartları teorisiyle ifade edilen, bütünsel haksızlık tipi (die Lehre vom Gesamtunrecht) anlayışıdır. Haksız tip, fiilin bulunması gereken pozitif

12 FREUND Georg, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin 2009, s. 81, Kn. 24; FREUND Georg / ROSTALSKI Frauke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin 2019, s. 97 Kn. 24, 25.

13 FREUND/ROSTALSKI, s. 97, 98 Kn. 24, 25.

14 Detaylı bilgi için bkz EKİCİ ŞAHİN, s. 104-106.

15 bkz. TOROSLU, *Genel*, s. 116.

16 bkz. TOROSLU, *Genel*, s. 164.

17 KINDHÄUSER Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2009, § 29 Kn. 20; KINDHÄUSER Urs ZIMMERMANN Till, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2020, § 29 Kn. 20; KAUFMANN Arthur, *Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Festschrift Für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Wilfred Küper (Hrsg.), Berlin 1987, 185 (194ff.).

unsurları ve bulunmaması gereken (hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı) negatif unsurlarından bir araya gelerek oluşur. Pozitif unsurların bulunması haksızlığa vücut verirken, aynı zamanda negatif unsurların bulunması halinde bu haksızlık ortadan kalkar.¹⁸ Bu görüşe göre, tipiklik yalnızca suç tipine özgü unsurları değil hukuka aykırılığı ilgilendiren tüm unsurları bütüncül olarak kapsar.¹⁹ Bu nedenle bütünsel bakış açısıyla hukuka uygunluk nedenleri tipik fiilin içerisinde mütalaa edilmelidir, zira ancak bunların yokluğu halinde fiilin hukuka aykırılığına ilişkin nihai değerlendirmenin yapılabilmesi mümkündür.²⁰ Tipikliğin menfi unsurları teorisi, tipikliğin salt norma aykırılık olarak hukuki menfaati ihlal eden hareketin soyut bir değerlendirmesinden ibaret olmadığını, fakat aynı zamanda somut fiilin değersizliği hakkında nihai bir yargıyı (Unwerturteil) da ihtiva ettiğini belirtir.²¹

Hukuka uygunluk nedenlerini tipik fiilin negatif unsurları olarak mütalaa eden teori böylelikle hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması halinde yalnızca failin fiilinin artık hukuka aykırı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını değil fakat, başından itibaren tipik fiilin bulunmadığını ifade etmektedir.²² Bu anlayış çerçevesinde hukuka uygunluk nedenleri artık fiile izin verilen istisnai durumlara ilişkin “izin normu” olmamakta, başından itibaren yasaklanmayan bir davranış söz konusu olmaktadır.²³ Tipiklik ve hukuka aykırılık tek bir

18 KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, § 29 Kn. 20.

19 JESCHECK/WEIGEND, s. 249.

20 JESCHECK/WEIGEND, s. 249.

21 JESCHECK/WEIGEND, s. 249.

22 WELZEL Hans, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin 1969, s. 80, 81.

23 KATOĞLU bu değerlendirmeyi şu sözlerle ifade etmektedir: “Hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olduğunda, suçun maddi ve manevi unsurları dış dünyada varolurlar, ancak hukuk düzeni, başından itibaren bunların suç teşkil etmeyeceğini önceden ilan etmiştir... Kuşkusuz hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde, maddi ve manevi unsur da varlığını korumakla birlikte, fiil suç teşkil etmemektedir. Bununla birlikte, suç teşkil eden fiilleri suç teşkil etmeyen fiillerden ayırmak için hukuka aykırılık kavramının suçun içine bir unsur olarak yerleştirilmesi gerekli değildir.” (Katoğlu, s. 141, 142). Yazar bu şekilde, hukuka uygunluk nedenlerinin var olması halinde de olgusal olarak fiilin varlığını kabul etmekte, tipikliğin negatif unsurları teorisinden uzaklaşmaktadır. Ancak olgusal olarak var olan bu fiilin suç teşkil etmeyeceği belirtilerek, bu teoriyle aynı sonuca ulaşılmaktadır. Zira artık suçun var olmayacağı kabul edildiğinde söz konusu fiil olgusal olarak var olmakla birlikte, günlük yaşam içerisinde gerçekleştirilen herhangi alelade bir fiilden farklı olmayacaktır. Kanaatimizce zaten, suç teşkil eden fiilleri, suç teşkil etmeyen fiillerden ayırmak için başvurulan yöntem hukuka aykırılığın suçun içine bir unsur olarak yerleştirilmesi değil, bu fiillerin ihlal ettiği hukuki değerler itibariyle ceza normlarında suç tipi olarak düzenlenmesidir; kanun koyucunun bu fiilleri ceza normlarında düzenlemesindeki etken ise fiillerle ihlal edilen hukuki menfaatler ve bu ihlalin yoğunluğudur. Nitekim ceza hukukunun meşruiyetinin kaynağı ve fonksiyonu da tam olarak hukuki menfaatlerin korunmasıdır (WESSELS Johannes/BEULKE Werner/SATZGER Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2018, § 1 Kn. 9).



bütünsel haksızlık yapısı içerisinde erimekte, suçun yapısal unsurları ise bu şekilde; tipik haksızlık ile kusur şeklinde iki aşamalı olarak tespit edilmektedir.²⁴

B. Hukuka Aykırılığı Bağımsız Bir Unsur Olarak Kabul Eden Görüş

Bugün hem Alman hukukunda²⁵ hem de Türk hukukunda²⁶ ağırlıklı olarak hukuka aykırılığın, suçun tipik fiilden ayrı, bağımsız bir unsuru niteliğine sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşe göre hukuka aykırılık ve tipiklik birbirinden bağımsız niteliktedir; tipe uygunluk belirlenirken fiil, yalnızca ceza hukuku bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulmaktayken, hukuka aykırılık değerlendirilmesine tabi tutulurken hukuk düzeninin birliği ilkesi gereğince tüm hukuk düzeniyle ilişkisi incelenmektedir.²⁷

Hukuka aykırılığı, tipikliğin ya da fiilin menfi unsurları olarak değerlendiren görüşler birçok yönden eleştirilmiştir. Her şeyden önce haklı olarak, daha önce de işaret edildiği gibi bir şeyin diğerinin içerisinde

24 ROXIN § 10 Kn. 15.

25 ROXIN § 10 Kn. 19; WESSELS/BEULKE/SATZGER § 6 Kn. 1 vd.; KÖHLER Michael, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg 1997, s. 127; OTTO Harro, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin 2004, § 8 Kn. 2 vd.; MURMANN Uwe, **Grundkurs Strafrecht**, München 2020, s. 57; KREY Volker /ESSER Robert, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart 2016, § 10 Kn. 255 vd.; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN Rn- 12b; HEINRICH Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart 2019, Kn. 87 vd.; GROPP Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg 2015, s. 177 Kn. 24 vd.; FRISTER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München 2018 § 7 Kn. 9; HAUF Claus-Jürgen, **Strafrecht Allgemeiner Teil** Kurzlehrbuch, Heusenstamm 2001, s. 29; KASPAR Johannes, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden-Baden 2017 § 5Kn. 1 vd.; BRINGEWAT Peter, **Grundbegriffe des Strafrechts**, Baden-Baden 2018, s. 212 vd.; BOCK DENNIS, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin 2018, s. 106, 107; PUPPE Ingeborg, **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, Baden-Baden 2016, s. 98 vd.; BOCKELMANN Paul, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München 1975, 31, 32; Avusturya hukuku hk. bkz. FUCHS Helmut, **Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I**, Wien 2008, s. 79 vd.; SEILER Stefan, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, Wien 2007, § 4 Kn. 297.

26 ALACAKAPTAN Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara 1973, s. 95; HAFIZOĞULLARI Zeki/ ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2014, s. 163-165; KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2015, s. 251 vd.; ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAŞIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2020, s. 277; DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2013, s. 200; ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 1992, s. 213, 214; İÇEL Kayıhan/SOKULLU-AKINCI Füsün/ÖZGENÇ İzzet/SÖZÜER Adem / MAHMUTOĞLU Fatih S./ÜNVER Yener, **Suç Teorisi**, İstanbul 2000, s. 98; ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2019, s. 313; DÖNMEZER/ERMAN, s. 2 vd.; Hukuka aykırılığı cezalandırılma unsuru olarak kabul eden görüşler bkz. EREM Faruk/DANIŞMAN Ahmet/ARTUK Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 1997, s. 57; TANER Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İstanbul 1949, s. 395 vd.

27 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 5 Kn. 181; EISELE Jörg /HEINRICH Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart 2020, s. 81 Kn. 201; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 252.



yer aldığını söyleyebilmek için bunlardan birinin ortadan kalkması halinde diğerinin de varlığını kaybedeceğini ispat etmek gerekir.²⁸ Fiilin bulunmaması halinde hukuka aykırılık değerlendirmesinin konusunun ortadan kalkacağı doğrudur; ancak aksini, hukuka aykırılığın bulunmadığı durumda hareket, netice ve nedensellik bağından husule gelen fiilin de artık bulunmayacağını söylemek mümkün değildir.²⁹ Zira meşru müdafaa halinde gerçekleştirilmiş olduğunda da bir insanın öldürülmesi fiili, suçun maddi unsuru mevcuttur.³⁰ Olayda meşru müdafaa'nın bulunması yalnızca fiilin hukuka aykırı olarak değerlendirilmesine engel olmakta, fiilin varlığına tesir etmemektedir.

İkili ayırım çerçevesinde kabul edilen hukuka uygunluk nedeni halinde suç fiilin başından itibaren mevcut olmayacağı isabetli bir kabul değildir. Nitekim meşru müdafaa halinde de olsa bir insanın öldürülmesiyle bir sineğin öldürülmesi hukuk nezdinde aynı değersizliğe sahip değildir. Sineğin öldürülmesi, hiçbir izin normuna ihtiyaç duymaksızın hukuka uygun bir davranıştır. Ancak bir insanın öldürülmesi ancak bağımsız karaktere sahip izin normunun bulunması halinde meşruluk kazanır. Bir diğer deyişle, tipik olmayan davranış ile hukuka aykırı olmayan davranış aynı şey değildir. Tipik olmayan davranış ceza hukukunu ilgilendiren bir fiil teşkil etmez ve ceza hukuku alanının dışında kalır³¹ ancak özel hukuk bakımından hukuka aykırı niteliğe sahip olabilir ve özel hukuka özgü müeyyidelerin uygulanmasına neden olabilir.³² Buna karşın hukuka uygun olan davranışın ne ceza hukuku ne de hukukun başka bir alanı bakımından müeyyide uygulanmasına esas olması mümkün değildir.

Yine ikili ayırma dayanan teoriler hukuka uygunluk nedenlerinin varlığının tipik fiilin ortaya çıkmasına en başından engel olduğunu savunurken, bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde failin fiilinden zarar gören kişilerin bu fiile katlanma yükümlülüğünü açıklayamamaktadır.³³ Hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde bu fiile karşı hukuka uygunluk nedeninin varlığının ileri sürülemeyeceği (örneğin meşru müdafaa'ya karşı meşru müdafaa olamayacağı) düşünüldüğünde, kendisine karşı meşru müdafaa gerçekleştirilen kişinin katlanma yükümlülüğü ancak, izin normlarının somut olayda

28 DÖNMEZER/ERMAN, s. 4.

29 KASPAR § 5 Kn. 10.

30 DÖNMEZER/ERMANs. 4; WESSELS/BEULKE/SATZGER § 5 Kn. 191.

31 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 5 Kn. 194.

32 ROXIN § 10 Kn. 21.

33 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 5 Kn. 191.



savunma şeklindeki saldırı hakkını tanıyan bağımsız karakteriyle açıklanabilmektedir.³⁴ Buna karşın tipik olmayan bir davranışla karşılaşan kişiye ait hukuki değer ihlali söz konusu olmayacağı için herhangi bir katlanma yükümlülüğü de bulunmamaktadır.³⁵ Bir diğer deyişle, hukuka uygunluk nedeninin varlığının en başından tipik fiilin ortaya çıkmasını engellediği kabul edildiğinde, hukuka uygunluk nedeni içerisinde hareket eden kişinin davranışıyla ortaya çıkan hukuki değer ihlaline katlanma yükümlülüğü açıklanamamaktadır. Zira, hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde de fiil ile bir hukuki menfaat ihlal edilmektedir. Örn. meşru müdafaa halinde bir insanı öldüren kişi de yaşam hakkına müdahale etmektedir. Yalnızca hukuk düzeni bu hak ihlaline istisnai olarak izin vermektedir. Oysaki en başından tipik fiil mevcut olmasaydı herhangi bir hukuki menfaate müdahalenin de mevcut olmaması gerekirdi. İşte bir sineğin öldürülmesinde tipik bir fiilin mevcut olmaması nedeni de tam olarak bu halde herhangi bir hukuki değer ihlal edilmiyor olmasıdır. Ancak bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde hukuki menfaate müdahale edilmesine rağmen, hukuk düzeni müdahale edilen değer ile korunması amaçlanan değer arasındaki dengede, korunması amaçlanan değere üstünlük tanıyarak, kendisine ait hukuki değere müdahale edilen kişiye bu müdahaleye katlanma yükümlülüğü yüklemektedir.

Hukuka aykırılığın tipiklik içerisinde değerlendirilmesi kanunilik ilkesi karşısında da hatalıdır. Zira ceza hukukunda hâkim olan kanunilik ilkesi (nullum crimen, nulla poena sine lege) gereğince tipikliğin maddi nitelikteki unsurları ancak kanunla düzenlenebilir³⁶ (TCK m. 2, Ay. m. 38). Tipik fiilin unsurlarından farklı olarak hukuka uygunluk nedenlerinin örf ve adet hukukundan da kaynaklanabilmesi mümkündür.³⁷ Hukuka uygunluk nedenleri ceza hukukuna özgü nitelikte değildir, hukuk düzeninin bütününden kaynaklanabilir ve ceza hukuku dışındaki normlarda da yer alabilirler.³⁸ Bu nedenlerin yorumlanmasında hâkim normun lafzıyla sınırlı olmayıp kanunun amacını, hukukun genel prensiplerini de göz önünde bulundurmalıdır.³⁹ Yine tipikliğin maddi unsurlarından farklı olarak, ceza hukuku dışındaki

34 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 5 Kn. 191.

35 ROXIN § 10 Kn. 23.

36 Detaylı bilgi için bkz. KARGL Walter, *Strafrecht Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit*, Baden-Baden 2019, s. 200 vd.

37 ROXIN § 5 Kn. 42; TOROSLU, *Genel*, s. 46.

38 ROXIN § 5 Kn. 42.

39 ROXIN § 5 Kn. 42.

normlarda düzenlenmiş olan ya da örf ve adet hukukundan kaynaklanan hukuka uygunluk nedenleri hakkında kıyas yasağı da geçerli değildir.⁴⁰

Tipik fiil; haksızlık üzerindeki yargıdan farklı olarak her bir suça özgü (örneğin hırsızlık suçunu hırsızlık suçu, dolandırıcılığı dolandırıcılık yapan), fiilin cezaya layık görülmesinin esasını oluşturan unsurları⁴¹, bir diğer deyişle suçun maddi haksızlık içeriğini⁴² ihtiva eder. Tipiklik, soyut olarak düzenlenen ve bireylerin riayet etmesi gereken davranış kuralları ve yasakları göz önüne serer; hukuk bilincini etkileyerek ve caydırıcı bir etki göstererek genel önleyici fonksiyon üstlenir.⁴³ Tipikliğin unsurlarından farklı olarak hukuka uygunluk nedenleri ise, münferit suç tiplerine özgü olmayıp uygulanma alanı bulunan her suç için geçerlidir.⁴⁴ Yine tipiklikten farklı olarak haksızlık üzerine varılan yargı (hukuka aykırılık), soyut olarak suç tipine ilişkin değil, fakat somut olarak gerçekleşen olgunun sosyal zararlılığına ilişkin somut bir değerlendirmeyi ve netice itibarıyla karşı karşıya gelen hukuki menfaatler arasındaki bir karşılaştırmayı, değerlendirmeyi ihtiva eder.⁴⁵

Haksızlık kapsamında yapılacak inceleme her zaman iki aşamadan oluşan bir değerlendirmeyi gerektirir; ilk olarak hareketin belli bir hukuki değeri ihlal edip etmediği -tipiklik- ve daha sonra bu ihlalin genel değerlendirmede ortadan kalkmasına neden olacak başka bir hukuki değer korunmasının söz konusu olup olmadığı -hukuka uygunluk nedeninin varlığı- incelenecektir.⁴⁶ Burada iki farklı hukuki değer karşı karşıya gelmesi, üstünlük tanınan değer karşılarında ilk aşamada tespit edilen ihlalin bastırılması söz konusu olmaktadır.⁴⁷ Ölçülülük ve gereklilik ilkeleri çerçevesinde yapılacak olan bu karşılaştırma, yasak normunun genel bir sınırını teşkil etmemekte; daha ziyade münferit değer içeriğiyle somut olayda yasak normuyla karşı karşıya gelmektedir.⁴⁸ İhlalin tespit edildiği ilk aşamada haksızlığın varlığı üzerine geçici bir yargıya varılmakta, haksızlığın varlığına ilişkin nihai değerlendirme ise ancak bu ihlalin aynı zamanda hukuka aykırı olması halinde söz konusu olmaktadır.⁴⁹

40 ROXIN § 5 Kn. 42 dn. 71.

41 ROXIN § 10 Kn. 20; JESCHECK/WEIGEND, s. 245.

42 JESCHECK/WEIGEND, s. 245.

43 ROXIN § 10 Kn. 20.

44 ROXIN § 10 Kn. 20.

45 ROXIN § 10 Kn. 21; JESCHECK/WEIGEND, s. 250.

46 SCHMIDHÄUSER, FS Lackner, s. 77, 78.

47 SCHMIDHÄUSER, FS Lackner, s. 77, 78.

48 JESCHECK/WEIGEND, s. 250.

49 SCHMIDHÄUSER, FS Lackner, s. 78.

Şu halde bugün hâkim görüş olarak kabul edilen⁵⁰, hukuka aykırılığı suçun münferit bir unsuru olarak inceleyen görüşler çerçevesinde suç, ağırlıklı olarak tipik fiil (tipiklik), hukuka aykırılık ve kusur unsurlarına ayrılarak incelenmektedir. Suçun tipiklik unsuru da kendi içerisinde maddi (objektif) ve manevi (sübjektif) unsurlardan oluşmaktadır. Tipikliğin maddi unsurlarını fiil ve bu anlamda suçun maddi konusu gibi fiilin bilinmesi gereken tüm unsurları oluşturmaktayken, ikili ayırmada kusurluluk altında incelenen kast veya taksir, tipikliğin manevi (sübjektif) unsurunu oluşturmaktadır. Doktrinde tipiklik ve hukuka aykırılık unsurunun ilişkisine yönelik farklı görüşler de bulunmakla birlikte tipikliğin gerçekleşmesi, tipik fiilin aynı zamanda hukuka aykırılığına dair bir karine teşkil etmektedir.⁵¹ Tipiklikle, hareketin suç normunda düzenlenen soyut fiile uygunluğu ve buna bağlı olarak ceza hukukuyla ilişkisi tespit edilirken,⁵² tipik fiilin tüm hukuk düzeniyle ilişkisinin saptanması hukuka aykırılık unsuru altında incelenmektedir.⁵³ Hukuka aykırılık unsurunun da saptanması halinde haksızlık unsurunun gerçekleştiği kabul edilmekte, tipiklik (Tatbestandsmäßigkeit) ve hukuka aykırılık (Rechtswidrigkeit) haksızlığın (Unrecht) unsurlarını teşkil etmektedir.⁵⁴ Fail hakkında ceza müeyyidesinin uygulanabilmesi için ise gerçekleştirilen haksızlık için ayrıca sorumlu tutulabilmesi gereklidir, bunun ise en önemli şartını failin kusuru (tipik fiilin faile sübjektif olarak isnat edilebilirliği) (Schuld) teşkil etmektedir.⁵⁵ Tipik haksızlığın değerlendirme konusunu fiil oluştururken, kusur incelemesinin merkezinde fail bulunmaktadır.⁵⁶

II. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN YAPISI VE BUNLARA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇ

Hukuka uygunluk nedenlerinin suçun yapısı içerisindeki yeri tespit edildikten sonra önemli bir sorunu da hukuka aykırılık unsurunun muhtevası oluşturmaktadır. Bu kapsamda, hukuka uygunluk nedenlerinin salt objektif unsurlardan mı meydana geldiği yoksa ayrıca

50 Bkz. dn. 24, 25.

51 BOCKELMANN, tipikliğin hukuka aykırılığa karine teşkil etmediği fakat onun temelini teşkil ettiğini ifade eder; zira hukuka aykırılık gerçekleşmeden de tipiklik gerçekleşebilir fakat tipikliğin gerçekleşmediği durumda artık hukuka aykırılıktan söz edilemez, bkz. BOCKELMANN § 10 Kn. 3.

52 ROXIN § 7 Kn. 61.

53 ROXIN § 7 Kn. 64.

54 ROXIN § 7 Kn. 64.

55 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 13 Kn. 620; ROXIN § 7 Kn. 71.

56 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 13 Kn. 620.

failin buna ilişkin sübjektif durumuna hukuki bir sonucun bağlanıp bağlanamayacağı tespit edilmelidir.

Türk hukukunda da hâkim konumunda olan görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi olarak somut olayda gerçekleşmiş olması, bunların uygulanma alanı bulması için yeterli olup, bu nedenler objektif etkiye sahiptir.⁵⁷ Özellikle Alman hukukunda⁵⁸ hâkim konumunda olan ve bugün Türk hukukunda da önemli ölçüde taraftar bulan diğer görüşe göreyse⁵⁹, hukuka uygunluk nedeninin salt objektif olarak var olması, failin hukuka uygunluk nedeni içerisinde hareket ettiğinin kabulü için yeterli değildir, aynı tipiklik unsurunda olduğu gibi bu unsur da kendi içerisinde maddi (objektif) ve manevi (sübjektif) unsurların bir araya gelmesinden oluşur. Failin, ayrıca sübjektif olarak hukuka uygunluk nedeninin varlığının bilgisiyle hareket etmesi gereklidir⁶⁰.

Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarını kabul eden yazarlar arasında da bu unsurların bulunmamasına bağlanan hukuki sonuçlara ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir; bazı yazarlar burada failin teşebbüsten⁶¹ sorumlu olması gerektiğini savunurken diğer bazı yazarlar failin tamamlanmış suçtan⁶² sorumlu olması gerektiğini belirtmektedir.

Failin olayda hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı inancıyla hareket ettiği fakat maddi olarak bu nedenlerin bulunmadığı hallerde ise, hukuka

57 GÜNGÖR, s. 63; TOROSLU, *Genel*, s. 141; DÖNMEZER/ERAN, s. 21; DEMİRBAŞ, s. 262; KANGAL Zeynel, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara 2010, s. 203; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 212; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 551; ÖNDER, s. 222; EKİCİ ŞAHİN, s. 175, 176; İÇEL ve diğerleri, s. 125; DURSUN Selman/BOZBAYINDIR Ali Emrah, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi", **İÜHFİM**, C. 83, S. 1, Y. 2015, s. 85 vd.

58 Alman hukukunda istisnai bazı yazarlar tarafından hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğu da savunulmaktadır bkz. JÄHNKE Burkhard /LAUFHÜTTE Heinrich Wilhelm/ODELSKY Walter/*Spindel*, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, Band 2, Berlin 2003, Vor. § 32 Kn. 138 vd.

59 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 281; GÖKTÜRK Neslihan, "Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?", **CHD**, S. 27, Nisan 2015, s. 15 vd.; Özgenç, s. 321.

60 Esas itibarıyla doktrinde bugün Alman hukukunda yalnızca *Spindel* tarafından (bkz. dn. 57 hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğu görüşünün savunulduğu kaydedilmektedir (WESSELS/BEULKE/SATZGER § 8 Kn. 412; ROXIN § 14 Kn. 96).

61 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 8 Kn. 417; JESCKECK/WEIGEND § 31 IV 2, RENGIER § 17 Kn. 18; ROXIN § 14 Kn. 102; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 90; KASPAR § 5 Kn. 165; KUDLICH Hans, "An den Grenzen der Notwehr", **JA** 2014, 587 (587 vd.); ÖZGENÇ, s. 487; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257; GÖKTÜRK, s. 28.

62 LK-StGB/*HIRSCH* 2003 Vor. § 32 Kn. 126; HEINRICH Kn. 326; RÜCKERT Christian, Anm. BGH, Urt. v. 27.10.2015 – 3 StR 199/15, NSStZ 2016, 334 (334 vd.).

uygunluk nedenlerinin varlığına ilişkin hata söz konusu olup mesele TCK'nın hataya ilişkin m. 30/3 "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen, bu hatasından yararlanır." hükmü kapsamında çözülmelidir.⁶³ Doktrinde isabetli olarak belirtildiği üzere, hükümde geçen "hataya düşülmesinin kaçınılmaz olması" ifadesi, failin hataya düşmekte kastının ya da taksirinin bulunmaması olarak anlaşılmalıdır.⁶⁴ Failin hataya taksirli olarak düştüğü, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı konusunda hatasının dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklandığı hallerde artık suçun taksirli şekli kanunda düzenleniyorsa taksirli şeklinden kaynaklanan sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁶⁵

Aşağıda hukuka uygunluk nedenlerinin unsurlarına ilişkin doktrinde savunulan görüşlere detaylı olarak yer verilecek, bunlara bağlanan hukuki sonuçlar açıklanacaktır.

A. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Sübjektif Unsurlarının Varlığını Kabul Eden Görüşler

1. Sübjektif Unsurların Hukuki Esası

a. Kanunun Lafzından Yola Çıkan Görüş

Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının bulunduğunu savunan yazarlarca bu nedenlerin hukuki esasına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının Alman Ceza Kanunu'nun münferit hükümlerinin

63 DURSUN/BOZBAYINDIR, s. 64 dn. 2.

64 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 284; GÜNGÖR, s. 69, 70.

65 GÜNGÖR, s. 70; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 284; ÖZGENÇ, s. 488; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 07.11.2019T.2018/27E.2019/644K.: "eşi ve iki çocuğuyla birlikte yaşayan sanığın, etrafı duvarla çevrili sitede bulunan 3 katlı müstakil evinin birinci katında yer alan yatak odasında, eşi maktul ile bulunduğu sırada, pencereden ses gelmesi üzerine, yanında yatan eşi maktulün yatakta bulunup bulunmadığını kontrol etmek, ışığı açarak odayı aydınlatmak, işittiğini belirttiği sesin geldiği yöne seslenmek gibi basit bir dikkat veya özenli davranış göstermiş olması durumunda, kendisine yönelmiş bir saldırının bulunmadığını anlayabilecek durumda olmasına karşın, herhangi bir uyarıda bulunmadan, dışarıdan sızan ışığın etkisi ile alaca karanlık olan yatak odasında, yastığının altında muhafaza ettiği yarı otomatik tabancayı eline alıp 13 kez ateşleyerek yaklaşık 4 metre mesafedeki maktulü her biri öldürücü nitelikte 3 isabetle yaralayarak öldürmüş olması karşısında; sanığın daha dikkatli ve özenli davranması durumunda ateş ettiği kişinin, kendisine yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı içindeki bir hırsız olmadığını anlayabileceği, bu nedenle sanığın bu hatasının kaçınılmaz nitelikte bir hata olmadığı, sanığın TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususundaki hata hükmünden yararlanamayacağı kabul edilmelidir."

lafzından anlaşıldığını ileri sürmektedir.⁶⁶ Nitekim meşru müdafaaya ilişkin § 32 II StGB hükmünde kullanılan “saldırımı önlemek amacıyla” anlamına gelen “um einen Angriff...abzuwenden”⁶⁷ ifadesi gibi failin amacına yönelik ifadeler hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen birçok hükümde yer verilmiştir.⁶⁸ Bu görüşe göre, münferit hukuka uygunluk nedenlerinde yer verilen bu ifadelerle, kanun koyucu hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olarak, kanunen düzenlenmiş olanların dışındakileri de kapsayan şekilde, sübjektif bir unsurun aranması gerektiği yönünde genel bir bakış açısı, hukuki değerlendirme ve düşünce ortaya koymaktadır.⁶⁹ Ancak bu görüş eleştirilmiş, her şeyden önce bu tür ifadeler her hukuka uygunluk nedeninde yer verilmediği gibi bu ifadelerin, genel olarak sübjektif unsurların temellendirilmesi bakımından da yeterli olmadığı belirtilmiştir.⁷⁰ Yine bu ifadeler, örneğin meşru müdafaada saldırıyı önlemek için objektif değerlendirmeye gerekli olan savunma fiilinde olduğu gibi hukuka uygun hareketlerin sınırlarının belirlenmesinden farklı bir anlam taşımamaktadır.⁷¹ Bir diğer deyişle bu ifadeler hukuka uygunluk nedeni içerisinde hareket eden kişinin iradesine ilişkin olmayıp yalnızca objektif savunma hareketinin bir niteliğini içermektedir.⁷²

b. Tipikliğin Menfi Şartları Teorisi ve Fiil Üzerinde Hatayı Düzenleyen Hükümden Yola Çıkan Görüş

Hukuka aykırılığı tipikliğin menfi şartı olarak kabul eden yazarlarca, failin kastının tipikliğin bütün unsurlarını kapsamaması gerektiği; bu anlamda tipikliğin bulunması gereken pozitif unsurlarının yanı sıra

66 RÖNNAU Thomas, “Grundwissen – Strafrecht: Subjektive Rechtfertigungselemente”, *JuS* 2009, 594 (594); SATZGER Helmut /SCHLÜCKEBIER Wilhelm /WIDMAIER Gunter /ROSENAU, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Köln 2020, Vor. § 32 Kn. 14; RATH Jürgen, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, Heidelberg 2002, s. 77, 78; LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. 32 Kn. 51; HRUSCHKA Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil, Berlin 1988, s. 204.

67 Meşru müdafaaya ilişkin bu ifadenin sübjektif unsura yönelik olduğu yönünde ayrıca bkz. EISELE Jörg, “Strafrecht AT: Erlaubnistatbestandsirrtum und subjektives Rechtfertigungselement”, *JuS* 2016, 366 (367).

68 Örneğin §§ 34 I (hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali), 193 StGB (hakkın kullanılması), § 227 II, 228 cümle I, 229 BGB (meşru müdafa ve zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin Medeni Kanun’da yer alan düzenlemeler), RATH, s. 78.

69 Detaylı bilgi için bkz. RATH, s. 78.

70 FRISCH Wolfgang, *Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements*, Festschrift Für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Wilfred Küper (Hrsg.), Berlin 1987, s. 115.

71 FRISCH, FS Lackner, s. 117; RATH, s. 80; HRUSCHKA, s. 204.

72 ROXIN § 14 Kn. 100.

bulunmaması gereken hukuka uygunluk nedenlerinin de failin kastı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur.⁷³ Bir diğer deyişle, tipik fiilin müspet ve menfi unsurlardan meydana geldiği kabul edildiğinde müspet unsurlar bakımından olduğu gibi hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması şeklinde ortaya çıkan menfi unsurlar bakımından da failin kastı bulunmalıdır. Bu anlamda tipik fiilin müspet unsurları gibi, menfi unsurları da sübjektif unsura sahip olmaktadır.⁷⁴ Ancak bu görüş de hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasının tipikliğin negatif unsuru olarak değerlendirildiğinde dahi neden kastın kapsamında pozitif unsurlarla doğrudan eş tutulması gerektiğinin açıklanmadığı öne sürülerek eleştirilmiştir.⁷⁵ Tipikliğin menfi şartları teorisiyle aynı doğrultuda, bazı yazarlarca Alman Ceza Kanunu'nun fiil üzerinde hataya ilişkin, tipikliğin unsurlarını bilmeyen kişinin kasten hareket etmiş olmayacağını düzenleyen § 16 I StGB hükmünden yola çıkılarak, failin hukuka uygunluk nedenlerini bilmemesi halinde de bunlardan yararlanamayacağı sonucuna varılacağı belirtilmiştir.⁷⁶ Bir diğer deyişle, mademki tipikliğin müspet unsurlarına ilişkin failin hatası halinde kasıtlı olmayacağı kabul edilmektedir, o halde menfi unsurlara ilişkin olarak da bilgisinin aranması gerekmektedir. Nasıl ki fail tipikliğe ait bilgisi dışındaki unsurlardan sorumlu tutulamayacaksa, tipikliği kaldıran menfi unsurlara ilişkin bilgisi olmaması halinde bunların müspet sonucundan da yararlanamamalıdır.⁷⁷

c. Şahsi Haksızlık Öğretisi'nin Gelişimi ve Haksızlığın İçeriğinden Yola Çıkan Görüş

Doktrinde hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının aranacağına ilişkin görüşlerin Roma hukukunda kabul edilen intikam amacıyla hareket eden kişinin meşru müdafaadan yararlanamayacağına ilişkin kabule değin dayandığı belirtilmiştir.⁷⁸ Bugün ise ağırlıklı olarak hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının esası *şahsi haksızlık öğretisi (personale Unrechtslehre)* ile açıklanmaktadır.⁷⁹ Şahsi haksızlık teorisinin gelişimini görebilmek için bundan önce hâkim olan teorilere

73 RATH, s. 82.

74 RATH, s. 83.

75 Bkz. RATH, s. 83.

76 RATH, s. 84.

77 Bkz. RATH, s. 84.

78 RÖNNAU, JuS 2009, 594 (595).

79 JESCHECK/WEIGEND, s. 329; WESSELS/BEULKE/SATZGER § 8 Kn. 412; DURSUN/BOZBAYINDIR, s. 70; ROXIN § 14 Kn. 96; KREY/ESSER § 13 Kn. 458; RÖNNAU JuS 2009, 595 (595).



de değinilmelidir. Bu kapsamda aşağıda özellikle klasik teori ve final hareket teorisine değinilecek bu teoriler kapsamında hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarına ilişkin değlendirmeler açıklanmaya çalışılacaktır.

aa. Klasik Teori

20. yüzyılın başlarında hâkim olan *Liszt*⁸⁰ ve *Beling* tarafından geliştirilen pozitivizm etkisindeki⁸¹ klasik suç teorisinde hukuka aykırılık tipiklikten bağımsız bir unsur olarak kabul edilmekle birlikte, suçun maddi, objektif tüm unsurları tipiklik ve hukuka aykırılık altında; sübjektif tüm unsurları ve bu arada failin kastı psikolojik kusurluluk (failin fiil ile arasındaki psişik bağ)⁸² kavramı altında kusur unsurunun içerisinde incelenmekteydi.⁸³ *Liszt, Beling ve Radbruch*⁸⁴

80 LISZT Franz von, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin 1888, s. 458 vd.

81 JESCHECK/WEIGEND, s. 202.

82 WELZEL, s. 40; JAKOBS Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin 1991, § 17 Kn. 5.

83 ROXIN § 7 Kn. 15.

84 Bu görüşe göre, ihmal ve icra hareketin gerçekleştirilme biçimleri olarak kabul edilmekte, kast ve taksir ise kusurun türleri; kusur ise failin neticeyle arasındaki sübjektif ilişki olarak kabul edilmekte, isnat yeteneği kusurun önşartı olarak algılanmaktadır, RADBRUCH Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin 1903, s. 70 vd.; RADBRUCH Gustav, "Über den Schuldbegriff", *ZStW* 04 (1904), 333 (333 vd.); kastın suçun unsurları içerisindeki tarihsel gelişimi hakkında bkz. JAKOBS Günther, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, Tübingen 2020, s. 5 vd.; Psikolojik kusur kavramı, yerini 20. yüzyılın başlarında normatif kusur kavramına bırakmıştır, kusurun normatif olarak algılanmasında *Reinhard Frank*'in "Kusur Kavramının Yapısı Üzerine" isimli eseri dönüm noktası olmuştur (ROXIN § 19 Kn. 11). Psikolojik kusur öğretisi etkisinde ileri sürülen isnat yeteneğinin kusurluluğun önşartı olarak anlaşılması, emir ve yasak normunun muhatabının yalnızca isnat yeteneğine sahip kişiler olabileceği, zira hareketlerini norma göre yönlendirme yeteneğine sahip olmayanların normun muhatabı olamayacağı, normun muhatabı olmayan kişilerin ise normu ihlal edemeyecekleri kabulü (bkz. GRUPP Magdalena, *Das Verhältnis von Unrechtsbegründung und Unrechtsaufhebung bei der versuchten Tat*, Baden-Baden 2009, s. 22) *Frank* tarafından eleştirilmiş ve isnat yeteneğini haiz olmayan kişilerin de hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirebilecekleri, "kast" ile yönlendirebilecekleri, isnat yeteneğinin bulunmamasının kusurluluğun ön şartı değil, kusurluluğun kendisine ait bir kavram olduğu ifade edilmiştir, FRANK Reinhard, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (Sonderausdruck), Festschrift der juristischen Fakultät der Universität Gießen, Gießen 1907, s. 8, 9; isnat yeteneği bulunmayan kişilerin gerçekleştirdiği hareketlere karşı meşru müdafanın değil fakat zorunluluk halinin söz konusu olacağını savunan görüş (bu görüş için bkz. TOROSLU Nevzat, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara 1968, s. 117) de fiilin hukuka aykırı olarak (haksızlık olarak) nitelendirilebilmesinin isnat yeteneğinin varlığına bağlı olacağı anlayışına dayanmaktadır; nitekim bu görüş kapsamında da bu kişilerin fiillerinin hukuka aykırı bir haksızlık olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir, bkz. TOROSLU, *Zaruret Hali*, s. 117. Ancak isnat yeteneğinin varlığından bağımsız olarak hukuka aykırı bir saldırının gerçekleştirilebileceği kabul edildiğinde artık bu saldırıya karşı gerçekleştirilen savunma hareketinin zorunluluk hali değil, meşru müdafaa kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kişilerin de kasıtlı ve taksirli olarak hareket edebilecekleri göz önünde bulundurulduğunda, gerçekleştirdikleri fiillerin hukuka aykırı niteliğe sahip olacağını kabul

tarafından savunulan ve 20. yüzyılın başlarına değin hâkim olan bu teori, günümüzde klasik sistem olarak incelenmektedir.⁸⁵ Klasik teori, suç niteliğindeki haksızlığın belirlenmesinde ihlal edilen hukuki değeri esas almış; haksızlığı, hukuki değer ihlali, neticenin değersizliği ve hukuken izin verilmeyen bir duruma neden olunması olarak tanımlamıştır.⁸⁶ Klasik suç teorisinde hareket, dış dünyaya yansıyan iradi olarak belirlenmiş insani davranış olarak tanımlanmış, iradeye yalnızca nedenselliği başlatan bir fonksiyon tanınmıştır, bir diğer deyişle bu anlayışta, failin ne istediği değil herhangi bir şeyi istemiş olması önemlidir.⁸⁷ Failin iradesi tipiklik ve hukuka aykırılık kapsamında değil fakat ilk olarak kusurluluk kapsamında dikkate alınmaktadır, kusurlu bir hareket ise, fail ile fiil arasındaki psikik bağ göz önünde bulundurulduğunda, bu hareketin faile sübjektif olarak isnat edilebilir olmasıdır.⁸⁸ Bu şekilde klasik suç teorisi haksızlığın belirlenmesinde tek yönlü, netice odaklı objektif bir bakış açısından yaklaşmış, haksızlığın kurucu unsuru olarak hareketin değersizliği kapsamında failin yanlış olanı yapmış olmasına, kötü iradesinden ileri gelen hatalı eylemine haksızlığın unsurları arasında önem atfedilmemiştir.⁸⁹ Bir diğer deyişle, klasik suç teorisi kapsamında geliştirilen anlayışta haksızlık yalnızca dış dünyada cereyan eden nedensel süreçten ibaret olup, haksızlığın tespitinde irade içeriğinin hiçbir fonksiyonu bulunmamaktadır.⁹⁰ Bu anlayışın altındaki temel düşünce, kast ve taksirle işlenen suçlar bakımından ortak bir hareket kavramı oluşturma çabasından ileri gelmektedir.⁹¹ Bu amaçla, hareket için kurucu unsur olan iradenin neye yönelik olduğunun araştırılmasından vazgeçilmekte, soyut irade ile yetinilmektedir.⁹² Bu şekilde klasik teori, haksızlığı objektif olarak ele almış ve her türlü sübjektif unsuru haksızlığın muhtevası dışında kusur unsuru altında incelemiştir. Bu anlayışın doğal sonucu ise hukuka uygunluk nedenlerine de objektif etki tanınması olmuştur.

etmekle birlikte isnat yeteneğini yalnızca ceza sorumluluğuna etki eden bir neden olarak değerlendiren normatif görüş daha isabetli görünmektedir.

85 WELZEL, s. 40; GÖKTÜRK, s. 13 dn. 15.

86 KRAUß Detlef, "Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht", *ZStW* 76 (1964), 19 (20); ROXIN § 10 Kn. 88.

87 GALLAS Wilhelm, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, *ZStW* 67 (1955), 1 (2).

88 GALLAS *ZStW* 67 (1955), 1 (2).

89 KRAUß, s. 21.

90 GÖKTÜRK, s. 14.

91 GÖKTÜRK, s. 14.

92 GÖKTÜRK, s. 14.



bb. Final Hareket Teorisi

Klasik suç teorisinin tipiklik ve hukuka aykırılıktan meydana gelen haksızlığı salt objektif unsurlarla tanımlayan, failin kastını kusurluluk kapsamında inceleyen ve kusurluluğun salt sübjektif unsurlardan meydana geldiğini savunan anlayışı, normatif kusur teorisi ve final hareket teorisi çerçevesinde eleştirilmiştir.⁹³ Zira normda yer alan tipik haksızlığın salt objektif unsurların varlığıyla ortaya çıkmayacağı, örneğin hırsızlık suçunda yalnızca failin kendisine ait olmayan taşınır malı almasının tipik fiilin belirlenmesinde ve diğer suçlardan ayrılmasında yeterli olmadığı, failin aynı zamanda yarar sağlama kastının da bulunması gerektiği; psişik unsur olarak yarar sağlama kastı dışarda tutularak hırsızlık suçunun tipik haksızlığının kavranmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.⁹⁴ Yine sübjektif unsurlar değerlendirilmeden teşebbüs aşamasında kalan suçun niteliğini tek başına objektif unsurlarla belirlemek de olanaklı değildir; örneğin failin atışının hedefi tutturamaması halinde bu atışın öldürme suçuna teşebbüs mü, kasten yaralamaya teşebbüs mü yoksa izin verilmeyen mahalde atış yapma suçu niteliğinde mi olduğu ancak failin kastına göre belirlenebilir.⁹⁵ Dolayısıyla haksızlık unsuru içerisinde failin psişisine yönelik sübjektif unsurlar da aranmalıdır.⁹⁶ Bir diğer deyişle, kast ve taksir tipik haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olup haksızlığın sübjektif unsurunu oluşturmaktadır.⁹⁷ Bunun yanı sıra klasik teorinin hareket anlayışı, ihmalî surette işlenen suçları açıklamak bakımından da yetersiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁹⁸ Zira bu teori kapsamında hareket, natüralist açıdan ele alınarak her türlü sübjektif unsurdan arı şekilde dış dünyada değişiklik yapmaya yönelik bedensel, fiziki faaliyet ve bunun yol açtığı netice ile arasındaki nedensellik bağı olarak algılanmaktadır.⁹⁹ Nitekim teoriyi günümüzde savunan yazarlarca da hareketin, insan vücudunun

93 Klasik öğretiyeye yöneltilen ilk eleştiriler neo-kantçı düşünce sisteminin etkisinde neo-klasik öğretiyeye kapsamında yapılmış, bu öğretilerde temel olarak kusur ve haksızlık ayrımı ve kastın bir kusur formu olmasına ilişkin anlayış korunmakla birlikte istisnai bazı hallerde (örn. hırsızlık suçunda mal edinme kastının aranmasında olduğu gibi) haksızlığın yapısı içerisinde sübjektif unsurların yer alabileceği, kusurun yapısı içerisinde de zorunluluk halinde olduğu gibi objektif unsurların yer alabileceği kabul edilmiştir (bkz. JESCHECK/WEIGEND, s. 204 vd.; ROXIN § 7 Kn. 16, 17).

94 ROXIN § 7 Kn. 16; WELZEL, s. 60; GALLAS ZStW 67 (1955), 1 (3).

95 WELZEL, s. 60, 61.

96 ROXIN § 7 Kn. 16; WELZEL, s. 60.

97 GÖKTÜRK, s. 16.

98 JESCHECK/WEIGEND § 22, s. 202.

99 JESCHECK/WEIGEND, § 22 s. 202.

bir faaliyetinden ibaret olduğu belirtilmekte, ihmalin ise fiziki değil normatif bir esasa sahip olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁰ Ancak ihmalin esasını açıklarken bedeni davranışa değil, hukuk düzeni tarafından beklenen şekilde davranmamaya dayanan vakıanın sosyal muhtevasına, normatif esasa dayanılmasıyla doğalcı anlamda (natüralist) hareket anlayışı da terk edilmiş olmaktadır.¹⁰¹

Final hareket teorisine göre hareketin suçun sistematik yapısında belirleyici özelliği, insan tarafından düşünsel irade ile ve buna uygun araçlarla nedensel sürecin belirli bir amaca yönelik olarak yönlendirilmesi, belirlenmesi noktasında ortaya çıkmaktadır.¹⁰² Final hareket teorisi kapsamında haksızlık, tipik fiil dış dünyaya ait (objektif) unsurlarla failin iç dünyasına ait (sübjektif) unsurların bir araya gelmesinden oluşmaktadır.¹⁰³ Bu anlayış ise Welzel'in terminolojisiyle "şahsi haksızlık" kavramına götürmekte ve haksızlık "faile bağlı, hareketin haksızlığı" olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁴ Hukuki değer ihlali (neticenin haksızlığı) ise ceza hukuku açısından yalnızca şahsi, hukuka aykırı hareket (ve esas itibarıyla hareketin haksızlığı) kapsamında bir öneme sahip olmaktadır.¹⁰⁵ Welzel'e göre tipikliğin gerçekleşmesi, hukuka aykırılık bakımından bir karine teşkil etmektedir, hukuka aykırılık ise tipik fiilin gerçekleştirilmesinin hukuk düzeninin bütünüyle çatışma halinde olmasıdır. İzin normları (hukuka uygunluk nedenleri) ise soyut normun somut hukuki ödev haline gelmesini önlemektedir.¹⁰⁶ Final öğretinin normun yapısına ilişkin açıklamalarına uygun olarak hukuka uygunluk nedenleri de objektif ve sübjektif unsurların bir araya gelmesinden oluşmaktadır. Fiilin hukuka uygun hale gelmesi için ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarının tek başına mevcut olması yeterli değildir, fail aynı zamanda maddi unsurların bilincinde ve buna uygun hukuka uygunluk eğilimiyle hareket etmelidir.¹⁰⁷ Welzel'in anlayışında dikkat çekici olan ise unsurlar arasında -neticenin haksızlığının hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarının mevcudiyetiyle, hareketin haksızlığının ise sübjektif unsurların mevcudiyetiyle ortadan kalktığı- telafi (Kompensation) ilişkisinden

100 bkz. TOROSLU, *Genel*, s. 119-122.

101 JESCHECK/WEIGEND, § 22 s. 202.

102 ROXIN § 7 Kn. 18.

103 WELZEL, s. 62.

104 WELZEL, s. 62.

105 WELZEL, s. 62.

106 WELZEL, s. 80.

107 WELZEL, s. 83 vd.

hareket etmemiş olmasıdır.¹⁰⁸ Bir diğer deyişle, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurları doğrudan haksızlığın bir unsurunu telafi etme gereksiniminden elde edilmemiş, objektif ve sübjektif unsurların bir arada bulunmasına etki tanınmıştır.¹⁰⁹ Bu anlayışa uygun olarak Welzel, sübjektif unsurların noksanlığı halinde failin tamamlanmış suçtan dolayı sorumlu tutulması gerektiğini savunmuştur.¹¹⁰

cc. Şahsi Haksızlık Öğretisi

Final hareket teorisi kapsamında geliştirilen kastın, haksızlığın sübjektif unsurlarına dahil olduğu kabulünü geliştirerek elde edilen şahsi haksızlık öğretisi ise temel olarak haksızlığın, faili esas alan hareketin ve hukuki değer ihlalini esas alan neticenin haksızlığının (Handlungs- und Erfolgsunrecht) bir araya gelmesiyle ortaya çıktığını savunmaktadır.¹¹¹ Final hareket teorisi, harekete yönelik olarak geliştirilen ve teorinin hareketi; amaca yönelik insani, final ve yalnızca nedensellikten ibaret olmayan bir olgu olarak algılayan anlayışı bugün hareketin ve tipikliğin birbirinden farklı kavramlar olduğu ifade edilerek eleştirilmektedir.¹¹² Buna göre, hareketin var olup olmadığı sorusu, kast unsurunu da kapsayan tipiklikten (tipik fiilden) ayrı olarak değerlendirilmelidir; zira tipikliğin sübjektif unsuru olarak kast, tipikliğin bütün unsurlarının normatif içeriğinin algılanmasını gerektirmektedir; bunun ise, finalist anlamda nedensel sürecin neticeye değin yönlendirilmesi olarak algılanan hareketin var olup olmadığıyla açıklanması mümkün değildir.¹¹³ Bir diğer deyişle, tipikliğin sübjektif unsuru olarak kast, tipik neticeye yönelik olarak iradi hareketle yönetilen nedensel süreçten ibaret olmayıp, tipikliğin diğer bütün unsurlarına ilişkin normatif içeriğinin algılanmasını da gerektirmektedir; bu nedenle final hareket teorisi tipikliğin sübjektif unsurlarının muhtevasını açıklamakta yetersiz kalmaktadır.¹¹⁴ Bunun yanı sıra final hareket teorisi, ihmali hareketi ve taksirle işlenen suçları açıklamakta yetersiz kalması yönünden de eleştirilere tabi tutulmuştur. Zira ihmalde icrada olduğu gibi bir nedensellik ilişkisi bulunmamakta, ihmali hareketi gerçekleştiren “final”

108 RATH, s. 103.

109 RATH, s. 103.

110 WELZEL, s. 84, 97.

111 GRUPP, s. 26.

112 GRUPP, s. 27.

113 GRUPP, s. 27; ROXIN § 10 Kn. 67.

114 ROXIN § 10 Kn. 67; final hareket teorisi bunun yanı sıra taksir ve ihmali harekete yönelik ikna edici açıklamalar getirememesi nedeniyle eleştirilmiştir bkz. WESSELS/BEULKE/SATZGER § 3 Kn. 143; ROXIN § 7 Kn. 24; KREY/ESSER § 11 Kn. 289.

olarak nedensel süreci yönlendirerek hareket etmemektedir.¹¹⁵ Yine final hareket teorisinin, hareketi amaca yönelik ve final şekilde tanımlayan anlayışı özellikle bilinçsiz taksiri açıklamakta da yetersiz kalmaktadır.¹¹⁶ Bugün final hareket teorisine sıkı bir ilişki içinde olan şahsi haksızlık öğretisinin haksızlığı hareketin ve neticenin değersizliğinin bir araya gelmesiyle açıklayan anlayışı genel olarak kabul edilmekle birlikte, Alman doktrininde; hareketi insan iradesi tarafından hükmedilen veya hükmedilebilen her türlü sosyal öneme sahip davranış olarak tanımlayan öğretisi, hâkim görüş konumundadır.¹¹⁷ Bu öğretisi, klasik teorinin kabul ettiği nedensel hareket teorisini ve final hareket teorisini dışlamamakta, her ikisini de kapsamaktadır.¹¹⁸ Bir diğer deyişle, bugün hâkim konumda olan öğretisi, final hareket teorisinin harekete yönelik açıklamalarını reddetmekle birlikte, kastın tipikliğin içerisinde sübjektif unsurlar altında değerlendiren anlayışını, hareketten bağımsız olarak kabul etmekte, haksızlık ve kusur arasındaki ayrımı ve haksızlığı hareket ve neticenin haksızlığı olarak değerlendiren görüşünü benimsemektedir.¹¹⁹

İşte bu, temellerini final hareket teorisinde bulan ve şahsi haksızlık öğretisince geliştirilen hareket ve neticenin haksızlığına ilişkin ayrım, bugün hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının dogmatik temellerini açıklarken de ağırlıklı olarak esas alınan anlayış olmuştur. Buna göre, olayda hukuka uygunluk nedenlerinin failin bilgisi dışında kaldığı durumda, failin hareketi haksızlık niteliğini taşımakla birlikte artık neticenin objektif olarak haksızlık niteliğine sahip olduğu söylenemeyecektir.¹²⁰ Bir diğer deyişle salt hukuka uygunluk nedenlerinin

115 ROXIN § 8 Kn. 19.

116 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 3 Kn. 143.

117 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 3 Kn. 141, 159; JESCHECK/WEIGEND, s. 223; KREY/ESSER § 11 Kn. 290; ROXIN § 7 Kn. 24, 25; yalnızca norma aykırı hareketin ceza hukukunu ilgilendiren sosyal yönden önemli davranış veya kişiliğin ifadesi (ROXIN tarafından savunulan şahsi hareket teorisine dayanır, bkz. ROXIN § 8 Kn. 44 vd.) olarak değerlendirilebileceği yönünde bkz. KINDHÄUSER/ZIMMERMANN § 5 Kn. 12.

118 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 3 Kn. 146.

119 ROXIN § 7 Kn. 24, 25.

120 RÖNNAU JuS 2009, 595 (595); doktrinde hâkim nitelikteki, hukuki değere karşı olan amaca yönlendirilmiş iradeyi telafi edecek, eşdeğerli hukuki değerini korunmasına yönelik bir hareket ve iradenin olması gerektiği yönündeki bu görüş (Kompensationsmodell) FRISCH tarafından eleştirilmiştir (FRISCH, FS Lackner, s. 124 vd.). Yazara göre, anılan şekilde gerçekleşmesi gereken "telafinin" (Kompensation) sübjektif, manevi alanda değil, değerler ve bunlara dayanan menfaatler alanında gerçekleşmesi gerekmektedir. Öte yandan bu bakış açısından yola çıkıldığında, failin hukuka uygunluk nedeninin bilgisine dayanarak aldığı kararı eyleme geçirmesi herhangi bir "telafi" niyeti taşımamakta, yalnızca hukuk düzeniyle uyum içinde olmaktadır. Bir diğer deyişle, failin hukuka uygunluk nedeninin varlığı bilinciyile hareket ettiği halde, gerçekleştirdiği fiilin değersiz görülme nedeni, telafi eden, dengeleyen bir duruma dayanması değil, hukuk düzeninin söz konusu olan menfaatler



mevcudiyeti neticenin haksızlığını ortadan kaldırmakla birlikte, esasını failin iradesinde bulan hareketin haksızlığına etki etmemektedir.¹²¹ Zira failin hareketi gerçekleştirirken hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına ilişkin bilgisi bulunmadığı gibi, aksine suç işleme kastı bulunmaktadır. Şahsi haksızlık öğretisinin bu kabulüne karşın klasik teoride olduğu gibi netice odaklı haksızlık anlayışının benimsendiği (objektif) haksızlık öğretilerinde, sübjektif unsurların tamamen reddedilmesi ya da yalnızca bazı hukuka uygunluk nedenleri bakımından tanınması eğilimi mevcuttur.¹²²

d. Sübjektif Unsurun Normatif Temeline Dayanan Görüş

Frisch tarafından geliştirilen bu teoriye göre, sübjektif unsurların yalnızca haksızlığa ilişkin geliştirilen öğretilerle açıklanması mümkün değildir; hukuken ceza sorumluluğu doğuran bu kurumun esasının pozitif hukuk düzenlemeleriyle açıklanması gerekmektedir.¹²³ Sübjektif unsurların yoksunluğu halinde failin cezalandırılması esas itibariyle, eyleme geçirdiği niyetin değersizliğine (*Intentionsunwert*) dayanmaktadır.¹²⁴ Eyleme geçirilmiş niyetin cezalandırılması ise pozitif hukuk düzenlemelerinde halihazırda elverişsiz teşebbüsü düzenleyen hükümle olmaktadır.¹²⁵ Her ne kadar olgusal olarak elverişsiz teşebbüs ve sübjektif unsurun yoksunluğu arasında fark bulunmaktaysa da esas itibariyle burada belirleyici olan elverişsiz teşebbüsün olgusal niteliği değil fakat cezalandırılmasına sebep olan, hukuka düşman zihniyetin eyleme geçirilmesini suç niteliğinde bir haksızlık olarak değerlendiren normatif düşüncedir.¹²⁶ Zira, elverişsiz teşebbüste başından itibaren bir zarar veya tehlike yaratmaya elverişli olmayan -objektif olarak tehlikesiz olan- bir hareket söz konusuysa, sübjektif unsurun yokluğu ise objektif olarak tehlikeli ve önemli sonuçlar doğuran niteliktedir; şu halde elverişsiz teşebbüs cezalandırılırken sübjektif unsurun bulunmamasına cezai bir sonuç bağlanmaması hukuk düzeninin kendisiyle çelişmesi niteliğinde olacaktır.¹²⁷

arasındaki ilişkiye dair doğru olarak öngördüğünü, hukuk düzeni ile uyumlu olanı yaptığı içindir; fail telafi etmemekte, hukuka uygun olanı yapmaktadır (FRISCH, FS Lackner, s. 124-126).

121 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 8 Kn. 412; FRISCH, FS Lackner, s. 124.

122 JESCHECK/WEIGEND, s. 329.

123 FRISCH, FS Lackner, s. 126, 127.

124 FRISCH, FS Lackner, s. 126, 127; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 82.

125 FRISCH, FS Lackner, s. 126.

126 FRISCH, FS Lackner, s. 128.

127 FRISCH, FS Lackner, s. 128.

Frisch tarafından geliştirilen bu teori; doktrinde hâkim görüş lehine ve objektif öğretiyeye karşı güçlü bir argüman olarak değerlendirilmekte birlikte, sübjektif unsurların normatif temeli olarak anılan elverişsiz teşebbüse ilişkin normun ve kanun koyucunun elverişsiz teşebbüsü cezalandırılabilir bir teşebbüs türü olarak düzenleme yönündeki kararının temelini şahsi haksızlık öğretisinin teşkil ettiğine işaret edilerek eleştirilmiştir.¹²⁸

2. Sübjektif Unsurun İçeriği

Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun bulunduğunu kabul eden yazarlar arasında, failin olayda hukuka uygunluk nedeninin objektif şartlarının mevcut olduğunu en azından bilmesi gerektiği genel kabul görmekte birlikte, sübjektif unsurun kapsamı tartışmalıdır.¹²⁹

Bu hususta yaygın olarak failin tipik fiile ilişkin kastına (tipiklik kastına) karşılık olarak ayrıca hukuka uygunluk kastıyla hareket etmesi gerektiği ileri sürülmekte,¹³⁰ tipiklik kastında aranan şartlar burada da aranmaktadır.¹³¹ Ancak tipiklik kastının şartlarının doğrudan hukuka uygunluk kastına taşınması isabetli bir yaklaşım değildir, zira her iki halde kastın fonksiyonu birbirinden farklıdır; tipiklik kastında failin bir başkasına ait hukuki değeri ihlale yönelik tasavvuruna ilişkin şartlar aranırken hukuka uygunluk kastıyla failin bir başkasına ait hukuki değerlere müdahalede bulunmasına istisnai olarak izin verilen hallerin şartları ifade edilmekte, ihlal rizikosunun dağılımı tespit edilmektedir.¹³² Bu anlamda doktrinde hukuka uygunluk kastının unsurlarının tipiklik kastının unsurlarından ve muhtevassından farklılık gösterdiği belirtilmiş,¹³³ kastın bilme ve isteme unsuruna ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun içeriği kapsamında Alman hukukunda hâkim öğreti bilme unsurunu yeterli

128 KINDHÄUSER Urs/NEUMANN Ulfrid/PAEFFGEN Hans-Ulrich/PAEFFGEN/ZABEL, **Strafgesetzbuch, Band I**, Baden-Baden 2017Vor. § 32 Kn. 90; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 80 dn. 301.

129 NK-StGB/PAEFFGEN/ZABEL Vor. § 32 Kn. 92.

130 GÖKTÜRK, s. 23.

131 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 83.

132 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 84; JuS 2009, 594 (596).

133 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 84.



görmekteyken¹³⁴, yargı uygulamasında¹³⁵ ayrıca failin hukuka uygun davranma iradesiyle hareket etmesi de aranmaktadır.

a. Hukuka Uygunluk Kastının Bilme Unsuru (kognitives Komponent)

Bir görüşe göre failde kastın bilme unsurunun bulunması yeterlidir, ayrıca hukuka uygun davranma iradesinin (isteme unsurunun) bulunması gerekmez; failin örneğin üçüncü kişi lehine meşru müdafaa bulunması halinde öfke ya da nefret duygusuyla hareket etmiş olmasının bir önemi yoktur.¹³⁶

Doktrinde ağırlıklı görüş bilme unsurunu kapsamında olası kastı yeterli görmekte, failin maddi unsurların varlığını mümkün, muhtemel addetmesini ve bu buna güvenerek hareket etmesini aramaktadır.¹³⁷ Failin kesin bilgiyle hareket ettiği hallerde, sübjektif unsur gerçekleşmiştir; ancak olası kastla hareket ediyorsa, failin hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının gerçekleştiğine güvenerek hareket etmesi aranacaktır.¹³⁸ Olası kastın yeterli olduğu yönündeki bir diğer görüşe göre burada olası kast ve bilinçli taksir arasındaki ayrımın belirlenmesinde tipiklik kastında başvurulacak kriterlerden yararlanılamayacaktır; zira daha önce değinildiği gibi her iki kast türünün yapısı birbirinden farklıdır.¹³⁹ Bu görüşe göre, failin hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurlarının mevcudiyeti konusundaki şüphesinin aleyhine sonuç doğurmaması; ancak failin tasavvurunda muhtemel addettiği durumun, ilgili hukuka uygunluk nedeninin objektif koşullarıyla uyuşması halinde mümkün olacaktır.¹⁴⁰

Diğer bir görüşe göre, failin olayda hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiğini muhtemel olarak görmesi (für möglich halten) yeterli değildir, müspet, kesin bilgiyle (sicheres Wissen) hareket etmesi gereklidir.¹⁴¹ Olası kastı yeterli görmeyen bir görüşe göre, bir saldırının

134 ROXIN § 14 Kn. 97; SCHÖNKE Adolf /SCHRÖDER Horst/STERNBERG-LIEBEN, *Strafgesetzbuch*, München 2019, Vor. § 32 Kn. 14; FREUND/ROSTALKSKI § 3 Kn. 21; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 88; RÖNNAU JuS 2009, 595 (596); KASPAR § 5 Kn. 164; KÖHLER, s. 322 (1.2.1).

135 BGH NJW 2013, 2133 (2136); NStZ 1983, 117; NStZ 2000, 365 (366); NStZ 2005 332 (334).

136 ROXIN § 14 Kn. 97; SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN Vor. § 32 Kn. 14; FREUND/ROSTALKSKI § 3 Kn. 21; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 88; RÖNNAU JuS 2009, 595 (596); KASPAR § 5 Kn. 164; KÖHLER, s. 322 (1.2.1).

137 SSW/ROSSENAU Vor. § 32 Kn. 13; SCH/SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB § Vor. 32 Kn. 14.

138 FUCHS 19/8.

139 GROPP § 5 Kn. 61.

140 GROPP § 5 Kn. 61.

141 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 84.

mevcut bulunduğunu ya da savunma hareketinin gerekliliğini muhtemel addeden kişi diğer taraftan bunun gerçekteki durum olmama seçeneğinin de farkındadır.¹⁴² Bir diğer deyişle, hukuka uygunluk nedeni bakımından olası kast aynı zamanda suç bakımından da olası kasta sahip olunması anlamına gelmekte, failin olası kastla (elverişsiz) teşebbüsten cezalandırılması gerekmektedir.¹⁴³ Hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında şüphe halinde hatalı karar verme riskine fail katlanacaktır; kendisine karşı hukuka aykırı bir saldırının mevcut olduğunu yalnızca muhtemel addeden failin, savunma hakkı bulunmamaktadır.¹⁴⁴ Hukuka uygunluk nedeninin sübjektif unsurunun gerçekleşmesi için failin doğrudan kasta sahip olması gerekmektedir.¹⁴⁵

Failin kesin bilgiyle hareket etmesi gerektiğini savunan görüş, her zaman adaletli sonuçlara neden olmaması nedeniyle eleştirilmiştir. Nitekim örneğin kapalı bir evden gaz kokusunun geldiğini fark eden fail, bu kokunun gaz kaçağından mı yoksa başka normal bir sebepten mi kaynaklandığını bilmemektedir. Bu halde muhtemel bir gaz patlamasını önlemek üzere evin camını kırarak giren failin, hukuka uygunluk nedenine ilişkin olası kastla hareket etmesine rağmen mala zarar verme fiiline ilişkin motivasyonunun, iradesinin haksızlığı¹⁴⁶ kalkmamış olacaktır. Bir diğer deyişle, olası kasttan yola çıkılarak geliştirilen, şüphe halinde hukuki değerlerin ihlal edilmesinden kaçınılması gerektiği yönündeki değerlendirme, bu halde artık muhtemelen hukuka uygun olması söz konusu olan bir mala zarar verme fiilinin gerçekleştirilmesine izin verilmediği sonucuna götürmektedir.¹⁴⁷ Olası kasta ilişkin bu kuralın doğrudan uygulanması, muhtemelen hukuka uygun olacak olan hareketin, *bir tehlikeyi önlemek üzere* gerçekleştirilmediği hallerde uymaktadır; örneğin müşterinin kendisine böyle bir işi verdiği konusunda şüphesi bulunan boyacının iş sahibinin duvar kâğıtlarını sökmemesi gerekmektedir.¹⁴⁸ Ancak hukuka uygun olması muhtemel olan hareketle başka bir hukuki menfaatin korunması söz konusuysa, bu kuralın uygulanması adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır. Nitekim

142 NK-StGB/ PAEFFGEN/ZABEL Vor. § 32 Kn. 101; ROXIN § 14 Kn. 90.

143 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 84.

144 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 84.

145 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 84; burada esas itibarıyla ikinci dereceden doğrudan kastın varlığı kastedilmektedir; ancak Türk hukukunda kastın dereceleri arasında böyle bir ayırım (Absicht-dolus directus zweiten Grades) bulunmadığından doğrudan kast kavramı ile ifade edilmiştir.

146 Örnek için bkz. FRISTER § 14 Kn. 16.

147 FRISTER § 14 Kn. 17.

148 FRISTER § 14 Kn. 17.

kendisini gaz patlamasını engellemek amacıyla pencereyi kırması gerektiği ikileminde bulan kişi, her iki alternatifte de bir hukuki değeri ihlal etme riskini üstelenecektir.¹⁴⁹ Pencereyi kırması halinde, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının gerçekleşmemiş olması ve mala zarar verme riskini göze alacak; buna karşın pencereyi kırmazsa objektif olarak emredilen yardım yükümlülüğünü yerine getirmeme suçunu (§ 323c StGB) olası kastla işlemiş olacaktır.¹⁵⁰ Bu halde artık somut olayda karşı karşıya kalan yanlış karar verme rizikolarının ağırlığına göre karar verilmeli, failin hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının varlığını ne ölçüde mümkün gördüğünün değerlendirilmesi gerekmektedir. Mümkün addedilen hukuka uygunluk nedeninin gerçekten bulunması ve bulunmaması durumları karşılaştırılarak hangi değer daha ağır olduğu tespit edilmelidir; eğer -her iki alternatifin de aynı derecede mümkün görünmesi halinde- suçun ihtiva ettiği değersizlik (Geschehensunwert), hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmesi halinde söz konusu olan değer (Geschehenswert) ile aynı ağırlıkta kabul edilebiliyorsa artık failin motivasyonunun haksızlığının bulunmadığı kabul edilmelidir.¹⁵¹

Roxin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarına ilişkin sübjektif bilme unsurunu hata kurumu içerisinde değerlendirerek sonuca ulaşmaktadır. Buna göre failin, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarının gerçekleştiğine güvenerek hareket etmesi halinde hata kurumuna başvurularak, failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması sonucuna ulaşılacaktır.¹⁵² Buna karşın failin durumu tetkik etme imkânı varsa veya tehlikeden kaçınabiliyorsa tek başına olası kasta dayanabilmesi mümkün değildir. Örn. izlediği kişinin yakalama hakkında yakalama emri bulunan kişi şüpheli olduğunu emin olmamakla birlikte muhtemel gören polis şansına güvenerek yakalama işlemi yaptığında hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacaktır.¹⁵³ Herhangi bir adım atmadan önce maddi şartları iyice tahkik ederek yakalama işlemi yapması gerekmektedir.¹⁵⁴ Gelişigüzel bir şekilde yakalama işleminin yapılması ve masum bir kişinin alıkonulması halinde tamamlanmış kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumlu olacak; yakalanan kişinin gerçekten suçlu çıkması halinde ise neticenin

149 FRISTER § 14 Kn. 17.

150 FRISTER § 14 Kn. 18.

151 FRISTER § 14 Kn. 20.

152 ROXIN § 14 Kn. 90.

153 ROXIN § 14 Kn. 91.

154 ROXIN § 14 Kn. 91.

haksızlığının ortadan kalkması karşısında teşebbüs nedeniyle sorumlu olacaktır.¹⁵⁵

Yanlış karar rizikosunun karşılaştırılmasına ilişkin görüşü eleştiren bir diğer görüşe göre, maddi koşulların varlığına ilişkin ikilemin bulunduğu durumlarda hukuka uygunluk nedeninin muhtevasında “tahmin” unsuruna (Prognoseelement) yer verilip verilmediğine göre ayrıma gidilmelidir. Buna göre; failin maddi koşulların varlığına ilişkin müspet bilgiye sahip olması şartından, belirsizliğin bulunduğu her koşulda sübjektif unsurun ortadan kalkacağı sonucuna varılmamalıdır.¹⁵⁶ Zira belirli bazı hukuka uygunluk nedenlerinde kanun koyucu, yanlış karar riskini failin üstleneceği şeklindeki genel prensipten ayrılarak riski hukuki menfaatlerine müdahale edilen kişinin üstleneceğini düzenlemiştir.¹⁵⁷ Bu halde artık objektif, maddi unsurlar kapsamında bir “tahmin unsuruna” yer verilmesi söz konusudur.¹⁵⁸ Örneğin hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinde (§ 34 StGB) ex-ante bakış açısından hukuki değere yönelik bir tehlikenin, somut olayın koşullarına göre zararın gerçekleşmesinin yakın ve muhtemel görülmesi halinde de var olduğu kabul edilir.¹⁵⁹ Bu halde norm, objektif şartları dahilinde belirsiz ya da gerçekleşmek üzere olan gelişmelerin değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.¹⁶⁰ § 34 StGB hükmünde zorunluluk halinin bulunduğu anda mevcut ve başka türlü defedilmesi mümkün olmayan bir tehlikenin varlığı gerekli ve yeterlidir. Objektif olarak yapılan ex-ante değerlendirmede bu tehlikenin var olması, daha sonradan gerçekte tehlikenin ortaya çıkmadığının anlaşılması halinde dahi, hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiğinin kabulü için yeterlidir.¹⁶¹ Misalen fırtınada alabora olmakta olan yelkenliyi gören kişinin yelkenliyi kullananların iyi yüzme bilmediklerini muhtemel görmesi halinde, gemi hangarının kapısını kırarak yardım etmek amacıyla motorbotunu alması halinde; yelkenliyi kullanan kişilerin yüzme bilgisindeki belirsizliğe, durumun değerlendirmesine ilişkin tereddütlere rağmen failin artık *bir tehlikenin varlığına ilişkin müspet bilgisinin* var olduğu ve tehlikedeki kişiler çok iyi yüzücüler olsa bile § 34 StGB gereğince hukuka

155 ROXIN § 14 Kn. 91.

156 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 85.

157 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 85.

158 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 85; FIRSCH, FS Lackner, s. 134.

159 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 85.

160 ROXIN § 14 Kn. 88.

161 ROXIN § 14 Kn. 88.

uygun davrandığı kabul edilir.¹⁶² Yine, bu halde cezasızlık sonucuna hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata kurumuna başvurularak ulaşılmamasına da gerek yoktur, zira artık tahmine ilişkin bu unsur objektif/maddi bir şart olarak düzenlenmiş olup failin sübjektif tasavvuru ile objektif durum örtüşmüş olmaktadır.¹⁶³ Buna karşın hâkim görüşün ex-post bir değerlendirmenin gerektiğini kabul ettiği diğer hukuka uygunluk nedenlerinde, sübjektif bir ihtimal yargısının hukuka uygunluk nedeninin objektif/maddi unsurunu sağlaması hiçbir zaman mümkün değildir; bu halde artık hukuka uygunluk nedeninin yapısında bir “tahmin unsuru” bulunmamaktadır.¹⁶⁴ Zorunluluk hali bakımından “kesin bilginin” şartı sadece, failin § 34 StGB hükmünde aranan ve özellikle karşı karşıya kalan hukuki menfaatlerin değerine bağlı olan tehlike derecesini esas alarak hareket etmesidir.¹⁶⁵

Salt hukuka uygun davranma bilincini yeterli gören ve isteme unsurunu aramayan bir görüşe göre, sübjektif unsur kapsamında önemli olarak failin hareketini hukuka uygun hale getiren vakianın bilincinde hukuken izin verileni yapmasıdır.¹⁶⁶ Bu noktada failin hukuka uygunluk nedeninin varlığına güvenerek hareket ettiği halde, olası kast anlamında failin maddi unsurun gerçekleştiğini muhtemel addetmesi ile kesin bilgiyle hareket etmesi eşdeğer niteliktedir.¹⁶⁷ Zira kişinin hukuka uygun hareket ettiği kabulünün gerekçesini kanunen tanınan hak oluşturmaktadır; örneğin meşru müdafaa saldırıya karşı savunmada bulunma yetkisi gibi; savunma hareketini gerçekleştirenin hangi nedenlerle bu hakkından istifade ettiği ise önemsizdir, hukukun izin verdiği sınırlar içerisinde hareket eden kişinin hareketini neden gerçekleştirdiği, saikin ne olduğunun hukuki açıdan bir önemi yoktur.¹⁶⁸ Aksi düşünce hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının

162 Örnek için bkz. LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 85; ancak burada ex ante olarak belirlenecek unsurlara ilişkin failin tasavvurunun yalnızca olası kast düzeyinde olmaması gerektiğine dikkat edilmelidir, olası kast durumunda artık sübjektif unsurun gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir. Failin tahayyülünün belirsiz olması halinde hukuka uygunluk nedeninin maddi şartı olarak tahmin unsurunun müspet bilgi niteliğinde olduğu, fail tarafından öngörülen ihtimalin derecesinin objektif olarak aranan dereceye ulaştığı söylenemeyecektir (LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 85).

163 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 85; ROXIN § 14 Kn. 88; bu halde “izin verilen risk” kavramından yola çıkan görüş için bkz. JAKOBS AT § 11 Kn. 29.

164 DÖLLING Dieter /DUTTGE Gunnar /KÖNIG Stefan/RÖSSNER Dieter /DUTTGE, **Gesamtes Strafrecht**, Baden-Baden 2017, Vor. § 32 Kn. 11; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 86.

165 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 85.

166 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB § Vor. 32 Kn. 14.

167 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB § Vor. 32 Kn. 14.

168 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB § Vor. 32 Kn. 14.

gerçekleştiğini bilerek hareket eden ve hukuka uygun bir duruma yol açan kişinin, iç dünyasındaki “yanlış” düşüncesinden dolayı cezalandırılması anlamına gelecektir.¹⁶⁹ Kaldı ki, meşru müdafaa ya da hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinde hareket eden ve bunun farkında olan kişinin, en azından kendisini koruma amacını taşımaksızın hareket edeceği ve hatta diğer amaçların koruma amacını bastırarak geri plana iteceği bir durumun tahayyülü ve ispatı da son derece zordur.¹⁷⁰ Ancak bu görüşe karşı da savunma (meşru müdafaa) ya da kurtarma (zorunluluk halinde) iradesiyle hareket etmeyen bir kişinin fiilinin zaten maddi koşullar anlamında savunma niteliği taşımayacağı ve her halde tipiklik unsurunda gerçekleşen hareketin değersizliğinin telafi edilemeyeceği (kompensieren) ileri sürülmüştür.¹⁷¹

b. Hukuka Uygunluk Kastının İsteme Unsuru (volitives Komponent)

Alman Federal Temyiz Mahkemesi (Bundesgerichtshof) uygulamasında yerleşik içtihat¹⁷² ve doktrinde de savunulan bir diğer görüş, failin yalnızca bilerek değil fakat aynı zamanda hukuka uygunluk nedeninin taşıdığı amaca yönelik olarak hareket etmesi gerektiği yönündedir.¹⁷³ Ancak bu durum failin tek amacının bu olmasının arandığı anlamına gelmemektedir, failin dışardan bakıldığında öfkeyle hareket ettiğinin anlaşılması, hukuka uygun davranma isteği tamamen geri plana itilmediği sürece önemli değildir.¹⁷⁴ Bir diğer deyişle, failin hareketini gerçekleştirirken farklı amaçlar taşıması hukuka uygunluk nedeninin subjektif unsurunun gerçekleşmediği anlamına gelmez, ancak hukuka uygun hareket etme dışındaki diğer amaç ve saikler baskın nitelikte olmamalıdır.¹⁷⁵ Benzer şekilde, Türk hukukunda da bazı yazarlar tarafından failin hukuka uygunluk nedenlerinin bilgisine

169 ROXIN § 14 Kn. 99; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Kn. 88; KINDHÄUSER § 15 Kn. 9; PUPPE § 13 Kn. 5; MURMANN § 25 Kn. 105; KRACK Ralf, *Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente-insbesondere zum Irrtum über die Zielrichtung des Angriffs*, Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, Heinz Koriath/Ralf Krack/Henning Radtke/Jörg-Martin Jehle (Hrsg.), Göttingen 2010, s. 148.

170 ROXIN § 14 Kn. 99; RÖNNAU JuS 2009, 595 (596).

171 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 8 Kn. 415.

172 BGH NJW 2013, 2133 (2136); NStZ 1983, 117; NStZ 2000, 365 (366); NStZ 2005 332 (334).

173 HEINRICH Kn. 325; GÖKTÜRK, s. 23; KREY/ESSER § 13 Kn. 454; ENGLÄNDER Armin, “Der Verteidigungswille bei Notwehr und Notwehrexzess”, *HRRS* 13, 389 (391); RENGIER § 17 Kn. 12.

174 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 8 Kn. 416; NK-StGB/PFAFFGEN/ZABEL Vor. § 32 Kn. 100 vd.; LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 53; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 88; KREY/ESSER § 13 Kn. 464; BGH NJW 2013, 2133 (2136); NStZ 1983, 117; NStZ 2000, 365 (366); NStZ 2005 332 (334).

175 BGH NJW 2013, 2135.



sahip olmasının tek başına yeterli olmadığı aynı zamanda hukuka uygun davranma iradesi taşıması gerektiği savunulmuştur.¹⁷⁶

Doktrinde bazı yazarlarca bilme unsurunu yeterli gören ve ayrıca irade unsurunu arayan iki karşıt görüş arasında¹⁷⁷, failin hukuka uygunluk amacıyla hareket etmesi yerine (um-zu motivi yerine), hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının bulunması sebebiyle (weil motivi) fiilini gerçekleştirmesi aranmıştır.¹⁷⁸ Bu halde ne failin amacı ne de örn. meşru müdafaa halinde savunmaya ilişkin tahayyülü belirleyici olmaktadır.¹⁷⁹ Önemli olan yalnızca failin fiilini, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarını gerçekleştiren duruma reaksiyon olarak gerçekleştirmesidir.¹⁸⁰ Savunma iradesi, esasını hareketin değersizliğinde bulan yapısı itibariyle harekete ilişkin olmalıdır, netice bu kapsamda değildir.¹⁸¹ Bunun sonucu olarak irade bakımından belirleyici olan savunmayı gerçekleştiren kişinin bunu saldırıya yönelik reaksiyon aracı olarak gerçekleştirmiş olmasıdır.¹⁸² Örneğin daha önce nişanlısına kötü davranan kişiye, objektif olarak mevcut meşru müdafaa halinde vuran fail, devam eden bir saldırıyı engellemek için değil, diğer sebeplerden saldırgana vurduğunda, hukuka uygun hareket etmemiş olacaktır.¹⁸³ Zira bu halde fail, meşru müdafaa neden olan saldırıya karşı reaksiyon olarak fiilini gerçekleştirmemektedir. Failin hareketi, ancak devam eden bir saldırıya karşılık bir reaksiyon olarak gerçekleştiğinde hukuka uygun nitelikte olacaktır; bu halde failin hangi motivle hareket ettiğinin ise bir önemi bulunmamaktadır.¹⁸⁴ Ancak bu görüş de yalnızca bilme unsurunun gerçekleşmesini yeterli gören görüş taraftarlarınca eleştirilmiş ve aradaki ayrımın bilimsel olarak ortaya konulamayacak derecede ince olduğu belirtilmiştir.¹⁸⁵ Yine bu görüş çerçevesinde, failin örneğin öfkeden fiilini gerçekleştirdiği durumda, hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurunun gerçekleştiğini bilerek hareket edip etmediğine ilişkin

176 GÖKTÜRK, s. 23; meşru savunmaya ilişkin olarak ÖZGENÇ, s. 371; bilme unsurunu açıkça arayan fakat isteme unsuruna ilişkin açıklama yapmayan görüş için bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 281; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257.

177 ROXIN § 14 Kn. 102.

178 Aktaran: LK-StGB/RÖNNAU 2006 Kn. 88.

179 Bkz. LK-StGB/RÖNNAU 2006 Kn. 88

180 Bkz. LK-StGB/RÖNNAU 2006 Kn. 88.

181 GEILEN Gerd, "Notwehr und Notwehrexzeß", *Jura* 1981, 310 (aktaran RATH, s. 215).

182 GEILEN, *Jura* 1981, 310'dan aktaran RATH, s. 215.

183 ROXIN § 14 Kn. 102.

184 ROXIN § 14 Kn. 102.

185 ROXIN § 14 Kn. 102.

belirleyici ayırım anlamını kaybetmektedir.¹⁸⁶ Ancak bilerek hareket ettiği ilk durumda cezalandırmaya esas alınabilecek tek unsur failin sübjektif durumudur, buna karşın bilmediği halde tereddüde yer bırakmayan somut şekilde hareketin haksızlığı mevcuttur.¹⁸⁷

Bilme unsurunun ayrıca aranmadığını savunan bir görüşe göre, failin maddi unsurların gerçekleştiği inancıyla hareket etmesi bağımsız bir unsur niteliğinde olmayıp hukuka uygun davranma iradesinde mündemiçtir, zira saldırıya uğramadığını düşünen bir kişinin savunma iradesinden de söz edilmesi mümkün değildir.¹⁸⁸

Failin hukuka uygun hareket etme iradesi taşımaksızın başka gerekçelerle hukuka uygun davranışı gerçekleştirmesi halinde, sırf irade unsurunun bulunmaması nedeniyle sübjektif unsurun gerçekleşmediğinin belirtilmesi doktrinde haklı olarak failin salt yanlış düşünceye, motivasyona sahip olma gerekçesiyle cezalandırılmasına yol açacağı belirtilerek eleştirilmiştir.¹⁸⁹ Bu eleştiri haklılığını biraz daha karmaşık bir olay üzerinden daha belirgin olarak göstermektedir. Örneğin A, ikisi de düşmanı olan B ve C'yi kavga ederken görür, C'nin savunmasız bir şekilde yere yığıldığı sırada B, C'ye tekmelerle saldırmaya devam eder. C'nin hak ettiğini bulduğuna sevinen A'nın aklına, C lehine meşru müdafaa gerçekleştirme fırsatından istifade ederek B'yi dövmek gelir ve C'ye yönelik saldırıyı def etmek için gerekli ölçüde B'yi döverek yaralar.¹⁹⁰ Bu halde A, C'yi savunmazsa § 323c StGB gereğince yardım yükümlülüğünün ihlali ve cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir; C'yi savunursa da meşru bir savunma iradesi olmadığı için sübjektif unsurun bulunmaması nedeniyle cezai sorumluluğu doğabilecektir.¹⁹¹ Bu durum bilme unsuru kapsamında failin ikilemde kaldığı durumdan farklılık arz etmektedir; zira bu halde artık failin meşru müdafaaanın objektif unsurlarının gerçekleştiğine ilişkin bilgisi tamdır. Dolayısıyla bilme unsurunda ikilem haline ilişkin getirilen çözüm önerilerine burada başvurulabilmesi mümkün değildir. İrade unsuruna ilişkin bu tereddütlerin yanı sıra, in dubio pro reo ilkesi karşısında teorik tartışmaların dışında uygulamada bu unsurun

186 ROXIN § 14 Kn. 102.

187 ROXIN § 14 Kn. 102.

188 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 55.

189 ROXIN § 14 Kn. 99; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Kn. 88; KINDÄUSER § 15 Kn. 9; PUPPE § 13 Kn. 5; MURMANN § 25 Kn. 105.

190 KRACK, s. 148.

191 KRACK, s. 148.



gerçekleşmediğinin saptanabilmesi zorluğu¹⁹² da yöneltilen eleştirilere haklılık kazandırsa da Alman Federal Temyiz mahkemesinin sübjektif unsurun gerçekleşmediğini kabul etmek için irade unsurunun tamamen noksanlığını aramadığı, fakat failin diğer başka motivasyonlarının hukuka uygunluk motivasyonunun önüne geçmiş olmasını yeterli gördüğü de unutulmamalıdır.

İmparatorluk Mahkemesi (Reichsgericht)¹⁹³ döneminde, Federal Temyiz Mahkemesinin eski içtihatlarında¹⁹⁴ ve doktrinde, dönemin ceza kanununun lafzından yola çıkılarak ayrıca failin hukuka uygun hareket etme iradesinin yanı sıra bazı hukuka uygunluk nedenlerinin (örneğin hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinde) maddi şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini failin dikkatli ve özenli tetkik etmesi beklenmekteydi.¹⁹⁵ Bu halde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının varlığını tetkik etmeyen fail, bu şartların gerçekte bulunmaması halinde suçun taksirli şeklinden sorumlu olmakta; maddi şartların gerçekten bulunması ya da bunların mevcudiyetinin açıklığa kavuşturulmamış olması halinde, hukuka aykırılık bağı tespit edilmeksizin taksirli olarak soyut tehlike suçundan dolayı sorumlu tutulmaktaydı.¹⁹⁶ Ancak bu görüş günümüzde terk edilmiştir, nitekim doktrinde de haklı olarak bu halde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kaçınılabilir olup olmadığı meselesi ile sübjektif unsurlar meselesinin birbirine karıştırıldığı belirtilerek eleştirilmiş, yürürlükteki düzenlemenin artık açıkça yalnızca tehlikeyi önleme iradesini sübjektif unsur olarak aradığı ifade edilmiştir.¹⁹⁷

c. Çok Hareketli Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Kastın Kapsamı

Sübjektif unsur kapsamında yalnızca bilme unsurunu yeterli gören yazarlarca istisnai olarak failin ayrıca hukuka uygunluk nedeninin aradığı iradeyi taşıması gerektiği tek halin hukuka uygunluk nedeninin birden çok hareketli, bir diğer deyişle iki aşamalı olması durumu

192 KRACK, s. 148.

193 RGSt 62, 137; 64, 101, 104.

194 Örneğin 1951 yılından BGH NJW 1951, 930; 1952 yılından BGH NJW 1952, 556; NJW 1952, 893.

195 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 54; JESCHECK/WEIGEND, s. 330, 331; KÖHLER, s. 322, 323.

196 KÖHLER, s. 323.

197 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 54.



(zweiaktige Rechtfertigungsgründe) olduğu belirtilmektedir.¹⁹⁸ Bu halde fiilin hukuka uygun hale gelmesinde, izin verilen bir fiil olarak kabul edilmesinde amaç ilk olarak fiilin kendisiyle değil fakat daha sonraki hareketlerin buna eklenmesiyle gerçekleşmektedir.¹⁹⁹ Fail bu durumda neticenin haksızlığının ortadan kalkmasını sağlayan savunmada bulunma hakkı ya da hareket yetkisine ancak fiiliyle hukuka uygunluk nedeninin amacını gerçekleştirmeyi hedeflediğinde sahip olacaktır; bu ise failin hukuka uygunluk nedenine yönelik olarak özel kast ile (Absicht) hareket etmesini gerektirmektedir.²⁰⁰ Yukarıda açıklanan hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurlarına ilişkin bilginin yeterli olduğu durumda, failin bilgisinden bağımsız olarak objektif olarak harekete izin verilmesi söz konusuysen bu halde harekete objektif olarak izin verilmesi bunun belli bir amacın gerçekleştirilmesine yönelik olması halinde söz konusudur.²⁰¹ Bu durumun tipik örneğini Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun § 127 hükmünde düzenlenen suçüstü yakalama hali oluşturmaktadır.²⁰² Bu halde, suçüstü bir fiilden dolayı kişinin yakalanması durumunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olabilmesi ancak bu kişinin adli mercilere teslim edilmesi halinde söz konusudur. Zira normun amacı suçüstü yakalanan kişinin geçici olarak alıkonulmasıyla gerçekleşmemektedir.²⁰³ Failin, suçüstü durumuna ve hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarına ilişkin bilgiye sahip olması tek başına yeterli değildir, aynı zamanda kişiyi adli mercilere teslim etmek şeklindeki izin normunun amacına yönelik olarak fiilin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.²⁰⁴ Geçici olarak alıkoyma normun amacı değil, suçüstü yakalananın yetkili mercilere teslimi şeklindeki normun amacının gerçekleştirilmesine hizmet eden ara aşamadır, dolayısıyla suçüstü yakalayan kişinin bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi, ancak geçici olarak yakalamanın normun amacını gerçekleştirmek kastıyla yapılması halinde mümkündür.²⁰⁵ Bir diğer deyişle, failin bu kişiyi adli mercilere teslim etmek yerine kendi cezalandırmak

198 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 89; FRISTER § 14 Kn. 25; RÖNNAU JuS 2009, 595 (596); SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB Vor. § 32 Kn. 16; ROXIN § 14 Kn. 103; KRACK, s. 149; FRISCH, FS Lackner, s. 146, 147.

199 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB Vor. § 32 Kn. 16.

200 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB Vor. § 32 Kn. 16.

201 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN Vor. § 32 Kn. 16.

202 ROXIN § 14 Kn. 103.

203 KRACK, s. 149.

204 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB Vor. § 32 Kn. 16.

205 KRACK, s. 149.



amacıyla yakalaması halinde artık bu hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiğinden söz edilmeyecek, fail tamamlanmış suçtan dolayı sorumlu olacaktır.²⁰⁶ Yakalama ile söz konusu olan hürriyetten yoksun kılma suçunun neticesinin haksızlığı ancak bu hareket, kişinin resmi mercilere tesliminin ön hareketi niteliğinde olduğunda ortadan kalkmış olacaktır.²⁰⁷

Bu noktada esas olan failin hareketini gerçekleştirirken hukuken aranan irade ile hareket etmiş olmasıdır; bir başka ifade ile suçüstü yakaladığı kişiyi kendi cezalandırmak amacıyla alıkoyan failin, daha sonra bu kişiyi adli mercilere teslim etmesi halinde hukuka uygunluk nedeninden yaralanması mümkün olmayacaktır.²⁰⁸

3. Sübjektif Unsurun Yokluğuna Bağlanan Hukuki Sonuç

a. Kasten İşlenen Suçlarda Sübjektif Unsurun Yokluğu

Sübjektif unsurun yokluğunun hukuki sonucuna ilişkin ilk değerlendirmelerin *Oppenhoff*²⁰⁹ tarafından 1885 yılında krallık dönemi Ceza Kanunu'nun meşru müdafaya ilişkin § 53 hükmüne dair yapıldığı görülmektedir.²¹⁰ *Oppenhoff*, kendi görüşünü belirtmeksizin bu dönemde *Binding'in* tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılma sonucuna vardığını buna karşın *Von Buri'nin* teşebbüs nedeniyle ceza sorumluluğuna gidilmesi gerektiğini kabul ettiğini belirtmiştir.²¹¹ Ancak üçüncü bir alternatif olarak *Oppenhoff*, Krallık Mahkemesi'nin dönem itibariyle söz konusu olan bir kararına değinerek cezasızlık sonucuna işaret etmiştir.²¹² Mahkeme, bu kararında *Binding* ve *Von Buri'nin*

206 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB Vor. § 32 Kn. 16.

207 ROXIN § 14 Kn. 103.

208 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB Vor. § 32 Kn. 16; doktrinde zorunluluk hali kapsamında da birden fazla hareketli hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olabileceği belirtilmiştir; buna göre örn. zorunluluk hali içerisinde kaza yerine ulaşmak amacıyla trafiği tehlikeye sokarak araç kullanan hekim, tehlikeye neden olurken yardım görevini yerine getirmek amacıyla hareket etmek, yardım kastına sahip olmak zorundadır. Ancak daha sonra olay yerine vardığında hekimin yardım etmekten vazgeçmesi halinde önceki tehlikeli hareketinin hukuka aykırı hale geldiği söylenemeyecektir; zira esas olan hekimin tehlikeli araç kullanırken bu amaçla hareket etmiş olmasıdır; gerçekleştirilme anında hukuka uygun nitelikte olan bu hareketin sonradan hukuka aykırı hale gelmesi mümkün değildir (SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB Vor. § 32 Kn. 16).

209 OPPENHOFF Friedrich Christian, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin 1881, § 53 Kn. 10.

210 WAIDERHeribert, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts*, Berlin 1970, s. 83.

211 OPPENHOFF § 53 Kn. 10.

212 OPPENHOFF § 53 Kn. 10.

görüşlerinden farklı olarak savunma hareketinin saldırının engellenmesi için objektif olarak gerekli olduğu her halde, failin bu hareketi gerçekleştirirken ki motivi hukuki açıdan önem arz etmeksizin meşru müdafaa hükmünün uygulanma imkânı bulacağını kabul etmiştir.²¹³ İşte bugün de halihazırda 1880'li yıllarda söz konusu olan bu tartışmaların Alman hukukunda esas itibarıyla o gün ileri sürülen çözümlerle birlikte halen geçerliliğini koruduğunu ve temel olarak failin tamamlanmış suç nedeniyle ya da teşebbüs nedeniyle cezalandırılması sonuçlarının benimsendiğini ve istisnai olarak cezasızlık sonucuna ulaşıldığını söylemek mümkündür. Aşağıda bu kapsamda ileri sürülen görüşlere ve yargı uygulamasına detaylı olarak değinilecektir.

aa. Tamamlanmış Suç Nedeniyle Cezai Sorumluluk

Alman yargısında hâkim görüş konumunda olan ve doktrinde de taraftar bulan çözüm, sübjektif unsurun eksikliği halinde failin tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılması yönündedir.²¹⁴ Bu görüşü savunan yazarlarca, hukuka uygunluk nedenlerinin yapısından yola çıkılarak, hukuka aykırılığın ancak hem objektif hem de sübjektif unsurların bir arada bulunması halinde ortadan kalkacağı, bu yapıdaki herhangi bir eksikliğin hukuka uygunluk nedeninin, fiilin hukuk düzeniyle uyumlu hale gelmesini sağlayan etkisini tamamen ortadan kaldıracığı belirtilmektedir.²¹⁵ Bu görüşün bir diğer gerekçesi olarak da bu halde neticenin gerçekleşmiş olması karşısında teşebbüs hükümlerine başvurulmasının, gerçeklikten soyutlanmış²¹⁶ bir çözüm olacağı ileri sürülmüştür.²¹⁷ Bir diğer görüşe göreyse, bu halde tamamlanmış suçtan ceza verilmesinin gerekçesini teşebbüsün ve hukuka uygunluk nedenlerinin yapısal farklılığı oluşturmaktadır; zira teşebbüs tipik fiilin objektif unsurlarının tamamlanmadığı hallerde söz konusudur, hukuka uygunluk nedeninin sübjektif unsurunun noksanlığı halinde ise failin bilgisizliği tipik fiile değil, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarına ilişkindir.²¹⁸

213 WAIDER, s. 84.

214 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 126; KÖHLER, s. 323; HEINRICH Kn. 326; RÜCKERT Christian, Anm. BGH BGH, Urt. v. 27.10.2015 – 3 StR 199/15, NSTz 2016, 334 (334 vd.); BGH NJW 1952, 312; NJW 1954, 438; NSTz 2005, 332 (334);

215 NK-StGB/PAEFFGEN/ZABEL Vor. § 32.

216 DURSUN/BOZBAYINDIR, s. 78.

217 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 61.

218 MAURACH Reinhart, Deutsches **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Karlsruhe 1971, s. 304 vd.dan aktaran RATH, s. 280.

Sübjektif unsurun yokluğu halinde failin tamamlanmış suçtan cezalandırılması gerektiği görüşündeki bazı yazarlarca, doktrinde daha sonradan gelişen ve sorumluluğu elverişsiz teşebbüs kapsamında belirleyen görüş, saf objektivist teoriye yakın görülmüştür.²¹⁹

bb. (Elverişsiz) Teşebbüs Nedeniyle Cezai Sorumluluk

Türk hukukunda da savunulan bir görüşe göre, sübjektif unsurun yokluğu halinde fail teşebbüs aşamasında kalmış suçtan dolayı sorumlu tutulmalıdır, zira bu halde Alman Ceza Kanunu'nun teşebbüse ilişkin § 22 hükmünde öngörüldüğü gibi, fail *file ilişkin kendi tasavvuruna göre* icra hareketlerine başlamış olmasına rağmen objektif olarak haksızlık gerçekleşmemiş olacaktır.²²⁰ Neticenin haksızlığı hukuka uygunluk nedeninin objektif şartlarının gerçekleşmesiyle ortadan kalkarken (telafi edilirken), hareketin haksızlığı varlığını koruyacaktır.²²¹ Teşebbüs hükümlerine doğrudan başvurmayan fakat kıyasen uygulanması gerektiğini savunan yazarlar²²², isabetli olarak ceza sorumluluğunun failin aleyhine olarak genişletilmesinin kanunilik ilkesine aykırı nitelikte olduğu belirtilerek eleştirilmiştir.²²³ Bu eleştiriye karşı suçun tipik unsurlarının ve bu anlamda neticenin meydana gelmesine rağmen tamamlanmış suçtan değil fakat yalnızca teşebbüsten cezalandırma yoluna gidilmesinin failin lehine kıyas niteliğinde olduğu belirtilmiştir.²²⁴

Teşebbüs çözümü, doktrinde, sübjektif unsurların yokluğu halinde gerçekleştirilen, objektif olarak hukuka uygun nitelikteki harekete karşı meşru müdafaanın ileri sürülemeyecek olması karşısında eleştirilmiştir, zira örneğin meşru müdafa halinde gerçekleştirilen hareket meşru müdafaaya dair sübjektif unsurun bulunmaması halinde de bu hukuka uygunluk nedeninin objektif koşullarını taşıyacağından, buna karşı yapılan savunma hukuksuzluğun savunulması niteliğinde olacaktır.²²⁵

Teşebbüs çözümüne getirilen bir diğer eleştiri de bu halde artık neticenin gerçekleşmiş olmasıdır.²²⁶ Bu eleştiriye karşılık olarak bu halde neticenin doğa bilimleri anlamında değil, normatif olarak tipik netice,

219 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 51.

220 GROPP § 5 Kn. 49; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 90; WESSELS/BEULKE/SATZGER § 8 Kn. 417; ROXIN § 14 Kn. 104; JESCHECK/WEIGEND, s. 329, 330.

221 WESSELS/BEULKE/SATZGER § Kn. 412, 417.

222 KÜHL § 6 Kn. 16; GÖKTÜRK, s. 28.

223 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 90.

224 FUCHS 19/6.

225 GROPP § 5 Kn. 49.

226 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 60.

haksızlık neticesi olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiş, ancak haksızlık neticesinin gerçekleşmiş olması halinde tamamlanmış suçun söz konusu olacağı göz önünde bulundurulduğunda bu halde teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmuştur.²²⁷

Sübjektif unsurların eksikliği halinde teşebbüs çözümünü savunan görüş Alman doktrininde ağırlıklı görüş konumundadır ve esas itibariyle buradaki teşebbüsün elverişsiz teşebbüs niteliğinde olduğu yönündedir.²²⁸ Elverişsiz teşebbüse başvurulması halinde, teşebbüs hükümleri kıyasen değil fakat doğrudan uygulanmış olacaktır.²²⁹

Sübjektif unsurların bulunmaması halinde teşebbüs çözümüne ulaşılmamasının bir diğer gerekçesi olarak da objektif isnadiyet öğretisi ileri sürülmüştür.²³⁰ Buna göre, neticenin faile objektif olarak isnat edilebilmesi ancak, failin hareketiyle neden olduğu tehlikenin tipik neticede gerçekleşmesi halinde mümkün olduğundan ve sübjektif unsurun noksanlığı halinde fail tarafından ortaya konan tehlikenin, objektif olarak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarının varlığı karşısında gerçekleşmiş olduğundan söz edilemeyeceğinden, netice faile objektif olarak isnat edilemeyecek ve fail teşebbüsten dolayı sorumlu tutulabilecektir.²³¹

Suçtu ikili ayrıma göre inceleyen ve hukuka uygunluk nedenlerini tipikliğinin negatif unsuru olarak kabul eden görüş çerçevesinde de, fiilin, hukuka uygunluk nedeninin mevcut olduğu durumda artık objektif olarak tamamlanmayacağı düşünüleceğinden, elverişsiz teşebbüs sonucuna ulaşılacaktır.²³²

cc. Cezasızlık

Alman hukukunda istisnai olarak bazı yazarlarca hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun bulunması gerektiği kabul edilmekle birlikte, bunun yokluğu halinde cezasızlık sonucuna ulaşılmaktadır. Bu yöndeki bir görüşe göre, sübjektif unsurun yokluğu halinde artık fiilin hukuka uygun olduğundan söz edilemez, ancak hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleşmesi halinde artık haksızlığın

227 RÖNNAU JuS 2009, 595 (596).

228 ROXIN § 14 Kn. 105; KREY/ESSER § 13 Kn. 468; SK-StGB/HOYER Vor. §§ 32 Kn. 69; WESSELS/BEULKE/SATZGER § 8 Kn. 417.

229 ROXIN § 14 Kn. 105.

230 FRISCH, FS Lackner, s. 142.

231 FRISCH, FS Lackner, s. 142.

232 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 60.

gerçekleştiğinden de söz edilemez.²³³ Nitekim, fail hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının bilgisine sahip olmadan hareket ederken her ne kadar kötü bir irade, şahsi bir değersizlik ortaya koysa da, neticenin değersizliği, olgusal değersizlik²³⁴ hukuka uygun, hukuk düzeniyle uyumludur ve bu anlamda yıkıcı değil, yapıcı; hukuka aykırı ya da nötr dahi değil fakat hukuku koruyucu, onu muhafaza edici niteliktedir.²³⁵

Bu halde kişiyi teşebbüs nedeniyle cezalandırmak teşebbüsün haksızlık yapısına aykırı düşmektedir; zira teşebbüste yalnızca failin iç dünyasını yansıtan şahsi bir değersizliğin değil, fakat tamamlanmış suçla kıyaslandığında azalmış da olsa olgusal haksızlığın da gerçekleşmesi gerekmektedir.²³⁶ Teşebbüste söz konusu olan bu olgusal haksızlığın ortaya konulması şartının göz ardı edilmesi halinde artık failin doğruyu, hukuka uygun hareketi gerçekleştirirken yanlış, kötüyü düşünmesi; kötü niyetli olmasından dolayı cezalandırılması söz konusu olacaktır.²³⁷ Böyle bir yaklaşım ise, ceza hukukunun, kötü iradeyi bir şekilde cezalandırmaktan değil fakat hukuki değerleri korumaktan kaynaklanan meşruiyetine aykırılık teşkil edecektir.²³⁸ Bir diğer deyişle, sübjektif unsurun noksanlığı halinde failin teşebbüs gerekçesiyle cezalandırılması, fiil ceza hukukuyla (Tatstrafrecht) bağdaşmayan; düşüncüyü cezalandıran bir zihniyet ceza hukuku (Gesinnungsstrafrecht) anlamına gelecektir.²³⁹

b. Taksirli Suçlarda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Sübjektif Unsuru

Taksirli suçlarda sübjektif unsurun aranamayacağını savunan görüşler olduğu gibi,²⁴⁰ içtihat ve doktrindeki bazı yazarlar tarafından bu halde de sübjektif unsurun bulunması gerektiği de savunulmaktadır.²⁴¹ Sübjektif unsurların varlığını kabul eden bir görüşe göre, fail aynı kast ile işlenen suçlarda olduğu gibi, örneğin meşru müdafaa halinde kast ile kıyaslandığında daha zayıf nitelikte de olsa, genel bir karşı koyma iradesiyle, savunma hareketi gerçekleştirdiği tasavvuruyla hareket

233 RATH, s. 631.

234 GROPP hâkim görüş tarafından kullanılan neticenin haksızlığı veya değersizliği (Erfolgsrecht bzw. -unwert) terimi yerine olgusal değersizlik, haksızlık terimlerini; hareketin değersizliği veya haksızlığı terimleri yerine kişisel değersizlik, haksızlık terimlerini (personaler Unwert bzw. Unrecht) kullanmaktadır (GROPP, s. VIII, 183 vd.).

235 GROPP, s. 184; RATH, s. 264.

236 GROPP, s. 184.

237 GROPP, s. 184.

238 GROPP, s. 184.

239 GROPP, s. 184.

240 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 92; KINDHÄUSER § 33 Kn. 60.

241 Bkz. SSW/ROSENAU Vor. § 32 Kn. 15.



etmelidir.²⁴² Bu halde fiil tamamen hukuka uygun hale gelmemekle birlikte, neticenin haksızlığı ortadan kalktığı ve dolayısıyla objektif olarak hukuka uygunluk gerçekleştiği için teşebbüs nedeniyle cezai sorumluluk gündeme gelmekteyse de, Alman hukukunun taksirli suçlarda teşebbüsü cezalandırmayan sistematik yapısı karşısında cezasızlık sonucuna ulaşılacaktır.²⁴³

Frisch tarafından geliştirilen ve sübjektif unsurların esasını; niyetin değersizliğinin eyleme geçirilmesinin haksızlık olarak kabul edildiği elverişsiz teşebbüse ilişkin normatif düzenlemeyle açıklayan görüşe göre, sübjektif unsurların yokluğu halinde failin eyleme geçirdiği kötü, hukuka düşman iradesi haksızlığın esasını teşkil edeceğinden, sübjektif unsurların yokluğu halinde cezai sorumluluğun ancak niyete ilişkin bu unsura yer verilen kast ile işlenebilen suçlarda söz konusu olması mümkündür.²⁴⁴ Bir diğer deyişle taksirli suçlar bakımından uygulanma alanı bulunmamaktadır.²⁴⁵ Yine bu yöndeki başka bir görüşe göre de taksirli suçlarda tipikliğin sübjektif unsurunu “bilme” değil, “öngörme, bilinebilirlik” oluşturduğundan, hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurlarının bilinmesiyle giderilebilecek bir hareketin haksızlığı da bulunmamaktadır.²⁴⁶ Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleşmesi, taksirli suçlar bakımından haksızlığın ortadan kalkması için yeterlidir.²⁴⁷

B. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Objektif Nitelikte Olduğunu Savunan Görüşler

Bugün Alman hukukunda neredeyse tamamen terk edilmiş bulunan fakat istisnai olarak savunulan objektivist görüşe göre, nasıl ki meşru müdafaa “saldırı” salt objektif olarak belirlenmekte, bir saldırı iradesi aranmamaktaysa; “savunma” da, savunma iradesinin varlığından bağımsız salt objektif olarak değerlendirilmeli, objektif koşulların varlığı halinde savunma iradesi veya bilinci aranmaksızın fiilin hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir.²⁴⁸

242 Roxin § 24 Kn. 102; ayrıca bkz. Wessels/Beulke/Satzger § 18 Kn. 142.

243 JOECKS Wolfgang/MIEBACH Klaus/DUTTGE, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, München 2020, § 15 Kn. 203; GS-StGB/DUTTGE Vor. § 32 Kn. 11.

244 FRISCH FS Lackner, s. 130.

245 FRISCH FS Lackner, s. 130.

246 KINDHÄUSER § 33 Kn. 60.

247 FRISCH, FS Lackner, s. 130; GÖKTÜRK, s. 19.

248 LK-StGB/SPENDEL 2003 § 32 Kn. 138.



Objektif olarak hukuka uygun nitelikteki fiile karşı hukuka uygunluk nedenlerinin ileri sürülemeyeceğinden²⁴⁹ hareketle, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelik taşıdığını belirtilmiştir.²⁵⁰ Ancak bu görüşe karşı Alman Ceza Kanunu'nun münferit hukuka uygunluk nedenlerinin lafzı ve burada geçen "önleme amacıyla" ifadesinin (zur Abwendung, um abzuwenden) karşısında bu gerekçenin yerine olmadığı ifade edilmiştir.²⁵¹ Yine aksi yöndeki bu görüşe göre, hukuka uygunluk incelenmesinin konusunu "objektif durumlar" değil, "hareketler, davranış biçimleri" oluşturur; bu anlamda mühim olan subjektif olarak, hukuk düzenince istisnai surette izin verilen hukuka uygunluk nedeninin amacına yönelik gerçekleştirilen hareketin bulunmasıdır.²⁵²

Türk hukukunda ise bugün halen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde olduğu gibi hâkim görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğu yönündedir.²⁵³ Hukuka uygunluk nedenlerinin tipik fiilin menfi kurucu unsurları olarak değerlendirilmesi halinde²⁵⁴ artık objektif olarak bu unsurların gerçekleşmesi durumunda tipik fiilin gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir. Bu halde başından itibaren hukuk düzenine aykırı olmayan bir fiilin²⁵⁵ varlığı karşısında meselenin mefruz suç hükümlerine göre çözümlenebileceği ifade edilmiş ve failin suç işlediğine ilişkin subjektif yargısının kanunilik ilkesi karşısında cezalandırılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.²⁵⁶

Alman hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinin lafzından yola çıkılarak yapılan yoruma benzer şekilde Türk hukukunda da meşru müdafaa saldırıyı defetme zorunluluğu ile fiilin işlenmesinin, kişinin saldırıya uğrayan hakkı koruma irade ve bilinciyle hareket etmiş olmasının arandığı şeklinde yorumlanmaya elverişli olduğu belirtilmiştir.²⁵⁷ Ancak bu yorumun isabetli olmadığı, hukuka uygunluk nedenlerinde belirtilenin bir hakkın korunması iradesi değil, korunmasındaki amaç olduğu; bu amacın ise hukuka uygunluk

249 ROXIN § 14 Kn. 96; LK-StGB/SPENDEL 2003 § 32 Kn. 140.

250 LK-StGB/SPENDEL 2003 § 32 Kn. 140.

251 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 51.

252 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 51.

253 Önder, s. 223; KATOĞLU, s. 105; GÜNGÖR, s. 63; DÖNMEZER/ERMAN, s. 21; DEMİRBAŞ, s. 264; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 212; TOROSLU, *Genel*, s. 141; KANGAL, s. 203; ERDİN Selim, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Subjektif Unsur Sorunu*, Ankara 2021, s. 420.

254 Bkz. GÜNGÖR, s. 67, 68.

255 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 212.

256 DÖNMEZER/ERMAN, s. 21.

257 ÖNDER, s. 223.

nedeninin objektif varlığının kabulüne yeterli olduğu ifade edilerek açıklanmıştır.²⁵⁸ Yine meşru müdafaa ve zorunluluk halinde failin saldırıyı veya tehlikeyi savuşturmak *amacıyla* hareket etmiş olması değil, saldırıyı defetmek *zorunluluğu* ile veya tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak *zorunluluğu* ile fiili işlemiş olmasının arandığı ifade edilmiştir.²⁵⁹ Kanun koyucunun TBK m. 52/2'de “*tehlikeden vikaye için*” TCK m. 147'de “*ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için*” ifadelerine yer vermesinden de sübjektif unsura işaret eden şekilde, failin amacının değil, objektif kurtarma fiilinin bir özelliğine yer verildiğinin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.²⁶⁰

Bu halde teşebbüs hükümlerine kıyasen başvurulması yönündeki görüş ise Alman hukukunda olduğu kadar Türk hukuku açısından da sübjektif unsurun yokluğu halinde cezalandırmanın gerekçesini teşkil etmek yönünden elverişsizdir. Kaldı ki Türk hukukunda elverişsiz teşebbüs açıkça düzenlenmediği ve aksine TCK m. 35 hükmünde teşebbüsün varlığı için “*elverişli hareketlerle*” *doğrudan doğruya icraya başlanma* arandığı için, elverişsiz teşebbüs çözümüne başvurmak da mümkün değildir.²⁶¹ Kaldı ki Alman hukukunda teşebbüsü düzenleyen § 22 StGB hükmünde *fiile ilişkin* “*kendi tasavvuruna göre*” *doğrudan doğruya icraya* başlayan kişinin suç işlemeye teşebbüs etmiş sayılacağı kabul edilerek teşebbüsün esasında “*eyleme geçirilmiş hukuka düşman iradeyi*” cezalandırılabilirliğin gerekçesi olarak kabul eden objektif-sübjektif teori benimsenmiştir.²⁶² Bu teoriye göre belirleyici olan maddi konunun tehlikeye atılmış olması değil, kastın eyleme geçirilmesiyle ortaya konulmuş hareketin haksızlığıdır.²⁶³ Hareketin haksızlığını ve iradeyi esas alan objektif-sübjektif teoriden farklı olarak objektif teoride teşebbüsün cezalandırılabilirliği failin iradesinden değil fakat tipik neticenin gerçekleştirilmesinin yakın bir tehlike olarak var olmasından ileri gelmektedir.²⁶⁴ Başka bir ifadeyle, teşebbüs, neticenin haksızlığının gerçekleşme ihtimalinin yüksekliğinden ötürü cezalandırılmaktadır; bu ihtimal ise ilk olarak icra hareketlerine başlanması ve bu hareketlerin elverişli olması halinde mümkün olduğundan, objektif teori çerçevesinde hazırlık hareketleri teşebbüsün

258 ÖNDER, s. 223.

259 KANGAL, s. 203.

260 KANGAL, s. 203.

261 Aynı yönde DURSUN/BOZBAYINDIR, s. 85.

262 JESCHECK/WEIGEND § 49, s. 513.

263 JESCHECK/WEIGEND § 49, s. 513.

264 JESCHECK/WEIGEND § 49, s. 513.



alanından çıkarılmakta ve elverişsiz hareketlerin cezalandırılmaması sonucuna ulaşılmaktadır.²⁶⁵ Alman hukukundan farklı olarak TCK m. 35 hükmünde teşebbüsün cezalandırılmasının esası yönünden suçun kanuni tanımıyla belirli bir yakınlık ve bağlantı aranarak objektif teori benimsenmiştir.²⁶⁶ Bu durum hükmün gerekçesinde failin kastını esas alan sübjektif görüşün sorumluluk alanını birey aleyhine genişleteceği gerekçesiyle benimsenmediği belirtilerek ortaya konmuştur.²⁶⁷ Kanun koyucunun TCK'da objektif teoriyi benimsemiş olması da teşebbüsün varlığı için neticenin haksızlığının gerçekleşme ihtimalinin yüksekliğinin esas alındığını ve hareketin haksızlığına tek başına teşebbüsün varlığı için yeterli görülmediğini ortaya koymaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarının gerçekleşmesi halinde ise neticenin haksızlığı ortadan kalkmış olacağından hukuki esasını objektif teorinin teşkil ettiği bir sistemde, failin teşebbüsten cezalandırılabilmesine olanak bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra kanun koyucunun CMK m. 223/2/d hükmünde yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunması halinde sanık hakkında beraat kararına hükmedileceği şeklindeki düzenlemesi, hukuka uygunluk nedenlerinin failin bilgi ve iradesinden bağımsız bir etkiye sahip olduğuna işaret etmektedir.²⁶⁸

SONUÇ

Hukuka uygunluk nedenlerinin suçun yapısı içerisindeki yerine ilişkin bugün doktrinde ağırlıklı olarak bunların yokluğunu tipikliğin menfi unsuru ya da suçun bağımsız bir unsuru olarak değerlendiren görüşlerin savunulduğunu belirtmek mümkündür. En başta hukuka uygunluk nedenlerinin kaynakları, kanunilik ilkesi ve hukuka aykırılık ile tipik fiilin fonksiyonel ve yapısal farklılıkları göz önünde bulundurulduğunda bu nedenlerin bulunmamasıyla söz konusu olan “hukuka aykırılık” niteliğinin fiile ilişkin bir yargı niteliğinde olduğu ve bunun da suçun bağımsız bir unsurunu teşkil ettiği görüşü daha isabetli görünmektedir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin suçun yapısı içerisindeki yeri kadar bu nedenlerin yapısı da tartışmalıdır. Bu hususta ağırlıklı olarak bu nedenlerin objektif nitelikte olduğunu belirten görüşler ile bu nedenlerin ayrıca sübjektif unsura sahip olduğunu savunan görüşler mevcuttur.

265 JESCHECK/WEIGEND § 49, s. 513.

266 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 393.

267 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 393.

268 GÜNGÖR, s. 63

Objektif görüş çerçevesinde bu nedenlerin maddi olarak gerçekleşmiş olmasının yeterli olduğu, ayrıca failin bunlara ilişkin kast ile hareket etmesinin gerekmediği savunulmaktadır. Sübjektif unsurun varlığını savunan görüşler çerçevesinde ise, salt hukuka uygunluk nedeninin maddi olarak varlığının yeterli olmadığı aynı zamanda failin bunların en azından bilgisiyle hareket etmesi gerektiği belirtilmektedir. Sübjektif unsurun varlığını savunanlar arasında da, bunun kapsamına ilişkin bir görüş birliğinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bazı yazarlar, failin sadece maddi unsurların gerçekleştiğini bilerek hareket etmesinin yeterli olacağını savunurken, diğer bazı yazarlar ve Alman Federal Temyiz Mahkemesi ayrıca failin hukuka uygun hareket etme iradesine de sahip olmasını aramaktadır. Mahkeme, bu halde failin ari olarak hukuka uygun hareket etme iradesine sahip olmasının gerekli olmadığını, failin diğer saiklerinin hukuka uygun hareket etme iradesini bastırmamasının yeterli olduğunu belirtmektedir.

Yine sübjektif unsurların varlığını savunan görüşler arasında bunların yokluğuna bağlanan hukuki sonuç bakımından da bir görüş birliği bulunmamaktadır. Alman Federal Temyiz Mahkemesi bu halde failin tamamlanmış suçtan sorumlu olacağını kabul etmektedir. Doktrinde de ise ağırlıklı görüş bu halde elverişsiz teşebbüsün söz konusu olacağı yönündedir.

Bugün Türk hukukunda hâkim görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğu yönündedir. Buna karşın bazı yazarlarca sübjektif unsurların varlığı da savunulmakta; bu unsurun muhtevası olarak kastın bilme ve isteme unsuru bir arada aranmaktadır. Sübjektif unsurun yokluğu halinde ise teşebbüs hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmektedir.

Kanunda düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin lafzı, hukukumuzda elverişsiz teşebbüsü cezalandıran bir hükmün bulunmaması ve failin aleyhine cezalandırılabilirliğin genişletilmesine yol açacak şekilde teşebbüs hükümlerine kıyasen başvurulmasının kanunilik ilkesine aykırı nitelikte olması karşısında Türk hukuku açısından hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğunu belirten görüşler daha isabetli görünmektedir.



KAYNAKLAR

- ALACAKAPTAN Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara 1973.
- BOCK Dennis, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin 2018.
- BOCKELMANN Paul, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München 1975.
- BRINGEWAT Peter, **Grundbegriffe des Strafrechts**, Baden-Baden 2018.
- DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2013.
- DÖLLING Dieter/DUTTGE Gunnar/KÖNIG Stefan/RÖSSNER Dieter (Hrsg.), **Gesamtes Strafrecht**, Baden-Baden 2017. (GS-StGB/yazar)
- DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Genel Kısım, C. II, İstanbul 2015.
- DURŞUN Selman/BOZBAYINDIR Ali Emrah, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi", **İÜHF**, C. 83, S. 1, Y. 2015, ss. 63-90.
- EISELE Jörg, "Strafrecht AT: Erlaubnistatbestandsirrtum und subjektives Rechtfertigungselement", **JuS** 2016, ss. 366-368.
- EISELE Jörg/HEINRICH Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart 2020.
- EKİCİ ŞAHİN Meral, **Ceza Hukukunda Rıza**, İstanbul 2012.
- ENGLÄNDER Armin, "Der Verteidigungswille bei Notwehr und Notwehrexzess", **HRRS** 13, ss. 389-393.
- EREM Faruk/DANIŞMAN Ahmet/ARTUK Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 1997.
- ERDİN SELİM, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Subjektif Unsur Sorunu**, Ankara 2021.
- FRANK Reinhard, **Über den Aufbau des Schuldbegriffs** (Sonderausdruck), Festschrift der juristischen Fakultät der Universität Gießen, Gießen 1907, ss. 3-29.
- FREUND Georg, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin 2009.
- FREUND Georg/ROSTALSKI Frauke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin 2019.
- FRISCH Wolfgang, **Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements**, Festschrift Für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Wilfred Küper (Hrsg.), Berlin 1987, ss. 113-148.

FRISTER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München 2018.

FUCHS Helmut, **Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I**, Wien 2008.

GALLAS Wilhelm, "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen", **ZStW** 67 (1955), ss. 1-47.

GÖKTÜRK Neslihan, "Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?", **CHD**, S. 27, Nisan 2015, ss. 7-28.

GROPP Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg 2015.

GRUPP Magdalena, **Das Verhältnis von Unrechtsbegründung und Unrechtsaufhebung bei der versuchten Tat**, Baden-Baden 2009.

GÜNGÖR Devrim, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Ankara 2007.

HAFIZOĞULLARI Zeki, **Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Ankara 1996.

HAFIZOĞULLARI Zeki/Özen Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2014.

HAUF Claus-Jürgen, **Strafrecht Allgemeiner Teil Kurzlehrbuch**, Heusenstamm 2001.

HEINRICH Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart 2019.

HIPPEL Robert von, **Deutsches Strafrecht Band II**, Heidelberg 1971.

HRUSCHKA Joachim, **Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Systematisch entwickelte Fille mit Lösungen zum Allgemeinen Teil**, Berlin 1988.

İÇEL Kayıhan/ SOKULLU-AKINCI Füsün/ ÖZGENÇ İzzet/ SÖZÜER Adem/MAHMUTOĞLU Fatih S./ ÜNVER Yener, **Suç Teorisi**, İstanbul 2000.

JÄHNKE Burkhard /LAUFHÜTTE Heinrich Wilhelm /ODELSKY Walter (Hrsg.), **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, Band 2, Berlin 2003. (LK-StGB/yazar 2003)

JAKOBS Günther, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre**, Berlin 1991. (AT)

JAKOBS Günther, **Kritik des Vorsatzbegriffs**, Tübingen 2020.

JESCHECK Hans-Heinrich/WEIGEND Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, Berlin 1996.

JOECKS Wolfgang/MIEBACH Klaus (Hrsg.), **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, München 2020.



- KANGAL Zeynel, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara 2010.
- KARGL Walter, **Strafrecht Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit**, Baden-Baden 2019.
- KASPAR Johannes, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden-Baden 2017.
- KATOĞLU Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara 2003.
- KAUFMANN Arthur, **Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum**, Festschrift Für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Wilfred Küper (Hrsg.), Berlin 1987, ss. 185-197.
- KINDHÄUSER Urs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden-Baden 2009.
- KINDHÄUSER Urs /NEUMANN Ulfrid /PAEFFGEN Hans-Ulrich (Hrsg.), **Strafgesetzbuch**, Band I, Baden-Baden 2017. (NK-StGB/yazar)
- KINDHÄUSER Urs/ZIMMERMANN Till, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden-Baden 2020.
- KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2015.
- KÖHLER Michael, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg 1997.
- KRACK Ralf, **Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente insbesondere zum Irrtum über die Zielrichtung des Angriffs**, Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, Heinz Koriath/Ralf Krack/Henning Radtke/Jörg-Martin Jehle (Hrsg.), Göttingen 2010, ss. 145-157.
- KRAUß Detlef, "Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht", **ZStW** 76 (1964), ss. 19-68.
- KREY Volker/ESSER Robert, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart 2016.
- KUDLICH Hans, "An den Grenzen der Notwehr", **JA** 2014, ss. 587-591.
- KÜHL Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München 2012.
- LAUFHÜTTE Heinrich Wilhelm/TIEDEMANN Klaus (Hrsg.), **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, Band 2, Berlin 2006. (LK-StGB/yazar 2006)
- LISZT Franz von, **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, Berlin 1888.
- MAURACH Reinhart, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, Karlsruhe 1971.
- MERKEL Adolf, **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, Stuttgart 1889.



- MURMANN Uwe, **Grundkurs Strafrecht**, München 2020.
- OPPENHOFF Friedrich Christian, **Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich**, Berlin 1881.
- OTTO Harro, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin 2004.
- ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 1992.
- ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAŞIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2020.
- ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2019.
- PUPPE Ingeborg, **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, Baden-Baden 2016.
- RADBRUCH Gustav, **Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem**, Berlin 1903.
- RADBRUCH Gustav, "Über den Schuldbegriff", **ZStW** 04 (1904), ss. 333-348.
- RATH Jürgen, **Das subjektive Rechtfertigungselement**, Heidelberg 2002.
- RENGIER Rudolf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München 2020.
- ROXIN Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, München 2006.
- RÖNNAU Thomas, "Grundwissen – Strafrecht: Subjektive Rechtfertigungselemente", **JuS** 2009, ss. 594-597.
- RÜCKERT Christian, Anm. BGH, Urt. v. 27.10.2015 – 3 StR 199/15, **NStZ** 2016, ss. 334-335.
- SATZGER Helmut/SCHLUKEBIER Wilhelm/WIDMAIER Gunter (Hrsg.), **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Köln 2020. (SSW-StGB/*yazar*)
- SCHHÖNKE Adolf/SCHRÖDER Horst (Hrsg.), **Strafgesetzbuch**, München 2019. (Sch/Sch/*yazar*)
- SEILER Stefan, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, Wien 2007.
- SCHMIDHÄUSER Eberhard, **Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht**, Festschrift Für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Wilfred Küper (Hrsg.), Berlin 1987, ss. 77-94.
- TANER Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İstanbul 1949.
- TOROSLU Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2010. (Genel)



TOROSLU Nevzat, **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, Ankara 1968.
(Zaruret Hali)

WAIDER Heribert, **Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts**, Berlin 1970.

WELZEL Hans, **Das deutsche Strafrecht**, Berlin 1969.

WESSELS Johannes/BEULKE Werner/SATZGER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg 2018.