


## Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hata

### An Error in the Objective Conditions of Personal Grounds for Exclusion of Punishment

Erkan SARITAŞ<sup>1</sup>  Hazal ALGAN CANSEVEN<sup>2</sup> 

<sup>1</sup>Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

<sup>2</sup>Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

#### ÖZ

Şahsi cezasızlık sebepleri, istisnai olarak belli suç tipleri için öngörülen, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurları söz konusu olmasına rağmen failin cezalandırılmasını engelleyen ve suçun işlenmesi anında var olan şahsi sebepleri ifade etmekte olup bu sebeplerin maddi şartlarında hataya düşen fail açısından nasıl bir hukuki değerlendirme yapılacağı oldukça tartışmalı bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, eşine ait olduğunu zannederek aslında bir başkasının cüzdanından para (ç)alan kimse malvarlığına karşı suçlar için TCK m 167’de öngörülen şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek midir? Bu hususta ileri sürülen *objektif teoriler* söz konusu bu hatanın failin ceza sorumluluğuna etkisini tümüyle reddetmekte iken *sübjektif teoriler*, bu hatanın her durumda ya da en azından bazı hallerde ceza sorumluluğunu kaldıracağını kabul etmektedir. Buna karşılık *ayrırcı teori* şahsi cezasızlık sebepleri arasında kategorik bir ayırım yaparak her bir kategori açısından farklı sonuçlara ulaşmaktadır. Çalışmamızda bu görüşler ve gerekçeleri ele alınmakta ve evvela *olması gereken hukuk*, bilahare ise *olan hukuk* açısından meselenin nasıl çözümlenmesi gerektiğine dair görüşümüze yer verilmektedir.

#### ABSTRACT

Personal grounds for exclusion of punishment refer to personal reasons that prevent the offender from being punished despite the presence of the elements of typicality, illegality, and culpability existing at the time the crime was committed. How to make a legal assessment in terms of an offender who has made a mistake is a very controversial issue regarding the objective conditions of these grounds. For example, will a woman who steals money from someone else’s wallet thinking that it belonged to her husband benefit from personal grounds for exclusion of punishment with regard to crimes against property (Turkish Penal Code [TPC] Art. 167)? While the objective theories put forward on this subject deny that such an error has an effect on the offender’s criminal responsibility, subjective theories accept that this error will eliminate criminal responsibility in some if not all cases. Conversely, separative theory makes categorical distinctions among the personal grounds for exclusion of punishment and has reached different results for each category. This study discusses these views and their justifications and presents an opinion on how the issue should be resolved, firstly in terms of *de lege ferenda* and then in terms of *de lege lata*.

**Anahtar Kelimeler:** Şahsi cezasızlık sebepleri, hata, kusur

**Keywords:** Personal reasons for exclusion of punishment, error, culpability

#### EXTENDED ABSTRACT

Personal grounds for exclusion of punishment refer to personal reasons that prevent an offender from being punished despite the presence of the elements of typicality, illegality, and culpability existing at the time the crime was committed. How to make a legal assessment in terms of an offender who has made a mistake is a very controversial issue regarding the objective conditions of these grounds.

According to the objective theories put forward in this regard, the objective presence of personal grounds for exclusion of punishment is decisive, and the offender’s ignorance of the objective conditions of these reasons will not affect their criminal liability, because these are objective reasons that are completely beyond injustice and culpability.

**Corresponding Author:** Erkan SARITAŞ **E-mail:** esaritas@29mayis.edu.tr

**Submitted:** 06.12.2022 • **Revision Requested:** 04.05.2023 • **Last Revision Received:** 06.05.2023 • **Accepted:** 22.05.2023 • **Published Online:** 15.06.2023



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

On the other hand, according to strict subjective theories, a mistake made in terms of the objective conditions of personal grounds for exclusion of punishment should be accepted as also affecting the offender's criminal responsibility. However, different theoretical and normative justifications have been put forward by various authors regarding the legal reason for this effect.

Other authors who accept that a result should be attached to the offender's subjective situation do not reject the arguments of objective theories, nor have they made a general assessment on this subject. Instead, they support limited subjective theories and argue that a mistake made regarding the objective conditions of the personal grounds for exclusion of punishment as established for certain crimes will eliminate the offender's criminal responsibility. However, these authors do not make categorical distinctions among the personal grounds for exclusion of punishment.

Lastly, still other authors have used separative theory to argue that distinctions should be made among the personal grounds for exclusion of punishment. Accordingly, if a personal ground for exclusion of punishment exclusively or predominantly serves the state's policies on punishment, then the completely objective situation will be taken into account in terms how to apply these grounds, and the error is insignificant regarding the circumstances of these grounds.

Conversely, if these grounds primarily require consideration of the act's motivation, similar to a state of necessity or decreased level of culpability of the crime, one must consider the what the offender envisaged.

Making such distinctions appears to be quite correct. However, the conclusions to be drawn from this distinction should be compatible with the letter and systematics of the law.

This study has reached the opinion that if a personal ground for exclusion of punishment exclusively or predominantly serves the state's policies on crime and punishment, attributing a result to an error in the objective conditions is impossible, due to such a reason being unable to affect one's culpability regarding an act. On the other hand, if the hypothetical formation of the offender's motivation in committing an act was taken into account when the legislator established the personal grounds for exclusion of punishment, then the need exists to think differently. In such cases, the legislator accepts that the weight of the lack of judgment regarding normative social values in the face of the act has not reached a level worthy of punishment, which is reflected in law as a personal ground for exclusion of punishment regarding the crime in question.

For example, in cases falling within the scope of the Turkish Penal Code (TPC) Art. 283/3, a legislator assumes that the conflict between compliance with the norm and protecting a relative from danger would shape the offender's motivation to act. Because this assumption is based on the offender's motivation to act, one should assumed that the mistake made regarding the objective conditions of such personal grounds for exclusion of punishment also shaped the motivation to act. Therefore, an offender who has made a mistake regarding the objective conditions of a personal ground for exclusion of punishment should also benefit from this mistake.

When looking at the TPC, an error in the objective conditions of personal grounds for exclusion of punishment is not seen to be regulated under any clear norm. When looking at the TPC systematically, this is understood to be an unconscious gap in the law. However, a legislator has regulated errors regarding the objective conditions of the reasons that remove or reduce culpability in TPC Art. 30/3. In this context, this study has the opinion that TPC Art. 30/3 should be applied by analogy in favor of the offender in terms of an error regarding the objective conditions of personal impunity in the narrow sense, which also affects culpability in terms of nature. Accordingly, an offender who makes an inevitable error regarding the objective conditions of personal grounds for exclusion of punishment should benefit from this mistake in accordance with the provision in TPC Art. 30/3.

## Giriş

Ceza sorumluluğunun iki ana unsuru olan haksızlık ve kusur dışında, istisnai olarak bazı suçlar açısından gerçekleşmeleri ya da tam aksine gerçekleşmemeleri gereken bir kısım şartların/sebeplerin söz konusu olduğu ve bu yönüyle bu şart ya da sebeplerin ceza sorumluluğunun üçüncü sütununu teşkil ettiği uzun zamandır doktrinde kabul edilmektedir. Bunlar arasında yer alan şahsi cezasızlık sebeplerini karakterize eden husus ise suçun işlenmesi anında var olan bu sebeplerin; tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk söz konusu olmasına rağmen cezalandırılabilirliği en baştan itibaren engelleyecek olmalarıdır. Bu hukuki kurum açısından en tartışmalı konulardan birisini ise failin bu sebeplerin maddi şartlarında hataya düşmesi halinde bu hatasına hukuken nasıl bir sonuç bağlanacağı hususu oluşturmaktadır. Gerçekten, örneğin hırsızlık suçu açısından TCK m 167'de mağdurla fail arasında belli derecede akrabalık ilişkisinin bulunması bir şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiş olup eşine ait olduğunu zannederek aslında bir başkasının cüzdandan para (ç)alan kimsenin bu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanıp yararlanmayacağı tartışmaya oldukça açıktır. Bu çerçevede, şahsi cezasızlık sebeplerinde hata meselesi ile bu meseleye dair Alman, İtalyan ve Türk doktrin ve uygulamasındaki görüşlerin ele alınarak, Türk hukuku açısından sorunun nasıl çözümlenmesi gerektiği hususunun irdelenmesinin doktrin ve uygulama açısından faydalı olacağı müşahede edilmiştir. Bu kapsamda hazırladığımız ve üç bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde kısaca şahsi cezasızlık sebepleri kavramına ve hukuki niteliğine yer verilmiş ve takiben inceleme konumuzu teşkil eden şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata meselesinin anlamı, kapsamı ve sınırları somut örnekler çerçevesinde ortaya konulmaya çalışılmıştır. İkinci bölümde sorunun çözümüne dair şimdye kadar ortaya atılmış

geniş ya da dar kapsamlı görüşler mahiyetleri itibarıyla *objektif teoriler*, *sübjektif teoriler* ve *ayırıcı teori* başlıkları altında incelenmiştir. Üçüncü ve son bölümde ise evvela *olması gereken hukuk* açısından sorun ele alınmış, bu aşamada varılan sonuçlar çerçevesinde *olan hukuk* açısından meselenin nasıl çözümlenmesi gerektiğine dair görüşümüz izah edilmiş, varılan sonuçlar ise sonuç kısmında özetlenmiştir.

## I. Çözülmesi Gereken Hukuki Sorunun Ortaya Konulması: “Şahsi Cezasızlık Sebepleri” Kavramı, Hukuki Niteliği ile “Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hata” Meselesinin Kapsamı ve Sınırları

### A. Şahsi Cezasızlık Sebepleri Kavramı ve Hukuki Niteliği

Kural olarak ceza sorumluluğunun söz konusu olması için tipik haksızlığın kusurlu olarak icrası yeterli olup bu sorumluluğun doğması haksızlık ve kusurluluk dışında başkaca bir alana dair şartların gerçekleşmesine bağlı değildir<sup>1</sup>. Ancak istisnai olarak bazı hallerde kanun, sadece suçun işlenmesi ve failin kusurlu olmasını cezalandırma için yeterli görmemiş, belli bazı şartların/sebeplerin somut olayda gerçekleşmesini veya gerçekleşmemesini aramıştır<sup>2</sup>.

Bunlardan ilkinin objektif cezalandırılabilirlik şartları<sup>3</sup>, ikincisini ise şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı ortadan kaldıran şahsi sebepler teşkil etmektedir<sup>4</sup>.

Gerçekleşmeleri halinde ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran sebepler olarak *cezayı ortadan kaldıran şahsi sebepler* (= *Alm “Persönliche Strafaufhebungsründe”*; *İt “Cause personali sopravvenute di esclusione della punibilità”*), suçun işlenmesi anında var olmayan ve fakat sonradan ortaya çıkan sebeplerdir<sup>5</sup>. Buna karşılık şahsi cezasızlık sebepleri (= *Alm “Persönliche Strafausschließungsgründe”*; *İt “Cause personali concominanti di esclusione della punibilità”* veya *“cause di non punibilità originarie”*) suç esnasında var olan ve failin cezalandırılmasını engelleyen şahsi sebepleri ifade etmektedir<sup>6</sup>. Bunlar kanunda öngörülen istisnai hallerde, suçun işlenmesi anında var olmaları durumunda ceza sorumluluğunu baştan itibaren ortadan kaldıran sebeplerdir<sup>7</sup>. Bu çerçevede şahsi cezasızlık sebeplerinin; ceza kanunlarının özel kısmında belli suç tipleri için uygulanmaları öngörülen, gerçek-

<sup>1</sup> Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (4. Auflage, C H Beck 2006) § 23, N 1; Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (43. Auflage, C F Müller 2013) § 12, N 493; Giuliano Vassalli, ‘Cause di non punibilità’, *Enciclopedia del diritto*, Vol VI, (Giuffrè 1960) 619; Fabrizio Ramacci, *Corso di diritto penale*, A cura di Roberto Guerrini (5. Edz, G Giappichelli 2013) 470.

<sup>2</sup> Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Kohlhammer 2012) § 20, N 615; Thomas Fischer T, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze Band 10* (58. Auflage, C H Beck 2011) § 16, N 27; Jürgen Baumann, Ulrich Weber und Weber Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (11. Auflage, Ernst und Werner 2003) § 24, N 1; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) § 12, N 493; Roxin (n 1) § 23, N 3; Francesco Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, A cura di Luigi Conti (16. Edz, Giuffrè 2003) N 237; Ferrando Mantovani, *Diritto penale, Parte generale* (7. Edz, CEDAM 2011) N 215-216; Giuseppe Bettiol, *Diritto penale, Parte generale* (5. Edz, G Priulla 1962) 120; Silvio Ranieri, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (3. Edz, CEDAM 1956) 174-175; Carlo Federico Grosso, *L'errore sulle scriminanti* (Giuffrè, 1961) 98; Tullio Padovani, *Diritto penale* (4. Edz, Giuffrè 1998) 460; Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, *Diritto penale, Parte generale* (Zanichelli 1990) 457; Giuseppe Santaniello e Luigi Maruotti, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (Giuffrè 1990) 885; Giorgio Marinucci, Emilio Dolcini e Gian Luigi Gatta, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (9. Edz, Giuffrè 2020) 470; Alberto Cadoppi e Paolo Veneziani, *Elementi di diritto penale, Parte generale* (7. Edz, CEDAM 2018) 564; Stefano Canestrari, Luigi Cornacchia e Giulio De Simone, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (Il Mulino 2007) 646; Bartolomeo Romano, *Diritto penale, Parte generale* (4. Edz, Giuffrè 2020) 344; Ramacci (n 1) 619; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III* (Beta 1992) 385; M Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Adalet 2022) 671; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin 2022) 374; Zeynel Temel Kangal, ‘Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler’ [2011] Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 7(85-86), 39.

<sup>3</sup> Haksız ve kusurlu bir fiilin cezalandırılması için kanunda ayrıca varlığı aranan şartlara objektif cezalandırılma şartları denilmektedir ve esasen şahsi cezasızlık sebepleri, objektif cezalandırılabilirlik şartlarından yalnızca kaleme alınmış bakımından farklılık göstermektedir. Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Springer 2005) § 8, N 13; Roxin (n 1) § 23, N 2 ve 4-5. Ayrıca bkz Antolisei (n 2) N 238; Mantovani (n 2) N 215; Padovani (n 2) 456-457; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 647; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470; Romano (n 2) 346; Kayhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Beta, 2016) 225; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (26. Bası, Savaş 2021) 487; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Bası, Beta 2020) 220; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Seçkin 2022) 765-766; Bahri Öztürk ve M Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (22. Baskı, Seçkin 2022) § 5, N 250; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Bası, Yetkin 2022) 215; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin 2021) 459; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı, Adalet 2022) 267; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Beta 2019) 474; Elif Bekar, *Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar* (Oniki Levha 2018) 7 vd; Uğur Ersoy, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları* (Adalet 2015) 85-86.

<sup>4</sup> Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Auflage Nomos 2013) § 6, N 14; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) § 12, N 493; Gropp (n 3) § 8, N 12; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) § 24, N 1; Fischer (n 2) § 16, N 27; Roxin (n 1) § 23, N 3; Mantovani (n 2) N 215-216; Antolisei (n 2) N 237; Padovani (n 2) 456, 460; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Seçkin 2020) 695; Zafer (n 3) 470; Koca ve Üzülmöz (n 2) 374 ve 379; Kangal (n 2) 42; Ersoy (n 3) 82. Bu ikincilere “cezalandırılabilirlik negatif şartları” da denilmektedir. Bkz Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 663; Bekar (n 3) 120. İtalyan ceza hukuku doktrininde suçun yapısı dışında (kanunda özel olarak zikredilen objektif cezalandırılabilirlik şartları bir tarafa bırakılırsa) ayrıca şahsi cezasızlık sebeplerine de müstakil bir varlık tanınmasına dair tartışmalar için bkz Grosso (n 2) 94 vd; Vassalli (n 1) 611 vd. Hem şahsi cezasızlık sebepleri hem de cezayı kaldıran şahsi sebepler İtalyan doktrininde “*le cause di non punibilità in senso stretto (dar anlamda cezalandırılmama sebepleri)*” başlığı altında toplanmaktadır. Bu isimlendirme, kavramın, yine cezalandırılmama sebepleri başlığı altında ele alınan mazeret nedenlerinden ayrılmasını sağlamaktadır. Bkz Carlo Fiore e Stefano Fiore, *Diritto penale, Parte generale* (6. Edz, UTET 2020) 407; Domenico Pulitanò, *Diritto penale* (9. Edz, G Giappichelli 2021) 205; Cadoppi e Veneziani (n 2) 564; Romano (n 2) 344.

<sup>5</sup> Bu yönüyle cezayı kaldıran şahsi sebepler, fiilin işlenmesinden sonra ortaya çıkmalarına rağmen fiilden kaynaklanan ceza sorumluluğunu geriye etkili olarak ortadan kaldırırlar. Bkz Hans Otto, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre* (7. Auflage, De Gruyter Recht 2004) § 20, N 2; Rolf Schmidt, *Strafrecht - Allgemeiner Teil* (22. Auflage, RS 2021) N 623; Heinrich (n 2) § 20, N 622; Gropp (n 3) § 13, N 132; Kindhäuser (n 4) § 6, N 14; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) § 24, N 1; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) § 12, N 495; Mantovani (n 2) N 216; Padovani (n 2) 460, 566; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 471; Cadoppi e Veneziani (n 2) 566; Ramacci (n 1) 628; Pulitanò (n 4) 205; Özgenç (n 3) 759; Koca ve Üzülmöz (n 2) 379; Kangal (n 2) 50. Örneğin tüm unsurlarıyla işlenen bir suçtan dolayı kanunda öngörülen hallerde failin etkin pişmanlık göstermesi nedeniyle ceza sorumluluğunun söz konusu olmaması veya cezada kanunda öngörülen oranda indirim yapılması halinde olduğu gibi. Bkz Padovani (n 2) 461; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 474; Cadoppi e Veneziani (n 2) 566.

<sup>6</sup> Kindhäuser (n 4) § 6, N 14; Otto (n 5) § 20, N 1; Gropp (n 3) § 8, N 12; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) § 24, N 1; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) § 12, N 494; Heinrich (n 2) § 20, N 618; Schmidt (n 5) N 622; Mantovani (n 2) N 216; Padovani (n 2) 460; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 471; Cadoppi e Veneziani (n 2) 566; Ramacci (n 1) 623-624, 627; Öztürk ve Erdem (n 3) § 5, N 254; Özgenç (n 3) 744; Koca ve Üzülmöz (n 2) 378; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (27. Baskı, Adalet 2022) 111.

<sup>7</sup> Otto (n 5) § 20, N 1; Gropp (n 3) § 8, N 12; Kindhäuser (n 4) § 6, N 14; Schmidt (n 5) N 622; Heinrich (n 2) § 20, N 618; Mantovani (n 2) N 216; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 546; Pulitanò (n 4) 205; Ramacci (n 1) 624; Francesco Palazzo, *Corso di diritto penale, Parte generale* (8. Edz, G Giappichelli 2021); Tülay Kitapoğlu Yüksel, *Özgü Suç* (Oniki Levha 2021) 251.

leşmeleri halinde tüm unsurlarıyla oluşmuş bir suç açısından kusurlu addedilen failin cezalandırılmasını engelleyen ve suçun işlenmesi sırasında var olan sebepler şeklinde tanımlanmaları mümkündür<sup>8</sup>.

Belirttiğimiz bu çerçevede içinde esasen “*şahsi cezasızlık sebepleri*” kanunda yer alan ve birbirinden oldukça farklı mahiyetleri olan pek çok hukuki kurumu niteleyen genel ve kapsayıcı bir ifadedir<sup>9</sup>. Örneğin bazı suçlardaki akrabalık ilişkileri, milletvekili sorumsuzluğu, uluslararası hukuktan kaynaklı statüye dair bağımsızlık kuralları gibi kurumların tümü şahsi cezasızlık sebepleri başlığı altında toplanabilecek niteliktedir<sup>10</sup>. Bu kavramın kapsamına giren pek çok farklı kurum suç teorisi açısından birbirinden oldukça farklı alanlarda incelenmekte olmalarına ve ihsaslarına dair *ratio legis* de birbirinden tamamen farklı olmasına rağmen bunların aynı başlık altında toplanmalarının yegâne nedeni tipik, hukuka aykırı ve kusurlu fiili işleyen kimsenin cezalandırılabilirliği açısından ek bir değerlendirme gerektirmeleridir<sup>11</sup>. Gerçekten, *haksızlık ve kusurluluk* söz konusu olmasına rağmen bahsi geçen bu sebeplerden birinin gerçekleşmesi, ilgili fail açısından ceza sorumluluğunun ortadan kalkmasına sebebiyet verecektir<sup>12</sup>.

Evvvela şahsi cezasızlık sebepleri *haksızlık* açısından herhangi bir fonksiyon ifa etmezler<sup>13</sup>. Öyle ki bir şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu olması fiili haksız olmaktan çıkarmaz<sup>14</sup>. Bu nedenle söz gelimi bir baba, rızası olmaksızın zilyetliğindeki eşyayı çalmaya çalışan oğluna karşı da pekâlâ meşru savunmada bulunabilir<sup>15</sup>. Diğer taraftan şahsi cezasızlık sebeplerinin haksızlıkla bir ilgisinin olmaması, bunlara dair maddi şartların kastın konusu kapsamında değerlendirilmeyecekleri anlamına da gelir<sup>16</sup>. Bu nedenle failin kasten hareket ettiğinden söz edilebilmesi için şahsi cezasızlık sebeplerine dair şartları bilmesi aranmaz<sup>17</sup>. Yine haksızlıkla bir ilgisinin bulunmamasına paralel olarak, suçta iştirak halinde, yalnızca şahsında söz konusu sebepler gerçekleşen fail ya da şerikler açısından cezasızlıktan söz edilebilecektir<sup>18</sup>.

İkinci olarak şahsi cezasızlık sebepleri kusurluluğu kaldıran bir nitelik de arz etmezler<sup>19</sup>. Nitekim bu sebepler ne failin kusur yeteneğini ne haksızlık bilincini ne de norma uygun davranmasının kendisinden beklenebilirliğini ortadan kaldırırlar.

Bununla birlikte yukarıda ifade ettiğimiz üzere şahsi cezasızlık sebepleri, gerçekleşmeleri halinde ceza sorumluluğunun doğmasını engellerler ve bu yönüyle söz konusu bu sebepler, objektif cezalandırılabilirlik şartları ve cezayı ortadan kaldıran şahsi sebeplerle birlikte ceza sorumluluğunun haksızlık ve kusur dışındaki bileşenlerini oluştururlar<sup>20</sup>. Ancak bu sebeplerin ceza sorumluluğuna etkisi haksızlığı ve kusurluluğu kaldıran sebeplerden farklı olarak kural değil *istisnan* niteliği arz eder<sup>21</sup>. Gerçekten şahsi cezasızlık sebepleri kanunda her suç tipi açısından genel bir hükümler değil yalnızca bazı suç tipleri açısından ve/veya yalnızca belli statüdeki failer açısından özel olarak öngörülmüş sebeplerdir<sup>22</sup>. Dolayısıyla ceza sorumluluğu açısından yapılacak bir değerlendirmede işlenen her suç açısından değil yalnızca ilgili oldukları suç tipleri veya yalnızca belli nitelikleri haiz kimseler açısından gündeme gelebileceklerdir<sup>23</sup>.

<sup>8</sup> Bkz Kindhäuser (n 4) §6, N 14; Schmidt (n 5) N 622; Otto (n 5) §20, N 1; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Heinrich (n 2) §20, N 615-616, 618; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Önder (n 2) 386; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 2) 671; Öztürk ve Erdem (n 3) § 5, N 254; Demirbaş (n 4) 695; Zafer (n 3) 470; Hakeri (n 6) 111; Akbulut (n 3) 270; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. Baskı, Adalet 2022) 835.

<sup>9</sup> Vassalli (n 1) 618; Grosso (n 2) 94, dipnot 23; Padovani (n 2) 460; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470; Cadoppi e Veneziani (n 2) 564; Palazzo (n 7) 597; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 8; Heinrich (n 2) §20, N 615. Ayrıca bkz Gropp (n 3) §8, N 14.

<sup>10</sup> Bkz Mantovani (n 2) N 216; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470; Palazzo (n 7) 597; Kindhäuser (n 4) §6, N 15; Schmidt (n 5) N 622; Gropp (n 3) §8, N 15-16 ve 17.

<sup>11</sup> Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470. Ayrıca bkz Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 663-664; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Roxin (n 1) § 23, N 1-3; Fischer (n 2) §16, N 27; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Heinrich (n 2) §20, N 615, 618, 620; Önder (n 2) 386; Öztürk ve Erdem (n 3) § 5, N 254.

<sup>12</sup> Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Auflage, C H Beck 2012) §32, N 5; Otto (n 5) §20, N 1, 3; Kindhäuser (n 4) §6, N 14; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Heinrich (n 2) §20, N 615-616; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 471; Cadoppi e Veneziani (n 2) 564; Romano (n 2) 649; Ramacci (n 1) 624; Öztürk ve Erdem (n 3) § 5, N 254; Zafer (n 3) 470; Akbulut (n 3) 271; Kangal (n 2) 40.

<sup>13</sup> Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht* (4. Auflage, Walter de Gruyter 1954) 59; Roxin (n 1) § 23, N 1; Otto (n 5) §20, N 4; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Heinrich (n 2) §20, N 616; Rengier (n 12) §32, N 5; Bettiol (n 2) 664; Vassalli (n 1) 622; Pietro Nuvolone, *Il sistema del diritto penale* (2. Ed, CEDAM 1982) 204-205; Fiore e Fiore (n 4) 409; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Palazzo (n 7) 598; Ramacci (n 1) 623; Özgenç (n 3) 763; Zafer (n 3) 470.

<sup>14</sup> Bettiol (n 2) 664; Mantovani (n 2) N 216; Vassalli (n 1) 619, 622; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 471; Fiore e Fiore (n 4) 409; Palazzo (n 7) 598; Romano (n 2) 649; Ramacci (n 1) 624; Akbulut (n 3) 271; Özen (n 8) 835; Kangal (n 2) 57.

<sup>15</sup> Bkz Mantovani (n 2) N 216; Vassalli (n 1) 619; Palazzo (n 7) 598.

<sup>16</sup> Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 6; Roxin (n 1) § 12, N 149; Rengier (n 12) §32, N 5; Fischer (n 2) § 16, N 27; Mantovani (n 2) N 216; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Ramacci (n 1) 623; Esra Bulut, ‘Şahsi Cezasızlık Sebepleri’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2021) 31.

<sup>17</sup> Roxin (n 1) § 12, N 149; Rengier (n 12) §32, N 5; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Kangal (n 2) 56.

<sup>18</sup> Karl Lackner und Hermann Maasen, *Strafgesetzbuch* (7. Auflage, C H Beck 1972) §247, N 4; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 493; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 5; Kindhäuser (n 4) §6 N 14; Roxin (n 1) § 23, N 4; Schmidt (n 5) N 622; Bettiol (n 2) 475, 491; Mantovani (n 2) N 216; Vassalli (n 1) 619; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Fiore e Fiore (n 4) 409; Palazzo (n 7) 598; Ramacci (n 1) 623; Romano (n 2) 344; Önder (n 2) 387; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 2) 672; Öztürk ve Erdem (n 3) § 5, N 254; Özgenç (n 3) 763; Koca ve Üzülmöz (n 2) 379; Hakeri (n 6) 111; Akbulut (n 3) 270; Özen (n 8) 835; Kitapçioğlu Yüksel (n 7) 254.

<sup>19</sup> Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage, Franz Fahlen 2012) §12, N 8; Otto (n 5) §20, N 1; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Heinrich (n 2) §20, N 616; Vassalli (n 1) 619; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Öztürk ve Erdem (n 3) § 5, N 254.

<sup>20</sup> Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Welzel (n 13) 59; Roxin (n 1) § 23, N 1; Otto (n 5) §20, N 1; Heinrich (n 2) §20, N 616; Kindhäuser (n 4) §6, N 14; Mantovani (n 2) N 216; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470.

<sup>21</sup> Ramacci (n 1) 624.

<sup>22</sup> Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470; Schmidt (n 5) N 622.

<sup>23</sup> Vassalli (n 1) 623; Ramacci (n 1) 624.

## B. Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hata Meselesi, Bu Meselenin Kapsamı ve Sınırları

Yukarıda kısaca tanımladığımız şahsi cezasızlık sebepleri açısından önemli bir tartışma konusunu bu sebeplerin maddi şartlarında hata meselesi teşkil etmektedir. Nitekim şahsi cezasızlık sebeplerinin söz konusu olması için mahiyetleri gereği bazı maddi şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir; suç konusu eşyanın belli derecedeki bir akrabaya ait olması yahut fiili işleyen kişinin halen milletvekili olması gibi. İşte fail, tipik fiili işlerken bu şartların “gerçekleştiği” hususunda hataya düşebilir. Bu hususu çeşitli şekillerde örneklendirmemiz mümkündür:

**Örnek-1:** *Hırsızlık yapmak amacıyla annesi (B)’nin tek başına yaşadığı eve geceleyin gizlice giren (A), annesine ait olduğunu zannederek masada bulunan çantanın içerisinden para alarak kaçır. Ancak söz konusu çanta annesi (B)’ye değil yatılı misafirliğe gelen annesinin arkadaşı (C)’ye aittir.*

**Örnek-2:** *(A), resmi nikahlı eşi olarak bildiği ve işlediği bir suç nedeniyle hakkında yakalama kararı bulunan (B)’ye yakalanmaktan kurtulması için imkân sağlar. Ancak daha sonra yapılan incelemede evlilik işleminin tümüyle sahte olduğu ve (B)’nin, gerçekte (A)’nın eşi olmadığı anlaşılır.*

**Örnek-3:** *(A)’ya ait eşyalar borcu nedeniyle haczedilerek yediemin (B)’ye teslim edilir. Gece (B)’ye ait yediemin deposuna gelen (A) kendisine ait olduğunu zannettiği eşyayı gizlice alarak kaçır. Ancak gerçekte (A), yanlışlıkla (C)’ye ait bir başka eşyayı almıştır.*

**Örnek-4:** *Milletvekili (A), mecliste yaptığı bir konuşmada halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturan ifadeler kullanmıştır. Birkaç gün sonra TBMM Genel Kurulu’nda (A) hakkında önceden işlediği bir başka suç nedeniyle verilen mahkûmiyet kararı okunarak milletvekilliği düşürülmüştür. Ancak (A), bu durumdan habersiz şekilde halen milletvekili olduğu düşüncesiyle daha evvelden mecliste sarf ettiği cümleleri bir kez de meclis dışında tekrarlar.*

Verilen tüm bu örnekler açısından (A) hakkında şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarından bazıları gerçekleşmemekte ancak fail bu hususta yanılarak gerçekleştiği zannıyla hareket etmektedir. Dolayısıyla bu örneklerin tümünde fail bir şahsi cezasızlık sebebinin (veya suçun işlenmesi anında var olan cezayı azaltan şahsi sebebin) maddi şartlarında hataya düşmektedir. Gerçekten ilk örnekte fail (A), annesi (B)’ye ait olduğu zannıyla (C)’nin zilyetliğinde olan parayı (ç)almıştır. TCK m 167’ye göre hırsızlık suçu eğer “üst soya karşı işlenmiş” ise “fail hakkında cezaya hükmolunmayacaktır”. Oysa (C), (A)’nın üst soyu değildir. İkinci örnekte (A), resmi nikahlı eşi olarak bildiği için (B)’ye yakalanmaktan kurtulması amacıyla imkân sağlamıştır. TCK m 283/3’e göre suçluyu kayırma suçu eğer “(. . .) eş (. . .) tarafından işlenmiş” ise “fail hakkında cezaya hükmolunmayacaktır”. Oysa aralarındaki evlilik işlemlerinin sahte olduğu ve bu çerçevede (A)’nın gerçekte (B)’nin eşi olmadığı anlaşılmalıdır. Üçüncü örnekte (A) yediemin deposundan kendisine ait bir eşyayı aldığını zannetmektedir ancak yanlışlıkla bir başkasına ait eşyayı almıştır. TCK m 290/2’ye göre “Muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan taşınır malın bu kişinin elinden rızası dışında alınması halinde hırsızlık, (. . .) suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Kişinin bu malın sahibi olması halinde, verilecek cezanın yarısından dörtte üçüne kadarı indirilir”. Oysa (A) çaldığı malın maliki değildir. Son olayda ise (A) meclis görüşmelerinde sarf ettiği ve suç teşkil eden bir ifadeyi halen milletvekili olduğu düşüncesiyle meclis dışında tekrarlamıştır. AY m 83’e göre “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar”. Oysa söz konusu ifadeyi tekrarladığı an itibarıyla (A) artık Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi değildir.

Tüm bu örnekler açısından tartışılması gereken temel hukuki sorun (A)’nın düştüğü bu hataların şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanması noktasında dikkate alınıp alınmayacağıdır. Bir başka ifadeyle tüm bu örneklerde, bir kısım şahsi cezasızlık sebeplerine ait şartlar gerçekleşmemesine rağmen hataen bu şartların gerçekleştiği düşüncesiyle hareket eden (A), söz konusu cezasızlık sebeplerinden yararlanacak mıdır? İnceleme konumuzu özü itibarıyla bu soru teşkil etmektedir.

Söz konusu örnekler açısından vurgulanması gereken ilk husus, tümünün maddi şartlara dair hataya ilişkin olduklarıdır. Gerçekten tüm bu örneklerde failer, şahsi cezasızlık sebebine dair *maddi bir şartta* hataya düşmektedir. Bu hatanın evveleminde *şahsi cezasızlık sebebinin varlığına dair hatadan* ayrılması, inceleme konumuzun sınırlandırılması açısından önemlidir.

Gerçekten (A), örneğin “nişanlısına” ait malı çalması halinde de bir şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu olduğu zannıyla hareket etmiş olabilir. Ancak nişanlı, TCK m 167’deki yakın akrabalar arasında sayılmamıştır<sup>24</sup>. Dikkat edilirse burada (A), TCK m 167’de düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında hataya düşmüş değildir; aksine tüm maddi şartların bilincindedir.

<sup>24</sup> Raul Alberto Frosali, *Sistema penale italiano* (UTET, 1958) II, N 442; Yazar, failin, “hakkında ayrılık kararı verilmiş bulunan eşinin” zararına hırsızlık suçunu işlemesi halinde İtCK m 649’dan yararlanmayı ummasının hukukten bir önemi olamayacağını vurgulamaktadır. Zira burada fail ceza normuna dair bir hata yapmıştır ve İtCK m 5 (TCK m 4) gereğince kanunu bilmemek mazeret sayılamayacaktır. Keza bkz Heinrich (n 2) §32, N 1165-1166. Yazar, failin kız arkadaşının işlediği suçu gizlemesini ve bu halde AICK §258/6’dan yararlanmayı ummasını örnek vermektedir. Fail bu halde kız arkadaşının da AICK §258/6’da düzenlenen “yakın” statüsünde olduğu hususunda yanılmıştır, fakat “kız arkadaş” maddede öngörülen yakınların arasında değildir. Yazara göre bu gibi nitelikle hatalarına ya da şahsi cezasızlık sebebinin sınırları hakkında düşülen hatalara hukuki bir sonuç bağlanması olanaklı değildir.

Dolayısıyla (A)'nin nişanlısına ait eşyayı çalarken düştüğü bu nevenden bir hatanın şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata ile bir ilgisi bulunmamakta olup bu tip bir örnek, inceleme konumuzu oluşturan hukuki sorun kapsamında değildir.

İkinci olarak *niteleme hatasının* da şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata ile bir ilgisi olmadığı hususunu vurgulamamız gerekmektedir. Örneğin (A), dini nikahla birlikte yaşadığı (B)'nin de hukuken "eşi" olduğu düşüncesiyle hareket etmiş olabilir. Ancak TCK m 167'deki "eş" resmi nikahla evlenilen kimseyi nitelemektedir. (A)'nin söz konusu bu ifadenin nitelendirilmesindeki hatası şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatayla ilgili değildir<sup>25</sup>. Haliyle bu mesele de inceleme konumuzu oluşturan hukuki sorun kapsamında değildir.

Üçüncü olarak her ne kadar cezalandırılabilirliğin üçüncü alanına ilişkin olsalar da mahiyet itibarıyla oldukça farklı olan *objektif cezalandırılabilirlik şartlarına*<sup>26</sup> ve *cezayı kaldıran şahsi sebeplere dair hata* meseleleri de inceleme konumuzun dışındadır. Buna karşılık şahsi cezasızlık sebeplerine oldukça yakın bir diğer kurum olan cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin (= *Alm Persönliche Strafeinschränkungsgründe*) maddi şartlarında hata meselesi de çalışma konumuzun kapsamındadır. Bunlar, ceza sorumluluğunu tümüyle ortadan kaldırmayan ve fakat cezada indirim yapılmasını gerektiren sebeplerdir<sup>27</sup>. Bu sebepler eğer suçun işlenmesi anında var olan sebep mahiyetinde iseler esasen şahsi cezasızlık sebepleriyle tek farkları hukuki sonuçları itibarıyla olur. Ancak nitelik itibarıyla bir farklılık arz etmezler. Bu yönüyle her ne kadar çalışmamızın başlığı "şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata" olsa da suçun işlenmesi anında var olan cezayı azaltan şahsi sebeplerin maddi şartlarında hatayı da aynı kapsamda incelememiz mümkündür. Bu itibarla biz bu çalışmamız açısından bu ikincileri de "*şahsi cezasızlık sebepleri*" kapsamında mütalaa edeceğiz ki yukarıda verdiğimiz 3 no.lu örnekte söz konusu olan da cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebeptir.

## II. Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisine İlişkin Doktrinde İleri Sürülen Teoriler

### A. Objektif Teori

Türk, Alman ve İtalyan doktrinlerinde çoğunlukla kabul edilen objektif teoriye göre ceza sorumluluğu açısından, şahsi cezasızlık sebeplerinin objektif olarak var olup olmaması belirleyici olup failin bu sebeplerin maddi şartlarında hataya düşmesi ceza sorumluluğunu etkilemeyecektir<sup>28 29</sup>. Bu teoriyi savunan yazarlara göre şahsi cezasızlık sebepleri aynı objektif cezalandırılabilirlik şartları gibi haksızlık ve kusurun tümüyle dışında olan objektif nitelikteki sebeplerdir<sup>30</sup>. Bunların aralarındaki yegâne fark; failin cezalandırılabilmesi için objektif cezalandırılabilirlik şartlarının gerçekleşmesinin, şahsi cezasızlık sebeplerinin ise tam aksine gerçekleşmemesinin gerekmesidir<sup>31</sup>. Bu haliyle şahsi cezasızlık sebepleri, yekdiğerlerinden yalnızca ifade biçimi ve kanuni formülasyon itibarıyla ayrılırlar<sup>32</sup>. Ancak her iki kurum da haksızlık ve kusur açısından bir etkiye bulunmadıklarından, bunların maddi şartlarında düşülen hatanın kastı veya kusuru kaldırdığından da söz edilemeyecektir<sup>33</sup>. Şahsi cezasızlık sebepleri,

<sup>25</sup> Bkz Vassalli (n 1) 624; Gian Domenico Pisapia, 'I rapporti di famiglia come causa di non punibilità' in: *Studi di diritto penale* (CEDAM, 1956) 145-181, 180.

<sup>26</sup> Bu konuda bkz Bekar (n 3) 146 vd; Ersoy (n 3) 205 vd. Objektif cezalandırılabilirlik şartları açısından failin hatasının ceza sorumluluğuna bir etkisinin söz konusu olamayacağı İtCK m 44'de açıkça zikredilmiştir. Bu hükme göre; "suçun cezalandırılabilmesi için kanunun bir şartın gerçekleşmesini öngördüğü hallerde, şartın gerçekleşmesinin bağlı olduğu olay kendisi tarafından istenmiş olmasa bile fail suç dolayısıyla sorumlu tutulur". Bkz Fiandaca e Musco (n 2) 458; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 649; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 472; Romano (n 2) 347. İtalyan doktrininde söz konusu bu normda "suçun cezalandırılabilmesi için" ifadesine yer verildiği için söz konusu şart henüz gerçekleşmeden evvel de failin suç teşkil ettiğinin kabul edilmiş olduğu sonucuna da varılmaktadır. Buna göre objektif cezalandırılabilirlik şartları suçun yapısına dahil değildir. Bkz Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 649 ve 653. Ancak şahsi cezasızlık sebepleri açısından bu şekilde açık bir düzenleme söz konusu değildir. Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 663.

<sup>27</sup> Otto (n 5) §20, N 3; Kindhäuser (n 4) §6, N 17. AİCK §157'de düzenlenen *tanıklıkta zaruret hali* cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere örnek olarak verilebilir. Bu maddeye göre fail yalan yere yemin ya da gerçek dışı beyanda bulunma suçunu, kendisinin ya da bir aile mensubunun cezalandırılmasını önlemek için işlemiş ise mahkeme cezayı takdiren indirebilir. Aynı şekilde bkz TCK m 167/2 veya m 290/2, 2. cümle.

<sup>28</sup> Hans Heinrich Jescheck und Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht* (5. Auflage, Duncker & Humblot, 1996) 315; Jürgen Baumann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (7. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1975) §24, N 9; Adolf Schönke und Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar* (27. Auflage, C H Beck 2006) §247, N 13-14; Welzel (n 13) 59; Otto (n 5) §20, N 4; Roxin (n 1) § 12, N 149; Gropp (n 3) §13, N 132; Schmidt (n 5) N 622; Lackner und Maassen (n 18) §247, N 4; Mantovani (n 2) N 216; Nuvolone (n 13) 205; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Fiore e Fiore (n 4) 409; Palazzo (n 7) 598; Ramacci (n 1) 623; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 633; Giovanni Cocco, "Il fondamento e i limiti dei rapporti familiari come causa di non punibilità o di perseguibilità a querela di parte", in Giovanni Iudica e Ugo Carnevali (edz), *Responsabilità civile e previdenza*, 1048-1062 (Giuffrè, 2015) 1054; Önder (n 2) 388; Artuk, Gökçen, Aışahin ve Çakır (n 2) 652; Öztürk ve Erdem (n 3) § 6, N 855; Zafer (n 3) 320; Koca ve Üzülmöz (n 2) 261; Hakeri (n 6) 428; Akbulut (n 3) 272; Olgun Değirmenci, "Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma" [2014] TBBD (110), 157; Kitapçioğlu Yüksel (n 7) 252; Kübra Tunç, *Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata* (Adalet 2021) 303; Bulut (n 17) 34-35.

<sup>29</sup> Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda fail karısının olduğu zanıyla başkasına ait iki tane bilezik çalmıştır. İlk derece mahkemesi; sanığın, malın maliki konusundaki hatasının, suçun unsurlarının oluşmasına bir etkisinin bulunmadığı gerekçesiyle sanığı hırsızlık suçundan mahkûm etmiştir. Federal mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede de malı çalınan mağdurun failin eşi olması olasılığının kanuni tipe ilişkin olmadığı, yalnızca AİCK § 247/2 uyarınca şahsi cezasızlık sebebi niteliğinde olduğu ve bu husustaki hatanın failin ceza sorumluluğuna bir etkisinin olamayacağı belirtilerek ilk derece mahkemesinin kararı onanmıştır. BGHSt 5, 261 (70). Benzer şekilde bkz BGHSt 23, 281 (282); BGHSt 18, 125 (10); RGSt 61, 270 (271). (Heinrich (n 2) § 32, N 1161.) İtalyan Yüksek Mahkemesi de İtCK m 649'da yakın akraba aleyhine malvarlığına karşı suçlar açısından kabul edilen şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında düşülen hatanın ceza sorumluluğuna etkileyen bir hata olmadığı sonucuna varmıştır. Cass Pen, Sez II, 27.1.1964, *Giust Pen* 1964, II, 869 (Cocco (n 28) 1054, dpnt 44).

<sup>30</sup> Welzel (n 13) 59; Otto (n 5) §20, N 4; Roxin (n 1) § 12, N 149; Gropp (n 3) §13, N 132; Schmidt (n 5) N 622; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Fiore e Fiore (n 4) 409; Palazzo (n 7) 598; Ramacci (n 1) 623; Önder (n 2) 388; Tunç (n 28) 303; Bulut (n 17) 31.

<sup>31</sup> Welzel (n 13) 59; Roxin (n 1) § 23, N 4-5. Benzer şekilde *Marinucci/Dolcini/Gatta*'ya göre esasen şahsi cezasızlık sebepleri, "cezalandırılabilirliğin" tersine çevrilmiş şartlarını teşkil etmekte olup bu nedenle objektif cezalandırılabilirlik şartlarının düzenlendiği ve bu şartların fail tarafından istenmiş olmasının gerekli olmadığını vurgulandığı İtCK m 44 kapsamında ele alınmaları gerekir. Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473.

<sup>32</sup> Gropp (n 3) §8, N 13; Roxin (n 1) § 23, N 5.

<sup>33</sup> Welzel (n 13) 59; Otto (n 5) §20, N 4; Roxin (n 1) § 12, N 149; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Ramacci (n 1) 623; Zafer (n 3) 320; Bulut (n 17) 34-35.

yalnızca kanun koyucunun bazı suç politikası tercihleri çerçevesinde, faili kusurlu şekilde gerçekleştirdiği haksızlık nedeniyle cezalandırılmaktan kurtarmaktadır yoksa bunların varlık nedenleri fiilin haksızlık içeriği ile ilgili değildir<sup>34</sup>. Nitekim söz konusu bu sebeplerin tipikliğinin objektif unsurları kapsamında olmadıkları zaten şüphesizdir; söz konusu bu sebepler gerçekleşmeden evvel de tipik bir fiil söz konusudur<sup>35</sup>. Diğer taraftan bu sebepler fiili hukuka uygun da kalmaz<sup>36</sup>. Dolayısıyla söz konusu bu sebeplerin hukuka uygunluk sebepleri çerçevesinde ele alınmaları da olanaklı değildir. Bunun doğal sonucu olarak bu sebeplerin maddi şartlarında düşülen hatanın kastı engelleyen hata kapsamında ele alınabilmesi mümkün değildir<sup>37</sup>. Diğer taraftan söz konusu bu sebeplerin gerçekleşmesi failin kusur yeteneğini, haksızlık bilincini ve norma uygun davranmasının beklenebilirliğini etkileyen bir nitelik de arz etmezler<sup>38</sup>. Bu halde kusur yeteneği bulunan fail, norma uygun davranabilecekken, niteliğini bildiği haksızlığı gerçekleştirmeyi tercih etmektedir ve dolayısıyla bu fiilin kınanabilir olduğu şüphesizdir<sup>39</sup>. Dolayısıyla, hem bir fiili kasten işleyen hem de bunun hukuki anlam ve sonuçlarının bilincinde olan fail açısından bu sebeplerde düşülen hataya hukuken bir önem atfedilemez<sup>40</sup>. Bu nedenle, şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata ceza sorumluluğu açısından önemsiz bir hatadır ve bu hataya hukuken bir sonuç bağlanması mümkün değildir<sup>41</sup>. Bu çerçevede, söz konusu bu sebepler bütünüyle objektif nitelikte olup gerçekleşmeleri halinde failin bu durumun bilincinde olup olmaması, bu sebeplerden yararlanması açısından bir önem arz etmeyeceği gibi gerçekleşmemeleri halinde de failin bu hususta yanlışlığa düşmesi cezai sorumluluğunu etkilemeyecektir<sup>42</sup>. Buna göre örneğin (A), kendisine emanet edilen başkasına ait eşyayı mal edinirse, bunun aynı konutta yaşayan kardeşine ait olduğunu bilmese bile TCK m 167 (İtCK m 649) gereğince güveni kötüye kullanmaktan ceza almaz<sup>43</sup>. Oysa mal bir başkasına ait olmasına rağmen yanlışlıkla kardeşine ait olduğunu zannederse cezalandırılacaktır; zira bu hususta düştüğü hatanın cezai sorumluluğuna herhangi bir etkisi söz konusu olmayacaktır<sup>44</sup>.

## B. Sübjektif Teoriler

### 1. Katı Sübjektif Teoriler

Alman ve İtalyan doktrinlerinde az sayıda yazar tarafından savunulan katı sübjektif teorilere göre şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartları açısından düşülen hatanın da failin ceza sorumluluğuna etki ettiği kabul edilmelidir. Ancak bu görüşü savunan yazarlarca birbirinden oldukça farklı teorik ve normatif gerekçeler ileri sürülmüştür.

Bu kapsamdaki yazarların bir kısmına göre suç teorisi açısından şahsi cezasızlık sebeplerinin haksızlık ve kusurluluk alanlarında bir fonksiyon ifa etmedikleri şüphesizdir. Bu nedenle, bunların maddi şartlarının somut olayda gerçekleştiği hususunda hataya düşen failin, bu hatasının suç teorisi açısından fiilin haksızlığını veya failin kusurluluğunu kaldırması olanaklı değildir. Bununla birlikte, bu belirlemeler suç teorisinin genel mantıksal çıkarımları niteliğinde olup herhangi bir hukuk eğitimi almamış normal bir failin bakış açısından, “fiilin haksızlık teşkil etmediğine” dair düşünce ile “cezalandırılmaz” olduğuna dair düşünce arasında niteliksel bir farkın olmadığı da bir gerçektir<sup>45</sup>. Zira kanunun açıkça cezasız olarak nitelendirdiği bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağını bilen veya haklı olarak buna inanan kimse, esasen kanunun “çalmayacağını” emrini ihlal etmekle suçlanamayacağı düşüncesiyle hareket etmektedir ve bu düşüncesinde haksız olduğunu söylemek olanaklı değildir. Esasen meslek erbabı olmayan bir kimseden, hukuk alimleri arasında bile fikir birliğine varılmaktan çok uzak olan hukuka uygunluk, kusursuzluk ve cezasızlık gibi kavramlar

<sup>34</sup> Ramacci (n 1) 623. Benzer şekilde bkz Nuvoione (n 13) 205; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470. Aynı anlama gelecek şekilde Önder (n 2) 388.

<sup>35</sup> Roxin (n 1) § 12, N 149; Jescheck und Weigend (n 28) 315-316.

<sup>36</sup> Ramacci (n 1) 623; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 471.

<sup>37</sup> Welzel (n 13) 59; Jescheck und Weigend (n 28) 315-316; Roxin (n 1) § 12, N 149; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Palazzo (n 7) 598; Cocco (n 28) 1054; Öztürk ve Erdem (n 3) § 6, N 855; Zafer (n 3) 320-321; Hakeri (n 6) 428; Bulut (n 17) 33.

<sup>38</sup> Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 632. Nitekim bu görüşteki bazı yazarlara göre esasen bu sebeplerin bir kısmının ihdasında failin motivasyonuna da önem atfedildiği söylenebilir. Nitekim *Gropp*'a göre şahsi cezasızlık sebepleri dolayısıyla kişinin cezalandırılmaması, temelde, bir kişiye bağlı olgusal nedenlere ya da tamamen kişilerin kendilerinde bulunan kusurlulukla ilgili nedenlere dayanır. Bu anlamda milletvekili sorumsuzluğu (AICK § 36, § 37), Almanya'daki yabancı diplomatik temsilcilik üyelerinin, aile üyelerinin ve özel ev çalışanlarının yanı sıra Almanya'daki yabancı konsolosluk misyonlarının üyelerinin Alman yargı yetkisinden muaf tutulması (GVG §18, §19) vb kişiyle bağlantılı olgusal nedenlere örnek verilebilir. Kusurlulukla ilgili hallerde ise failin fiilini gerçekleştirirken kendisini motive etmek için özel bir baskı altında olduğu varsayılır ve bu durum da fiildeki kusur seviyesini azaltarak cezalandırma sonucunun uygunsuz görünmesine neden olur. Kusurlulukla ilgili hallerle ilişkin örnek olarak suçluyu kayırma suçunun failin yakınları lehine işlenmesi (AICK § 258/6), ensest ilişkide bulunan kişinin yaşının küçük olması nedeniyle cezasızlık (AICK § 173/3), kürtaj girişiminde bulunan kadının cezalandırılmaması (AICK §218/4) sayılabilir. *Gropp* (n 3) §8, N 17. Ancak yine yazara göre şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata temelde önemsiz olup bunların objektif olarak var olup olmadığına bakılmalıdır. *Gropp* (n 3) §13, N 134. Meseleye benzer şekilde yaklaşan Otto'ya göre de kimi hallerde söz konusu sebeplerin kusuru azaltıcı bir etkisinin bulunduğu kabul edilebilirse de buna istinaden bu sebeplerin maddi şartlarında hataya önem atfedilebilmesi ve bu durumun ceza sorumluluğuna etkide bulunabilmesi için bu sebeplerin de failin motivasyonuna önem atfedilen mazeret sebeplerine benzer şekilde birer mazeret sebebi olarak tasnif edilmesi ve buna dair bir dogmatik gerekçe ortaya konulması gereklidir. *Yazara göre* söz konusu sebepler fiilin hukuka aykırılığı ve failin kusurundan bağımsız oldukları için somut olaydaki objektif varlıkları belirleyicidir. Otto (n 5) §20, N 4.

<sup>39</sup> Nitekim aşağıda sübjektif görüşleri ele alırken atf yapacağımız İtCK m 59/4'ü ele alan bazı yazarlar, burada geçen “*cezayı ortadan kaldıran haller*” ifadesinin her ne kadar oldukça geniş bir anlamsal alanı söz konusu olsa ve ilk yüzeysel okumada sanki aksi fikri destekliyormuş gibi görünse de sistematik olarak bu ifadenin şahsi cezasızlık sebeplerini kapsamının olanaksız olduğunu belirtmişlerdir. Buna göre bir haksızlığı gerçekleştiren kimsenin yanılarak bunun cezalandırılmaz olduğunu düşünmesinin mazur görülmemesi olanaksızdır. Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634. Benzer şekilde bkz Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Cocco (n 28) 1054.

<sup>40</sup> Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634; Bulut (n 17) 35.

<sup>41</sup> Welzel (n 13) 59; Otto (n 5) §20, N 4; Roxin (n 1) § 12, N 149; *Gropp* (n 3) §13, N 132; Jescheck und Weigend (n 28) 315-316; Ramacci (n 1) 623.

<sup>42</sup> Roxin (n 1) § 12, N 149; Jescheck und Weigend (n 28) 315-316; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cocco (n 28) 1054.

<sup>43</sup> Bkz: *Gropp* (n 3) §8, N 20.

<sup>44</sup> Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634; Cocco (n 28) 1054-1055; Zafer (n 3) 321.

<sup>45</sup> Max Kohlhaas, ‘Der Irrtum über das Vorliegen oder Nichtvorliegen von persönlichen Strafausschließungsgründen’ [1958] ZStW (70), 219.

arasındaki ince ayrımları kavraması beklenebilir değildir<sup>46</sup>. Bu açıdan bakıldığında failin bakış açısına göre, en geniş anlamda *haksızlık hatası*, fiil işlenmeden önce kendisinin tasavvur ettiği şeye göre değerlendirilmelidir ki bu onun için fiilin cezalandırılabilir bir fiil olmadığına dair hatayla eşdeğerdir. Öyleyse cezalandırılmayı engelleyen bir hususun varlığını bilen ve somut olayda da bu hususun gerçekleştiği zannıyla hareket eden kimse de neticede işlediği fiilin cezalandırılmaz olduğunu zannıyla hareket etmektedir ve bu durum onun açısından haksızlık hatasından farklı değildir. Dolayısıyla haksızlık hatasına sonuç bağlayan hukuk sisteminin, şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında hataya bir sonuç bağlamaması tasavvur edilebilir olmayacaktır. Bu çerçevede söz gelimi AICK § 247'nin bilahare yürürlükten kaldırılan 2. fıkrasında düzenlenen şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartları açısından düşünülen hata eğer kaçınılmaz mahiyette ise haksızlık hatasına ilişkin hüküm çerçevesinde failin ceza sorumluluğunun ortadan kalktığı kabul edilmelidir<sup>47</sup>. Bahsedilen sabık düzenlemeye göre “*altsoya ya da üstsoya ya da eşlerin birbirlerine karşı işledikleri hırsızlık veya güveni kötüye kullanma cezalandırılmaz*”. Bu çerçevede failin, maddede belirtilen yakın akraba aleyhine işlenen hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçlarında hareketin konusunun aitlik durumuyla ilgili düştüğü kaçınılmaz hata, kendisini fiili işlemeye yönelttiyse, ceza sorumluluğundan söz edilemeyecektir<sup>48 49</sup>.

İtalyan doktrininde cezalandırılabilirliğin suçun bir unsuru olduğunu kabul eden ve bu unsuru kaldıran sebeplerin maddi şartlarında hatayı da suçun unsurlarında hata temelinde çözümleyen istisnai bir görüş de şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatanın failin ceza sorumluluğunu kaldıracağını kabul etmiştir. Bu görüşe göre ceza, kanunda suç olarak tanımlanan fiilin adeta bir mütemmim cüzüdür; cezasız bir suçtan bahsetmek için doğasına aykırıdır. Bunun doğal sonucu olarak cezalandırılabilirlik tipikliğin bir unsurudur ve şahsi cezasızlık sebeplerinin söz konusu olduğu hallerde artık tipiklikten söz edilemez. Özellikle failin niteliğine cezalandırılma noktasında bir sonuç bağlandığı hallerde bu nitelik failin bir vasfı, dolayısıyla tipik haksızlığın bir parçasıdır. Nitekim örneğin yakın akraba aleyhine işlenen malvarlığına karşı suçlarda şahsi cezasızlık sebebi öngören İtCK m 649 açısından bakarsak; esasen “akrabanın” bir malı çalması ile “bir yabancı” çalması arasında “hareket” açısından bir fark söz konusu değilse de “fail” açısından bir fark vardır ve bu fark, yasaklanan eyleme dair tarif açısından bir sonuç doğuracaktır. Zira ilk ve ikinci olasılıkta esasen iki farklı tipiklik değerlendirmesi söz konusudur ve ikincisi açısından cezalandırılması gereken bir haksızlıktan söz eden kanun, ilki açısından tam aksini söylemektedir<sup>50</sup>. Esasen kanunun açıkça cezalandırmama sonucunu doğurduğu bir olasılık açısından “suç için aranan karaktere uygun seviyede bir antisosyal fiilden” söz edilemeyeceği kabul edilmelidir<sup>51</sup>. Bu fiillerin, yine cezalandırmama sonucunu doğuran meşru savunma halinde bulunulmasından farklı olarak hukuka aykırılıklarından söz edilmesi mümkün ise de ifade ettikleri antisosyalliğin ağırlığı itibarıyla cezaya layık olduklarından, haliyle de “bir ceza normuna aykırılıktan” söz etmek olanaklı değildir<sup>52</sup>. Dolayısıyla somut olayda bir şahsi cezasızlık sebebinin bulunması, nihayetinde fiilin ceza normundaki tarife yani tipe uygun olmaması sonucunu doğurur. Bu çerçevede bu sebeplerin maddi şartlarındaki hata açısından da tipiklikte hatayı düzenleyen İtCK m 47 hükmüne göre değerlendirme yapılmalıdır<sup>53</sup>.

Yine İtalyan doktrininde şahsi cezasızlık sebeplerinde hatanın ceza sorumluluğuna etkisinin söz konusu olması gerektiğini belirten diğer bazı yazarlar ise meseleyi suçun maddi unsurlarında hatayı düzenleyen İtCK m 47 temelinde değil suça etki eden hallerin maddi şartlarında hatayı düzenleyen İtCK m 59/4 temelinde ele almaktadırlar. Bu görüşteki yazarlar, “*fail, yanılarak cezayı ortadan kaldıran hallerin gerçekleştiğini zannederse bu haller daima lehine olarak değerlendirilir. Ancak failin taksirinden*

<sup>46</sup> Kohlhaas (n 45) 219.

<sup>47</sup> Kohlhaas (n 45) 223-224. *Horn*, bu husustaki görüşleri incelediği makalesinde, Celle Yüksek Mahkemesi'nin de temelde bu husustaki hatayı önemli bulmadığını not etmekle birlikte, bu durumun haksızlık hatası kapsamında telakki edilebileceğine hükmettiğini belirtmektedir. Bkz: Eckhard Horn, ‘Zum Irrtum beim Ehegattendiebstahl’ [1971] MDR (1), 9.

<sup>48</sup> Kohlhaas (n 45) 224. Ancak yazar, aynı mantıkla, şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında tersine hata halinde, bu sefer failin cezalandırılması gerektiği kanaatindedir. Zira fail, cezalandırılabilir bir fiil icra ettiğini bilmesine rağmen söz konusu fiili icra etmekten imtina etmemektedir. Bu şekilde bir motivasyonla hareket eden failin söz konusu cezasızlık sebebinden yararlanması mümkün olmamalıdır. Bkz: *Ibid*.

<sup>49</sup> Bu teori doktrinde eleştirilmiş olup örneğin *Horn*'a göre bu görüş “cezasızlık bilincini” yani işlenen fiilin cezasız kalacağına dair bilinci cezasızlığın bir önartı haline getirmekte olup bunun kabulü olanaklı değildir. Zira bu görüşün gerekçelerinin tutarlı olabilmesi için failin, somut olayda, motivasyonunu belirleyen temel husus olan “belli bir akrabalık ilişkisinin işlenen bazı fiilleri cezasız kıldığı” bilinciyle hareket etmesi gerekmektedir. *Kohlhaas* bu noktada görüşünü her ne kadar hukukçu olmayan bir kimse açısından haksızlık yanlılığı ile cezasızlık sebebinin aynı şekilde algılanacağı düşüncesinde temellendirse de esasen bizatihi kendi görüşünü bu iki kurum arasındaki anlamsal ayrım üzerinde şekillendirmektedir. Zira neticede *Kohlhaas* “cezasızlığa” dair bilinç ile “maddi cezasızlık sebebine dair bilinci” birbirinden ayırmakta ve örneğin failin, cezasızlık sebebinin bilse bile gerçekte bir yakınına ait malı, bir başkasına ait zannederek çalması halinde cezalandırılması gerektiği sonucuna varmaktadır. Böyle bir bakış açısı ise ancak kast ve haksızlık bilincine dair ayrımın failin zihninde de bir yansımaya varsa anlamlı olabilir. Oysa yazarın görüşünün mantıksal sonucu; “bilmenin” ancak önceden var olan objektif durumu ilgili olması yani failin, cezasızlık sebebinden yararlanması için mağdur ile olan ilişkisini tasavvur etmiş olmasının yeterli kabul edilmesidir. Dolayısıyla yazarın görüşlerinin çıkış noktası ve sonuçları uyumsuz olduğu gibi dayandığı gerekçe de kendi içinde tutarlı değildir. Bkz: *Horn* (n 47) 10.

<sup>50</sup> Alfredo De Marsico, *Delitti contro il patrimonio* (E Jovene 1951) 229.

<sup>51</sup> De Marsico (n 50) 230. Ayrıca bkz: Ranieri (n 2) 289. Aşağıda alıntılarımız Yargıtay 2. Ceza Dairesi kararında da “kişide hataya” vurgu yapılmıştır.

<sup>52</sup> De Marsico (n 50) 230 ve 232.

<sup>53</sup> De Marsico (n 50) 232. De Marsico ceza hukuku genel hükümler kitabının daha sonraki bir tarihte yayınlanan 2. baskısında, 59. maddenin 1. fıkrasındaki “cezayı ortadan kaldıran haller” ifadesinin hukuka uygunluk sebeplerini de kapsayan ancak bununla sınırlı olarak algılanamayacak şekilde geniş bir anlamda kullanıldığını belirtmekte ve buna m 649/1'i de örnek göstermektedir. Cezayı ortadan kaldıran sebeplerde hatanın ise failin kasıtlı suçlar açısından ceza sorumluluğunu ortadan kaldırdığını belirtmekte, ancak burada şahsi cezasızlık sebeplerine özel bir açıklama yapmamaktadır. Bkz: Alfredo De Marsico, *Diritto penale, Parte generale* (2. Edz, E Jovene 1969) 227-228. Yazarın bu görüşleri hem gerekçesi hem de sebebiyet verdiği hukuki sonuçlar yönünden eleştirilmiştir. Evvela bu görüşün “ceza” ve “suç” arasında kurduğu irtibat kabul edilebilir değildir. Her suç açısından doğal olarak bir ceza öngörülmesi farklı bir şey suç teşkil eden her fiilin cezalandırılması farklı bir şeydir ve bizatihi ceza kanunu bazı hallerde bu ikinciden imtina etmiştir. Ceza hukukunun iki momenti olarak “norm” ve “yaptırım” kendi özellikleri olan kavramlardır ve yaptırımın somut olayda uygulanamazlığı, ilgili fiilin suç teşkil ettiği gerçeğini değiştirmemektedir. Bu açıdan ceza, suçun ne kurucu unsuru ne de ondan ayrılmaz bir sonucudur. Diğer taraftan bu görüşün kabulü halinde sadece hataya düşen fail değil fakat onun yanında şerikler de cezalandırılmayacaktır. Zira suça iştirak kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin varlığını gerektirir. Oysa şahsi cezasızlık sebeplerinin kabul edilmesi ile böyle bir neticenin hedeflenmeyeceği şüphesizdir. Aksine kanun, hukuksal korumadan fail yönünden dahi vazgeçmiş değildir. Bkz: Vassalli (n 1) 619-620.



*kaynaklı bir hata söz konusu ise ve suçun taksirli hali kanunda öngörülmesi ise ceza sorumluluğu ortadan kalkmaz*” şeklindeki bu hükmün lafzında herhangi bir ayırım yapılmadığını, bu çerçevede ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran tüm hallerin bu hüküm çerçevesinde değerlendirilebileceğini ileri sürmektedir<sup>54</sup>. Bu görüşe göre her ne kadar bu hüküm, objektif teori taraftarı İtalyan yazarlarca yalnızca hukuka uygunluk nedenlerinin ve/veya mazeret nedenlerinin maddi koşullarında hatayla sınırlı olarak ele alınmakta ise de bu yaklaşım doğru değildir. Bu noktada sübjektif teori taraftarı yazarlar temelde, söz konusu hükmün ilk fıkrasında cezayı ortadan kaldıran sebeplerin gerçekleşmesi halinde, fail bunları bilmesede dahi onun lehine uygulanacağını öngörülmesi olmasından ve bu hükmün şahsi cezasızlık sebepleri için de cari olacağı hususunun genel olarak kabul ediliyor olmasından<sup>55</sup> yola çıkmaktadır: Aynı maddenin yukarıda alıntılıdığımız 4. fıkrası da ifade biçimi itibariyle aynı anlamsal genişliği haiz olup şahsi cezasızlık sebeplerinin 59. maddenin birinci fıkrası kapsamına girdiğini ve fakat aynı maddenin dördüncü fıkrasının kapsamına girmediğini iddia etmek ve bu hükmü sadece hukuka uygunluk sebeplerinin veya mazeret nedenlerinin maddi şartlarında hatayla sınırlı olarak kabul etmek için bir sebep söz konusu değildir. Aksine kanun, bahsi geçen İtCK m 59/4’te, yanılarak “cezayı ortadan kaldıran hallerin” gerçekleştiğini zanneden failin daima bu sebeplerden yararlanacağını açıkça hükme bağlamış ve bu konuda herhangi bir istisnaya da yer vermemiştir<sup>56</sup>. Bu durum karşısında, şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatanın da bu fıkra kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir<sup>57</sup>. Zira kanun koyucunun, aynı normda ve birkaç satır uzaklıkta aynı anlama gelecek sözcükleri kullanırken, aslında birbirinden farklı hukuki kurumları kastettiğinin iddia edilmesi, yerleşmiş mantık ve yorum ilkeleri çerçevesinde kabul edilebilir olmayacaktır<sup>58</sup>. Kanun koyucunun tercih ettiği bu açık ifadeler karşısında; sırf dogmatik bazı kabullerden yola çıkarak bu hükmün, sadece hukuka uygunluk sebeplerinin veya mazeret nedenlerinin maddi şartlarında hatayla sınırlı olarak uygulanması gerektiğinin iddia edilmesini haklı kılacak hiçbir semantik gerekçe söz konusu değildir<sup>59</sup>. Bu çerçevede şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında düşülen hatanın da bu fıkra kapsamında değerlendirilmesi ve bu halde, söz konusu şahsi cezasızlık sebebinin, failin lehine uygulanması gerekmektedir<sup>60</sup>.

## 2. Sınırlı Sübjektif Teoriler

Sınırlı sübjektif teoriler başlığı altında topladığımız görüşler esas itibariyle objektif teorilerin argümanlarını reddetmemekle veya bu konuda genel bir değerlendirme yapmamakla birlikte, belli suçlar açısından ihdas edilen şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında düşülen hatanın failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracığını ileri sürmektedirler. Ancak aşağıda inceleyeceğimiz ayırıcı teoriden farklı olarak, bu grupta sınıflandırdığımız yazarlar, birbirinden oldukça farklı teorik ve normatif gerekçeler ileri sürmekte ve şahsi cezasızlık sebepleri arasında kategorik bir ayırım da yapmamaktadırlar.

Bu gruptaki yazarların bazılarına göre esas itibariyle şahsi cezasızlık sebepleri objektif mahiyette olup bunların maddi şartlarında düşülen hatanın failin ceza sorumluluğuna etki etmesi olanaklı değildir. Zira söz konusu sebepler tipiklik ve hukuka aykırılık dışında konumlandığından, bu sebeplerin maddi şartlarında hataya düşen fail hakkında kastı kaldırın hata hükümlerinin uygulanması zaten mümkün değildir<sup>61</sup>. Bu nedenle failin bu sebeplerin maddi şartlarının somut olayda gerçekleştiği yönündeki hatası cezalandırılabilirliğini etkilemeyecektir<sup>62</sup>. Ancak şahsi cezasızlık sebeplerinin tümü aynı esasa dayandırılabilir ve bu nedenle de suç teorisi açısından aynı sonuçlara bağlanabilecek mahiyette de değildir ve bunların bazılarında failin sübjektif durumunu dikkate almamızı gerektiren ihdas nedenleri söz konusudur<sup>63</sup>. Bu çerçevede örneğin kanun koyucu, suçluyu kayırma suçunu (AICK § 258) yakını lehine işlemesi halinde failin zorunluluk haline benzer şekilde sadakat duygusu açısından bir çatışma durumunda olduğunu varsaymıştır (AICK § 258/6)<sup>64</sup>. Bu gibi hallerde söz konusu şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında

<sup>54</sup> Vassalli (n 1) 624.

<sup>55</sup> Nitekim İtCK m 59/1’in şahsi cezasızlık sebepleri açısından cari olacağı yönünde bkz Frosali (n 24) I, N 63; Pisapia (n 25) 177; De Marsico (n 53) 227.

<sup>56</sup> Vassalli (n 1) 624.

<sup>57</sup> Vassalli (n 1) 624-625. Ancak Vassalli bu değerlendirmenin mantıksal olarak fiil anında var olan sebepler ile sınırlı olduğunu ve cezayı ortadan kaldıran şahsi sebeplerin bu kapsamda kabul edilemeyeceğini vurgulamaktadır. Bkz Vassalli (n 1) 625. Aynı görüşte olan Pecorella da İtCK m 59’un genel ifadesinin şahsi cezasızlık sebeplerini de kapsadığını ancak bunun mantıksal sınırlarının da elbette olabileceğini ifade etmektedir. Gaetano Pecorella ‘Semantica versus ideologie: L’errore sulle cd cause di esclusione della pena’ [2019] Archivio Penale 2019(2), 22.

<sup>58</sup> Pecorella (n 57) 21. Yazar, bunun daha zayıf olmayan başka bir normatif dayanağının da İtCMK m 273/3 ve 530/3 hükümleri olduğunu ifade etmektedir. Her iki hükümde de kanun, hem “hukuka uygunluk nedenlerine” hem de “şahsi cezasızlık sebeplerine” ayrı ayrı değinmiş ve fakat bunları “aynı sonuca” tabi tutmuştur. Bu durum da kanun koyucunun, birbirinden farklı olarak ele alsan bile iki kurumu aynı sonuçlara tabi kılabilmiş olduğunu ortaya koymaktadır. Bu durumun İtCK m 59 açısından cari olmaması için bir sebep söz konusu değildir.

<sup>59</sup> Pecorella (n 57) 22. Ayrıca bkz ve kry Grosso (n 2) 93 vd.

<sup>60</sup> Bu görüşü eleştiren yazarlara göre İtCK m 59/4’te geçen “cezayı ortadan kaldıran haller” ifadesinin her ne kadar oldukça geniş bir anlamsal alanı söz konusu olsa ve ilk yüzeysel okumada sanki aksini destekliyormuş gibi görünse de “sistematik olarak” bu ifadenin şahsi cezasızlık sebeplerini kapsamaması olanaksızdır. Nitekim bu hüküm, ceza kanununun genel sistematigi çerçevesinde, esasen hatanın bir mazeret teşkil etmesi esası üzerine bina edilmiştir. Oysa bir haksızlığı gerçekleştiren kimsenin yanılarak bunun cezalandırılmaması olduğunu düşünmesinin mazur görülebilecek bir yönü söz konusu değildir. Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634. Benzer şekilde Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565.

<sup>61</sup> Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 7.

<sup>62</sup> Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 7.

<sup>63</sup> Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 8.

<sup>64</sup> Reinhart Maurach, Friedrich-Christian Schroeder und Manfred Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil, Teil Band 2, strafaten gegen Geimenschaftswerte* (10. Auflage, C F Müller 2012) §100, N 24; Gunther Arzt, Ulrich Weber, Bernd Heinrich und Eric Hilgendorf, *Strafrecht Besonderer Teil* (Ernst und Werner 2009) §26, N 16; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 9. Bu mesele İtalyan ceza hukuku doktrininde daha farklı bir şekilde çözümlenmektedir. İtCK’nun AICK § 258’e karşılık gelen ve failin, adliyeeye karşı işlenen bazı suçları “kendisi veya bir yakının özgürlüğü veya onuru için yakın ve kaçınılmaz bir zarardan koruma zorunluluğu altında işlenmesi” halinde cezalandırılmayacağına ilişkin m 384/1 hükmü bir zorunluluğu ele alması itibariyle özel bir “mazeret nedeni” olarak görülmektedir. Bu çerçevede, bu husustaki hataya ilişkin olarak m 59/4’ün uygulanması açısından bir sorun söz konusu olmadığı

hata, benzer bir çatışma durumunun söz konusu olduğu zorunluluk halinin maddi şartlarında hataya (AICK § 35/2) benzer bir şekilde ele alınmalıdır<sup>65</sup>. Buna göre AICK § 258'de düzenlenen suçluyu kayırma suçuna ilişkin aynı paragrafın son fıkrasında yer alan şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında kaçınılmaz bir hataya düşen fail hakkında AICK § 35/2 uyarınca cezaya hükmolunmamalı ve fakat eğer bu hata kaçınılabılır bir hata ise fail hakkında verilecek cezada AICK § 49/1 uyarınca indirim yapılmalıdır<sup>66</sup>.

Alman doktrinindeki bazı yazarlara göre ise şahsi cezasızlık sebepleri failin haksızlık niteliği veya failin kusurluluğu yönünden herhangi bir etkide bulunamayacağından bunlara dair maddi şartlarda hatanın da failin ceza sorumluluğuna bir etkide bulunması mümkün değildir<sup>67</sup>. Buna karşılık bu sebeplerde düşülen hata, failin fiili yönünden genel bir haksızlık hatasının kaynağı olabilir. Eğer somut olayda böyle bir durum söz konusu ise haksızlık hatasına ilişkin hükümler uygulanmalıdır<sup>68</sup>.

Yine bu gruptaki bazı yazarlar, şahsi cezasızlık sebeplerinin esas itibariyle çeşitli suç politikası gerekçeleriyle kabul edildiğini ve bunlardaki hatanın kural olarak ceza sorumluluğunu etkilemesinin mümkün olamayacağını ifade etmekle birlikte istisnai olarak suçluyu kayırma suçuna (AICK § 258) ilişkin yukarıda zikrettiğimiz şahsi cezasızlık sebepleri ve bunun dışında ayrıca üstsoy veya eş aleyhine hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçlarının işlenmesi halinde şahsi cezasızlık sebebi öngören AICK § 247'nin (bilahare yürürlükten kaldırılan) 2. fıkrası açısından düşülen hatanın, mahiyeti itibariyle ceza sorumluluğunu kaldıracağını ileri sürmüşlerdir<sup>69</sup>. Bu kapsamda, AICK § 247/2'de sadece aile ilişkilerine karışmama şeklindeki bir suç politikası anlayışının değil<sup>70</sup> ve fakat ondan daha önemli olarak failin kusuruyla ilintili şekilde yakın ilişkilerden kaynaklanan ayrıcalıklı bir durumun söz konusu olduğunu ifade eden yazarlara göre bu halde kanun koyucu, failin toplumsal kınanabilirliğinin son derece az olması nedeniyle cezalandırmaktan sarfınazar etmektedir<sup>71</sup>. Gerçekten, eşler arasındaki yakın birlikte yaşama, birbirlerinin mülkleri arasındaki keskin sınırları bulanıklaştırmaktadır öyle ki bir eşin mülkiyeti, diğer eş için otomatik olarak dokunulmaz durumda değildir. Harçlığını kocasının cüzdanına ulaşılarak tamamlayan bir eşin gerçekleştirdiği failin haksızlık teşkil ettiği şüphesizdir ve fakat bu eş, aynı fiili üçüncü bir kişinin cüzdanına ulaşılarak işlemiş gibi de değildir. Zira bu halde kanunun emirlerine karşı gerçekleştirilen fiil, toplumsal olarak o kadar az ağırlığa sahiptir ki, hukuk sisteminin otoritesinin sağlanması için ona ceza ile tepki verilmesine gerek yoktur<sup>72</sup>. Üstsoy ile altsoy arasındaki ilişkide de benzer bir durum gözlemlenebilir. Mali sıkıntısını oğlunun kumbarasını boşaltarak çözen baba, ihtiyacı olduğu bu parayı işverenin veya üyesi olduğu derneğin kasasından alması fiilinde olduğu gibi aynı nitelikte sosyo-etik bir kınama ile muhatap olmayacaktır<sup>73</sup>. Elbette aile bireyleri arasında işlenebilecek ve bu belirtilen kapsama girmeyen suçlar da söz konusu olabilir ve özellikle çok değerli bir şeyin çalınması halinde farklı bir değerlendirme yapmak da gerekebilir. Ancak bu gibi istisnai durumlar, kanunun AICK § 247/2'de ihdas edilen cezasızlık sebebi açısından kusur içeriğinin ağırlığını hesaba kattığı gerçeğini değiştirmeyecektir<sup>74</sup>. Bu tespitlerin doğal sonucu olarak fail eğer hataya düşerek eşini yerine bir başkasına ait parayı çalmış ise bu hatasından ve şahsi cezasızlık sebebinden yararlanmalıdır. Zira AICK § 247/2'in ihdas nedeni fail açısından bulunulacak kusur yargısıyla ilgili olduğuna göre yalnızca objektif durumun belirleyici olması mümkün değildir. Şahsi cezasızlık sebepleri açısından da failin fiil motivasyonunu etkileyen hata hallerinin ceza sorumluluğunu etkilediği kabul edilmeli ve fail bu halde de AICK § 247/2'de ihdas edilen cezasızlık sebebinden yararlanmalıdır<sup>75</sup>.

zira bu hükmün mazeret nedenlerinin maddi şartlarında hatayı da kapsadığı konusunda bir tereddüt bulunmadığı kabul edilmektedir. Bkz Padovani (n 2) 307; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 632. Nitekim bu hususun sebebi değerlendirilen bazı yazarlara göre bu halde norma uygun davranışın beklenebilirliği söz konusu olmadığından, bu tip sebepler failin "motivasyonunu" şekillendirmekte olup bunlarda düşülen hata da failin fiil motivasyonunu etkileyecektir. Bkz Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 636. Ancak bu belirttiğimiz son yazarların yakın akraba aleyhine işlenen malvarlığına karşı suçlarda cezasızlık öngören m 649 hükmünün maddi şartlarında hatanın failin kınanabilirliğini etkilemediğini kabul ettiklerini de not etmeliyiz. Bkz Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634.

<sup>65</sup> Arzt, Weber, Heinrich und Hilgendorf (n 64) §26, N 16; Maurach, Schroeder und Mainwald (n 64) §100, N 24.

<sup>66</sup> Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 7; Maurach, Schroeder und Mainwald (n 64) §100, N 24.

<sup>67</sup> Fischer (n 2) §247, N 4.

<sup>68</sup> Fischer (n 2) §247, N 4. *Lackner/Maassen* eserlerinin 5. baskısında hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçlarının yakın akraba aleyhine işlenmesi meselesini incelerken, bu hususta failin düşüğü hatanın şahsi cezasızlık sebebinin uygulanması açısından önemsiz olduğunu belirtmiş (Karl Lackner und Hermann Maassen, *Strafgesetzbuch* [5. Auflage, C H Beck 1969] §247, N 4), eserlerinin 7. ve sonraki baskılarında da aynı hususu tekrarlamakla birlikte bu hatanın failin geneline dair bir haksızlık hatasının kaynağı olabileceği hususunu da eklemiştirler. Bkz Lackner und Maassen (n 18) §247, N 4.

<sup>69</sup> Walter Stree, 'Der Irrtum des Täters über die Angehörigeneinschaft seines Opfers' [1962] FamRZ, 55. Anılan ve bilahare yürürlükten kaldırılan AICK § 247/2'ye göre "Altsoya, üstsoya ya da eşlerin birbirlerine karşı işledikleri hırsızlık veya güveni kötüye kullanma cezalandırılmaz".

<sup>70</sup> Aksi yönde bkz Bernd von Heintschel-Heinegg, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1* (3. Auflage, C H Beck 2017) §16, N 146. Yazara göre bu gibi hallerde şahsi cezasızlık sebebinin ihdasındaki amaç devletin belirli kişisel ilişkilerden uzak durmak istemesi olduğundan, bu sebepler de sadece objektif duruma bağlı olabilir.

<sup>71</sup> Stree'ye göre kanunun, diğer malvarlığına karşı suçlarda cezai müdahaleden çekinmemesine karşılık sadece hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçu açısından şahsi cezasızlık sebebinin kabul etmesi karşısında burada amaç aile ilişkilerine devletin müdahale etmek istemesi olamaz. Aksine AICK § 247/2'deki cezasızlık, farklı bir perspektiften, yani fail ile mağdur arasındaki, failin kusuruyla ilgili olan yakın ilişkilerden kaynaklanan ayrıcalıklı bir durum olarak ele alınmıştır. Bkz Stree (n 69) 58.

<sup>72</sup> Stree (n 69) 58.

<sup>73</sup> Stree (n 69) 58.

<sup>74</sup> Stree (n 69) 58.

<sup>75</sup> Stree (n 69) 60. Yazar benzeri bir değerlendirmeyi daha sonraki bir çalışmasında suçluyu kayırma suçunun düzenlendiği AICK § 258 maddesindeki şahsi cezasızlık sebebi için de yapmıştır. Nitekim yazara göre kanun koyucu, bir akraba ya da failin bizatihi kendisi lehine cezai kovuşturmanın engellenmesi mahiyetinde bir fiil işlerken, zorunluluk hali benzeri bir çatışma durumunu dikkate almaktadır. Ancak yazar, ayrıcı teorileri savunan yazarların aksine bu halde mazeret nedenlerinin maddi şartlarında hataya dair § 35/2'e başvurulmasının çelişkili olacağını ifade etmiştir. Zira yazara göre failin yakın akrabası lehine bu suçu işlemesi ihtimalini ele alan § 258/6 ile failin kendisi lehine işlemesi ihtimalinin düzenlendiği § 258/5 arasında, hükmün *ratio legis*ine dair "çatışma durumu" izahı açısından temelde hiçbir fark yoktur. Eğer sorunun § 35/2'ye göre çözülmesi gerektiği kabul edilirse her iki halde de düşülen hatanın "kaçınılabılır" olup olmadığına bakılacaktır. Oysa § 258/5 kapsamına giren hallerde failin bizatihi kendisine dair olasılıklar söz konusu olacağı için hatanın kaçınılabılır bir hata olmasını aramak aslında hataya sonuç bağlamamak anlamına gelir. Dolayısıyla bu olasılık açısından hatanın kaçınılabılır olmaması hiçbir şeyi ifade etmeyecektir. Bu halde mecburen aranmayacak kaçınılabılır olma şartının bu sefer § 258/6 için aranması ise çelişkili olacaktır. Zira § 258/5-6'da kanun koyucu failin, kendisini koruması ile bir yakını korumasını eşit

Benzer şekilde İtalyan doktrininde genel anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinde hata açısından bir sonuca varmayan bazı yazarlarca, İtCK'nun yakın akraba aleyhine işlenen malvarlığına karşı suçlarda uygulanabilen şahsi cezasızlık sebebinin düzenleyen 649. maddesi açısından failin düştüğü hataya da cezasızlık sonucunun bağlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşte olan yazarların bir kısmına göre failin ya da mağdurun kişisel özelliklerine ilişkin cezasızlık sebepleri tam olarak İtCK m 59/4'te ifadesini bulan "cezayı kaldıran sebepler" ibaresi kapsamına girmektedir ve bu sebeplerin maddi şartlarında hata açısından da bu madde hükmü uygulanmalıdır<sup>76</sup>. Nitekim bu fıkra, kaleme alınışı itibarıyla oldukça geniş bir anlama sahip görünmektedir ve hukuka uygunluk sebepleri, mazeret sebepleri ve niteliğine uyduğu müddetçe cezalandırmayı önleyen diğer sebepler hakkında da uygulanabilir durumdadır<sup>77</sup>. Esasen bu hüküm, farklı bir hükme (örneğin m 47 veya 59/2) dayalı olarak farklı bir çözüme ulaşılmasının gerekli olmadığı veya durumun niteliğinin farklı bir çözüme işaret etmediği hallerde uygulanacak genel ve tali bir kural mahiyetindedir<sup>78</sup>. Bu çerçevede eğer fail, İtCK m 649/1 kapsamına girecek şekilde yakın bir akrabasına ait bir mal üzerinde failini icra ettiğini zannetmekteyse söz konusu bu hatasından yararlanacak ve kasıtlı suç nedeniyle sorumlu tutulamayacaktır. Bu halde fail, somut olayda mağdura ait niteliklerden birinde yanılmıştır ve bu yanığı ne suçun maddi unsurlarına ne de nitelikli hallerle ilişkin bir yanığı olduğundan m 47 ya da m 59/2 kapsamında değil bunlara göre tali mahiyetteki m 59/4'e göre çözümlenmelidir<sup>79</sup>. Bu sebeple fail, gerçekte babasına ait olduğu zanıyla bir başkasına ait malı çalarsa m 59/4 nedeniyle bu hatasından yararlanacak ve -bu suç taksirle de işlenemeyeceğinden- hırsızlık suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır<sup>80</sup>.

Diğer bazı yazarlara göre ise İtCK m 649'un uygulanması açısından sadece objektif duruma değil ve fakat failin tasavvuruna da bakılmalıdır<sup>81</sup>. Bu çerçevede bu maddede belirtilen akrabalarından birine ait olduğu zanıyla aslında bir başkasına ait eşya üzerinde kanunda belirtilen suçlardan birinin işlenmesi (örneğin failin babasına ait olduğu zanıyla bir başkasına ait eşyayı (ç)alması) halinde 649. madde yine de uygulanacaktır. Zira bu halde, failin gerçek durumu bilseydi tipik fiili işlemeyeceği varsayılmalıdır<sup>82</sup>. Bu da söz konusu hatanın esaslı bir fiili hata olduğunu göstermektedir ve bu da failin kastını kaldıracaktır. Malvarlığına karşı suçların taksirli halleri kanunda öngörülmediğinden failin, bu hataya taksirli olarak düşüp düşmediği de bu açıdan önemli değildir<sup>83</sup>.

Benzer şekilde Türk doktrininde de malvarlığına karşı suçların yakın akraba aleyhine işlenmesi halinde faile ceza verilmemesini veya verilecek cezada indirimine gidilmesini öngören ETCK m 524 açısından bazı yazarlar, eğer fail bu hükmün maddi şartlarında hataya düşmüş ise bunun ceza sorumluluğunu etkileyeceğini kabul etmişlerdir<sup>84</sup>. Bu görüş esaslı fiili hata-esaslı olmayan fiili hata ayırımından hareket etmiş ve bu halde failin gerçeği bilse idi, suçu işlemeyeceğinin farz olunacağını ileri sürmüştür<sup>85</sup>. Bu sebeple fail, bu halde söz konusu esaslı hatasından yararlanmalıdır.

Yeni TCK döneminde fail yanılarak bir başkasına ait malı babasına ait olduğu zanıyla (ç)almış ise hakkında yine de TCK m 167 hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan diğer bazı yazarlar ise bu hususta TCK m 30/2 hükmünden hareket etmektedirler. Buna göre anılan hükümde her ne kadar daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerden söz edilmiş ise de cezasızlık nedeni konusunda hataya düşen kişinin de bu hatasından yararlanabilmesi gerektiği kabul edilmelidir<sup>86</sup>. Bu çerçevede TCK m 167'de düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında hataya düşen fail hakkında TCK m 30/2 hükmü uygulanacak ve bu hükümde failin hatasından yararlanacağı düzenlendiğinden m 167 hükmüne göre uygulama yapılacaktır<sup>87</sup>.

bir zemine oturtmuştur. Bir hatanın iki halde birbirinden farklı değerlendirilmesi bu eşitlikle bağdaşmayacaktır. Bu nedenle sorunun çözümü açısından § 35/2'nin uygulanması olanaklı olmayıp yazara göre fail, yanlışlıkla bir akrabasına yardım ettiğini varsayarsa, 258. maddeye göre cezasızlık, kısıtlama olmaksızın kabul edilmelidir. *Bkz* Walter Stree, 'Begünstigung, Strafreitelung und Hehlerei' [1976] *Juristische Schulung Zeitschrift für Studium und Ausbildung* 16 (3), 141. Ancak yazarın bu sonuca varmak noktasında hangi normdan hareket ettiği açık değildir ve bu açıklamalar çerçevesinde akla sadece suçun nitelikli hallerinde hatanın düzenlendiği AICK § 16/2 gelmektedir. Bu muğlaklık § 247/2 açısından kaleme aldığı ve görüşlerini yukarıda aktardığımız çalışması açısından daha da yoğundur ve yazarın kusur temelindeki izahı bu sefer akla § 35/2'yi getirmektedir.

<sup>76</sup> Pisapia (n 25) 178-179.

<sup>77</sup> Nitekim bu yönde bkz Bettiol (n 2) 411.

<sup>78</sup> Nino Levi, "Art 59", in: *Il codice penale illustrato articolo per articolo, vol I*, 256'dan nkl Pisapia (n 25) 178.

<sup>79</sup> Pisapia (n 25) 179. *Ranieri* şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında düşülen hatanın İtCK m 59'a göre çözümleneceğini belirtmekle birlikte (*bkz* Ranieri [n 2] 192 vd) m 649/1 hükmünde düşülen hata halini "kastı kaldıran hata" bahsinde ele almış ve örneğin eşinin olduğu zanıyla bir başkasına ait malı çalan kimsenin ceza sorumluluğunun bulunmayacağı sonucuna varılacağını belirtmiştir. Yazara göre bu halde fail, "mağdurun şahsında hataya düşmektedir" ve kanun bu niteliğin bulunmasına cezasızlık sonucu bağlamıştır. *Bkz* Ranieri (n 2) 289. Dolayısıyla yazar söz konusu hatayı açık şekilde fiili hata (m 47) olarak nitelendirmekte ve kişide hata olduğunu belirterek neticede İtCK m 59/4 kapsamında ele almaktadır.

<sup>80</sup> Pisapia (n 25) 180.

<sup>81</sup> Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto penale italiano, Vol IX: Delitti contro il patrimonio*, A cura del Pietro Nuvolone (5. Edz, UTET 1986) 353.

<sup>82</sup> Manzini (n 81) IX 353.

<sup>83</sup> Manzini (n 81) IX 353.

<sup>84</sup> Faruk Erem, *Ünvanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Baskı, Sevinç 1973) N 147.

<sup>85</sup> Erem (n 84) N 147.

<sup>86</sup> Durmuş Tezcan, M Ruhan Erdem ve R Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Bası, Seçkin 2022) 962; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 444; Recep Gülşen, 'Malvarlığına Karşı Suçlar Açısından Akrabalık Bağının Etkisi (TCK m 167)' in: Mahmut Koca (Ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan* (Seçkin 2020) 479; Doğan Gedik 'Ceza Hukukunda Şahsi Cezasızlık Sebepleri' [2006] *Yargıtay Dergisi* 32(4), 575. Bu görüşü eleştiren yazarlar ise TCK m 30/2 hükmünün şahsi cezasızlık sebepleri hakkında uygulanamayacağını zira nitelikli hallerin ve şahsi cezasızlık sebeplerinin birbirinden çok farklı müesseseler olduğunu belirtmişlerdir. Buna göre suçun nitelikli halleri haksızlığın objektif yapısı içindedir ve haliyle kastın kapsamındadır. Şahsi cezasızlık sebepleri ise kastın kapsamında değildir. Bu nedenle kastı kaldıran hataya ilişkin hükümler şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata için uygulanamaz. *Bkz* Bulut (n 17) 34-35; Serdar Raviş, 'Türk Ceza Hukukunda Şahsi Cezasızlık Sebepleri' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2022) 23. Ancak belirtmemiz gerekir ki Raviş, esasen bu halde düşülen hatadan failin yararlanması gerektiği fikrindedir. Nitekim anılan yazar, *Gedik*'e atıfla failin, malın başkasına ait olduğunu bilseydi malı almayabilirdi denilebilmekteyse TCK m 167'de düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinin faydalanması gerektiğini belirtmektedir. Raviş (n 86) 23. Ancak yazarın çalışmasında, şahsi cezasızlık sebeplerinde hatanın TCK m 30 kapsamındaki tüm hata türlerinin dışında olduğunu ayrı ayrı açıklaması ve atf yaptığı *Gedik*'in aksine TCK m 30/2 hükmünün uygulanmasına dair görüşleri de reddetmesi (*bkz* Ibid, 22 vd) karşısında söz konusu bu sonuca hangi hükümden hareketle ve nasıl vardığı anlaşılabilir değildir.

<sup>87</sup> Yargıtay da yakın tarihli bir kararında failin TCK m 167'de tanımlanan şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında hataya düşmesi halinde TCK m 30 gereğince bu hatasından

Buna karşılık diğer bazı çalışmalarda ise TCK m 167 açısından düşülen hatadan failin yararlanması gerekliliğine TCK m 30/3 hükmünden yola çıkılarak varılmaktadır. Bu görüşe göre TCK m 30/3'te yer alan "cezaı kaldıran veya azaltan nedenler" ibaresi yalnızca TCK'nın ikinci kısım, ikinci bölümünde yer alan nedenlerle sınırlı değildir<sup>88</sup>. Zira bu bölümde sadece cezaı kaldıran "genel" nedenlere yer verilmiştir, oysa TCK'nın özel hükümlerinde de cezaı kaldıran bazı özel nedenler öngörülmüştür. Bunlar hakkında düşülen hata da TCK m 30/3 kapsamında değerlendirilmelidir. Buna göre örneğin babasına ait olduğu zanıyla üçüncü bir kişiye ait bir malı çalan kimse de bu hatasının kaçınılmaz olması kaydıyla TCK m 167'deki cezasızlık sebebinden yararlanacaktır<sup>89</sup>. Bu görüşle aynı sonuca varan diğer bazı yazarlar ise buna başkaca gerekçeler göstermektedir. Buna göre; failin babasına ait sandığı ve fakat gerçekte bir başkasına ait paltonun cebinden para (ç)aldığı örnekte, esasen haksızlığın tüm unsurları gerçekleşmiştir ve fail de bunun bilincindedir. TCK m 167 bir nitelikli hal düzenlemesi olmadığından meselenin TCK m 30/2 kapsamında çözümlenebilmesi de olanaklı değildir<sup>90</sup>. Esasen şahsi cezasızlık sebeplerinde hata tek başına kusurluluğu etkileyen bir niteliği haiz de değildir. Yine de bu gibi bir sebebe kanun koyucunun yer vermesindeki neden hısmımlık ilişkisinin cezalandırılmasının suç politikası gereği yersiz olmasıdır. Dolayısıyla bu sebeplerin failin kınanabilirliği üzerinde etkisi yadsınamaz<sup>91</sup>. Bu açıdan, söz konusu şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında hata açısından bakılması gereken kural kusurluluğu etkileyen sebeplerin maddi şartlarında hataya dair TCK m 30/3 hükmüdür. Bu hükümde her ne kadar "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler" ifadesine yer verilmiş ve bu anlamda söz konusu hüküm lafzi ve sistematik olarak TCK'nın ikinci kısım, ikinci bölümünde yer alan hükümlere atıfta bulunuyor gibi görünmekte ise de yorum noktasında bu şekilde bir çıkarım bağlayıcı olmayıp bu hükmün şahsi cezasızlık sebeplerini de kapsayacak şekilde yorumlanması mümkündür<sup>92</sup>. Nitekim kanun koyucu şahsi cezasızlık sebeplerini de cezalandırmaya engel bir sebep olarak kabul etmiş ve CMK m 223'te tıpkı kusurluluğu kaldıran sebeplerin varlığı halinde olduğu gibi şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde de ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesini öngörmüştür. Öyleyse şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata hali de TCK m 30/3 kapsamına girmekte olup bu halde fail, bu husustaki kaçınılmaz hatasından yararlanacaktır<sup>93</sup>.

### C. Ayırıcı Teori

Alman doktrininde gittikçe taraftar toplayan ayırıcı teoriyi savunan yazarlara göre şahsi cezasızlık sebepleri suç teorisi açısından aynı üst başlıkta toplansa da gerçekte bunların ihdas nedenleri ve fonksiyonları birbirinden farklıdır<sup>94</sup>. Nitekim bunlardan bir kısmında kanun koyucu tamamen suç ve ceza politikasını nazara alarak haksızlık teşkil eden bir fiili cezalandırmaktan imtina etmektedir<sup>95</sup>. Buna karşılık diğer kısmında şahsi cezasızlık sebebinin ihdas nedeni failin motivasyonuna verilen önem yahut failin kusurunun son derece az olması ve bu hallerde failin cezalandırılabilir bir ağırlığa ulaşamamasıdır<sup>96</sup>. İşte ayırıcı teori, bu iki olasılığın birbirinden ayrılması ve iki ayrı kategorideki şahsi cezasızlık sebeplerinde düşülen hataya farklı sonuçlar bağlanması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>97</sup>. Bir başka ifadeyle ayırıcı teorinin temel hareket noktası, öngörülen şahsi cezasızlık sebepleri ve cezaı kaldıran şahsi sebeplerin bütüncül bir çerçeve ve amaç üzerine inşa edilmemiş olmasıdır. Bu cihetle, bu sebeplere ilişkin hata hallerinde de bütüncül bir çözüme ulaşılamamaktadır; kanun koyucunun öngördüğü cezasızlık sebebi ile hangi amaca yöneldiğinin irdelenmesi gereklidir<sup>98</sup>.

Nitekim bu teoriyi savunan yazarlara göre eğer bir şahsi cezasızlık sebebi münhasıran ya da ağırlıklı olarak devletin cezalandırma politikalarına hizmet ediyorsa bu sebeplerin uygulanması açısından tümüyle objektif duruma dikkate alınacaktır ve bu sebeplerin

yararlanacağını ve hakkında bu hükmün uygulanması gerektiğini içtihat etmiştir: "Katlanın 2014 yılının mayıs ayından ekim ayına kadar eşiyile beraber eşinin ağabeyi olan tanık... 'un evinde kaldığı, katlanın tanığa ait ikametden ayrılmasından sonra ikamete bu kez tanık... 'in eşinin erkek kardeşi olan sanık... 'in gelip, evde misafir olarak kalmaya başladığı, sanık... 'in evden ayrılırken, katlanı aıt ceket, katlanın eşine aıt botu ve bir adet bıçağı da alması şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın aşamalarda savunmasında; ceket ve botu eniştisi olan tanık ... 'e aıt zannederek, katlanı aıt olduğunu bilmeden kullanmak amaçlı aldığını ifade etmesi karşısında, dosya kapsamında sanığın savunmasının aksine bir delilin bulunmadığı, eşyaların kime aıt olduğunu bilme imkanının bulunmaması, ablası ve eniştisi ile geçici olarak birlikte oturması karşısında, sanığın gerçekte herhangi bir kan veya kayın hısmımlığı bulunmadığı katlanı aıt eşyaları kayın hısmımlığının bulunduğu eniştisi olan tanık ... 'in zannederek aldığını, TCK'nın 30. maddesi kapsamında kişideki hatasından yararlanması gerekeceği ve sanık hakkında TCK'nın 167/2. maddesinin uygulanma şartlarının oluştuğu; sanığın hatadan yararlanmasının sonucu olarak ve atılı suçun şikayete tabi olduğu gözetilerek,... 'dan sanık hakkında şikayetçi olup olmadığı sorularak sonucuna göre sanık hakkında hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması" (Yargıtay 2CD 9/1/2020 tarih ve 2019/10770 E 2020/515 K, <https://karararama.yargitay.gov.tr> [Çevrimiçi] 17/11/2022). Ancak kararda TCK m 30'un hangi fıkrasına dayanılarak bu sonuca varıldığı belirtilmiş değildir. Kararda geçen "kişideki hatasından yararlanması gerekeceği" ifadesi TCK m 30/2'yi akla getirmektedir.

<sup>88</sup> Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Bası, US-A 2019) 299; Devrim Güngör, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata* (Yetkin 2007) 73.

<sup>89</sup> Güngör (n 88) 73. Açık olmamakla birlikte Hafizoğulları ve Özen (n 88) 399. *Yazarlar*, m 30/3'te geçen "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin" hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu kaldıran nedenler, isnat yeteneğini azaltan veya kaldıran nedenler ve "cezalandırılabilme şartları" olduğunu belirtmektedirler. Yazarlar bu son kavramı "suç ortaya çıktıktan, oluştuğundan sonra söz konusu olan, sadece belli şartlarda devletin ceza verme hakkından vazgeçmesini ifade eden nedenler" şeklinde tanımlamaktadırlar. *Bkz Hafizoğulları ve Özen* (n 88) 213. Bu görüşün olağan sonucu şahsi cezasızlık sebeplerinde hatanın da TCK m 30/3 kapsamında sayılmasıdır.

<sup>90</sup> M Emre Tulay, *Ceza Hukukunda Şahista veya Konuda Hata* (Adalet 2022) 266, 267 dipnot 630.

<sup>91</sup> Tulay (n 90) 267.

<sup>92</sup> Tulay (n 90) 268.

<sup>93</sup> Tulay (n 90) 269.

<sup>94</sup> Heinrich (n 2) §20, N 620; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494.

<sup>95</sup> Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Heinrich (n 2) §20, N 620; Mü-KO (n 70) §16, N 146.

<sup>96</sup> Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34; Heinrich (n 2) §20, N 620.

<sup>97</sup> Thomas Exner, 'Kompendium der strafrechtlichen Irrtumslehre' [2009] Zeitschrift für das Juristische Studium (5), 523; Heinrich (n 2) §32, N 1163.

<sup>98</sup> Heinrich (n 2) §32, N 1163; Exner (n 97) 523.

şartlarında hata önemsizdir<sup>99</sup>. Örneğin milletvekili sorumsuzluğu tümüyle cezalandırma politikasına ilişkin olduğundan buna ilişkin maddi şartlarda düşülen hata ceza sorumluluğuna etki etmeyecektir<sup>100</sup>. Buna karşılık eğer bu sebepler, öncelikli olarak zorunluluk haline benzer bir motivasyonu ya da fiilin azalan kusur düzeyini dikkate almayı gerektiriyorsa, failin tasavvuru değerlendirilmelidir<sup>101</sup>. Örneğin AICK § 258/6 hükmü ikinci olasılığı ve bu sebepler bakımından nesnel durum dışında farklı bir yaklaşımın gerekliliğini açıkça göstermektedir<sup>102</sup>. Bu hüküm, öncelikle kusuru hafifletici bir çatışma durumu ifade etmektedir. Zira kanun koyucu, yakın aile üyeleri arasındaki doğal dayanışma duygusuna saygı göstermektedir. Failin, soruşturma veya kovuşturma ya da cezanın infazının kendisini veya ailesini tehdit eden ekonomik veya sosyal sonuçları önlemek amacıyla bu suçu işlemesi halinde de kendisine müsamaha gösterilmektedir<sup>103</sup>. Bu açıdan söz konusu şahsi cezasızlık sebebi kusur alanına kaymakta ve mazeret nedenlerine yaklaşmaktadır. Dolayısıyla sehven akrabası zannettiği kişi lehine bu suçu işleyen kişi, gerçekten akrabası lehine suçu işleyen kişi ile aynı motivasyonel ve psikolojik çatışma durumundadır ve söz konusu şahsi cezasızlık sebebi ile sağlanan cezasızlığı talep etmekte haklı olduğu kabul edilmelidir. Bu çerçevede, AICK § 258/6 hükmünün amacı doğrultusunda fail bu sebebin maddi şartlarında düştüğü hatadan yararlanmalıdır<sup>104</sup>.

Ancak bu teoriyi savunan yazarlar arasında failin bu sebeplerin maddi şartlarında düştüğü hatasına hangi hükümlere göre sonuç bağlanacağı tartışmalıdır<sup>105</sup>. Bu noktada ağırlıklı görüş mazeret nedenlerinin maddi şartlarında hataya ilişkin AICK § 35/2'in kıyasen uygulanmasıdır<sup>106</sup>. Nitekim şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata, mazeret teşkil eden zorunluluk halinin maddi şartlarında hataya benzetilebilir<sup>107</sup>. Bu açıdan, yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi yakını zannederek ceza kovuşturmasından kurtulmasına yardım ettiği kişinin, gerçekte bu hükmün kapsamına giren bir yakını olmadığı hallerde failin bu hususta düştüğü hata eğer kaçınılmaz nitelikte ise AICK § 35/2 uyarınca cezaya hükmolunmemalı ve fakat eğer bu hata kaçınılabilir bir hata ise fail hakkında verilecek cezada AICK § 49/1 uyarınca indirim yapılmalıdır. Bununla birlikte AICK § 258/5-6'da olduğu gibi failin hatasının kaçınılabilir olup olmadığının önemsiz olduğu haller de söz konusu olabilir. Zira bu halde söz konusu şahsi cezasızlık sebebinin *ratio legis*'i olarak failin hukuka sadakat yükümlülüğü ile akrabası lehine davranma hususunda düştüğü psişik açmaz, onun fiil motivasyonunun temelini teşkil ettiğinden, bu halde akraba hakkında düşülen hata açısından kaçınılabilirlik değerlendirmesi yapılması olanak dahilinde değildir<sup>108</sup>.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre bu gibi hallerin tümü ya da en azından (AICK § 258/5 örneğinde olduğu gibi) bir kısmı açısından zorunluluk haline göre daha özel bir durum söz konusudur ve kaçınılabilirliği tartışmak olanaklı değildir<sup>109</sup>. Esasen bu sebepler yukarıda da belirtildiği gibi, bazı hallerde haksızlığın ağırlığı ve failin özel motivasyonu ile ilgili olduğundan bu gibi durumlarda §16/2'deki hata hükmünün konusunu oluşturan nitelikli hallerde son derece benzerler<sup>110</sup>. Bu nedenle esasen şahsi cezasızlık sebepleri suçun bir unsuru olmadığından suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşülmesini düzenleyen §16/2'deki hata hükmü bu sebepler açısından doğrudan uygulanabilir değilse de *kıyasen* uygulanması yoluyla sorun çözümlenmeli ve bu halde hatanın kaçınılabilir olup olmadığına bakılmaksızın fail şahsi cezasızlık sebebinden yararlandırılmalıdır<sup>111</sup>.

### III. Değerlendirme

**A.1 Şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi koşullarında hata meselesinin çözümlenmesi açısından öncelikle temel bir hususun ortaya konulması gerekmektedir:** Doktriner bir kategorilendirme olarak "*şahsi cezasızlık sebepleri*" aslında niteliksel olarak son derece heterojen mahiyette pek çok normu bünyesinde barındırmaktadır<sup>112</sup>. Gerçekten, bu başlık altındaki pek çok normun *ratio legis*'i birbirinden oldukça farklıdır ve bu farklılık esasen bunların hukuki nitelikleri açısından da etki doğurmaktadır<sup>113</sup>. Nitekim şahsi cezasızlık sebepleri kategorisi içinde yer almakla birlikte örneğin milletvekili sorumsuzluğunu öngören norm (AY m 83) ile

<sup>99</sup> Rengier (n 12) §32, N 6; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 498; Heinrich (n 2) §32, N 1163; Exner (n 97) 523.

<sup>100</sup> Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 498; Heinrich (n 2) §32, N 1163; Exner (n 97) 523. Exner buna öncül suça iştirak sebebiyle sonraki suçtan cezasızlık öngören §257/3'teki düzenlemeyi de örnek göstermektedir. Zira *yazara göre* bu hüküm de failin özel motivasyonu ile ilgili olmayıp münhasıran kanun koyucunun benimsediği ceza politikasıyla ilgilidir. Exner (n 97) 523.

<sup>101</sup> Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 498; Kindhäuser (n 4) §26, N 17; Rengier (n 12) §32, N 6; Heinrich (n 2) §32, N 1163; Exner (n 97) 523.

<sup>102</sup> Rengier (n 12) §32, N 6; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 499.

<sup>103</sup> Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 500. Exner de bu hükmündeki cezalandırmamanın "failin özel motivasyonu ile bağlantılı olduğunu" belirtmektedir. Exner (n 97) 523.

<sup>104</sup> Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 500. Ayrıca bkz Rengier (n 12) §32, N 6.

<sup>105</sup> Heinrich (n 2) §32, N 1163; Mü-KO (n 70) §16, N 146; Exner (n 97) 523.

<sup>106</sup> Exner (n 97) 523; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 501.

<sup>107</sup> Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 501; Mü-KO (n 70) §16, N 146.

<sup>108</sup> Bkz Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 501.

<sup>109</sup> Kindhäuser (n 4) §24, N 14; Exner (n 97) 523.

<sup>110</sup> Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34.

<sup>111</sup> Kindhäuser (n 4) §24, N 14; Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34. Şahsi cezasızlık sebeplerinin suç teorisindeki yerleri ve nitelikleri itibarıyla AICK § 16/2'deki hata hükmünün bu sebeplerin maddi şartlarında hata hakkında uygulanmasının olanaksız olduğu yönünde bkz Baumann (n 28) §24, N 9.

<sup>112</sup> Vassalli (n 1) 618; Grosso (n 2) 94, dipnot 23; Padovani (n 2) 460; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470; Cadoppi e Veneziani (n 2) 564; Palazzo (n 7) 597; Heinrich (n 2) §20, N 615; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Gropp (n 3) §8, N 14.

<sup>113</sup> Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470. Ayrıca bkz Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 663-664; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Heinrich (n 2) §20, N 615, 618, 620.

yakın akraba aleyhine işlenen malvarlığına karşı suçlarda cezasızlık sonucunu doğuran normun (TCK m 167) ihdas sebeplerinin birbirinden tümüyle farklı olduğu konusunda bir tereddüt söz konusu değildir<sup>114</sup>. Bunların doktrinde alışlageldiği şekilde tek bir başlık altında ele alınması ise sadece ceza sorumluluğu açısından meydana getirdikleri müşterek etkiler nedeniyledir<sup>115</sup>. Bu çerçevede, şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata meselesinin çözümü noktasında isabetli bir sonuca varabilmemiz açısından hem söz konusu kategorinin kabulüne dair müşterek sonuçları hem de bu kategoride yer alan sebeplerin her birinin taşıdığı münferit anlamı birlikte göz önünde bulundurmamız gerekmektedir<sup>116</sup>.

2. Hemen ilk başta ifade etmemiz gerekir ki şahsi cezasızlık sebeplerinin fiilin tipikliği üzerinde herhangi bir etkisi söz konusu değildir<sup>117</sup>. Gerçekten bu sebepler, *yasak normuna* ilişkin genel nitelikteki önermenin negatif parçasını teşkil etmedikleri gibi ona alternatif bir özel nitelikte önerme mahiyetinde de değillerdir<sup>118</sup>. Bu çerçevede hırsızlık suçunu düzenleyen ceza normu açısından “zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alma” şeklindeki yasak önermesi, sadece bir yabancıнын değil ve fakat bir ebeveynin malını almayı da yasaklamaktadır. Zira ceza normları bir hukuksal değer ihlalinin tarifini teşkil ederler ve bu tarifi kapsama giren fiiller tipe uygun, bir başka ifadeyle tipik olarak nitelenirler<sup>119</sup>. Yakın bir akrabanın aleyhine işlenen hırsızlık örneğinde de dikkat edilirse ceza normuyla korunan bir hukuksal değer kanuni tarife uygun şekilde ihlali, dolayısıyla tipe uygun bir fiil söz konusudur. Failin bu tarife uygun bir fiili icra etmesiyle yasak normunun ihlali yani tipiklik gerçekleşecek olup malın yakın akrabaya ait olmasına cezasızlık sonucunun bağlanması, işlenen fiili hukuksal değer ihlaline ilişkin kanuni tarife uygun yani tipik olmaktan çıkarmayacaktır<sup>120</sup>. Diğer taraftan çalınan malın yakın akrabaya ait olması işlenen fiili hukuka uygun da kılmamaktadır<sup>121</sup>. Zira cezasızlık sonucunun söz konusu olması, hukuk sisteminin bu fiile cevaz verdiği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla bu ihtimalde de bir haksızlığın söz konusu olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Öyleyse somut olayda işlenen fiille bağlantılı bir şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu olması, bu fiili tipik ve hukuka aykırı olmaktan çıkarmayacaktır<sup>122</sup>.

Bunun doğal sonucu olarak şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatayı kast kapsamında telakki etmek mümkün değildir<sup>123</sup>. Gerçekten tipikliğin subjektif bileşeni olarak kast, kanuni tipte tanımlanmış objektif unsurlara dair bilgi ve istemi ifade etmektedir<sup>124</sup>. Oysa yukarıda değindiğimiz üzere şahsi cezasızlık sebepleri tipikliğin birer unsuru değildir. Failin bir başkasına ait taşınır veya taşınmaz mala bilerek ve isteyerek zarar vermesi halinde kanuni tarife (TCK m 151) uygun bir haksızlığın kasten gerçekleştirilmesi söz konusudur. Bu malın yakın akrabaya ait olması, haksızlığa ilişkin tarifi objektif bir unsur olmadığından, failin bu durumun bilincinde olup olmaması kastının varlığı açısından herhangi bir etki doğurmaz<sup>125</sup>. Dolayısıyla failin çaldığı eşyanın babasına ait olduğunu zannetmesi, işlenen fiilin hırsızlık suçunu (TCK m 141 vd) oluşturduğu gerçeğini değiştirmeyecektir<sup>126</sup>.

3. Öte yandan şahsi cezasızlık sebeplerinin *failin kusurluluğu* üzerinde etkili olduklarından söz etmek de mümkün değildir<sup>127</sup>. Gerçekten, bir şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu olması ne failin kusur yeteneğini ne haksızlık bilincini ne de norma uygun

<sup>114</sup> Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34; Heinrich (n 2) §20, N 620; Mü-KO (n 70) §16, N 146; Exner (n 97) 523; Vassalli (n 1) 618; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470.

<sup>115</sup> Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470. Ayrıca bkz Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 663-664; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Heinrich, §20, N 615.

<sup>116</sup> Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34; Heinrich (n 2) §20, N 620; §32, N 1163; Exner (n 97) 523.

<sup>117</sup> Welzel (n 13) 59; Otto (n 5) §20, N 4; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Heinrich (n 2) §20, N 616; Bettiol (n 2) 664; Vassalli (n 1) 622; Nuvolone (n 13) 204-205; Fiore e Fiore (n 4) 409; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Palazzo (n 7) 598; Ramacci (n 1) 623; Özgenç (n 3) 763; Zafer (n 3) 470.

<sup>118</sup> Bkz Bettiol (n 2) 664; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565. Krş De Marsico (n 50) 229.

<sup>119</sup> Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Auflage, Walter de Gruyter 1991) § 2 N 12; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §1, N 7; Gropp (n 3) §3 N 26; Kindhäuser (n 4) §2 N 6; Heinrich (n 2) §1 N 5; Roxin (n 1) §2, N 13 vd; Fiore e Fiore (n 4) 2-3; Palazzo (n 7) 200; Canestrari, Cornacchia e De Simone, 308. Ayrıca bkz Mahmet Cemil Ozansü, *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk* (Seçkin 2007) 63.

<sup>120</sup> Welzel (n 13) 59; Roxin (n 1) § 12, N 149; Jescheck und Weigend (n 28) 315-316; Bettiol (n 2) 664; Mantovani (n 2) N 216; Vassalli (n 1) 619, 622; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 471; Fiore e Fiore (n 4) 409; Palazzo (n 7) 598; Romano (n 2) 649; Ramacci (n 1) 624.

<sup>121</sup> Otto (n 5) §20, N 1; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Ramacci (n 1) 623; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 471.

<sup>122</sup> Otto (n 5) §20, N 1; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Heinrich (n 2) §20, N 615; Bettiol (n 2) 664; Mantovani (n 2) N 216; Vassalli (n 1) 619, 622; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 471; Fiore e Fiore (n 4) 409; Palazzo (n 7) 598; Romano (n 2) 649; Ramacci (n 1) 624.

<sup>123</sup> Welzel (n 13) 59; Jescheck und Weigend (n 28) 315-316; Roxin (n 1) § 12, N 149; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 6; Rengier (n 12) §32, N 5; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Palazzo (n 7) 598; Cocco (n 28) 1054; Öztürk ve Erdem (n 3) § 6, N 855; Zafer (n 3) 320-321; Bulut (n 17) 33. Bu itibarla katı subjektif teoriler kapsamındaki *De Marsico*'nun görüşlerine neden itibar edilemeyeceği de ortaya çıkmaktadır. Yazar, şahsi cezasızlık sebeplerine dair normların *ratio legis*'ini “suç için aranan karaktere uygun seviyede bir antisosyal fiilden” söz edilemeyeceği esasına dayandırmaktadır (De Marsico [n 50] 232) ve esasen kendine has bir terminoloji kullanmakla birlikte nihayetinde şahsi cezasızlık sebeplerinin söz konusu olduğu hallerde bir haksızlık olmakla birlikte cezaya layık seviyede toplumsal kınanabilirliği haiz bir haksızlıktan söz edilemeyeceğini ifade etmiş olmaktadır. Buna göre fiil yine haksızdır ancak bir “ceza hukuku haksızlığından” söz edilmemesi olanaklı değildir. Ancak yazar suçu “cezalandırılabilir kusurlu haksızlık” olarak tanımlayıp eğer şahsi cezasızlık sebebi söz konusu olursa ceza hukuku haksızlığının yani suçun söz konusu olamayacağı sonucuna vararak nihayetinde şahsi cezasızlık sebeplerini “şahsi” olmaktan çıkarmaktadır. Böyle bir görüşün tutarlı sonucu bu sebeplerin maddi şartlarında hatanın failin kastını kaldırmasıdır ki yazar da bu sonuca varmaktadır. Ancak bu halde esasen cezasızlık sebebi ve bunun maddi unsurlarında düşünülen hatanın doğuracağı cezasızlık sonucu diğer şeriklere de sirayet edecektir ki kanun koyucunun amacının bu olmadığı çok açıktır. Bkz Vassalli (n 1) 619-620. Kaldı ki böyle bir görüşün kabulü, “haksızlık”, “kusur” ve “cezalandırılabilirlik” kavramları arasındaki anlamsal ayrımın da reddi anlamına gelecektir.

<sup>124</sup> Gropp (n 3) §5, N 60; Heinrich (n 2) §12, N 264; Jescheck und Weigend (n 28) 310; Otto (n 5) §7, N 3; Roxin (n 1) §12, N 4; Bettiol (n 2) 367; Antolisei (n 2) N 125-126; Mantovani (n 2) N 100; Ranieri (n 2) 266; Nuvolone (n 13) 293; Padovani (n 2) 251; Fiandaca e Musco (n 2) 174; De Marsico (n 53) N 125; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 390; Ramacci (n 1) 328; Ozansü (n 119) 60 ve 61.

<sup>125</sup> Welzel (n 13) 59; Jescheck und Weigend (n 28) 315-316; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 7; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Roxin (n 1) § 12, N 149; Rengier (n 12) §32, N 5; Kohlhaas (n 45) 219; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634; Palazzo (n 7) 598.

<sup>126</sup> Bkz Roxin (n 1) § 12, N 149; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634; Cocco (n 28) 1054-1055; Zafer (n 3) 321.

<sup>127</sup> Otto (n 5) §20, N 1; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Heinrich (n 2) §20, N 616; Vassalli (n 1) 619; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Öztürk ve Erdem (n 3) § 5, N 254.

davranışın kendisinden beklenebilirliğini ortadan kaldırır<sup>128</sup>. Evvela bu sebeplerin irade ve algılama yeteneği ile ilgisiz oldukları zaten açıktır. Bunun yanında, söz konusu bu sebeplerin haksızlık bilinci açısından etki etmesi de olanaklı değildir; örneğin hakkındaki soruşturma ya da kovuşturma sebebiyle aranırken yakalanmaktan kurtulması için imkân sağladığı kişinin resmi nikahlı eşi olması (TCK m 283/3), tek başına failin gerçekleştirdiği davranışın haksızlığı konusundaki algısı üzerinde bir etki meydana getirmeyecektir<sup>129</sup>.

Son olarak şahsi cezasızlık sebeplerinin *mazeret nedenleri* kapsamında kabul edilmesi de olanaksızdır. Zira mazeret nedenleri, somut olayın koşullarına göre failin fiil motivasyonunu somut olarak etkileyen nedenleri ifade etmekte olup örneğin *cebir, şiddet, korkutma ve tehdit* dışsal bir uyarıcının failde meydana getirdiği psikik reaksiyon, onu somut olayda haksızlığı icra etmeye zorlamaktadır<sup>130</sup>. Bu açıdan mazeret nedenlerine ilişkin kanuni formülasyonlar da bu somut etkilere göre biçimlendirilmiş, failin mazeret nedenlerinden yararlanabilmesi için somut olayda tipik fiili bu nedenlerin etkisiyle işlemesi aranmıştır. Örneğin zorunluluk halinin söz konusu olabilmesi için somut olayda suç teşkil eden fiil “. . . ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu. . .” altında işlenmiş olmalı<sup>131</sup>; cebir, şiddet, korkutma ve tehdidin söz konusu olabilmesi için bu sefer fiil failin “karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu” işlenmiş bulunmalıdır<sup>132</sup>. Şahsi cezasızlık sebeplerinin bir kısmında ise failin haksızlığı tercih etme noktasındaki motivasyonu herhangi bir suretle hesaba katılmış değildir. Gerçekten ne milletvekili sorumsuzluğu (AY m 83) veya diplomatik bağışıklık bulunması ne de malvarlığı değerlerini aklama suçunda öncül suça iştirak edilmiş olması (TCK m 165) failin haksızlığı tercih etme hususundaki motivasyonuna etki edebilecek bir bileşen içermektedir. Şahsi cezasızlık sebeplerinin diğer bir kısmında ise temelde mazeret sebeplerinin ihdas gerekçelerine benzer bir ratio legis söz konusu olsa da bunlarda da kanuni formülasyon, failin motivasyonunun somut etkisine göre biçimlendirilmiş değildir. Örneğin kolluk tarafından aranmakta olan oğlunun kaçmasına imkân sağlayan anne, oğluna yönelik bir tehlike kaynaklı olarak, zorunluluk haline benzeyen bir çatışma durumu içindedir<sup>133</sup>. Ancak dikkat edilirse kanuni formülasyonda (TCK m 283/3), somut olayda failin, tipik fiili gerçekten bu çatışmanın etkisi ile işlemesi gerektiğine dair bir şart aranmamıştır; belirtilen derecede akrabalık bağının bulunması, şahsi cezasızlık sebebinden yararlanılması için yeterlidir. Dolayısıyla şahsi cezasızlık sebepleri mazeret nedenleri ile de ilgili değildir.

**B. 1.** Ancak yaptığımız tüm bu açıklamalar şahsi cezasızlık sebeplerinin bazılarının işlenen fiilin kusur içeriği ile hiçbir ilgilerinin olmadığı anlamına da gelmemektedir. Gerçekten bazı şahsi cezasızlık sebepleri fiilin normatif-toplumsal kınanabilirliğinin ve buna bağlı olarak kusur içeriğinin hafifliği esasına dayanmaktadır<sup>134</sup>. Ancak bu noktada bir değerlendirme yapabilmemiz için başlangıçta zikrettiğimiz hususa dönmemiz ve şahsi cezasızlık sebepleri üst başlığı altında ele alınan kurumların birbirinden çok farklı ihdas nedenlerine sahip oldukları tespitimizi yeniden vurgulamamız gerekmektedir.

**2.** Gerçekten, şahsi cezasızlık sebeplerinin bir kısmının *ratio legis*'i ceza hukukunun tümüyle dışındaki hususlara dayanmaktadır. Örneğin *milletvekili sorumsuzluğu* (AY m 83) yasama organının işlevini gereği gibi yerine getirebilmesi ile ilgiliyken diplomatik sorumsuzluk devletler arasındaki ilişkilerle ilgilidir<sup>135</sup>. Haliyle bunların ceza sorumluluğu üzerinde bir etkide bulunmaları da mümkün değildir. Bir kimsenin sokakta bir başkasına yönelik hakareti ne derece kınanabilir nitelikte ise aynı sözü meclis kürsüsünde dile getiren milletvekilinin bu fiili de aynı derecede kınanabilir niteliktedir ve bu fiiller haklarındaki kusur yargısının ağırlığı da sırf failerin bu sıfatları nedeniyle farklılaşmayacaktır.

Şahsi cezasızlık sebeplerinin bir kısmı ise tümüyle kanun koyucunun benimsediği ceza politikasıyla ilgilidir<sup>136</sup>. Gerçekten kanun, *suç eşyası üzerinde tasarruf suçunda* (TCK m 165) fail açısından öncül suça iştirak edilmesini bir şahsi cezasızlık sebebi

<sup>128</sup> Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634. Benzer şekilde bkz Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Cocco (n 28) 1054.

<sup>129</sup> Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634. Bu itibarla katı sübjektif teoriler kapsamındaki *Kohllass*'ın görüşlerine neden itibar edilemeyeceği de ortaya çıkmaktadır. Nitekim yazar, sade bir vatandaş açısından “haksızlık” ile “cezalandırılabilirliğin” aynı anlama geleceğinden hareket etmiş ise de böyle bir görüşün kabul edilebilmesi için failin “cezasızlık sebeplerinin varlığını” da bilmesi gerekmektedir ki *Horn*'un işaret ettiği gibi *Kohllass* bu görüşüyle esasen cezasızlık sebebine dair bilgiyi, bu sebebin maddi koşullarında hataya düşülmesinin bir önkoşulu haline getirmektedir (Horn [n 47] 10). Oysa failin tipik fiiline dair genel haksızlık algısı, toplumsal ilişkilere dahil olmanın beklenebilir bir neticesi iken ve bu nedenle kusur yeteneğine sahip herkesin, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını da kural olarak algılayabileceği kabul edilebilirken, fiilin cezalandırılabilir olup olmadığına dair bir bilginin varlığını aramak tam olarak failde kurala dair bilgiyi aramak anlamına gelir ki bu halde aslında yalnızca cezasızlık sebebine dair kuralı bilen ve bunun bilinciyle hareket eden kimsenin gerçek anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hataya düştüğü söylenebilir. Diğer taraftan böyle bir kabul; haksızlık, kusur ve cezalandırılabilirlik alanındaki tüm teorik birikimi ve bunların pratik etkilerini de tümüyle bir kenara bırakmayı gerektirecektir.

<sup>130</sup> Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §10, N 433; Heinrich (n 2) §18, N 563; Gropp (n 3) §7, N 64; Kühl (n 19) §12, N 3,8; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 632; Serkan Meraklı, ‘Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi’ [2010] Ceza Hukuku Dergisi 5(12), 269.

<sup>131</sup> Bkz Roxin (n 1) §22, N 32; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §10, N 434; Jakobs (n 119) §20, N 5-6; Rengier (n 12) §26, N 5; Kindhäuser (n 4) §24, N 4; Heinrich (n 2) §18, N 564-565; Gropp (n 3) §7, N 68; Romano (n 2) 289; Fiore e Fiore (n 4) 385; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 341 vd; Zeynel Temel Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu* (Seçkin 2010) 445 vd; Elif Bekar, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin 2013) 106 vd.

<sup>132</sup> Bkz Roxin (n 1) §16, N 67; Heinrich (n 2) §18, N 580; Jakobs (n 119) §20, N 5; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §10, N 434-438; BGHst 140 (92) (Gropp [n 3] §7, N 106); Can Canpolat, *Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Maddi Cebir* (Adalet, 2016) 244.

<sup>133</sup> Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494 ve 498; Kindhäuser (n 4) §26, N 17; Rengier (n 12) §32, N 6; Heinrich (n 2) §32, N 1163; Exner (n 97) 523.

<sup>134</sup> Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34; Heinrich (n 2) §32, N 1163; Exner (n 97) 523.

<sup>135</sup> Mantovani (n 2) N 215; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470; Palazzo (n 7) 598. Bunların birer şahsi cezasızlık sebebi değil, cezadan muafiyet (şahsi bağışıklık) sebebi olduğu yönünde bkz Özen (n 8) 837.

<sup>136</sup> Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Heinrich (n 2) §32, N 1163.

olarak kabul ederken tümüyle ceza politikası anlayışıyla hareket etmiştir<sup>137</sup>. Nitekim bu şahsi cezasızlık sebebi açısından kanun koyucu, öncül suçtan verilen cezayı yeterli bulduğundan, ayrıca suç eşyası üzerinde tasarrufta da bulunan faili, bu fiilden dolayı cezalandırmayı yerinde görmemiştir. Bu gibi şahsi cezasızlık sebeplerinin de icra edilen fiilin kusur içeriği ile bir ilgileri yoktur.

Belirttiğimiz bu gibi durumlarda fiilin kusur içeriği üzerinde hiçbir etkide bulunmadığı açık olan şahsi cezasızlık sebepleri hakkında failin düştüğü yanlıya kusur alanında bir sonuç bağlanması da tabiatıyla olanaklı değildir<sup>138</sup>. Dolayısıyla yukarıda verdiğimiz 4 no.lu örnekte milletvekili (A)'nın düştüğü hata ceza sorumluluğunu etkilemeyecektir. Bu gibi hallerde söz konusu şahsi cezasızlık sebebine ilişkin maddi şartlar gerçekleşmemiş ise failin bunların gerçekleştiğini zannetmesi ceza sorumluluğu açısından önemsiz olup bu halde failin AY m 83'de öngörülen şahsi cezasızlık sebebinden yararlanması mümkün değildir.

**3. Buna karşılık şahsi cezasızlık sebeplerinin önemli bir kısmı failin fiil motivasyonunun “varsayılan” oluşum sürecine bağlı olarak kınama yargısının ağırlığı ile doğrudan ilgilidir.** Bu hallerde failin fiil motivasyonunun oluşum sürecini soyut (varsayımsal) olarak değerlendiren kanun koyucu, fiile yönelik normatif-toplumsal kınama yargısının ağırlığının cezaya layık bir aşamaya varmadığını kabul etmekte ve bu da ilgili suç tipine şahsi cezasızlık sebebi olarak yansımaktadır. Örneğin *Stree*'nin isabetle belirttiği gibi *malvarlığına karşı suçlar* açısından akraba ilişkilerine dayalı bir şahsi cezasızlık sebebinin var olması (TCK m 167) aile ilişkilerine karışmama şeklindeki bir suç politikası anlayışının değil ve fakat ondan daha önemli olarak yakın ailevi ilişkilerden kaynaklanan ayrıcalıklı durumun söz konusu olmasına paralel şekilde ortaya çıkan fiil motivasyonu karşısında, söz konusu fiilin toplumsal kınanabilirliğinin son derece az olmasının bir ürünüdür<sup>139</sup>. Harçlığını kocasının cüzdanına ulaşılarak tamamlayan bir eşin gerçekleştirdiği fiilin haksızlık teşkil ettiği şüphesizdir ve fakat bu halde eşin fiil motivasyonunu etkilemesi olağan husus; doğrudan “söz konusu eşyanın eşine ait olmasıdır” ve bunun toplumsal kınanabilirliğinin ağırlığı, haliyle, eşin aynı fiili üçüncü bir kişinin cüzdanına ulaşılarak işlemiş olması gibi de değildir<sup>140</sup>. Benzer bir durum *resmen teslim olunan mala elkonulması suçunda* malın sahibi açısından kabul edilen cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep (TCK m 290/2- 2. cümle) yönünden de caridir. Bu halde de failin fiil motivasyonunun oluşum sürecinde “aldığı malın kendisine ait olması”nın meydana getirdiği ayrıcalıklı durumun belirleyici olması olağandır ve bu kimsenin, yedieminin rızası olmaksızın kendi malını bulunduğu yerden alması ile üçüncü bir kişinin bu malı aynı şekilde bulunduğu yerden alması arasında toplumsal kınama yargısı açısından önemli bir fark bulunduğu açıktır.

Keza bir annenin, işlediği bir suç nedeniyle aranan ve yakalanması halinde tutuklanması ihtimali bulunan oğlunun kaçmasına imkân sağlamasının, herhangi bir başkasının aynı fiili işlemesine nazaran çok daha hafif bir toplumsal kınama yargısına muhatap olacağı şüphesizdir<sup>141</sup>. Bu halde annenin gerçekleştirdiği fiil de *suçluyu kayırma suçuyla* (TCK m 283) korunan hukuksal değeri ihlal ediyor ve bu nedenle bir haksızlık teşkil ediyor olmakla birlikte annenin içine düştüğü “norma uyma” ile “çocuğunu tehlikeden koruma” arasındaki çatışma durumunun şekillendirdiği fiil motivasyonu, bu fiile dair toplumsal kınama yargısını çok daha hafif bir hale getirmektedir<sup>142</sup>. Zira kanun koyucu, yakın aile üyeleri arasındaki doğal dayanışma duygusuna saygı göstermekte ve bu çerçevede, failin ceza soruşturması veya kovuşturması ya da cezanın infazının kendisini veya ailesini tehdit eden ekonomik veya sosyal sonuçlarını önlemek motivasyonu ile suçu işlemesi gerçeği karşısında, kendisine müsamaha göstermektedir<sup>143</sup>. Aynı durumun örneğin; yakın akraba açısından *yalan tanıklık suçunda* (TCK m 273/1-a), tanıklıktan çekinebilecek kişiler açısından *suçu bildirmeme suçunda* (TCK m 278/4), yakın akraba açısından *tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçunda* (TCK m 284/4) ve savaş zamanında düşman devlet toprağında bulunup da bu devlet ordusunda hizmete alınmak mecburiyetinde kalan vatandaş açısından *düşmanla işbirliği yapma suçunda* (TCK m 303/4) kabul edilen şahsi cezasızlık sebepleri için de söz konusu olduğuna ifade etmemiz hatalı olmayacaktır<sup>144</sup>.

**4. İşte bu gibi hallerde şahsi cezasızlık sebebi fiilin kusur içeriğiyle ilişki içindedir ve bu sebebe dair normun maddi şartlarının somut olayda gerçekleşmesi halinde, her ne kadar haksızlık ve kusurluluğun bileşenleri ortadan kalkmamakta ve bu nedenle fiil haksız ve fail de kusurlu addedilmeye devam edilmekte ise de failin varsayılan fiil motivasyonunun oluşum sürecini şekillendirmeleri hasebiyle bu sebepler, fiilin kusur içeriğinin ağırlığını, bir ceza yaptırımını gereksiz kılacak ölçüde azaltmaktadır.** Bir başka ifadeyle bu halde, ceza sorumluluğunun iki bileşeni olarak haksızlık ve kusurluluk gerçekleşmekte olmasına rağmen

<sup>137</sup> Öncül suça iştirak sebebiyle sonraki suçtan cezasızlık öngören AİCK §257/3'teki (*elde ettiği menfaati güvenceye almasını sağlamak maksadıyla suçluyu kayırma*) düzenlemeyi örnek göstererek aynı yönde değerlendirmede bulunan bkz Exner (n 97) 523.

<sup>138</sup> Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 508.

<sup>139</sup> Stree (n 69) 58.

<sup>140</sup> Stree (n 69) 58. Bu itibarla doktrinde aile efradının birbirlerine karşı işledikleri bu tip fiillerde güven ilişkisinin sağladığı kolaylıktan yararlanılması gerekçesiyle daha ağır bir haksızlık ve kusur içeriğinin olduğu kabulü (*bkz* Tezcan, Erdem ve Önok [n 86] 962) bizce isabetli değildir. Eşinin cüzdanından rızası olmaksızın bir miktar para alan failin bu fiilinin, bir yankesicinin aynı mahiyetteki fiilinden daha ağır bir haksızlık ve kusur içeriğine sahip olduğunun iddia edilmesi, malvarlığına karşı suçlarda korunan hukuksal değer olarak mülkiyet ya da ziyetliğin aile içindeki görünümüne dair toplumsal değer yargıları ile uyumlu olmayacaktır. Aksine, bu halde eşin fiil motivasyonunu, aile ilişkilerinden kaynaklı özel ve ayrıcalıklı bir pozisyonda olma durumunun şekillendireceği bizce açıktır.

<sup>141</sup> Bkz Rengier (n 12) §32, N 6; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 500; Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34.

<sup>142</sup> Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494 ve 498; Kindhäuser (n 4) §26, N 17; Rengier (n 12) §32, N 6; Heinrich (n 2) §32, N 1163; Exner (n 97) 523.

<sup>143</sup> Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 500; Exner (n 97) 523.

<sup>144</sup> Bu itibarla yukarıda belirttiğimiz ayrıntı teorinin çıkış noktaları bizce de son derece isabetlidir. Ancak bu teorinin çıkış noktaları ile maddi şartlarda hata açısından vardığı sonuçların tutarlı olabilmesi için söz konusu sebeplerin failin fiil motivasyonunun oluşum sürecini etkilemesinin *soyut norm düzleminde* ve *varsayımsal* olarak kabul edildiği esas alınmalıdır. Bkz ve *krş* Gropp (n 3) §8, N 17; Rengier (n 12) §32, N 6; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 499.



filin kusur içeriği faile bir ceza verilmesini gerektirecek ağırlıkta kabul edilmemektedir. Bunun sonucu olarak somut olayda işlenen fiille ilgili olarak tipik haksızlığın gerçekleştiğini ve failin kusurlu olduğunu tespit eden hâkim, olağan olarak cezanın belirlenmesinde kusur safhasına<sup>145</sup> geçecek ve bu safhada haksızlık ve kusurun ağırlığını değerlendirecek iken belirttiğimiz bu gibi hallerde kanun, bizatihi kendisi soyut norm düzleminde bu değerlendirmeyi yaparak failin kusur içeriğini cezalandırmayı gerektirmeyecek derecede hafif addetmekte ve buna cezasızlık sonucu bağlamaktadır<sup>146</sup>. Dolayısıyla bu gibi hallerde haksızlık ve kusurluluk gerçekleşmesine rağmen faile ceza verilmemesinin nedeni; bizatihi kanun tarafından, failin kusur içeriğinin ceza verilmesini gerektirmeyecek derecede hafif addedilmesidir<sup>147</sup>.

Görüleceği üzere belirttiğimiz gruptaki şahsi cezasızlık sebepleri diğer iki gruptaki sebeplerden son derece farklıdır. Bu çerçevede bu sebeplerin diğerlerinden ayrılabilmesi için *dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri* olarak nitelenmesi isabetli olacaktır.

5. Bu gibi hallerin *ratio legis*'ine dair bu kabulümüz, esasen mazeret nedenlerini ve kusurluluğu etkileyen sebepleri de akla getirmektedir zira bunlarda da ceza verilmemesinin veya cezada indirim yapılmasının temel fikri, failin kusur içeriğindeki azalmaya dayanmaktadır<sup>148</sup>. O halde, bunlardan farklı olarak dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri açısından kanun koyucunun neden objektif bir dil kullanmış olduğu sorusunun akla gelmesi olağandır<sup>149</sup>. Gerçekten, söz gelimi *zorunluluk hali* açısından belli niteliklere sahip bir tehlikeden kurtulma ya da başkalarını kurtarma zorunluluğundan söz eden (TCK m 25/2) kanun koyucu, yakın akraba lehine suçluyu kayırma halini düzenleyen şahsi cezasızlık sebebinde (TCK m 283/3) böyle bir kayda yer vermemiş, failin somut olarak hangi motivasyonla hareket ettiği ile ilgilenmemiş, sadece belli akrabalık ilişkilerinin varlığını yeterli görmüştür. İşte bu noktada dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin *ratio legis*'indeki kınama yargısına dair izahımız açısından özellikle

<sup>145</sup> Cezanın gerekçelendirilmesinde kusur ve cezanın belirlenmesinde kusur ayırımı için bkz Heinrich (n 2) §17 N 527; Wessels, Beulke, Satzger, §10, N 402; Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur* (Seçkin 2017) 83.

<sup>146</sup> Söz konusu bu tip şahsi cezasızlık sebeplerinin ihdası nedeninin, bu sebeplerin fiil motivasyonuna etkisi olduğunu yadsımak bizzet hiçbir durumda olanaklı değildir. Nitekim malvarlığına karşı suçlarda şahsi cezasızlık sebeplerinin ihdası açısından; söz konusu akrabanın fiil motivasyonunu, aile ilişkilerinden kaynaklı özel ve ayrıcalıklı bir pozisyonda olma durumunun şekillendireceği kabulünün etkili olduğu açık bir şekilde görülmektedir. Esasen belli derecede akrabalık ilişkileri için cezasızlık öngören (TCK m 167/1) kanun koyucunun, fail ve mağdur arasındaki akrabalık ilişkisinin görece daha uzak olduğu diğer bazı hallerde bu sefer cezada indirim öngörmesini (TCK m 167/2) başka şekilde izaha imkân yoktur. Bu durum dahi, söz konusu bu hükümler *ratio legis*'inin aile ilişkilerine karışmamak veya aile bağlarına ceza soruşturması yoluyla ek bir zarar vermemek düşüncesi (bkz Palazzo [n 7] 598; Tezcan, Erdem ve Önok [n 86] 962; Gülşen [n 86] 472) olamayacağını açıkça göstermektedir. Diğer bazı dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri açısından da söz konusu sebebin fiil motivasyonunun oluşumu üzerindeki varsayımsal etkisi dışında bir ihdas sebebi düşünülmemektedir. Örneğin savaş zamanında düşman devlet toprağında bulunup da bu devlet ordusunda hizmete alınmak mecburiyetinde kalan vatandaş yönünden düşmanla iş birliği yapma suçunda (TCK m 303/4) kabul edilen şahsi cezasızlık sebebi açısından fiil motivasyonunu etkileyen çatışma durumunun, normun *ratio legis*'ini teşkil ettiği yadsınamaz bir durumdur. Aynı durum TCK m 273/1-a, TCK m 278/4, TCK m 284/4 için de geçerlidir. Bu açıklamalarımız, yukarıda belirttiğimiz objektif görüşlere neden itibar edilemeyeceği hususunda da ortaya koymaktadır. Zira bu görüşler tüm şahsi cezasızlık sebeplerini aynı kategoride kabul etmekte ve buna paralel olarak söz konusu bu sebeplerin bir kısmının ihdası nedeninin, failin kusur içeriği üzerindeki varsayımsal etkileri olduğu gerçeğini yadsımlamaktadır. Oysa bu yönde bir kabul, kusur kavramının, "fiil motivasyonunun oluşum sürecine" dayandırılan rasyonel temelleri ile uyumsuzdur. Bkz ve Krş Otto (n 5) §20, N 4; Jescheck und Weigend (n 28) 315; Roxin (n 1) §12, N 149; Schönke und Schröder (n 28) §247, N 13-14; Baumann (n 28) §24, N 9; Lackner und Maassen (n 18) §247, N 4; Mantovani (n 2) N 216; Nuvolone (n 13) 205; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Fiore e Fiore (n 4) 409; Palazzo (n 7) 598; Ramacci (n 1) 623; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 633; Cocco (n 28) 1054; Önder (n 2) 388; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 2) 652; Öztürk ve Erdem (n 3) §6, N 855; Zafer (n 3) 320; Koca ve Üzülmöz (n 2) 261; Akbulut (n 3) 272; Değirmenci (n 28) 157; Tunç (n 28) 303; Bulut (n 17) 34-35. Bunlardan ayrı olarak bkz ve Krş Gropp (n 3) §8 N 17 ve yine aynı eser §13, N 132.

<sup>147</sup> Bu noktada *kusurluluk* ile *kusur* kavramları arasındaki nüansa dikkat etmemiz gerekmektedir. *Kusurluluk* failin işlediği haksızlığın kendisine bireysel olarak yüklenilebilir olmasını ifade eder ve kusurluluğu kaldıran bir sebep sözf konusu olmadıkça fail kusurlu olarak kabul edilir. Bu haliyle *kusurluluk* niteliksel bir betimlemedir ve ceza sorumluluğunun yapısal bir bileşeni oluşturur. *Kusur* ise kusurluluk yargısının konusunu oluşturur ve buna etki eden sebeplerle ağırlığı değişen niceliksel bir kavramdır; buna etki eden nedenlerle ağırlığı artabilir ya da azalabilir. Bkz Meraklı (n 145) 34 vd. Nitekim Gropp'a göre de suçun yapısal bir bileşeni olarak kusurluluk açısından yapılacak incelemenin konusu failin gerçekleştirdiği fiilden dolayı kınanıp kınanamayacağıdır. Bu açıdan *kusurluluk*, failin gerçekleştirdiği fiildeki tutum faktörlerinin değerlendirilmesi sonucu somut failin faile yüklenip yüklenemeyeceğini ifade eder. Diğer bir ifade ile kusurluluk failin şahsi kınanabilirliğinden ibarettir. *Kusur* ise niceliksel bir kavram olup somut fiille ilişkili olarak azlığından ya da çokluğundan bahsedilebilir bkz Gropp (n 3) §7 N 1, 22-23. Ayrıca bkz ve Krş Heinrich (n 2) §17 N 527; Wessels, Beulke, Satzger, §10, N 402. İtalyan doktrini açısından Krş Palazzo (n 7) 403. İşte dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri de *kusurluluk* üzerinde değil *kusurun ağırlığı* üzerinde etki eder. Bunların, yine kusurluluk üzerinde değil de kusur üzerinde etki eden haksız tahrik gibi kurumlardan farkı ise bu etkinin, somut olayda fiille somut bağının aranmaması, aksine soyut norm düzleminde kanun koyucu tarafından *varsayımsal* olarak kabul edilmesidir. Bir başka ifade ile kusuru etkileyen sebeplerin örneğin haksız tahrikin kusur üzerindeki etkisi somut olarak tespit edilmelidir, oldukça istisnai bir nitelik arz eden dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin bu etkisi ise varsayımsaldır ve somut olayda ayrıca tespitine gerek yoktur. Bu nedenle dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri failin kusur içeriğiyle bağlantılı olsalar bile ceza sorumluluğunun genel nitelikteki *haksızlık* ve *kusurluluk* bileşenleri yanında istisnai nitelikte üçüncü bileşeni konumunda olan *cezalandırılabilirlik* kapsamında ele alınır.

<sup>148</sup> Alman doktrinindeki ağırlıklı görüş mazeret nedenlerinde aynı zamanda failin haksızlık içeriğinin de azaldığı ve her durumda failin ne haksızlık ne de kusur içeriğinin tümüyle kalkmadığı yönündedir. Buna göre söz konusu sebeplere ilişkin şartların gerçekleşmesi halinde hem failin fiil motivasyonu bundan etkilenmekte hem de failin yöneldiği hukuka uygun amaç failin haksızlık içeriğinin de azalmasına sebebiyet vermektedir. Ancak bu durumda ne haksızlık ne de kusur içeriği tamamen kalkmakta ve fakat artık bir ceza verilmesini gerektirmeyecek ölçüde azalmakta olduğundan bu sebeplerin hukuki sonucu faile ceza verilmemesi olarak ortaya çıkmaktadır. Bkz Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §10, N 433; Heinrich (n 2) §18, N 563; Gropp (n 3) §7, N 64; Kühl (n 19) §12, N 3,8; Schönke und Schröder (n 28) §32, N 108; Türk doktrininde bu yönde bkz Adem Sözüer 'Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Sorular Cevaplar' [2006] HPD (6), 231; Kangal (n 131) 439 vd; Bekar (n 131) 43-44; Meraklı (n 130) 268-269; Canpolat (n 132) 179. Mazeret nedenlerinin söz konusu olduğu durumlarda failin -teorik olarak- yine de haksızlığı tercih etmeme imkanının olması çerçevesinde kusurunun tümüyle kalkmadığı ve fakat ceza vermeyi gerektirmeyecek ölçüde azaldığını kabul etmek olanaklıdır. Buna karşılık bu sebeplerin aynı zamanda failin haksızlık içeriğini de azalttığı yönündeki kabul tartışmaya açıktır. İtalyan doktrininde ise genel olarak mazeret nedenlerinin gerçekleşmesi halinde failin kusurunun tümüyle ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Zira bu gibi hallerde artık faili kusurlu saymamızı engelleyen bir mazeret söz konusu eder ve aynı durumda bulunan herkesten aynı davranış bekleneceğinden *kınanabilirlikten* yani (azalmış da olsa) *kusurdan* söz edilmesi olanaklı değildir. Bkz Cadoppi e Veneziani (n 2) 330. Kanun koyucumuz da CMK m 223/3'de mazeret nedenlerinin gerçekleşmesi halinde "failin kusurunun bulunmaması" gerekçeyle ceza verilmesine yer olmadığına dair karar vereceğini hükme bağlayarak bu ikinci görüşü taraftar olmuş gözükmektedir.

<sup>149</sup> Nitekim Otto dar anlamda şahsi cezasızlık sebebi olarak sınıflandırdığımız sebeplerden en azından bir kısmının eğer kusuru azaltıcı bir etkisinin bulunduğu iddia edilmekteyse, bu sebeplerin maddi şartlarında hataya önem atfedilebilmesi ve bu durumun ceza sorumluluğuna etkide bulunduğu kabul edilebilmesi için bu sebeplerin birer mazeret sebebi olarak tasnif edilmesi ve buna dair bir dogmatik gerekçe ortaya konulmasının gerekli olduğunu belirtmekte ve bu çerçevede söz konusu sebeplerin, failin hukuka aykırılığından ve failin kusurundan bağımsız oldukları için somut olaydaki objektif varlıklarının belirleyici olduğu sonucuna varmaktadır. Otto (n 5) §20, N 4. Gropp ise akraba lehine kabul edilen şahsi cezasızlık sebepleri açısından düşülen hatanın kusurluluğu kaldıran hataya dair AICK §35/2'deki duruma oldukça benzediğini ve fakat söz konusu hatayı bu hüküm kapsamında ele alan bir yorumun, kanunun akraba lehine öngördüğü cezasızlık sebebine dair formülasyonun subjektif olarak anlaşılabilir olması halinde tutarlı olabileceğini ileri sürmektedir. Gropp (n 3) §8, N 20. Benzer şekilde Meraklı da şahsi cezasızlık sebeplerine dair objektif kanuni formülasyona atıf yaparak, bu sebepler açısından hataya kanun koyucunun bir önem atfetmediği sonucuna varmıştır. Yazara göre aksi bir düşünce bu sebepleri şahsi cezasızlık sebepleri olmaktan çıkarıp kusurluluğu azaltan sebep haline getirirdi. Ancak kanun maddelerinin objektif nitelikteki şartlar getirdiğinin bu denli açık olması, failin kusurluluğuna ilişkin bu çeşit bir araştırmayı gereksiz hale getirmektedir. Meraklı (n 130) 274-275.

“varsayımsal” ifadesini kullanmamızın esbab-ı mucibesi kendini göstermektedir: bu tip şahsi cezasızlık sebepleri açısından belli akrabalık ilişkileri ya da başkaca durumların varlığının fiil motivasyonuna etkisi kanun koyucu tarafından soyut norm düzleminde “varsayımsal” olarak kabul edilmiştir<sup>150</sup>. Buna göre kanun koyucu belli durumların var olması halinde failin fiil motivasyonunun oluşum sürecinin bundan etkileneceğini soyut olarak varsaymış, failin bundan yararlanabilmesi için somut fiil düzleminde bunların fiil motivasyonuna etkisinin somut olarak ayrıca tespitini aramamış ve bu nedenle, buna uygun olacak objektif bir formülasyonu tercih etmiştir. Bunun da temel amacı ve fonksiyonu; bu sebeplere dair şartların gerçekleşmesinin yeterli kabul edilmesi, failin somut olayda hangi motivasyonla hareket ettiğinin ayrıca incelenmesine ihtiyaç duyulmaması ve söz gelimi bu sebeplere dair şartların gerçekleştiği hususunda tersine hatanın failin söz konusu sebepten yararlanmasına engel olmamasıdır<sup>151</sup>. Buna göre failin söz konusu sebep gerçekleşmesine rağmen gerçekleşmediği zannıyla hareket etmiş olması, bu cezasızlık sebebinden yararlanmasına engel olmayacaktır. Dolayısıyla kanunda, objektif bir formülasyonun tercih edilerek somut olayda söz konusu sebebin kusur içeriğine etkisinin araştırılmasına gerek duyulmaması, “cezasızlık” için söz konusu sebeplerin gerçekleşmesinin yeterli kabul edilmesi gerektiği düşüncesinin ürünüdür.

6. Ancak dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerine dair kanundaki objektif formülasyon, failin bunların maddi koşullarında yanılması halinde, bu yanılığa bir sonuç bağlanmayacağı anlamına da gelmemektedir. Aksine, bu kategorideki şahsi cezasızlık sebepleri açısından yukarıda belirttiğimiz hususlar, bu gibi sebeplere dair maddi şartlarda düşülen hataya da bir sonuç bağlanması gerektiğini ortaya çıkarmaktadır. Zira kanunun kabul ettiğini belirttiğimiz “varsayım”, esasen failin yanılarak bu sebeplerin maddi şartlarının gerçekleştiğini zannettiği hallerde de mantık gereği söz konusu olmalıdır<sup>152</sup>. Gerçekten, eğer bu sebeplerin *ratio legis*'i bazı suç tiplerinin belli sebepler dahilinde işlenmesindeki fiil motivasyonunun kusur içeriğini azalttığına dair soyut varsayımına bağlanan bir sonuç ise bu motivasyonun maddi olaya dair hatalı tasavvura dayalı olarak yine de olduğu hallerde de aynı varsayımın cari olduğu kabul edilmelidir. Söz gelimi, yakın akraba aleyhine hırsızlık suçu açısından kabul edilen şahsi cezasızlık sebebinin kabul gerekçesi mademki failin fiil motivasyonunun varsayılan oluşum sürecine göre şekillenmektedir, öyleyse bu sürece dair hatanın da söz konusu motivasyonun oluşum sürecine aynı şekilde bir etkisinin olduğu varsayılmalıdır. Bu çerçevede fail, eşine ait olduğunu zannederek bir başkasının malını çalmışsa bu hatasından yararlanmalı ve hakkında yine de şahsi cezasızlık sebebine dair hüküm uygulanmalıdır.

C. 1. Bu tespit ve değerlendirmelerimiz çerçevesinde son olarak *de lege ferenda* açısından vardığımız bu sonuçların *de lege lata* açısından nasıl değerlendirileceği meselesini de incelememiz gerekmektedir. Bu çerçevede TCK açısından dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hataya düşen fail bu hatasından yararlanacak mıdır?

2. Bu meselenin çözümü açısından elimizde bulunan yegâne düzenlemenin failin düştüğü çeşitli hata tipleri açısından varılacak sonuçları gösteren TCK m 30 olduğu şüphesizdir ve olması gereken hukuk açısından vardığımız sonucun normatif dayanağının da bu düzenlemede bulunması gerektiği açıktır. Bu düzenlemenin ilk fıkrasında “suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarda” hatadan söz edilmiş olup şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarının bu ifade kapsamına girmediği hususunda bir tereddüt söz konusu değildir. Esasen suçun maddi unsurlarında hataya düşen failin kastının ortadan kalkacağı tabiidir ve yukarıda belirttiğimiz üzere şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatayı kast kapsamında telakki etmek mümkün değildir<sup>153</sup>. Gerçekten tipikliğin subjektif bileşeni olarak kast, kanuni tipte tanımlanmış objektif unsurlara dair bilgi ve istemi ifade etmektedir<sup>154</sup>. Oysa yukarıda belirttiğimiz üzere şahsi cezasızlık sebepleri tipikliğin birer unsuru değildir. Failin kastı bunları kapsamadığı gibi bunlarda düşülen

<sup>150</sup> Açık olmamakla birlikte *bkz* ve kısmen *krş* Gropp (n 3) §8, N 17.

<sup>151</sup> Yukarıda belirttiğimiz gibi “mazeret nedenlerinde” failin fiil motivasyonunun oluşum sürecine etkisi somut olarak araştırılmaktadır (*bkz* Canestrari, Cornacchia e De Simone [n 2], 632). Buna karşılık bu tip şahsi cezasızlık sebeplerinde, söz konusu sebebin failin fiil motivasyonunun oluşum sürecini etkilediği, kanun koyucu tarafından tamamen soyut düzlemde varsayımsal olarak kabul edilmektedir. Buna göre eğer bir kimse yakın akrabasının malını çalmaktaysa onun fiil motivasyonunun bu durumdaki etkileneceği “varsayılmaktadır”. Bu nedenle somut olayda fail ve mağdur arasında kanunda öngörülen şekilde bir akrabalık ilişkisinin var olması, söz konusu şahsi cezasızlık sebebinin gerçekleştiğinin kabulü için kafi addedilecektir. Bu durum soyut-somut tehlike suçlarındaki ayrıma benzetilebilir. Mazeret nedenleri ve kusuru etkileyen sebeplerin, failin fiil motivasyonuna etki edip etmediğini ve bu çerçevede bunlara dair koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini hâkimin somut olayda incelemesi gerekmekte iken dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri açısından belli akrabalık ilişkilerinin var olması halinde failin fiil motivasyonun etkilendiği kabul edilecek ve bu durum somut olayda ayrıca araştırılmayacaktır. Esasen *kusur*, ceza sorumluluğunun öznesini, tipiklikte tanımlandığı şekliyle kasten ya da taksirle hareket eden “herhangi biri” olmaktan çıkıp bizzat somut olaydaki faille irca eden bir nitelik arz etmekteyse de (Fiore e Fiore [n 4] 438) dikkat edilmelidir ki haksızlığı gerçekleştiren ve kusur yeteneği bulunan her kimsenin kusurlu şekilde hareket etmiş olacağına dair kanuni sistematik de bir varsayım dayanağıdır (Palazzo [n 7] 403-404 ve 430). Şu kadar ki kanun, somut olayda belli hallerde bu varsayımın aksinin de cari olabileceğini kabul etmiş ve kaçınılmaz haksızlık yanılışı ile mazeret nedenlerine ilişkin hükümlere yer vermiştir. İşte dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinde bu sistematik tersine çevrilerek, bu sefer kusur içeriğinin cezalandırılmayı gerektirmeyecek derecede az olduğu soyut norm düzleminde varsayılmış, somut olayda aksinin söz konusu olması ihtimali ise kabul edilmemiştir. Dolayısıyla dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin kusuru etkilediğinin söylenebilmesi için onları mazeret nedeni olarak konumlandırmaya da lüzum yoktur (*krş* Otto [n 5] §20, N 4). Eğer somut olayda dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartları gerçekleşmiş, örneğin TCK m 167 anlamında bir akrabalık ilişkisi var ise artık failin somut olarak hangi motivasyonla hareket ettiğine bakılmayacak ve kendisine ceza verilmeyecektir.

<sup>152</sup> *krş* Gropp (n 3) §8, N 17 ve §13, N 134. Yazarın, hem dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin bir kısmında failin kusurunu azaltan ve ceza yaptırımının uygulanmasını uygunsuz kılan özel bir motivasyonel baskı altında olduğunun farz edildiğini belirtip hem de bunların maddi şartlarında düşülen hataya bir sonuç bağlanmaması bizce çelişkilidir.

<sup>153</sup> Welzel (n 13) 59; Jescheck und Weigend (n 28) 315-316; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 7; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Roxin (n 1) § 12, N 149; Rengier (n 12) §32, N 5; Kohlhaas (n 45) 219; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634; Palazzo (n 7) 598; Cocco (n 28) 1054; Öztürk ve Erdem (n 3) § 6, N 855; Zafer (n 3) 320-321; Bulut (n 17) 33.

<sup>154</sup> Gropp (n 3) §5, N 60; Heinrich (n 2) §12, N 264; Jescheck und Weigend (n 28) 310; Otto (n 5) §7, N 3; Roxin (n 1) §12, N 4; Bettli (n 2) 367; Antolisei (n 2) N 125-126; Mantovani (n 2) N 100; Ranieri (n 2) 266; Nuvolone (n 13) 293; Padovani (n 2) 251; Fiandaca e Musco (n 2) 174; De Marsico (n 53) N 125; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 390; Ramacci (n 1) 328; Ozansü (n 119) 60 ve 61.

hata haksızlık üzerinde bir etkide de bulunmayacaktır. Dolayısıyla şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatanın TCK m 30/1 kapsamında telakki edilebilmesi olanaklı değildir.

TCK m 30/2'de ise kanun “*suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda*” düzenlenen hatayı düzenlemiştir. Bunlar fiilin haksızlık içeriği üzerinde etkili olan ve bu çerçevede failin daha ağır veya daha hafif şekilde cezalandırılması sonucunu doğuran hallerdir<sup>155</sup>. Dolayısıyla bunlar da haksızlığın yapısı içinde yer alırlar ve kastın kapsamına dahildirler<sup>156</sup>. Buna karşılık dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri genel olarak haksızlığın ve özel olarak da *suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin* kapsamında değildir. Zira her ne kadar bazı nitelikli haller de esasında failin motivasyonu ve dolayısıyla kusurla ilgili olsalar da<sup>157</sup> “suçun nitelikli hallerini” ayrıca ve özel olarak düzenleyen ceza kanununun sistematiği, bu iki kurumu birbirinden net çizgilerle ayırmaktadır. Dolayısıyla şahsi cezasızlık sebeplerinde hatayı TCK m 30/2 kapsamında ele almak da olanaklı değildir<sup>158</sup>.

TCK m 30/4'te kanun kaçınılmaz nitelikteki haksızlık hatasını düzenlemiş olup buna göre “*işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz*”. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri fiilin haksızlık içeriği üzerinde bir etki göstermemektedir. Dolayısıyla bu sebeplerin maddi şartlarında hataya düşülmesinin, fiilin bütününe ifade ettiği değersizlik açısından failin zihnindeki tasavvurun gerçeğe uymaması sonucunu doğurması olanaklı değildir<sup>159</sup>. Bu sebeplerin maddi koşullarında hataya düşen fail de fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincindedir. Bu sebeple cezalandırılmayacağını düşünmesi halinde dahi bir haksızlık yanılığında söz etmeye olanak yoktur<sup>160</sup>. Zira şahsi cezasızlık sebeplerinin gerçekleştiği zannı, faili, tipik fiili işlemeye hakkı olduğu kanısına sevk edecek yani bu fiilin haksızlık teşkil ettiği hususunda yanıtacak nitelikte değildir. Haliyle dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi koşullarında hatanın, haksızlık hatasına ilişkin TCK m 30/4 kapsamında ele alınabilmesi de olanaklı değildir<sup>161</sup>.

3. Bu noktada uygulanabilecek tek norm olarak karşımıza TCK m 30/3 çıkmaktadır. Bu hükme göre “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*”. Esasen hükme ilk bakıldığında herhangi bir ayırım yapılmadan “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşullardan” söz edilmekte olduğu görülmektedir ve lafzi olarak şahsi cezasızlık sebeplerini de bu hüküm kapsamında telakki etmemiz mümkün görünmektedir. Nitekim yukarıda ifade ettiğimiz üzere doktrinde de bu hükümde yer alan “ceza kaldırıcı veya azaltıcı nedenler” ibaresinin genel niteliği karşısında, ceza sorumluluğu üzerinde etki eden ve diğer hata halleri kapsamına girmeyen tüm sebeplerin bu hüküm kapsamında ele alınmasının mümkün olduğu belirtilmiştir<sup>162</sup>. Diğer taraftan hüküm bu kadar geniş yorumlanmasak bile söz konusu bu hükmün çekirdeğinin kusuru etkileyen hallerin maddi koşullarında hatayı ele alması ve yukarıda ifade ettiğimiz üzere dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin de varsayımsal da olsa fiilin kusur içeriğini etkilediğini kabul etmemiz karşısında, söz konusu sebepleri de bu hüküm kapsamında telakki etmemiz mantıklı görünmektedir. Nitekim doktrinde de şahsi cezasızlık sebeplerinde hatanın tek başına kusurluluğu etkileyen bir niteliği haiz olmasa da failin kınanabilirliği üzerinde etkisi olmasından yola çıkarak bu halde TCK m 30/3'ün uygulanabileceği ve esasen bu fıkrada yer alan “ceza sorumluluğu kaldıran veya azaltıcı neden” ifadesinin, şahsi cezasızlık sebeplerini de kapsayacak şekilde yorumlanmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir<sup>163</sup>.

Ancak bu kabulün de karşısında önemli bir sorun vardır: kanun koyucu TCK m 30/3 hükmünde yer verdiği “*ceza sorumluluğu kaldıran veya azaltıcı neden*” ifadesiyle açıkça bu fıkranın da içinde yer aldığı TCK'nın genel hükümler kitabının ikinci kısmının

<sup>155</sup> Bkz Heinrich (n 2) §8, N 182; Roxin (n 1) §10, N 132; Kindhäuser (n 4) §8, N 6-7; Gropp (n 3) §3, N 45a; Kühl (n 19) §1, N 6; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 2) 300 ve 392; Özgenç (n 3) 226; Koca ve Üzülmöz (n 2) 143.

<sup>156</sup> Heinrich (n 2) §8, N 182; Roxin (n 1) §10, N 132; Kindhäuser (n 4) §27, N 2; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 2) 407 ve 654; Özgenç (n 3) 238 ve 535; Koca ve Üzülmöz (n 2) 163.

<sup>157</sup> Nitekim aynı yönde bkz Ozansü (n 119) 139.

<sup>158</sup> Bkz Baumann (n 28) §24, N 9. Bu açıklamalarımız şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde TCK m 30/2'nin uygulanması gerektiğine dair *smürlü subjektif teorilerin* neden isabetsiz olduğunu da göstermektedir. Esasen yukarıda belirttiğimiz hususlar bir tarafa bırakılsa ve sadece normun lafzından hareket edilse bile TCK m 30/2'nin şahsi cezasızlık sebepleri açısından uygulanabilmesi olanaklı değildir. Zira kanun koyucu haksızlık içeriğini etkilediği için daha ağır veya daha hafif cezayı gerektiren halleri ele alırken madde başlıkları olarak “*nitelikli hal*” lafzını kullanmıştır ki bu da TCK m 30/2'nin açıkça bu gibi hükümlere atıf yaptığını göstermektedir. Bkz ve Krş Tezcan, Erdem ve Önok (n 86) 962; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 444; Gülşen (n 86) 479; Gedik, 575. Dolayısıyla en fazla TCK m 30/2'nin şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata açısından “*kıyasen*” uygulanmasından söz edilebilir ki “*nitelikli haller*” ile “*şahsi cezasızlık sebeplerini*” düzenleyen norm tipleri arasındaki lafzi, sistematik ve amaçsal derin farklılıklar ile iki halin, fiilin haksızlık içeriğinden farklı konuları, bizce kıyası da imkânsız kılmaktadır.

<sup>159</sup> Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34; Horn (n 47) 10; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634.

<sup>160</sup> Horn (n 47) 10; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634.

<sup>161</sup> Bu açıklamalarımız cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatanın kural olarak önemsiz olduğu ve olsa olsa fiilin geneline yönelik bir *haksızlık yanılığına* sebebiyet verebileceğine dair Fischer ve Lackner/Maassen'in yukarıda zikrettiğimiz görüşlerine neden itibar edilemeyeceğini de ortaya koymaktadır. Zira şahsi cezasızlık sebepleri hukuka uygunluk sebeplerinden farklı olarak fiili haksız olmaktan çıkarmayacağı gibi fiilin haksızlık içeriği üzerinde bir etki de göstermemektedir. Dolayısıyla bu sebeplerin maddi koşullarında hataya düşülmesinin, fiilin bütününe ifade ettiği değersizlik açısından failin zihnindeki tasavvurun gerçeğe uymaması sonucunu doğurması olanaklı değildir. Kaldı ki haksızlık yanılığının fiilin kusur içeriğini tümüyle ortadan kaldırmaktadır. Belirttiğimiz üzere dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin fiilin kusur içeriği üzerinde bir etkisinin olduğu bizce açıkça da bu etki, fiilin kusur içeriğini tamamen ortadan kaldırma boyutuna da varmamaktadır. Haliyle, şartlarında hataya düşülmesi sadece kusur içeriğini azaltacak bir hususun, hataya düşülmesi için bu sefer kusur içeriğini tamamen ortadan kaldıracağını kabul etmek çelişkili olacaktır. Krş Fischer (n 2) §247 N 4; Lackner und Maassen (n 18) §247, N 4.

<sup>162</sup> Hafızoğulları ve Özen (n 88) 299; Güngör (n 88) 73. İTCK m 59/4 yönünden aynı görüşte bkz Vassalli (n 1) 625; Pisapia (n 25) 179-180; Pecorella (n 57) 22.

<sup>163</sup> Tulay (n 90) 267-268.

ikinci bölümünü kastetmiştir<sup>164</sup>. Nitekim bu bölümün başlığı tam olarak “*ceza sorumluluğu kaldıran veya azaltan nedenler*”dir. Her ne kadar hükmün lafzı bu şekilde bir sınırlandırmaya imkân tanımıyor gibi görünse de kanunun sistematigi ve kanun koyucunun amacı, söz konusu bu hükmün, ancak bu kısımda belirtilen sebeplerin maddi şartlarında hata halinde uygulanmak üzere ihdas edilmiş olduğunu son derece açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Nitekim madde gerekçesinde de kanun koyucu bu husustaki niyetini ortaya koymuş ve “*Hükümet Tasarısının 23 üncü maddesinin 3 üncü fıkraya veya bendinde düzenlenen ‘hukuka uygunluk nedenlerinde hata’ ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki ‘hukuka uygunluk nedenleri’ yerine, ‘ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler’ ibaresi konulmuştur. Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir*” açıklamasına yer vermiştir. Bu çerçevede ne sistematik ne de amaçsal yorum yoluyla dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatanın bu hüküm kapsamında düzenlendiğinin ileri sürülebilmesi mümkün görünmektedir<sup>165</sup>.

4. Bu çerçevede şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatanın esasen TCK m 30 kapsamında düzenlenmediğini ve bu hususta bir *kanun boşluğu* olduğunu ifade etmemiz elzemdir. Bununla birlikte şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata açısından söz konusu olan bu boşluk, bilinçli bir boşluk da değildir; kanun koyucu bilinçli olarak şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatayı TCK m 30 kapsamı dışında tutmak ve bu konuda objektif görüşe taraftar olmak iradesiyle hareket etmemiş, aksine bu meseleyi kelimenin tam anlamıyla hiç değerlendirmemiştir. Nitekim kanunun hazırlık çalışmalarında bu konudaki hatanın hiç gündeme gelmediği görülmektedir ve buna ek olarak TCK m 21’in gerekçesinde “*suç tanımında yer almakla birlikte, failin ifade ettiği haksızlık üzerinde etkili olmayan koşulların gerçekleştiğinin bilinip bilinmemesi, kastın varlığı açısından önem taşımamaktadır. Örneğin objektif cezalandırılabilme koşulunun arandığı suçlarda bu koşulun veya şahsi cezasızlık sebebinin fail tarafından bilinmesi gerekmez*” açıklamasına yer vererek bu koşullardaki hatanın failin kastını etkilemeyeceğini açıkça öngören kanun koyucu, TCK m 30’un gerekçesinde -bu sefer tam aksine- bu hususa hiç değinmemiş ve haliyle şahsi cezasızlık sebeplerinin, bu maddedeki diğer hata hallerinin kapsamında ele alınmayacağına dair herhangi bir açıklamaya yer vermemiştir. Dolayısıyla dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hataya ilişkin olarak kanunda *bilinçsiz bir boşluğun* söz konusu olduğu görülmektedir.

İşte bu noktada, sorunun çözümünün TCK m 30/3’ün kıyasen uygulanması olduğu hususu kendini göstermektedir. Her ne kadar Türk doktrininde çoğunlukla TCK m 2/3’de yer verilen “*kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz*” hükmüyle ceza normları açısından kıyasın failin lehine ya da aleyhine olduğuna bakılmaksızın tümüyle yasaklandığı ileri sürülmüş<sup>166</sup> ise de söz konusu bu hükmün lehe kıyası kapsayacak şekilde anlaşılması bizce mümkün değildir. Zira Aydınlanma Çağıyla birlikte ceza hukukunun en temel ilkelerinden biri haline gelen kıyas yasağının amacı; kişileri, ceza normunda suç olarak düzenlenmeyen bir fiili işlemleri halinde, hâkimin kıyas yoluyla ceza vermesi tehdidinden korumak ve bu suretle bir güvence temin etmektir<sup>167</sup>. Dolayısıyla kıyas yasağı ilkesine yer verilmesinin amacı zaten aleyhe kıyası yasaklamaktır, zira lehe kıyasın söz konusu bu güvenceye aykırı olmadığı açıktır<sup>168</sup>. O halde kıyas yasağı sadece fail aleyhine olan hükümlerle ilgilidir; “*bilinçli bir boşluk*” ve bir “*istisna hükmü*” söz konusu olmadığı müddetçe fail lehine kıyas mümkündür<sup>169</sup>. Nitekim TCK m 2’ye ilişkin madde gerekçesinde de kanun koyucu bu yöndeki düşüncesini hiçbir izaha yer bırakmayacak açıklıkta ifade etmiştir: “*suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan evrensel ilke niteliğindeki ceza kanunlarının uygulanmasında kıyasa başvurulamayacağı, maddenin üçüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Böylece ceza kanunlarının bireye güvence sağlama işlevinin bir gereği daha yerine getirilmiş olmaktadır. (. . .) Kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla, kıyasa yol açacak şekilde yapılacak geniş yoruma da başvurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir*”. Dolayısıyla kıyas yasağı zaten olağan olarak aleyhe kıyası kapsamakta olup kanun koyucunun TCK m 2/3’te kıyas yasağını formüle ederken ayrıca aleyhe kıyası vurgulamasına zaten lüzum yoktur ki madde gerekçesi de bu düşünceyle hareket edildiğini açıkça göstermektedir<sup>170</sup>. Bu

<sup>164</sup> Bkz Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 2) 657; Koca ve Üzülmöz (n 2) 301; Hakeri (n 6) 433; Meraklı (n 145) 423.

<sup>165</sup> Bu açıklamalarımız da şahsi cezasızlık sebeplerinin tümü ya da en azından bir kısmının maddi şartlarında hata halinde doğrudan TCK m 30/3’ün uygulanması gerektiğine dair ülkemizde ileri sürülen sınırlı sübjektif teorileri ve bunların İTCK m 59/4 açısından ileri sürülen benzer versiyonlarını neden isabetli bulmadığımızı ortaya koymaktadır. Olağan olarak, bir ceza normunun sadece lafzi yorumu, o normun anlaşılıp uygulanabilmesi için elbette yeterli değildir. O normun hangi amaçla ihdas edildiği ve lafzının sistematik olarak ne şekilde anlaşılacağı de göz ardı edilmemelidir. Diğer taraftan ceza kanunlarını hazırlarken kanun koyucuların o ana kadarki doktrinel birikimi tümüyle bir tarafa bırakacaklarını düşünmek gerçekçi değildir. Elbette ceza normları statik değildir ve zamana göre farklı yorumlanmaları mümkündür; hazırlık çalışmaları ve madde gerekçeleri sadece birer yorum aracıdır. Ancak kanun koyucuların da kanunun hazırlanması aşamasında ileri sürülen teorilerden faydalanması ve kanunun sistematigi ve içeriğini bunlardan çıkan sonuçları göz önüne alarak belirlemesi son derece olağandır. Böyle bir realiteyi göz ardı etmek olanaklı değildir. Nitekim hem TCK m 30/3 hem de İTCK m 59 açısından hazırlık çalışmaları da bu hükümlerin hangi hususları kapsamak üzere ihdas edildiklerini açıkça göstermektedir. Sadece madde lafzını esas alıp amaçsal, sistematik ve tarihsel yorum metotlarını bir tarafa bırakmak bizce isabetli değildir. Bkz ve krş Vassalli (n 1) 625; Pisapia (n 25) 179-180; Pecorella (n 57) 22; Hafizoğulları ve Özen (n 88) 299; Güngör (n 88) 73; Tulay (n 90) 269.

<sup>166</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 2) 174; Centel, Zafer ve Çakmut (n 3) 96; Öztürk ve Erdem (n 3) §1, N 42; Koca ve Üzülmöz (n 2) 66; Hakeri (n 6) 27; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 70.

<sup>167</sup> Roxin (n 1) §5, N 44; Kindhäuser (n 4) §3, N 6; Schönke und Schröder (n 28) §1, N 26; Jakobs (n 119) §4, N 33; Antolisei (n 2) N 31; Ranieri (n 2) 50; Fiandaca e Musco (n 2) 49; Fiore e Fiore (n 4) 99.

<sup>168</sup> Roxin (n 1) §5, N 44; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §9, N 99; Heinrich (n 2) §3, N 36 ve §8, N 139; Kindhäuser (n 4) §3, N 6; Ranieri (n 2) 50; Fiandaca e Musco (n 2) 49; Palazzo (n 7) 133; Fiore e Fiore (n 4) 99; İçel (n 3) 108; Soysalan (n 3) 125.

<sup>169</sup> Roxin (n 1) §5, N 44; Jescheck und Weigend (n 28) 136; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §2, N 54; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §9, N 99; Schönke und Schröder (n 28) §1, N 25-30; Heinrich (n 2) §3, N 36; Kindhäuser (n 4) §3, N 6; Rengier (n 12) §4, N 34; Ranieri (n 2) 50; Bettiol (n 2) 123-124; Fiandaca e Musco (n 2) 49; Fiore e Fiore (n 4) 99; Santaniello e Maruotti (n 2) 50-51; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 86; Palazzo (n 7) 133.

<sup>170</sup> Bu konuda bkz İçel (n 3) 108, dipnot 33. Abdullah Batuhan Baytaç, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (Oniki Levha, 2018) 369 vd.

çerçeve, tarihsel ve amaçsal yorum metodlarını tümüyle bir tarafa bırakıp sadece lafzından yola çıkarak bu hükmün fail lehine kıyası yasakladığından bahsetmek olanaklı değildir<sup>171</sup>.

Yukarıda belirttiğimiz üzere *dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri* fiilin kusur içeriğiyle ilişki içindedir ve bu sebeplerin gerçekleşmesi halinde, her ne kadar haksızlık ve kusurluluğun bileşenleri ortadan kalkmamakta ve bu nedenle fiil haksız ve fail de kusurlu addedilmeye devam edilmekte ise de failin varsayılan fiil motivasyonunun oluşum sürecini şekillendirmeleri hasebiyle bu sebepler, fiilin kusur içeriğinin ağırlığını, bir ceza yaptırımını gereksiz kılacak ölçüde azaltmaktadır. Dolayısıyla bu sebeplerin maddi şartlarında hatanın da failin fiil motivasyonunun oluşum süreci üzerinde varsayımsal da olsa etki yaptığı kabul edilmelidir. Haliyle şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata, mahiyeti itibarıyla kusuru kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hataya benzemektedir. İşte kanun koyucu, kusuru kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hatayı TCK m 30/3'te düzenlerken, mahiyet itibarıyla yine kusur içeriği üzerinde etki eden dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatayı düzenlemeyi ihmal etmiş ve bu konuda *bilinçsiz bir boşluğa* sebebiyet vermiş olduğundan, bu boşluk TCK m 30/3 hükmünün fail lehine kıyasen uygulanması yoluyla çözümlenmelidir. Esasen söz konusu boşluğun bilinçsiz bir boşluk olması, TCK m 30/3'ün zaten hata konusundaki genel hüküm mahiyetinde olup bir istisna hükmü olmaması ve bu hükmün fiilin kusur içeriği üzerinde etkide bulunan (haksız tahrik gibi) sebeplerin maddi koşullarında hatayı da kapsamı hususları karşısında, dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata açısından TCK m 30/3'ün kıyasen uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır<sup>172</sup>.

Anılan hükme göre “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*”. Bu çerçevede dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hataya düşen failin bu hatası eğer *kaçınılmaz* nitelikte ise fail bu hatasından yararlanacaktır. Bunun anlamı ise söz konusu sebeplere dair hukuki sonuçlardan failin faydalanacağıdır. Buna göre sözgelimi eğer bir şahsi cezasızlık sebebi söz konusu ise fail bu sebep çerçevesinde cezasızlıktan yararlanacak ve eğer cezadan indirim yapılmasını gerektirecek bir şahsi sebep söz konusu ise failin cezasında öngörülen oranda indirim yapılacaktır. Ancak bunun için failin düştüğü bu hatanın kaçınılmaz olması da aranacaktır<sup>173</sup>. Fail, hataya düşse bile bu hatası kaçınılmaz nitelikte değilse şahsi cezasızlık sebebinden yararlanamayacaktır.

Bu çerçevede yukarıda belirttiğimiz 1, 2 ve 3 numaralı örnekleri yeniden ele alırsak:

Annesi (B)'nin tek başına yaşadığı evden hırsızlık yapmak amacıyla geceleyin gizlice eve giren (A), annesine ait olduğunu zannederek masada bulunan ve fakat yatılı misafiriğe gelen annesinin arkadaşı (C)'ye ait çantanın içerisinden para (ç)almış ise TCK m 30/3'ün kıyasen uygulanması yoluyla; somut olayın koşullarına göre eğer hatasının kaçınılmaz olduğu sonucuna varılmakta ise bu hatasından ve haliyle TCK m 167'deki şahsi cezasızlık sebebinden yararlanacaktır.

Resmi nikahlı eşi olarak bildiği ve işlediği bir suç nedeniyle hakkında yakalama kararı bulunan (B)'ye yakalanmaktan kurtulması için imkân sağlayan ve fakat sahte nikah nedeniyle geçerli bir evliliklerinin olmadığını bilmeyen (A), bu husustaki hatasının kaçınılmaz bir hata olduğu sonucuna varılması halinde, yine TCK m 30/3'ün kıyasen uygulanması yoluyla bu hatasından ve haliyle TCK m 286/3'teki şahsi cezasızlık sebebinden yararlanacaktır.

Son olarak yediemin deposundan, kendisine ait olduğunu zannettiği ve gerçekte bir başkasına ait resmen elkonulmuş eşyayı çalan (A), eğer düştüğü bu hata kaçınılmaz ise TCK m 30/3'ün kıyasen uygulanması yoluyla TCK m 290/2'deki indirim sebebinden yararlanacaktır.

## Sonuç

Şahsi cezasızlık sebepleri, ceza kanunlarının özel kısmında belli suç tipleri için uygulanmaları öngörülen, gerçekleşmeleri halinde tüm unsurlarıyla oluşmuş bir suç açısından kusurlu addedilen failin cezalandırılmasını engelleyen ve suçun işlenmesi sırasında var olan sebepleri ifade etmekte olup bu hukuki kurum açısından en tartışmalı konulardan birisini ise failin bu sebeplerin maddi şartlarında hataya düşmesi halinde, bu hatasına hukuken nasıl bir sonuç bağlanacağı hususu oluşturmaktadır. Örneğin hırsızlık suçu açısından TCK m 167'de faille mağdur arasında belli derecede akrabalık ilişkisinin bulunması şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiş olup eşine ait olduğunu zannederek aslında bir başkasının cüzdanından para (ç)alan kimsenin bu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanıp yararlanmayacağı tartışmaya oldukça açıktır.

<sup>171</sup> Aynı yönde bkz İçel (n 3) 108; Soyaslan (n 3) 124-125. Suç ve ceza içermeyen hükümler yönünden lehte kıyasa engel bulunmadığını belirterek neticeten bu yönde bkz Toroslu ve Toroslu (n 3) 68. Ceza kanununun genel hükümleri açısından kıyas yasağından söz edilemeyeceğini belirterek neticeten bu yönde bkz Özgenç (n 3) 134. Ceza sorumluluğunu etkileyen nedenler açısından kısmen bu yönde bkz Hafizoğulları ve Özen (n 88) 110. Olan hukuk açısından kıyas yasağının mutlak şekilde uygulanmasının gerektiği, olması gereken hukuk açısından ise lehte kıyasın kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz Bayataz (n 170) 372-373. *Heinrich*'e göre failin lehine kıyas yapılabilmesi için üç şart gereklidir. İlk olarak bir kanun boşluğu bulunmalı, ikinci olarak bu kanun boşluğu kanun koyucu tarafından amaçlanmamış olmalı (yani bilinçli bir boşluk olmamalı) son olarak ise benzer menfaat durumlarının varlığına dayalı olarak bir benzerlik karşılaştırılması yapılabilir. bkz *Heinrich* (n 2) §8, N 139.

<sup>172</sup> Nitekim İtCK m 59/4 için bu gerekçelerle lehte kıyasın mümkün olabileceği yönünde bkz Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 88.

<sup>173</sup> Hatanın kaçınılmazlığı açısından bkz Roxin (n 1) §22, N 59, 62, 64; *Heinrich* (n 2) §32, N 1154; Gropp (n 3) §13, N 128; Jakobs (n 119) §17, N 77-78 ve 83; *Kindhäuser* (n 4) §28, N 18; *Kühl* (n 19) §13, N 82; *Rengier* (n 12) §26, N 39 ve §31, N 17-27.

Bu hususta ileri sürülen *objektif teorilere* göre şahsi cezasızlık sebeplerinin objektif olarak var olup olmaması belirleyici olup failin bu sebeplerin maddi şartlarında hataya düşmesi ceza sorumluluğunu etkilemeyecektir. Zira bu sebepler haksızlık ve kusurun tümüyle dışında olan objektif nitelikteki sebeplerdir. Bu nedenle, şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata ceza sorumluluğu açısından önemsiz bir hatadır ve bu hataya hukuken bir sonuç bağlanması mümkün değildir. Söz konusu bu sebepler bütünüyle objektif nitelikte olup gerçekleşmeleri halinde failin bu durumun bilincinde olup olmaması bu sebeplerden yararlanması açısından bir önem arz etmeyeceği gibi gerçekleşmemeleri halinde de failin bu hususta yanılığa düşmesi cezai sorumluluğunu etkilemeyecektir.

Buna karşılık *katı subjektif teorilere* göre şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartları açısından düşülen hatanın da failin ceza sorumluluğuna etki ettiği kabul edilmelidir. Ancak bu etkinin hangi norma dayalı olarak ve hangi gerekçeyle kabul edilmesi gerektiği hususunda çeşitli yazarlarca birbirinden oldukça farklı teorik ve normatif esaslar ileri sürülmüştür.

Yine failin subjektif durumuna bir sonuç bağlanması gerektiğini kabul eden diğer bazı yazarlar esas itibarıyla objektif teorilerin argümanlarını reddetmemekle veya bu konuda genel bir değerlendirme yapmamakla birlikte, belli suçlar açısından ihdas edilen şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında düşülen hatanın failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracağını ileri sürmüşlerdir (*sınırlı subjektif teoriler*). Ancak bu yazarlar şahsi cezasızlık sebepleri arasında kategorik bir ayırım da yapmamışlardır.

Son olarak bazı yazarlar şahsi cezasızlık sebepleri arasında, bunların ihdas nedenleri ve fonksiyonlarına göre bir ayırım yapılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir (*ayırıcı teori*). Buna göre bir şahsi cezasızlık sebebi münhasıran ya da ağırlıklı olarak devletin cezalandırma politikalarına hizmet ediyorsa, bu sebeplerin uygulanması açısından tümüyle objektif durum dikkate alınacaktır ve bu sebeplerin şartlarında hata önemsizdir. Buna karşılık eğer bu sebepler, öncelikli olarak zorunluluk haline benzer bir motivasyonel fiili ya da suçun azalan kusur düzeyini dikkate almayı gerektiriyorlarsa, failin tasavvuru değerlendirilmelidir. Ancak bu teoriyi savunan yazarlar arasında failin bu sebeplerin maddi şartlarında düştüğü hatasına hangi hükümlere göre sonuç bağlanacağı tartışmalıdır.

Bu son belirtilen görüşün çıkış noktası oldukça isabetlidir. Gerçekten, bu başlık altındaki pek çok sebebin *ratio legis*'i birbirinden oldukça farklıdır ve bu farklılık esasen bunların hukuki nitelikleri açısından da etki doğurmaktadır. Bu çerçevede şahsi cezasızlık sebeplerinin bir kısmının *ratio legis*'i ceza hukukunun tümüyle dışındaki sebeplere bir kısmı ise kanun koyucunun ceza politikasıyla ilgili tercihlerine dayanmaktadır. Bu gibi esaslara dayanan şahsi cezasızlık sebepleri failin kusur içeriği üzerinde hiçbir etkide bulunmadığı için bunların maddi şartlarında hataya bir sonuç bağlanması da tabiatıyla olanaklı değildir.

Buna karşılık şahsi cezasızlık sebeplerinin önemli bir kısmı *failin fiil motivasyonunun* “varsayılan” oluşum sürecine bağlı olarak *kınama yargısının ağırlığı* ile doğrudan ilgilidir. Bu hallerde failin fiil motivasyonunun oluşum sürecini soyut (varsayımsal) olarak değerlendiren kanun koyucu, fiile yönelik normatif-toplumsal kınama yargısının ağırlığının cezaya layık bir aşamaya varmadığını kabul etmekte ve bu da ilgili suç tipine şahsi cezasızlık sebebi olarak yansımaktadır. Örneğin failin fiil motivasyonunu; TCK m 167 kapsamına giren hallerde, aile ilişkilerinden kaynaklı özel ve ayrıcalıklı bir pozisyonda olma durumunun, TCK m 283 kapsamına giren hallerde ise “norma uyma” ile “yakınına tehlikeden koruma” arasındaki çatışma durumunun şekillendirmesinin olağan olduğu açıktır. İşte bu gibi hallerde şahsi cezasızlık sebebi fail hakkındaki kusur yargısıyla ilişki içindedir ve bu sebebe dair normun maddi şartlarının somut olayda gerçekleşmesi halinde, her ne kadar haksızlık ve kusurluluğun bileşenleri ortadan kalkmamakta ve bu nedenle fiil haksız ve fail de kusurlu addedilmeye devam edilmekte ise de failin varsayılan fiil motivasyonunun oluşum sürecini şekillendirmeleri hasebiyle bu sebepler, failin kusur içeriğinin ağırlığını, bir ceza yaptırımını gereksiz kılacak ölçüde azaltmaktadır. Bir başka ifadeyle bu halde ceza sorumluluğunun iki bileşeni olarak haksızlık ve kusurluluk gerçekleşmekte olmasına rağmen failin kusur içeriği faile bir ceza verilmesini gerektirecek ağırlıkta kabul edilmemekte, bu da kanuna şahsi cezasızlık sebebi olarak yansımaktadır.

Bu sebeplerin *ratio legis*'i bazı suç tiplerinin belli sebepler dahilinde işlenmesindeki fiil motivasyonunun kusur içeriğini azalttığına dair soyut varsayıma bağlanan bir sonuç olduğundan bu motivasyonun, maddi olaya dair hatalı tasavvura dayalı olarak yine de oluştuğu hallerde de aynı varsayımın cari olduğu kabul edilmelidir. Bu çerçevede fail, eşine ait olduğunu zannederek bir başkasının malını çalmışsa bu hatasından yararlanmalı ve hakkında yine de şahsi cezasızlık sebebine dair hüküm uygulanmalıdır.

Olan hukuk açısından meseleye bakıldığında; şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatanın esasen TCK m 30 kapsamında düzenlenmediğini ve bu hususta kanunda bir bilinçsiz boşluk olduğunu ifade etmemiz elzemdir. İşte kanun koyucu, kusuru kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hatayı TCK m 30/3'te düzenlerken, mahiyet itibarıyla yine kusur içeriği üzerinde etki eden dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatayı düzenlemeyi ihmal etmiş ve bu konuda *bilinçsiz bir boşluğa* sebebiyet vermiş olduğundan bu boşluk, TCK m 30/3 hükmünün fail lehine kıyasen uygulanması yoluyla doldurulmalıdır. Buna göre bir şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında kaçınılmaz bir hataya düşen kimse, TCK m 30/3'ün kıyasen uygulanması çerçevesinde bu hatasından yararlanacak ve bu şahsi cezasızlık sebebine dair hüküm bu kimse hakkında tatbik edilecektir.

**Etik Kurul Onayı:** Bu çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Yazar Katkıları:** Çalışma Konsepti/Tasarım- E.S., H.A.C.; Veri Toplama- E.S., H.A.C.; Veri Analizi/Yorumlama- E.S., H.A.C.; Yazı Taslağı- E.S., H.A.C.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi- E.S., H.A.C.; Son Onay ve Sorumluluk- E.S., H.A.C.

**Çıkar Çatışması:** Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Ethics Committee Approval:** N/A.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Author Contributions:** Conception/Design of Study- E.S., H.A.C.; Data Acquisition- E.S., H.A.C.; Data Analysis/Interpretation- E.S., H.A.C.; Drafting Manuscript- E.S., H.A.C.; Critical Revision of Manuscript- E.S., H.A.C.; Final Approval and Accountability- E.S., H.A.C.

**Conflict of Interest:** The authors have no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The authors declared that this study has received no financial support.

## KAYNAKLAR / REFERENCES

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı, Adalet 2022).
- Antolisei F, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, A cura di Luigi Conti (16. Edz, Giuffré 2003).
- Artuk M E, Gökçen A, Alşahin M E ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Adalet 2022).
- Arzt G, Weber U, Heinrich B und Hilgendorf E, *Strafrecht Besonderer Teil* (Ernst und Werner 2009).
- Baumann J, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage, Verlag Ernst und Werner 1975).
- Baumann J, Weber U und Mitsch W, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (11. Auflage, Ernst und Werner 2003).
- Baytaz A B, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (Oniki Levha 2018).
- Bekar E, *Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar* (Oniki Levha 2018).
- Bekar E, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin 2013).
- Bettiol G, *Diritto penale, Parte generale* (5. Edz, G Priulla 1962).
- Bulut E, 'Şahsi Cezasızlık Sebepleri' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2021).
- Cadoppi A e Veneziani P, *Elementi di diritto penale, Parte generale* (7. Edz, CEDAM 2018).
- Canestrari S, Cornacchia L e De Simone G, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (Il Mulino 2007).
- Canpolat C, *Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir* (Seçkin 2016).
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Bası, Beta 2020).
- Cocco G, 'Il fondamento e i limiti dei rapporti familiari come causa di non punibilità o di perseguibilità a querela di parte', in Giovanni Iudica e Ugo Carnevali (edz), *Responsabilità civile e previdenza* (Giuffré, 2015) 1048-1062.
- De Marsico A, *Delitti contro il patrimonio* (E Jovene 1951).
- De Marsico A, *Diritto penale, Parte generale* (2. Edz, E Jovene 1969).
- Değirmenci O, 'Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma' [2014] TBBB (110), 129-188.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Seçkin 2020).
- Erem F, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Baskı, Sevinç 1973).
- Ersoy U, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları* (Adalet 2015).
- Exner T, 'Kompendium der strafrechtlichen Irrtumslehre' [2009] Zeitschrift für das Juristische Studium (5) 516-527.
- Fiandaca G e Musco E, *Diritto penale, Parte generale* (Zanichelli 1990).
- Fiore C e Fiore S, *Diritto penale, Parte generale* (6. Edz, UTET 2020).
- Fischer T, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze Band 10* (58. Auflage, C H Beck 2011).
- Frosali RA, *Sistema penale italiano* (UTET 1958).
- Gedik D, 'Ceza Hukukunda Şahsi Cezasızlık Sebepleri' [2006] Yargıtay Dergisi 32(4) 553-581.
- Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Springer 2005).
- Grosso CF, *L'errore sulle scriminanti* (Giuffré 1961).
- Gülşen R, 'Malvarlığına Karşı Suçlar Açısından Akrabalık Bağının Etkisi (TCK m 167)' in: Mahmut Koca (Ed), *Prof Dr Mehmet Emin Artuk'a Armağan* (Seçkin 2020) 487-534.

- Güngör D, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata* (Yetkin 2007).
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Bası, US-A 2019).
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (27. Baskı, Adalet 2022).
- Heinrich B, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Kohlhammer 2012).
- Heintschel-Heinegg B, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I* (3. Auflage, C H Beck 2017).
- Horn E, 'Zum Irrtum beim Ehegattendiebstahl' [1971] MDR (1) 8-11.
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Yenilenmiş Bası, Beta 2016).
- Jakobs G, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Auflage, Walter de Gruyter 1991).
- Jescheck H H und Weigend T, *Lehrbuch des Strafrecht* (5. Auflage, Duncker & Humblot, 1996).
- Kangal Z T, 'Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler' [2011] Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 7(85-86) 38-60.
- Kangal Z T, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu* (Seçkin 2010).
- Kindhäuser U, *Strafrecht Allgemeiner Teil*(6. Auflage, Nomos 2013).
- Kitapçıoğlu Yüksel T, *Özgülü Suç* (Oniki Levha 2021).
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin 2022).
- Kohlhaas M, 'Der Irrtum über das Vorliegen oder Nichtvorliegen von persönlichen Strafausschließungsgründen' [1958] ZStW (70) 217-226.
- Kühl K, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage, Franz Fahlen 2012).
- Lackner K und Maasen H, *Strafgesetzbuch* (5. Auflage, C H Beck 1969).
- Lackner K und Maasen H, *Strafgesetzbuch* (7. Auflage, C H Beck 1972).
- Mantovani F, *Diritto penale, Parte generale* (7. Edz, CEDAM 2011).
- Manzini V, *Trattato di diritto penale italiano, Vol.IX: Delitti contro il patrimonio*, A cura del Pietro Nuvolone (5. Edz, UTET 1986).
- Marinucci G, Dolcini E e Gatta G L, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (9. Edz, Giuffrè 2020).
- Maurach R, Schroeder F C und Maiwald M, *Strafrecht Besonderer Teil, Teil Band 2, straftaten gegen Geimenschaftswerte* (10. Auflage, CF Müller 2012).
- Meraklı S, 'Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi' [2010] Ceza Hukuku Dergisi 5(12) 261-302.
- Meraklı S, *Ceza Hukukunda Kusur* (Seçkin 2017).
- Nuvolone P, *Il sistema del diritto penale* (2. Edz, CEDAM 1982).
- Otto H, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre* (7. Auflage, De Gruyter Recht 2004).
- Ozansü MC, *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk* (Seçkin 2007).
- Önder A, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* Cilt II-III (Beta 1992).
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Bası, Seçkin 2022).
- Özen M, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. Baskı, Adalet 2022).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Seçkin 2022).
- Öztürk B ve Erdem M R, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (22. Baskı, Seçkin 2022).
- Padovani T, *Diritto Penale* (4. Edz, Giuffrè 1998).
- Palazzo F, *Corso di diritto penale, Parte generale* (8. Edz, G Giappichelli 2021).
- Pecorella G, 'Semantica versus ideologie: L'errore sulle cd cause di esclusione della pena', [2019] Archivio Penale 2019(2) 1-23.
- Pisapia GD, 'I rapporti di famiglia come causa di non punibilità' in: *Studi di diritto penale* (CEDAM 1956) 145-181.
- Pulitanò D, *Diritto penale* (9. Edz, G Giappichelli 2021).
- Ramacci F, *Corso di diritto penale* (A cura di Roberto Guerrini) (5. Edz, G Giappichelli 2013).
- Ranieri S, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (3. Edz, CEDAM 1956).
- Raviş S, 'Türk Ceza Hukukunda Şahsi Cezasızlık Sebepleri' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2022).
- Rengier R, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Auflage, C H Beck 2012).
- Romano B, *Diritto penale, Parte generale* (4 Edz, Giuffrè 2020).
- Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (4. Auflage, C H Beck 2006).
- Santaniello G e Maruotti L, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (Giuffrè 1990).
- Schmidt R, *Strafrecht - Allgemeiner Teil* (22. Auflage, RS 2021).
- Schönke A, Schröder H, *Strafgesetzbuch Kommentar*(27. Auflage, C H Beck 2006).
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Bası, Yetkin 2022).
- Sözüer A, 'Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Sorular Cevaplar' [2006] HPD (6) 227-237.



- Stree W, 'Der Irrtum des Taters über die Angehörigeneinschaft seines Opfers' [1962] *FamRZ* 55-60.
- Stree W, 'Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei' [1976] *Juristische Schulung Zeitschrift für Studium und Ausbildung* 16 (3) 137-145.
- Tezcan D, Erdem M R ve Önok R M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Bası, Seçkin 2022).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (26. Bası, Savaş 2021).
- Tulay ME, *Ceza Hukukunda Şahista veya Konuda Hata* (Adalet 2022).
- Tunç K, *Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata* (Adalet 2021).
- Vassalli G, 'Cause di non punibilità', *Enciclopedia del diritto, Vol VI* (Giuffré 1960) 609-636.
- Welzel H, *Das Deutsche Strafrecht* (4. Auflage, Walter de Gruyter 1954).
- Wessels J, Beulke W und Satzger H, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (43. Auflage, C F Müller 2019).
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Beta 2019).

#### **ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE**

Sarıtaş E, Algan Canseven H, 'Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hata' (2023) 11(1) *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, 1.