

KARADENİZ TEKNİK ÜNİVERSİTESİ * SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

CEZA HUKUKUNDA ÖNEMSİZLİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Salih ÖZKAN

NİSAN - 2017

TRABZON

KARADENİZ TEKNİK ÜNİVERSİTESİ * SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

CEZA HUKUKUNDA ÖNEMSİZLİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Salih ÖZKAN

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Namık Kemal TOPÇU

NİSAN – 2017

TRABZON

ONAY

Salih ÖZKAN tarafından hazırlanan “Ceza Hukukunda Önemsizlik” adlı bu çalışma 09/05/2017 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim dalında **yüksek lisans tezi** olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU (Başkan)

Yrd. Doç. Dr. Namık Kemal TOPÇU (Danışman)

Yrd. Doç. Dr. Mustafa CİN

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduklarını onaylarım. ... / ... /

Prof. Dr. Yusuf SÜRMEN

Enstitü Müdürü

BİLDİRİM

Tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada orijinal olmayan her türlü kaynağa eksiksiz atıf yapıldığını, aksinin ortaya çıkması durumunda her tür yasal sonucu kabul ettiğimi beyan ediyorum.

Salih ÖZKAN

07/04/2017

ÖNSÖZ

Betrand Russell'in bir röportajda John Freeman'in kendine yönelttiği “Bundan 1000 yıl sonrasında yaşayan nesillere yaşadığınız hayat ve bundan çıkardığınız dersler hakkında ne söylediniz?” sorusuna verdiği cevap bu tezin yazılması sırasında izlediğim başlıca metot olmuştur. Filozofun cevabının bir kısmı şu şekildedir: “(...) Herhangi bir konu üzerinde çalışırken ya da felsefesini düşünürken, kendinize yalnızca gerçeklerin/olguların ne olduğunu ve bu gerçeklerin ne anlama geldiğini sorun. İnanmayı istediklerinizin ya da ona inanılsaydı topluma faydalı olacağını düşündüğünüz şeylerin sizi yönlendirmesine asla izin vermeyin, sadece ve sadece gerçeklere bakın. (...)” Bu çalışmaya ceza hukukunun amacının suç tipinin lafzına uygun olarak ortaya çıkan her türlü haksızlığı cezalandırmak olmadığı gerçeğini sorgulayarak başladım.

Kanunilik ilkesinin katı olarak uygulanması sonucu aslında kanunilik ilkesinin de ruhuna uymayan düşünceler nedeniyle gelişimi sınırlı kalan ceza hukukunda önemsizlik tezin ana konusunu oluşturmaktadır. Dogmatik penceresinden bakıldığında haksızlık ile çok sıkı ilişkisi olan bu kavram liberal ceza hukukunun esas amacını gerçekleştirmek için zorunlu bir kavramdır. Özgürlüğe dayalı ceza hukuku idealine ulaşmada katkı sunacağına inandığım bu çalışma uzun bir süre ve büyük bir çabanın ürünüdür.

Ceza hukukunda önemsizlik meselesi özellikle uygulama tarafından anlaşılmamış ve bu nedenle toplum vicdanını yaralayacak birtakım sonuçlara yol açmıştır. Yine vicdanla çelişmeyecek kararlar verilmeye çalışırken ise hukuk düzeni ihlal edilerek doğruya yanlış yollardan ulaşmaya çalışılmış bu ise hukuku zedeleyen etmenlerden biri olmuştur. Bu çalışmanın, doktrin ve uygulamada fikirleri değiştirmese bile sorgulamanın önünü açmasını ümit ediyorum.

Nisan 2017

Salih ÖZKAN

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	IV
İÇİNDEKİLER.....	V
ÖZET	IX
ABSTRACT	X
KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ.....	1-3

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ÖNEMSİZLİĞİN DOGMATİK TEMELLERİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ.....	4-82
1.1. Kavram	4
1.1.1. Suç Kavramı.....	4
1.1.1.1. Suçun Etimolojik Anlamı	5
1.1.1.2. Sosyal Bilimler Bağlamında Suç Kavramı	6
1.1.1.3. Ceza Hukukunda Suç Kavramı.....	9
1.1.1.3.1. Şekli Bakımdan Suç - Maddi Bakımdan Suç	12
1.1.1.3.1.1. Maddi Bakımdan Suç ve Şekli Bakımdan Suç Ayrımı	12
1.1.1.3.1.2. Maddi Bakımdan Suç ve Şekli Bakımdan Suç Kavramlarının Diğer Kavramlardan Farkı.....	14
1.1.1.3.1.3. Doktrindeki Görüşler.....	15
1.1.1.3.1.4. Uygulama	19
1.1.2. Haksızlık Kavramı	20
1.1.2.1. Kusur ve Haksızlık İlişkisi.....	26
1.1.2.2. Haksızlığın Dereceleri	27

1.1.2.3. Haksızlığın Belirlenmesinde Niceliksel ve Niteliksel Görüşler	31
1.1.2.4. Cezalandırılan Haksızlık ile Diğer Haksızlık Türleri	33
1.1.3. Önemsizlik Kavramı	35
1.1.3.1. Önemsizlik Kavramının Ceza Hukukundaki Diğer Kavramlarla İlişkisi	36
1.1.3.1.1. Önemsiz Haksız Fiil (Suç) Kavramı (Bagatelldelikt)	37
1.1.3.1.2. Önemsiz Hareket Kavramı	39
1.1.3.1.3. Önemsiz Haksızlık.....	40
1.1.3.2. Önemsizliğin Pozitif Hukuka Yansıması.....	42
1.1.3.3. Önemsizlik ve Hukuki Değer İhlali Arasındaki İlişki	48
1.1.3.4. Değerlendirme	52
1.2. Tarihsel Gelişim	55
1.2.1. Birinci Dönem.....	56
1.2.2. İkinci Dönem.....	58
1.2.3. Ceza Hukukunu Sınırlandırma Çabaları	60
1.2.4. Değerlendirme.....	66
1.3. Önemsizliğin Dogmatik Temeli	67
1.3.1. Haksızlık İçeriği	68
1.3.1.1. Hareketin Haksızlığı	74
1.3.1.2. Neticenin Haksızlığı	79
1.3.1.3. Neticenin ve Hareketin Haksızlığının Önemsizliği	80

İKİNCİ BÖLÜM

2. CEZA NORMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ	83-133
2.1. Ceza Hukuku İlkeleri.....	83
2.1.1. Ultima ratio İlkesi	84
2.1.2. Ölçülülük İlkesi.....	86
2.1.3. Kanunilik ve Belirlilik İlkesi.....	93
2.1.3.1. Kanunilik İlkesi	93
2.1.3.2. Belirlilik İlkesi	96
2.1.4. De Minimis Non Curat Lex İlkesi.....	100
2.2. Suç Politikası İlişkisi	107

2.2.1. Cezaya Muhtaçlık.....	109
2.2.2. Cezaya Liyakat.....	112
2.3. Tipiklik ve Yorumu	115
2.3.1. Tipiklik.....	116
2.3.2. Ceza Normlarının Yorumu.....	119
2.3.3. Ceza Hukukunda Yorumun Sınırı.....	123
2.3.3.1. Amaç ve Yorum.....	125
2.3.3.1.1. Ratio Legis Yorumu	126
2.3.3.1.2. Normun Koruma Amacı Öğretisi	132

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. ÖNEMSİZLİĞE YÖNELİK ÖLÇÜTLER VE GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ 134-213

3.1. Ölçütler	134
3.1.1. Hukuki Değer Öğretisi ve Hukuki Değerin İhlali	134
3.1.1.1. Korunan Hukuki Değer Öğretisi.....	135
3.1.1.2. Hukuki Değerin İhlali ve İhlal Modelleri	144
3.1.1.2.1. Hukuki Değerin İhlali.....	144
3.1.1.2.2. İhlal Modelleri	149
3.1.1.3. Değerlendirme	152
3.1.2. Sosyallik Öğretileri	156
3.1.2.1. Sosyal Hareket Teorisi.....	157
3.1.2.1.1. Doktrindeki Görüşler.....	158
3.1.2.1.2. Sosyal Hareket Teorisine Yönelik Eleştiriler ve Değerlendirme	159
3.1.2.2. Toplumsal Uygunluk Öğretisi	162
3.1.2.2.1. Toplumsal Uygunluğun Hukuki Niteliği.....	167
3.1.2.2.1.1. Tipikliği Ortadan Kaldıran Hal Olarak Fiilin Toplumsal Uygunluğu	167
3.1.2.2.1.2. Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Fiilin Toplumsal Uygunluğu	169
3.1.2.2.1.3. Karma Görüş	172

3.1.2.2.1.4. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Hal Olarak Fiilin Toplumsal Uygunluğu	174
3.1.2.2.1.5. Bir Yorum Kuralı Olarak Fiilin Toplumsal Uygunluğu	174
3.1.2.2.2. Toplumsal Uygunluk Öğretisinin Gerekliliği ve Günümüzdeki Durum	180
3.1.2.3. Toplumsal Zararlılık	184
3.1.2.4. Örf ve Âdetin Ceza Hukukuna Etkisi	186
3.2. Önemsizliğin Görünüş Şekilleri	190
3.2.1. Hareket Objесinin İhlalinin Önemsizliği	191
3.2.1.1. Zarar veya Tehlikenin Önemsizliği	191
3.2.1.2. Hareket Objесinin Ekonomik Değeri.....	193
3.2.1.2.1. Hırsızlık Suçu	194
3.2.1.2.2. Karşılıksız Yararlanma Suçu.....	196
3.2.1.2.3. Zimmet Suçu (Müşamaha Edilen Zimmet)	197
3.2.1.2.4. Rüşvet ve Yarar Kabul Etme Suçu	199
3.2.1.2.5. Yağma Suçu.....	202
3.2.1.3. Değерlendirme	204
3.2.2. Hukuki İhtilaf ve Suç İkilеmi.....	205
3.2.2.1. Hukuki İhtilaf.....	205
3.2.2.2. Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Hilesi.....	207
3.2.3. Bireyüstü Hukuki Değерleri Koruyan Suç Tipleri	209
SONUÇ	214
YARARLANILAN KAYNAKLAR	223
ÖZGEÇMİŞ	243

ÖZET

Toplumsal kontrolü sağlamaya yönelik en etkin yol olan hukuk alanlarından biri ceza hukukudur. Tarihsel süreçte birçok düşüncenin etkisiyle değişim yaşamış ve günümüzde ceza hukuku özgürlükçü hukuk devleti anlayışının egemen olduğu bir hal almıştır. Sadece kurallar bütününden oluşmayan bu hukuk dalı aynı zamanda birçok prensiplere dayanmaktadır. Bu ilkeler içinde ise ceza hukukunu karakterize eden “*ultima ratio*” prensibi yani ceza hukukunun son çare olma prensibi önemli bir yere sahiptir. Ceza hukukunda önemsizlik ile bu karakter büyük oranda tamamlanmaktadır.

Önemsizlik ile ceza hukukunun sınırları daraltılarak haksızlık içeriği bir suç tipinin aradığı haksızlık içeriğine sahip olmayan fiillerin ceza hukukunun alanından çıkarılması sağlanmaktadır. Çalışmada önemsizliğin dogmatik temellendirmesi, normun somut olaya uygulanması, kıstaslar ve birtakım özel suç tiplerindeki yansımalarının incelenmesiyle yetinilmiştir.

Somut olayda ortaya çıkan ve lafız itibarıyla suçun unsurlarını gerçekleştiren birtakım davranışlar, önemsizlik çerçevesinde getirilecek bazı ölçütlerle haksızlık içeriği belirlenebilmektedir. Böylelikle haksızlık içeriği, suç tipinin aradığı haksızlık içeriğini gerçekleştirmeyen davranışların suç kavramının dışına çıkarılarak, bu davranışların cezalandırılmasının önüne geçilebilmektedir. Soyut normun somut olaya uygulanmasında ise uygulayıcı çeşitli kıstaslarla birlikte yorum yaparak haksızlık içeriğini belirleyecek ve suç tipinin gerçek anlamda oluşup oluşmadığını tespit edecektir.

Anahtar Kelimeler: Haksızlık İçeriği, Yorum, Hukuki Değer İhlali, Toplumsal Uygunluk, *Ultima ratio*

ABSTRACT

One of the areas of law, the most effective way to provide social control, is criminal law. In progress of time, the criminal law is evolved with the effects of different thoughts and nowadays the idea of libertarian state of law is dominant in the field of criminal law. The field of law not only consist of rules but also it is based on many principles. As one of these principles, the principle of “*ultima ratio*” which characterizes the criminal law and which means the criminal law is the last resort has an important place. This character is largely completed with insignificance in criminal law.

With the insignificance, the boundaries of the criminal law are narrowed and it is ensured that the acts which do not have the content of injustice that an unfairness crime type looks for are removed from the field of criminal law. In the study, only, dogmatic grounding of insignificance, application of norm to concrete case, the criterias and examination of reflections on specific types of crime were analysed.

The content of injustice of some behaviors that occur in the concrete case and that correspond to the type of crime can be determined by some criteria which are in the framework of insignificance. In this way, the content of unfairness can be prevented from being punished by excluding the behavior that does not make the content of injustice that the crime type is looking for out of the crime concept. In applying the abstract norm to the concrete case, the practitioner will make an interpretation with various criteria to determine the content of the injustice and determine whether the type of crime is genuine.

Keywords: Injustice Content, Interpretation, Violation of Legal Interest, Social Compliance, *Ultima ratio*

KISALTMALAR LİSTESİ

AD	: Adalet Dergisi
a.g.e.	: Adı geçen eser
Art	: Artikel
AT	: Allgemeiner Teil
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bay	: Bayern
Bd	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof
Bkz	: Bakınız
BT	: Besonderer Teil
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CD	: Ceza Dairesi
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
Çev	: Çeviren
E	: Esas
FS	: Festschrift
GA	: Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	: Grundgesetz
HD	: Hukuk Dairesi
HFY	: Hukuk Fakültesi Yayınları
Hrsg	: Herausgegeben
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JR	: Juristische Rundschau

JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristische Zeitung
K	: Karar
Karş	: Karşılaştırınız
KK	: Kabahatler Kanunu
Kn	: Kenar Numarası
KritV	: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NK	: Nomos Kommentar
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
OblG	: Oberlandesgericht
OLG	: Oberlandesgericht
Rn	: Randnummer
Ss	: Strafsenat (Ceza Dairesi)
StGB	: Strafgesetzbuch (Alman Ceza Kanunu)
StPO	: Strafprozessordnung (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu)
Str	: Strafrecht
Str (GS).	: Strafrecht (Grosse Senat)
Str S	: Strafrechtliche Sache
Sy	: Sayı
T	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TierSchG	: Tierschutzgesetz (Alman Hayvan Koruma Kanunu)
Y	: Yargıtay
ZJS	: Zeitschrift für das Juristische Studium
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

GİRİŞ

Ceza hukukunda önemsizlik konusu ismi ile müsemma değildir. Öyle ki birtakım haksızlıklar somut olayda aslında çok hafif ortaya çıkmasına rağmen sırf kanunda bir suç tipine lafız itibariyle uyduğu için, hapis cezası gibi çok ağır bir yaptırım ile karşı karşıya kalabilmektedir. Esasında çözümü bir hukukçu tarafından gayet basit bulunabilecek bu sorun “hukukluların”¹ eline düştüğünde aşırı orantısız bir sonuç doğmakta ve toplumsal vicdanı daha da yaralayan uygulamalara sebep olmaktadır.

Kanunilik ilkesi olarak adlandırılan ve ceza hukukunu sınırlayan bir prensip olarak ortaya çıkan “*nullum crimen sine lege*” her türlü davranışın sınırsızca cezalandırılmasının önüne geçmesi için kabul edilmiştir. Böylece soyut normlar olarak düzenlenen suç tipleri dış dünyada meydana gelen davranışlardan hangilerinin cezalandırılacağına çerçevesini çizmiştir. Kural olarak bu suç tiplerinin belirli haksızlıkları tanımladıkları ve bir haksızlık içeriği belirledikleri kabul edilmektedir. Bu nedenle somut olayda ortaya çıkıp bu suç tiplerinin kapsamına giren davranışlar da kanun koyucu tarafından tasvip edilmez olarak nitelendirilmektedir. Suç tipleri doğaları itibariyle kelime ve kavramlarla ifade edilen birtakım unsurları barındırmaktadır. Somut olayda ortaya çıkan suç tipinin barındırdığı haksızlık içeriğine ulaşmayan davranışlar da suç tipi tarafından görünüş itibariyle kapsanabilmektedir. İşte önemsizlik denilen konu bu davranışları konu almaktadır.

Önemsizlik sorununun çözümü için esasında pozitif bir düzenleme olmazsa olmaz bir şart olmayıp konu uygulayıcının yapacağı, ceza hukukunun karakterine ve onun ilkelerine uygun bir yorum ile çözüme kavuşturulabilmektedir.

Önemsizliğin incelenmesine geçmeden önce konunun sınırlandırılma zorunluluğu bulunmaktadır. Önemsizliğin hukukta; özel hukuk, idare hukuku, kabahatler hukuku gibi alanlarda yansımaları bulunmasına rağmen çalışmanın başlığında olduğu üzere sadece ceza

¹ Hukuk fakültesinde öğretilen dersleri vererek hukuk diplomasına sahip olan ancak hukukçu vasfını kazanamayan şahıs.

hukuku alanındaki yeri tartışılacaktır. Ancak önemi itibariyle diğer hukuk dallarına yeri geldiğinde atıflarda bulunulacaktır. Çalışmamızın esasını oluşturan önemsizliğin tam olarak anlaşılması için şüphesiz her yönüyle bir inceleme yapılması gerekmektedir. Ancak konunun genişliği itibariyle çalışma bir suç tipinin lafzına uygun ancak yorum yapıldığında suç tipinin dışına çıkarılabilecek davranışları kapsayacaktır. Yine önemsizliğin felsefi temelleri, ceza özel hukukuna yansımaları, ceza muhakemesindeki yansımaları, yaptırım teorisi içindeki yeri, kriminolojik temelleri gibi yönleri ayrı bir başlık altında incelenmeyecek sadece ceza dogmatikliğindeki yeri ve suç teorisi bakımından önemi değerlendirilecektir. Ancak bahsedilen yönler yeri geldikçe konu içinde değerlendirilecek ve bu yönlerine de atıfta bulunulacaktır.

İleride görüleceği üzere şekli olarak bu tür davranışların haksız davranış olma özelliği bulunmaktadır. Bu davranışlar görünüşte tipik ve hukuka aykırı olarak ortaya çıktıklarında yalnız şekli (*formel*) bakımdan suç özelliklerini haizdir. Ancak salt şekli bakımdan suçun oluşması yetmeyip ceza hukukunun ağır yaptırımıyla karşılanması için aynı zamanda maddi bakımdan suç da teşkil etmesi gerekir. Önemsizlik kavramının anlaşılması için öncelikle suç ve haksızlık kavramları ele alınmıştır. Bu incelemelerden yola çıkarak önemsizlik kavramının anlamı ortaya konulmuştur. Önemsizliğin esasını oluşturan ve onun dogmatik yönü olan haksızlık içeriği kavramı ve bu kavramın unsurları ise teorik bir çizgide incelenmiştir. Bunun dışında ilk bölümde kanunilik ilkesi temelinde önemsizliğin tarihsel çerçevesi oluşturulmaya çalışılmıştır.

İkinci bölüm bir ceza normunun değerlendirilmesi ve somut olaya uygulanmasını esas almaktadır. Haksızlık içeriğinin önemsiz olup olmadığının tespiti soyut normun somut olaya uygulanma yöntemi olan yorum ile mümkündür. Yorum faaliyetinde ise uygulayıcı sadece kanunun lafzına bağlı kalmayıp bu faaliyeti yürütürken diğer birtakım unsurları da kullanmaktadır. Nitekim bu faaliyette hukuk prensipleri büyük önem taşımaktadır. İlkeler incelenirken tüm ilkelerden bahsedilmeyip yalnız önemsizlik açısından önem arz eden ilkeler ele alınmıştır. Keza yoruma etkili olan suç politikası ilkeleri ve bunların işlevleri de ikinci bölüm altında değerlendirilmiştir. İlkeler ve suç politikası ilişkisi ortaya konduktan sonra bölümün omurgasını oluşturan tipiklik ve yorum ele alınmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümü ise, önemsizliğin belirlenmesinde kullanılabilecek kıstasları ve dogmatik çalışmanın özel suç tiplerine nasıl yansıdığı hakkında fikir vermek amacıyla önemsizliğin özel suç tiplerindeki görünüş şekillerini kapsamaktadır. Ayrıca kıstaslardan biri olan hukuki değer ihlalini daha iyi açıklamak amacıyla hukuki değer öğretisi üzerinde ayrıntılı biçimde durulmuştur. Ceza hukuku ve toplum ilişkisi göz önünde bulundurularak sosyallik öğretileri tek başlıkta toplanmış ve toplum bakımından katlanılmaz olmanın çerçevesi çizilmeye çalışılmıştır. Yine üçüncü bölümümde önemsizliğin ortaya çıkış şeklini somutlaştırmak amacıyla bilhassa ortak ölçütlerden yararlanılarak, suç tipleri önemsizlik çerçevesinde incelenmiştir.

Çalışmada ortaya çıkan netice, öneri ve konu ile ilgili değerlendirmeler, önemine göre bölümler içinde değinilmiş ve genel değerlendirmelere özet olarak sonuç kısmında yer verilmiştir. En son kısımda ise çalışmanın ortaya çıkmasında kullanılan kaynaklar listelenmiştir.

Metot olarak ise çalışmada kavram kullanımında olabildiğince birlik sağlanmaya çalışılmış ancak bazı yerlerde aynı anlama gelmesine rağmen ayırt edici olması bakımından (örneğin sosyallik öğretileri başlığı altında yer alan sosyal hareket başlığı altında “sosyal” kavramı, toplumsal uygunluk altında “toplumsal” kavramı kullanılmıştır) aynı anlama gelen farklı kelimeler kullanılmıştır. Yine kavram farklılaşmasında çalışma içinde ayrıca açıklamalarda bulunulmuştur.

Çalışmanın kısaltmalar kısmında aynı terimin farklı ifadeleri yer almıştır. Bunun nedeni, Alman Hukuku kaynaklarında yer alan kısaltmaların orijinaline bağlı kalmak ve aynı zamanda doktrinimizde yer alan ve sık kullanılan kısaltmaları tercihtir. Yine dipnotlarda önemli görülen pozitif düzenlemelere kolaylık açısından metin olarak yer verilmiş özellikle yabancı düzenlemeler tercüme edilerek dipnotlarda yerini almıştır. Mahkeme kararlarına atıflar ise ana kaynağa ulaşmada yardımcı olmak amacıyla doktrinlerdeki genel atıf usulüne bağlı kalınarak yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ÖNEMSİZLİĞİN DOGMATİK TEMELLERİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ

1.1. Kavram

Toplumsal düzen ve birlikte yaşamın anahtarı olan hukukun anlaşılması ve bununla ilintili olarak birtakım kavramların incelenmesi çalışmanın esaslarını ortaya koymak bakımından elzemdir. Bu nedenle önemsizliğin dogmatik temellerini oluşturmak amacıyla suç kavramı ayrıntılı olarak incelenecek daha sonra bir değer yargısı olan haksızlık kavramı ve bu kavramlardan yola çıkarak önemsizlik kavramı ortaya koyulacaktır. Bu başlık altında sadece tanımlamaya girilmeyip kavramların ceza hukuku bakımından arz ettikleri özellikler de ayrıca değerlendirilecektir.

1.1.1. Suç Kavramı

İnsanlar daha ilk zamanlardan beri birlikte yaşama güdüsüyle donatıldıkları için ilk önce küçük gruplar halinde yaşamlarını sürdürmüşlerdir. Bunun başlıca nedeni doğal yaşamda insanın birtakım tehlikeler karşısında zayıf kalmasıdır. Gruplar halinde yaşamının hayatta kalma amacı bakımından öncelik taşıdığı ilk zamanlardan günümüze dek insan nüfusunun artması, insanı bir toplum ya da topluluk halinde yaşamaya itmiştir. Ancak toplum halinde yaşamın devamı düzen, disiplin gibi gerekleri beraber getirmiş ve böylece hukuk doğmuştur. Kuşkusuz toplum bu düzene aykırı davranışları ya düzenin bozulmaması ya da bozulan düzenin tekrar inşası için çeşitli yaptırımlar öngörmüştür. İşte bu düzene aykırılıklar, suç denen olguyu da beraberinde getirmiştir.

Suç dendiğinde akla birden çok tanım ve kavram gelmektedir. Gerçekten suç tek bir bilim dalı tarafından incelenmemiştir. Sosyal bilimlerin alanına giren ve toplumsal bir olgu olan suça, sosyal bilimlerin altında yer alan neredeyse bütün bilim dalları tarafından ayrı bir tanım getirilmiştir. Eski Yunandaki düşünürlerden günümüze dek suçun ne olduğunun

tanımı yapılmaya çalışılmaktadır. Ancak suç kavramına getirilen tanım çeşitliliği bu olguyla daha çok birebir ilgilenen kriminoloji ve ceza hukuku alanında gerçekleşmiştir.

1.1.1.1. Suçun Etimolojik Anlamı

Suçun ne olduğu ve suç kavramından ne anlaşıldığını daha iyi anlamak için ilk önce sözlük anlamından başlayarak incelemek gerekir. Suç kavramı, etimolojik olarak incelendiğinde buna birçok dilde farklı anlamlar yüklendiği görülmektedir.

Suç, Eski Türkçeden gelen bir kelimedir. *Su-* yani, “*bükülmek, itaat etmek*” fiilinden *-ış* ekiyle türetilmiştir. Suç kelimesi sapma, yönünden kayma, hata, günah anlamlarına gelmektedir.²

Suç teriminin diğer bir adı da *cürüm* olarak ifade edilmiştir. *Cürüm*, Arapçadan Osmanlıcaya geçmiş oradan da uzun süre Türkçede kullanılan bir terim olmuştur. *Cürüm*, daha doğrusu *cürm*, Osmanlıcada günah, suç anlamlarına gelmektedir.³

Alman Hukukuna baktığımızda ise karşımıza suç kavramı iki şekilde ifade edilmektedir. Bunlar *Straftat* ve *Delikt* kavramlarıdır.⁴ Ancak *Delikt* kavramının, *Straftat* kavramını da kapsayan daha geniş bir kavram olarak kullanıldığı göze çarpmaktadır. *Delikt* cezalandırılan davranış anlamını taşıyıp 16. yy’da Latince *delictum* kelimesinden türemiştir. *Delictum* Latince hata, suç işleme, kabahat etme anlamlarına gelmektedir.⁵ Genel olarak *Delikt* kavramı hem özel hukukta hem de ceza hukukunda kullanılan ve özel hukuk bakımından haksız, izin verilmeyen fiil anlamına gelmektedir. Ceza hukuku bakımından ise *Straftat* kavramı kullanılmaktadır.⁶ Buradan yola çıkarak *Delikt* kavramının *Straftat* kavramını da kapsayan üst bir kavram olduğunu kabul etmek gerekecektir. Böylelikle ceza hukukunun konusunu *Straftat* oluştururken özel hukukun konusunu *Delikt* kavramı oluşturacaktır.

² <http://www.etimolojiturkce.com/kelime/su%C3%A7>, SON ERIŞİM TARİHİ: 12.06.2015

³ Ali Nazima ve Faik Reşad, **Mükemmel Osmanlı Lügati**, 3. Baskı, Ankara: Türk Dil Kurumu, 2009, s. 55.

⁴ Karl Steuerwald, **Türkisch-Deutsches Wörterbuch**, 2. Baskı, İstanbul: ABC Kitapevi, 1990, s. 850.

⁵ <http://www.dwds.de/?view=1&qu=delikt>, (19.06.15)

⁶ Hans Kaufmann ve Klaus Weber, **Creifelds Rechtswörterbuch**, 14. Baskı, München: C. H. Beck’sche Verlag, 1997, s. 284.

Doktrinde ceza hukukunun, haksızlığın ağırlığına binaen *Straftat* kavramında ‘*Verbrechen*’ ve ‘*Vergehen*’ olmak üzere ikili bir ayrıma gittiği görülmektedir. ‘*Verbrechen*’ kavramına örnek suçlar olarak adam öldürme yağma ve vatana ihanet verilirken ‘*Vergehen*’ kavramına örnek suçlar olarak hırsızlık, dolandırıcılık ve belgede sahtecilik suçları verilmiştir.⁷ *Straftat* kavramının anlamına baktığımızda ilk olarak iki kelimededen türetildiği görülebilir. *Straf* ve *tat* isimlerinden türeyen *Straftat* ilk anlamda cezalandırılan fiil olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ancak doktrinde *Delikt* ile *Verbrechen* kavramları arasında farklı bir ilişkiye de dikkat çekildiği görülmektedir. Buna göre *Delikt* ceza yaptırımından bağımsız olarak normun soyut bir ihlali olup *Verbrechen* kavramının ise ancak cezalandırılabilir fiiller olduğu ileri sürülmüştür.⁸

1.1.1.2. Sosyal Bilimler Bağlamında Suç Kavramı

Suç kavramı sadece ceza hukukunda değil hukukun dahil olduğu sosyal bilimler alanında da kendine yer edinmiştir. Buna göre birçok sosyal bilim dalı, suçu kendi disiplinleri içinde tanımlamaya çalışmıştır. Peşinen söylemek gerekir ki tanım birliği ceza hukukunda olmadığı gibi diğer sosyal bilim dallarında da bulunmamaktadır. Çalışmanın amacından sapmamak ve konu, hukuk ve özellikle ceza hukuku açısından ele alınacağı için hukuk dışı diğer beşerî ilimlerin suça ilişkin getirdiği tanımlar çok kısa değerlendirilecektir. Beşerî bilimlerde suç kavramının incelenmesinin amacı ceza hukuku anlamında suç kavramına giden yolu belirginleştirmektir.

Beşerî bilimlerde suç tanımına bakıldığında öncelikle **Sosyoloji** biliminde suçun genel geçer bir tanımın yapılamadığını söylemek yerinde olacaktır. Yapılan tanımlarda suç sosyal bir olgu olarak ele alınmıştır. Sosyolojinin bir alt dalı olarak suç sosyolojisini, klasik sosyolog *Durkheim* ile başlatmak mümkündür. Suç sosyolojisinde klasik (geleneksel) görüşün tanımına göre, suç sosyal düzensizliktir.⁹ Yani suç toplumsal organizasyonun bozulması neticesinde ortaya çıkan bir olgudur. Böylece toplumsal yaşamın bozulması, bir

⁷ Michael Köhler, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 1997, s. 25.

⁸ Karl Binding, *Handbuch des Strafrechts I*, Leipzig: Verlag von Duncker&Humblot, 1885, s. 499.

⁹ Zahir Kızmaz, “Sosyolojik Suç Kuramlarının Suç Olgusunu Açıklama Potansiyelleri Üzerine bir Değerlendirme”, *Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 29 (2), 2005, s. 151-152,

düzensizliğin ortaya çıkması suç olarak tanımlanmaktadır. *Durkheim* suçu oldukça *güçlü ve kesin*, birtakım ortak duyguları rencide eden bir eylem olarak tanımlar.¹⁰ Sosyoloji alanında getirilen bir diğer tanım ise suçun, insanın içinde yaşadığı toplumun etik kaidelerine uymaması, bunlara karşı gelmesidir.¹¹ Başka bir görüş ise suçu sapma davranışının cezalandırılan kısmı olarak tanımlamıştır. Buna göre sapma davranış çoğunluğun onayladığının dışında kalan, ayıplanan ya da cezalandırılan bir davranıştır. Aynı davranış, hukuk normları tarafından da bir sapma davranış olarak kabul edildiğinde ortaya suç olgusu çıkar.¹² Son bir görüş ise suçu, resmi ve siyasal yetkiyi elinde tutanlar tarafından yürürlüğe konulup ihlali, devlet tarafından cezalandırılan ihlaller olarak tanımlamıştır.¹³

Felsefe ise yine birden fazla suç tanımına rastlanılmaktadır. Suç ile ilgili düşüncelerin tarihi Eski Yunan'a kadar dayanmaktadır. Örneğin Eski Yunan düşünürlerinden *Platon*, Yasalar isimli eserinde suçu, ruhun bir tür hastalığı olarak görmüştür.¹⁴ Felsefedeki diğer tanımlara bakıldığında ise bir tanım, tanrı tarafından gönderilmiş bir *hamartia*¹⁵ biçiminde, kuşaktan kuşağa acıması aktarılan bir *miasma*¹⁶ olarak suçun tanımlandığı görülebilir. Yine düşünsel süreçte ortaya çıkan ve kendine önemli bir yer bulan faydacılık akımının yaptığı tanıma göre ise suç, sebep olduğu veya sebep olma potansiyelini taşıdığı acı dolayısıyla men edilmesi gerekli olan her hareket olarak tanımlanmıştır.¹⁷ Yani suç, toplumdaki gruplara mensup bireyler tarafından işlenip bu grubun diğer bireyleri tarafından zararlı olarak görülen, toplumun geneli tarafından kabul edilen ahlaka aykırı görmektedirler. Bu nedenle toplum refahını korumak amacıyla bu suça ortak bir tepki verirler.

Psikoloji bilimi de suç kavramını inceleyen alanlardan biri olmuştur. Burada yapılan tanımlar arasında *P.A. Sorokin*'nin toplumda var olan davranış biçimlerinin ihtilafi

¹⁰ Hüseyin Bal, **Hukuk Sosyolojisi**, 3. Baskı, Isparta: Fakülte Kitabevi, 2012, s. 209

¹¹ Hamide Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi**, Cilt 1, No: 174, 3. Baskı, İstanbul: AÜHF Yayınları, 1969, s. 494.

¹² Bal, a.g.e., s. 191-193.

¹³ Sulhi Dönmezer, **Sosyoloji**, 7. Baskı, Ankara: Nihad Sayar-Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları, 1984, s. 256.

¹⁴ Bal, a.g.e., s. 194.

¹⁵ Aristoteles'e göre, tragedya kahramanının düştüğü bir yanılgı yüzünden talihinde bir dönüş olmasıyla ortaya çıkan acılı durum.

¹⁶ Havadaki bulaşık mikroplar, mikroplu hava anlamına gelmektedir.

¹⁷ Jeremy Bentham, **Theory of Legislation**, (Çev. Harles Milneb Atkinson), Londra: Oxford University Yayınları, 1914, s. 72-73.

tanımı gösterilebilir.¹⁸ Bazı görüşler ise suçu biyolojik bir bakış açısıyla açıklamaya çalışmışlardır. Buna göre suç, birey için hanibalizmin vazgeçilmezliğinin bir yansımasıdır. Böylece suç, içgüdü ve streslerden kaynaklanan davranış olarak kabul edilir.¹⁹ Psikanalitik teoriyi öne süren *Freud* ise suçu kişilik bozukluğunun ortaya çıkması olarak tanımlanmıştır. Bu kişilik bozukluğu, iç kontrol mekanizmalarının, *id'in* ilkel, saldırgan ve anti-sosyal güdülerini sınırlayamadığı bir kişilik bozukluğudur.²⁰

Suç ile doğrudan ilgilenen alanların başında yer alan **Kriminoloji** bilimi, suçu ve suçluyu en geniş biçimde inceleyen bilim dalı olmuştur. Bu alanda suçun açıklanması, kriminoloji biliminin esas sorunlarından biri olduğu için *Thomas Moore*, *Montesquieu*, *Voltaire*, *Rousseau* gibi yazarlar suçu, sosyal bir olgu olarak belirtmişler ve suç ilgili teoriler ortaya atmışlardır. Elbette daha önceleri kriminolojik açıdan suç davranışlarına ilişkin görüşlerin *Platon* ve *Aristo* gibi düşünürler tarafından ileri sürüldüğü görülmektedir. Böylece suç kavramına ilişkin ortaya zengin bir içerik çıktığı söylenebilir. Düşünürlerin, suçu tek tek ‘suçlu icrai ve ihmali davranışlar’ olarak değerlendirildiği söylenebilir.²¹ Yine kriminoloji alanında büyük etkiler bırakan *Garofalo* ise suçu, çekirdek alan olan bütün zaman ve kültürlerde kötü olarak cezalandırılan adam öldürme, yağma, ırza geçme, hırsızlık gibi “*delikta mala per se*” kabul edilen hareketler olarak düşünmüştür.²² Yani evrensel ve tüm zamanlarda ar ve haya duygularını rencide eden bir davranış, suç olarak tanımlanmıştır. Bir diğer görüş ise kanuni tarifte belirlenen fiillerin suç olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur.²³ Kriminolojik olarak suç tanımı genel geçer şekilde yapılamasa da suçun, kanunlar tarafından suç olarak belirlenen fiiller ile suç olması muhtemel asosyal davranışlar bütünü olarak kabul edilebileceğini söylemek gerekir.

Sonuç olarak suç, toplum tarafından öne sürülen ve anomaliyi engelleme amacı taşıyan yasakların ihlali şeklinde tanımlanabilir. Yani insanın fitratı gereği topluluk halinde yaşadığı, bunun sonucu olarak toplumsal yaşam sürecinde birtakım anomaliler ortaya çıktığı ve bu anomalilerin toplumun çoğunluğunun normal olarak karşıladığı davranışların dışına çıkan davranışlar olarak görmek mümkündür. Ancak bu suç tanımı çok geniş olduğu

¹⁸ İlham Rahimov, **Suç Ve Ceza Felsefesi**, 1. Baskı, Ankara: Ekoavasya Yayınları, 2014, s. 25.

¹⁹ Rahimov, a.g.e. s. 25.

²⁰ Füsün Sokullu-Akinci, **Kriminoloji Ders Notları**, İstanbul 1994, s. 130.

²¹ Timur Demirbaş, **Kriminoloji**, 3.baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010, s. 37.

²² Aktaran Demirbaş, **Kriminoloji**, s. 37.

²³ Doğan Soyaslan, **Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri)**, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, s. 36.

için ve bu kavrama giren davranışların haklara müdahale anlamını taşıyan yaptırımla karşılanması söz konusu olacağı için kavramın daraltılması gerekmektedir. Kavramın daraltılması ise bir sonraki başlık altında yani ceza hukukunda suç kavramının incelenmesi ve sınırlarının belirlenmesiyle mümkün olabilecektir.

1.1.1.3. Ceza Hukukunda Suç Kavramı

Suçu en geniş biçimde inceleyen beşerî bilim dalı ise kuşkusuz hukuk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu dalda yapılan suç tanımları ise esasen ceza hukuku alanında ağırlık kazanmıştır. Öyle ki ceza hukuku doğrudan suç kavramını kullanırken bu dal dışında kalan hukukun diğer alt dalları kavram olarak suçu; haksızlık, kabahat, disiplinsizlik olarak tanımlamışlardır.

Ceza hukukunda suç, genel olarak kanun tarafından belirlenen yasağın ihlali veya kanun tarafından getirilen emre aykırı davranış olarak tanımlanmıştır. Buna göre kanun koyucunun kanuni bir düzenlemeyle getirdiği ve bir ceza yaptırımına bağladığı çerçeveye girilmesi ya da bu çerçevenin ihlali, suç olarak kabul edilmektedir.²⁴ Ancak gerek yazarların mensup olduğu ekoller gerekse de ekoller içi görüş ayrılıkları çok farklı suç tanımlarının yapılması sonucunu doğurmuştur. Burada dikkat çekilmesi gereken husus, suç tanımlarını ortaya koyarken bazı yazarların salt anatomik (yapısal) ve biçimsel bir suç tanımına başvururken bazı yazarların ise suçun maddi yönünü de göz önünde bulundurarak farklı tanımlar yapma yoluna gittikleridir. Bu nedenle suç tanımlarına ilişkin değerlendirmeler incelenirken olabildiğince benzer tanımlar bir araya getirilerek bir sistematik oluşturulacaktır.

Suçu tanımlama girişimlerine bakıldığında *Schmidhäuser* tarafından ikili bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Yazar suçun ceza hukuku tarafından bir karşılık verilmesi gereken insan davranışı olduğunu ileri sürerek suçun şekil ve içerik yönü itibarıyla iki türlü belirleneceğini savunmuştur. Buna göre suç içerik bakımından reddedilen davranış olup, şekli olarak ise ceza kanununda gösterilen çerçevedir.²⁵ Benzer

²⁴ Bkz. Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yenilenmiş Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016, s. 56 vd.; Yüksel Ersoy, **Ceza Hukuku Ders Notları, Genel Hükümler**, Ankara: ASBF, 1992, s. 42.

²⁵ Eberhard Schmidhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970, s. 15 vd.

şekilde *Gropp* da suçun şekli ve maddi olmak üzere iki tanımını öngörmüştür. Şekli tanıma göre suç, kanun tarafından tipikliği öngörülmüş, ceza yaptırımıyla karşılanan davranış olarak tanımlanmıştır.²⁶ Toplumda değerli olarak mülahaza edilen hakların esasen zarar görmesi veya tehlike altında kalması halinde ceza yaptırımının meşrulaştırılması gerekir. Böylece maddi anlamda suç, gerçek bir tipiklikte yatan haksızlığın, hukuka aykırı ve kusurlu olarak gerçekleştirilmesidir.²⁷ Türk Ceza Hukuku doktrinine bakıldığında ise *İçel'in* de suç tanımında ikili bir ayrıma gittiği görülmektedir. Yazar suçu, şekli nitelik bakımından kanuni tip (*Tatbestand*) olarak tanımladıktan sonra ancak hukuka aykırı ve kusurlu bir fiille gerçekleştirilebileceğini söylemiş, suçun; tipik, hukuka aykırı ve kusurlu bir davranış olduğunu belirtmiştir. Diğer taraftan suçun yalnızca tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusurluluk şeklinde özellik göstermediğini belirtmiş bunun yanında suçla meydana getirilen zarar ya da tehlikenin belirli bir ağırlıkta gerçekleşmesi gerektiğini söylemiştir.²⁸

Doktrinde *Wolff* kapsamlı bir suç tanımı yapmaya çalışmıştır. Yazara göre suç, hukuken temellendirilen esas güvene zarar verilmesi olup, bir başkasına veya devlete (hukuk düzenince kabul edilen ben merkezli varlığı) kendi gücüyle tekrar eski hale getemeyecek şekilde zarar verilmesini şart koşar.²⁹

Önder'e göre suç bir değeri gösterir ve özellikle bir insan davranışının hareket olarak kabulünü ele alır. Bu bir yasağın ihlali veya emre aykırılığın belirtilmiş olması ve cezalandırılması gerektirir. Suç diğer taraftan ise bir değerlendirmedir. Yani bu durumda sadece bir davranış ele alınmayıp bir de fail ele alınır.³⁰ Yine *Önder* suçu, suç genel teorisi içinde incelerken suçun hareket, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurlarından oluştuğunu söylemiştir.³¹

²⁶ Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Baskı, Berlin Heidelberg: Springer Verlag, 2015, s. 60, Kn. 7.

²⁷ Gropp, *Strafrecht AT*, s. 61, kn. 11.

²⁸ Kayıhan İçel, *Suçların İctimai*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972, s. 26.

²⁹ Ernst Amadeus Wolff, "Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu Anderen Unrechtsformen," in *Strafrechtspolitik: Bedingungen der Strafrechtsreform*, ed. Winfried Hassemer ve Roberto Bergalli, Frankfurt am Main; New York: Peter Lang, 1987, s. 137-244, s. 213.

³⁰ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, cilt II-III, 2. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 1992, s. 2-3. Aynı yönde bkz. Reşat Tesal, *Ceza Hukuku I Genel Kısım*, İstanbul: Nihad Sayar - Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları, 1979, s. 14-15.

³¹ Ayhan Önder, *Genel Hükümler*, c. I, İstanbul: Beta Yayınevi, 1991, s. 6-7.

Öğretide *Dönmezer/Erman'a* göre suç sosyal disiplini bozucu icra ve ihmali şeklindeki ağır ihlaller olarak tanımlanmıştır. Burada ihlallerin ağır zarar verici veya ağır zarar verme tehlikesini bünyelerinde barındırmaları da gerekmektedir.³² Yazarların suç ile ilgili hukuki tarifi ise şöyledir: Suç, sorumlu bir kimse tarafından, icrai veya ihmali hareketle gerçekleştirilen ceza yaptırımına bağlanmış kanuni tipe uygun ve hukuka aykırı fiildir.³³

Taner ise diğer yazarların aksine daha kapsamlı bir suç tanımı yapmıştır. Buna göre suç, halkın güvenliğini korumak için devlet tarafından çıkarılan ve ceza yaptırımı içeren bir kanunun, sorumlu kimse tarafından icrai veya ihmali hareketle, bir hak veya yükümlülüğe dayanmaksızın ihlal edilmesi olarak tanımlanır.³⁴

Özgenç suçu toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlere açık ve bilinçli bir ihlali veya bu değerleri korumaya yönelik kurallara özen göstermeyen insan davranışı olarak tanımlamıştır.³⁵ Böylece suçun tanımı değer ekseninde hareket edilerek yapılmıştır. *İçel ve diğerleri* ise suçu hukuki açıdan hukuk düzeni tarafından ceza ve emniyet tedbiri yaptırımına bağlanan kanuni tip olarak tanımlamıştır.³⁶ *Hakeri* ise suçu kısa biçimde tanımlamış olup bunu kanunun bir ceza hukuku yaptırımıyla karşıladığı fiil olarak belirtmiştir.³⁷

Bu tür tanımların olduğu gibi doktrinde suçu salt anatomik yapısı bakımından tanımlayan yazarlara rastlamak da mümkündür. Örneğin *Artuk/Gökcen/Yenidünya* suçu, ceza normunun yasakladığı, kanuni tanıma uygun kasten veya taksirle işlenebilen, hukuka aykırı yani haksız bir fiil olarak görmektedir.³⁸ *Alacakaptan* ise suçu isnat yeteneğine sahip

³² Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, cilt 1, 8. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1980, s. 4.

³³ Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku**, c.1, s. 328. İtalyan doktrindeki diğer yazarların suç hakkındaki tanımları için ayrıca bkz. Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku**, c.1, s. 328 dn.30.

³⁴ Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İstanbul: İÜHF Yayınları, 1949, s. 80.

³⁵ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 158.

³⁶ Kayıhan İçel ve diğerleri, **Suç Teorisi**, 2. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2000, s. 3. Benzer yönde bkz. Özbek ve diğerleri suçu tanımlarken ikili bir ayrıma gitmiştir. Buna göre suçun şekli ve maddi olmak üzere iki anlamı vardır. Şekli olarak suç ceza veya emniyet tedbirini gerektiren yasal tiptir. Maddi anlamda suç ise yapısal unsurların bir araya gelmesiyle oluşturulan tipe uygun hukuka aykırı kusurlu insan davranışdır. Veli Özer Özbek ve diğerleri, **Genel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2015, s. 212.

³⁷ Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 113.

³⁸ M. Emin Artuk ve diğerleri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s. 203-204.

bir kişinin kusurlu iradesinin ortaya koyduğu icrai veya ihmali bir hareketiyle kanuni tipe uygun, hukuka aykırı ve ceza yaptırımı gerektiren bir eylem olarak tanımlamıştır.³⁹ Yine *Centel/Zafer/Çakmut* da unsurlar temelli bir tanım yapmıştır. Buna göre suç, ceza kanununun yasakladığı ve bunu yaptırımlara bağlayan, başkasının hakkını ihlal eden icrai veya ihmali harekettir.⁴⁰ Son olarak *Demirbaş* ise suçu toplum tarafından onaylanmayan davranışların kanun tarafından düzenlenip yaptırıma bağlanması olarak tanımlamıştır.⁴¹

Genel olarak bakıldığında suçu iki yönden tanımlamak mümkündür. İlk olarak biçimsel ve anatomik açıdan suç tipik hukuka aykırı hareket olarak tanımlanabilir. Kusurluluk ise suçun oluşması için bir unsur olmayıp failin kınanabilirliği üzerine yapılan bir değerlendirmedir. Ancak bunun yanında suçu içerik bakımından tanımlamak da mümkündür. Bu tür bir tanımda biçimsel suç unsurlarının içeriği doldurulmaya çalışılmaktadır. Buna göre suç görünüş olarak salt üç unsurun bir araya gelmesiyle bunun dışında gerçek anlamda da bu üç unsurun tam manasıyla ortaya çıkmış halidir. Böylece *Wolff'un* da işaret ettiği üzere suç ile hukuki düzene duyulan güvenin tam anlamıyla yani geri döndürülemeyecek şekilde ihlal edilmiş olması gerekir. Ancak bu şekilde gerçek anlamda suçun unsurlarının oluştuğu ileri sürülebilir. Maddi belirleme ileride ayrıntılı şekilde inceleneceği için burada kısa bir değerlendirme yeterli olacaktır.

1.1.1.3.1. Şekli Bakımdan Suç - Maddi Bakımdan Suç

Yukarıda da görüldüğü üzere çoğu yazar suçu tanımlarken sadece şekli bir tanımla ya da anatomik bir incelemeyle yetinmemiş bunun dışında maddi içeriği, ihlal ağırlığı gibi bir takım ek unsurlarla suçu tanımlamıştır. Bu başlık altında ise suç kavramı ayrıntılı olarak incelenecek ve şekli bir tanımın tek başına yeterli olmadığı ortaya konmaya çalışılacaktır.

1.1.1.3.1.1. Maddi Bakımdan Suç ve Şekli Bakımdan Suç Ayrımı

1980'li yıllarda yapılan ceza hukukunun temelleri hakkındaki tartışmalar, ceza hukukunun sınırlarının ne olduğunu ve her şeyden önce kanun koyucunun buna ilişkin

³⁹ Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, Ankara: AÜHF Yayınları, 1975, s. 10.

⁴⁰ Nur Centel ve diğerleri, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 3-4, 8. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2014.

⁴¹ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 192.

sorunlarını ön plana çıkarmıştır. 1990'lı yıllardaki suç politikası da bu sorulara cevap bulunmasına yardımcı olamamıştır.⁴² Bugün ise kanun koyma açısından sınırların ne olduğu ve gerçekten hangi davranışların gerçek anlamda tipik olduğu sorusuna cevabın maddi bakımdan suç kavramıyla verilmeye çalışıldığı görülmektedir.

Bu tartışmanın önemsizliğin belirlenmesindeki rolü şudur: Maddi haksızlık kavramı tamamen kanundan kaynaklandığı ve yine bu kavram pozitif hukuk normlarının meydana getirdiği haksızlık tipleri (suç tipleri) ile bağlı olup içeriğini, bu tiplerden kazandığından önemsiz haksızlık da temellerini pozitif hukukta bulduğu anlamına gelecektir. Böylece önemsiz haksızlık pozitif hukuk tarafından çizilen ceza alanı içinde, pozitif hukukun suç tiplerine göre derecelendirilen haksızlık değerlendirmesinin en alt sınırını oluşturacaktır.⁴³ Bu alt sınırın altına inen haksızlık ise her ne kadar suç tipi lafzını gerçekleştirse de ceza hukuku alanının dışına çıkarılması gerekecektir.

Suç kavramı şekli olarak anlaşıldığında bir fiilin öncelikle pozitif hukuka göre konulmuş şartları en azından görünüş olarak yerine getirmesi olarak anlaşılacaktır. Bu haliyle suç kavramı kanunu uygulayan erk için cezalandırmanın ilk sınırını ortaya koymaktadır. Buna karşın şekli anlamda suç, pozitif hukuku meydana getiren kanun koyucu için herhangi bir sınır oluşturmayacaktır.⁴⁴ Maddi bakımdan suç ve şekli bakımdan suç ayrımı ile önemsizliğin temellendirilmesi mümkün hale gelmektedir. Ancak bu ayrımın özellikle Türk Ceza Hukuku doktrini bakımından tam anlamıyla kavranması aynı kavramın farklı manalara gelmesi sebebiyle zordur. Bu nedenle bir sonraki başlıkta maddi bakımdan suç ve şekli bakımdan suç kavramlarının diğer kavramlardan farkı ortaya konulacaktır.

Sonuç olarak suç tipindeki unsurlarla lafız itibariyle uygun davranışlar şekli anlamda suçu oluştururken lafza uygun bu davranışların aynı zamanda suç tipinin aradığı belirli derecede yoğun haksızlığı da oluşturması gerekmektedir ki maddi anlamda suç

⁴² Lothar Kuhlen, “Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?”, Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem/Straftatbegriff-Straftatzurechnung-Strafrechtswert-Strafausschluß-Strafklageverzicht, Jürgen Wolter ve Georg Freund (Ed.), Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1996, s. 77.

⁴³ Karl-Ludwig Kunz, **Das Strafrechtliche Bagatellprinzip Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung**, Berlin: Duncker&Humblot, 1984, s. 131-132; Justus Krümpelmann, **Die Bagatelldelikte Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff**, Berlin: Duncker&Humblot, 1966, s. 41.

⁴⁴ Kuhlen, a.g.e, s. 78.

oluşabilsin. İşte bu yoğun haksızlık davranışın ihlal ettiği hukuki değerin yoğunluğu ile de temel olarak orantılıdır. Nitekim ceza hukukunun yaptırımla karşıladığı davranışlar hem şekli hem de maddi bakımdan suç oluşturması gerekmektedir. Tek başına şekli bakımdan suç oluşturan davranışlar önemsizlik nedeniyle yaptırımla karşılanmayacaktır.

1.1.1.3.1.2. Maddi Bakımdan Suç ve Şekli Bakımdan Suç Kavramlarının Diğer Kavramlardan Farkı

Şekli bakımdan suç kavramından kastın ne olduğunun belirlenmesi çalışmanın devamında bir karmaşaya yer vermemek için elzemdir. Belirtmek gerekir ki burada bahsedilen şekli bakımdan suç kavramı (*formale Straftatsbegriff*), suçun kanuni tanımında yer alan unsurların lafzi olarak tamamlanmasıdır. Burada şekli suç ile şekli bakımdan suç kavramlarının birbirinden farklı olduğunu söylemek gerekir. Özellikle Türk Ceza Hukuku doktrinini oluşturan bazı yazarlar kanunun neticeyi göstermediği suçun kanuni tanımında yer alan belirli bir hareketin yapılmasıyla suçun tamamlandığının kabul edildiği suçları şekli suç olarak kabul etmiştir.⁴⁵ Yani konunun esasını oluşturan şekli bakımdan suç kavramıyla (*formale Straftatsbegriff*) görünüşte suç tipinin gerçekleşmesi kastedilmektedir. Ancak pratik yararlarından ötürü suçun neticesine göre bir sınıflandırma yapılırken bahsedilen şekli suç (*Tätigkeitsdelikt*) kavramıyla neticenin olmadığı ve sırf hareketin yapılmasıyla gerçekleşen suçlar kastedilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki bu tür suçlarda da bir netice vardır ancak bu netice harekete bitişik olup hareketin yapılmasıyla ortaya çıkar.⁴⁶ Bu suç tiplerinde zarar veya tehlikenin somut olarak gösterilmemesi onların neticesiz olduğu anlamına gelmeyecektir.

Şekli bakımdan suç kavramının anlamı belirlendikten sonra değinilmesi gereken bir başka husus ise maddi bakımdan suç kavramı ile maddi hukuka aykırılık ayrımıdır. Maddi bakımdan suç kavramı, cezaya layık olan davranışlar ile cezaya layık olmayan davranışlar arasında bir sınır koyarken ki bu fiiller hukuka aykırı veya uygun olabilir, maddi hukuku aykırılık doktrinde genel kabul edilen görüşe göre hukuka uygun ve hukuka aykırı

⁴⁵ Örnek olarak bkz. Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 234; Özbek ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 234-235; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 175-176; Nur Centel ve diğerleri, a.g.e., s. 249; İçel ve diğerleri, **Suç Teorisi**, 67-68; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 3. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2013, s. 201.

⁴⁶ Özbek ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 234.

davranışlar arasında bir sınır koyar.⁴⁷ Doktrinde suç kavramını şekli bir yapıdan uzaklaştırma yönünde bir çaba oluşmuştur. Bu maddileştirme akımı kendini hukuka aykırılık unsurunda da göstermiştir. *Schmidt* bu konuda sadece kanun tarafından tarif edilen şekle bakılmamasını aynı zamanda fail ile fiilin içinde bulunduğu toplumsal değerliliğin de hayatın gerçekliği içerisinde, yaşayan toplum düzeni de göz önünde bulundurularak bir değerlendirmeye gidilmesini savunmuştur.⁴⁸ Aslında maddi hukuka aykırılık kavramı, derecelendirilemeyen yapıda olan hukuka aykırılık unsurunun dereceli bir yapıya kavuşturulması ve kanunda yazmayan hukuka uygunluk nedenlerinin gerekçelendirilmesi amacıyla kullanılmıştır. Bugün maddi hukuka aykırılık kavramının derecelendirme amaçlı kullanılması gerek kalmamıştır. Zira ilerde ayrıntılı olarak inceleneceği üzere maddi haksızlık kavramı bunu mümkün kılmaktadır. Diğer taraftan bugün kanunda yazmayan hukuka uygunluk sebeplerinin kabul edildiği de görülebilir. Dolayısıyla bu tür kanunda yazmayan hukuka uygunluk halleri söz konusu ise zaten hem şekli hem maddi anlamda hukuka aykırılıktan bahsedilemez.⁴⁹

1.1.1.3.1.3. Doktrindeki Görüşler

Ceza hukukunda bir haksızlığın tamamlanması iki açıdan incelenir: İlkinde suçun maddi yönü yani içerik olarak hukuki değer ihlali ve bu ihlalin yoğunluğu ön plana çıkar; ikincisinde ise kanuni tipin unsurlarının tamamlanmasıdır. Bunlardan ilki maddi bakımdan suç ikincisi ise şekli bakımdan suç olarak adlandırılır.⁵⁰ Doktrinde *Kareklas* suçu yalnız şekli norma aykırılık olarak ele almayıp onun ayrıca maddi (*içeriksel*) kriterlerle değerlendirilmesinin bugün gittikçe yaygınlaştığını ileri sürmüştür.⁵¹ Bu düşünce hukuki değer, suç kavramının merkezini teşkil ettiğini ve hukuki değer ihlalinin her suçun ayrılmaz bir unsuru olduğunu öngörmektedir. Böylelikle temelinde hukuki değer olmayan

⁴⁷ Hans-Ludwig Günther, **Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschlussgrund**, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1983, s. 118.

⁴⁸ Ebehardt Schmidt, **Militärstrafrecht**, Berlin: Verlag von Julius Springer, 1936, s. 45.

⁴⁹ Maddi hukuka aykırılık kavramı ve bunun eleştirileri hakkında ayrıntılı olarak bkz. Katoğlu, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, s. 44 vd.

⁵⁰ Schmidhäuser, **Strafrecht AT**, s. 154, 8/2; aynı yönde bkz. Rainer Zaczky, **Das Unrecht der versuchten Tat**, Berlin: Duncker & Humblot, 1989, s. 194.

⁵¹ Stefanos Kareklas, **Die Lehre vom Rechtsgut und das Umweltstrafrecht**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eberhard Karls Universität, 1990, s. 84.

ceza normları reddedilmektedir.⁵² Aynı şekilde yoğun hukuki değer ihlalinin gerçekleştirilmeyen davranışlar da suç oluşturmaz. Bu düşünceden yola çıkarak hukuki değer ihlalinin hareket noktası kabul edildiği ve suçun çifte bir karaktere sahip olduğu söylenebilir. Yani suç bir yönden ceza normu ile çelişki (*şekli bakımından suç kavramı*) karakteri taşıırken diğer taraftan hukuk toplumu bireylerinin içeriği doğrudan ya da dolaylı sadece hukuki değere göre belirlenen davranışla yükümlü olduğu maddi-içeriksel (*maddi bakımından suç kavramı*) bir karakteri haizdir.⁵³

Maddi bakımından suç ve şekli bakımından suç ayrımı ceza hukukunda bir anda ortaya çıkmayıp süreç içinde gelişmiştir. Bir eylemin cezalandırılabilir bir eylem olarak kategorize edilmesi için hukuka aykırı olarak tipikliğin gerçekleşmesi ile ortaya çıkan şekli haksızlık yeterli görülmekteydi. Bunun nedeni *Binding* ve *Belting*'in ceza hukuku dogmatikğine yerleştirdiği suç tipikliğinden kaynaklanmaktaydı. Şekli hukuka aykırılığın egemen olduğu bu dönemde hukuka aykırılık ya tamamen hukuka aykırı ya da tamamen hukuka uygunluk şeklinde tezahür ediyordu.⁵⁴ Bu nedenle önemsizlik ceza hukuku dogmatikğinde derecelendirmenin mümkün olmamasından ötürü yer alamamış bu nedenle daima suç politikası (*Kriminalpolitik*) çerçevesinde değerlendirilmiştir.⁵⁵ Buna ilişkin en açık örnek *Belting*'in Suçun Öğretisi eserinde yer almaktadır:

*“Düşünce dünyasının konularına dair kavramlarda, bu kavramların kapsamına girmeyecek daima yeni türlerin ortaya çıkması ihtimali vardır. Buna karşın suç, kanun koyucunun gücüyle pozitif hukukun suç tipleri içinde, kavramsal olarak sıkıca kilitlenmiştir. ‘Atipik suç’ bu nedenle tamamen hayal ürünüdür. Bir fiilin suç olup olmadığını anlamak için hareketin, bir tarafta tipikliklerin bulunduğu diğer tarafta tipik olmayanların yer aldığı gruplara bakmak gerekir”.*⁵⁶

Dönem içindeki düşünce sisteminde doğru olarak kabul edilebilecek bu düşünce maddi hukuka aykırılık öğretisinin de gelişmesiyle haklılığını kaybetmiştir.⁵⁷ Bu öğretiyi birlikte haksızlık derecelendirilebilir bir yapıya kavuşmuş ve niceliksel görüş

⁵² Reinhart Maurach ve Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil 1**, 7. Baskı, Heidelberg: C.F.Müller Juristischer Verlag, 1987, s. 256; Jürgen Baumann, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Baskı, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1975, s. 139 vd.

⁵³ Kareklas, a.g.e., s. 84-85, Wolfgang Naucke, **Strafrecht eine Einführung**, 10. Baskı, Kriptel: Luchterland Verlag 2002, s. 194.

⁵⁴ Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 125.

⁵⁵ Robert von Hippel, **Deutsches Strafrecht/Das Verbrechen, Allgemeine Lehren**, c. 2, Berlin: Springer Verlag, 1930, s. 104-105. Aynı yönde bkz. Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 126.

⁵⁶ Ernst von Beling, **Die Lehre vom Verbrechen**, Tübingen: Mohr Verlag, 1906, s. 25.

⁵⁷ Kunz ise Beling'e atıfta bulunarak 'birazcık cezalandırılabilir fiillerin' o dönemde 'birazcık hamile olmak' ile aynı derecede anlamsız olduğunu söylemiştir. (Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 125)

temellendirilmeye başlanmıştır.⁵⁸ Önemle belirtmek gerekir ki yukarıda da değinildiği üzere maddi hukuka aykırılık kavramıyla asıl amaç hukuka aykırılığın derecelendirmesi amacını gütmektedir ki bugün bu derecelendirme haksızlık kavramıyla mümkün hale gelmiştir.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin uygulanmasıyla ceza hukukunda cezalandırma için tipikliğin gerçekleşmesi yeterli olarak görülürken, cezalandırmayı sınırlayan haksızlık içeriği ile artık kanunda tanımlanmış olanlar arasında yalnız cezalandırmayı gerektirecek ölçüde ağır davranışlar cezalandırılabilir hale gelmiştir.⁵⁹

Kanun koyma tekniği açısından bakıldığında, kanun koyucu suç tiplerini belirlerken, cezalandırılması gereken davranışlardan hareket eder. Yani suç tipleri somut, hukuki ve sosyal düzenden hareket edilerek, bu düzene zararlı davranışları ceza tehdidiyle karşılayıp birlikte yaşamın herhangi bir sekteye uğramaksızın devam etmesini amaçlar.⁶⁰ Ancak suç tiplerinin bu şekilde düzenlenmesinin bazı menfi yönleri de vardır. *Zipf'in* de dediği gibi suç tipleri lafza uygun ancak maddi hukuka aykırılığın (*maddi haksızlığın*) temelinde yatan topluma zararlılığı oluşmamış birtakım atipik olaylara da uygulanacaktır.⁶¹ Benzer sonuca farklı gerekçelerle yaklaşan bir diğer görüşe göre ise sürekli değişen toplumsal gelişimin, cezalandırılması gereken fiiller üzerindeki yargıyı da etkileyebileceği, böylece tarih içinde getirilen normların kapsamına giren fiillerin bugün geçerli olan görüşlere göre artık cezalandırılmaması gerekeceği ortaya çıkabilir.⁶² Normda geçen kavramların döneminin izlerini taşıması, o dönemdeki anlamı göz önünde bulundurularak tipe konması ve bu kavramların da elastik bir yapıya sahip olmaması nedeniyle normlar, yorum yapıldığında döneme uyum sağlayamayacaktır.⁶³

⁵⁸ Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 125-126.

⁵⁹ Schmidhäuser, **Strafrecht AT**, s. 110, 6-2.

⁶⁰ Heinz Zipf, **Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat**, Salzburg: Universitätsverlag Anton Pustet, 1975, s. 9.

⁶¹ Heinz Zipf, "Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten", **ZStW**, sy. 82, 1970, s. 648. Aynı yönde bkz. Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 128.

⁶² Zipf, "Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten", s. 648.

⁶³ Zipf, "Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten", s. 648.

Her iki görüşü de birlikte değerlendirmek için öncelikle bir çıkış noktası gerekecektir. Çıkış noktası ise maddi cezalandırılabilirliktir (maddi haksızlıktır).⁶⁴ Bir fiil hangi dönemde, hangi kavramlar kullanılmış olursa olsun yapılacak olan haksızlık içeriğinin tespitine ilişkin yorum ile hangi fiilin cezalandırılması gerektiği, yani normun kapsamına girdiği ve hangisinin normun kapsamı dışında kaldığı belirlenebilecektir. Aynı sonuca kanun koyucunun bir ceza normu yaratmasında ve siyasal gücün getirdiği yetkilerin kötüye kullanılmasını engellemeye çalışan yani hangi durumlarda değerlerin gerçekten korunmaya layık olduğunu sorgulayan hukuki değer eleştirisel fonksiyonuyla da varılmaktadır.⁶⁵

Kunz şekli bakımından suç kavramından hareket ederek maddi bakımından suç kavramına ulaşırken gerekli yorum araçlarından birinin önemsiz haksızlık (*Bagatellunrecht*) olduğunu savunmuştur. Ona göre maddi bakımından suç kavramının elde edilmesinde bunun hukuki sonucu olan cezadan hareket edilir ve cezanın ağırlaşmış haksızlık gerektirdiği sonucuna varılır.⁶⁶ Diğer bir deyişle önemsiz haksızlık şekli anlamda suçtan, maddi anlamda suça geçişte yorum aracı olup bu iki suç kavramının arasında bağlantıyı kurar. Yine bu bağın kurulmasıyla önemsizlik sorununun cezanın tayininden önce ceza hukuku dogmatğinde yer alması gerekecektir.⁶⁷

Doktrinde *Lampe*'ye göre maddi bakımından suç kavramının iki fonksiyonundan bahsedilebilir⁶⁸: İlk olarak maddi bakımından suç kavramı kanun koyucunun kendi kendini sınırlamasını sağlar.⁶⁹ Yani kanun koyucu maddi bakımından suç kavramı unsurları dışında kalan fiilleri ceza tehdidiyle karşılayabilir. Örneğin ceza kanunlarının genel kısmında suç

⁶⁴ Buna ilişkin bkz. Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 129-130, Kunz'un ifadeleri şöyledir: "Maddi olarak cezalandırılması gereken neyse, o cezalandırılabilir; sadece maddi olarak cezalandırılma gereği görülen cezayı harekete geçirir."

⁶⁵ Adolf Schönke ve Horst Schröder, **Strafgesetzbuch Kommentar (Lenkner/Eisele)**, 27. Baskı, München: Verlag C. H. Beck, 2006, s. 153.

⁶⁶ Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 130.

⁶⁷ Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 130.

⁶⁸ Ernst Joachim Lampe, "Gedanken zum materiellen Straftatbegriff", **FS für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag**, Geppert, Klaus ve diğerleri (Ed.), Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1992 s. 78-79.

⁶⁹ Örneğin Bulgar ceza doktrininde maddi bakımından suç kavramının unsurları sayılırken tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk dışında ayrıca 'sosyal zararlılık (Sozialgefährlichkeit)' unsurundan bahsedilmiştir, bkz. Ferenc Nagy, **Tatstrafrecht und Täterstrafrecht, Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht**, Sinn, Arndt ve diğerleri (Ed.), Osnabrück: V&R Unipress, 2011, s. 72. Ayrıca bkz. BVerfG, 25.02.1975, 1 BvF 1/74, Alman Federal Anayasa Mahkemesi de ceza normunun kanun koyucu için son araç olduğunu ve cezalandırma yükümlülüğünün son çare olarak yerine getirilmesi gerektiğini doğrulamıştır.

kavramı “*sosyal olarak zararlı davranışlar*” olarak tanımlanırsa, ceza kanunlarının özel kısmında yalnız sosyal olarak zararlı davranışlar cezalandırılabilir. ⁷⁰ Maddi bakımdan suç kavramının bir diğer fonksiyonu ise suç tipinin yorumunda karşımıza çıkar. Böylece suç tipleri bu kavram çerçevesinde bir değerlendirmeye tabi tutulacak ve suç tipinde kullanılan kavramlar amacını aşacak derecede genişlemişse bu unsurların anlamının olması gerektiği sınırlara geri çekilebilecektir. Her ne kadar burada akla ölçülülük prensibi gelse de ölçülülük ilkesi daha çok bir cezanın olağan dışı oransız yani adil düşünce temelli kanuni iradenin ifadesi dışında olması halinde devreye girmektedir. Bu nedenle maddi bakımdan suç kavramının bu fonksiyonunun, ölçülülük ilkesi sayesinde daha dar bir alana sahip olduğu söylenebilir. Ancak yine de maddi bakımdan suç kavramıyla önemsizliğin tespiti için doğru kriterler maddi bakımdan suç kavramı tarafından sağlanmaktadır. ⁷¹ Yazarın maddi bakımdan suç ile ilgili olarak öne sürdüğü bu fonksiyonların aslında maddi bakımdan suçun çekirdeği olarak hukuki değer ve onun ihlali olarak düşünüldüğünde; hukuki değerın eleştirisel, suç politikası ve yorum fonksiyonlarıyla birebir örtüştüğünü söyleyebiliriz. ⁷²

1.1.1.3.1.4. Uygulama

Uygulamada hukuki değer ihlalinin hareketle maddi anlamda suçun gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu başlık altında kavram üst başlığını aşmayacak şekilde uygulamada verilen kararlardan örnek niteliğinde az sayıda karara değinilecektir.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH) verdiği bazı kararlarda bir eylemin korunan hukuki değeri ihlal edip etmediğinin araştırılmasını ve bir hukuki değeri ihlal etmeyen yani görünüşte tipik eylemlerin cezalandırılmaması gerektiğini vurgulamıştır. Buradaki ihlalden kasıt suç tipinin gerçek anlamda ortaya çıktığını gösteren yoğun hukuki değer ihlalidir. Örneğin BGH bir kararında A. isimli barın bulunduğu bina ve bu binanın

⁷⁰ Gerçekte böyle bir tanımlamaya, genel hükümlerde ayrı bir hüküm getirilmesine gereksinim yoktur. Nitekim ceza hukuku sosyal bakımdan zararlı olmayan davranışları sırf suç unsurlarını lafzi olarak gerçekleştiriyor diye yaptırımla karşılamaz. Bu bilinçle hareket eden uygulayıcı bu davranışları yorum yoluyla suç kapsamından çıkarabilir. Dolayısıyla kanun koyucuyu sınırlama fonksiyonunun bu anlamda olmadığını söylemek gerekir. Aşağıda bkz. Tipiklik ve Yorumu.

⁷¹ Lampe, “Gedanken zum materiellen Straftatbegriff”, s. 79.

⁷² Ayrıntılı olarak bkz. Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 605 vd., s. 668 vd., s. 830 vd.

sadece hafta sonları işletmenin kapalı olduğu zamanlarında binanın çatı katında barmenin kaldığı ancak olay zamanında geçici olarak konutu terk ettiği sırada sanıkların kundaklamadan önce el fenerleriyle binada kimsenin olup olmadığını kontrol ettikten ve gerçekten kimseyi göremedikten sonra kundakladıkları olayda StGB'nin 306. maddesinde düzenlenen kundaklama suçunun failin mutlak olarak tehlikeleri ortadan kaldırmaya yönelik önlemleri alıp yangın çıkarmasında hukuki değer ihlal edilmediği için StGB'nin 306/b-2⁷³ hükmünün uygulanamayacağına karar vermiştir.⁷⁴ Keza Alman Köln Eyalet Yüksek Mahkemesi de benzer şekilde bir kararında çok önemsiz saldırıların suç tipinin maddi içeriğini dolduramayacağından bahisle bu tür fiillerin cezalandırılmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir.⁷⁵ Yani mahkemeye göre burada maddi anlamda suçun oluşmadığını söylemek mümkündür.

Türk uygulamasına bakıldığında ise Yargıtay 1988 tarihinde verdiği bir kararda⁷⁶ *“...ağaçtan birkaç elma çalmaktan ibaret eylemin, ihlal edilen menfaat ve dolayısıyla nicelik açısından suç boyutlarına ulaşmadığı...”* suçun oluşumu için yalnızca görünüşte tipik bir eylemin yeterli olmayıp aynı zamanda hukuki değerle ilişkilendirilmiş tipik bir eylemin⁷⁷ yani maddi anlamda suçun oluşması gerektiğine karar vermiştir.

Görüldüğü üzere uygulamada da maddi bakımdan suç kavramının yansımaları olmuştur. Maddi bakımdan suç kavramı aynı zamanda haksızlık ve haksızlık içeriği ile de birebir bağlantı içinde bulunduğu için sonraki başlıklarda haksızlık ve özellikle haksızlık içeriği incelenecek ve böylece önemsizliğe giden yol çizilmiş olacaktır.

1.1.2. Haksızlık Kavramı

Bugün hukukun en önemli kavramı olan ve onun temelini oluşturan bir kavram olan haksızlık kavramına dair ayrıntılı çalışmalara, kavramın önemine kıyasla maalesef

⁷³ **Madde 306b-2 (Çok ağır kundaklama suçu):** Fail, 306a maddeye giren hallerde

1. işlediği fiil ile diğer bir insanı ölüm tehlikesine düşürürse,
2. başka bir suçun işlenmesini sağlamak veya gizlemek maksadıyla hareket eder veya
3. yangının söndürülmesini önler veya zorlaştırırsa, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmedilir.

⁷⁴ BGH, T. 24.04.1975, 4 StR 120/75.

⁷⁵ OLG Köln, T. 05.02.1980, I. Ss., 1134/79.

⁷⁶ 6. CD E. 1988/8868, K. 1988/11188, T. 18.10.1988 (www.kazanci.com.tr)

⁷⁷ Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003, s. 590.

özellikle Türk hukuku doktrininde pek az yer verilmiştir. Bunun temelinde ise kavramın çok geniş ve genel olarak belirsizliklerle dolu olmasının yattığı söylenebilir. Konuya ceza hukuku açısından yaklaşıldığında da durum farklılık arz etmemektedir. Ceza hukuku dogmatığının en karmaşık sorunlarının, temel kavramların belirsiz ve birçok tartışmaya konu olmasından kaynaklandığı söylenebilir.⁷⁸ Bu nedenle bu başlık altında haksızlık kavramına ilişkin ayrıntılı bir incelemeden çok genel bir inceleme yapılacaktır.

Haksızlık kavramını doğrudan tanımlamaya girişen pek fazla yazarın bulunmadığını söylemek yerinde olacaktır. Ancak haksızlığın tanımını yapmak için önce hakkın veya hukukun (hakların) tanımını yapmak ve buradan hareketle ederek haksızlığı tanımlamak daha kolay olacaktır. En geniş anlamıyla haksızlık; hukukun, adalete yönelmiş toplumsal yaşam düzeni olduğu için bu düzene aykırı her türlü davranış olarak değerlendirilmesi mümkündür.⁷⁹ Diğer bir deyişle haksızlık hukuk düzenini oluşturan objektif normlara aykırı gelen dış dünyada değişiklik yaratan harekettir.⁸⁰ Burada bahsedilen hukuk düzeninden elbette herhangi bir hukuk düzenini değil özgürlüğü esas alan yani liberal bir hukuk düzeni anlamak gerekir. Özgürlüğü esas alan hukuk düzeninden kasıt, bireyler arası ilişkileri özgürlükten yola çıkarak düzenlemeyi amaçlayan ortak iradedir.⁸¹ Bu nedenle hukuk düzenini salt emir ve yasak normlarından oluşan bir birlik değil bu normlar ile genel olarak bireyler arası ilişkilerde, bireyin kendi kaderini özgürce belirleme hakkı olarak da görmek gerekir.⁸² Diğer taraftan haksızlık için suç tipiyle korunan hukuki değer de ihlal edilmesi gerekmektedir. Nitekim sadece bir normun lafzi ihlali değil ancak bir hukuki değer zarar veya tehlike yoluyla ihlali ile haksızlığın oluştuğundan bahsedilebilecektir.

Elbette böyle bir tanım ceza hukuku bakımından çok geniş kalmaktadır. Çünkü ceza hukuku her türlü haksızlığı değil belirli haksızlıkları cezalandırmaktadır. Diğer haksızlıkların yaptırımını ise idare hukuku, medeni hukuk gibi diğer hukuk dallarının yaptırımları ile karşılanacaktır. Dolayısıyla bu ayrımı yapabilmek için ceza hukuku

⁷⁸ Werner Hardwig, 'Über die unterschiedlichen Unrechtsgehalte und die Abgrenzung von Unrecht und Schuld', **Juristen Zeitung**, c. 24, sy. 14 1969, s. 459.

⁷⁹ Rainer Zaczky, *Strafrechtliches Unrecht Und Die Selbstverantwortung Des Verletzten*, Heidelberg: Müller, Jur. Verl., 1993, s. 30-31.

⁸⁰ Köhler, **Strafrecht AT**, s. 20.

⁸¹ Köhler, **Strafrecht AT**, s. 12 vd.

⁸² Köhler, **Strafrecht AT**, s. 18; Wolff, "Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen", s. 143.

anlamındaki haksızlığı sadece bir norma aykırılık olarak değerlendirmemek yani tamamen şekli bir bakışla incelememek gerekir. Aksi takdirde idare hukuku, medeni hukuk gibi diğer hukuk dallarının alanına giren haksızlıklar yukarıda suç tanımında açıklanmaya çalışıldığı gibi salt ceza normunun lafzına uymasından ötürü ceza yaptırımıyla karşılaşabilecektir. Bu nedenle her türlü haksızlığın, suç tipinin aradığı haksızlık içeriğine sahip olamayacağını söylemek gerekir.

Öncelikle haksızlık kavramının ceza hukukundaki öneminden bahsetmek gerekmektedir. Özellikle Alman Hukukunda haksızlığa çok önemli bir yer ayrılmıştır. Haksızlık kavramı tıpkı hukuki değer gibi ceza hukukunun temelini oluşturmaktadır. Öyle ki suçun ortaya çıkış şekilleri, bunların cezalandırılabilir olup olmadığı, bu kavramın anlamıyla ortaya çıkarılabilecektir. Çünkü ceza hukuku her haksızlığı değil yalnız kanun koyucu tarafından çerçevesi çizilen ve *cezaya layık* olarak görülen davranışları cezalandırır.⁸³

Ceza hukukunda 19. yüzyıl boyunca hâkim teori nedensellik bağıını temel alan klasik teori olmuştur. Bu teoriye göre bir şeyin istenmesi yeterli olup iradenin yönü önem taşımamaktadır. Teoriye göre esas olan neticenin gerçekleşmesi olduğu için, objektif haksızlık kıstasını neticenin oluşturduğu kabul edilmiştir. Bu düşünceye göre hareket kavramı kanunda tanımlanan yani tipik neticeyi gerçekleştiren illi bir etkileşim olup değerden yoksun bir kavramdır.⁸⁴ Düşünce, suçun diğer unsurlarının da objektif bir bakış açısıyla incelenmesine sebep olmuştur. Buna göre tasvip edilmezlik yargısı (*Unwerturteil*) tipiklikte değil ortada tipik davranışın bir hukuka uygunluk sebebi olmaksızın gerçekleştirildiği anda kabul edilmektedir.⁸⁵

Ceza hukukundaki klasik teoriden uzaklaşma eğilimi 1930'larda iyice ivme kazanmıştır. Bu dönemdeki en büyük değişim *Welzel'in* finalist suç teorisi ile başlamış olup hareket, suçun temel kavramı haline getirilmeye çalışılmıştır.⁸⁶ Hareketin soyut iradi davranıştan öte belirli bir amaca yönelik olduğunu kabul eden yazar, buradaki iradenin

⁸³ Werner Hardwig, **Grundprobleme der allgemeinen Strafrechtslehre**, Kassel: Knittel Verlag, 1984, s. 5.

⁸⁴ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 143.

⁸⁵ Beling, **Lehre vom Verbrechen**, s. 178 vd; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 144.

⁸⁶ Welzel, "Kausalität und Handlung", s. 711 vd.; Welzel, "Studien zum System des Strafrechts", s. 501 vd.; Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 168 vd.

kasta karşılık geldiğini ve kastın da suça haksızlık içeriği kazandıran unsurlardan biri olduğunu kabul etmiştir.⁸⁷ Nitekim tipikliğin görevi, hareketi cezalandırmaya esas haksızlık unsurlarıyla beraber tanımlamaktır. Haksızlık belirlenirken neticenin haksızlığı göz ardı edilip hareketin haksızlığı esas alınmış⁸⁸, netice sadece objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmiştir.

Finalist teorinin tek başına hareketin haksızlığını esas almasıyla, neticenin haksızlık bakımından önemi tartışılır hale gelmeye başlamış ve birtakım görüşler önceki suç teorilerinden bir sentez oluşturmaya çalışmışlardır. Bu görüşler suçu açıklarken yine toplumsal bakımdan önem arz eden hareketi esas almakla beraber, meydana gelen neticenin de haksızlığın oluşmasında rolü bulunduğunu ileri sürmüşlerdir.⁸⁹ Haksızlığa yeni bir boyut kazandırılması sosyal hareket teorisi ile mümkün olmuştur. Amacın ön plana çıkarılmasıyla o zamana dek tek başına bir değer ifade etmeyen hareket kavramının⁹⁰ tek başına bir değer taşıdığını kabul etmişlerdir. Teori suçu teleolojik bir bakışla inceleyerek, hareketin maddi bir haksızlık içerdiğini, böylece klasik suç teorisinde şekli olarak algılanan hukuka aykırılık nedeniyle mümkün olmayan derecelendirmenin de haksızlık kavramıyla birlikte önünü açmıştır.⁹¹ Yine klasik teorideki herhangi bir değer ifade etmeyen tipiklik, artık kanuni tanımda yer alan unsurlarla ve suç tipinin bizatihi haksızlık içeriği ile tek başına değer ifade ettiği kabul edilmiştir. Haksızlık kanuni tipi (*Unrechtstatbestand*) olarak adlandırılmaya başlanan kanuni tipte, cezaya layık haksızlığın tarif edildiği ileri sürülmüştür.⁹²

Suç tiplerinin öncelikle ilgili suç türünün cezaya liyakat içeriğini oluşturduğu söylenebilir. Tipte suçu, suç yapan unsurlar barınır. Bu tipler soyut olarak herkes için yasağı çizer ve genel olarak cezalandırılan davranış türlerini ortaya koyarlar. Bu yönüyle suç tipleri genel önlemeye yönelik bir fonksiyon da ihtiva etmiş olurlar. Çizdikleri bu çerçevenin dışındaki davranışlar ise hukuk dışı (*rechtsfreien Raum*) alana girebilir veya

⁸⁷ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 169.

⁸⁸ Aynı yönde bkz. Armin Kaufmann, “Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht”, Günther Stratenwerth ve diğerleri (Ed.), **Festschrift für Hans Welzel**, Berlin/New York: Walter de Gruyter, s. 393 vd.; ayrıntılı olarak bkz. Diethart Zielinski, **Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff/Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß**, Berlin: Duncker&Humblot, 1973, s. 143.

⁸⁹ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 155-156.

⁹⁰ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 227.

⁹¹ Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 255 ve 276 vd; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 151.

⁹² Ayrıca bkz. Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 246 vd.

hukuka aykırı da olabilir. Bu durumlarda ise tipikliğim oluşmaması ve hukuka aykırılığın bulunması nedeniyle örneğin özel hukukun alanına girebilecektir. Bu nedenle ‘haksızlığı’ tipiklik ve hukuka aykırılığın oluşturduğu bir üst kavram olarak kavramak gerekir.⁹³

Tipiklik ve hukuka aykırılık ile haksızlık ilişkisine bakıldığında Alman doktrininde birbirine çok benzeyen iki kavram olan *Unrecht* ve *Unwert* kavramlarını açıklamakta da fayda vardır. Öncelikle hareket kavramından yola çıkarak bir değerlendirme yapmak gerekir. Bir insan tarafından icrai veya ihmali bir hareketin meydana getirilmesi halinde, bu hareket bir suçun tanımına uyuyorsa, davranışı ‘tipik (*tatbestandsmäßig*)’ olarak kabul etmek mümkündür. Ancak salt tipikliğin gerçekleşmesi, davranışı haksız olarak kabule imkân tanımamaktadır. Burada ‘tipik haksız’ yani şekli anlamda haksız bir davranıştan bahsedilir.⁹⁴ Bu tipik davranış hukukun uygun bulmadığı bir davranış ise bu durumda artık ‘hukuka aykırı (*rechtswidrig*)’ bir fiilden yani bir haksızlıktan bahsedilebilir. Son olarak ise bu hukuka aykırı ve tipik fiilin kınanabilmesi için ‘kusurlu (*schuldhaft*)’ yani kusurluluğu haiz fail tarafından gerçekleştirilmiş olması aranır. Tipik fiil, hukuka aykırı ise ve kusurluluğun şartlarını karşılıyorsa artık ‘cezalandırılabilir’ hale gelmiş demektir. Bu belirleme cezalandırılabilirlik ile ilgilidir. Bir de bu fiili sayılan her bir özelliğine göre değerlendirmeye tabi tutmak mümkündür. Bu ise öncelikle kanun koyucunun belirli bir insan davranışını, bir suç tipi içine dahil ederek bunun hakkında bir değerlendirmede bulunmasıyla başlar. İşte bu norm düzenlemesi ile davranışı tipik hale getirir ve tipik olan bu davranış hakkında bir *Unwert* gerçekleştirdiği değerlendirmesi yapılır. *Unwert* kavramının Türkçede tam bir karşılığı bulunmadığı gibi birçok yazar tarafından kullanılan değersizlik⁹⁵, olumsuz değerlilik⁹⁶, haksızlık⁹⁷ gibi kavramlar da sözcüğün gerçek anlamını yansıtmamaktadır. Ancak kelimenin anlamını “kanun koyucu tarafından tasvip edilmeyen” olarak belirlemek, kelimenin en yakın anlamı olacaktır. Nitekim henüz hukukun bir değerlendirmede bulunmadığı ve normalde kanun koyucunun onaylamadığını belirttiği bir durum değerlendirmesi söz konusudur. Şayet hukuk da bu davranışı onaylamıyorsa *kanun*

⁹³ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 173-174; Johannes Wessels ve Werner Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 40. Baskı, Heidelberg: C. F. Müller, 2010.

⁹⁴ Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Baskı, München: Franz von Vahlen, 2012, s. 17, kn. 2.

⁹⁵ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 25; Elvan Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı”, **CHD**, sy. 21, 2013 s. 21 vd.

⁹⁶ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 108, 156, 265, 268, 275.

⁹⁷ Daha çok neticenin tasvip edilmezliği (*Erfolgsunwert*) ve hareketin tasvip edilmezliği (*Handlungsunwert*) kavramları *Erfolgsunrecht* (neticenin haksızlığı) ve *Handlungsunrecht* (hareketin haksızlığı) şeklinde birbiri yerine kullanılmaktadır. Bkz. Urs Kindhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Baskı, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009, s. 55.

koyucu tarafından tasvip edilmeyen davranış, haksızlığa (*Unrecht*) dönüşür. Son olarak ise tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurlarını haiz hareket hakkında ise değerlendirme, onun kusurlu ya da kınanabilir olduğu yönünde yapılacaktır.

Bu açıklamalar ışığında doktrinde haksızlık kavramıyla, hareket ile gerçekleştirilen ve hukuk tarafından negatif değerlendirilen bir tasvip edilmezliğin ifade edildiği ileri sürülmüştür.⁹⁸ Yine bir başka görüş haksızlığı, tasvip edilmezliği oluşturan koşullar olarak görmektedir.⁹⁹ Açıklandığı üzere her ne kadar bu kavramlar farklı anlam ve içeriklere sahip olsa da, bu kavramların ceza hukuku bakımından aynı sonuçlara tabi olmaları ve dogmatik olarak pek bir farklılığa yol açmamaları nedeniyle, haksızlık ve tasvip edilmezlik kavramlarının birbirleri yerine kullanıldıkları görülmektedir.¹⁰⁰ Bu iki kavramın birbiri yerine kullanılacak kadar yakın olmasının temelinde, tipikliğin, hukuka aykırılık bakımından bir gösterge olarak kabul edilmesinin yattığı söylenebilir. Nitekim bugün doktrinde genel olarak kabul edilen düşünce, hukuka aykırı fiillerin ilk aşamada tipikliğin gerçekleşmesiyle, *şekli* olarak ortaya çıktığı ortaya çıktığı yönündedir.¹⁰¹ Aslında tipikliğin gerçekleşmesini hukuka aykırılığa emare kabul etme fikri, klasik teorinin hareketi değerden yoksun görmesi ile bağlantılıdır. Bu düşünceye göre tasvip edilmezlik, ancak fiilin hukuka aykırılığı tespit edildiğinde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle tipikliğin gerçekleşmesiyle ortaya çıkan şekli hukuka aykırılık (şekli haksızlık) ile tasvip edilmezliğin aynı yere denk geldiği söylenebilir.

Doktrinde haksızlığın iki yönüne dikkat çekilmiştir. *Hardwig*’e göre haksızlığın bir iç bir de dış olmak üzere iki yönü bulunup haksızlığın dış yönünü ihlal edilen hukuki değer, iç yönünün ise iradi yönelim, özel kast, saik, fesat edilmiş irade gibi unsurların oluşturmaktadır.¹⁰² Benzer şekilde *Schmidhäuser* tarafından da haksızlık iki yönlü olarak mütalaa edilmiş, yazar bu ayrımı maddi ve şekli olmak üzere iki yönlü yapmıştır. Ona göre haksızlığın maddi yönünü hukuki değeri ihlal eden, şekli yönünü ise tipik olarak gösterilen

⁹⁸ Schönke ve Schröder, **StGB Kommentar, (Lenkner/Eisele)**, kn. 51, s. 171.

⁹⁹ Zielinski, a.g.e., s. 211.

¹⁰⁰ Elvan Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı”, CHD, sy. 21, 2013, s. 21, 22, dn. 1.

¹⁰¹ Schönke ve Schröder, **StGB Kommentar, (Lenkner/Eisele)**, kn. 17, s. 156. Ayrıntılı olarak bkz. Gropp, **Strafrecht AT**, s. 176 vd; Kühl, **Strafrecht AT**, s. 17, kn. 2; Andreas Donatsch ve Brigitte Tag, **Strafrecht I: Verbrechenslehre**, 8. Baskı, Zürich: Schulthess, 2006, s. 82.

¹⁰² Hardwig, Grundprobleme der allgemeinen Strafrechtslehre, s. 9.

iradi davranış oluşturmaktadır.¹⁰³ Aynı şekilde bu ayırmadan yola çıkarak iç ve dış haksızlık içeriğinin bulunduğundan da bahsederek bu ayırımın da *Handlungsunwert* (hareketin tasvip edilmezliği) ve *Erfolgswert* (neticenin tasvip edilmezliği) ayırımına karşılık geldiği kabul edilmektedir.¹⁰⁴ İleride bu kavramlar ayrıntılı olarak incelenecektir.¹⁰⁵

Tüm bu açıklamalardan yola çıkarak haksızlığın şekli ve maddi olarak incelenmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Şekli bir incelemede kanun koyucunun bir suç tipi oluşturarak, haksızlık olarak kabul ettiği çerçeveye uyan bir insan davranışı tespit edilir. Bu tespitle birlikte bir haksızlığın gerçekleştiği kabul edilmelidir. Diğer taraftan maddi olarak da bir haksızlık incelemesinin yapılması gerekmektedir. Haksızlığın maddi incelemesiyle gerçek anlamda bir haksızlığın oluşup oluşmadığı tespit edilecektir. İşte bu maddi haksızlık aşağıda incelenecek olan haksızlık içeriğidir.

1.1.2.1. Kusur ve Haksızlık İlişkisi

Kasten işlenen suçlarda haksızlık kavramı üzerine düşünceler öncelikle objektif ve sübjektif olmak üzere ikili bir inceleme yapılarak tespit edilmeye çalışılmıştır. Buna göre haksızlığı oluşturan hususlar objektiftir ve hareketin dış dünyadaki unsurları olarak ortaya çıkar. Sübjektif hususlar ise kusurluluk altında incelenen, failin iç dünyasına ilişkin unsurlardır. Yani fiil ile fail birbirinden tamamen ayrılmıştır. Ancak daha sonraları sübjektif haksızlık unsurlarının (*subjektive Unrechtselemente*) bulunmasıyla birlikte bu basit ve anlaşılır ayırım çökmüştür. Sübjektif haksızlık unsurları birçok suç tipinde haksızlığın, salt objektif olarak kavranmadığını çünkü bazı sübjektif haksızlık emarelerinin de burada rol oynadığı anlaşılmıştır.¹⁰⁶ Bir örnekle açıklamak gerekirse, TCK hırsızlık suçunu “*zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla almak*” olarak düzenlemiştir. Objektif ve sübjektif ayırmadan yola çıkarak suç tipi incelendiğinde zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı almak esas olarak suç tipinde yer alan haksızlığı oluşturmaktadır. Çünkü objektif olarak incelendiğinde salt başkasına ait malın alınması haksızlığı oluşturacaktır. Bu unsur dışında kalan ‘*kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı*’ unsuru da

¹⁰³ Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, s. 114-115.

¹⁰⁴ Hardwig, *Grundprobleme der allgemeinen Strafrechtslehre*, s. 9.

¹⁰⁵ Bkz. Haksızlık İçeriği

¹⁰⁶ Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 10. Baskı, Berlin: Walter de Gruyter, 1967, s. 56-57; Hardwig, *Grundprobleme der allgemeinen Strafrechtslehre*, s. 8-9.

herhangi bir haksızlık olarak görülmeyip kusur içinde incelenecektir. Ancak bugün yarar sağlama maksadının da haksızlık içeriğine etki eden bir unsur olup sadece, suçun subjektif alanı içinde görülemeyecektir. Nitekim yarar sağlama maksadı malın alınmasını hırsızlık suçu olarak niteleyecektir.

Haksızlık ve kusurun birbirinden ayrılması fikrine karşı yakın geçmişte aksi görüşler de geliştirilmiştir. *Jakobs* ve öğrencilerinin, suçu sadece normun geçerliliğinin reddi olarak düşündüklerinden suçun kabulü için kusurlu hareket eden faili şart koşmuşlardır. Bu nedenle temyiz kudretini haiz olmayan bir kişinin fiili, normun geçerliliğinin reddi olmayıp insan doğası gereği ehil olmayan ve mantıklı iletişim kuramayan biridir. Nitekim yazara göre ceza hukukunun gerçek amacı kusursuz haksızlık değildir.¹⁰⁷ Aynı şekilde öğrencileri de bu görüşü devam ettirmiştir. Örneğin *Lesch* de ceza hukuku haksızlığının, ceza hukuku anlamında kusur olduğunu¹⁰⁸ savunmuştur.¹⁰⁹ *Welzel*'in ceza hukukunun son yüzyıllardaki en büyük gelişmesi olarak gördüğü üç unsurlu suç kavramının tekrar başa dönülerek unsurların birleştirilmesi hareketi *Roxin* tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre ceza hukukundaki emir ve yasaklar, tüm bireylere yöneliktir ve her bir suç, bireyleri yasaklananlar hakkında bilgilendirdiği ve onlara bir davranış yönü çizdiği için kusurdan ayrı tutulmalıdır. Hukuk düzeni, kişi cezalandırılmadığında böyle bir yükümlülüğün sadece adil olamayacağı ile ilgilenmiyorsa, yükümlülükleri kişinin niteliklerine göre belirlemez ve belirlememelidir. Yani zihinsel engelli biri adam öldürme yaşağını çiğneyebilir ancak kınanamaz. Yine yazar kusursuz haksızlık olmaz fikrinin pratik bir yararı olmadığını ve kanun koyucunun haksızlık ve kusuru ayırarak oluşturduğu açıklığa zarar vereceğini savunmuştur.¹¹⁰

1.1.2.2. Haksızlığın Dereceleri

Suçun 'suç' olarak belirlenmesinde ortaya çıkan sorun genel olarak maddi ve şekli bakımdan suç tartışmasında kendine yer edinmiştir. Haksızlığın dereceli yapısına ilişkin tartışmalar da maddi hukuka aykırılık öğretisi ile paralel olarak ortaya çıkmıştır.

¹⁰⁷ Günther Jakobs, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem" Prinzipiendenken Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen" Strafrechts?", *ZStW*, sy. 107, 1995, s. 864.

¹⁰⁸ Heiko Lesch, *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, München: Carl Heymanns, 1999, s. 205.

¹⁰⁹ Claus Roxin, "Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland", *GA*, 2011, s. 689

¹¹⁰ Roxin, "Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland", s. 692 vd.

Tartışmaların başlıca nedeni kanunun lafzına uygun ve hukuka aykırı davranışlar ile kanunun amacının birbirine uygun olmamasıdır. Kanunun amacı, tipikliğin korumayı amaçladığı değer iken bu tipikliğin görünüşte gerçekleşmesi halinde fiil cezalandırılrsa kanunun amacı dışına çıkılır ve orantısızlık meydana gelir. Yani burada ortaya çıkan sorun meydana gelen her haksızlığın aynı oranda olup olmadığıdır. İşte haksızlığın temeli de burada oluşur. Yani *'hukuka aykırı olan, neyin neden yasak olduğu değil, tam tersine hukuk düzeni tarafından yasaklananın neden hukuka aykırı bulunduğu'*.¹¹¹ Suç tipleri esasen belirli değerleri koruma amacını taşıdığından hukuk normları olarak kabul edilir. Nitekim haksızlık suç tipinin koruduğu değerlerde kendini gösterir. Hukuka aykırılık ile haksızlığın en büyük farklarından biri de burada ortaya çıkar. Hukuka aykırılık bir ağırlık ya da hafiflik derecelendirilmesine tabi tutulamazken haksızlıkta bu tür bir derecelendirme yapılabilir.¹¹² Yani bir fiil hukuka daha ağır aykırıdır ya da daha hafif aykırıdır gibi bir değerlendirme söz konusu olamasa da¹¹³ fiilin haksızlığı konusunda bir derecelendirmeye gidilebilir. Buna doktrinde aynı zamanda toplumsal zararlılık (*Sozialschädlichkeit*) derecesi de denmiştir.¹¹⁴

Doktrinde haksızlığın dereceli bir yapıya sahip olduğu düşüncesi ilk kez *Kern* tarafından ortaya konulmuştur. Ancak bu tür bir haksızlık derecesinin olduğuna dair ilk işaretler *Beling* zamanına kadar dayanmaktadır. Görüleceği üzere bu dönemde yapılan derecelendirme tam anlamıyla ortaya konulamamıştır. Lakin bu tür bir derecelendirmenin ilk işaretleri olması hasebiyle bu görüşlere bakmakta fayda vardır.

Alman Ceza Hukuku doktrininin önemli şahsiyetlerinden *Ernst von Beling* devletin kendi koyduğu kuralların bir kısmının diğerlerine nazaran daha önemli olabileceğini dolayısıyla, normlar arasında bir ağırlık derecesi bulunduğu ve böylece hukuka aykırılığın da bir ağırlık derecesine tabi olduğunu söylemiştir. Yani suçun genel yapısı dikkate

¹¹¹ Alexander Graf zu Dohna, **Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen**, Halle am Saale: Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, 1905, s. 27

¹¹² Aynı yönde bkz. Krümpelmann, **Die Bagatelldelikte**, s. 30, dn. 45; Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 125 vd; aksi yönde Eduard Kern, "Grade der Rechtswidrigkeit", **ZStW**, sy. 64, 1952, s. 255 vd; Hans Welzel, "Studien zum System des Strafrechts", **ZStW**, sy. 58, 1939, s. 536; Friedrich Nowakowski, "Das Ausmaß der Schuld", **Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht**, sy. 65, 1950, s. 304; Wilhelm Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen **ZStW**, sy. 64, 1955, sh. 22 vd.; Hardwig, **Grundprobleme der allgemeinen Strafrechtslehre**, s. 9; İzzet Özgenç, "'Kavga Suçu' (TCK m.464) Üzerine Düşünceler", **YD**, c. 19, sy.4, 1993, s. 489.

¹¹³ Detlef Krauß, "Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht", **ZStW**, sy. 76 1964 , s. 56, dn. 158. Aynı yönde Krümpelmann, **Die Bagatelldelikte**, s. 28.

¹¹⁴ Krauß, a.g.e., s. 56.

almaksızın ağır ve hafif suçların ortaya çıkabileceği yazar tarafından kabul edilmiştir.¹¹⁵ Lakin yazar hukuka aykırılığın korunan hukuki değerlerle ilişkisine değinmemiştir. Böylece hangi hakkın ihlalinde haksızlığın ne derecede olacağı belirsiz kalmıştır.¹¹⁶

Yine yazar haksızlığı ortadan kaldıran nedenlerde bir ayrıma gitmiştir. Buna göre haksızlığı ortadan kaldıran nedenler, ağırlığına istinaden iki türlü ortaya çıkabilir: Bunlar ya hareketi hukuka uygun hale getiren hukuka uygunluk sebepleridir, ya da temelinde hukuki bir hareketin bulunmadığı, daha çok harekete hukukilik dışında ne yasak ne de müsaade özelliği yükleyen basit haksızlığı ortadan kaldıran nedenlerdir.¹¹⁷ O halde burada haksızlığın iki dereceden ibaret olduğu görülebilir. İlkinde bir hukuka uygunluk söz konusu olacakken ikincisinde hukukun ilgilenmediği davranış bulunacaktır. Bu ikinci tür davranışlar fail ve mağdur olmak üzere her iki taraftaki zararın eşit olduğu durumlardır.¹¹⁸ Bu tür basit haksızlığı ortadan kaldıran nedenlere rıza, terbiye ve tedip hakkı ve askerlerin emirleri yerine getirmesi örnek olarak verilmiştir.

Görüldüğü üzere burada yapılan sınıflandırma daha çok hukuka uygunluk nedenlerini de içine alan, bir davranışın hukuka uygun veya hukuk dışılık değerlendirmesinden ibaret olup haksızlığın ağırlığına ilişkin bir değerlendirme yapmayan bir sınıflandırmadır. Bunun yanında açıkça haksızlıktan söz edilmese de doktrinde sosyal tehlikeliliğin zararlılık, tehlikelilik ve az tehlikelilik olmak üzere üçe ayrıldığı yani üç tür haksızlık çeşidi olduğu ileri sürülerek haksızlığa dair bir derecelendirme yapıldığı ortaya çıkmaktadır.¹¹⁹

Bugünkü anlamında haksızlığın derecelendirilmesine ilişkin ilk çalışma *Eduard Kern* tarafından yapıp *Peter Noll* tarafından sistematize edilmiştir. *Kern* ve *Noll* kanunun suç tiplerindeki ceza sınırlarını farklı belirlemelerinden yola çıkarak, buna bağlı haksızlığın da çeşitli dereceleri olduğunu ileri sürmüşlerdir.¹²⁰ *Kern* kendine tanınan bir hakkın

¹¹⁵ Beling, a.g.e., s. 128.

¹¹⁶ Aynı yönde bkz. Kern, a.g.e., s. 256.

¹¹⁷ Beling, a.g.e., s. 168.

¹¹⁸ Burada bahsedilen husus hukuka uygunluk nedeni olan zaruret halidir yani burada ihlal edilen hak ile korunması gereken hak arasında bir eşitsizlik vardır, bkz. Kern, a.g.e., s. 257, dn. 1.

¹¹⁹ Wilhelm Sauer, **Kriminalsoziologie**, Berlin – Leipzig: Verlag für Staatswissenschaft und Geschichte, 1933, s. 80.

¹²⁰ Kern, a.g.e., s. 262, Peter Noll, “Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht”, **ZStW**, sy. 68, 1956, s. 181.

kullanılmasında sınırın aşılması halini, kendine bir hak tanınmaksızın aynı davranışı işlemesi halinde daha hukuka aykırı¹²¹ olacağını söylemiştir.¹²² Yine kanun tarafından yüklenen hukuki yükümlülükler de farklı derecelere sahip olabilirler. Bunlar ihmali suçlarda kendini daha belirgin eder.¹²³ Kanunun yorumlanması (özellikle özgü suçlara iştirak sorununda) ve cezanın tayininde hukuka aykırılığın (haksızlığın) dereceli yapısından hareket edilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir.¹²⁴ Noll, haksızlığın dereceli bir yapıya sahip olduğunu kabul ettikten sonra haksızlığın dereceli yapısına dair bir formül getirmeye çalışmıştır. Yazar, haksızlığın ağırlığının bir taraftan haksızlık tipini teşkil eden haksızlık unsurlarının sayısı ve ağırlığına, diğer taraftan ise hukuka uygunluk unsurlarının sayısı ve ağırlığına bağlı olduğunu ileri sürmüştür.¹²⁵ Böylece şayet somut olayda gerçekleşen haksızlık, kanunda gösterilen cezanın alt sınırının da altına inmeye izin verdiği yani suç tipinin çizdiği haksızlık aralığının altında kalmış ve neredeyse hukuka aykırılığın (yani haksızlığın) sifra indiği hallerde ceza verilmemesi kabul edilebilecektir.¹²⁶

Haksızlığın derecelerinin olduğunu kabul eden yazarlar bugün ceza hukukunun çoğunluk görüşünü oluşturmaktadır.¹²⁷ Bu düşüncenin yansımalarını, Türk Ceza Hukuku doktrinde de görmek mümkündür. Nitekim *İçel ve diğerleri* eylemin haksızlığını nicelik yönünden derecelendirmeye tabi tutmuşlardır. Örnek olarak ise 5 lira değerindeki eşya ile 500 lira değerindeki eşyanın çalınması halinde bu iki suçun haksızlık içeriğinin aynı olmadığı yönünde görüş bildirmişlerdir.¹²⁸ Diğer taraftan doktrinde *Katoğlu* hukuka aykırılığın maddi ve şekli olmak üzere iki yönünün olduğunu belirterek, maddi hukuka aykırılığın derecelendirilebilir olduğunu ileri sürmüştür. Yazara göre hukuki değer ihlali

¹²¹ Aslında yazarın hukuka aykılıktan kastı haksızlıktır.

¹²² Kern, a.g.e., s. 266.

¹²³ Kern, a.g.e., s. 268.

¹²⁴ Kern, a.g.e., s. 290, 291.

¹²⁵ Noll, a.g.e., s. 184.

¹²⁶ Noll, a.g.e., s. 196 vd.

¹²⁷ Örneğin bkz. Günther, a.g.e., s. 236. Ayrıca bkz. Hans Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, **ZStW**, sy. 58, 1939, s. 536; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 300; Elvan Keçelioğlu, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBB**, sy. 87, Mart-Nisan 2010, s. 302, dn. 10; Krümpelmann, **Die Bagatelldelikte**, s. 30, dn. 45. Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 125 vd. Aksi yönde Eduard Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, **ZStW**, sy. 64, 1952, s. 255 vd; Hans Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, **ZStW**, sy. 58, 1939, s. 536; Friedrich Nowakowski, “Das Ausmaß der Schuld”, s. 304; Wilhelm Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen **ZStW**, sy. 64, 1955, sh. 22 vd.; Hardwig, **Grundprobleme der allgemeinen Strafrechtslehre**, s. 9; İzzet Özgenç, “Kavga Suçu” (TCK m. 464) Üzerine Düşünceler”, s. 489.

¹²⁸ İçel ve diğerleri, **Suç Teorisi**, s. 94-95.

derecelendirilebilir olduğu için hukuka aykırılık da derecelendirilebilir bir yapıya sahiptir.¹²⁹

1.1.2.3. Haksızlığın Belirlenmesinde Niceliksel ve Niteliksel Görüşler

Ceza hukukunda niceliksel görüş özellikle kanun vaz'ında kendini sert biçimde hissettirmiştir. Bunun en belirgin örneği Türk Ceza Hukuku sisteminin de izlediği kabahat ve suç ayrımıdır. Bu ayrım kanun koyucu cezalandırılmasını istediği fiilleri kendi iradesine binaen bir haksızlık tartımına götürür ve bu fiillerden hafif gördüğünü kabahat, ağır gördüğünü ise suç olarak düzenler.¹³⁰ Yine aynı sistem, 1974/75 reformuna kadar geçerli olan Alman Ceza Hukuku sistemindeki üçlü ayrım ve bu reformdan sonraki geçerli olan ikili ayrım kendini göstermiştir. Alman Ceza Hukuku reformuna kadarki sistemde yürürlükte olan StGB m. 1, kanunda geçen tiplerde bazı fiilleri diğerlerine nazaran daha ağır düzenlemiştir. Niceliksel görüşün en büyük etkilerinden biri budur. Bu durum sadece cezalandırılan fiillerin ayrımında değil, aynı zamanda suç tipleri arasında da ağırlık ayrımında ortaya çıkarmaktadır.¹³¹ Yani niceliksel görüş, maddi ceza hukukunda ağırlığa göre derecelendirme öngörmekle birlikte daha çok cezanın tayininde hâkim olmuştur.¹³² Ancak bu görüşün sadece cezanın tayininde rol oynamadığı aynı zamanda suç teorisinde de egemen olduğu savunulmuştur. Bu duruma en büyük örnek ise haksızlığın dereceleri öğretisi gösterilmiştir.¹³³ Buna göre haksızlığın dereceleri öğretisi, sadece kanun koyucunun veya ceza hâkiminin, cezayı belirlemede, yani yaptırım teorisinde bir yol gösterici değil, aynı zamanda suç teorisinde haksızlığın niceliğinin, kanunun yapısından da çıkarılabileceği öne sürülmüştür.¹³⁴

¹²⁹ Turgut Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, , Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003, s. 70-72 ve 157.

¹³⁰ 30/3/2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler kanununun genel gerekçesinde nicelik ayrımına ilişkin şu ifadeler yer almaktadır: “*Haksızlıklar arasında bu yönde bir tasnif yapılması durumunda; bu tasnifte, hukuka aykırı olan fiilin ifade ettiği haksızlık içeriği esas alınmalıdır. Bu bakımdan, esasen hukuka aykırı olan ve haksızlık ifade eden fiiller arasında suç veya kabahat olarak bir ayırım yapılması, bir nitelik farkı oluşturmamaktadır. Söz konusu tasnif, haksızlıklar arasındaki nicelik farkına dayanmaktadır. Bu tasnif, haksızlıklar arasında sadece bir işlem farklılığı doğurmaktadır.*”

¹³¹ Krümpelmann, **Die Bagatelldelikte**, s. 14.

¹³² Krümpelmann, **Die Bagatelldelikte**, s. 14. Cezanın tayininde ortaya çıkan sorunlar ve problem için ayrıca bkz. Eduard Dreher, **Über die Gerechte Strafe eine theoretische Untersuchung für die deutsche strafrechtliche Praxis**, Heidelberg: Lambert Schneider, 1947, s. 65 vd.

¹³³ Krümpelmann, **Die Bagatelldelikte**, s. 33.

¹³⁴ Krümpelmann, **Die Bagatelldelikte**, s. 33.

Niceliksel görüş ilk olarak maddi haksızlık öğretisinin gelişmesiyle anlam kazanmıştır.¹³⁵ Bir davranışın pozitif hukuk tarafından cezalandırılması için görünüş olarak tipikliğin gerçekleşmesiyle (lafzi olarak tipe uygun bir eylemin bulunmasıyla) ortaya çıkan şekli haksızlık dışında, ayrıca maddi haksızlığın da (gerçek anlamda tipiklik) gerçekleşmesi gerekecektir.¹³⁶ Yani sadece ceza kanununda tip olarak düzenlenmiş davranışlar cezalandırılabilir olup, bunlardan da içerik olarak haksız ve cezaya layık olanlar suç olabilir.¹³⁷ İşte bu nedenden ötürü ceza hukuku temel prensiplerinden olan *ultima ratio* (son çare) ilkesi çerçevesinde sadece önemli ve toplum tarafından katlanılmaz davranışlar kanun koyucu tarafından suç olarak düzenlenmeli ve ceza yaptırımıyla karşılanmalıdır. Bunun için ise davranışların belirli bir haksızlık içeriğine sahip olması şarttır.

Bir suçun hafif olarak tanımlanması halinde fiilin çeşidinden yola çıkılır ve fiilin ağırlığına göre bir değerlendirme yapılır. Bu çıkarım hangi fiilin önemli veya ağır olduğu sorusuyla yapılır. İşte bu çıkarım suçun, niceliksel görüşle değerlendirilmesidir.¹³⁸

Diğer taraftan niteliksel görüşlere bakıldığında bu görüşlerin de haksızlığı çeşitli kıstaslar bakımından değerlendirmeye tabi tuttuğu görülebilir. Niteliksel görüşü anlamak için bir örnek üzerinden gitmekte fayda vardır.¹³⁹ Örneğin hırsızlık suçu ele alındığında zilyedinin rızası olmaksızın ‘başkasına ait taşınır malın’ ‘evden’ alınması halinde söz konusu özellikleri nedeniyle niteliksel olarak ağırlaşmış nitelikli hırsızlık suçu belirlenebilir. Ancak işlenen bu suçun hafif ya da ağır bir suç olup olmadığı tek başına bu olaydan yola çıkılarak değil diğer tipik davranışlarla kıyaslandığında belirlenecektir. Bu suçun basit hırsızlıkla veya gece vakti eve girilerek işlenmesiyle karşılaştırıldığında ise diğerleri arasındaki ağırlık değerlendirmesi yapılabilecektir. Burada fiilin niteliksel görüşe göre hangi haksızlık (basit hırsızlık mı nitelikli hırsızlık mı) türünü oluşturduğu değerlendirilip, niceliksel bakış açısına göre bu fiilin haksızlığının (örneğe göre aynı suç tipi yani konutta hırsızlık suçları olarak gerçekleşen fiiller arasında) daha ağır ya da hafif olduğu hususunda bir değerlendirme yapılacaktır.

¹³⁵ Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 126.

¹³⁶ Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 126.

¹³⁷ Schmidhäuser, **Strafrecht AT**, s. 110, 6/2.

¹³⁸ Krümpelmann, **Die Bagatelldelikte**, s. 21.

¹³⁹ İlgili örnek Krümpelmann’ın eserinden esinlenmiştir, Krümpelmann, **Die Bagatelldelikte**, s. 42.

Niteliksel bir bakış açısı aynı zamanda ceza hukuku yaptırımlarında da karşımıza çıkmaktadır. Cezaya niteliksel olarak bakıldığında hürriyeti bağlayıcı hapis cezası ile adli para cezası arasında görülen ağırlık bakımından bir nitelik farkı bulunmaktadır. Ancak bunun yanında bu cezaların kanun koyucu tarafından belirlenen miktarlarında da niceliksel bir ayırım gözetilmiştir.¹⁴⁰ Örneğin hırsızlık suçunun bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla işlenmesi halinde kanun koyucu tarafından fiil seçimlik yaptırıma tabi tutulmuştur.

Niteliksel ve niceliksel bakışın bir benzeri ise İtalyan doktrininde *Moro* tarafından öne sürülmüş olup hareketin tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu olmasını suçun niteliğini, meydana getirilen zarar veya tehlikenin ağırlığının ise suçun niceliği olarak belirtilebileceği böylelikle suçun iki cephesi olduğunu söylemiştir.¹⁴¹

1.1.2.4. Cezalandırılan Haksızlık ile Diğer Haksızlık Türleri

Kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibi gereği bir fiil ancak kanunda tanımlanmış ise cezalandırılabilir. Yani şekli olarak bakıldığında hukuk düzeninin ceza yaptırımı uyguladığı her insan davranışı suç olarak kabul edilir. Ancak ne zaman suçun oluştuğuna ilişkin verilen bu tanım yetersiz kalmakta ve böylece maddi, yani içeriğe ilişkin bir tanımın da yapılmasını gerekli kılmaktadır. Nitekim kanun koyucu sadece cezaya muhtaç fiiller söz konusu olduğunda ceza hukukunu devreye sokar ve ceza normlarını vaz ederken de bu düşünceden hareket eder (*ultima ratio*). Böylece asıl amaç olan birlikte yaşamın garanti altına alınması hukuk düzeni sayesinde gerçekleşmiş olur. Peki toplumsal yaşamın dinamiklerini bozan ya da bozmaya yönelik hangi fiillerin suç kapsamına alınacağı, hangilerinin ceza hukuku dışındaki başka yaptırımlarla karşılanacağı nasıl belirlenecektir? Bu sorunun yanıtını ise yukarıda da açıklanan maddi bakımdan suç kavramı vermektedir.¹⁴² Ancak cezalandırılan haksızlık ile diğer haksızlık türlerinin birbirinden ayrılması noktasında prensip itibarıyla kanunda ve değer temelli ceza hukukunda herhangi somut bir kıstas bulunmamaktadır. Bu nedenle ihlalin ağırlığına göre bir ayırım yapılmasının kanun koyucu tarafından uygulamaya bırakıldığı ileri sürülmektedir. Bunun için ise çıkış noktası

¹⁴⁰ Krümpelmann, *Die Bagatelldelikte*, s. 34.

¹⁴¹ Aktaran İçel, *Suçların İçtimarı*, s. 26.

¹⁴² Jescheck, *Strafrecht AT*, s. 38.

niceliksel bir ayrım olduğu yönündedir. Doktrinde cezalandırılmayan haksızlığın sınırını, birlikte yaşamın korunması olduğu ileri sürülmüştür.¹⁴³

Konuya haksızlık penceresinden bakıldığında ceza hukukunun esas aldığı haksızlık ile diğer haksızlıkların aynı çerçevede değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Öncelikle her türlü haksızlık cezalandırılmaz. Bunun için *ilk ölçüt* kanunilik ilkesidir. Kanunilik ilkesi şekli bir sınır çizerek, cezalandırılacak fiillerin açık ve belirli bir biçimde kanun normu olarak düzenlenmesini şart koşar. Ayrıca kanunilik ilkesine uygun düzenlenen bu çerçeve, aynı zamanda şekli olarak bir haksızlığı çizer. Örnek vermek gerekirse kanun koyucu kanuna aldığı başkasına ait malın bulunduğu yerden alınması fiillerini haksız olarak gömü ve böylelikle bu fiilleri haksızlık olarak tanımlamıştır. İşte bu haksızlık şekli haksızlıktır. Öncelikle somut olayda, çizilen bu haksızlık çerçevesine uygun bir fiilin bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Cezaya layık fiil, hukuku ihlal eden bir fiil olmalıdır. Bu davranışın cezalandırılabilmesi için haksız ve kusurlu bir eylem olarak tezahürü şarttır. Ancak böyle bir tezahür olsa dahi bu durum, eylemin her zaman cezalandırılacağı anlamına gelmez.¹⁴⁴ Bununla birlikte kanunda suç tipi içinde düzenlenmeyen fiillerin izin verilmiş bir fiil olduğu anlamına da gelmez. Bu fiiller örneğin medeni hukukta veya idare hukukunda yaptırıma bağlanan fiiller olabilir. Bu durumda medeni hukuk haksızlığının veya idare hukuku haksızlığının bulunduğu söylenebilir.

Bir ceza normu içinde tanımlanmış olan fiilin suç tipindeki tanıma uyması da tek başına cezalandırılabilir haksızlığın bulunduğu işaret etmez. Çünkü öyle birtakım haksızlıklar ortaya çıkabilir ki bu davranışlar hem bir suç tipine hem de başka haksızlık tipine uygun olabilir. Bu nedenle ikinci bir ölçütün bulunması gerekmektedir. *İkinci ölçüt* ise maddi bir ölçüt olup yoğunluğa ilişkindir. Buna göre ceza hukukunun cezalandırdığı haksızlıklar diğer hukuk alanlarının yaptırıma bağladığı haksızlıklara nazaran daha ağırdır.¹⁴⁵ İlk ölçütün sağlandığı (görünüşte de olsa tipe uygun davranış) ancak ikinci ölçütün sağlanmadığı (suç tipinin aradığı şekli haksızlık içeriğine ulaşmayan, hukuki değer yoğun olarak ihlal etmeyen, cezaya layık olmayan) durumlarda yine hukuku ihlal eden bir davranış söz konusu olduğu (hukuka aykırı) ancak ceza hukukunun müdahalesini

¹⁴³ Wolff, "Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen", s. 154 vd.

¹⁴⁴ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 38.

¹⁴⁵ Georg Jellinek, **Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe**, 2. Baskı, Berlin: Verlag von Häring, 1908, s. 126.

gerektirmeyecek ölçüde bulunduğu için, bu davranışın hukuk düzeninin diğer yaptırım araçlarıyla karşılanması gerekmektedir. Bu konuda bir örnek vermek gerekirse, kamu dairesinde imzalanması gereken rutin bir resmî belgenin üzerinde yazılı tarihte imzalanması gerektiği ve belge üzerinde yer alan tarihten sonra imzanın tamamlanması halinde aslında resmi bir belgenin gerçeğe aykırı düzenlendiğinden bahsedilebilir. Ancak burada gerçekleşen haksızlık aslında ceza hukukunun TCK m. 204/2’de aradığı haksızlık boyutunda olmayıp disiplin hukukunun konusunu oluşturur. Zira burada ‘kamunun resmi belgeye duyduğu güven’ hukuki değeri ihlal edilmiş olmakla birlikte bu ihlal o suç tipinin cezalandırmayı amaçladığı haksızlık içeriğine ulaşmamıştır. Örneğin 24.11.2017 tarihli bir belge, bu tarihte imzalanmayıp da 30.11.2017 tarihinde imzalanırsa görünüşte tipik bir sahtecilik söz konusu olacaktır. Nitekim buradaki resmî belgeye duyulan güven, aynı zamanda o belgenin üzerinde yer alan 24.11.2017 tarihinde imzalandığı güvenini de kapsamaktadır.¹⁴⁶

Cezalandırmanın meşruiyetini yansıtan en önemli hususlardan biri de sadece ağır haksızlıkların cezalandırıldığı düşüncesidir. Ağır haksızlıklar ceza hukuku gibi özgürlüklere en ağır müdahalelerde bulunan yaptırımları meşru kılar. Bu nedenle suç oluşturan haksızlığın maddi sınırlandırmasının yapılması önem arz etmektedir. Buna göre sırf başkasının haklarına yönelik geçici ihlaller çok az nitelikte haksızlık oluştursa da suça vücut vermezler.¹⁴⁷

1.1.3. Önemsizlik Kavramı

Ceza hukukunda hangi fiilin suç oluşturduğu hususunda ceza hukuku genel teorisi içinde birtakım kıstaslar getirilmiştir. Bir fiilin ceza hukuku yaptırımıyla karşılaşmasının şartları ilk olarak tipiklik kurumu çerçevesinde getirilen hareket, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur, konu gibi kavramlarla sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Keza hukuka aykırılık kavramıyla ceza hukukunun müdahale alanı daraltılmaya çalışılmıştır. Ancak tüm bu

¹⁴⁶ Burada değinilmesi gereken bir husus da faydasız, füzuli veya gereksiz sahteciliktir. Bu sahtecilik türünde gerçekte bir sahtecilik fiili işlenmekle birlikte bu sahteciliğin pratikte hukuki bir sonuç doğurmayan konularda gerçekleştirilmesi nedeniyle eylem cezalandırılmamaktadır. Ancak burada verilen örnekte belge pratikte hukuki bir sonuç doğurduğu için gereksiz sahtecilik olarak nitelendirilemez. Bkz. Sahir Erman ve Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul: Dünya Yayıncılık, 1996, s. 314.

¹⁴⁷ Köhler, **Strafrecht AT**, s. 30.

sınırlamalara karşın halen birtakım insan davranışlarının cezaya layık olmamasına rağmen, getirilen bu şartlara lafzi uygunluğu, ya da suç tipinin belirsiz kavramlar içermesi nedeniyle, suç tipinin aradığı haksızlık içeriğini sağlamayarak, ceza hukuku yaptırımlarıyla karşılanması gerektiği düşüncesi oluşmaktadır. İşte ceza hukukunun getirilen bu kıstaslara rağmen halen şekli olarak haksız görülen ve cezalandırmaya layık olmayan insan davranışlarının cezalandırılmasının önüne geçecek kavram, ‘önemsizlik’ kavramıdır.

Doktrinde Önder ceza hukukunun konusunu oluşturan ve toplumsal düzeni önemli bir şekilde bozan eylemlerin, neler olduğunu ve bu eylemlere karşı ne gibi yaptırım uygulanacağını tespit eden bir hukuk dalı olduğunu söyledikten sonra, ceza hukukunun yaptırımlarının hayata ve hürriyete yönelik etkileri bulunduğu için bu hukuk dalında, hangi fiillerin hukuk düzenini önemli bir şekilde ihlâl etmiş olduğunun, baştan itibaren tespitine zorlandığını savunmuştur. Her hukuki değer ihlali, fiilin suç olarak düzenlenmesinde yeterli olmayıp bu fiilin aynı zamanda toplum düzenini önemli ve ağır bir şekilde ihlâl etmiş olması yani yoğun bir hukuki değer ihlali gerçekleştirebilecek davranış olması da ayrıca aranmalıdır. Yani toplumsal düzeni bozan davranışların önemsiz de olabileceği ve bu fiillerin hukuk düzenini bozmada bir önemi olmadığı söylenebilir.¹⁴⁸ Yani yazara göre suç tipleri tespit edilirken bu suç tiplerinin kapsamına girecek davranışların olabildiğince titiz bir biçimde seçilmesi ve bu davranışları tam olarak tarif eden suç tiplerinin oluşturulması gerekir. Diğer taraftan suç tipleri bu kıstaslara uygun düzenlendikten sonra dahi kullanılan kavramların lafızlarından ötürü somut olayda yoğun olarak hukuki değer ihlali olmayan davranışlar suç tipinin kapsamına girebilecektir. Bu durumda ise önemsizlik tespiti gerekecek ve ilgili davranış suç tipinin kapsamından çıkarılabilecektir.

1.1.3.1. Önemsizlik Kavramının Ceza Hukukundaki Diğer Kavramlarla İlişkisi

Önemsizlik kavramının çerçevesi belirlenirken doktrinde kullanılan benzer kavramlardan farkı ve bu kavramlarla ilişkisinin incelenmesinde fayda vardır. Bu nedenle sırasıyla doktrinde *Bagatelldelikt* olarak kullanılan önemsiz haksız fiil kavramı, önemsiz hareket kavramı ve son olarak önemsiz haksızlık kavramı incelenecektir. Bu kavramlarla ilişki ortaya konulduğunda önemsizliğin çerçevesi daha belirgin hale gelecektir.

¹⁴⁸ Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, c. II, s. 3.

1.1.3.1.1. Önemsiz Haksız Fiil (Suç) Kavramı (Bagatelldelik)

Bagatelldelik kavramı etimolojik olarak incelendiğinde önemsiz, ehemmiyetsiz anlamına gelen *bagatell* ve ceza hukukunda suç ile diğer hukuk dallarında haksız fiil anlamında kullanılan ve bir üst terim olan *Delikt*¹⁴⁹ kavramlarının birleşiminden meydana geldiği söylenebilir. Özellikle Alman Ceza Hukuku doktrininde ayrıntılı bir şekilde ele alınan *Bagatelldelik* kavramına ilişkin pozitif düzenlemelerde herhangi bir tanım yapılmamıştır. Ancak doktrinde önemsiz suç (*Bagatelldelik*) kavramına ilişkin bir tanımlama çabasının bulunduğu söylenebilir. Yine *Bagatelldelik* kavramına eş olarak *geringfügige Straftat* kavramının kullanıldığı da görülmektedir. Daha eskilere gidildiğinde hafif suç anlamında *leichte Delikt* kavramının da kullanıldığı da görülmüştür. Şimdi kronolojik olarak doktrindeki *Bagatelldelik* ve bununla eş değer görülen kavramlar incelenecektir.

Doktrindeki önemsiz suç tanımlarına bakıldığında önemsiz suçları tedip hakkı çerçevesinde tartışan Mayer'e rastlanmaktadır. Yazar önemsiz suçları '*leichte Delikt*' kavramıyla incelerken bu kavramı tanımlamaya yönelik çabaların sonuçsuz olduğunu ve tanımının kesin olarak yapılmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür.¹⁵⁰ Ancak Mayer önemsiz suçları bir ayrıma tabi tutmaya çalışmış ve bu ayrımı yaparken cezanın belirlenmesi kurumundan, dolayısıyla kanuni sistematikten hareket etmiştir. Bu nedenle Alman Ceza Hukuku reformuna kadar egemen olan üçlü sistem dâhilinde bir ayrım yapmıştır. Buna göre hafif suçlar iki grup altında toplanabilir: Bağımsız basit suçlar ve bağımlı basit suçlar. Bağımsız basit suçlar ceza üst sınırı az olan yani *Übertretung* (kabahat) şeklinde kanunda tanımlanmış fiillerdir.¹⁵¹ Mayer ağır suçların alt yansıması olmayanlarının her kabahatin, bağımsız basit suç olarak kabul edilebileceğini

¹⁴⁹ Delikt kavramının incelemesi için ayrıntılı olarak yukarıda bkz. Suçun Etimolojik Anlamı

¹⁵⁰ Hellmuth Mayer, **Zuchtgewalt und Strafrechtspflege**, Leipzig: Verlag von C.L. Hirschfeld, 1922, s. 55.

¹⁵¹ Aynı yönde Krümpelmann, **Die Bagatelldelikte**, s. 37.

savunmuştur.¹⁵² Diğer grup ise bağımlı basit suçlar olarak adlandırılmıştır. Bu suçlar ise ağır suçların alt örnekleri olarak ortaya çıkmaktadır¹⁵³. Bu grup altında işlenen suçların haksızlık içeriği bağımsız basit suçların haksızlık içeriğini aşmayan suçlardır. Buna göre somut olaydaki davranışın haksızlık içeriği bağımsız basit suçun sınırları dahilinde kalıyorsa bu durumda bağımlı basit suçtan söz edilecektir.

Krumpelmann önemsiz suç ayırımı yaparken *Mayer* tarafından yapılan sınıflandırmaya sadık kalmış, bağımsız ve bağımlı önemsiz suçlar olarak bir ayırım yapmıştır.¹⁵⁴ Yazar bağımlı basit suçları somut olayda gerçekleşen önemsiz suç olarak tanımlamıştır.¹⁵⁵ Bunun nedeni bağımlı basit suçların kanun tarafından önceden tipikliğinin düzenlenmeyip ağır haksızlık içeriğine sahip suçların, somut olaylarda hafif haksızlık içeriğiyle ortaya çıkmasıdır.

Önemsiz suç kavramını tanımlamaya çalışan *Dreher* ise bu kavramı suç niteliğini koruyan ancak hafif bir ağırlığa sahip suçlar olarak kabul etmiş ve hareketin tasvip edilmezliği (*Handlungsunwert*) ile neticenin tasvip edilmezliğinden (*Erfolgswert*) oluşan bu haksızlıkla ilgili kusurun hafif olduğu suçlar olarak görmüştür.¹⁵⁶ Yazar ayrıca önemsiz suçları iki başlık altında inceleme yoluna gitmiştir. Buna göre önemsiz suçlar, gerçek önemsiz suçlar ve gerçek olmayan önemsiz suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Gerçek önemsiz suçlar, tipikliğinde mutlaka her durumda sadece hafif olarak tanımlanan suçlardır.

¹⁵² Hellmuth Mayer, **Zuchtgewalt und Strafrechtspflege**, s. 63. Mayer bu kabahatlere örnek olarak StGB'nin eski metninde yer alan ve kabahatler (Übertretungen) kısmında sayılan StGB m. 363'ü ve m. 370/4 ve 5'i örnek vermiştir. Örnek vermek gerekirse StGB m.370/5 ele alınabilir. Alman ceza hukukunda 'Mundraub' olarak adlandırılmakla beraber derhal tüketmek amacıyla yapılan az miktar ve değerdeki gıda veya keyif verici maddelerin veya evde kullanılan eşyanın hırsızlığı olup bugün kullanılmamaktadır. StGB m. 370/5'in tam metni şöyledir: Yiyecek veya içecekleri veya evde kullanılan diğer eşyaları az veya önemsiz miktarda derhal kullanır veya zimmetine geçirirse 150 marka kadar para cezasıyla yahut hapisle (Haft) cezalandırılır. Bu fiilin üste doğru akrabalarına veya eşe karşı işleyen cezalandırılmaz. Bir diğer örnek ise StGB m. 363'te yer almaktadır: Yetkili veya özel kişileri, kendinin veya bir başkasının işlerini daha kolay halledebilmek (Fortkommen) için giriş kartı, askeri istifaneme, gezi defteri veya diğer birtakım kimlik belgeleriyle (...) yanıltan, hileli düzenleyen veya bunlarda sahtecilik yapan veya bu belgeleri kullananlar hapis (Haft) cezası veya 150 imparatorluk markı kadar cezalandırılır. Söz konusu kabahatlerde hapsin üst sınırı yer almasa da kanun gereği üst sınır altı hafta olarak belirlenmiştir.

¹⁵³ Krumpelmann ise bu suçların esasen hafif haksızlığa sahip cünha (Vergehen) tipikliklerinde mümkün olabileceğini söylemiştir.

¹⁵⁴ Krumpelmann, **Die Bagatelldelikte**, s. 37.

¹⁵⁵ Krumpelmann, **Die Bagatelldelikte**, s. 37, özellikle son paragraf.

¹⁵⁶ Eduard Dreher, "Die Behandlung der Bagatelldelikte", **FS für Hans Welzel**, Walter de Gruyter, Berlin/New York 1974, s. 917.

Bu suçlar çoğunlukla kanunda cünha (*Übertretung*) olarak tanımlanmıştır.¹⁵⁷ İkinci grup önemsiz suçlarda ise tipiklikleri ağır bir haksızlığı oluşturabilecek şekilde tanımlanmış olan lakin aynı zamanda önemsiz suç biçiminde ortaya çıkabilecek suçlardır. Bunlar ise gerçek olmayan hafif suç olarak tanımlanmıştır.¹⁵⁸ Buradan yazarın önemsiz suç kavramını oldukça geniş tanımladığı görülmektedir.

Türk hukukunda önemsiz suç kavramına ilk olarak “*ehemmiyetsiz suç*” adı altında Erem’in eserinde rastlanmaktadır. Yazar yorum vasıtalarından olan sosyolojik vasitanın kanunun olaylara uygulanırken, suçun toplumsal oluşumunun bilinmesini gerektiğini söylemiş, ancak bu yorum yapılırken belirlenmesi mümkün olmayan kıstaslardan da uzak durulması gerektiğini de ayrıca belirtmiştir. İşte bu yorum vasıtası ele alınırken ceza kanunlarının uygulanacağı olayları “*önemsiz suçlar*” hariç tutarak sosyal patolojinin görünüşü olarak ortaya çıktığını belirtmiştir.¹⁵⁹

Bugün söylemek gerekir ki önemsiz suç ya da hafif suç olarak değerlendirilen bu davranışlar esasen StPO m. 153 ve 153a veya CMK’da yer alan erteleme gibi kurumların konularını oluşturan davranışlardır. Bu davranışlar her halükârda suç oluşturmakla birlikte önemsizlik kavramının kapsamına girmemektedir.

1.1.3.1.2. Önemsiz Hareket Kavramı

Türk ceza hukukunda önemsizliği ayrıntılı olarak inceleyen Hakeri ise konuyu “*önemsiz hareketler*” başlığı altında ele almıştır.¹⁶⁰ Yazar bir ceza normunun lafzına açıkça uymasına rağmen, neden tipikliği gerçekleştiren her eylemin uygulamadan verdiği örneklerle cezalandırılmadığı sorusundan hareket etmiş böylece önemsiz hareketi suç tipinin lafzına uyan yani, bizzat hukukun kapsama alanı içinde bulunan, bir suç tipinin tipikliğini ihlal eden hareket olarak tanımlamıştır. Bununla birlikte yazar “hukukça önemli olmayan hareketler” olarak nitelendirilen ve hukukça düzenlenmemiş, hukukun bünyesine

¹⁵⁷ Bu suça örnek olarak 1974 reformundan önceki düzenlemede yer alan biçilmemiş çimlere basmak kabahati (*übertretung*) verilmiştir. Dreher, “Die Behandlung der Bagatellkriminalität”, s. 918. İlgili hüküm şöyledir: StGB m. 368/9: yetkisiz olarak bahçelerde (...) veya yasak olduğu tabelayla beyan edilen kapalı özel yollarda gidenler, araba sürenler, atla gidenler (...) cezalandırılır.

¹⁵⁸ Dreher, “Die Behandlung der Bagatellkriminalität”, s. 918 vd.

¹⁵⁹ Faruk Erem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, c. 1, 4. Bası, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1958, s. 28.

¹⁶⁰ Hakan Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, **TBBD**, sy. 69, 2007, s. 55 vd.

alınmamış hareketlerin önemsiz hareket kavramına dahil olmadığını da açıkça belirtmiştir.¹⁶¹ Yine yazara göre hareketin önemsizliğinin belirlenmesi, hâkimin yapacağı bir yorumla ortaya çıkarılacaktır. Hâkim, kanun koyucunun suç olarak düzenlediği fiillerde hareketin önemli ve ağır olması gerektiği kabulü ile hareket ettiği bilinciyle yorum yapacaktır.¹⁶²

1.1.3.1.3. Önemsiz Haksızlık

Önemsiz haksızlık kavramı (*Bagatellunrecht*), doktrinde maddi bakımdan ve şekli bakımdan suç kavramı arasında ortaya çıkan bir sorun olarak görülmüştür. Maddi bakımdan suç kavramının amacı olan, sadece topluma zararlı fiillerin ceza yaptırımıyla karşılanması gereği karşısında, kanunun bu fiilleri kapsamayacak şekilde düzenlenmesi elbette mümkün olmamaktadır. Nitekim gerçekleşecek sayısız somut olay karşısında ancak bir tane soyut norm bulunmaktadır. Suç tipinde düzenlenen haksızlık ile somut olayda gerçekleşen haksızlık her zaman örtüşmeyebilir.¹⁶³ Dış dünyaya yansıyan iradi insan davranışının meydana getirdiği haksızlığın, belirli bir yoğunluğunun olduğu tartışmasıdır. Bu yoğunluğun belirli bir seviyeye ulaşması halinde, davranışın artık cezaya layık bir davranış olduğuna hükmedilecektir. Ancak belirli yoğunlukta haksızlığa ulaşmayan bir davranış ise artık ceza hukuku yaptırımlarıyla karşılanamayacaktır. Önemsiz haksızlığa ilişkin konuya girmeden önce ceza hukukunun parçalı yapısı ve önemsiz haksızlık ilişkisini açıklamakta fayda vardır.

Önemsiz haksızlık ile ceza hukukunun parçalı karakteri (*fragmentarische Charakter des Strafrechts*) arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Ceza, önemli derecede haksızlığa ihtiyaç duyduğu için, haksızlığın niceliksel özelliğine ihtiyaç duyulmuş bu nedenle de nicelik, sosyal-etik değersizlik yargısına çıkış noktası sağlamıştır.¹⁶⁴ Bunun için ceza hukukuna hâkim ilkelerden olan ve kanunilik ilkesinin alt ilkesini oluşturan belirlilik ilkesinin koyduğu sınırları genişletmek için, ceza hukukunun parçalı karakteri olduğu

¹⁶¹ Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 61.

¹⁶² Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 62.

¹⁶³ Maurach ve Zipf, **Strafrecht AT I**, s. 165, § 13 II, kn. 15 vd.

¹⁶⁴ Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 127.

savunulmuştur¹⁶⁵. Ceza hukukunun parçalı karakterini açmakta fayda vardır. Öncelikle bu fikir ilk kez *Binding* tarafından ortaya atılmıştır.¹⁶⁶ *Binding*'e göre ceza kanununda haksızlığı, kanunda tanımlanan ve cezalandırılan diğer fiillere göre aynı, belki daha fazla ağır basan ancak kanunda tam olarak tanımlanmadığı için bu fiilleri cezasız bırakan birtakım boşluklar vardır.¹⁶⁷ İşte bunun gibi boşlukların bulunması *Binding* tarafından kanun koyucunun bir eksiği olarak görülmüştür.¹⁶⁸ Öyleyse burada cezalandırılması gerektiği düşünülen fiili genişletici bir yorumla adaletin sağlanması amacıyla tipikliğin içine dâhil edilip edilemeyeceği tartışılmıştır.¹⁶⁹ Niceliksel bir değerlendirmede bu görüşün önemi şuradadır: Şayet bir fiil adaletin sağlanması amacıyla geniş bir yoruma tabi tutularak normun kapsama alanına sokulabiliyorsa, bu durumda aksi uygulanarak fiil, yeterli haksızlığa ulaşmadığı için¹⁷⁰ normun kapsamı dışında tutulabilecektir.¹⁷¹ Böylece cezalandırmanın sınırı, sosyal hayata yönelik tehlikeliliği ve reddi, özgürlükçü bir hukuk devletinin göstergesi olarak, kamusal bir yaptırımı gerektiren ve hak eden davranışlarla sınırlı kalacaktır.¹⁷²

Önemsiz haksızlığın tespitinin hukuka aykırılık aşamasında yapılacağı doktrinde ileri sürülmüş olup somut olayda hukuka uygunluk unsurlarının yorumuyla ortaya çıkarılacağı söylenmiştir. Bu konuda özellikle fiilin toplumsal uygunluğuna atıf yapıp önemsiz haksızlığın ekstrem olaylarda suç tipi çerçevesinde, toplumsal değer beklentilerindeki hukuka aykırılık değerlendirmesinde söz konusu olabileceği ileri sürülmüştür. Bu tespit yapılırken suç tipinin şekli lafzının, haksızlığı oluşturan unsurları

¹⁶⁵ Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 127. Ceza kanunlarının bu karakteri bugün genel olarak savunulmaktadır. Bkz. Manfred Maiwald, "Zum Fragmentarischen Charakter des Strafrechts", **FS für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag**, Friedrich-Christian Schroeder ve Heinz Zipf (Hrsg), Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1972, s. 9 vd.

¹⁶⁶ Hans-Heinrich Jescheck, **Lehrbuch des Strafrechts AT**, 3. Baskı, Berlin: Duncker&Humblot, 1982, s. 40; İlgili eser için bkz. Karl Binding, **Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil 1**, 2. Baskı, Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1902, s. 20 vd.

¹⁶⁷ Binding, **Lehrbuch**, s. 20. Aynı yönde bkz. Maiwald, "Zum Fragmentarischen Charakter des Strafrechts", s. 9.

¹⁶⁸ Aynı yönde bkz. Karl Peters, "Beschränkung der Tatbestände im Besonderen Teil", **ZStW**, sy. 77, 1965, s. 475. Diğer taraftan parçalı olmanın tasviri ve mücbir özellikleri bakımından tasviri bakış açısı "ceza hukukunun parçalı olduğu" tespitini yaparken mücbir bakış açısı "ceza hukukunun parçalı bir yapıda olması gerektiğini" tespit eder, bkz. Thomas Vormbaum, "Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik", **ZStW**, sy. 123, 2011, 665 vd.

¹⁶⁹ Binding burada vücut dokunulmazlığına karşı suçlardan yaralamanın unsurlarından biri olan sağlığa zarar verme fiilinin genişletilerek sağlığı bozmayan vücut üzerindeki değişimleri de kapsayacak biçimde yorumlanması örnek olarak vermiştir. Binding, **Lehrbuch**, s. 22.

¹⁷⁰ Günther, a.g.e., s. 236.

¹⁷¹ Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 127.

¹⁷² Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 40.

yorumlanarak bireyler arası ilişkilere uygun davranışların ceza yaptırımıyla karşılanmaması gerektiği sonucuna varılacaktır.¹⁷³

1.1.3.2. Önemsizliğin Pozitif Hukuka Yansıması

Önemsiz suç kavramı ya da önemsiz hareket kavramlarının aksine pozitif hukukta¹⁷⁴ kendine yer bulan bir kavram olan hafiflik kavramı aynı zamanda uygulamada da önemsizliğin bir yansıması olarak ortaya çıkmaktadır. Kavramın kanun tarafından bir doğrudan bir tanımı yapılmış olmasa da hangi hallerin önemsizlik oluşturduğu birtakım kıstaslar getirilerek belirtilmiştir.

Kanuni düzenlemelere bakıldığında 1960 tarihli *Eski Federe Rus Sovyet Cumhuriyeti Ceza Kanunu*'nun 2. fıkrasında, özel hükümler kısmında düzenlenen suç tiplerinin unsurları şekli olarak içermekle birlikte toplumsal bakımdan tehlikeli olmayan icrai ve ihmali hareketlerin hafifliğinden (*Geringfügigkeit*) ötürü suç olmadığı hüküm altına alınmıştır.¹⁷⁵ Sonradan yürürlüğe giren 1996 tarihli *Yeni Rus Ceza Kanunu*'nda ise benzer bir hüküm yer almakta ve m. 14/2'ye göre, şekli olarak suç tipine uyan ancak kişilere, topluma veya devlete yönelik bir zarara yol açmayan ve bir zararın meydana gelme tehlikesini de içermeyerek toplum açısından önemli bir tehlike oluşturmayan davranışlar suç olarak kabul edilmemektedir. Yine *Eski Doğu Alman Ceza Kanunu*'nun 3. maddesine göre, bir hareketin tipik olmakla birlikte, bu fiilin vatandaşların ve toplumun hak ve yararlarına etkisi ile failin kusuru hafif (*unbedeutend*) derecede ise, suçun oluşmayacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte kanunun birtakım hükümlerinde kusurun, iştirakin, özel durumların veya zararın hafifliği söz konusu olduğunda sorumluluğun ortadan kalkacağı da ayrıca düzenlenmiştir. Yine benzer bir hüküm 1979 tarihli *Küba Ceza Kanununda* genel hükümler kısmında getirilmiştir. Bu kanunlardaki irade serbestisinin olmadığını savunan pozitivist okul etkisinin büyük oranda kanunları şekillendirdiği görülmektedir. Yani *toplumsal tehlikeliliği* esas alan bu kanunların ceza yerine güvenlik tedbiri yaptırımına başvurdukları görülebilir. Burada özellikle belirtmek gerekir ki suç kavramının *toplumsal tehlikelilik* esas alınarak açıklanması özgürlükçü bir ceza hukukunun

¹⁷³ Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 19.

¹⁷⁴ StPO § 111d, § 390/5, § 471/3-2 ve özellikle § 153, § 153a; Avusturya Muhakemesi Kanunu § 191

¹⁷⁵ Hakeri, "Önemsiz Hareketler", s. 67.

uygulanmasını engellemektedir.¹⁷⁶ Bu nedenle bugün suç kavramı açıklanırken bu kavramın kullanımı mümkün değildir.

Bu düzenlemelerin komünizm ideolojisinin hâkim olduğu yerlerde veya komünizm ideolojisinin etki ettiği yerlerde genel hükümler çerçevesinde normlar getirilmiştir. Nitekim komünizm sonrası hazırlanan *Polonya Ceza Kanunu*'nun 115/2 maddesinde “*ihlal edilen hukuki yararın türü ve karakteri; meydana gelen veya gerçekleşmesi tehlikesinin bulunduğu zararın kapsamı; suçun işleniş şekli ve buna ilişkin diğer olgular; fail tarafından ihlal edilen yükümlülüklerin ağırlığı ve önemi; kastın şekli, failin saiki; ihlal edilen özen yükümlülüklerinin türü ve bunların ihlalinin derecesi*” hafifliğin belirlenmesinde birer kıstas olarak kanundaki yerini almıştır.¹⁷⁷

Yukarıda da değinildiği üzere bu düzenlemelerin dışında diğer bazı ülkelerin (örneğin *Almanya StPO* m. 153 ve 153a ile bu fiiller hakkında takipsizlik kararı verilmesine imkân tanımaktadır) bu sorunu genel hükümlerde düzenlemek yerine ceza muhakemesi hukuku çerçevesinde düzenleme getirilerek çözülmeye çalışılmıştır. *Avusturya Ceza Kanununda* ise genel ve özel kısımda düzenlemeler getirilmiştir. Genel hükümler kısmında düzenlenen madde 42'ye göre fiilin cezalandırılmasının önüne geçilmektir. Ancak aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere genel hükümlerde yer alan düzenleme 31.12.2007 yılında kaldırılıp sonradan ceza muhakemesi alanında düzenleme yapılmıştır. Kaldırılan bu düzenlemede maddi ve şekli olmak üzere iki grup kıstas bulunmaktadır. Maddi kıstasların başında elbette failin kusurunun azlığı gelmektedir. Bir diğer kıstas ise fiilin neticesinin olmaması veya önemsizliğidir. Bunun dışında fiilin neticeleri fail tarafından elinden geldiği ölçüde ortadan kaldırılmış, telafi edilmiş veya düzeltilmiş değildir. Son olarak ise failin cezalandırılması, onu yeni suçları işlemekten alıkoymak veya başkalarının cezalandırılan eylemleri işlemesini önleme bakımından da gerekli görülüyorsa, ceza verilmekten vazgeçilebilir. Şekli kıstaslara bakıldığında soruşturulan fiilin sadece para cezası, üst sınırı üç yıl hapis cezası veya bu türde hem hapis hem de para cezası ile yaptırım altına alınmış olması gerekmektedir.

¹⁷⁶ Marksist hukuk teorisinin hukuki değer ve suç anlayışı için bkz. Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 93 ve 98 vd.

¹⁷⁷ Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 67.

Genel hükümler çerçevesinde düzenlemeler bu şekilde iken önemsizlik meselesine bizatihi özel suç tiplerine unsurlar getirilerek de somut olayda gerçekleşebilecek kanunda yer alan suç tipine uyan fiillerin kanun kapsamından çıkarılmaya çalışıldığı görülebilir. Örneğin StGB özel suç tiplerinde haksızlığın azlığı (haksızlık içeriğinin azlığı)¹⁷⁸, kusurun azlığı¹⁷⁹, katılımın çok az önemde olması¹⁸⁰, miktarın az olması, önemli ölçüde zarara uğrama tehlikesinin bulunmaması veya değer azlığı¹⁸¹ hallerinde ceza verilmekten vazgeçilebileceğini düzenlemiştir. *Avusturya Ceza Kanunu*’nda da benzer düzenlemeler getirilmiş ve değer azlığı¹⁸² hallerinde ceza verilememesi hüküm altına almıştır. *Avusturya Ceza Kanunu*’ndaki dikkat çeken bir diğer husus ise suçun maddi konusunun azlığı¹⁸³ hallerini genel olarak bir aya kadar hapis cezası veya altmış güne kadar para cezası ile cezalandırma yetkisini vermesidir. Ancak bu tür düzenlemelerin istisnalarının bulunduğunu söylemek de yerinde olacaktır.¹⁸⁴ TCK’ya bakıldığında ise malın değerinin azlığı¹⁸⁵, önemlilik¹⁸⁶ gibi kriterler göze çarpmaktadır.

Ancak TCK m. 174/3’te ilginç bir hükme yer vermiştir. Buna göre “*önemsiz tür ve miktarda patlayıcı maddeyi satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, kullanılış amacı gözetilerek, bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı*” düzenlenmiştir. Gerekçede düzenlemenin getiriliş amacı, köy veya kırsal alanda yaşayan insanların çeşitli meşru ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, önemsiz tür ve miktarda patlayıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması halinde daha az cezayla cezalandırılması olarak açıklanmıştır. Elbette bu hükümdeki önemsiz tür ve miktar kavramından tür ve miktarı ne olursa olsun diğer şartları da sağlıyorsa cezalandırılacağı anlamı çıkarılmamalıdır. Nitekim kanun koyucu örneğin birkaç gramlık etkisi düşük patlayıcı maddeyi satın alma, kabul etme veya bulundurmaya cezalandırmayı amaçlamamaktadır. Normun güttüğü asıl amaç, somut olayda miktar olarak az olan ancak etkisi yüksek patlayıcı madde suçunu oluşturduğunda suçun basit haline göre daha hafif bir cezayla cezalandırmaktır.

¹⁷⁸ StGB m. 174/5, m. 182/6, m. 89c/5

¹⁷⁹ StGB m. 86/4, 89b/5, 89c/6, 91/3, 113/4

¹⁸⁰ StGB m. 84/4, 129/5 ve 6.

¹⁸¹ StGB madde 89c/5, 248a, 243/2, 263/4, 265a/3, 266/2, 257/4 ve 259/2.

¹⁸² *Avusturya Ceza Kanunu* m. 141/4, m. 306/3.

¹⁸³ *Avusturya Ceza Kanunu* m. 149/1 ve 3, 150, 164/5,

¹⁸⁴ Örneğin *Avusturya Ceza Kanunu* m. 153a, 168,

¹⁸⁵ TCK m. 145.

¹⁸⁶ TCK m. 164, 238,

Önemsizliğin bir de ceza muhakemesi hukukunda kendine yer ettiği söylenebilir. Yukarıda değinilen Avusturya örneğinde daha sonra yapılan Ceza Muhakemesi Reformu çerçevesinde 31.12.2007 tarihinden itibaren genel hükümlerde yer alan düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁸⁷ Avusturya da Alman Hukukundaki düzenlemeye paralel şekilde bu düzenlemeyi ceza muhakemesi alanına taşıyarak mahkemenin iş yükünün azaltılması yolunu tercih etmiştir. Diğer taraftan özellikle özel önleme amaçlı faile birtakım yükümlülükler getirilerek cezanın önleme amaçlarının da gerçekleştirilmesine çalışıldığı da söylenebilir.

Önemsizlik meselesinin çözümünü ceza muhakemesi alanına taşıyan Avusturya bu konuyu *Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu* m. 191’de düzenleyerek hafiflik halinde takipsizlik kararı verilmesini öngörmüştür. Genel hükümlerde yer alan hüküm ana hatlarıyla burada yer almaktadır. Bunun dışında ise birtakım ek unsurların eklendiği de görülebilir. Buna göre ‘diğer birtakım unsurların’ cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında etkisi olan unsurlar olması gerektiği belirtilmiştir. Yine ek olarak ‘failin fiilinden sonraki davranışları’ unsuru ile neticelerin fail tarafından elinden geldiği ölçüde ortadan kaldırılmış, telafi edilmiş veya düzeltilmiş olması dışındaki fiillerinin de fiil sonrası davranış kapsamında değerlendirileceği getirilmiştir. Böylece bu unsurlarla fiilin ihlal değerinin hafif olup olmadığı belirlenecektir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise resen kovuşturulan cezalandırılabilir bir fiilin işlendiği hususundaki hukuken geçerli iddianamenin mahkeme önüne gelmesi halinde, mahkeme aynı şartlar çerçevesinde muhakemeyi vereceği bir hükümle düşme kararı verebileceği düzenlenmiştir. Dikkat çekici bir hususun ise faile bu durumlarda herhangi bir yükümlülük yüklenmediğidir. Halbuki görüleceği üzere önemsizliğin konusuna giren durumlarda faile birtakım yükümlülükler yüklenebilmektedir.

Önemsizliği usul hukukunda çözmeye yönelik düzenlemelere StPO’da rastlamak mümkündür. Şekli haksızlığın ön planda olduğu bu düzenlemelerde StPO m. 153¹⁸⁸ ve

¹⁸⁷ Helmut Fuchs, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I Grundlagen und Lehre von der Straftat, 7. Baskı, Wien/Newyork: Springer Verlag, 2008, s. 224.

¹⁸⁸ **StPO m. 153: Basit Suçların Kovuşturulmaması**

(1) Muhakemenin konusu bir cünha ise ve failin kusurunun az olduğu kabul edilebiliyor ve kovuşturmada kamu yararı da bulunmuyorsa, kovuşturmanın açılmasına karar vermeye yetkili olan mahkemenin onayı ile, Savcılık kovuşturma yapmayabilir. Bir cünha hakkında aşağı haddten fazla ceza öngörülmemiş ve fiilin sebebiyet verdiği neticeler önemsiz ise, mahkemenin onayı aranmaz.

153a¹⁸⁹ hükümlerine göre savcıya bazı hallerde tek başına bazı hallerde ise mahkemenin onayıyla takipsizlik kararı verme veya kamu davasını erteleme yetkisi getirilmiştir. *De minimis non curat lex* ve maslahata uygunluk ilkelerinin pozitif hukuka yansımaları olan bu düzenlemelere göre takipsizlik kararı verilmesi için ilk olarak ortada tipik, hukuka aykırı ve kusurlu bir eylemin işlendiğine ilişkin yeterli bir şüphenin bulunması şarttır. İşlenen bu fiilin meydana getirdiği neticeler çok hafif olmalıdır. Diğer bir kıstas kamu yararı kıstasıdır. İşlenen fiilin kovuşturulmasında ya da soruşturulmasında bir kamu yararının bulunmaması gerekmektedir. Son olarak ise failin kusuru az olmalıdır. StPO m. 153a ise kovuşturmaya yetkili mahkeme ile şüphelinin kabul etmesi halinde, ceza kovuşturması ile elde edilmek istenen kamu yararını karşılamaya elverişli ise ve kusurun ağırlığı engel

(2) Birinci fıkradaki şartlar mevcut ise, dava açıldıktan sonra mahkeme, Savcılık ve sanığın birlikte rıza göstermeleri halinde, muhakemenin her aşamasında düşme kararı verebilir. Duruşma 205'inci maddede belirtilen nedenlerle yapılamayacak veya 231'inci madde 2'nci fıkrası ve 232 ile 233'üncü maddeler uyarınca sanığın yokluğunda yapılabilecekse, sanığın rızasının alınmasına gerek yoktur. Karar, ara kararı ile verilir. Ara karara karşı kanun yolu hukuken kabul edilmemiştir.

¹⁸⁹ **StPO m. 153a: Yükümlülüklerin Yerine Getirilmesi Halinde Düşme Kararı Verilmesi**

(1) Ceza kovuşturması ile elde edilmek istenen kamu yararını karşılamaya elverişli ise ve kusurun ağırlığı engel değilse ve kovuşturmaya yetkili mahkeme ile şüpheli kabul ederlerse, Savcılık, şüpheliye bazı yükümlülükler yükleyerek ve direktifler vererek, bir cünhadan dolayı kamu davası açmayı erteleyebilir. Yükümlülük veya direktifler olarak, özellikle şu hususlar söz konusu olabilir:

1. fiilden doğan zararın giderilmesi için, belirli bir edim ifa etmek,
 2. kamuya yararlı bir kuruma veya devlet hazinesine, bir meblağ ödemek,
 3. kamuya yararlı sair edimler ifa etmek,
 4. nafaka yükümlülüğünün belirli miktarda yerine getirmesi,
 5. suçtan zarar gören ile uzlaşma sağlamak üzere ciddi bir girişimde bulunmak ve bu arada işlediği fiili tamamen veya büyük ölçüde telafi etmek veya bunların telafisi için çaba göstermek,
 6. bir sosyal eğitim kursuna katılmak veya
 7. Karayolları Trafik Kanunun 2b maddesinin 2'nci fıkrasının 2'nci cümlesi veya 4'üncü maddesinin 8'inci fıkrasının 4'üncü cümlesinde belirtilen bir yapılandırma seminerine katılmak.
- Yükümlülük ve direktiflerin yerine getirilmesi için, Savcılık şüpheliye, 2'nci cümlelerin 1 ilâ 3, 5 ve 7 numaralı bentlerinde en fazla 6 aylık, 2'nci cümlelerin 4 ve 6 numaralı bentlerindeki halde, en fazla 1 senelik süre tayin eder. Savcılık, mükellefiyet ve direktifleri sonradan kaldırabilir ve süreyi bir defaya mahsus 3 ay uzatabilir; şüphelinin rızası ile yükümlülük ve direktifleri yerine getirme görevini sonradan yükleyebileceği gibi, bunları değiştirebilir. Şüpheli yükümlülük ve direktifleri yerine getirirse, kabahat fiili artık kovuşturulmaz. Şüpheli yükümlülük ve direktifleri yerine getirmezse, yerine getirdiği edimler kendisine iade edilmez. 153'üncü madde 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesi, 2'nci cümlelerin 1 ilâ 6 numaralı bentlerinde de uygulanır. 246a madde 2'nci fıkrası uygulanır.

(2) Evvelce dava açılmışsa, mahkeme savcılığın ve sanığın rızaları ile muhakemeyi, maddi tespitlerin son defa kontrol edilebildiği duruşmanın sonuna kadar durdurabilir ve aynı zamanda, sanığı 1'inci fıkranın 1 ve 2'nci cümlelerinde belirtilen yükümlülük ve direktifleri yerine getirmekle yükümlendirebilir. 21'inci fıkranın 3 ilâ 6 ve 8'inci cümleleri burada da uygulanır. 31'inci cümledeki karar, ara kararı ile verilir. 4Ara karara karşı kanun yolu yoktur. 54'üncü cümle, 1'inci cümle uyarınca verilmiş bulunan yükümlülük ve direktiflerin getirildiğinin ifasının tespiti bakımından da geçerlidir.

(3) Yükümlülük ve direktiflerin yerine getirilmesi için tayin edilen süre işlerken, zamanaşımı durur.

(4) Madde 155b, 1'inci fıkrada 2'nci cümle 6 numaralı bent ve 2'nci fıkrada 2'nci cümle ile bağlantılı olarak da uygulanabilir; ancak, ceza muhakemesine ilişkin olup, şüpheli ile bağlantılı olmayan kişisel veriler, sadece bu kişiler rıza gösterdiği takdirde, sosyal eğitim kursunu yürütmekle yükümlü olan makama verilebilir. Sair ceza hukuku hükümleri uyarınca, bir sosyal eğitim kursuna devam etme direktifi verildiği durumlarda da 1'inci cümle uygulanır.

değilse savcılığa, şüpheliye bazı yükümlülükler yükleyerek ve direktifler vererek, bir cünhadan dolayı kamu davası açmayı erteleyebilme yetkisi vermektedir.

TCK'da ise önemsizliğin ceza muhakemesi kurumlarıyla çözülmesine yönelik adımlar görülmektedir. StPO m. 153 ve 153a benzeri bir hüküm olan CMK m. 171/1 kapsamında ancak kanun koyucunun açıkça cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlığın bulunması veya şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, cumhuriyet savcısının takipsizlik kararı verebileceği hüküm altına alınmıştır. Diğer taraftan aynı maddenin ikinci fıkrası ve devamında yer alan hükümlere¹⁹⁰ göre Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasını bazı koşulların varlığı halinde beş yıl süreyle erteleyebilmektedir. Madde 171/3-d'ye göre şüpheliye birtakım edimlerin yapılması da şartlar arasında bulunmaktadır. Bu düzenlemelerde takdir yetkisinin kullanımında Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda olduğu gibi failin kusurunun azlığı, kamu yararı, fiilin sebebiyet verdiği neticelerin önemsizliği gibi kıstasların getirilmemiştir. Bu düzenlemelerin kapsamındaki davranışlar suç oluşturmakla birlikte haksızlık içeriği çok düşük kalmaktadır. Bu nedenle bu düzenlemelerin önemsizlik ile ilgisi bulunmamaktadır. Nitekim önemsizlik kapsamındaki davranışlar bir suç tipini gerçek anlamda

¹⁹⁰ **Madde 171 Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi** (Değişik: 6/12/2006 – 5560/22 m.)

(1) Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir.

(2) 253'üncü maddenin on dokuzuncu fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören, bu karara 173'üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir.

(3) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere;

a) Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması,

b) Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,

c) Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması,

d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

(4) Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez.

(5) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

oluşturmamaktadır. Ancak kurumların getirdiği ölçütlerin önemsizlik açısından yol gösterici olduğunu söylemek mümkündür.

Uygulamada ise hafiflik kavramının yorumunda suçlara özgü ölçütler getirilmiştir. Örneğin malın objektif değeri, fail için değeri, mağdur için değeri veya diğer birtakım hususlar gibi kavramlar hafifliğin belirlenmesi amacıyla uygulamada yer bulmaktadır. Benzer şekilde zararın hafif olması ve nitelikli hallerin bulunmaması gibi durumlar da genel olarak yorumda kullanılmaktadır.¹⁹¹ Bunun dışında uygulamanın sabit bir değer tayin ettiği de görülebilmektedir.¹⁹²

1.1.3.3. Önemsizlik ve Hukuki Değer İhlali Arasındaki İlişki

Önemsiz haksızlığın tespitinde suçun temeli olan hukuki değer ihlalinin tespiti büyük bir önem taşımaktadır. Hukuki değer ihlalinin bulunmadığı veya bu ihlalin belirli bir seviyeye ulaşmadığı hallerde önemsizlikten bahsedilecek ve ceza hukukunun bu fiillere müdahalesi reddedilebilecektir. Ancak bundan öte önemsizliğin suç genel teorisinde hangi unsurda ya da alan çerçevesinde bulunduğu tartışılmalıdır. Nitekim bu belirleme konunun anlaşılması bakımından oldukça öneme sahiptir. Bu nedenle doktrinde suçun ve dolayısıyla önemsizliğin ve bunun çıkış noktası olan ve ilerde ayrıntılı bir şekilde incelenecek olan hukuki değer ihlalinin, ne zaman ve nasıl gerçekleştiği konusunda birtakım fikirler öne sürülmüştür. Meselenin önemine binaen bazı yazarlar hukuki değer ihlalinin suçun unsuru olarak dahi görmüştür. Hatta önemsizlik ve hukuki değer ihlali ile çok sıkı ilişki içinde olan cezaya liyakat dahi suçun unsurlarından biri olarak suç sistematğine yerleştirilmeye çalışılmıştır.

Binding'e göre hukuki değer kanun koyucunun vaz ettiği normlar aracılığıyla onu arzulanan zarar ve tehlikelerden korumayı hedeflediği, onun gözünde toplumun sağlıklı yaşamının bir koşulunu oluşturan her şeydi.¹⁹³ Diğer taraftan yazar suçun haksızlık içeriğini salt norma karşı gelme olarak kabul ettiğinden hukuki değeri, suçun zorunlu bir

¹⁹¹ Günther Kaiser, "Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland", ZStW, sy. 90,

¹⁹² OLG Frankfurt, T. 09.05.2008, 1. Ss, 67/08.

¹⁹³ Olaf Hohmann, **Das Rechtsgut der Umweltdelinquenz – Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes**, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1991, s. 18.

unsuru olarak görmemişti. ¹⁹⁴ Böylece hukuki değer ile ilgili bir değerlendirmenin pratikte herhangi bir faydası bulunmayıp suç yalnız şekli olarak algılanmaktaydı.

Ancak bu görüş sonraları değişime uğramış suçun sadece şekli olarak norma aykırılık olarak değerlendirilemeyeceğini diğer taraftan maddi kıstaslarla da belirlenebileceği kabul edilmiştir.¹⁹⁵ Böylece diğer birtakım değerlendirmeler (örneğin hukuki değer ihlalinin tespiti gibi) yapılarak suçun maddi içeriği belirlenebilecek ve şekli anlamda suç oluşturan görünüşte hukuki değer ihlallerinin cezalandırılmasının önüne geçilebilecektir.

Doktrinde *Kuhlen* ise kanuni suç tipinin tüm unsurlarını gerçekleştiren ancak korunan hukuki değeri ihlal etmeyen fiilin, suçun hukuka aykırılığı bakımından bir karine oluşturmayacağını söylemiştir. Yazara göre bu durumda tipik haksızlığın gerçekleşmediği saptanmadığı için hukuka uygunluk nedeninin araştırılmasının gerekmediği dile getirilmiştir.¹⁹⁶ Yazarın değerlendirilmesi hareketin tipik olup olmadığı yönündedir. Yine benzer şekilde *Polaino-Navarette* de hukuki değer ihlalinin görünüşte değil aynı zamanda gerçek bir ihlal nedenselliği taşımasını ancak bu şekilde tipik bir eylemin varlığından bahsedilebileceğini söylemiştir.¹⁹⁷

Öğretide *Kann* ise suçun koruduğu hukuki objenin, hukuki değer olduğunu kabul etmiş ve suçu, ceza yaptırımıyla karşılanan kusurlu, hukuka aykırı, hukuki değere zarar veren veya onu tehlikeye sokan yahut hukuki değeri tehlike altına sokma tehlikesi olarak tanımlamıştır. Böylece hukuki değer ihlalini suçun bağımsız bir unsuru olarak kabul etmiştir.¹⁹⁸

Öğretide *Schmidhäuser* ise ceza hukuku anlamında fiilin şekil olarak suç tipini ve içerik olarak ise cezaya liyakat ile birlikte değerlendirilerek gerçekleşeceğini söylemiştir.¹⁹⁹ Yazar cezaya liyakati “suç fiilinin ayrı bir unsuru (*zusätzliche Straftatmerkmal*)” olarak

¹⁹⁴ Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung I*, (1872), s. 149 vd.

¹⁹⁵ Kareklas, a.g.e., s. 84-85.

¹⁹⁶ Aktaran, Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 875.

¹⁹⁷ Aktaran, Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 875.

¹⁹⁸ Steffan Kann, *Beiträge zur Lehre vom Rechtsgutsbegriff im Strafrecht*, Leipzig: Buchdruckerei Robert Noske, 1913, s. 34-35.

¹⁹⁹ Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, s. 17 vd.

kabul etmiş ve böylece tipik haksızlık ile tipik kusurun gerçekleşmesine rağmen cezaya liyakat gerçekleşmemişse ortada cezalandırılabilir bir fiilin bulunmadığı da kabul edilecektir.²⁰⁰ Bu düşünce doktrinde bir başka yazar olan *Langer* tarafından geliştirilmiş haksızlık ile kusur yanında bağımsız bir unsur olarak cezaya liyakati koymuş ve suçun yapısını tipik hareketin artık cezayı meşru kılacak kadar toplumu bozmasının arandığı “*cezaya layık tip*” olarak öngörmüştür.²⁰¹

Keza *Sax* da bizzat haksızlığın cezaya layık olması halinde ceza yaptırımıyla karşılanması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu haksızlığın ancak bir hukuki değere zarar veren veya bu hukuki değeri tehlike altına sokan bir haksızlık olması gerektiğini de belirtmiştir. Böylece sadece kanuni tipi gerçekleştiren değil aynı zamanda bir hukuki değere, cezaya layık biçimde zarar veren veya bu hukuki değeri tehlike altına sokan hareket gerçek anlamda tipik bir hareket olarak değerlendirilecektir.²⁰² Görüldüğü üzere yazar tipikliği iki şekilde anlamış, buna göre bir davranışın kanunda yazılı unsurları yerine getirmesi halinde kanuni tipikliğin gerçekleştiğini; yine bir davranışın kanuni tipte yazılı unsurların gerçekleşmesi ile birlikte aynı zamanda ‘*cezaya layık bir hukuki değer ihlalinin*’ olması halinde ise gerçek anlamda tipikliğin gerçekleştiğini kabul etmiştir.

Sax’ın bu görüşleri doktrinde eleştirilmiştir. Buna göre kanuni tipin unsurlarından ayrılan cezaya liyakat değerlendirmesi, yorumun amacını kanun dışı unsurlara taşımakta ve böylece kanun koyucunun düzenleme yetkisinin (*Weisungsrecht*) kanunu uygulayan karşısında içini boşaltmaktadır.²⁰³

Ünver ise hareketle meydana getirilen zarar veya tehlikenin belirli bir ağırlıkta olması gerektiğini savunmuştur. Bu belirlemenin ise *ratio legis* çerçevesinde bir yorum yapılarak tipik bir fiilin olup olmadığının saptanması gerektiğini dile getirmiştir. Yani eylem *ratio legis* yoluyla tipiklik çerçevesinde bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Yazar bu durumu suçlar korunan hukuki değer ve bu değerın zarar veya tehlike ile ihlal edildiğinin kabul edilmesi gerektiğini savunarak açıklamaktadır. Böylece ilgili davranışın

²⁰⁰ Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, s. 388 vd.

²⁰¹ Aktaran Lampe, “Gedanken zum materiellen Straftatbegriff”, s. 90.

²⁰² Walter Sax, “Tatbestand und Rechtsgutsverletzung (I)/(Überlegungen zur Neubestimmung von Gehalt und Funktion des “gesetzlichen Tatbestandes” und des “Unrechtstatbestandes””, *JZ*, sy. 1, 1976, s. 9.

²⁰³ Lampe, “Gedanken zum materiellen Straftatbegriff”, s. 91.

kanun koyucu tarafından oluşturulan koruma alanı içinde yer alan *tipik* bir davranış olup olmadığı saptanacaktır.²⁰⁴

Görüldüğü üzere yazarlar hukuki değer ihlalinin hareketle, hukuki değer ihlalinin hareketin bir vasfı olarak belirlemiş bu şekilde önemsizlik değerlendirmesini suçun unsurlarından tipiklik çerçevesinde sınırlı tutmuş ve tipik hareketi değerlendirmişlerdir.

Doktrinde *Dönmezer/Erman* da maddi hukuka aykırılıktan bahsederken *korunan hukuki yararın gerçekten ihlal edildiği yargısı* ile bir fiilin hukuka uygunluğunun saptanabileceğinden bahsetmiştir. Yine yazar maddi-şekli hukuka aykırılık ayrımı tartışmasının yapay bir tartışma olup aslında hukuka uygunluk nedeni olup kanunda yazmayan nedenleri açıklama çabasından kaynaklandığını²⁰⁵, hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlı sayıda olmadığını kabulüyle bu tartışmada görüş belirtmiştir. Suç teşkil ettiği düşünülen bir eylem gerçekleştiğinde *ratio legis* yorumuyla bir değerlendirme yapılmalıdır. Böylece yapılan eylemin normun amacına girip girmediği belirlenecektir. Bu değerlendirme sonucu eylem normun amacı kapsamında ise eylem hukuka aykırı olduğu, amaç dışında ise hukuka uygun olduğu kabul edilecektir. *İçel ve diğerleri* de bu görüşe katıldıklarını belirtmiş tıpkı *Dönmezer/Erman* gibi *ratio legis* çerçevesinde bir yorum ile bu tartışmanın çözülebileceğini söylemiştir.²⁰⁶ Ancak yazar diğer bir eserinde suçu tipiklik hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurlarından oluştuğunu söylemiş bunun dışında suçun başka bir özelliğine daha dikkat çekmiş, bu özelliğin suçun *meydana getirdiği zarar veya tehlikenin belirli bir yoğunluğa ulaşması* olarak belirtmiştir.²⁰⁷ Akabinde ise maddi ve manevi hiçbir değeri bulunmayan bir kâğıt parçasının çalınması örneğini vermiş bu durumda hırsızlık suçunun oluşmayacağını söylemiştir. Burada aslında şekli anlamda bir suçun oluştuğunu ancak maddi anlamda bir suç bulunmadığını söylemek gerekir. Yani bu örnekte şekli olarak hırsızlık suçu oluşmuş ancak cezalandırılması adalet ihtiyacına uygun düşmeyeceği²⁰⁸ için mümkün olmamaktadır. Elbette buradaki malın lafzi olarak ‘mal’ sayılabilse de hırsızlık suç tipinin aradığı mal unsuruna dahil olmayacaktır.

²⁰⁴ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 150-1501.

²⁰⁵ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, c. 2, 8. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1983. s. 16, No: 689.

²⁰⁶ İçel ve diğerleri, **Suç Teorisi**, s. 105-107.

²⁰⁷ İçel, **Suçların İctimai**, s. 26.

²⁰⁸ İçel, **Suçların İctimai**, s. 26.

1.1.3.4. Değerlendirme

‘Önemsiz suçlar (*Bagatelldelikt*)’ kavramının çıkış noktası esasında cezalandırılan fiillerde yapılan üçlü ayrımlardan kaynaklanmaktadır. 1974/75 yıllarında yapılan Ceza Hukuku Reformuna kadar geçerli olan bu ayrım bugün ikili ayrım olarak devam etmekte olup kabahatler (*Ordnungswidrigkeiten*) ve suçlar olarak varlığını sürdürmektedir. Önemsiz suçlar şeklinde bir ayrım yapma zorunluluğu esasen bu nedenden doğmuştur. Ancak bugün için önemsiz suçluluk kategorisi olarak tipiklikler söz konusu olmayıp ancak somut olayda ortaya çıkabilecek önemsizlikten bahsedilebilecektir.²⁰⁹ Önemsizlik dışında kalan önemsiz ya da hafif suçlar olarak adlandırılabilen suçlar esasen ceza muhakemesinin erteleme ya da hafiflik nedeniyle takipsizliğin konusunu oluşturmaktadır.

Doktrinde kullanılan bir başka kavram ise ‘önemsiz hareket’ kavramıdır. Hareketin önemsiz olması doğrudan lafzi olarak incelendiğinde ceza hukukunun bu fiilleri ceza hukuku sistematigi içinde “hareket” kabul edip yalnız bu hareketleri önemsiz addetmesi gibi bir anlam çıkmaktadır. Ancak önemsiz hareket kavramının kullanımı ‘önemsizliğin’ sadece hareket ile ilgili olup diğer birtakım unsurlarda önemsizliğin söz konusu olamayacağı anlamı ortaya çıkabileceğinden ‘önemsiz hareketler’ kavramından ziyade ‘önemsizliğin’ esas alınıp daha kapsayıcı bir kavramla yola çıkılması konunun daha iyi anlaşılması ve incelemenin daha sağlıklı yapılması noktasında yardımcı olacaktır.

‘Önemsiz haksızlık’ kavramı değerlendirildiğinde ise davranışın önemsiz olup olmadığının tespitinin hukuka aykırılık aşamasında yapılacağı ve somut olayda hukuka uygunluk unsurlarının yorumuyla ortaya çıkarılacağı ileri sürülmüştür. Salt fiilin toplumsal uygunluğu kriterinin kullanılmış olması dışında önemsiz haksızlığın, önemsizliğin somut olayda görünüşü ve haksızlığı nitelemesi bakımından kabul edilebilir. Dolayısıyla önemsiz haksızlık suç tipinin şekli lafzının, haksızlığı oluşturan her bir unsuru yorumlanarak somut olaydaki haksızlığın cezaya layık olmaması halinde söz konusu olacaktır. Bu değerlendirmenin suçun hukuka uygunluk değil öncelikle tipiklik aşamasında yapılması gerekir.

²⁰⁹ Elisa Hoven, “Bagatelldelikte – Zum Umgang mit „geringfügigen Straftaten“ im materiellen und prozessualen Recht”, *JuS*, 2014, s. 975.

Kanun koyucu soyut olarak bir suç tipini düzenlerken o suç tipinin kapsamına girebilecek her türlü davranışı cezalandırmak istemeyebilir. Örneğin haksızlık içeriği çok az olan davranışları cezalandırmanın önüne geçmek amacıyla malın değerinin azlığı, önemlilik gibi ek birtakım unsurlar getirerek bu davranışları suç tipinin kapsamı dışına taşır. Ancak kanun koyucunun her türlü somut olayı öngörmesi mümkün olmadığı ve cezaya layık olmayacak derecede haksızlıkların ortaya çıkıp suç tipinin lafzına uygun olarak somut olayda ortaya çıkabileceği için, hâkimin yapacağı bir yorumla suç tipinin gerçekleşmediği değerlendirilmesi yapabilmesi mümkün olacaktır.

Ceza muhakemesi alanındaki düzenlemeler değerlendirildiğinde ise bu düzenlemelerin yetersiz olduğunu belirtmek gerekir. Özellikle şekli haksızlık içeriği baz alınarak yapılan bu düzenlemeler önemsizliğin ceza hukuku yaptırımlarıyla karşılanmasının önüne geçmekte başarılı olamamaktadır. Özellikle Türk Hukuku bakımından bir değerlendirme yapıldığında suçların yaptırım miktarları özellikle yüksek olduğu için bu kurumların uygulama alanı daraltmaktadır. Aynı şekilde düzenleme kapsamına ceza sınırları sebebiyle giremeyen ancak önemsizlik şeklinde gerçekleşen fiillerle mücadelenin bu tür ceza muhakemesi kurumlarıyla engellenmesi mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla önemsizlik meselesi halen bir sorun olarak devam etmektedir.

Önemsizlik kavramı tek başına anlam ifade etmez. Bu kavramın içini doldurmak için ağırlık, hafiflik, önemlilik veya ehemmiyet kavramından yola çıkmak gerekir. Ancak diğer kavramlarla karşılaştırma ve bu kavramlar arasındaki bağlantı, kavrama anlam katılabilir.²¹⁰ Ancak burada maddi ceza hukukunda cezalandırma ya da cezalandırmamanın önemlilik üzerinden değil çeşitli ceza teorileri veya cezalandırma amacı üzerinden hareket edilerek yapılması bir engel olarak da ortaya çıktığı söylenebilir.²¹¹

²¹⁰ Krümpelmann, **Die Bagatelldelikte**, s. 39 vd. Krümpelmann verdiği örnek konuyu anlamak bakımından önemlidir: “Masanın üstünde birtakım kalemlerin bulunduğunu düşünelim. Kalemın uzayıp uzamadığı hakkında söz söylenecekse kalemın uzunluğundan bahsedilebilir. Söz konusu eşyaya yönelik niceliksel betimleme tek başına doğru ya da yanlıştır. ‘Kalem kısadır’ yargısında ise durum değişir. Bu söylemin ancak diğer kalemlere olan ilişkisine bakıldığında bir anlam ifade eder. O halde niceliksel betimleme diğerleriyle karşılaştırıldığında anlam kazanacaktır.”

²¹¹ Aynı yönde bkz. Krümpelmann, **Die Bagatelldelikte**, 147; Bernhard Hediger, **Quantitative Betrachtungsweise im Strafrecht und ihre Anwendung im Rahmen des aargauischen Opportunitätsprinzips**, Zürich: aku-Fotodruck, 1974, s. 1.

Ceza hukukuna önemsizlik kavramına ilişkin belirlemede öncelikle bahsedilmesi gereken çalışmanın esas konusu olan bu kavramın diğer önemsizliklerden ayrılması gereken noktadır. İlk olarak kanun koyucunun hukuki değeri temel alarak cezaya muhtaç ve cezaya layık olarak gördüğü davranışları hukukun ve özellikle ceza hukukunun prensipleri doğrultusunda suç olarak düzenlediği söylenebilir. Bunun dışında kalan davranışlar ise kanun koyucu tarafından önemsiz olarak görüldüğü için suç tipi düzenlemesi kapsamına alınmaz.

İkinci olarak kanun koyucunun suç olarak düzenlediği davranışların da hepsi suç olarak kabul edilmez. Suçun ne olduğu ve bunun şartları belirlenirken getirilen birtakım ceza hukuku kurumları bulunmaktadır. Hareket, netice, objektif isnadiyet, fail gibi birtakım unsurlar belirlenerek ve bu unsurların çerçeveleri çizilerek ceza hukukunun toplumsal yaşam düzeni içinde ortaya çıkan hareketleri filtreleme ve böylece ceza hukukunun müdahale çerçevesi oluşturulmaya çalışılmıştır. Örneğin hareket kurumu ele alındığında doktrin hareketin ne olduğunun çerçevesini çizmeye çalışarak hangi davranışların ceza hukukunun kapsamına gireceği belirlenmeye çalışılmıştır. Böylelikle hareket olarak kabul edilmeyen davranışlar ceza hukukunun müdahale alanından çıkarılmıştır.²¹² Keza netice unsuru ile gerçekleşen her türlü neticeyi değil yalnız suçta aranan neticenin yaptırım altına alınarak bu netice dışındaki neticelerin ceza yaptırımıyla karşılanmasının önüne geçilmiş ve bir anlamda suç bakımından sadece ‘önemli’ neticeler belirlenmeye çalışılmıştır. ‘Ceza hukukunda önemsizlik’ olarak ele aldığımız önemsizlik halleri bu filtrelerden sırf lafza uygunluk sebebi ile geçen ve görünüş itibari ile tipikliği oluşturan insan davranışlarıdır. Diğer bir deyişle bu durumda tipikliğin ‘görünüşte’ gerçekleştiğinden yani gerçek anlamda bir tipikliğin oluşmadığından bahsedilebilir. Önemsizlik hallerinin çoğunluğu görünüşte tipiklik şeklinde gerçekleşmektedir. Nitekim bu anlamda önemsizlik hallerinde de hukuki değer ihlalleri gerçekleşebilse de bu ihlaller cezaya layık bir nitelik arz etmeyip ceza hukukunun oranlılık ve *ultima ratio* karakteri ile de bir çelişki arz eder.

Önemsizlik kavramının bir diğer yönü de toplumsal düzen ile ilgilidir. Buna göre ceza hukuku tarafından yaptırım altına alınan ve cezalandırılması gereken fiiller toplumsal yaşamın devamı bakımından katlanılmaz düzeyde olması gerekir. Dolayısıyla toplumsal

²¹² Buna hareketin sınırlayıcı fonksiyonu da denmektedir, bkz. Önder, **Genel Hükümler**, c. II, s. 20. Aynı yönde bkz. Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 64.

yaşama etkisi bulunmayan ya da çok az bulunan ve ancak bir suç tipinin lafzına giren davranışlar ceza hukuku bakımından önemsiz olarak kabul edilecektir.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan çalışmanın esas konusunu oluşturan ceza hukukunda önemsizlik kavramı şöyle tanımlanabilir: Bir suç tipinin tanımına lafzi olarak uyan ancak cezaya layık derecede bir hukuki değer ihlali gerçekleştirmeyen ve suç tipinin aradığı haksızlık içeriğine ulaşmayacak derecede hafif haksızlık içeriğine sahip olan toplumsal yaşam bakımından katlanılabilir ve ceza hukukunun yaptırımlarıyla karşılanmaması gereken insan davranışdır.

Çalışmada özellikle suç teorisinin getirdiği çeşitli kurumlar ve ceza muhakemesi kurumlarının filtrelerinden geçerek, hakiminin önüne gelen ve suç tipinin lafzına uygun davranışlardan hangisinin gerçek anlamda suç tipini oluşturduğu ortaya konulacaktır.

1.2. Tarihsel Gelişim

Ceza hukukunun tarihsel gelişimine bakıldığında modern ceza hukukunun ortaya çıktığı *Kıta Avrupası Ceza Hukukunu* ağırlıklı olarak incelemek gerekir. Suç sayılan davranışları yaptırımla karşılamamanın gelişimi iki aşamaya ayrılabilir. Bu iki aşamayı birbirinden ayıran kırılma noktası kanunilik ilkesidir. Önemsizliğin tarihsel gelişimini anlamak için hareket noktası olarak kanunilik ilkesi kabul edilmelidir. Nitekim haksızlığın tespiti, suç tipinin belirlenmesi gibi hususlarda yapılan yorum faaliyeti dolayısıyla ceza hukukunu sınırlandırma çabalarından birini oluşturan önemsizlik daha rahat anlaşılacaktır.

Eski ve orta çağlarda kanunda suç olarak düzenlenmeyen bir fiilin cezalandırılmasına veya hâkimin faili kanunda bulunan cezalardan en uygun olanı ile cezalandırmasına karşı durabilecek herhangi bir ilke bulunmamaktaydı.²¹³ Her ne kadar kanunilik ilkesi benzeri ilkeler ortaya çıksa da tıpkı 1787 tarihli *Avusturya Ceza Kanununda* olduğu gibi her suç için sabit cezalar konulması ve böylece ceza normunu uygulayan hâkime takdir yetkisi tanınmamış olması nedeniyle tam anlamıyla uygulanması mümkün olmamıştır. Daha sonraları 1810 tarihli *Fransız Ceza Kanununda* olduğu gibi

²¹³ Claus Roxin, “Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit im deutschen Strafrecht”, **Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, Ein deutsch-chinesischer Vergleich**, Eric Hilgendorf (Ed.) , Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, s. 113 vd.; M. Emin Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 97.

cezalarda aşağı ve yukarı sınırların konulmasıyla artık hâkim ceza verirken kanundaki alt ve üst sınırlar arasında bir cezaya hükmedebilecektir.²¹⁴

İlke, 18. yüzyılın sonlarına doğru pozitif hukuk normu olarak kanunlarda yer almaya başlasa da ilk ortaya çıkışı daha eski tarihlere dayanmaktadır.²¹⁵ İlkenin ilk ortaya çıkışı 1215 *Magna Charta Libertatum*'da olduğu söylenmekle birlikte²¹⁶ bu ilkenin aydınlanma düşüncesinin bir meyvesi olarak ortaya çıktığı ileri sürülebilir. Ancak 18. yüzyılın sonuna gelindiğinde aydınlanma çağının da etkisiyle devletin sınırsız gücünü birey lehine sınırlandıran kanunilik ilkesi Avrupa'da ilk defa 1787 tarihli *Avusturya Ceza Kanununda* düzenlenmiştir. Bunun öncesindeki düzenlemelerde kanunilik ilkesinin bugünkü anlamda yani örf ve adetle suç yaratılamaması, geriye yürüme yasağı, kıyas yasağı ve belirlilik ilkesini kapsayacak biçimde bir kabul yoktur.²¹⁷ Kanunilik prensibi ile ceza hukuku önemli ölçüde sınırlandırılmış olsa da aslında hala ceza hukuku geniş alanlara müdahale imkânı bulabilmektedir. Bu nedenle doktrin ve hatta uygulama ceza hukukunu daha da sınırlandırmaya ve özgürlük alanını geniş tutmaya çabalamışlardır. Bu nedenle ilk aşama 18. yüzyılın sonuna dek süren birinci dönem olarak ele alınacak ve kanunilik prensibinin ortaya çıktığı andan itibaren de ikinci dönem incelenecektir. Daha sonra ise kanunilik ilkesinin çizdiği çerçevede ceza hukukunu daha da sınırlandırma çabaları incelenecektir.

1.2.1. Birinci Dönem

İlkel ceza hukuku²¹⁸ da denen bu dönemde toplum aile, klan gibi küçük topluluklardan oluşmaktaydı. Bu ise aile ve klanın fertleri arasında işlenen fiillerde sorunun yine aile veya klanın arasında çözülüp, reisin fiili gerçekleştirene ceza vermesiyle sonuçlanırdı. Ancak sorun farklı aile veya klanlar arasında çıkmışsa, cezayı uygulayacak üst bir otorite bulunmadığı için öç alma ya da şahsi öç usulü geçerli olmaktadır.²¹⁹ Öç almanın en büyük sakıncalarından biri sınırının bulunmamasıydı. Bunun

²¹⁴ M. Emin Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 97.

²¹⁵ Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku**, c. 1, s. 23-24; Özbek ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 95 vd.

²¹⁶ M. Emin Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 97.

²¹⁷ Krey, **Keine Strafe ohne Gesetz**, s. 12.

²¹⁸ Özbek ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 93 vd.

²¹⁹ Taner, **Umumi Kısım**, s. 16 vd; Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku**, c. 1, s. 44; Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 72; Özbek ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 93 vd; M. Emin Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 27 vd.

dışında bizzat fiile maruz kalan kişi öç alma hakkına sahip olsa da onun yanında aile veya klanın da öç alma hakkı bulunmaktaydı. Yine bu hak, sorumluluğun şahsi değil kolektif olmasından ötürü sadece faile değil, failin mensup olduğu aile veya klana karşı da kullanılabilmekteydi.²²⁰ Diğer taraftan bu durum bir kan davasına dönüşüyor ve sorumluluk objektif olarak belirleniyordu.²²¹ İşte bu sakıncaları gidermek ama birtakım önlemler düşünülmüş ve şahsi öç sınırlandırılmıştır. Bu sınırlardan ilkinin uzlaşma oluşturmaktaydı. Uzlaşma ile öç alma hakkını kullanmak durumunda olan kişiye veya aileye belirli bir mal karşılığı bu hakkını kullanmaktan vazgeçirme amacı vardır.²²² Devlet olgusunun da yavaş yavaş ortaya çıkmasıyla uzlaşma usulü zorunlu hale gelmiş ve devlet bu uzlaşma bedeli üzerinden uzlaşma karşılığı belirli bir pay almıştır. Yine kısas usulü de bu dönemde ortaya çıkmış böylece zarara neden olan kişiye aynı miktarda zarar verilmesi söz konusu olmuştur. Kısasın en göze çarpan düzenlemesi *Hammurabi* kanunlarında vücut bulmuştur. Kısas usulü kasti işlenen fiillerde uygulanmaktaydı. Şayet fiil kasten işlenmemişse cezanın niteliği değişerek bir tazminata hükmedilmesi hatta bazı durumlarda failin beraatına hükmedilmekteydi.²²³ Kısas usulünün en büyük özelliği suç ve ceza arasında bir oranın getirilmesi ve cezanın kolektif olmaktan çıkıp şahsi bir nitelik kazanmasıdır.

Birinci dönemde önemsizliğe ilişkin bir örneğe rastlamak görüldüğü üzere pek mümkün değildir. Ancak Roma hukukuna baktığımızda *Digesta'da minima non curat praetor* ifadesine rastlamak mümkündür.²²⁴ Günümüzde de birtakım hukuki düzenlemelerin temelini oluşturan bu ilke *Corpus Iuris Civilis'in* bir parçası olup imparatorun iradesini yansıttığı için kanun hükmündeydi. *Minima non curat praetor (lex)*'un anlamı küçük işlerin hâkimi ya da kanunu ilgilendirmedir. Konusunu küçük değerlerde şeylerin oluşturduğu uyuşmazlıklar hâkim karşısına getirilemez. Örneğin dava değeri şayet iki altını geçmiyorsa bu durumda dava kabule şayan görülmemekteydi. Aynı ilke ilk defa 1644

²²⁰ Taner, **Umumi Kısım**, s. 16 vd; Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku**, c. 1, s. 44-45; Özbek ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 93 vd.

²²¹ M. Emin Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 27 vd; Özbek ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 93 vd.

²²² Taner, **Umumi Kısım**, s. 18-19; Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku**, c. 1, s. 47-48; Özbek ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 94.

²²³ M. Emin Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 28.

²²⁴ *Digesta* IV 1;4.

tarihli *Tractatus Varii'de Augustini Barbosae* tarafından tanımlanmıştır.²²⁵ İlkenin anlamı ve günümüz hukukuna yansımaları ileride ayrıntılı olarak incelenecektir.

1.2.2. İkinci Dönem

18. yüzyılın sonlarına doğru felsefi düşünce hareketleri ağırlık kazanmıştır. Bu düşünceler aynı zamanda ceza hukukunu da etkisi altına almıştır. Bu döneme damgasını vuran *Montesquieu, Bentham, Beccaria, Voltaire* ve özellikle modern ceza hukukunun kurucusu olarak kabul edilen *Feuerbach*²²⁶ gibi düşünürler yayınladıkları eserlerle ceza hukukunu etkilemiş ve ceza hukukunda büyük bir değişime ön ayak olmuştur. Bu düşünürler aynı zamanda ceza hukukunda okullar dönemini de başlatmıştır. Bu süreçte bazı düşünürler (*Beccaria, Bentham, Feuerbach*) cezanın esasını toplumsal yarara dayandırmış; bazıları (*Kant*) mutlak adaleti savunmuş ve suçlunun ceza çekmesini adalet gereği olduğunu ileri sürmüştür. *Beccaria'nın "Suçlar ve Cezalar"* adlı eserini yayınlamasıyla *Klasik Okul* oluşmaya başlamıştır. Diğer taraftan bir kısım düşünürler "*Yeni Klasik Okul*" altında bu iki teoriyi bağdaştırmaya çalışmış ve cezanın yararlı olduğu ve aynı zamanda adalete uygun olduğu halde ve derecede ceza verilmesi gerektiğini savunmuştur.²²⁷ Bu düşünceyi eleştiren *Lombroso, Graffolo* gibi düşünürler ise *Pozitivist Okul* altında toplanmış ve asıl incelenmesi gerekenin suç değil suç faili olduğunu ileri sürmüşlerdir. Buna göre ceza hukukunun asıl yapması gereken suçluyu cezalandırmaktan öte onu tanımaktır.

Ceza hukukunun kısaca tarihi gelişimini anlatıldıktan sonra çalışmamızın esasını oluşturan ve ceza hukuku bakımından önemsizliğin gelişimine artık gelebiliriz. Aynı zamanda ceza hukukunu sınırlandırma amacını taşıyan önemsizliğin temelleri yine bu dönemde yani 18. yüzyılın sonlarında maddi bakımdan suç kavramı oluşturma çabaları çerçevesinde atılmıştır. Ceza hukukunun sınırları sadece cezaya muhtaç ve cezaya layık

²²⁵ Yu Wang, *Qualitative und quantitative Instrumente zur Einschränkung der Strafverfolgung bei fehlendem Strafbedürfnis*, Berlin: Lit Verlag, 2014, s. 1; Max L. Veech ve Charles R. Moon, "De Minimis Non Curat Lex" Michigan Law Review, sy. 45, No. 5, 1947, s. 537 vd.

²²⁶ Claus Roxin, "Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit im deutschen Strafrecht", s. 115.

²²⁷ M. Emin Artuk ve diğerleri, *Genel Hükümler*, s. 29; Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, c. 1, s. 44-45; Özbek ve diğerleri, *Genel Hükümler*, s. 109 vd.

fiilleri kapsayacak biçimde çizilmeye çalışılmıştır.²²⁸ Yukarıda da değindiğimiz üzere bir fiilin cezalandırılması için sınır oluşturan en büyük gelişme kanunilik ilkesidir²²⁹.

Kanunilik ilkesi için ilk şart yazılı bir hukukun gelişimi idi. Yazılı hukuk denince akla gelen ilk örnekler *Hammurabi Kanunları*, *Corpus Iuris Justinianus*, *II. Joseph'in Suçlar ve Bunların Cezaları Hakkında Genel Kanunu*, *Prusya Devletlerinin Genel Ülke Kanunu*²³⁰, *On İki Levha Kanunları* ve son olarak ise ünlü *Carolina Kanunu* akla gelebilir.²³¹ Bu kanunlar her ne kadar yazılı olarak düzenlenmiş olsa da kanunilik ilkesinin getirdiği örf ve adet kurallarıyla suç yaratılamaması, kıyas yasağı, kanunların belirliliği gibi güvenceleri oluşturmaktan çok uzaktı.²³² Özellikle Kral II. Joseph'in kanunu (*Josephina*) ile *Prusya Devletlerinin Genel Ülke Kanunu* 'kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesini açıkça düzenlemişti. Ancak bu düzenlemelerin esas amacı hükümdarın kanun koyma gücünün hâkimin kanunu harfîyen uygulaması ile birleşerek hâkimiyetini güçlendirmektir.²³³

1748 yılına gelindiğinde Montesquieu kuvvetler ayrılığını geliştirdiği *Kanunların Ruhu* isimli eserinde iktidarın kötüye kullanılmasını engellemek ve bireylerin özgürlüğünü korumak adına kanunu koyan ve onu uygulayanların birbirinden tamamen ayrı olmaları gerektiğini söylemiştir. Ona göre hâkimler kanunun kelimelerini telaffuz eden birer ağız olmalı ve ceza hukukunda yalnız kanun hüküm sürmeliydi. Bu düşüncelerle artık kanunilik ilkesinin düşünsel altyapısı temellenmiştir.

1764 yılına gelindiğinde ise Beccaria, Montesquieu'nün bu fikirlerini ele almış ve bu düşüncelerden yola çıkarak cezaları yalnız kanunların belirleyebileceğini yürütmenin bu konuda yetkisi olmadığını söylemiş ve ceza hâkiminin de tek yetkisinin kanunu uygulamak

²²⁸ Wolfgang Frisch, "An den Grenzen des Strafrechts", **Beiträge zur Rechtswissenschaft FS für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag**, (Ed.) Wilfried Küpper ve Jürgen Welp, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1993, s. 69.

²²⁹ Her ne kadar Latince olarak ifade edilen bir ilke olsa da Roma hukuku zamanında kanunilik ilkesi bulunmayıp bu ilke ilk kez 1801 yılında Feuerbach tarafından Latince olarak ifade edilmiştir, bkz. Fritjof Haft, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Baskı, München: C. H. Beck, 2004, s. 30.

²³⁰ Orjinali "Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten".

²³¹ Söz konusu kanunların incelemesi için bkz. Volker Krey, **Keine Strafe Ohne Gesetz**, Berlin: Walter de Gruyter, 1983, s. 3 vd.

²³² Krey, a.g.e., s. 12.

²³³ Krey, a.g.e., s. 14-15.

olduğunu dile getirmiştir. *Beccaria* kanunilik ilkesini olabildiğince dar düşünmüş ve hâkimin kanunu yorumlamasının dahi mümkün olamayacağını söylemiştir.²³⁴

Beccaria ve *Montesquieu*'nın fikirleri yansımalarını 1789 tarihli *Fransız İnsan Hakları Bildirgesinde* bulmuştur. Bildirge ile kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi yukarıda da bahsettiğimiz *Josephina* ile *Prusya Devletlerinin Genel Ülke Kanunu*'na nazaran daha açık biçimde düzenlenmiştir.

Kanunilik ilkesinin ruhunu oluşturan dört ilke ancak Feuerbach'ın çabalarıyla somut yansımalarını bulmuştur. 1813 yılında gerçek anlamda kanunilik prensibi Bavyera Ceza Kanunu'nun ilk maddesinde kendine yer edinmiştir.²³⁵

1.2.3. Ceza Hukukunu Sınırlandırma Çabaları

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin uygulanmasıyla ceza hukukunda cezalandırma için tipikliğin gerçekleşmesi yeterli olarak görülmüştür. Ancak bu durum şekli bir bakış açısını da beraberinde getirmiş aslında cezalandırmaya layık olmayan fiillerin de cezalandırılmasına neden olmuştur. Aslında kanunilik ilkesinin vücut bulduğu yıllarda böyle bir düşüncenin oluşumu yadırganmaması gereken bir durumdur. Nitekim hukuk tarihine bakıldığında özellikle keyfiliğin engellenmemesi adına ceza kanunlarının yorumlanmasının yasaklandığı bir dönemle karşılaşmaktadır. Bu yorum yasağı ifadesini daha 1749 tarihli *Corpus Iuris Fridericiani*'nin önsözünde “ağır suçlarda hiç kimsenin ülke kanunun bütününde ya da bir kısmında şerh yazamayacağı” şeklinde bulmuştur. Keza Fransa'da 1790 tarihli kanun, hâkimlere kanunları yorumlamayı açıkça yasaklamıştır. Ceza hukuku bağlamında ise Bavyera Krallığının Ceza Kanununa dair notta diğer şerhlerin yasak olduğunu ve mahkeme ile üniversite hocalarına kanunun metnine bağlı kalmaları emredilmiştir. Böylece hukuk biliminin sağlıklı gelişiminin de önü tıkanmıştır.²³⁶

Çok uzun sürmeyen yorum yasağı dönemi kapandığında²³⁷ özellikle yeniden başlayan hukuki değer tartışmaları, cezaya liyakat, cezaya muhtaçlık, maddi bakımdan suç

²³⁴ Krey, a.g.e., s. 14.

²³⁵ Krey, a.g.e., s. 18 vd.

²³⁶ Edmund Mezger, *Strafrecht / Ein Lehrbuch*, 3. Baskı, Berlin: Duncker&Humblot, 1932, s. 78-79.

²³⁷ Örneğin Bavyera Ceza Kanununun ömrü 50 yıl olmuştur.

kavramı, maddi hukuka aykırılık, objektif isnadiyet gibi tartışmalarla çok geniş alanlara varan ceza hukukunun sınırları daraltılmaya çalışılmıştır. Böylece cezalandırmayı sınırlayan haksızlık içeriği tartışılmaya başlanmış ve artık kanunda tanımlanmış davranışlar arasında yalnız cezalandırmayı gerektirecek ölçüde ağır fiiller cezalandırılabilir hale getirilmeye çalışılmıştır.²³⁸

Özellikle 18. yüzyılın başlarından itibaren cezaya liyakat ve cezaya muhtaçlık; sosyal zararlılığın henüz bir ölçüt olarak mevcut olmadığı için yarar, değer gibi kavramlarla açıklanmaya çalışılmıştır.²³⁹ Yine 18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren tartışılmaya başlanan maddi bakımdan suç kavramı ile de ceza hukuku sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Ceza hukukunun sınırlandırılması aşamasında maddi bakımdan suç kavramı tartışmaları önemli bir yere sahip olmuştur. Kavramın gelişimi aşamalı olarak incelenebilir²⁴⁰: Sözleşmecî teorilerin egemen olduğu bu dönemde devletin cezalandırma yetkisinin meşruiyetini belirleme ve bunu sınırlama da yine bu teori çerçevesinde tartışılmaktaydı. Buna göre cezalandırma yetkisi toplumsal yetkisi her bireyin sözleşmeyle vazgeçtiği özgürlüklerinin toplamından oluşup, bu vazgeçme ile diğer bireylerin ve devletin haklarını sağlama almayı kapsamaktaydı. Daha sonra *Kant* ve *Feuerbach*'ın hukuki değer ihlali teorisi ile maddi bakımdan suç kavramı sübjektif hakların ihlaline indirgenmiştir.²⁴¹ 1834 ten itibaren *Birnbaum*'un geliştirdiği “değer” ihlali teorisi ile suç, artık kamu erki tarafından korunan değer başka bir teminatın etkili olmaması halinde belirli bir cezanın uygulanmasını gerektiren zarar verme veya tehlike altına sokma olarak anlaşılmıştır.²⁴² *Birnbaum*'un bu değerlendirmesiyle birlikte ceza hukukunda (hukuki)²⁴³ değer temelli bir düşünce başlamıştır.

²³⁸ Doktrinde Schmidhäuser suçun maddi ve şekli yönü birlikte ele alınarak cezalandırılabilir fiilin oluşturulacağını söylemiştir bkz. Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, s. 110, 6-2.

²³⁹ Thomas Vormbaum, *Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils*, Berlin: Duncker&Humblot, 1987, s. 65-66; ayrıca bkz. Frisch, “An den Grenzen des Strafrechts”, s. 69 vd.

²⁴⁰ Vormbaum, “Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik”, s. 672 vd.

²⁴¹ Ayrıca bkz. Bernd Schünemann, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”, *Die Rechtsgutstheorie/ Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Roland Hefendehl ve diğerleri (Ed.), Baden-Baden: Nomos Verlag, 2003, s. 139.

²⁴² Thomas Vormbaum (Ed.), *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, Berlin: Springer Verlag, 2011, s. 151 vd.

²⁴³ “Hukuki değer” kavramı aslında Binding’in Normen und ihre Übertretungen isimli eseri ile doktrinde yer etmeye başlamıştır.

Ceza hukuku dogmatikindeki bu kazanımla birlikte bayrağı *Binding* almış ve bugüne kadar gelen “hukuki değer” ifadesini geliştirmiştir. Ancak *Binding* hukuki değeri pozitif öncesi karakterinden uzaklaştırmış pozitif bir kavram olarak ele almış ve hukuki değeri kanun koyucunun ellerine bırakmıştır.²⁴⁴ Ancak *Franz von Liszt* suçu anti sosyal davranış olarak görerek hukuki değeri, hukuk normlarının koruduğu menfaatler olarak tanımlamış böylece *Binding*’in tam aksi yönünde bir düşünce sunmuştur.²⁴⁵

19. yüzyıl liberalizm ağırlıklı bir hukuki değer kavramı etrafında gelişse de özellikle 1870’li yıllardan beri ve özellikle birinci dünya savaşından itibaren taksirli suçlar, ihmalî suçlar ve ön alan suçlarıyla hızlı bir şekilde genişlemeye²⁴⁶ devam eden ceza hukuku, özel kanunlarda düzenlenen suç tiplerinin sayısının artmasıyla müdahale alanının genişlemesi daha da hızlanmıştır.²⁴⁷ Bunun başlıca nedeni özgürlüğü esas alan ceza hukukunun yerini, mevcut durumun gelecekte de muhafazasının, kamu menfaati olarak ceza hukukunun merkezine oturtulmasıdır. Böylece cezaya layık davranış olan haksızlık gitmiş onun yerine sosyal zararlı davranış, barışın bozulması, iç huzurun bozulması gibi kavramlar gelmiştir. Ceza ise haksızlığın bastırılması iken bu dönemde tehlikenin önlenmesi çerçevesinde gelişmiştir.²⁴⁸ Yani ceza hukuku alanı özgürlük değil güvenlik tandanslı bir gelişim göstermiştir.

20. yüzyıla gelindiğinde otoriter düşünceler hüküm sürmeye başlamış, ceza hukuku doktrini de bu gelişmeden nasibini almıştır. Nasyonal sosyalist düşünce, hukuki değer öğretisinin karşısına suçun yükümlülüğe aykırılık olarak tanımlandığı bir doktrinle çıkmıştır. *Kiel okulu* da denen bu öğreti en çok hukuki değer kavramını tartışmıştır. Bu dönemde hukuki değer her hangi bir fonksiyonunun olamayacağı öne sürülmüş ve suçun haksızlık içeriğinin hukuki değer ihlali olarak anlaşılamayacağı kabul edilmiştir.²⁴⁹ Yine bu dönemde fiil ceza hukuku yerine fail ceza hukuku anlayışı, ceza hukukunun amacında özellikle halk merkezli değişimler doktrinde egemen olmuştur.

²⁴⁴ Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung I*, (1872), s. 339 vd.

²⁴⁵ Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, s. 173 vd.

²⁴⁶ Vormbaum, “Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik”, s. 676 ve 679.

²⁴⁷ Wolfgang Naucke, “Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht”, s. 143 vd., *KritV*, sy. 76, No. 2, 1993, s. 135 vd.

²⁴⁸ Naucke, “Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht”, s. 144 vd.

²⁴⁹ Peter Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs ‘Rechtsgut’*, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1962, s. 86.

Bu gelişim seyrinin yorum ayağına bakıldığında, yorum faaliyetinin ‘refah’ zirvesini yaşadığı söylenebilir. Öyle ki özellikle elektrik enerjisinin hırsızlığın tipikliğine sokulması faaliyetleri, ari ırkı korumak adına çıkarılan kan koruma kanununun ikinci maddesinde yer alan Almanlar ve Yahudiler arasındaki “yasak ilişki” aslında sadece cinsel ilişkinin anlaşılması gerekirken bu kavramın genişletilip içine basit dokunmaların dahi sokulması o dönemde kıyas niteliği taşıyan yorumun nadide örneklerini oluşturmuştur.²⁵⁰

Ceza hukukunun sınırlandırılmasına yönelik bir diğer çaba ise ceza hukuku anlamında kabul edilebilecek davranışları belirlemektir. Ceza hukukunda cezalandırmanın temelini oluşturan hareketin yeniden ele alınması suç teorilerini derinden etkilemiştir. 19. yüzyılda ortaya çıkan natüralizm düşüncesi ceza hukukunu da etkilemiştir. Klasik suç teorisinin esaslarından birini oluşturan nedensel hareket teorisi hareketi, insan tarafından gerçekleştirilen bedensel hareket, dış dünyada meydana gelen değişiklik olarak netice ve bunları birbirine bağlayan nedensellik bağı olarak kabul etmiştir.²⁵¹ Böylece ceza hukukunun hareket olarak kabul ettiği tek davranış insan tarafından gerçekleştirilen olmuş böylece hayvanların ve tüzel kişilerin faaliyetleri ile düşünceler ve salt duyuşsal uyarımlar hareket kavramının dışına itilmiştir.²⁵²

20. yüzyılın başlarına doğru ise hareket kavramında *Yeni-Kant’çı* akımın da etkisiyle tekrar değişim yaşanmıştır. *Neo-Klasik* suç öğretisi de denen bu öğreti artık hareket kavramı yanında davranış kavramı da kullanmaya başlamıştır. Hareket kavramı iradenin gerçekleşmesi, iradi davranma ya da kısaca insan davranışı olarak anlaşılmış, davranış kavramı ise insan iradesinin dış dünyada gerçekleştiriliş şekli olarak anlaşılmıştır. Diğer taraftan suç teorisini doğrudan tipiklik üzerine kurmak amacıyla hareket kavramından vazgeçilebileceği öne sürülmüştür. Bir sonraki gelişim aşamasına ise *Eberhard Schmidt’in* sosyal hareket kavramıyla geçilmiştir. *Schmidt* hareketi gerçekleşme yönü sosyal gerçekliğe yönelen sosyal fenomen olarak kabul etmiştir.²⁵³ Daha sonra objektif isnadiyete ilişkin birtakım unsurların sosyal hareket kavramı taraftarlarınca hareketin bir unsuru olarak görülmeye başlanmış ancak bu durum ilerde de görüleceği

²⁵⁰ Vormbaum, “Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik”, s. 681.

²⁵¹ Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts**, 5. Baskı, Berlin: Duncker&Humblot, 1996, s. 202; Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 187.

²⁵² Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 188.

²⁵³ Jescheck ve Weigend, a.g.e., s. 205-206.

üzere itirazlarla karşılaşmıştır. Bu ise toplumsal uygunluk öğretisinin gelişimini sağlamıştır.

Neo-Klasik teorinin konumuz açısından önemli bir değişikliği ise hukuka aykırılık algısını değiştirilmesidir. O güne dek *Binding'in* etkisiyle şekli ve salt norma aykırılık olarak anlaşılan kavram köklü bir değişikliğe uğramış ve ceza normlarının amacının belirlenmesi yoluyla haksızlık maddi olarak sosyal zararlılık adı altında düşünülmüştür.²⁵⁴ Maddi bakış açısıyla haksızlığın derecelendirilebilir bir yapıda olduğu kabul edilmiş, hukuki yararın ihlalinin derecesine göre bir değerlendirmenin önü açılmıştır.²⁵⁵ Buna göre şayet ortada bir hukuki yarar (değer) ihlali bulunmuyorsa fiilin de hukuka aykırılığından bahsedilemeyecektir. Kavramlardaki bu değişiklik diğer taraftan kanunda yer almayan hukuka uygunluk nedenlerin kabul edilebilmesini de sağlamıştır. Böylece biri diğerine göre açıkça üstün bulunan bir hukuki değeri korumak amacıyla diğerine zarar verilmesinde sosyal fayda görülmüş ve kanun üstü zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Bir diğer göze çarpan değişim ise tipiklik ve hukuka aykırılık ilişkisinde yaşanmış, tipiklik artık dış süreçlerin değerden yoksun bir tanımı olarak değil de kanun koyucunun, bir fiilin suç tipinin karakteristik haksızlık içeriğinin unsurlarını oluşturması için yardımcı bir araç olmuştur.²⁵⁶ Böylece tipiklik, suçların hukuka aykırılığın tipik gerçekleşme anları olarak kabul edildiği haksızlık tipikliğine dönüşmüştür.²⁵⁷

1930'lu yılların başına gelindiğinde ise *Welzel* hareketi suç teorisinin merkezine oturtmaya çalışmıştır. Finalist öğreti denen bu suç teorisinde hareketi belirli bir amaca yönelik insan davranışı olarak kabul etmiş ve hareketin amaçsallığı ile kastı eşit değerde görmüştür.²⁵⁸ Hukuka aykırılığın sübjektifleşmesini doğuran kastın yeniden düzenlenmesiyle maddi haksızlık kavramında da birtakım değişikliklere yol açmıştır. Böylece tipikliğin sübjektif unsurları, kast sayesinde artık “şahsi haksızlık unsurları” üst kavramı altında toplanmış ve hareketin haksızlığı (*Handlungsunwert*), neticenin haksızlığının (*Erfolgsunwert*) karşısına yerleştirilmiştir.²⁵⁹ Hukuka aykırılığa, hukuka aykırı

²⁵⁴ Jescheck ve Weigend, a.g.e., s. 206; bkz. Dohna, a.g.e., s. 138; Leopold Zimmerl, **Zur Lehre vom Tatbestand**, Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1928, s. 70 vd.

²⁵⁵ Kern, a.g.e., s. 276 vd.

²⁵⁶ Jescheck ve Weigend, a.g.e., s. 206.

²⁵⁷ Jescheck ve Weigend, a.g.e., s. 207.

²⁵⁸ Jescheck ve Weigend, a.g.e., s. 210 vd.

²⁵⁹ Jescheck ve Weigend, a.g.e., s. 212.

hareket iradesi ve objektif ihlal görüşleri ile iki cepheden bakılması, haksızlığın sosyal-zararlı neticenin nedenselliğinden değil de insanın sosyal bakımdan önemli yanlış davranışı olarak görülmesi gerektiği, suça yönelik hareket iradesi ile fiilin netice yönünün birbiriyle kaynaştığı bir kavram olduğunu göstermiştir.²⁶⁰

İkinci dünya savaşının bitmesinden 1957 yılına kadar hukuki değer öğretisinde bir durgunluk meydana gelmiş ve bu durgunluk *Jäger'in* çalışmasıyla²⁶¹ tekrar gelişmeye başlamıştır. İşte bu durgunluk döneminde hukuki değer merkezli sorunlar dolaylı yollardan çözülmeye çalışılmıştır. Bunlara örnek olarak yükümlülüğe aykırılık, ihanet ve sadakat ihlali cezalandırmanın temelini oluşturmuştur.²⁶²

Duraklamanın bitişiyle beraber şekli ve maddi bakımdan suç kavramı arasında bir seçim yapmaya zorlanan ceza hukuku doktrini anayasa temelli hukuki değer kavramı ile ikilemden kurtulmuş böylelikle rahat bir nefes almıştır. Böylelikle salt ahlaka aykırılıklar ve kabahatler gibi keyfi ceza tehditleri, ceza hukuku alanından çıkarılmaya başlanmıştır. Özellikle 1950'li yıllardan itibaren suç olmaktan çıkarma eğiliminin artması ceza hukukunu geniş manada sınırlandırmış olsa da söz konusu fiiller tamamen hukuk dışına bırakılmayıp idari yaptırımların uygulandığı kabahatler alanına alınmıştır.²⁶³ Benzer gelişme Türk hukukunda ancak yeni TCK'nın girmesiyle gerçekleştirilebilmiştir.

Günümüzde ceza hukuku halen genişlemesini sürdürmektedir. Gerçekten de bugün suç haline getirme eğiliminin suç olmaktan çıkarma eğilimine nazaran daha ağır bastığı söylenebilir. Özellikle özel kanunlarda önüne geçilmek istenen bir davranış kısa yol olarak görülen suç tipleri içinde düzenlenmektedir. Buna örnek olarak ekonomik ve ticari alanda düzenlenen suç tipleri verilebilir.

²⁶⁰ Jescheck ve Weigend, a.g.e., s. 212.

²⁶¹ Herbert Jäger, **Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten**, Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1957.

²⁶² Frank Neubacher, "Materieller Verbrechensbegriff und Rechtsgutsverletzung - Die Rechtsgüterlehre J. M. F. Birnbaums (1797-1877) und die moderne Strafrechtsschule", **JURA**, sy. 10, s. 517.

²⁶³ Kayıhan İçel, "İdari Ceza Hukuku Ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi", **İÜHFİM**, Cilt 50, sy. 1-4, 1984, s. 117-120.

1.2.4. Değerlendirme

Görüldüğü üzere ceza hukukunun eski zamanlarda çekirdek alana müdahalesi özellikle kanunilik ilkesinin gelişimi ile kontrol altına alınmıştır. Lakin ceza hukukunun gelişim sürecinde çekirdek alana müdahalede bir daralma meydana gelse de bu kez kanunilik ilkesine uygun olarak bir genişleme meydana gelmiştir. Bunun en büyük nedenlerinden biri toplumun ve medeniyetin teknoloji, sanayi, bilim alanlarında katlanarak artan gelişimidir. Bu gelişim alanlara özgü suç tiplerinin artmasına ve özellikle soyut tehlike başta olmak üzere tehlikenin de cezalandırılmasına yönelik eğilimler özgürlüğü korumayı amaçlayan ceza hukukunun özgürlüğe daha fazla müdahaleyle varlığını sürdürmesine sebebiyet vermiştir.

Ceza hukukunun genişlemesinin önüne geçmeyi öncelikle doktrin kendine bir ödev olarak bilmiş ve bu genişlemenin önüne geçecek ve hukuk devletindeki ceza hukukunun esas karakterini yansıtan çabalara girişilmiştir. Bu çabalar kendini en çok hukuki yorumda göstermiştir. Örneğin ceza hukukunun amacının hukuki değerleri korumak olarak belirlenmesi ve davranışlar incelenirken bu minvalde yorumun yapılması; toplumsal uygunluk, izin verilen risk gibi birtakım durumların objektif isnadiyet çerçevesinde değerlendirilmesi bugün ceza hukukunun sınırlandırılması için atılan adımların başında gelmektedir.

Ceza hukuku gelişim tarihinin önemsizlik ayağına bakıldığında yoruma ilişkin özellikle kanunilik ilkesinin ilk kez ortaya çıktığı zamanlardaki yorum yasağının terkedilerek, suç tiplerinin yorumunda (her ne kadar son yıllarda güvenlik temelli düşünceler ortaya çıksa da) özgürlüğün ön planda tutulduğu bir ceza hukuku sisteminin bulunduğu ya da en azından savunulduğu söylenebilir. Yine kanun koyucuya yükümlülük olarak yüklenen ancak cezaya muhtaç ve cezaya layık fiillerin suç olarak düzenlenmesi ile hukuki değerin temel alması yönündeki düşünceler önemsizlik sorunun çözümünde yol gösterici olmaktadır. Keza ileride değinileceği üzere kanunilik ilkesinin anlamının sadece suç tipinin lafzına uyan fiilleri kapsamak bunun dışındakileri suç tipi kapsamından çıkarmak olarak ortaya çıkan düşüncenin, her ne kadar suç tipinin lafzına uysa da suç tipinde yer alan kavramların daraltılarak uygulanabileceği düşüncesinin yerleşmesi de olumlu bir gelişme olarak kabul edilebilir.

1.3. Önemsizliğin Dogmatik Temeli

Soyut olarak düzenlenen bir suç tipi esasında bir haksızlığı tanımlar. Tanımlanan bu haksızlığın büyüklüğü, sınırları suç tipinin içinde yer alan unsurlar ile belirlenir. Buna aynı zamanda şekli haksızlık içeriği de denebilir. Ancak şekli haksızlık içeriği kanun koyucu tarafından yoğunluk itibariyle tam manasıyla ve kesin olarak tespit edilemediği için uygulayıcıya belirli sınırlar çizer. Bunun en büyük göstergesi suç tiplerinin yaptırımlarının kesin olarak değil de belirli aralıklar şeklinde belirlenmesidir. Diğer taraftan somut olayda ortaya çıkan haksızlık içeriği ki buna maddi haksızlık içeriği denebilir, yoğunluk olarak belirli biçimde ortaya çıkar. Uygulayıcı ise karşılaştığı somut olayda gerçekleşen haksızlık içeriğine orantılı olarak yaptırımı belirler yani cezayı bireyselleştirir. Bazen ise maddi haksızlık içeriği kanun koyucunun şekli olarak çizdiği sınırların altında bir yoğunluğa sahip olarak ortaya çıkabilmektedir. Önemsizlik işte bu aşamada karşımıza çıkar; yani şekli olarak çizilen haksızlık içeriğinin altında haksızlık içeriğine sahip ancak lafız itibariyle kanuni unsurlarını sağlayan davranışlar dogmatik olarak kendini haksızlık içeriği ile gösterir.

Burada bir kavram kargaşasına dikkat çekmek açısından maddi hukuka aykırılık ile maddi haksızlık arasındaki ilişkiye değinilmesi gerekmektedir. Maddi hukuka aykırılıktan kasıt, tipik ve hukuka aykırı (içeriği doldurulmuş) davranıştır. Dolayısıyla maddi hukuka aykırılık hem şekli hem de maddi haksızlığı kapsamaktadır. Maddi haksızlık ise sadece somut olayda gerçekleşen hukuka aykırı davranışın teşkil ettiği haksızlıktır. Kanun koyucunun birtakım unsurları bir araya getirerek oluşturduğu soyut şekli haksızlıktan farklı olarak maddi haksızlık ya da ileride değinileceği üzere maddi haksızlık içeriği, suç tipinde yer alan unsurların somut olarak gerçekleşmesi ve bunun bir araya gelerek oluşturduğu haksızlıktır. Aslında maddi haksızlık kavramının maddi tasvip edilmezlik (*materielle Unwert*) yerine kullanılmasından kaynaklanan bu sorun, maddi haksızlığın suçun tipiklik aşamasında yapılan değerlendirme olarak kabul edilmesi ile çok rahat çözülebilir. Ancak doktrinde *Unwert* (bir tipiklik yargısı olarak tasvip edilmezlik) ve *Unrecht* (bir hukuka aykırılık yargısı olarak haksızlık) kavramlarının birbiri yerine kullanılması bu karışıklığa yol açmaktadır. Sonuç olarak somut olayda tipikliğin unsurlarının sadece lafzi değil (ya da görünüşte değil) tam anlamıyla gerçekleşmiş olması halinde maddi tasvip edilmezliğin (ya

da maddi haksızlığın) olduğu söylenmeli ve bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması halinde maddi haksızlığın gerçekleştiği yargısı yapılmalıdır.

Bugün maddi hukuka aykırılık kavramının kullanımına gerek olmayıp maddi bakımdan suçun oluşup oluşmadığının tespitinde maddi haksızlık kavramının kullanılması daha doğru olacaktır. Bu başlık altında önemsizliğin dogmatik temeli olarak haksızlık içeriği incelenecektir.

1.3.1. Haksızlık İçeriği

Yukarıda da bahsedildiği üzere kanun koyucunun suç tiplerini oluştururken birtakım unsurları bir araya getirerek şekli haksızlığın sınırlarını çizdiğini söylemiştik. Örnek üzerinden konuyu açıklamak gerekirse “kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişinin cezalandırılır” düzenlemesinde *kast*, *başkasının vücudu*, *acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozma*, hareketi ve bu neticeye neden olan *kişi* unsurlarının birlikte suç tipinin ihtiva ettiği haksızlığı oluşturduğu söylenebilir. Örneğin bu unsurlara silah eklendiği zaman suçun şekli haksızlık içeriği daha da artmaktadır. Diğer taraftan bu unsurların her birinin somut olayda gerçekleşme tür ve şekline göre haksızlığa etki ettiği söylenebilir. Silahla yaralama örneğinde silahın türü, neticeye etkisi, neticenin boyutu gibi hususlar gerçekleşen somut olayda maddi olarak haksızlık içeriğini belirlemektedir. Nitekim somut olayda gerçekleşen her türlü silahlı kasten yaralamanın aynı haksızlık içeriğine sahip olduğundan bahsedilemez. Bu durumu kabul eden kanun koyucu genel olarak belirli bir ceza miktarı öngörmeyip alt ve üst sınırlar belirleme yoluna gitmiştir.

Haksızlık içeriği kavramına ilişkin doktrindeki görüşlere bakıldığında, *Mayer* haksızlık içeriğinin iki kısımdan oluştuğunu ve bunların, suçun hukuki değerlerin ihlali ve aynı zamanda ahlak düzeninin katlanılmaz biçimde ihlali olduğu şeklinde belirttiğini söylemek mümkündür.²⁶⁴ *Jescheck/Weigend* ise cezalandırılabilir hareketin kanuni tipinin, ilgili suç tipinin haksızlık içeriğini oluşturan unsurların tümünden meydana geldiğini ve

²⁶⁴ Mayer, *Strafrecht AT*, s. 50.

kanuni tipin yapı taşlarının da hukuki değer, hareket objesi, fail, hareket ve netice olduğunu söylemiştir.²⁶⁵

Haksızlığın tespiti bakımından ilk aşama kanuni suç tipidir. Nitekim suçun tanımlanmasında esaslı rolleri hareket ve netice unsurları paylaşmaktadır. Elbette bu unsurlar dışında kanuni tipte yer alan unsurlar da haksızlığın belirlenmesine yönelik diğer şartlar olarak kabul edilebilir. Haksızlığın iç ve dış olmak üzere iki yönü bulunup, haksızlığın dış yönünü ihlal edilen hukuki değer oluşturup iç yönünün ise iradi yönelim, özel kast, saik, fesat edilmiş irade gibi unsurların oluşturduğunu yukarıda değinilmişti.²⁶⁶ Bu unsurlar fiilin haksızlık içeriğini belirlemede esas olmaktadır. Ancak bundan öte suçun tanımlanmasında esas olarak hareket ve netice kavramlarının önemli bir yere sahip olduğu söylenebilir. Bu nedenle bugün haksızlığı *Handlungsunwert/Handlungsunrecht* (hareketin tasvip edilmezliği/haksızlığı) ve *Erfolgswert/Erfolgswerecht* (neticenin tasvip edilmezliğinin/haksızlığı) ayrımı yaparak incelenmesi sıkça ortaya çıkan bir durum olmuştur.²⁶⁷ Bu iki kavram en az tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk kavramları kadar önemlidir. Nitekim hareketin ya da neticenin haksızlığı bugün kasti suçlar, taksirli suçlar, teşebbüs ya da suçun tamamlanmasını arasındaki farkları açıklayan kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Handlungsunwert ve *Erfolgswert* kavramları dışında başka bir tasvip edilmezlik türü olarak bir de “*Gesinnungswert*” kavramından bahsedilmektedir. Bir zihniyetin tasvip edilmezliği olarak ifade edilen bu kavram failin hareketinin ya da zihniyetinin motifi hakkında olumsuz bir değer yargısını kapsamaktadır.²⁶⁸ Zihniyetin tasvip edilmezliğinin haksızlık içeriğine etkisi ise tartışmalıdır. Alman Ceza Hukuku uygulamasında zihniyetin tasvip edilmezliğini oluşturan unsurların *tipte tanımlanan* haksızlığın unsurları olarak kabul edilmektedir. Doktrinde ise zihniyet unsurlarının²⁶⁹ bazı yazarlar tarafından kısmen kişisel hareketin tasvip edilmezliği kısmen ise kusurun unsurları olarak kabul edildiği, diğer yazarların ise kısmen haksızlık kısmen ise kusur içinde değerlendirebileceğini kabul

²⁶⁵ Jescheck ve Weigend, a.g.e., s. 256.

²⁶⁶ Hardwig, *Grundprobleme der allgemeinen Strafrechtslehre*, s. 9.

²⁶⁷ Roxin, *Strafrecht AT I*, s. 265, kn. 88;

²⁶⁸ Peter Noll, *Übergesetzliche Rechtsfertigungsgründe im Besondern die Einwilligung des Verletzten*, Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft AG., 1955, s. 31.

²⁶⁹ Zihniyet unsurları olarak amaç, saik, niyet kabul edilebilir.

ettiği görülebilir.²⁷⁰ Burada zihniyet unsurlarını iki kısma ayırarak incelemekte fayda vardır: Şayet suç tipin içinde bir zihniyet unsuru yer alıyor ise bu durumda bunu haksızlığa etki eden bir husus olarak kabul etmek gerekecektir. Ancak böyle bir unsur suç tipinde yer almayıp somut olayda ortaya çıkmış ise bu durumda gerçekleşen haksızlığa herhangi bir etkisinin bulunduğundan bahsetmek doğru olmayacaktır. Böyle bir kabul fiil ceza hukukunda düşüncenin cezalandırmasının önünü açacaktır ki, modern ceza hukukunda kabul edilemez.

Bundan sonra yapılacak incelemelerde netice ve hareketin *tasvip edilmezliği* kavramları yerine pratik kullanımının kolaylığı ve netice olarak hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığı esas alındığında tasvip edilmezlik haksızlığa dönüşeceğinden haksızlığın birer unsuru olarak netice ve hareketin *haksızlığı* kavramları kullanılacaktır.

Her ne kadar bugün haksızlık, hareketin ve neticenin haksızlığı olmak üzere ikiye ayrılrsa da ceza hukukunun ilk gelişim aşamalarında yani klasik suç teorisinin kabul edildiği zamanlarda kusursuz haksızlık olmaz düşüncesinin kabulü nedeniyle bu ayrım yapılmamakta ve objektif bir haksızlık düşüncesi kabul edilmekteydi. Yani bugün tipikliğin manevi unsuru olan kişisel (sübjektif) unsurlar ancak kusurluluk alanında incelenmekteydi.

Daha sonra *Welzel'in* geliştirdiği finalist teori ile her suçun kişisel bir haksızlık yönü bulunduğu ve kast ile taksirin suçun birer unsuru olduğu kabul edilmiştir. İşte bu teorinin oluşturduğu kişisel haksızlık teorisi de doktrinin yönünü 20. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren büyük ölçüde değiştirmiştir.²⁷¹ Klasik teorinin neticeyi fiil içinde değerlendirmesi haksızlık içeriği sorunun açıklanmasını da güçlendirmiştir. Nitekim bu sorun finalist teorinin haksızlık içeriğini, neticenin ve hareketin haksızlığını birbirinden ayırarak, hareketin tasvip edilmezliği ile açıklamasıyla kısmen çözüme ulaşmıştır.²⁷² Ancak finalist teorinin neticenin haksızlığını göz ardı etmesi sadece suçu sadece hareketin haksızlığı ile açıklaması teorinin getirdiği çözümün kısmi kalması ardında yatan nedendir.

²⁷⁰ Hansjörg Reichert-Hammer, **Politische Fernziele und Unrecht : ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB**, Berlin : Duncker und Humblot, 1991, s. 83.

²⁷¹ Kristian Hohn, “Grundwissen - Strafrecht: Handlungs- und Erfolgsunrecht”, **JuS**, 2008, s. 494; Keçelioğlu, a.g.e., s. 26-27.

²⁷² Karş. Maurach ve Zipf, a.g.e., s. 195.

Çünkü şahsi haksızlık öğretisine göre hareketin haksızlığı suç teşkil eden haksızlığın oluşması için yeterli görülmüş, neticenin gerçekleşmesinin ise bir haksızlık ifade etmediği ve sadece objektif cezalandırılabilme nedeni olduğu düşünülmüştür.²⁷³

Elbette bu iki teori dışında *Kant*'ın değer felsefesinin etkisiyle *neo-klasik* olarak adlandırılan bir teori de ortaya çıkmış ve ceza hukukuna önemli bir katkıda bulunmuştur. Teorinin en büyük getirisi suçun ifade ettiği haksızlığın hukuki değer ihlalinin ağırlığına göre artıp eksildiği düşüncesidir. Böylece bir fiilin ya hukuka aykırı ya da hukuka uygun olabileceği düşüncesiyle kesin olarak tespitinden, haksızlığın derecelendirilmesine giden yol açılmıştır. Bu düşünceye göre kanuni tipe uygun haksızlık kavramı kullanılmış ve suç tipinin bizzatı bir değer ifade ettiği ve cezaya layık haksızlığı tanımladığı kabul edilmiştir. Düşüncenin eksik yanı ise halen neticenin fiil içinde bulunduğu ve hareketten ayrılmadığıdır.²⁷⁴

Suçun klasik ve finalist bir yaklaşımla incelenmesi her iki öğretinin haksızlığı eksik açıkladıklarından, bu yaklaşımların ceza hukukundaki sorunlara bir çözüm getirmesinde yetersiz kaldığını gören birtakım yazarlar, her iki teoriyi birleştirmeye yönelik bir çabaya girişmişler bu çaba ise *sentezci* bir yaklaşımın doğmasını sağlamıştır. Bu görüşü paylaşan yazarlar ilerde ayrıntılı olarak inceleneceği üzere suçu açıklarken hareketi esas almakta ve insan davranışının sosyal bakımdan arz ettiği önem esas alınarak hareketi tanımlamaktadır. Ancak finalist teoriden ayrılan yönü haksızlığın oluşumunda hareketin icra ediliş tarzının yanı sıra neticenin de payı olduğunu savunmaktadırlar.²⁷⁵ Yine benzer görüşler yakın zamandaki ceza hukukçuları tarafından küçük farklarla savunulmuştur. Örneğin teleolojik bir sistematik izleyen *Schmidhäuser* ceza ile cezalandırılması gereken fiil arasında maddi bir bağ olduğunu söyleyerek cezanın yegâne amacının genel önleme olduğunu söylemiş kusuru ikiye ayırarak bilme unsurunun kusur alanına dahil olduğunu irade unsurunun ise suçun haksızlık unsuruna dahil olduğunu kabul etmiştir.²⁷⁶

Değinilmesi gereken bir başka husus ise hukuki değer ihlali ile haksızlık içeriği arasındaki ilişkidir. İleride hukuki değer ve bunun ihlaline ilişkin açıklamalar yapılacağı

²⁷³ Maurach ve Zipf, a.g.e., s. 202; Bu düşünceler için bkz. Armin Kaufmann, "Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht", s. 410-411; Zielinski, a.g.e., s. 128 vd ve 208 vd.

²⁷⁴ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 148-151.

²⁷⁵ Maurach ve Zipf, a.g.e., s. 202; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 155 vd.

²⁷⁶ Schmidhäuser, **Strafrecht AT**, s. 167 vd; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 155 vd.

için burada ayrıntıya girmeden aradaki ilişkinin açıklanmasına fayda vardır. Doktrinde *Mayer*'in suçun haksızlık içeriğinin iki kısımdan oluştuğunu belirttiğine ve bunların suçun hukuki değerlerinin ihlali ve ahlak düzeninin katlanılmaz biçimde ihlali olduğuna yukarıda değinilmişti.²⁷⁷ Yazarın hukuki değer ihlalinin haksızlık içeriği bakımından olmazsa olmaz bir unsur olduğunu kabul etmesi önemlidir. Bir başka haksızlık içeriği incelemesi ise *Günther* tarafından yapılmıştır. Yazara göre hareketin özelliklerinden biri olan hareketin haksızlık niceliği ceza hukukunun hukuki değerleri koruma fonksiyonunun gerektirdiği gibi hukuki değerlere zarar verip vermediği ya da onları tehlikeye atıp atmadığıyla belirlenmektedir. İşte bu hukuki değere zarar verme ya da onu tehlikeye atma neticenin haksızlığı olarak kabul edilmektedir. Buna karşın hareketin haksızlığı hukuki değere zarar verme ya da onu tehlikeye atmada belirli bir tür veya şeklidir. Bu ikisi ise cezaya layık davranışın haksızlık içeriğini belirler.²⁷⁸

Ünver ise haksızlık içeriğinin, hukuki değer değerli konu olarak objektif düzenlediği ile çelişen, “gerçekleşen şey” olduğunu ileri sürmüştür. Yani haksızlık içeriği objektifleşmiş değerlerin inkarıdır.²⁷⁹ Yazarın objektifleşmiş değerden kastı hukukun (kanunların değil) korumayı amaçladığı değerlerdir. Toplumsal bakımdan rahatsız edici ve ihlal edici boyutta olmayan değer ihlalleri ise bir haksızlık oluşturmaz. Ayrıca yazar suçun haksızlık içeriğinin ilgili objenin zarara uğratılması veya tehlikeye düşürülmesi olan neticenin haksızlığından oluştuğunu savunmuştur. Buna karşın hareketin haksızlığına haksızlık içeriği içinde herhangi bir yer vermemiş olması dikkat çekicidir.²⁸⁰

Hukuki değer ihlali, maddi bir zarar veya objektif bir tehlikenin varlığı ile gerçekleşir. Haksızlık içeriğinin birer unsuru olan hareketin ve neticenin haksızlığı kavramlarının hukuki değerden bağımsız olarak ifade edilmesi de mümkün değildir. Ceza hukukunun meşruluğu hukuki değeri ihlale elverişli hareketin bulunmasıyla mümkündür. Bu durum aynı zamanda çağdaş ceza hukukunun gereği olup aynı zamanda hümanist ceza hukukunun temel kurallarından birisidir.²⁸¹ Liberal ve çağdaş bir ceza hukuku

²⁷⁷ Mayer, *Strafrecht AT*, s. 50.

²⁷⁸ Günther, a.g.e., s. 239; ayrıca bkz. aşağıda Neticenin ve Hareketin Haksızlığının Önemsizliği.

²⁷⁹ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 891.

²⁸⁰ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 917.

²⁸¹ Özek, “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı”na İlişkin Düşünceler”, s. 23 ve 26.

cezalandırmayı failin niteliğine göre değil gerçekleştirilen eylemin korunan hukuki değeri somut olarak ihlaline dayandırır.²⁸²

Haksızlık içeriğinin tespiti bakımından sonraki başlıklarda hareketin haksızlığı ve neticenin haksızlığının ne anlama geldiği ve haksızlık içeriğine etkileri incelenmeye çalışılacaktır. Ancak açıklamalara geçmeden önce doktrindeki anlam karmaşasının önüne geçmek amacıyla birtakım belirlemeler yapılması doğru olacaktır.

İlk olarak hareketin haksızlığının, haksızlığın sübjektif yönünü, neticenin haksızlığının ise haksızlığın objektif yönünü oluşturmadığının belirtilmesi gerekir. Aynı şekilde bu ayrımın kasti suç tipinin objektif ve sübjektif unsurları olarak yapılan ayrımla da bir ilgisi bulunmamaktadır.²⁸³

İkinci olarak maddi haksızlık içeriği ile bu haksızlık içeriğinin niteliğinden bahsetmek gerekir. Doktrinde maddi haksızlık içeriğinin *apriori* mi yoksa *aposteriori* olduğu tartışılmıştır. Bu tartışmanın çıkış noktası hukuka aykırılığın ne zaman ortaya çıktığı sorusudur. *Binding* bir davranışın yasaklanmadıkça hukuka aykırı olmadığını savunmuştur.²⁸⁴ Buna göre maddi haksızlık *aposteriori* (sonradan) olarak pozitif hukuk normlarınca meydana getirilen normlardan kaynaklanmaktadır. Böylece haksızlık yargılarının kriterleri pozitif hukukla iç içe ve bu normlarda yer alan şekli bakımdan suç tiplerinden yola çıkarak belirlenecektir. Maddi haksızlığın *aposteriori* (sonradan) olarak pozitif hukuk normlarınca meydana getirilen normlardan kaynaklandığı görüşünün tam karşısında yer alan diğer görüşe göre ise failin aykırı davrandığı kanun ya da normlardan bağımsız olarak suçun maddi haksızlık içeriği, kavramsal ve zamansal olarak *apriori* (önceden) belirlenmiştir.²⁸⁵ O halde pozitif hukuk maddi haksızlığı ortaya çıkarmayıp bunu sonradan keşfeder.²⁸⁶ Böylece maddi haksızlık içeriği kanun koyucunun takdirinden uzak, hukuk ötesidir (*metajuristisch*²⁸⁷).

²⁸² Özek, “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı”na İlişkin Düşünceler”, s. 40.

²⁸³ Hohn, a.g.e., s. 495; Keçelioğlu, a.g.e., s. 27.

²⁸⁴ Karl Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung I*, Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872, s. 4 vd.

²⁸⁵ Hans Gerhard Michels, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, Berlin: Walter de Gruyter, 1963, s. 38; Kunz, *Bagatellprinzip*, s. 130.

²⁸⁶ Franz von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Eberhard Schmidt (Ed.), 25. Baskı, Berlin ve Leipzig: Walter de Gruyter, 1927, s. 174.

²⁸⁷ Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, s. 174.

Maddi haksızlık içeriğinin belirlenebilmesi için temel olarak ortada buna referans sağlayacak şekli anlamda bir haksızlık tipi gereklidir. Şekli haksızlık tipi bir anlamda maddi haksızlık tipinin sınırlarını da belirler. Buna göre şekli haksızlık, haksızlık tipinin alt ve üst sınırı arasında olabilir. Ancak önemsiz haksızlık diye bahsedilen husus maddi haksızlığın alt derecelerini oluşturmakla birlikte, maddi haksızlığın, şekli haksızlığın sınırlarının da altına inebilmesi de mümkündür. Aksi takdirde ortada önemsiz olarak nitelendirebileceğimiz bir durum bulunmaz. Tüm bu nedenlerden ötürü maddi haksızlık *apriori* niteliğe sahip olduğunu söylemek gerekir.²⁸⁸

Son olarak ileride ayrıntılı incelenecek olan toplumsal uygunluk ile haksızlık içeriği arasında bağ bulunmaktadır. Fiilin toplumsal uygunluğu, ceza normlarını kanun koyucuya müdahale etmeksizin onun sosyal değişimle olan uyumunu sağlamaktadır. Aynı sonuca ceza hukuku dogmatığı çerçevesinde, söz konusu davranışın salt suç tipi altında değerlendirilmesinin daima haksızlık olarak düşünölemeyeceği şeklinde ortaya konabilir.²⁸⁹ Toplumsal uygun kabul edilen fiiller gerçek anlamda tipik olmadığı için suç tipinin aradığı haksızlığı oluşturmamaktadır. Buna göre suç tipi bir bütün olarak haksızlık tipi olarak kabul edilmekte olup²⁹⁰ bu haksızlık tipi, haksızlığın içinde bulunan ve kendi maddi esaslarını oluşturan toplumsal bakımdan tasvip edilmezliğe (*sozialen Unwert*) atıf yapmaktadır. Toplumsal uygunsuzluk (*soziale Inadäquanz*), suç tipinin bir unsurunu değil, suç tipinin bütününe karakterize etmektedir.²⁹¹ Aynı düşünceye göre suç tiplerinin yalnızca toplumsal bakımdan uygun olmayan davranışları içerdikleri şeklinde yorumlanması gerekmektedir.²⁹²

1.3.1.1. Hareketin Haksızlığı

Haksızlığın gerçekleşmesi ve haksızlık içeriğinin belirlenmesi için öncelikle hareketin haksızlığının ne anlama geldiği belirlenmelidir. Bu kavram hakkında doktrinde çeşitli tanımlar getirilmeye çalışılmıştır. Hareketin haksızlığını cezaya liyakat için bir ölçüt olarak gören *Jescheck*, korunan hukuki değerin vücut bulduğu hareketin konusuna yönelik müdahalenin tehlikeliliğini, hareketin haksızlığı olarak kabul etmektedir. Yazara göre

²⁸⁸ Bu tartışmaya yönelik eleştiriler için bkz. Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 132 vd.

²⁸⁹ Maurach ve Zipf, a.g.e., s. 215.

²⁹⁰ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 240.

²⁹¹ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 242.

²⁹² Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 242.

müdahale teşkil eden hareketin türü ve yoğunluğu, kamusal cezanın temelinde bulunan, toplumun tasvip etmeme yargısının (*Unwerturteil*)²⁹³, fiili, toplum barışına yönelik katlanılmaz olarak değerlendirilecek şekilde meydana getirmelidir.²⁹⁴ *Kühl* ise haksızlığın sadece hukuki değer ihlali olan neticenin haksızlığından oluşmadığını söyleyerek ayrıca hareketin haksızlığının da gerçekleşmesi gerektiğini söylemiş ve hareketin haksızlığını neticenin yani hukuki değer ihlalinin gerçekleştiriliş türü ve usulü olarak tanımlamıştır.²⁹⁵

Hareketin haksızlığı birçok hukuki meseleye yanıt getirebilmektedir. Örneğin vücut bütünlüğü, bireyin sağlığı gibi hukuki değerlere yönelik hukuki değerlerin taşıyıcısı olan bireyin, bu değerleri bizzat kendisinin ihlal ettiği durumlarda hareketin haksızlığı bulunmadığı için haksızlık gerçekleşmemektedir.²⁹⁶ Keza en önemli ceza hukuku kurumlarından biri olan teşebbüsün açıklanmasında da hareketin haksızlığını devam ettirmesi aranmaktadır. Nitekim teşebbüsün bulunduğu kabulü için zarar suçlarında neticenin haksızlığının gerçekleşmemesi ancak hareketin haksızlığının bulunması gerekir.²⁹⁷

Hareketin haksızlığının, neticenin haksızlığına nazaran iki türlü çeşidi bulunmaktadır. Bunlar kasıtlı ve taksirli olmak üzere ikiye ayrılabilir. Tamamlanmış kasti bir hareketin haksızlığı ile bir suçun icrai hareketlerinin tamamlanması ve yasak normunun reddi aynı anlama gelmektedir. Ayrıca kastın yanında, toplumsal yararına nazaran korunan hukuki değer objesini, hukuk düzeni tarafından katlanılamaz biçimde ve belli oranda tehlikeye düşüren hareketin gerçekleştirilmesi toplumsal hayatta izin verilen riskin boyutlarını aşan bir davranıştır. Her ne kadar kanun koyucu cevaz vermese de aynı kıstas taksirli hareketin haksızlığının söz konusu olduğu suçlara teşebbüs bakımından da geçerlidir. Burada da izin verilen riskin sınırları aşılmaktadır. Failin bilinci burada illiyet bağı çerçevesinde gelişen neticeyi de kapsamakta olup böylece hareketin haksızlığı taksirli suçlarda özen yükümlülüğüne aykırı davranışla aynı düzeyde kabul edilebilir. Kasti suçlarda sadece hareketin haksızlığının bulunması teşebbüsün ve dolayısıyla

²⁹³ Değersizlik yargısı ya da olumsuz anlamda değer yargısı da denmektedir, bkz. Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 158.

²⁹⁴ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 39.

²⁹⁵ Kühl, **Strafrecht AT**, s. 17.

²⁹⁶ Detlev Sternberg-Lieben, “Einwilligungsschranken und Rechtsgutsvertauschung am Beispiel des Fremddopings im Sport”, **ZIS**, sy. 7, 2011, s. 586, dn. 16.

²⁹⁷ Roxin, **Strafrecht AT**, s. 265.

cezalandırmayı doğururken taksirli suçlarda kanun cevaz vermediği için herhangi bir cezalandırma gündeme gelmemektedir.²⁹⁸

Suçun temelini oluşturan hukuki değer ve bu değer ihlalinin, hareketin haksızlığıyla olan ilişkisi de açığa kavuşturulması gereken bir husustur. Alman Ceza Hukuku doktrinde bu ilişki şöyle açıklanmaktadır: İdeal olan hukuki değer ihlali hareketin haksızlığı olarak kabul edilirken, hukuki değer objesinin nedensel zarara veya somut bir tehlikeye uğratılması neticenin haksızlığı olarak kabul edilmektedir.²⁹⁹ İleride de ayrıntılı olarak inceleneceği üzere hukuki değerler maddi değil ideal yani soyut bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla hukuki değer, suçun konusundan bağımsız ve pozitif öncesi bir varlığa sahiptir.³⁰⁰ İdeal değer soyut bir yapıya sahip olması mantıken bunların nedensel olarak ihlalinin mümkün olmadığı düşüncesini doğurur.³⁰¹ Bu nedenle doktrindeki bazı yazarlar³⁰² ideal hukuki değer kötüye kullanılarak (*Rechtsgutmißachtung*) ihlal edilebileceğini ve nedensel ihlalin hukuki değer objesinin kötüye kullanımıyla gerçekleştiğini kabul etmiştir. Sonuç olarak hukuki değer ihlali, hareketin haksızlığıyla ilgili olup neticenin haksızlığını ise hukuki değer objesinin ihlali oluşturmaktadır.³⁰³

Hareketin haksızlığının unsurlarının ne olduğu sorusu özellikle önemsiz haksızlık içeriği tespiti bakımından kritik bir öneme sahiptir. Hareketin haksızlığının unsurları incelenirken ikili bir ayrıma gidilmesinde fayda vardır. Nitekim bir hareketin haksızlığı, failin davranışını dış gerçekleştirme tarzından oluştuğu gibi failin kişiliğinden kaynaklanan durumlardan da oluşmaktadır. Bu nedenle hareketin haksızlığında fiile ve faile ilişkin hareketin haksızlığı arasında bir ayrıma gidilmektedir.³⁰⁴

Hareketin haksızlığının fiile ilişkin unsurlarına bakıldığında üç unsurun bulunduğu söylenebilir. İlk olarak hukuki değer karşılaştığı tehlikenin derecesi olarak ifade edilen *aktüalite* unsurudur. Buna göre örneğin bir suçun tamamlanmış yani neticesinin

²⁹⁸ Hohn, a.g.e., s. 494.

²⁹⁹ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 901.

³⁰⁰ Bu konuda aşağıda bkz. Hukuki Değer Öğretisi ve Hukuki Değerin İhlali

³⁰¹ Gaul, a.g.e., s. 71.

³⁰² Gaul, a.g.e., s. 71; Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 208; Eberhard Schmidhäuser, “Der Unrechtstatbestand”, **FS für Karl Engisch zum 70. Geburtstag**, Paul Bockelmann ve diğerleri (Ed.), Frankfurt a. M.: Vittorio Klostermann, 1969.

³⁰³ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 901-902.

³⁰⁴ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 190.

gerçekleşmiş hali teşebbüs aşamasında kalmış haline nazaran daha fazla haksızlığa sahiptir. Keza zarar suçlarının da tehlike suçlarına nazaran daha fazla haksızlık içerdiği söylenebilir. İkinci unsur ise hukuki değer ihlalinin *yoğunluğudur*. Yoğunluk kriterine göre örneğin mala zarar verme suçunda kirletme fiili, yok etmek fiiline nazaran daha az haksızlık içeriğine sahiptir. Fiile ilişkin unsurların son kıstası ise hukuki değer ihlalinin *tür ve biçimidir*. Örneğin suçta kullanılan aracın tehlikeliliği hareketin haksızlığına etki eden bir unsurdur.³⁰⁵

Hareketin haksızlığının faile ilişkin unsurları ise objektif ve sübjektif unsurlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Faile ilişkin objektif unsurlar aynı zamanda kişisel hareketin haksızlığı olarak da doktrinde belirtilmektedir.³⁰⁶ Failliğin objektif unsurlarla belirli bir yükümlülüğünün bulunduğu ve belirli kişilerle sınırlandığı suç tiplerinde bu objektif faile ilişkin hareketin haksızlığı unsurlarına rastlamak mümkündür. Örneğin memur suçları, gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlükler buraya örnek verilebilir. Yine belirli kişilerin fiille bağlı yükümlülük ihlalleri diğer kişilere nazaran daha ağır cezalandırılmaktadır. Örneğin kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf, güveni kötüye kullanmaya nazaran daha ağır cezalandırılır. Son olarak ise faille mağdur arasındaki özel ilişki sonucu haksızlık daha az veya daha fazla olabilmektedir. Buraya örnek olarak ise eşe karşı adam öldürme suçu veya ayrı konutta yaşayan kardeşe karşı işlenmesi verilebilir. Haksızlığın az ya da çok olması failin hukuki değer ile ilgili özel ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Aynı şekilde TCK m. 22/6'daki düzenleme de buraya örnek oluşturmaktadır. Düzenlemeye göre taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmeyecektir.

Kişisel hareketin haksızlığının bir de sübjektif unsurları olduğu kabul edilmektedir. Bu unsurlar failin hukuki değere yönelen hareket iradesini daha yakından ortaya koyarak suç tipinde yer alan dış haksızlık tanımını, iç haksızlık vurgusuna yönlendirmeyi amaçlar. Suç tipi içinde özel olarak düzenlenen bu unsurlar failin hareket iradesini karakterize eder. Sübjektif haksızlık unsurları öncelikle kendini failin belirli bir neticeyi amaçladığı ancak

³⁰⁵ Reichert-Hammer, a.g.e., s. 77.

³⁰⁶ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 191.

objektif tipikliğin gerçekleşmesi için ulaşılması zorunlu olmayan suçlarda gösterir.³⁰⁷ Yani burada sübjektif araç olarak fiil, failin diğer hareketi için istenmektedir. Bu tür suçlarda dış dünyada gerçekleşen hareketin basit isteme unsurunu güçlendiren amaç ile fiilin hukuki değeri ihlal edici karakterine eklenip hareketin haksızlık niteliği değişmektedir.³⁰⁸ Örneğin hırsızlık suçunda yarar sağlama unsurunun aranması böyledir.

Eğilim suçları (*Tendenzdelikte*) olarak adlandırılan hareketin, korunan hukuki değere yönelik özel tehlikeliliği veya asıl rengini verdiği, failin iradesiyle hâkim olduğu suçlarda da sübjektif haksızlık unsurlarının bulunduğu kabul edilmektedir.³⁰⁹ Kanun koyucu bu tür suçlarda tipikliğin oluşması için yüksek bir iradi eğilimin dış dünyada yarattığı değişimi değil özellikle güçlü bir eğilimi aramaktadır.³¹⁰ Bu tür suçlara örnek olarak StGB m. 174 vd. verilmektedir. Buna göre kadın doktoru tarafından yapılan muayene ancak kendinin veya başkasının cinsel tatminine veya tahrik edilmesi eğilimini oluşturma amacıyla gerçekleştirildiğinde cinsel hareket olarak kabul edilir.

Tartışmalı olmakla birlikte ağırlıklı görüş kastın, kişisel hareketin haksızlığına (*personale Handlungsunwert*) dahil olduğunu savunmaktadır.³¹¹ Elbette final hareket öğretisi kastı kendiliğinden, tipik hareketin haksızlığı altında görmektedir. Nitekim bu görüşe göre hareketin doğası gereği belirli bir amaca yönelik olduğunun kavranabilmesi için kast da dahil tüm final etmenlerin tipiklik tarafından tanımlanması gerektiği kabul edilmektedir.³¹² Aynı şekilde sosyal hareket öğretisinin de tipik hareketi, insan iradesinin egemen olduğu hukuki sosyal anlam birliği olarak gördüğü için³¹³ bu ontolojik fikri tanınması gerektiği ileri sürülmüştür.³¹⁴ Kusurluluk olmaksızın haksızlığın oluşabileceği düşüncesi de böylece gerekçelendirilmektedir.

³⁰⁷ Reichert-Hammer, a.g.e., s. 78.

³⁰⁸ Rolf Schudt, **Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Strafrechtsentwicklung**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ludwig-Maximilians-Universität Juristische Fakultät, München, 1951, s. 41

³⁰⁹ Reichert-Hammer, a.g.e., s. 78.

³¹⁰ Schudt, a.g.e., s. 41 vd.

³¹¹ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 192-193; Ebert ve Kühl, “Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat”, s. 233; Reichert-Hammer, a.g.e., s. 79; Taksirli suçlarda hareketin haksızlığı için bkz. Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 467 vd.

³¹² Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 192.

³¹³ Reichert-Hammer, a.g.e., s. 79.

³¹⁴ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 192.

1.3.1.2. Neticenin Haksızlığı

Neticenin haksızlığının klasik suç teorisi bakımından önemli bir yeri olduğu söylenebilir. Açıklandığı üzere klasik suç teorisi taraftarları neticeyi, salt dış yönüyle yani objektif olarak anlamış ve bir hareketin ancak neticeyi meydana getirdiği ölçüde haksızlığa sahip olduğunu kabul etmişlerdir. Bu ise salt şekli bir tipiklik kavramı ortaya çıkarmıştır.³¹⁵ Bu görüşe tepki olarak ise yukarıda da değinildiği üzere finalist öğreti (salt finalist teori) tarafından oluşturulan haksızlık öğretisiyle neticenin haksızlığının, haksızlık bakımından herhangi bir anlamı olmadığı ileri sürülmüştür. Bu nedenle netice, suçun bir unsuru olmayıp sadece cezalandırma için gerekli olan objektif bir şart olarak kabul edilmiştir. Elbette bu görüş de doktrinde eleştirilmiştir. Buna göre haksızlık, sadece hareket iradesi ile norm buyruğu arasındaki ilişkiden doğmayıp aynı zamanda, mağdurun ve toplumun fiil nedeniyle maruz kaldığı ve norm buyruğu ile engellenmesi amaçlanan sosyal zarardan da kaynaklanır.³¹⁶

Öncelikle burada bir konuya ilişkin açıklama getirmekte fayda vardır. Bu ise hukuki değer ihlali ile hareket objesinin ihlalidir. Her ne kadar hareket ve neticenin haksızlığı ihlal noktasında üst üste geliyor gibi görünse de arada fark bulunmaktadır. Nitekim ideal yani soyut olarak kabul edilen hukuki değer ihlali, hukuki değer objesinin nedensel olarak zarara ya da tehlikeye sokulmasından farklıdır. Zarar veya netice suçları anlamındaki ihlal neticesi ancak bir hareket objesinde ortaya çıkmaktadır. Öyleyse hukuki değer bizzat kendisi, fiziki nedensellik anlamında bir ihlale uğramayıp hareket objesi (hukuki değer objesi) netice şeklinde ihlale uğrar. Diğer bir ifadeyle hukuki değer ihlali, hareketin nedensel neticesi olmayıp bizatihi hareketin kendisi, hukuki değer ihlali olacaktır.³¹⁷ Doktrinde nedensel olarak ihlal edilebilir hareket objesinin yalnız hukuki değer kötüye kullanılarak ihlal edilebileceği ileri sürülmüştür.³¹⁸ Yani hukuki değer ihlali hareketin haksızlığını oluştururken, hukuki değer objesi ya da diğer adıyla hareket objesi neticenin haksızlığını oluşturmaktadır.

³¹⁵ Fuchs, **Strafrecht AT I**, s. 69.

³¹⁶ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 190-191.

³¹⁷ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 901-902.

³¹⁸ Schmidhäuser, "Der Unrechtstatbestand", s. 445; Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 208; Graul, a.g.e., s. 72.

Neticenin haksızlığına doktrinde birtakım açıklamalar getirilmeye çalışılmıştır. Buna göre neticenin haksızlığı, temel olarak korunan hareket objesinin (hukuki değer objesinin) zarara veya tehlikeye uğratılmasında kendini gösterir.³¹⁹ Aynı zamanda neticenin haksızlığının, hukuki değer ihlali olduğu da ileri sürülmüştür.³²⁰ Hareket objesinin özellikleri ile neticenin haksızlığı arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Bu bağın anlaşılabilmesi de hareketin haksızlığı ile neticenin haksızlığının birbirine karıştırılmasına neden olmaktadır. Bu nedenle hukuki değer ile hareket objesini birbirinden ayırarak değerlendirme yapmak gerekir. Bu ayrım aşağıda hukuki değer öğretisi başlığı altında inceleneceği için tekrara düşmemek adına iki kavramın birbirinden ayrı düşünülmesi gerektiğini söylemek şu aşamada yeterli olacaktır.³²¹ Kısaca söylemek gerekirse neticenin haksızlığını belirleyen yegâne unsur hareket objesidir. Hareket objesinin sahip olduğu nitelikler ile bu niteliklerdeki değişim neticenin haksızlığını belirler. Yani ‘hareket objesinin ifade ettiği değer ne kadar yüksekse haksızlık içeriği de o kadar yüksek olacaktır’ denilebilir.³²²

1.3.1.3. Neticenin ve Hareketin Haksızlığının Önemsizliği

Değerlendirme haksızlık üzerinden yapıldığı için bunun az ya da çok olduğundan bahsedilebilir. Buna göre hareketin haksızlığına ilişkin yukarıda getirilen unsurların az ya da çok veya hafif ya da yoğun olması söz konusu olabilir. Yine bu çıkarım neticenin haksızlığı bakımından da geçerlidir. Hareketin haksızlığı ile neticenin haksızlığı birlikte değerlendirilerek suç tipi tarafından çizilen şekli haksızlık içeriğinin karşılanıp karşılanmadığı tespit edilmelidir. Şayet gerçekleşen maddi haksızlık içeriği, şekli haksızlık içeriğini karşılıyorsa bu durumda yaptırım teorisi çerçevesinde verilecek ceza tayin edilmelidir. Buna karşın gerçekleşen maddi haksızlık içeriği, şekli haksızlık içeriğini karşılamıyorsa tipikliğin oluşmadığı değerlendirilmeli ve suçun oluşmadığı kabul edilmelidir. Nitekim bu durumlarda tipiklik görünüşte gerçekleşmiş olup gerçek anlamda tipikliğin oluştuğundan bahsedemeyiz.

³¹⁹ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 191, Wessels ve Beulke, **Strafrecht AT**, s. 5.

³²⁰ Kühl, **Strafrecht AT**, s. 17.

³²¹ Ayrıca bkz. Gaul, a.g.e., s. 71 vd.

³²² Reichert-Hammer, a.g.e., s. 77.

Tek başına neticenin haksızlığının az olması halinde önemsizliğin bulunduğu ve davranışın tipik olmadığı tespitini yapmak doğru olmayacaktır. Nitekim önemsizlik halinde sadece neticenin haksızlığının önemsizliği yetmez aynı zamanda hareketin haksızlığı da önemsiz derecede olmalıdır. Burada ortaya çıkan sonuca göre hareketin haksızlığının tek başına ortaya çıkabilmesine karşın neticenin haksızlığının oluşabilmesi için, hareketin haksızlığı bir ön şart olarak ortaya çıkmalıdır.

Şayet somut olayda neticenin haksızlığı önemsiz derecede olup buna karşın hareketin haksızlığı önemli derecede kendini devam ettiriyorsa suçun teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilebilecektir. Ancak hukuki değer objesinin özellikleri aynı zamanda hareketin haksızlığının yoğunluk unsurunu belirlediğini söylemek gerekir. Buna göre hukuki değer objesinin özelliği, hareketin haksızlığının yoğunluğunu sınırlayacak ölçüde ise diğer bir ifade ile hukuki değer ihlalinin yoğunluğunu suç tipinin aradığı haksızlık yoğunluğuna ulaştırmayacak derecede ise hareketin haksızlığı da sınırlı kalacaktır. Yani hukuki değer ancak belirli ölçüde ihlal edilebilip hukuki değer objesinin niteliği gereği önemli bir ihlale ulaşmak objektif olarak mümkün olmayacaktır. Bu düşünce ile değeri çok az olan malın çalınmasına teşebbüsün cezaya layık olmadığı gerekçelendirilebilir. Gerçekten de aksi bir düşünce başkasına ait olan maddi değeri olmayan bir gazoz kapağının çalınması halinde tipik haksızlığı gerçekleştirmediği ancak fiilin neticeyi meydana getiremediği durumda tipik haksızlığı gerçekleştirdiği ve dolayısıyla cezalandırılabilir bir haksızlık ortaya koyduğu için teşebbüs sorumluluğunu meydana getireceğini kabul etmek olacaktır.

Burada bahsedilmesi gereken diğer bir husus ise önemsizliğe elverişli olmayan suç tipleridir. Bu suç tiplerinin kapsamına giren davranışların oluşturduğu maddi haksızlığın şekli haksızlık içeriğinin altına düşme ihtimali pek mümkün görünmemektedir. Örneğin adam öldürme suç tipleri böyledir. Yaşam hukuki değerini koruyan bu suç tiplerinde niceliksel bir haksızlık değerlendirmesinin yapılması mümkün olmamaktadır. Nitekim hukuka aykırı bir adam öldürme ağır bir netice haksızlığı içerdiği için önemsizliğe konu olması pek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle hareketin haksızlığının çok az olduğu

bu suçlarda tipik haksızlığın gerçekleştiği ve değerlendirmenin cezanın belirlenmesi aşamasında alt sınıra yaklaşarak ceza tayini şeklinde gerçekleşmesi gerekmektedir.³²³

Keza benzer şekilde bir suçun ağırlaşan nitelikli hallerinde de önemsizliğin gerçekleşmesi mümkün görünmemektedir. Haksız hareket, haksızlığı artıran unsurlar ile tanımlandığı için yani yukarıda açıklanan ve hareketin haksızlığının unsurları olan yoğunluk, tür ve biçim hareketin haksızlığını arttırdığı için haksızlık içeriğinin azalmasının önüne geçmektedir.³²⁴

³²³ Karş. Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 207; Krümpelmann, **Die Bagatelldelikte**, s. 128 vd.

³²⁴ Karş. Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 207

İKİNCİ BÖLÜM

2. CEZA NORMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ceza hukuku gibi bireylerin özgürlüklerine yönelik ağır müdahaleler içeren bir hukuk dalında uygulama yapılırken başvurulması gereken ve adaletin sağlanması için hâkimin sahip olduğu en büyük yetki yorumdur. Norm değerlendirmesinin bir şekli olarak ortaya çıkan yorum yapılırken ise başvurulacak yegâne kaynaklardan birini ceza hukuku ilkeleri oluşturur. Her ne kadar ceza hukukunda kanunilik ilkesi geçerli olduğundan bahisle hukukun genel prensiplerine yer verilemeyeceği ileri sürülse de bu görüşe tam olarak katılmak mümkün değildir.³²⁵ Ancak nitelikleri itibarıyla ceza hukukuna hâkim ilkelere ters düşen genel prensiplerin uygulanmasından sarfı nazar edilmelidir. Bunun dışındaki genel prensipler ceza hukukuna hâkim ilkelerle uyumlu olması halinde elbette uygulama alanı bulabilecektir. Kanuni norm düzenlemeleri, davranışları en ince ayrıntısına göre düzenlemediği (ya da düzenleyemediği için) somut olayda gerçekleşen fiillerin hangisinin cezaya layık olduğu hangisinin olmadığına yönelik değerlendirme yorum yöntemiyle bulunacaktır.³²⁶

Bu bölümde ceza hukukunda önemsizliğin tespiti için gerekli olan yoruma yönelik önemli ilkeler anlatılacak sonra önemsizliğin mantığının kavranması için suç politikası ile ilişkisi ortaya konacaktır. Son olarak ise önemsizliğin tespitinin gerçekleşeceği suç tipi ile bu suç tipinin kapsamının belirlenmesi ve somut olaya uygulanması için gerekli olan yorum ve bu yorumda önem taşıyan sınırlar ortaya konacaktır.

2.1. Ceza Hukuku İlkeleri

Önemsizliğin tespiti için gerekli olan yorum faaliyeti tek başına yöntemler ortaya konarak değil aynı zamanda yorumun yönünü belirleyecek ilkelerin kullanımıyla

³²⁵ Erem, **Genel Hükümler**, c. I, s. 5; Uğur Alacakaptan, **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1958, s. 6.

³²⁶ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 458.

mümkündür. Her ne kadar bu ilkelerin çoğu kanun koyucuyu ilgilendirse de kanunu uygulayana bir bilinç geliştirmesi ve uygulayıcının yorumunu, ceza normunun oluşum aşamasındaki prensiplerin farkında hareket etmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu başlıkta uygulamacının bir hukuk normunu uygularken somut olayda gerçekleşen hareket ve neticenin haksızlığının cezaya layık olup olmadığı hususunda diğer bir ifadeyle gerçekleşen davranışın haksızlık içeriğini tespiti amacıyla yapacağı yorumda yararlanacağı, hareket noktasını ve temelini oluşturan önemli ilkeler açıklanacaktır.

2.1.1. *Ultima ratio* İlkesi

Bugün modern ceza hukukundan bahsederken birçok hukukçunun modern ceza hukukuna yönelik eleştirilerine rastlamak mümkündür. Genel olarak eleştiriler özellikle geçtiğimiz yüzyılda ceza hukukunun çok hızlı genişlediği ve sınırlarının belirsizleştiği yönündedir. Gerçekten de özellikle endüstriyel gelişim ve teknolojik ilerlemeler birçok riski de beraberinde getirmiştir.³²⁷ Toplumsal ilişkilerin gittikçe karmaşık bir yapıya büründüğü bu süreçte insanlığın önem verdiği değerler de hem değişime uğramış hem de yeni değerlerin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Yeni değerlerin ortaya çıkması, var olan değerlerin değişiminden elbette daha fazla olmuştur. Elbette değerlerin bulunduğu yerde bu değerlerin korumasına hizmet edecek birtakım kuralların bulunması da zorunludur. Böylece hukukun müdahale edeceği yeni alanlar doğmuştur ve bu değerlerin korunmasında ise çoğu kez ceza hukukuna başvurulmuştur. Ancak atılan bu adımların isabetli olup olmadığı tartışmalara neden olmuştur. Gerçekten ceza hukuku birtakım davranışların kontrolünde başvurulacak ilk adım mıdır?

Richelieu kardinali bakanlık zamanında Fransız topraklarının üzerine “*ultima ratio regum*” yazdırmış ve bu toprakları Otuz Yıl Savaşları (1618-1648) boyunca kullanmıştır. Kelimenin anlamı “*kralın son aracı*” anlamına gelmektedir. Prusya kralları da tıpkı Fransızlar gibi topraklarına “*kralın son sözü*” anlamına gelen “*ultima ratio regis*” yazdırmıştır.³²⁸ Görüldüğü üzere belirli bir çıkar çatışmasında kralın her türlü yolu denediği

³²⁷ Modern toplumda artan riskler hakkında ayrıntılı olarak bkz. Ulrich Beck, **Risk Toplumu: Başka Bir Modernliğe Doğru** (Çev. Kazım Özdoğan ve Bülent Doğan), 2. Baskı, İstanbul: İthaki Yayınları, 2014.

³²⁸ Heribert Prantl, “Krieg als letztes Mittel”, **Der Irak Krieg und das Völkerrecht**, Kai Ambos, Jörg Arnold (Ed.), Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, s. 31 vd.

ve son çözüm yöntemi olarak zora başvurmuştur. *Ultima ratio*’nun tarihsel arka planının oluşumu olarak kabul edilen bu olay aynı zamanda hukukta da yansımaları bulmuştur.

Temelde hukuk, tanıdığı olduğu birtakım değerleri koruma amacı taşır. Hukuk dallarını temel olarak üç kısımda incelendiğinde, diğer iki hukuk dalı bireyler arasındaki ilişkilerde (özel hukuk) ve birey ve devlet arasında veya devlet organları arasında (idari hukuk) düzenlerken, talep ederken, haklar tanırken ve hukuki değer korumasını gerçekleştirirken, ceza hukukunun alanı sadece ve sadece hukuki değer korumasıyla sınırlıdır.³²⁹ Ceza hukukunun bu denli sınırlandırılmasının altında yatan temel neden kullandığı araçların temel hak ve özgürlüklere müdahalede çok ağır etki bırakmasından kaynaklanmaktadır. İşte bu nedenden ötürü ceza hukuku kanun koyucunun toplumsal kontroldeki son çaresi diğer bir ifade ile hukuki değerleri korumada *ultima ratio*’dur.

Ceza hukukunun *ultima ratio* teşkil ettiği fikrinin kaynağına baktığımızda, temelde kanunen belirli ve özgürlüğü garanti altına alan ceza hukuku, demokratik kontrol, katılımcı bir ceza muhakemesi ile yürütme ve yargının birbirinden ayrıldığı kuvvetler ayrılığı sistemini savunan liberalizm düşüncesi olduğu görülebilir.³³⁰ Ceza hukukunun hukuki değerleri korumada son çare olduğu düşüncesi devletin cezalandırma yetkisine bireyin özgürlüğünü garanti altına almak için bir sınır çizecektir. Liberal bir hukuki değer kavramıyla birey, devletin gücünün keyfi kullanımına karşı korunabilecektir.³³¹

Toplumsal kontrolün en iyi şekilde sağlanmasına yönelik ceza hukukunun son çare olduğu düşüncesi, bir fiili suç haline getirmekten çok suç olmaktan çıkarmaya riayet etmesi gerekir.³³² Kanun koyucunun hangi fiili cezalandırabileceği şüphesiz hangi fiilin cezaya layık olduğuyla yakından ilgilidir. Ceza hukukunun *ultima ratio* özelliği açısından bakıldığında hangi fiilin cezaya layık olduğuna karar verme, suç politikası açısından cezalandırılabilir fiil kavramının merkezidir ve maddi bakımdan suç kavramının kaynağını oluşturur. Bir fiilin cezaya liyakati normatif ve ampirik açılardan incelendiğinde ortaya

³²⁹ Günther, a.g.e., s. 154.

³³⁰ Young-Cheol Yoon, **Strafrecht als ultima ratio und Bestrafung von Unternehmen**, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2001, s. 7.

³³¹ Yoon, a.g.e., s. 8-9; Sina, a.g.e., s. 89 vd.

³³² Yoon, a.g.e., s. 20, 43.

konabilir. Buna göre adaletin temel ilkeleri normatif bakış açısını oluştururken, amaca uygunluk ampirik bakış açısını oluşturmaktadır.³³³

Buraya kadar *ultima ratio* ilkesinin daha çok kanun koyucuyu ilgilendiren, onun ne zaman bir fiili cezalandırması ya da cezalandırmaması gerektiğine ilişkin yol gösteren bir ilke olduğu kabul edilebilir. Burada akla şu soru gelmektedir: Acaba *ultima ratio* ilkesinin kanun uygulayıcıya dönük bir yüzü de var mıdır?

Soyut suç tiplerini somut olaya uygulama görevi bulunan uygulayıcı, yorum yaparken en başta ceza hukukunun karakterine uygun bir yorum yapması gerekmektedir. Özellikle normun amacı tespit edilirken ceza hukukunun, *ultima ratio* bir hukuk dalı olduğu bilincinde hareket etmesi ve toplumsal kontrolün sağlanmasında son araç olarak kullanılması gerektiğini unutmamalıdır. Nitekim ceza hukuku ancak hukuki değeri belirli bir ağırlıkta ihlal eden davranışları cezalandırma amacıyla hareket eder. Suç tipinin kapsamı da belirlenirken böyle bir hukuki değer ihlalinin bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. Yani bu belirleme *ratio legis* çerçevesinde bir yorum yapılarak tipik bir fiilin olup olmadığının saptanmasını gerektirir. Böylece ilgili davranışın kanun koyucu tarafından oluşturulan koruma alanı içinde yer alan tipik bir davranış olup olmadığı saptanacaktır.³³⁴ Önemsizliğin tespiti ise ancak ceza hukukunun *ultima ratio* olduğu bilinci ile yapılabilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki *ultima ratio* ilkesini özellikle Alman Ceza Hukuku doktrininde bir ölçüt olarak benimsenmiş olsa da bu ölçütün etkisinin mutlak olmadığı, daha çok uyarıcı ve gerekliliğe işaret eden bir ilke olduğu, ancak olması gerekenin kanun koyucunun bu ilkeye uymasıdır.³³⁵

2.1.2. Ölçülülük İlkesi

Anayasalar bir ilkeyi düzenlemek istediklerinde ilk olarak ölçülülük ilkesini temel alırlar. Bu ilkenin ilk ve önemli bir ilke olarak kaydedilmesinin arkasında yatan temel

³³³ Yoon, a.g.e., s. 23.

³³⁴ Bkz. Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 150-151.

³³⁵ Frisch, “Hukuk Devletinde Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları”, s. 110; Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 697.

unsur, ölçülülük ilkesinin, hukukun yalnızca belirli bir alanını değil bütünü ilgilendirmesinden ileri gelir. Bu nedenle bu ilkenin daha çok anayasa hukuku çerçevesinde tartışılması gayet doğaldır. Buna göre bireyin özgürlüğü, kamusal güç tarafından ancak kamu menfaatinin gerektirmesi halinde sınırlanabilir.³³⁶ Temelini anayasa hukukundan alan ceza hukukunda da elbette bu yansımalar görülecektir.

Devletin tüm organlarının (yasama, yürütme, yargı) eylem ve işlemlerine ölçülülük ilkesi egemen olmak zorundadır. Ölçülülük ilkesi ise altında meşru amaç, elverişlilik, gereklilik, oranlılık (orantılılık) olmak üzere birtakım alt ilkeleri ihtiva eder.³³⁷ Diğer bir ifade ile devlet hareket ederken (düzenleme yaparken, idari işlem ya da eylem tesis ederken ya da yargı kararı verirken) yaptığı eylem ile eylemin, doğrudan ya da dolaylı olarak etki ettiği durum ve olaylar arasında bir ölçünün bulunması gerekir. Bu oran ise öncelikle meşru bir amaca yönelmekle sağlanır. Devlet ancak meşru amaçlara ulaşmak için hareket eder. Diğer taraftan ölçülülük aranırken araç ile önlem ya da tedbirler arasında bir elverişliliğin bulunmasını gerektirir. Söz konusu önlem ve tedbirler daima birden fazla seçenek olarak ortaya çıkar. Ortaya çıkan bu elverişli seçenekler arasında bir seçim yapılması gerekmektedir. İşte seçim yapılırken bu seçimin hangi dezavantajları olduğu, aynı sonuca ulaşmak için başka hangi araçların bulunduğu ve son olarak bu araçların birbiriyle karşılaştırılarak dezavantajın en az olduğu, o amaca ulaşmak için gereken aracın seçilmesi gerekmektedir.³³⁸ Böyle meşru amacın seçimi bir hukuk devletine yaraşır şekilde gerçekleşmiş olacaktır. Kısaca söylemek gerekirse meşru aracın, *meşru amaca* ulaşmak bakımından *elverişli*, *gerekli* ve *orantılı* olması gerekir.

Bu unsurları daha da açarak ceza hukuku bakımından incelemek gerekirse; ilk olarak bir fiil cezalandırılmak istendiğinde bunun *meşru bir amaca yönelik* olmasını gerektiği söylenebilir. Yani kanun koyucu meşru bir amaca yönelik olarak suç tipi düzenleyebilecektir.³³⁹ Hukuki değerlerin korunması üzerine kurulu hukuk sistemi, düzenleyici işlemlerin vaz edilmesinde de aynı amaçla hareket edecek ve devletin bu

³³⁶ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 16.

³³⁷ Hans Kudlich, “Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht”, **JZ**, sy. 3 (2003), s. 130 vd.

³³⁸ Ayrıntılı olarak bkz. Thomas Weigend, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt”, **Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag**, Thomas Weigend ve Georg Küpper (Ed.), Berlin-Newyork: Walter de Gruyter, 1999, s. 932; Mike Wienbrack, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, **ZJS**, sy. 2, 2003, s. 149 vd.; Alman Eyalet Mahkemesinin ölçülülük ilkesine bakışı ve değerlendirmeleri için ayrıca bkz. Weigend, a.g.e., s. 918 vd.

³³⁹ Kudlich, a.g.e., s. 130.

amacına ulaşmaya çalışırken belirli hareket tarzlarının ceza hukuku yaptırımlarıyla karşılanmasına hangi araçların elverişli olduğunu belirlemesi gerekecektir. Elbette bu amaçların ne olduğu sorusu anayasa hukukunu ilgilendiren bir soru olup ceza hukukunu ilgilendirmemektedir.³⁴⁰ Ancak ceza hukukunu ilgilendiren yönünün normu oluştururken kullanılan ifadelerin açık ve kabul edilebilir ölçüde olması gerektiği söylenebilir. Yani örneğin kanun ceza hukukunun hareket olarak kabul etmediği refleks hareketlerini yaptırım altına aldığında, ceza hukukuyla amaçlanan neticeye ulaşılması diğer bir ifade ile normun amacı eksik kalacaktır.³⁴¹ Kanun koyucunun meşru amaca yönelik düzenlemesinin bir başka yönü daha bulunmaktadır. Bunun en somut örneğini StGB'deki 1970'li yıllarda yapılan reformlardan önceki düzenlemeler göstermektedir. Nitekim değişikliklerden önce ahlaka aykırı olarak kabul edilen birçok suç tipi daha sonra suç olmaktan çıkarılmış, bazıları kabahat olarak düzenlenmiş bazıları ise mevzuattan tamamen çıkarılmıştır. Bu değişikliklerde en dikkat çeken fiil StGB madde 175'te düzenlenen erkekler arası cinsel ilişki fiilidir. Kanun koyucu salt ahlaka aykırı olarak kabul ettiği bu fiili meşru bir amaca yönelik olmadığını düşünerek mevzuattan çıkarmış ve böylece bu tür fiillere müdahalenin ölçülülüğe aykırı olduğunu kabul etmiştir. Keza TCK'da zina fiilinin suç olmaktan çıkarılması da aynı şekilde meşru amaca yönelik düzenlemenin bir örneğini oluşturmaktadır.

Ölçülülük ilkesinin gereği olarak *elverişlilik*, hukuki değerin korunması bakımından gerekli değilse, müdahalede bulunulan hukuki değere yarardan çok zarar veriyorsa artık ceza hukukunun müdahalesi ölçüsüz olacaktır.³⁴² Bu nedenle kişiler tarafından dış dünyaya yansıtılan fiiller neticesinde toplum nezdinde ortaya çıkan ihlallerin ağırlığı (suç) ile bu ihlallere³⁴³ karşı gösterilen tepki (yaptırım) arasında bir elverişlilik bulunmalıdır. Hukuki değerleri korumak üzere tertip edilmiş ceza hukuku dışındaki diğer hukuk dallarının müdahale etmesinin önüne geçerek, doğrudan ceza hukukunun keskin kılıcı ele alındığında aşırılık yasağı kendini gösterir.³⁴⁴ Örneğin bir sözleşmeye aykırılık söz konusu olduğunda medeni hukukta açılacak bir dava veya diğer birtakım zorlayıcı tedbirlerle telafi edilebilir.

³⁴⁰ Weigend, a.g.e., s. 932.

³⁴¹ Weigend, a.g.e., s. 933.

³⁴² Günther, a.g.e., s.186.

³⁴³ Ayrıca bkz. Hans-Ludwig Schreiber, "Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzepzion", *ZStW*, sy. 94, 1982, s. 280.

³⁴⁴ Ceza hukukunun amacı ne olursa olsun, amaç hukuki değerleri korumak olmayıp hukuki değerlerin ölçülü biçimde korunmasıdır, bkz. Günther, a.g.e., s. 235.

Bu tür durumlarda doğrudan ceza hukukuyla hareket edilmesi ceza hukuku yaptırımının gerçekleşen haksızlık karşısında elverişsiz kalacaktır. Lakin şayet bir kimse iş ortağını gayri hukuki amaçları doğrultusunda hile ile kandırırsa bireysel mülkiyet hakkı, dolandırıcılık suçuna vücut verecek biçimde yoğun ihlal edilmiş olur.³⁴⁵ Tepki olarak gösterilen cezalandırma ile zararı ortaya koyan ve suçlar arasında da bir ölçünün bulunması gayet doğal olacaktır.³⁴⁶ Bir başka örnek vermek gerekirse kamu dairesinde imzalanması gereken rutin bir resmî belgenin üzerinde yazılı tarihte imzalanması gerektiği ve belge üzerinde yer alan tarihten sonra imzanın tamamlanması halinde aslında resmi bir belgenin gerçeğe aykırı düzenlendiğinden bahsedilebilir. Ancak bu fiile doğrudan ceza hukukunun el atıp fiili TCK m. 204 hükümlerine göre cezalandırması yapılan hukuka aykırılığın giderilmesinde elverişli bir araç olarak ortaya çıkmayacaktır. Burada ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak ceza hukukunun olaya el atmasından önce disiplin hukukuna başvurulması gerekmektedir.

Aracın meşru amacı gerçekleştirmek için *gerekli* olması gerektiğini söylemiştik. Buna göre gereklilik amacın, sadece etkili değil aynı zamanda olabildiğince yük yüklemeyen, ağır olmayan bir araçla ulaşılabilir olmasıdır.³⁴⁷ Bu kıstas kanun koyucuya ulaşılması istenen amacı gerçekleştirecek ceza hukuku dışında hukuki ya da hukuk dışı vasıtaların bulunup bulunmadığını araştırma görevini yükler. Burada bahsedilen ceza hukuku dışındaki hukuki araçlara vergi hukuku, tazminat hukuku, idare hukuku gibi; hukuk dışı araçlara ise arabuluculuk, ekonomik teşviklerle davranış kontrolü gibi araçlar örnek verilebilir.³⁴⁸ Aynı örnekten yola çıkarak fiilin disiplin hukukunda yaptırımı haiz bir norm içermesi gerekip bu alanda herhangi bir boşluğun bulunmaması gerekecektir. Aksi halde fiili yaptırım altına almak olan meşru amacın, kullanılan aracın gerekli olmaması ve bu nedenle ceza hukukunun alanına sokulması gibi bir tehlikeyle karşılaşılacaktır.

Peki, bu gereklilik kriterinin hâkim bakımından önemi nerede ortaya çıkar? Buna verilecek cevap ölçülülük ilkesi çerçevesinde yorum yapan hâkimin önüne gelen somut

³⁴⁵ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 17.

³⁴⁶ Cesare Beccaria, **Von den Verbrechen und von den Strafen**, Thomas Vormbaum (Çev.), Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag, 2004, s. 69.

³⁴⁷ Bodo Pieroth ve Bernhard Schlink, **Grundrechte Staatsrecht II**, 27. Baskı, Heidelberg: C.F. Müller, 2011, s. 68; Stefan Grotz, “Die Grenzen der staatlichen Strafgewalt exemplifiziert am neuen Anti-Doping-Tatbestand”, **ZJS**, sy. 3, 2008, s. 247; ayrıca bkz. Kudlich, a.g.e., s. 131.

³⁴⁸ Weigend, a.g.e., s. 933.

olayda ‘suç teşkil eden fiil’ için, elbette ölçülülük ilkesinin diğer kriterlerini de göz önünde bulundurarak, ilgili ceza normunda yaptırım olarak adli para cezasına yer verilmişse artık hapis cezasından imtina edip faili adli para cezası ödemeye hükmetmesi olacaktır. Ancak adli para cezasına hükmetmesi fiili ile orantılı değilse sırf adli para cezasına hükmetmek mümkün diye hapis cezası vermekten kaçınması ölçüsüz olacaktır.

Ölçülülüğün son kriteri ise *oranlılıktır*. Ceza hukukunda suç ile ceza arasındaki oranlılık ilk başta kendini iki şekilde gösterir. İlki cezalandırılabilir haksız fiilin niteliğidir. Bu nitelik Türk Ceza Hukukunun şu an geçerli olan sisteminde olduğu gibi kabahat veya suç olarak ayrımıyla kendini ortaya koyar.³⁴⁹ Cezalandırılan fiil ile ceza arasında bulunması gereken oranın ikinci görünüşü ise cezanın şekli ve süresi/miktarı bakımındandır.³⁵⁰ Bir fiilin suç veya kabahat olarak kendini göstermesi, onların hukuki akıbetini de etkileyecektir. Şayet fiil bir kabahat teşkil ediyorsa bu durumda idari para cezası veya idari tedbirle yaptırım altına alınacak, buna karşın fiil bir suça tekabül ediyorsa bu durumda ise hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Miktar ise fiilin ağırlığı nispetinde değişecektir.³⁵¹ Keza hâkime, önüne gelen somut olayda karar verirken ölçmesi ve tartması gereken, özellikle cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi alanında, birçok kıstas kanun tarafından getirilmiş ve hâkimin bu kıstaslara uygun hareket etmesi bir yükümlülük olarak yüklenmiştir. Mahkeme bu yükümlülüğünü yerine getirirken hukukun güttüğü meşru amaç ile orantılı hareket etmek zorundadır.³⁵² Hukuki değerlerin korunması amacıyla hareket eden ceza hukukunda, ihlalin ağırlığının tespiti çok önemli olup, bu tespit, hakim cezanın belirlenmesinde doğru bir sonuca varmasını sağlayacaktır.³⁵³ Önemsizlik nedeniyle görünüşte suç oluşturduğu düşünülen ancak gerçekte bir suç oluşturmeyen fiiller bakımından ise hakim, meydana gelen haksızlığın giderilmesini tazminat hukuku, disiplin hukuku gibi diğer hukuk alanlarına bırakması gerekecektir.

³⁴⁹ Bu tür bir fiilin ağırlığına göre yapılan ayırım sadece Türk Ceza Hukuku sisteminde geçerli değildir. Yine Alman Ceza Hukuku sisteminde 1974 tarihli *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB)* ile değiştirilene kadar Verbrechen-Vergehen-Übertretung üçlü ayrımı geçerliydi. Bu kanundan sonra suç ve kabahat (*Ordnungswidrigkeit*) olmak üzere ikili bir ayırım yapılmıştır.

³⁵⁰ Eski kanunlarda dahi cezanın şekli ve miktarı bakımından bir fiile oranla bir denge gözetilmiştir. Örneğin Carolina kanununa göre zehir karıştıranlar teker altında ezilir (CCC m. 137), kundakçılar da yakılarak idam edilirdi. Bkz. Gustav Radbruch (Editör), **Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)**, Stuttgart: Reclam Universal Bibliothek, 1960, s. 10; Gropp, **Strafrecht AT**, s. 39 vd, kn. 159.

³⁵¹ Örneğin söz gelimi fiil basit hırsızlıkta bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilecekken, eğer suç kamu malı hakkında hırsızlık olursa bu kez nitelikli halini oluşturacak ve üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır.

³⁵² Örneğin bkz. BVerfG, 10.06.1963, 1 BvR 790/58.

³⁵³ Kudlich, a.g.e., s. 132.

Tartışılması gereken bir başka önemli nokta ise ölçülülük ilkesi çerçevesinde yapılan yorumdur. Burada akla gelen ilk sorun kanun normunun yoruma imkân vermemesi halidir.³⁵⁴ Sabit bir ceza öngörülmüş alt ve üst sınırlara yer vermemiş hukuk normları buna örnek olabilir. Böyle bir durumda hâkimin ceza cezayı belirleme yetkisi elinden alınmış olacak ve bu durumda normun somut olayın koşulları dikkate alınarak uygulanması mümkün olmayacaktır. Her ne kadar bu tür stabil ceza yaptırımı öngören normlarda ölçülülük ilkesinin ihlali nedeniyle anayasaya aykırılık ileri sürülebilse de aynı gerekçe görece dar olarak belirlenen ceza alt ve üst sınırları bakımından kolay bir şekilde ileri sürülememektedir.

Uygulayıcının ölçülülük ilkesi çerçevesinde yapacağı yorum, somut olayda gerçekleşen davranışın haksızlık içeriğini belirlerken de önem arz etmektedir. Nitekim ceza hukukunda gerçekleşen her tipik hukuka aykırı davranış ve tutumların yaptırım görmesi için salt bu davranışların hukuka aykırı ortaya çıkması yetmez. Nitekim gerçekleşen bu davranış görünüş itibarıyla tipikliği sağlayan bir davranış olabilir. Bu nedenle ceza hukukunun devreye girebilmesi için gerçekleşen haksızlığın belirli bir raddeye gelmesi yani gerçek anlamda tipik ve hukuka aykırı olması gerekir.³⁵⁵ İşte ölçülülük ilkesi de davranışın cezalandırılabilmesi için gerekli bir haksızlık içeriğine sahip olmasını öngörür.³⁵⁶ Buna göre doktrinde de ortaya atılan hafiflik prensibi (*Geringfügigkeitsprinzip*), küçük şeylerin hâkime götürülemeyeceği prensibi (*minima non curat praetor / de minimis*) ya da maddi bakımdan suç kavramı gibi birtakım düşünceler ölçülülük ilkesinin somut yansımalarını oluşturmaktadır. Haksızlık içeriği çok az olan fiillere ölçülü bir karşılığın verilmesi bakımından kanuni düzenlemelere gidilmesi uygulamaya yol gösterme bakımından önemli bir adım olabilir. Genel hükümlerde bu tür fiiller için genel bir hüküm ya da suç tanımı yapılmasına gidilebilir.³⁵⁷ Özel suç tiplerinde ilgili suç tipine özgü olmak üzere birtakım düzenlemeler de yapılabilir. Nitekim TCK'da hırsızlık suçunun konusu değeri az bir eşya ise cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza verilmekten vaz geçilebileceği de hükme bağlanmıştır. Özel hükümlerde bu tür

³⁵⁴ Ayrıca bkz., Klaus Schöenbroicher ve Andreas Heusch, **Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen - Kommentar. Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden**, Siegburg: Verlag W. Reckinger, 2014, § 15, kn. 7.

³⁵⁵ Günther, a.g.e., s. 235.

³⁵⁶ Günther, a.g.e., s. 236.

³⁵⁷ Bu tür bir suç kavramını Polonya Ceza Kanununda görmek mümkündür. Kanunun 1. maddesinin 2. Fıkrasına göre “topluma zararlılığı hafif olan bir fiil suç teşkil etmez.” denmiştir, benzer bir hüküm ise yine Hırvat Ceza Kanunu m. 28’de yer almaktadır.

düzenlemeye gidilmesinin faydası, söz konusu suç tipi için daha isabetli ve konuya uygun düzenlemeler yapılabilmesidir³⁵⁸. Genel hükümlerde bir düzenleme yapılması her ne kadar kolay olsa da boşlukları doldurucu bu karakterinin kolayca kötüye kullanılmasının da önünü açabileceği için aynı zamanda sakıncalı görülmektedir.³⁵⁹

Ölçülülük ilkesi kendini sadece maddi ceza hukukunda değil aynı zamanda ceza muhakemesi hukuku kapsamında da gösterir. Buna göre devletin ceza takibatına girişmesinde menfaati ile zarar görenin anayasa tarafından korunan hakları arasında bir tartım yapılması gerekir.³⁶⁰ Cezalandırılması gereken bir fiilin takibinde devletin de menfaati bulunması gerekir. Devletin buradaki menfaati, cezalandırmanın sosyolojik temellerini de oluşturan toplumun uğradığı maddi veya manevi zararın en aza indirgenmesi, toplum vicdanının tatminidir. Bu durumda başka bir tartım bahsi ortaya çıkar. Ceza takibatında kişinin uğradığı, bu kişinin haklarına müdahale içeren ve devlet tarafından icra edilen bir takım meşru fiiller neticesinde ortaya çıkan müdahale ile zarar görenin elde edilmek istenen amaç arasında bir oran olup olmadığı tartılması gerekir. Örnek vermek gerekirse maddi değeri hukuki anlamda çok az olan bir eşyanın çalınması halinde fail hakkında verilecek olan gözaltı ve tutuklama kararı orantılı olmayacaktır.³⁶¹

Ölçülülük ilkesinin koruma tedbirleri alanındaki en somut yansımaları genel kural olarak StPO m. 113/1'deki düzenleme oluşturmaktadır. Bu düzenlemeye göre delillerin karartılması tehlikesi nedeniyle, fiil altı aya kadar hapis cezasını veya yüz seksen güne kadar adli para cezasını gerektiriyor ise bu durumda artık tutuklama kararı verilemeyecektir.³⁶² Benzer bir kural 2012 Temmuz'unda CMK'da madde 100/4'te de getirilmiş olup bu hükme göre sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemeyecektir.

³⁵⁸ Frisch, "An den Grenzen des Strafrechts", s. 105 vd.

³⁵⁹ Weigend, a.g.e., s. 936.

³⁶⁰ Hendrik Schneider, "Bellum Justum gegen den Feind im Inneren? Über die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien bei der „Bekämpfung" der Organisierten Kriminalität", **ZStW**, sy. 113, 2001, s. 514.

³⁶¹ BVerfG, 05.05.2011, 2 BvR 1011/10; BVerfG, 06.05.2008, 2 BvR 384/07

³⁶² **Basit Suçlardaki Şartlar**

(1) Fiil sadece 6 aya kadar hapis cezasını veya yüz seksen tam güne kadar adli para cezasını gerektiriyorsa, delilleri karartma tehlikesi dolayısıyla tutuklama kararı verilemez.

(2) Bu gibi durumlarda kaçma tehlikesinden dolayı tutuklama kararı sadece şu hallerde verilebilir: eğer şüpheli,

1. muhakemeye daha evvel bir kez gelmemiş veya kaçma hazırlığı yapmış ise,

2. bu kanunun uygulama alanı dahilinde sabit bir yerleşim yeri veya kaldığı yer yoksa, veya

3. kimliğini ispat edemiyorsa.

2.1.3. Kanunilik ve Belirlilik İlkesi

Kanunilik ilkesi temelde ceza sorumluluğunu gerektiren her unsurun kesin olarak kanunda belirlenmesidir. Bu ilke doktrinde aynı zamanda ceza normlarının garanti fonksiyonu olarak da tanımlanmaktadır. İlke kendini şu şekilde gösterir: Cezayı ortaya çıkaran veya ağırlaştıran durumların örf adet kuralları veya idarenin düzenleyici işlemleriyle düzenlenmesini, ceza kanununda kıyas yapılmasını, bunların geriye yürütmesini yasaklar. Son olarak ise kanunilik ilkesi ceza kanunları belirli ve açık olmalıdır.

Yukarıda da incelendiği üzere önemsizliğin kanunilik ilkesinden ayrı düşünülmesi mümkün değildir. Nitekim tarihsel gelişim kısmında da ortaya konduğu üzere suç tipi ancak kanuni olduğu sürece somut olaya uygulanması için yoruma tabi olur. Konumuz itibarıyla genel olarak kanunilik ilkesi ve belirlilik ilkesi üzerinde durulacak olup örf ve âdet kurallarıyla suç ve ceza düzenlenmesi yasağı ile ilgili ileriki bölümlerde ayrıntılı bir inceleme yapılacaktır.

2.1.3.1. Kanunilik İlkesi

Modern ceza hukukunda artık kanunilik ilkesinin vazgeçilmezliğinden bahsedilebilir. Öyle ki gerek anayasa gerek kanunda böyle bir ifade bulunmasa dahi modern bir ceza hukukuna sahip olduğu iddiasında olan her bir hukuk sistemi kanunilik ilkesini de kabul etmiştir.³⁶³ Kısaca suç tiplerinin belirlenmesinin ve bu suç tiplerine uyan davranışlara uygulanacak yaptırımın en azından kanuni bir düzenlemede açıkça yer alması gerekir. Açıkça yer alması gerekir çünkü bu açıklık sağlanmadığında kanunilik ilkesinin

³⁶³ Doktrinde Özek salt “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin bireyin güvencesi olamayacağını, Naziler ve faşizm tarafından kanıtlandığını savunmuştur. Yazara göre “1930 İtalyan Ceza Yasasında da, Führer'in hukuk düzeninde de, kendince, "yasallık" kuralı vardı. Fakat keyfi cezalandırma, sorgusuz sualsiz, yargısız infazlar da vardı. II. Dünya Savaşı'nın bu pratiği, kavramın kapsamının yaygınlaşmasını, insan haklarının evrensel düzeyde kurumsallaşmasını, bireysel hakları güvence altına alan kuralların anayasalarda ve ceza yasalarında yer almasını, bu kapsamda adil yargılanmayı, insan haysiyetine aykırı cezalandırma ve ceza infazın yasaklanmasını ve değinilen güvencelerin ihlalinin önlemeye yönelik ulusal ve uluslar üstü denetleme sistemlerinin oluşmasını sağlamıştır.”(Çetin Özek, “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısına İlişkin Düşünceler”, s. 28, **İÜHFİM**, c: 56, Sayı 1-4, Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na Armağan Sayısı, 1998 s. 28)

bir alt ilkesi olan belirlilik ilkesi³⁶⁴ veya emrine aykırılık oluşacak, dolayısıyla da kanunilik ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

Aydınlanma dönemi ile kendini gösteren kanunilik ilkesi esasen liberalizm düşüncesi etrafında gelişmiştir. Buna göre burjuvazi, monarşiye karşı giriştiği mücadelenin sonunda kral ve onun uzantıları hâkimlerin, ceza verme yetkisini keyfi değil yalnızca kanun ile açıkça ortaya konmuş normlar vasıtasıyla yerine getirebileceği garantisini elde etmiştir. Her ne kadar monarşiye karşı olarak kazanılan bir zafer olsa da günümüzdeki yansıması, yürütme ve yargının keyfi işlemlerine dayalı yaptırımların önüne geçmesinde görülebilir.³⁶⁵

Yalnızca halkın temsilcisi olan parlamentonun suç ve cezayı belirlemede tek el yetkisi vardır. Sadece parlamentodan çıkan ceza normları meşruiyete sahip olacaktır. Kanunilik ilkesinin temel gereklerinden olan bu husus, özgürlüğü bağlayıcı ceza gibi bireylerin özgürlüklerine doğrudan ve ağır bir müdahalenin temelini oluşturmaktadır. Ancak her türlü parlamentodan ziyade, çağdaş ve çoğulcu demokrasinin hâkim olduğu bir parlamento olmalıdır ve bu parlamento kuvvetler ayrılığı esasına tabi olmalıdır.³⁶⁶

Son olarak yasaklanan fiil, işlenme zamanından önce kanunda mümkün olduğu kadar tam olarak saptandığı takdirde, potansiyel suçlular bunu bilecek ve bundan korkacaklarından, suç işlemekten uzak duracaklardır. Fiilden önce bir kanun mevcut değilse veya belirsizse, bireyler davranışlarının cezayı gerektirip gerektirmediğini bilemeyeceğinden, korkutma etkisi de ortaya çıkamaz. Diğer taraftan ise fail gelecekte bir suç işlemekten çekinecektir. Böylece kanunilik ilkesi suçu önlemede esaslı bir yere sahiptir.³⁶⁷

³⁶⁴ Belirlilik ilkesini kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olarak görenler olduğu gibi (Özbek ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 74) aksi yönde bu ilkenin bağımsız bir ilke olduğunu düşünen yazarlar da vardır (Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 117).

³⁶⁵ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 102; Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 103.

³⁶⁶ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 102; Gropp, **Strafrecht AT**, s. 100, kn. 12; Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku**, c.1, no. 33; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 13; Öztekin Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan”, **İÜHF**, c. 27, sy. 1-4, 1962, s. 47; T. Zeynel Kangal, “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, **CHD**, sy. 17, 2011, s. 64.

³⁶⁷ Gropp, **Strafrecht AT**, s. 101, kn. 17; Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku**, c.1, no. 33; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 13; Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan”, s. 47; Kangal, a.g.e., s. 64-65.

Hal böyle iken kanunilik ilkesinin, kanunu uygulayacak organa pek bir alan bırakmadığı anlaşılabılır. Hatta kanunilik ilkesinin sırf bu özelliğinden ötürü birçok eleştiriye maruz kaldığı da bir gerçektir. Bu eleştirilerin başında gelen bütün suç tiplerinin tarifinin imkânsız olduğu eleştirisi, kanun koyucunun rolünün bittiği yerde kanun uygulayıcısını sahneye çıkarır.

Hâkimin rolüne geçmeden önce suç ve cezaların kanun metninde düzenlenmesine ilişkin getirilen sistemlere bakılmasında fayda vardır. Bu durumda üç sistem ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki olan *kazuist sistem* yani suç teşkil eden hareketleri birer birer tayinidir. Bu kanunilik ilkesinin ifadesini en iyi bulduğu sistemdir. Ancak bu sistemin kanunlarda suç tipleri bakımından birçok boşluk bırakması nedeniyle çok fazla taraftar toplayamadığı ileri sürülmüştür. İkinci sistem ise *örnekleme yolu ile gösterme sistemi* olup, bazı suçların tarifinde başvurulmuş bir usuldür. Buna göre cezalandırılacak fiillerden en önemli olanları kanunda gösterilip bundan sonra “gibi” kelimesini kullanılarak hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.³⁶⁸ Buna örnek olarak TCK m. 122’de düzenlenen nefret ve ayrımcılık suçunun eski düzenlemesi verilebilir. Bu düzenlemede kanun nefretin kaynaklandığı farklılıkları teker teker saymış ve en sonunda “gibi” ifadesini ekleyerek hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımıştı. Ancak daha sonradan belirlilik emrine aykırı olduğu anlaşılmış olacak ki hükümde değişiklik yapılmış ve gibi ibaresi kanun metninden çıkarılmıştır.³⁶⁹ Bu sistemin dar anlamda kanunilik prensibinin esasları ile pek bağdaşmadığı kabul edilmektedir. Son sistem ise *umumilik sistemidir*. Bu sistemde elastiki ve geniş manalı ibareler kullanılarak cezalandırılması gereken fiillerin hâkim tarafından tespitine imkân verilmektedir. Keza bu sistem de dar anlamda kanunilik ilkesini ihlâl etmektedir. Son olarak kanunlar birçok hallerde tam bir tarif yapmaktan kaçınmakta, oldukça belirsiz ibareler kullanmak zorunda kalmaktadırlar; örneğin hakaret suçlarında tam olarak hangi ifade ve fiillerin hakaret teşkil ettiği kanunda ayrı ayrı sayılmamaktadır. Bu durum kendini özellikle devlet aleyhine işlenen suçlarda daha da fazla göstermektedir.³⁷⁰

³⁶⁸ Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan”, s. 54.

³⁶⁹ Şayet kanun metninde bu gibi durumlar söz konusu olduğunda bunun kanunilik ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Ancak TCK m. 122’nin eski halinde olduğu gibi hâkimin takdir yetkisinin bizatihi kanun koyucu tarafından bu denli geniş bırakıldığı durumlarda hâkim belirlilik ilkesine göre hareket ederek “gibi” ibaresinden önceki unsurları göz önünde bulundurmalı ve somut olaya bu şekilde uygulamalıdır. Modern ceza hukukunun gereklerinden birisi de budur.

³⁷⁰ Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan”, s. 54-55.

Kanunilik ilkesi hususunda ayrıca değinilmesi gereken bir husus ise kanunilik ilkesinin giderek, özellikle bizatihi kanun koyucu tarafından ihlal edilmesi ve maddi hukuk sorunları olarak ortaya çıkan birtakım meselelerin usul hukukuna kaydırılmasıdır.³⁷¹ *Baumann*'ın haklı olarak ileri sürdüğü bu düşünce 1920'li yıllardan beri özellikle Alman Hukukunda gerçekleşen bir algı olmuştur.³⁷² Aynı meseleye daha önce *von Hippel* dikkat çekmiştir. Yazara göre maddi ceza hukuku öyle birtakım kontrol edilemeyen tedbirlerle çığnımiştir ki bunun neticesinde adalet ve hukuk uygulamasına yönelik güvensizlik ortaya çıkmış, genel önleme zayıflatılmış ve davranışlara karşılık verme yetkisi zarara uğratılmıştır.³⁷³ Aslında kanun koyucunun maddi hukuk ile çözmesi gereken bir sorunu savcılık makamlarına yıkmaya çalışmaktadır.³⁷⁴ Önemslizliğe ilişkin bu çözüm yöntemleri ise getirilen ceza sınırları ile kurumun uygulanabileceği suç tiplerinin sayısını olabildiğince azaltmakta olup bir fayda sağlamadığı da ileri sürülebilir.³⁷⁵

Görüldüğü üzere kanunilik ilkesi teorik olarak mükemmel görünmekle birlikte pratiğe döküldüğünde ideal görünümünden eşyanın doğası gereği uzaklaşmaktadır. Yani yukarıda sayılan sistemlerin hiçbirisi kanunilik ilkesinin pratiğe mükemmel bir yansımasını oluşturmamaktadır. İşte bu nedenle artık hâkim devreye girmek zorunda kalır. Buradan çıkarılması gereken sonuç şudur: Kanun koyucu, hukuki değer eksenli olmak şartıyla her türlü davranışı kontrol altına almak için hukuki düzenleme yapabilir. Ancak bu hukuki düzenleme ceza hukuku alanına girdiği vakit çok dikkatli adımlarla hareket etmelidir. Nitekim kanun koyucunun elinde bulunan bu yetki artık düzenleme yapıldıktan sonra onun yükümlülüğü haline gelecektir. Şayet kanun koyucu bu yükümlülüğünü yerine getiremezse onun yerine yargı organı bu görevi yerine getirmelidir. Yargı organı yapacağı yorumla belirli yoğunluktaki hukuki değer ihlallerini yaptırıma bağlayacaktır. Burada özellikle önemslizlik özelliğini haiz davranışlar normun uygulama alanından çıkarılacaktır.

2.1.3.2. Belirlilik İlkesi

Kanunilik ilkesinden çıkarılan ve onun alt ilkesi olan belirlilik ilkesine (*nulla poena sine lege certa*) göre bir hareket ancak, hareket gerçekleşmeden önce bir kanunla

³⁷¹ Jürgen Baumann, "Grabgesang für das Legalitätsprinzip", *ZRP*, sy. 12, 1972, s. 273.

³⁷² Baumann, "Grabgesang für das Legalitätsprinzip", s. 274-275.

³⁷³ Robert von Hippel, *Der deutsche Strafprozess*, Marburg: Verlag Elwert, 1941, s. 338.

³⁷⁴ Baumann, "Grabgesang für das Legalitätsprinzip", s. 274-275.

³⁷⁵ Baumann, "Grabgesang für das Legalitätsprinzip", s. 275.

belirlenmiş olması halinde cezalandırılabilir ve bu hareketin özellikleri suç tipinde genel hatlarıyla tanımlanmış olmalıdır. Yani suç tipleri oluşturulurken tipte yer alan kavramların genişlemesinin önüne geçmek için olabildiğince tam tanımlanmalıdır. Böylece hakimler tarafından verilen kararlar doğrulanabilir olacaktır.³⁷⁶ Şayet kanun koyucu belirsiz kavramlar içeren bir suç tipi meydana getirirse, hâkime izin verilen veya yasaklanan hareketler arasındaki sınırı belirleme yetkisi verir. Bu ise yasama ve yargı erkleri arasındaki yetki dağılımını belirsizleştirir. Elbette bu cümleden kanun koyucunun hâkime hiçbir alan bırakmayacağı düşüncesi de çıkarılmamalıdır. Hâkime yorum yapabilmesi için ölçülü bir alan da bırakılması şarttır.³⁷⁷

Kanunilik ilkesi başlığı altında da değindiğimiz gibi belirlilik ilkesinin tam ve katı bir şekilde uygulanması mümkün değildir. Ancak ilgililer açısından ceza hukuku yaptırımının öngörülebilirliği ve devletin cezalandırma yetkisinin kısıtlanması³⁷⁸ (diğer bir deyişle keyfiyetin önlenmesi) olan belirlilik ilkesinin amaçları göz önünde tutularak bir düzenleme yapılmalıdır. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi belirlilik ilkesinin tam anlamıyla katı bir şekilde uygulanamayacağını kabul ederek kanun koyucuya bir kolaylık tanımıştır. Buna göre kanun koyucu normun düzenleyeceği hayatın olgu ve olayları ile normun amacını göz önünde bulundurarak en isabetli şekilde düzenlemelidir.³⁷⁹ Belirsizlik bir noktaya kadar hoş görülebilir. Bu nokta ise ilkenin amaçları ile sınırlıdır.³⁸⁰ Ancak bu noktadan sonra anayasaya aykırılık söz konusu olacaktır ki bu kanunun uygulanmasına engel teşkil eder.

Yorum sürecinin sağlıklı yürütülmesi için kullanılan anlam ve amaç argümanlarının tam olarak belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde bu belirlemenin üç kriter vasıtasıyla yürütülebileceği ileri sürülmüştür. İlk olarak belirli bir hedefin bulunması gerekmektedir. Bu hedefin gerçekleşmesi için faaliyetlerin tam olarak uygun olması ve faaliyetin bireyden bağımsız olması zorunludur. İkinci kriter ise izlenen sürecin ve bu süreç sonrasında ortaya

³⁷⁶ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 107-108; yazar aynı zamanda belirlilik ilkesinin kıyas yasağından daha önemli olduğuna da vurgu yapmıştır, Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 108; Friedrich Geerds, “Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen”, **FS für Karl Engisch zum 70. Geburtstag**, Paul Bockelman ve diğerleri (Ed.), Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1969, s. 409.

³⁷⁷ Geerds, a.g.e., s. 409.

³⁷⁸ Krey, a.g.e., s. 136-137.

³⁷⁹ Emanuel Vahid Towfigh, “Komplexität und Normenklarheit – oder: Gesetze Sind Für Juristen Gemacht”, **Der Staat**, sy. 48, no. 1, 2009, s. 13; İlgili karar için bkz. BVerfG, 26.11.1978, 1 BvR 525/77.

³⁸⁰ Krey, a.g.e., s. 124.

ıkan neticenin süjeler arası doğrulanabilir olması gerekmektedir. Bu iki kriter yani hedefin belirlenmesi ile süjeler arası doęrulanabilirlik³⁸¹ yorum metotları yardımıyla ortaya çıkarılabilmektedir. nc ve yorum etkinliği sırasında göz önünde bulundurulması gereken son kriter ise bir ceza normunun tipikliğinin belirli olmasıdır.³⁸² Bu kriterler ileride inceleneceği için bu aşamada sadece suç tipinin belirliliği kavramı ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Yorum yapılırken suç tipinde bulunan kavramların anlamı sınır oluşturacaktır.³⁸³ Kullanılan bu kavramların anlamı bazen çok çeşitli olabilmekte, bazen ise bu kavramların gerçekliğin belirli bir fenomenini kapsayıp kapsamadıkları konusunda bir çelişki ortaya koyabilmektedir. Kısaca kavramların birden çok anlamı olması ve belirli bir anlamı olmaması sorun yaratabilmektedir.

Birden çok anlama sahip kavramlar ele alındığında şayet bir suç tipi bu tür kavramlar barındırıyorsa artık kanunun ilkeler çerçevesinde yorumlanması gerekecektir. Doktrinde *Dopslaff* burada iki çözüm ne sürmüştür. Bunlardan ilki suç tipinde yer alan kavramın anlamlarının birinin seçilmesidir. Diğer zm ise temel olarak kavramın tüm anlamların belirlilik ilkesi ile bağdaştığını kabul etmektir.³⁸⁴

Kavramın anlamı, fiil işlenmeden önce bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda her iki çözüm de belirlilik ilkesinin ihtiyaçlarını karşılamaktadır. Burada anlam, ister belirli bir konuşan grubun anladığı anlam olarak seçilsin isterse de temsil edilen tüm anlamlara indirgensin, her iki durumda da söz konusu suç tipi kavramının farklı dil gruplarının anladığı anlamı fiil işlenmeden önce kullandıkları semantik (*anlam bilimsel*) kurallarla sınırlanabilir. Belirlilik ilkesinin amaçları olan ilgililer açısından ceza hukuku yaptırımının öngörülebilirliğini ve devletin cezalandırma yetkisinin kısıtlanmasını³⁸⁵ her iki çözüm yöntemi de sağlamaktadır. Yazar birçok anlama sahip kavramlar söz konusu olduğunda ve belirlilik ilkesinin amaçlarının hükme yeterli olmadığı durumlarda hükmü hukuki

³⁸¹ Jescheck ise objektif doğrulanabilirlikten bahsetmiştir. Bu iki kavramın birbiriyle aynı olduğu söylenebilir, bkz. Jescheck, *Strafrecht AT*, s. 119.

³⁸² Ulrich Dopslaff, *Wortbedeutung und Normzweck als die massgeblichen Kriterien für die Auslegung von Strafrechtsnormen-Entwurf einer an empirischen Falsifikationskriterien ausgerichteten Auslegungsmethode*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1985, s. 127.

³⁸³ Mezger, a.g.e., s. 80.

³⁸⁴ Dopslaff, a.g.e., s. 134 vd.

³⁸⁵ Krey, a.g.e., s. 136-137.

değerlerin korunması düşüncesi çerçevesinde oluşturulabileceğini söylemiştir. Bu yöntem bütün ceza normları bakımından kullanılabilir olmakla birlikte ilgili normun buna cevap vermesi gerektiğini ancak belirlilik ilkesine uygun bir norm olduğunda da bu düşünce yöntemiyle daha iyi gerekçelendirilebilir.³⁸⁶ Birden çok anlama sahip kavrama örnek olarak TCK m. 135'te yer alan kişisel verilen kaydedilmesi suçu verilebilir. Madde metninde yer alan “*kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantıları (...)*” ifadelerinden *felsefi görüş* kavramı birden çok anlama sahiptir. Buradan klasik felsefi görüşler olan rasyonalizm, ampirizm pozitivism gibi bir felsefi akım gibi birçok anlamı olduğu düşünülebilir. Bu nedenle felsefi görüş kavramı normun getiriliş amacı da dikkate alınarak daha dar yorumlanması gerekecektir. Aksi durum belirlilik ilkesine aykırılığı doğuracaktır. Felsefi görüş kavramının anlamlarından kişinin hayat tarzını oluşturan dini, siyasi düşünce yapısını ifade eden belirli bir değer tarzı oluşturan düşünce olarak kabul edilmesi gerekecektir. Böylece kişinin örneğin rasyonalist olduğuna dair bir ifadenin kaydedilmesi hali önemsiz olarak kabul edilecek ve bu fiil tipiklik dışında tutulabilecektir.

Dopslaff hukuki değerlerin ancak suç tiplerinin mümkün her türlü ihlalinin, suç tiplerini olabildiğince geniş düzenlendiğinde, en iyi şekilde korunabileceğini söylemiştir. Ancak haklı olarak gerçekte, suç tiplerinin hukuki değer ihlallerinin sadece belirli bir kısmını kapsadığını ileri sürmüştür. Bu durumu bir dezavantaj olarak gören yazar, en iyi hukuki değer korumasının suç tiplerini olabildiğince geniş düzenlenmesi olduğunu belirtmiştir. Belirli bir anlamı bulunmayan kavramlarda temsil edilen tüm anlamları kabul etmek de suç tiplerinin olabildiğince geniş düzenlenmesi ile aynı sonuca vardığını kabul etmiştir.³⁸⁷

Ancak yazarın bu görüşlerinin tamamına katılmak mümkün değildir. Nitekim yazarın hukuki değer ihlallerini olabildiğince tipikliğe dahil etmeye çalışması, ceza hukukunun sanki tüm hukuki değer ihlallerini yaptırım altına almaya çalıştığı düşüncesini doğurmaktadır. Bu düşünce ise hem ceza hukukunun *ultima ratio* özelliğine aykırı olacak hem de savunduğumuz görüş olan ceza hukukunun ancak belirli bir yoğunluğa ulaşan

³⁸⁶ Dopslaff, a.g.e., s. 134-135.

³⁸⁷ Dopslaff, a.g.e., s. 135-136.

hukuki değer ihlallerini yaptırım altına alması gerektiği düşüncesi ile çelişecektir. Bu nedenle tipikliğin kullandığı kavramlar birden çok anlama sahip ise ancak belirli bir yoğunluğa ulaşan hukuki değer ihlallerini yaptırım altına alacak şekilde olan anlamları esas almak gerekecektir.

Dopslaff bir kavramın belirsizliğini, dili kullananın, kavramın gerçekliğinin, fenomeninin, kavramın anlamına dahil olup olmadığı konusunda karar verememesi olarak tanımlamıştır. Bunun sebebi dili kullananın, belirsiz kavramın herhangi bir semantik kuralını bilmemesinden ileri gelebilir. Bir başka sebep ise kavramın, onu dili kullanan tarafından semantik olarak içeriğinin dolu olmasından diğer bir ifade ile o kavramı bir anlamla bağdaştırması olabilir. Peki bu tür belirsiz kavramlar ile yapılan yorum, belirlilik ilkesi ile bağdaşır mı? Yazar bu soruya olumsuz cevap vermiştir. Ona göre bu tür kavramlarda semantik bir kural bulunmadığı için kavramın kapsayıp kapsamadığı hiçbir durumda bir yargıya ulaşılamamasını doğuracaktır. Bu ise belirlilik ilkesinin amaçları olan ceza yaptırımının öngörülebilirliği ile devletin cezalandırma yetkisinin sınırlandırılmasını sağlayamaz.³⁸⁸ Belirli bir anlamı olamayan yani belirsiz anlama sahip kavrama örnek olarak ise TCK m. 122’de yer alan nefret ve ayrımcılık suçunun 6529 sayılı kanunla değiştirilmesinden önceki hali verilebilir. TCK m. 122’nin eski düzenlemesinde “kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak” ifadesi yer almaktayken değişiklikle birlikte *ve benzeri* ifadesi kaldırılmıştır. Burada yer alan *ve benzeri* kavramının ne anlama geldiği belirsizdir. Dolayısıyla kanun maddesi somut olaya uygulanırken *ve benzeri* kavramına istinaden yapılacak yorumlarda suç tipinin nerdeyse aynı kapsama girebilecek tüm fiilleri tipik olarak kabul etmek mümkün olabilecektir ki bu kanunilik ve dolayısıyla belirlilik ilkesinin ihlali anlamına gelebilecektir. Bu durumda her ne kadar tüm suç tipini yok saymak yerine *ve benzeri* ifadesi dışındaki unsurlar göz önünde bulundurularak suç tipi belirli hale getirilebilir.

2.1.4. De Minimis Non Curat Lex İlkesi

Önemsiz olarak görülen birçok davranışın hukukun alanına girmesi ya da hukuk müdahalesi ile karşılaşması aslında somut bir olayda pek bir öneme haiz olarak görülemese

³⁸⁸ Dopslaff, a.g.e., s. 136.vd.

de çok fazla işlenmesi halinde bir sorun oluşturacaktır. Ayrıca bu durum ortaya çıkan yeni bir sorun olmayıp konuyla ilgili ipuçlarına Roma döneminde de rastlamak mümkündür. *De minima non curat praetor* olarak adlandırılan bu ilkenin anlamı, küçük şeylerin hâkimin (*praetor*) önüne getirilemeyeceği yani hâkimi ilgilendirmediğidir. 6. yüzyılda yapılan ve bir kanunlar derlemesi olan *Corpus Iuris Civilis*'te yer alan bu ilkeye göre örneğin dava değeri iki altını geçmiyorsa kabule şayan görülmemekteydi. Aynı ilke ilk defa 1644 tarihli *Tractatus Varii* 'de Augustini Barbosae tarafından tanımlanmıştır.³⁸⁹

Geçmişte bu prensibin tam aksi yönünde *maximis non curat praetor* kavramı uluslararası hukuk düzenin gelişmemiş karakterinin ifadesi olarak kullanılmıştır. Bunun anlamı *maxima* olarak kabul edilen devletlerin yaşam yararlarına dokunan konuların hakem ya da hâkim muhakemesine uygun bulunmamasıdır. Ancak günümüzde bu düşünce devletlerarası uyuşmazlıkların, hukuki uyuşmazlık olarak kabulü ile birlikte hakem ve mahkeme düzenleri oturmuştur.³⁹⁰

İlkenin temsil ettiği esas fikir, etkileri *minimal* düzeyde olan ve toplumsal düzenini bozan veya bozabilecek nitelikte olan hukuki uyuşmazlıkların ki bu hukuki uyuşmazlıklar kişiler arasında olabileceği gibi tüm kamu düzeni ile kişi arasında da olabilir, adalet sistemini ilgilendirmediğidir. Buradaki minimal düzeydeki etki esasen belirli bir eşğin altındaki kalan hukuki değer ihlalleridir. Bu ihlaller ceza hukukuna dair meselelerde görünüşte bir tipiklik oluşturacağı gibi medeni hukuk normlarının ihlali olarak da ortaya çıkabilir. Örneğin konusunu bir kuruşun oluşturduğu rüşvet fiili veya ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin bir başkasına bağışta bulunması *minima non curat praetor* ilkesi çerçevesinde hâkim karşısına getirilmemesi gereken konulardır.

Minima non curat praetor ilkesi, suç tiplerinde hafiflik prensibinin konusunu oluşturduğunda artık *de minimis non curat lex* ilkesi olarak kabul edilebilir.³⁹¹ İlke evrimini modern ceza hukukunda maslahata uygunluk ilkesiyle de sürdürmektedir. İlkenin yansımaları daha çok muhakeme hukukunda karşımıza çıkmaktadır. Medeni hukukta ise

³⁸⁹ Yu Wang, *Qualitative und quantitative Instrumente zur Einschränkung der Strafverfolgung bei fehlendem Strafbedürfnis*, Berlin: Lit Verlag, 2014, s. 1; Max L. Veech ve Charles R. Moon, "De Minimis Non Curat Lex" Michigan Law Review, sy. 45, No. 5, 1947, s. 537 vd.

³⁹⁰ Franz Matscher, "De Minimis Non Curat Praetor", *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80.Geburtstag*, Friedrich Harrer ve diğerleri (Ed.), Wien: Springer Verlag, 2011, s. 333, dn. 2.

³⁹¹ Matscher, a.g.e., s. 337, dn. 14.

dava konusunun değerine göre davaların farklı mahkemelerin alanına girmesi örnek olarak verilebilir. Örneğin dava konusunun değeri az ise bu dava sulh hukuk mahkemesinin alanına girmekte; dava konusunun değeri fazla ise asliye hukuk mahkemeleri bu davalara bakmaktadır. Aynı durum ceza mahkemeleri bakımından da fiilin oluşturduğu şekli haksızlığın ağırlığına bakılarak asliye veya ağır ceza mahkemelerinde görülmektedir. Benzer durum istinaf ve temyiz mahkemelerinde de görülmektedir. Her ne kadar konu hafif olsa da yine de sadece belirli bir mahkemenin önüne gelmektedir. Dolayısıyla değeri ya da ağırlığı az fiiller kural olarak asliye hukuk mahkemesinin veya ağır ceza mahkemesinin önüne getirilememektedir.³⁹²

İlkenin ceza hukuku bakımından yansımalarına bakıldığında ise kanun koyucu bakımından şekli haksızlıkları öncelikli olmak üzere önemsiz fiillerin hâkimin karşısına gelmemesi için savcılıklara takipsizlik (StPO m. 153 veya Avusturya CMK m. 191) ya da erteleme (CMK m. 171) ya da önödeme (TCK m. 75) gibi yetkiler verildiği görülebilir. Benzer yansımaların, maddi ceza normları bakımından ceza olmaktan çıkarma eğiliminde olduğu gibi birtakım suç tiplerinin kabahat olarak düzenlenmesi de görülebilir. Türk hukukunda ilkenin kanuni dayanaklarına baktığımızda ilkenin yer aldığı açık bir kanun hükmü bulunmasa da en somut yansımalarından birinin CMK m. 171 olduğu söylenebilir. Buna göre cumhuriyet savcısı bazı koşulların varlığı halinde, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilir. Bir diğer somut yansımanın ise aynı maddeye 2006'da eklenen ve 2. Fıkra ve devamında yer alan erteleme müessesesi olduğu söylenebilir. Bu hükme göre istisnalar hariç olmak üzere cumhuriyet savcısı, bazı şartların varlığı halinde kamu davasının açılmasını beş yıl süreyle erteleyebilmektedir. Keza uzlaşma müessesesi de ilkenin somut yansımasına örnek verilebilir.

Görüldüğü üzere fiilin şekli haksızlığının ön planda olduğu bu düzenlemeler ile ilkenin ağırlıklı olarak ceza muhakemesinde etkisini gösterdiğini söylemek yerinde olacaktır. Diğer taraftan maddi ceza hukukunda da bu tür düzenlemeler denk gelinebilir. Genel hükümlerde buna en yakın görülebilecek örneği belki de TCK m. 22/6'daki düzenleme oluşturmaktadır. Bu düzenlemeye göre taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez.

³⁹² İlkenin Avusturya hukukundaki yansımaları için bkz. Matscher, a.g.e., s. 334 vd.

Ancak düzenlemeden de anlaşılacağı üzere burada haksızlık içeriğinin azlığından bahsetmek mümkündür. Nitekim fail ile mağdur arasındaki özel ilişkinin hareketin haksızlığını etkilediği ve dolayısıyla haksızlık içeriğinin azaldığı ileri sürülebilir.

Bu ilkenin maddi hukuk yansımasının en çok tartışıldığı alanlardan biri olarak karşımıza Avrupa Birliği hukuku çerçevesinde şekillenen rekabet hukukunda çıkmaktadır. *De minimis kuralı* olarak rekabet hukukunda yer alan bu kural, *de minimis non curat praetor* ilkesinden yola çıkılarak getirilmiştir. Buna göre Avrupa Topluluğunu Kuran Sözleşmenin 85/1 maddesinde (değişiklikler sonrası yeni madde numarası 101/1 olmuştur) rekabet yasağına bir istisna getirmek amacıyla ilk olarak yargısal bir kararda³⁹³ bu ilkeye değinilmiştir. Bu kurala göre haksız rekabet sonucunu doğurabilecek birtakım danışıklı ilişkiler, rekabeti ve Avrupa Birliği üye ülkeleri arasındaki ticareti hissedilir derecede etkilemezlerse rekabet yasağına takılmayacaktır.³⁹⁴ Yine aynı durum Türk hukukunda da yansımasını bulmuş ve tartışmalar başlatmıştır. Bu kuralın Türk hukukunda uygulanıp uygulanamayacağı veya 1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. Maddesinin istisnası olup olmayacağı tartışılmıştır. Ancak her ne kadar lafzen bu kuralın uygulanamayacağı ifade edilse de aslında amaca uygun bir yorumla bu kuralın Türk hukukunda da uygulanabileceği ileri sürülmüştür.³⁹⁵

Rekabet hukukundaki bu gelişmenin Türk Ceza Hukuku bakımından önemi ise haksız rekabet suçlarında ortaya çıkmaktadır. Nitekim yeni Türk Ticaret Kanunu eski kanunun aksine haksız rekabeti daha geniş düzenlemiş ve bu rekabetten zarar gören üçüncü kişileri dahi düzenleme kapsamına almıştır. Asıl önemli mesele ise haksız rekabetin hürriyeti bağlayıcı ceza ile yaptırım altına alınmış olmasıdır. TTK'nin dördüncü kısmında

³⁹³ “Volk-Vervaecke isimli bu davada Almanya’da çamaşır makineleri üreten Volk isimli teşebbüs, Belçika ve Luxemburg ülkelerinde çamaşır makinalarının dağıtımı için, Vervaecke teşebbüsü ile münhasır dağıtım anlaşması yapmış ve söz konusu teşebbüse, paralel ticareti de engelleyecek şekilde mutlak inhisarı koruma sağlamıştır. Bunun karşılığında ise, kendisinden, her ay için 80 adet çamaşır makinesinin alım yapılması şartını getirmiştir. Taraflar arasında anlaşmazlık çıkması üzerine Vervaecke, Alman mahkemeleri önünde anlaşmanın rekabet anlaşmasının 85/2. maddesi nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürmüş ve dava, rekabet anlaşmasının 177.maddesi nedeniyle Adalet Divanı önüne gelmiştir. Adalet Divanı ise 85/1. maddenin ihlalinin söz konusu olabilmesi için, anlaşmanın ticarete fark edilebilir derecede etkiye bulunması gerektiğini belirtmiş ve bu bağlamda, somut olaydaki anlaşmanın rekabet anlaşmasının 85.maddesi kapsamından çıkarılması gerektiğine karar verilmiştir.” Bkz. Kerem Cem Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Ankara: Rekabet Kurumu Yayını, 2000, s. 185, dn. 224.

³⁹⁴ Sanlı, a.g.e., s. 102.

³⁹⁵ Sanlı, a.g.e., s. 186, dn. 227.

düzenlenen haksız rekabet, m. 55'te haksız rekabet hallerinin başlıca gerçekleşme şekillerini belirttikten sonra 62. maddede bu fiillerinden birini kasten işleyenlerin şikâyet üzerine cezalandırılacağını hükme bağlamıştır. Bu düzenlemeler karşısında *de minimis* kuralı işletilerek haksız rekabet teşkil etmeyecek derecede önemsiz etkilerin cezalandırılmayacağı sonucuna ulaşmak gerekir. Elbette böyle bir sonuca varmak için açık bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmayıp böyle bir uygulama yapılacak önemsizlik yorumuyla gerçekleştirilebilir.

Bu ilkenin uygulama alanı bulduğu ve ceza hukukundaki maddi düzenlemeler ile dolaylı bir ilişkinin bulunduğu diğer bir yer ise AİHS'dir. 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe giren 14 numaralı ek protokol ile AİHS'nin 35. maddesinin 3. fıkrasına başvuruların kabulü noktasında yeni bir kıstas getirilmiştir. Buna göre mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan bireysel başvuruları başvuruçunun *önemli bir zarar (a significant disadvantage) görmemiş olması* halinde kabul etmeyebilecektir. *Asgari eşik sorunu* olarak da nitelendirilen bu yeni kıstasa göre mağdurun, önemli ölçüde dezavantajlı durumdan mustarip olması gerekmektedir.³⁹⁶ Özellikle belirtmek gerekir ki AİHM 14 numaralı ek protokol getirilmeden önce 1 numaralı ek protokolün 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkının ihlalini değerlendirirken ölçülülük ilkesinden faydalandığı görülmektedir. Mahkeme müdahaleyle, uğranılan zarar arasında bir oran aramış ve buna göre mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediğini değerlendirmiştir.³⁹⁷ Yeni getirilen bu kıstasa yine birtakım istisnalar da getirilmemiş değildir. Bu istisnalardan biri sözleşme ve protokolleri ile güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesi gereğince, başvurunun esastan incelenmesini gerektirirse mahkeme bu kuralı uygulayamayacaktır. Yine ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir dava bu gerekçe ile reddedilemeyecektir. Böyle bir düzenleme getirilmesinin kuşkusuz en önemli sebebi olarak AİHM'nin iş yükünün son yıllarda çok fazla artması gösterilebilir. Bu düzenlemeyle birlikte bireysel başvuruların incelenmesinin kolaylaştırılması ve sürecin hızlandırılması amaçlanmıştır.³⁹⁸

³⁹⁶ H. Burak Gemalmaz, "AİHM Yargısında Yeni Dönem: Protokol No. 14'le Getirilen Yeni Kabuledilebilirlik Ölçütünün Uygulanmasına Eleştirel Bakış", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 31, sy. 1, 2011, s. 212.

³⁹⁷ H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2009, s. 590 vd.; örnek karar için bkz. Müller vs. Avusturya, Başvuru No: 5849/72, Karar Tarihi: 1.9.1975.

³⁹⁸ Philip Leach, **Taking a Case to the European Court of Human Rights**, 3. Baskı, New York: Oxford University Press, 2011, s. 8.

Önemsiz zarar kriterinin hangi davalar bakımından gündeme geldiği de sonraki başvurulara dair verilen kararlarda kendini açıkça belli etmiştir. Örneğin 90 Avroluk sözleşme ihlalinin söz konusu olduğu *Ionescu vs. Romanya*³⁹⁹ başvurusunun önemli bir zarara uğramadığı ve bu miktarın başvurusunun özel durumu dikkate alındığında da önemli bir zarar olarak nitelenemeyeceği sonucuna varmıştır. Yine mahkeme *Gaglione ve diğerleri vs. İtalya*⁴⁰⁰ kararında 200 Avroluk tutarın önemsiz bir zarar olduğuna hükmetmiştir. Özellikle *Korolev vs. Rusya*⁴⁰¹ davasında mahkeme bu şartın uygulamasını ayrıntılı bir şekilde açıklamıştır. Buna göre mahkeme, bir davanın incelenmeyi hak etmesi için belirli bir ağırlığa ulaşması gerektiğini ve bir alt sınırın takdirinin de işin doğası gereği göreceli olduğunu savunmuştur. Buna göre takdir, davanın tüm şartlarına bağlı olup ihlalin ağırlığı, hem başvurusunun sübjektif algılaması hem de belirli bir davanın objektif konusu dikkate alınarak değerlendirilecektir.⁴⁰² Ancak mahkeme bu kıstasın uygulanmasında sadece maddi zararın dikkate alınmaması gerektiğini, başvurunun her ne kadar maddi zararın az olsa da başvuru konusunu önemli bir ilke ihlalinin oluşturması halinde maddi zarar olmasa da önemli bir zararın ortaya çıkabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini söylemiştir. Diğer bir unsur olarak ise insan haklarına saygı ilkesine göre değerlendirme yapılmaktadır. Buna göre sözleşme ve ek protokoller ile güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesi incelemeyi gerektiriyorsa mahkeme, maddi değer azlığına bakmaksızın başvuruyu inceleyecektir.

Görüldüğü üzere ilke daha çok ceza hukuku dışındaki alanlarda kendini göstermekle birlikte ceza hukukunda ise maslahata uygunluk ilkesinin örtüsü altında kendini belli etmektedir. Ceza hukukunda ilkenin gelişimi de göz önünde bulundurularak uygulama alanı çizilmeye çalışıldığında, özellikle bugünkü yazılı kaynakları da değerlendirmek yerinde olacaktır.

CMK'da m. 171'de yer alan erteleme müessesesi ile StPO m. 153'te yer alan takipsizlik müessesesinin kıstasları ilkenin alanını belirlemekte oldukça faydalıdır. Nitekim erteleme müessesesi kanunlaştırılırken büyük ölçüde StPO m. 153 ve 153a'nın etkisinde kalınmıştır. Bu nedenle kıstasların temel olarak birbiriyle aynı olduğu söylenebilir. Gerçi

³⁹⁹ Adrian Mihai Ionescu/ Romanya, Başvuru No: 36659/04, Karar Tarihi: 1.6.2010.

⁴⁰⁰ Gaglione ve diğerleri/İtalya, Başvuru No: 45867/07, 21.12.2010.

⁴⁰¹ Korolev/Rusya, Başvuru No: 25551/05, 1.7.2010.

⁴⁰² Ayrıca bkz. Gemalmaz, "AİHM Yargısında Yeni Dönem: Protokol No. 14'le Getirilen Yeni Kabul edilebilirlik Ölçütünün Uygulanmasına Eleştirel Bakış", s. 214.

erteleme kurumu kanuna alınırken gözden kaçırılan bir husus⁴⁰³ erteleme kurumunun uygulama alanını olabildiğince daraltmıştır. Bunun başlıca sebebi Türk kanun koyucusunun suç politikasının sığ olması ve suç ile caydırıcı mücadelenin neredeyse sadece cezaların artırılmasında görmesidir. AİHM'nin 14 numaralı ek protokol ile AİHS'nin 35. maddesinin 3. fıkrasına ilişkin uygulaması AYM tarafından verilen bir karara da yansımıştır. AYM önem derecesi düşük olan bazı uyuşmazlıklara ilişkin kararlara karşı kanun yollarına başvurma imkânı tanımayan düzenlemelerin öteden beri bulunduğunu ve bu düzenlemelerin AYM tarafından Anayasa'ya aykırı bulunmadığı tespitinde bulunmuştur. Mahkemenin *de minimis non curat praetor* ilkesine atıfta bulunarak dava konusunun anayasal ve kişisel önemden yoksun olduğu ve diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin kabul edilemez olduğuna karar vermesi önemlidir. Böylece mahkemenin başvurucunun önemli bir zarara uğramadığını tespit ederek başvuruyu reddetmesinin, Türk hukuku bakımından ilkenin uygulama alanının genişletmesi nedeniyle dikkate değerdir.⁴⁰⁴

De minimis non curat lex ilkesinin kıstasları incelendiğinde ilk olarak ortada tipik, hukuka aykırı ve kusurlu bir eylemin işlendiğine ilişkin yeterli bir şüphenin bulunması şarttır. İşlenen bu fiilin meydana getirdiği neticeler çok hafif olmalıdır. Diğer bir kıstas kamu yararı kıstasıdır. İşlenen fiilin kovuşturulmasında ya da soruşturulmasında bir kamu yararının bulunmaması gerekmektedir. Son olarak ise failin kusuru az olmalıdır.

Kıstaslara ayrıntılı olarak bakıldığında ilk kıstas olan haksız bir eylemin işlendiğine ilişkin yeterli bir şüphe, yapılacak soruşturma sonucunda elde edilen delillerden bir iddianamenin düzenlenmesine yetecek kadar delilin elde bulunmasını gerektirir.

Neticenin hafifliği ise meydana gelen zarar ya da tehlikenin ağırlığının tespitiyle mümkün olup bunun için çıkış noktası olarak suç normlarıyla korunması amaçlanan hukuki değer ihlallerinin ağırlığına bakılacaktır. Hukuki değer ihlalinin ağırlığı ilerde ayrıntılı olarak tartışılacaktır. Bununla birlikte bu ağırlığın sınırının (örneğin hırsızlık suçundaki malvarlığı hakkının ihlali) uygulamada şekillenmesi gerektiğini söylemek yeterli olacaktır.

⁴⁰³ Bu husus suç tiplerinin yaptırımlarının alt sınırının yüksek olmasıdır. Bu nedenle ceza muhakemesi kurumlarının uygulama alanının daralmaktadır.

⁴⁰⁴ AYM, Başvuru No. 2014/2293, Karar Tarihi: 1.12.2016.

Kamu yararının bulunup bulunmadığı kıstası ise maalesef içeriği belirsiz bir terimdir.⁴⁰⁵ Bu nedenle hukuki güvenliği tehlikeye sokması kaçınılmazdır. Ancak bu tartışmalara girmeksizin doktrinde fail ve fiile ilişkin olmak üzere tam olarak sınırları çizilememiş olsa da birtakım kıstaslar getirilmeye çalışılmıştır. Fiile ilişkin olarak kamunun menfaatine dokunması ve sık sık aynı suçların işlenmesi halinde fiilin kovuşturulmasında kamu yararı olduğundan bahsedilebilecektir. Faile ilişkin olarak ise daha önce işlediği suçların bulunması ve şikâyet edilmemiş veya ertelenmiş suçlar söz konusu ise yine kamu yararı olduğundan bahsedilebilecektir.⁴⁰⁶

Son olarak kusurun ağırlığının az olması⁴⁰⁷ gerektiği söylenmelidir. Kusurun azlığı sadece fiil meydana getirildiği ana göre değil fiil işlendiği andan sonraki aşamada da belirlenebilir. Genel olarak kusurun derecesinin tespiti için daha önce cezalandırılıp cezalandırılmadığı veya fiili nedeniyle meydana gelen zararı karşılamış olması veya karşılamaya hazır olup olmadığı, failin saiki gibi kriterler kabul edilebilir.⁴⁰⁸

Bu kriterlerin gerçekleştiği somut olayda ceza hukukunu ilgilendirmeyen bir olay olduğu yargısına varılabilecektir. Böylece ilkenin amaçları olan ceza hukukunun sadece önemli fiillere uygulanmasının önünü açacak ve yargının bu tür önemsiz fiillerle ilgilenip iş yükünün artmasının önüne geçilebilecektir.⁴⁰⁹

2.2. Suç Politikası İlişkisi

Normatif bir disiplin olan suç politikası, suçluluk ile akılcı ve doğru bir mücadele yürütür.⁴¹⁰ Nitekim suç politikasının koyduğu hedefler ile maddi hukuk ile muhakeme hukukunun hedefleri kısmen paraleldir ve öyle de olması da gerekir. Bu nedenledir ki örneğin erteleme, kamu davasının açılmasına yer olmadığı kararı gibi usul normlarının

⁴⁰⁵ Ayrıntılı olarak bkz. Sebastian Untersteller, **Der Begriff "öffentliches Interesse" in den §§ 153 StPO und 45 JGG**, Berlin: LIT Verlag, 2015, s. 21 vd. ve 88 vd.

⁴⁰⁶ Reinhart Maurach ve diğerleri, **Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte**, 10. Baskı, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2009, s. 414.

⁴⁰⁷ Tartışmalar için ayrıca bkz. Wolfgang Naucke, "Der Begriff der "geringen Schuld" (§ 153 StPO) im Straftatsystem", **FS für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag**, Friedrich-Christian Schroeder ve Heinz Zipf (Ed.), Karlsruhe: C.F. Müller 1972, s. 197-211.

⁴⁰⁸ Markus Löffelmann ve diğerleri, **Das strafprozessuale Ermittlungsverfahren**, Bonn: Deutscher Anwalt Verlag, 2007, s. 313.

⁴⁰⁹ Mustafa T. Yücel, "Ceza Adaleti Sisteminde Koordinasyon", **YD**, c. 14, sy. 1-2, 1988, s. 37.

⁴¹⁰ Winfried Hassemer ve Ulfrid Neumann, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 3. Baskı, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2010, Vor. § 1, s. 96.

oluşmasına yol açtığı gibi, ceza verilmesi ile ilgili hâkime takdir yetkisi tanıdığı maddi hukuk normlarının oluşmasına da ön ayak olmuştur. ⁴¹¹ Kanun koyucu bir davranışı suç olarak belirlerken ya da buna ilişkin düzenlemeler yaparken birçok saikten hareket edebilir. Buna örnek olarak TCK m. 43/3'te yer alan düzenleme verilebilir. Madde 43/3 TBMM Adalet Komisyonu'nda tartışılırken zincirleme suç olarak işlenemeyen suçlar sayılırken kasten yaralama, işkence ve yağma suçları yanında cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçları da eklenmiştir. Her ne kadar tartışma sırasında bu iki suçun müteaddit defa işlenmesi halinde gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülmüş olsa da madde metnine girmiş ancak bu iki suça ilişkin uygulamada ortaya çıkan itirazların çok fazla dile getirilmesiyle 2005 yılında yapılan bir değişiklik ile bu iki suç kanun metninden çıkarılmıştır. ⁴¹² Bir başka örnek olarak ise 22.12.2016 tarihli ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda düzenlenen marka hakkının ihlalini yaptırıma bağlayan m. 30 verilebilir. Nitekim kanun koyucu netice itibarıyla marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunmasını amaçlasa da bunlardan yalnız marka hakkının ihlalini ceza yaptırımına bağlamıştır. Görüldüğü üzere kanun koyucu gerek TCK m. 43/3'te ispat sorununa dayanarak gerekse de Sınai Mülkiyet Kanunu'nda pratik zorlukları aşmak için yalnız marka ihlalini ceza normuyla koruma yoluna gidebilmektedir. Suç siyasetini belirlemede kural olarak kanun koyucunun hür olduğunu söylemek mümkündür. Kural böyle olmakla birlikte bu kuralın istisnaları da bulunmaktadır ki bu başlık altında kanun koymanın sınırları ve ceza hukuku ile ilişkisi ortaya konmaya çalışılacaktır.

Yakın zaman ceza hukuku literatürü incelendiğinde cezaya muhtaçlık ve cezaya liyakat gibi kavram ve eğilimlerin bulunduğu görülmektedir. Ceza hukuku politikası kökenli bu kavramların ceza hukukundaki suç sistematigi içinde değerlendirilmesine yönelik birtakım görüşler gelişmeye başlamıştır. Görüşlerin temelinde cezaya liyakatin ve cezaya muhtaçlığın bir fiilin cezalandırılması için gereken temel şartları oluşturduğu yatmaktadır. ⁴¹³ Bu iki kavramın, bugün özellikle Alman Ceza Hukuku doktrinde, ceza hukukunun belirli bir alana veya eyleme müdahalesinin gerekliliği ve birer ölçüt olarak

⁴¹¹ Jürgen Baumann, "Minima Non Curat Praetor, Einheit und Vielfalt des Strafrechts", **FS für Karl Peters zum 70. Geburtstag**, Jürgen Baumann ve Klaus Tiedemann (Ed.), Tübingen: J.C.B. Mohr, 1974, s. 3.

⁴¹² Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 572 vd.

⁴¹³ Ayrıntılı olarak bkz. Frank Altpeter, **Strafwürdigkeit und Straftatsystem**, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris: Peter Lang Verlag, 1990, s. 1 vd.

kabul edilmesi gerektiği yönünde giderek bir görüş birliği oluşmaktadır.⁴¹⁴ Bugün hukuk devleti ilkesinden çıkarılan, ceza hukukunun sadece topluma zararlı fiilleri kapsamaması gerektiği düşüncesi, yerleşmiştir. Ancak toplumsal zararlılık kıstası somut kanun koyma sürecinde henüz işletilmediği için, 18. yüzyılın başlarından beri yarar, değer, koşul gibi birtakım kavramlarla cezaya liyakat ve cezaya muhtaçlığın esasları ortaya koyulmaya çalışılmıştır.⁴¹⁵

Cezaya liyakat ve cezaya muhtaçlık kavramları birbiri ile karıştırılmakta ve hatta birbirinin yerine kullanılmaktadır. Bu nedenle doktrinde bu iki kavramın birbirinden farklı kavram ve kurumlar olduğu ileri sürülerek ayırım yapılmaya çalışılmıştır.⁴¹⁶ Buna göre *cezaya liyakatte* değer in önemi ön planda olurken, *cezaya muhtaçlıkta* amacın önemi öne çıkar. Bir fiilin cezaya muhtaç olup olmadığı devletin cezalandırma araçlarının gerekliliği ile anlaşılır. Bu araç amaç ilişkisi cezaya muhtaçlığın ölçüsünü ortaya koymaktadır. İşte bu amaca uygunluk düşünceleri aynı zamanda haksızlık içeriği görece az fiilleri de cezaya muhtaç gösterdiği veya tam tersi olarak göstermediği için cezaya liyakat ile cezaya muhtaçlık arasında bir uyum olmadığı söylenebilir. Cezaya liyakatin kapsamlı tasvip edilmezlik yargısı (*Unwerturteil*) cezaya muhtaçlığın amaca uygunluk yargısıyla tamamlanmaktadır.⁴¹⁷

2.2.1. Cezaya Muhtaçlık

Ceza hukukunun ikincilliği (taliliği) ve gerekliliği (ölçülülük ilkesinin bir kıstası olarak), devletin toplumsal kontrol ya da birey davranışlarını yönlendirmede son çare (*ultima ratio*) olması anlayışını yerleştirmiştir. Ceza hukukunun sahip olduğu araçlar çok ağır nitelikte olduklarından bu alan, davranışları yönlendirmede ancak diğer hukuk dallarının (ve onların yaptırımlarının) yetersiz kaldığı durumda devreye girmesini şart koşar. İşte diğer önlemlerin yetersiz kaldığı ve artık ceza hukukunun gündeme gelmesini gerektiren bu fiiller *cezaya muhtaç* kalırlar.⁴¹⁸

⁴¹⁴ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 672.

⁴¹⁵ Vormbaum, **Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils**, s. 65-66.

⁴¹⁶ René Bloy, **Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe**, Berlin: Duncker&Humblot, 1976, s. 243; ayrıca bkz. Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 50 vd.; Günter Stratenwerth, "Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs", **ZStW**, sy. 71, 1959, s. 567.

⁴¹⁷ Bloy, a.g.e., s. 243 vd.

⁴¹⁸ Günther, a.g.e., s. 192-193.

Bir fiilin artık cezalandırılmaya muhtaç olarak değerlendirilmesi ceza normunun oluşturulması veya ortadan kaldırılması aşamasında ortaya çıkar. Bu nedenle suç politikasının konusunu oluşturan bu değerlendirmenin kanun koyucunun uhdesinde olduğu söylenebilir.⁴¹⁹ Değerlendirme en başta ceza hukukunun amacı olarak kabul edilen hukuki değerlerin korunmasından yola çıkılarak yapılması gerekir. Yani cezayı muhtaçlığı belirleyen yegâne unsur cezanın amacıdır. Doktrinde bir ceza hukuku düzenlemesinin yapılması için genel ve özel olmak üzere iki grup şartın varlığının aranması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre, genel şartlar cezaya muhtaçlık ve cezaya liyakat; özel şart ise bir hukuki değer bulunması olarak özetlenmiştir.⁴²⁰ Genel olarak kanun koyucunun bazı fiilleri bir suç tipi içinde yer alacak şekilde tespitinde serbest olduğu söylenebilir. Ancak bu serbestiyetin sınırsız olduğu sonucuna da varılmaması gerekir. İleride de bahsedileceği üzere kanun koyucu toplumsal düzeni ağır derecede bozabilecek ve hukuki değerlere tahammül edilemeyecek ölçüde ihlal edebilecek fiilleri suç tipi kapsamına alabilir.⁴²¹

Cezaya muhtaçlığı belirleyen üç temel noktadan bahsedilebilir. Sırasıyla bir tasvip edilmezlik (*Unwert*⁴²²) ya da haksızlık gerçekleşmiş olmalı, cezalandırma amacı, herhangi bir ceza hukuku yaptırımı olmaksızın ulaşılamamış olmalı ve son olarak fiil ile bozulan toplumsal yaşamın verilecek ceza ile tekrar düzeleceğine yönelik bir düşünce ortaya çıkmış olmalıdır.

Bu şartlar incelendiğinde tasvip edilmezliğin, amaca uygun cezanın ilk şartını oluşturduğu söylenebilir. Tasvip edilmeyen harekete tepki olan ceza, doğal olarak bir tasvip edilmezliği şart koşar. Bu tasvip edilmezlik kavramından toplumsal etik değerlere aykırı, toplumsal zararlı ve isnat edilebilir hareket anlaşılabilir. Hukuk düzeninin korunması aynı zamanda ceza hukuku dışında birtakım özel hukuk yaptırımlarıyla da

⁴¹⁹ Fuchs, **Strafrecht AT I**, s.

⁴²⁰ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 619.

⁴²¹ Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 59-60.

⁴²² Yukarıda da incelendiği üzere Unwert kavramının Türkçe’de tam bir karşılığı bulunmadığı gibi birçok yazar tarafından kullanılan değersizlik, önemsizlik, haksızlık gibi kavramlar da sözcüğün gerçek anlamını yansıtmamaktadır. Ancak kelimenin anlamını “kanun koyucu tarafından tasvip edilmeyen” olarak belirlemek kelimenin anlamına en yakın olacaktır. Ancak haksızlığın birer unsuru olarak çalışmamızda hareketin ve neticenin haksızlığı kavramları kullanılmaktadır. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Önemsizliğin Dogmatik Temeli

sağlanabilir.⁴²³ Ancak korumaya özel hukuk yaptırımları yetersiz kaldığı anda ceza hukuku yaptırımlarına başvurulmalıdır.⁴²⁴

Bir haksızlığın ortaya çıkmış olması daima cezaya muhtaç bir fiilin varlığını doğurmaz. Buna örnek olarak etkin pişmanlık verilebilir. Fail, fiiliyle bir haksızlığı oluşturduktan sonra bile şartları gerçekleştirmiş ise artık cezaya muhtaçlığın bulunduğu ileri sürülemez. Ceza hukuku kapsamında bir düzenlemeye gidilmesi için bu amaca yönelik bir ihtiyacın bulunması gerektiği ileri sürüldükten sonra, cezaya muhtaçlık değerlendirmesinde suç politikasının gereklerinin rol oynadığını, fiilin cezaya layık ve fakat cezaya ihtiyaç duymuyorsa ancak bu fiille mücadele edilmesi gerekiyorsa, kanun koyucunun bu fiili başka bir şekilde yaptırım altına alabileceğini söylenmiştir.⁴²⁵

Benzer bir husus ise yine suçun tipi dışında cezalandırmanın gerçekleşmesi için aranan objektif koşullarda kendini gösterir. Doktrinde objektif cezalandırma şartı olarak adlandırılan bu düzenlemelerde tipik, hukuka aykırı ve kusurlu bir eylemin varlığı halinde kanun koyucu cezalandırmanın önüne geçmek için ayrıca bir koşul getirmektedir. Bu durumda ortada cezaya layık bir fiil var iken objektif cezalandırma şartı gerçekleşmezse, cezaya muhtaç bir fiilin varlığından da bahsedilemez.⁴²⁶ Belirli bir fiilin cezalandırılıp cezalandırılmaması sorusuna verilecek cevapta tekdüze bir cevap verilir ve suç tipi oluşturulur. Çünkü fiil genel olarak cezaya muhtaçtır yani cezaya muhtaçlığı ortaya çıkaran sebepler bir ceza normunun uygulanmasına bağlı olmayıp kural olarak bir ceza normu düzenlemesine bağlıdır.⁴²⁷

Cezaya muhtaçlık değerlendirmesi ile ölçülülük ilkesi arasında sıkı bir bağ mevcuttur. Cezaya muhtaçlık bir davranışın ne zaman ceza hukuku yaptırımıyla karşılanacağını belirler. Davranış ile bozulan toplumsal düzenin yeniden tesisi için başvuru ceza yaptırımı aracı ancak orantılı olduğunda meşru kabul edilebilecektir. Bu

⁴²³ Bloy, a.g.e., s. 244 vd.

⁴²⁴ Kristian Kühl, "Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens", **FS für Günter Spendel zum 70. Geburtstag**, Manfred Seebode (Ed.), Walter de Gruyter, Berlin 1992, s. 76.

⁴²⁵ Bloy, a.g.e., s. 246.

⁴²⁶ Jescheck ve Weigend, a.g.e., s. 556.

⁴²⁷ Stratenwert, a.g.e., s. 567-568.

değerlendirme ceza hukuku müdahalesinin ne zaman gerekeceğini belirler.⁴²⁸ Ölçülülük ilkesi ve bu ilkenin kıstasları ile fonksiyonu bakımından ilgili başlık altındaki açıklamalara bakılmalıdır.

Önemsizliğe dair ilk değerlendirme safhası cezaya muhtaçlık aşamasında ortaya çıkar. Yukarıda da değinildiği üzere bu değerlendirmeyi kanun koyucu yapmaktadır. Buna göre cezalandırmaya muhtaç olmayan fiiller ceza hukuku bakımından önemsiz kategorisinde görülür. Kanun koyucu cezalandırmaya ihtiyaç duymadığı, ancak bir hukuki değeri de ihlal eden davranışları yapacağı cezaya muhtaçlık değerlendirmesinde, ihtiyaç duymadığı takdirde bu fiilleri ceza hukuku dışında örneğin tazminat, disiplin cezası vs. gibi bir yaptırımla karşılar. Yine kanun koyucu bu tür fiilleri bir ceza hukuku yaptırımıyla karşılamakla birlikte ilgili suç tipine cezalandırma ile ilgili ek düzenlemeler getirerek (etkin pişmanlık gibi) bunların cezalandırmasından vazgeçebilir. Diğer taraftan cezalandırmanın mutlak olarak kaçınılmaz olduğu durumlarda etkin pişmanlık, maslahata uygunluk gibi kurumlardan vazgeçerek ceza hukuku yaptırımlarına başvurabilecektir.⁴²⁹

Açıklamalardan yola çıkarak cezaya muhtaçlığın daha çok kanun koyucuyu sınırlayıcı ve kanun koyucuya yol gösterici bir niteliğinin bulunduğu söylenebilir. Ancak cezaya muhtaçlık ve dayandığı temel düşünceler hâkime yol gösterici niteliktedir. Diğer taraftan her ne kadar kanun koyucu cezaya muhtaç davranışları kanunda düzenlese de yine mutlaka bir cezalandırma söz konusu olmayacak ve hâkim somut olayda gerçekleşen fiilin cezaya layık bir fiil olup olmadığını değerlendirecektir. Bu değerlendirme ise bir sonraki başlıkta ele alınacaktır.

2.2.2. Cezaya Liyakat

Doktrinde toplumun cezaya liyakat değerlerine yönelik suç tiplerine sahip olmayan bir ceza hukukunun meşruiyet sorunu yaşayacağı ileri sürülmüştür. Ancak bu düşüncenin mefhumu muhalifinden ceza hukukunun içeriğinin ancak toplumun cezaya liyakat değerlerini sağladığı anda meşru olacağı gibi bir anlam da çıkarmamak gerekir. Nitekim bu

⁴²⁸ Gregor Stächelin, **Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, Normative und empirische materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis**, Berlin: Duncker&Humblot, 1998, s. 65.

⁴²⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 187.

tür bir aksi düşünce, cezaya liyakat duygusunu mantiken ceza hukuku normlarının meşruluğunun tek şartının bu meşruiyeti sağlaması gerektiği şekilde, işlevini değiştirerek gerekçesiz bırakacaktır.⁴³⁰

Peşinen söylemek gerekir ki cezaya liyakat kavramı üzerinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Aynı şekilde kavramın fonksiyonu da bu görüş farklılıklarından nasibini almaktadır.⁴³¹ Bu kavram kusurlu bir eylemi ifade etmek maksadıyla olduğu gibi faille ilişkili olarak veya suç politikası değerlendirmesinin bir ifadesi yani bir suç politikası ilkesi olarak da kullanılmaktadır.⁴³² Diğer taraftan kavramın şekli olarak “*hukuka aykırılık*” veya “*haksızlık*” olarak da doktrinde karşılık bulduğu söylenebilir.⁴³³ Örneğin Ünver, cezaya liyakati bir suç politikası ilkesi olarak kabul etmektedir.⁴³⁴ Diğer taraftan Altpeter’e göre her hukuki değer ihlali otomatik olarak cezalandırılabilir bir haksızlık olmayıp yalnızca davranışın ağırlaşan bir haksızlık içeriği cezalandırmaya değer görülecektir. Yazara göre böyle bir fiil üzerinde varılan yargıya, cezaya liyakat yargısı denmektedir.⁴³⁵ Volk’a göre ise cezaya liyakatin, bir fiilin faile isnadiyeti noktasında bir rolü bulunmaktadır. Buna göre cezaya liyakat geniş bir anlamda ele alındığında sadece kanun koyucuya yönelik bir suç politikası kıstası olmayıp aynı zamanda hem ceza normlarının oluşumunda hem de uygulanmasında dikkate alınmaktadır. Uygulamacı bu kıstası bir ceza normunu yorumlarken ve o suç tipini şekillendirirken bu kıstastan yararlanacaktır.⁴³⁶ Jescheck ise cezaya liyakat kavramına ilişkin olarak bu kavramın tipiklik, haksızlık ve kusur yanında bağımsız bir suç kategorisi⁴³⁷ olmadığı sadece cezalandırılabilirliğin temel sebebini oluşturduğunu söylenmiştir.⁴³⁸ Kühl’e göre ise cezaya liyakat, yasaklama ve emredilmesi gereken ve gerekebilen hareketin devletin ceza yaptırımıyla karşılanmasıdır.⁴³⁹

⁴³⁰ Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 187; aynı şekilde bkz. Hassemer, **Theorie und Soziologie des Verbrechens**, s. 214.

⁴³¹ Hassemer ve Neumann, **NK-StGB**, Vor § 1, s. 96; Antje Deckert, “Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat”, **ZIS**, sy. 6, 2013, s. 267.

⁴³² Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 678.

⁴³³ Klaus Volk, “Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktaufbaus”, s. 872, **ZStW**, sy. 97 (1985), s. 871-918.

⁴³⁴ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 679.

⁴³⁵ Altpeter, a.g.e., s. 2.

⁴³⁶ Volk, a.g.e., s. 873-874.

⁴³⁷ Bu görüş doktrinde Langer tarafından savunulmaktadır.

⁴³⁸ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 5, dn. 3.

⁴³⁹ Kühl, “Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens”, s. 75.

Her ne kadar doktrin, cezaya liyakat kavramı üzerinde bir görüş birliğine varamasa da bu kavramın çerçevesinin belirlenmesinde fayda vardır. Suç politikası çerçevesinde cezaya liyakat kavramı geniş anlamda adalet ve amaca uygunluk kavramlarının birleşiminden oluşmaktadır.⁴⁴⁰ Özelde ise yalnız özel olarak ağır haksızlıklar ve yine benzer şekilde ağır kusur cezaya layık olarak değerlendirilir. Bu nedenle hukuk toplumunun temel değerlerine yönelen (yasak) veya bu temel değerlere yönelmekten mahrum bırakan (emir) hareketler ceza tehdidiyle karşılanmalıdır. Böylece faile etki edilerek onun başka suçlar işlemesinin önüne geçilmesi bakımından özel önleyici, hukuk düzeninin korunması amacıyla potansiyel faillere etki edilmesi için ise genel önleyici işlev görülmüş olur.⁴⁴¹

Cezaya liyakat⁴⁴² kavramını failin cezalandırılmasını önleyecek bir sihirli değnek olarak düşünmek doğru olmayacaktır. Yine bu kavramın isnadiyete ilişkin her türlü kıstasın yerini alması da doğru değildir.⁴⁴³ Ancak bu nedenlerle cezaya liyakatin hiçbir fonksiyonu olmadığı da anlaşılmamalıdır. Bu kavram çalışmamızda ele aldığımız, önemsizliği belirlenen davranışların oluşturduğu haksızlığın bir üst kavramı olarak kabul edilebilir. Yani dogmatik olarak bu tür fiillerin haksızlık içeriğinin “cezalandırmaya layık” olmayacak derece azlığından bahsedebiliriz.

Tipikliğin lafzı ile tipikliğin yorumunda farklılık olduğu gibi normatif haksızlık tipleştirilmesi ile uygulamadaki haksızlığın tespiti arasında bir farklılık yaşanmasının, ceza hukuku yorumunun temeli olduğuna dikkat çekilmiştir. Böylece haksızlık tipini; lafız nedeniyle hatalı olarak belirlenen sınırlarının, cezaya liyakat ile değerlendirilerek uygulanması olarak anlama ihtiyacı ortaya çıkar. Bu değerlendirmede normun, altında hukuki değerlerin ceza hukukuyla korunmasında son çare olma prensibi yatan cezaya muhtaçlık açısından, hala uygulanması gerekip gerekmediği tartışılacaktır.⁴⁴⁴

⁴⁴⁰ Hassemer ve Neumann, **NK-StGB**, Vor § 1, s. 97.

⁴⁴¹ Zielinski, a.g.e., s. 205-206.

⁴⁴² Bu kavramı suç sistemine entegre etmeye ve somutlaştırmaya yönelik düşüncelerin geliştiğini söylemek de yerinde olacaktır. Örneğin en dikkat çekici görüşlerden biri cezaya liyakati suçun tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurları dışında dördüncü ve bağımsız bir kategori olduğudur. Bu görüşü savunan *Langer'e* göre bir fiilin tasvip edilmezliği üç açıdan değerlendirilir: Bunlar haksızlık, kusur ve cezaya liyakattir, Volk, a.g.e., s. 876; aksi yönde bkz. Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 5, dn. 3.

⁴⁴³ Karş. Volk, a.g.e., s. 873-874.

⁴⁴⁴ Heribert Ostendorf, “Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel”, **GA**, 1982, s. 341-342; Schmidhäuser, **Strafrecht AT**, s. 17 vd.

Genel olarak haksızlığın, suç tipi şeklinde belirlenmesinde kanun koyucunun cezaya liyakat değerlendirmesinin rol oynadığını söylemek gerekir. Kanun koyucu bu liyakat değerlendirmesini ortaya koyduğunda elbette somut cezaya layık davranışla birebir örtüşmesi söz konusu olmayabilir.⁴⁴⁵ Nitekim tipiklik oluşturulurken de ortaya çıkan ve önemsiz olarak addedilebilecek durumların yorum yoluyla, kanun koyucunun oluşturduğu bu cezaya liyakat alanından çıkarılabilmesi mümkündür. Bu nedenle cezaya liyakat değerlendirmesinin esasen kanun koyucuya yol gösteren bir kriter olduğu söylene de bu değerlendirmenin uygulayıcı tarafından yapılacağı hatta yapılmak zorunda olduğu söylenmelidir. Buna göre soyut normu, somut olaya uygulamak görev ve yetkisinde olan hâkimin somut olayda tipikliğin gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmelidir. Bu değerlendirmede hafif olarak nitelendirilen eylemleri kanun koyucunun normu oluştururken güttüğü amacı da dikkate alarak tipikliğin unsurlarının dışına çıkarması gerekir.⁴⁴⁶ Cezaya liyakat suç politikası ve anayasal ilkeler çerçevesinde normların yorumu ve ceza hukuku sisteminin yapılanması için kısa bir formül olarak kabul edilebilir.⁴⁴⁷ Buradan yola çıkarak aslında suç politikasına dahil olduğu düşünülen cezaya liyakati, salt kanun koyucuya yönelik bir kavram olmayıp kanun ortaya konulduktan sonra da hakime yol gösteren bir kavram olarak kabul etmek gerekecektir.

2.3. Tipiklik ve Yorumu

Kanun koyucu toplumsal düzeni tahammül edilemez şekilde bozan bir insan davranışını cezaya muhtaç ve layık gördüğünde ceza yaptırımıyla karşılamak üzere soyut bir norm içinde düzenlemeye gider. Bu düzenleme yapılırken her bir somut olaya bir norm düzenlemek yerine gerçekleştirebilecek tüm somut olaylara uygulanmaya elverişli soyut bir norm ihdası yolunu seçer. Kanun koyucu bir kez soyut norm ihdas ettiğinde artık bu normlar, somut olayla yüz yüze kalan uygulayıcıya bırakılır. İşte uygulayıcılar yapacakları yorum faaliyeti ile hukuki ‘öneme’ sahip olay ve ilişkileri hukuk normunun kapsamına sokarlar.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 129.

⁴⁴⁶ Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 61 vd.

⁴⁴⁷ Volk, a.g.e., s. 873-874.

⁴⁴⁸ Yasemin Işıқтаç ve Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, 2. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010, s. 180.

Ceza hukuku normlarında ise yine durum aynı olup tipiklik adı verilen soyut çerçevenin somut olaya uygulanması için suç tipinde yer alan her bir unsurun yorumlanması gerekecektir.⁴⁴⁹ Böylelikle ilgili suç tipinin hangi davranışları kontrol altına alacağı yapılacak yorum yoluyla tespit edilebilecektir. Bu başlık altında suç tipinin genel çerçevesi ve suç tipine bakış açıları ortaya konduktan sonra uygulayıcının nasıl bir yorum yapacağı ve önemsizlik teşkil eden hallerden hukuki öneme sahip hallerin ayrılmasında nasıl bir yol çizeceği incelenmeye çalışılacaktır. Elbette ceza hukukunun kendine has birtakım özellikleri bulunmaktadır. Dolayısıyla da uygulayıcı diğer hukuk dallarında yapacağı yorumlar gibi serbest ve geniş bir yorum yapamayacağından ve konumuzun da ceza hukukundaki önemsizlik olduğundan, yorum bakımından değerlendirme önemsizliğin en bariz şekilde kendini belli ettiği tür ve yöntemlerle sınırlı kalacaktır.

2.3.1. Tipiklik

Tipiklik kavramıyla ifade edilen kanun koyucunun bir davranışı toplumsal kontrolü sağlamak amacıyla yaptırım altına almasıdır. Oluşan bu yapı suç tipi olarak veya diğer bir anlamıyla ceza normu olarak belirir. Barındırdığı unsurlarla hangi davranış tipinin suç olduğunu belirler. Bu tanımlama suçun sistematik işlevini ortaya koymakta ve ilk kez, *Belting* tarafından, suçun hukuka aykırı, kusurlu ceza tehdidiyle karşılanan hareket olarak anlaşıldığı zamanlarda, bir devrim olarak ortaya çıkmıştır. Böylece tipiklik ayrı bir kategori olarak doktrinde yerini almıştır.⁴⁵⁰ Diğer taraftan tipikliğin bir de suç politikası anlamı vardır. Güvence fonksiyonu olarak da anlaşılan tipikliğin bu fonksiyonuna göre yasaklanan hareketi ancak tam olarak tanımlayan suç tiplerine sahip bir ceza hukuku kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine uygun ve adaletli olacaktır. Böylece ceza hukuku bir fail ceza hukukundan ziyade fiil ceza hukuku olacaktır. Son olarak ise tipikliğin dogmatik bir fonksiyonu vardır. Buna göre tipiklik bilinmemesi halinde kastı ortadan kaldıracak unsurları tanımlamak zorundadır.⁴⁵¹

Belting'in ceza hukukuna kazandırdığı bu kategori ile birlikte onun iki özelliğini de belirtmiştir. Buna göre yazar tipikliğin objektif olduğunu ve herhangi bir değerden de

⁴⁴⁹ Ayrıca bkz. Zeki Hafizoğulları, **Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, 2. Bası, Ankara: US-A Yayıncılık, 1996, s. 334 vd.

⁴⁵⁰ *Belting*, a.g.e., s. 3.

⁴⁵¹ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 167.

yoksun⁴⁵² olduğunu belirtmiştir. Objektiflikten kasıt, tipin tüm sübjektif unsurlardan yani kusurdan arındırılmış olduğunu ifade etmektedir. Değerden yoksunluk ise tipin, tipik hareketin hukuka aykırılığı ile ilgili kanuni anlamda bir değerlilik barındırmamasıdır. Yani tipiklik tamamen nötr bir alandadır. Bu nedenle ‘değerlendirme’ hukuka aykırılık aşamasında ortaya çıkmaktadır.⁴⁵³

Daha sonra ise tipikliğin objektif olduğu görüşü değişmiş ve birçok durumda fiilin haksızlığının failin iradesine bağlı olduğu yani bir sübjektifliğin söz konusu olduğu ileri sürülmüştür.⁴⁵⁴ Bu görüşün temsilcilerinden Mayer de tıpkı *Beling* gibi prensip olarak suç tipinin bir değerden bağımsız olduğunu düşünmekteydi. Her ne kadar tipikliğin gerçekleşmesi hukuka aykırılığın ortaya çıktığına dair bir belirti olsa da tam anlamıyla tipiklik ile birlikte hukuka aykırılığın gerçekleştiği de söylenemiyordu. Bu nedenle tipiklik, hukuka aykırılığın ortaya çıkması bakımından sadece bir emare olarak kalmaktaydı. Ama tipikliğin tamamen değerden yoksun olması ancak onun tanımlayıcı olması durumunda yani insan, mal gibi açık tanımlamalar barındırdığında geçerliydi. Ancak tipiklik normatif yani değeri belirleyen unsurlar barındırdığında, örneğin ‘başkasının’ malı gibi, bu unsurlar kısmen etkileyen değerliliğiyle bir hukuka aykırılığı belirlemekteydi. Bir başkasının malının bulunduğu yerden alınmasıyla, başkasının malvarlığı hakkına müdahale edilmekte ve böylece ortaya ‘hırsızlık haksızlığının’ unsurları ortaya çıkmaktaydı.⁴⁵⁵

Suç tipleri, öncelikli olarak suç türünün cezaya liyakat içeriğini ya da şekli haksızlık içeriğini oluşturmaktadır. Tipte suçu suç yapan unsurlar barınır. Bu tipler soyut olarak herkes için yasağı çizer ve genel olarak cezalandırılan davranış türlerini ortaya koyarlar. Bu yönüyle suç tipleri genel önleme yönelik bir fonksiyon da ihtiva etmiş olurlar. Çizdikleri bu çerçevenin dışındaki davranışlar ise hukuktan arındırılmış (*rechtsfreien Raum*) alana girebilir veya hukuka aykırı da olabilir. Bu durumlarda ise tipiklik olmaması ve hukuka aykırılığın bulunması nedeniyle örneğin özel hukukun uygulama alanına girebilecektir. Bu nedenle ‘haksızlığı’ tipiklik ve hukuka aykırılığın oluşturduğu bir üst kavram olarak kavramak gerekecektir.⁴⁵⁶ Suç tipine lafzi olarak uyan davranışlar böylelikle

⁴⁵² Ayrıca bkz. Sax, “Tatbestand und Rechtsgutsverletzung (I)”, s. 10.

⁴⁵³ Beling, a.g.e., s. 147; Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 168.

⁴⁵⁴ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 169.

⁴⁵⁵ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 170.

⁴⁵⁶ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 173-174.

haksız birer davranış olarak değerlendirilir. Şekli haksızlık da denilen bu haksızlık fiilini haksız olduğuna dair bir ön kabulü de beraberinde getirir.⁴⁵⁷

Bu gelişmelerle beraber suç tipinin özellikle onun bir haksızlık barındırdığı düşünceleri hâkim olmaktadır. Böylece bir haksızlık kanuni tipinden (*Unrechtstyp/Unrechtstatbestand*) söz edilmeye başlanmıştır.⁴⁵⁸ İşte bu haksızlık kanuni tipi, suç türlerini oluşturan tipik haksızlık içeriğinin tecessüm hali olarak görülmektedir. Haksızlık kanuni tipinin tam karşısında ise suç şeklini tanımlayan unsurların oluşturduğu kusur içeriğini kapsayan kusur kanuni tipi (*Schuldstatbestand*) yer almaktadır. Haksızlık tipi ve kusur tipi birlikte suç tipini (*Deliktstatbestand*) oluşturmaktadır. Bu suç tipi bir suç türünün, tipik haksızlık ve kusur içeriğinden oluşan cezaya liyakat içeriğini barındırmaktadır. Son olarak hukuka uygunluk nedenlerinin de katılmasıyla bütün tipiklik ya da tiplerin bütünü (*Gesamtstatbestand*)⁴⁵⁹ oluşur. Bu suç sistematüğinde bir de suç ve cezada kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getiren güvence tipi (*Garantietatbestand*) yer almaktadır ki bu tip ceza kanunun güvence fonksiyonunda yer alan unsurları bir araya getirmektedir.⁴⁶⁰

Son yıllarda ceza hukuku genel hükümler bağlamında ortaya atılan yeni bir suç sistematüğinden, suç tipi ve bunların yorumuna ilişkin yeni bir bakış açısı geliştirdiği için bundan da söz etmekte fayda vardır. Bir nevi geleneksel ve finalist hareket teorilerinin sentezi olan bu görüş *Schmidhäuser*⁴⁶¹ tarafından geliştirilmiştir. Burada fiil ile cezanın maddi ilişkisinin ön planda tutulduğu, suçun unsurlarının teleolojik bir sistematüğü mevzubahistir.⁴⁶² Cezanın amacı sadece genel önleme olarak kabul eden yazar, lafzi tipiklik ile yorum yapıldığında ortaya çıkan tipiklik arasında ayırım yaparak geniş bir özgürlük alanı yaratmıştır. Buna göre lafzi tipiklik temelde kelimenin anlamına dayanan kanun anlamıdır. Yorum tipikliği ise hukuki uygulamanın bütün anlamının belirlemesini gerektirdiği takdirde her bir kelime anlamından ayrılarak yerine geçen kanun anlamıdır.⁴⁶³

⁴⁵⁷ Jescheck, *Strafrecht AT*, s. 184 vd; Gropp, *Strafrecht AT*, s. 176-177, kn. 22.

⁴⁵⁸ Roxin, *Strafrecht AT I*, s. 198; Jescheck, *Strafrecht AT*, s. 196.

⁴⁵⁹ Bu kavram için daha önce olgular bütünü kavramı kullanılsa da gerek kavramın incelendiği eserin özel hukuka ilişkin olması gerekse de *Tatbestand* kavramının Türkçede tip anlamına gelmesi sebebiyle bütün tipiklik ya da tiplerin bütünü kavramının kullanılması daha yerinde olacaktır. Bkz. Yeşim M. Atamer, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması - Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, İstanbul: Beta Yayınevi, 1996, s. 2, dn. 1.

⁴⁶⁰ Jescheck, *Strafrecht AT*, s. 196-197.

⁴⁶¹ Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, s. 109 vd.

⁴⁶² Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, s. 109.

⁴⁶³ Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, s. 14 vd.

Ancak bu ayrımla beraber kullanılan kelimelerin anlamının (*Wortsinn*) yorumun sınırını oluşturduğu düşüncesinden de ödün vermiştir.⁴⁶⁴ Böylece bu fikrin kanunsuz suç ve ceza ilkesiyle bağdaştırılabilirliği sorusu akla gelmiştir.⁴⁶⁵ Yazar bu konu ile ilgili olarak, ne zaman caiz olan yorumun ve ne zaman yasak olan kıyasın başladığı sorununun, yorumun bizzat kendi ile ilgili olduğunu belirtip hukukun uygulanması için lafzi tipikliğin değil, yorumlanan tipikliğin esas alınması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁶⁶ Buraya kadar aslında yazarın getirdiği bakış açısı makul ve kabul edilebilir düzeydedir. Ancak bu aşamadan sonra yazar kıyas yasağından geriye sadece kanunu uygulayanın kanunun yorumuna gerek olmadığı kanısına vardığında artık failin cezalandırılmasına imkân olmadığının kaldığını belirtmiştir.⁴⁶⁷ Yani bu düşünceden yorumun kıyas yasağı dahil olmak herhangi bir sınırı olmadığını ileri sürdüğü anlaşılmaktadır. Her ne kadar yorum yapılmaya başlandığında kıyas ile aradaki sınırlarda bir belirsizlik oluşmaya başlasa da kıyasa varan yoruma müsaade edilemez.

2.3.2. Ceza Normlarının Yorumu

Eski ve Orta Çağda hâkim sınırsız bir yorum yetkisine sahipti. Yazılı olmayan bir fiil dahi cezalandırılıbiliyordu. Bu ise ister istemez kanunun koyulması ile hâkimin yorum yetkisinin iç içe geçmesini, birbirine karışmasını doğurmuştur. İşte hâkimin bu şekilde yorum yetkisini kötüye kullanması neticesinde ve özellikle aydınlanma döneminde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi getirilmiştir.⁴⁶⁸

Ceza hukukunda kanunilik ilkesinin gelişi ceza hukukunun yaşadığı köklü dönüm noktalarından birini oluşturmuştur. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin ilk uygulanmasıyla ceza hukukunda katı bir kanunilik uygulaması gelmiş, hâkimler kanun hükümlerine son derece sadık birer memura bürünmüştür.⁴⁶⁹ Bunun nedeni ise yukarıda değinildiği üzere kanunilik ilkesinin uygulanmadığı dönemlerde, bireylerin keyfilik derecesinde özgürlüklerinin kısıtlanmasının yattığıdır. Böyle bir dönemden çıkış da

⁴⁶⁴ Claus Roxin, "Ein „neues Bild" des Strafrechtssystems", *ZStW*, sy. 83, 1971, s. 377; Jescheck, *Strafrecht AT*, s. 171.

⁴⁶⁵ Roxin, "Ein „neues Bild" des Strafrechtssystems", s. 377.

⁴⁶⁶ Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, s. 87.

⁴⁶⁷ Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, s. 87.

⁴⁶⁸ Uğur Alacakaptan, *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1958, s. 11.

⁴⁶⁹ Alacakaptan, *Suç ve Cezaların Kanuniliği*, s. 11.

kanunsuz suç ve ceza olmaması kanuniliğin dar anlamda ve katı uygulanmasını doğurmuştur. Şekli bakışı beraberinde getiren bu akımın en büyük sakıncalarından biri cezalandırmaya layık olmayan fiillerin de kanun lafzına uyduğu için cezalandırılmasının önünü açmasıdır.

Katı kanunilik uygulamasıyla birlikte ceza kanunlarının yorumlanmasının yasaklandığı bir dönemle karşılaşmıştır.⁴⁷⁰ Montesquieu'nun "*hâkimler kanunun sözlerini telaffuz eden bir ağızdan başka bir şey değildir*" düşüncesiyle dışa yansıyan ve Fransız ihtilalinin ilk dönemlerinde de yaygın olan bu görüşe göre, yargı erkinin yorum yapmaması sadece kanun metnini doğru bir tümdengelim mantığıyla somut olaylara uygulamakla yetinmesi gerektiği savunulmuştur. Bu çerçevede Fransa'da 1790 tarihli kanun, hâkimlere kanunları yorumlamayı açıkça yasaklamıştır. Hatta kanun mahkemelerin kanunları yorumlamaya ihtiyaç duyduklarında hüküm vermeyecekleri, ama yasama organına başvuracakları da hüküm altına alınmıştır. Yasama yorumunun temelindeki fikir de esasen hâkimlerin yorum yapmaya yetkileri olmadığı düşüncesidir.⁴⁷¹ Ancak daha sonra bu katı uygulamanın zararları ortaya çıkmış olacak ki tekrar yoruma dönüş yapılmıştır. Yoruma dönüş olmakla birlikte kanunilik ilkesinin gelmesinden önceki dönemde yapılan sınırsız yoruma da asla bir dönüş olmamıştır. Ceza hukukunda yapılan yorumun ancak sınırlı bir yorum olabileceği düşüncesi de bu sürecin bir meyvesidir.

Özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemi gibi kuralların soyut olduğu ve uygulayıcının somut olayda bizzat ilgilendiği durumlarda yorum kaçınılmazdır.⁴⁷² Kanunilik ilkesinin bir alt ilkesini oluşturan belirlilik ilkesine aykırı düzenlemeler söz konusu olduğunda yorum daha da önem kazanmaktadır. Doktrinde bu konu ile alakalı hukukun maddileştirilmesinden de söz edildiği görülmektedir. Kuralların ve hüküm mekanizmalarının bu surette maddileştirilmesinin de mahkemelere ve soruşturma makamlarına teslim edilerek demokratik kanun koyma sürecini zayıflattığı ve hukuki güvenliği azalttığı da ileri sürülmektedir.⁴⁷³ Ancak elbette bu durum uygulamacının bir

⁴⁷⁰ Ayrıntılı olarak bkz. Mezger, a.g.e., s. 78 vd.

⁴⁷¹ Kemal Gözler, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", **Anayasa Yargısı**, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt 15, 1998, s. 211-212.

⁴⁷² Elbette bu cümleden Anglo-Sakson hukuk sistemi gibi sistemlerde yoruma ihtiyaç duyulmadığı sonucu çıkarılmamalıdır.

⁴⁷³ Uwe Murmann, "Entformalisierung des Strafrechts – Eine erste Annäherung", **Recht ohne Regeln?**, Uwe Murmann (Ed.), s. 5 vd.

sorunu olmayıp bizzat kanun koyucuya atfedilmesi gereken bir problemdir. Ancak realite de göstermektedir ki her bir ayrıntının kanunlaştırılarak hukuki bir norm olarak ortaya konulması, hukuk normlarının doğasına aykırı bir durum oluşturmaktadır. Elbette ki bu ifadelerden yoruma muhtaç kavramların kanun metnine alınmasının bir zafiyet olduğu yargısı çıkarılmamalıdır. Nitekim maddi adaletin gerçekleşmesi için de bu durum kaçınılmaz bir sonuçtur.

Kanun metinleri, kanunilik ve belirlilik ilkesi başlığı altında anlatıldığı üzere açıkça kaleme alınmalıdır. Kanunilik ilkesinin bir gereği olan bu durum bazen normların açık ve ayrıntılı biçimde düzenlenmemektedir. Bunun nedeni ise kanunun lafzının daha hızlı sonuca varılması ve daha da önemlisi bu durumlarda hâkimi devreye sokmak olarak görülebilir.⁴⁷⁴ İşte hâkim müphem olan hükümleri açıklığa kavuşturacaktır. İşte burada hâkimin yaptığı faaliyet yorumdur. Bizzat kanun hâkimin bu durumlarda en iyi vazifesi olarak gördüğü yorum faaliyetine girişmesini istemektedir.⁴⁷⁵

Kanunun lafzının çok açık ve ayrıntılı ibareler içermesinin bir sınırı var mıdır? Yani kanun olabildiğince şüpheli ve genel ibareler kullanabilir mi? Bu durumun belirlilik ilkesine aykırılık oluşturduğu şüphesizdir. Burada bir sınır vardır. Bu sınır aşıldıktan sonra kanunilik ilkesi zarar görmeye başlayacaktır.⁴⁷⁶ Bu nedenle kanun koyucu olabildiğince açık ceza normları düzenlemelidir. Ancak birtakım düşüncelerden ötürü kanun koyucu ceza normlarındaki ibare ve unsurları çok geniş tutmuş ise burada o hükmü uygulayacak hâkime büyük bir görev düşmektedir. Bu durumda hâkim hükmü olabildiğince dar yorumlayarak bir neticeye varmalıdır. İşte kanun koyucu ile hâkim böylece birbirini bireyin özgürlüklerinin korunması adına kontrol edecektir. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki sadece belirsiz, kapalı ve genel ifadeler içeren hükümler değil tüm hükümler yoruma tabidir. Çünkü ancak bu şekilde soyut norm, somut olaya uygulanabilir.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ Erem, **Genel Hükümler**, s. 14, c. I; Uğur Alacakaptan, **Suç ve Cezaların Kanuniliği**, s. 9 ve 11.

⁴⁷⁵ 1937 yılında yapılan Milletlerarası 4. Ceza Hukuku Kongresi “Mahkeme içtihatlarının içtimai lüzum ve ihtiyaçlara uydurulmasını, adaptasyonu, kolaylaştırabilmek üzere, ceza kanununun suçları tarif eden hükümlerinin oldukça geniş ibareleri havi olması temenniye şayandır.” (Tahir Taner, “4. Beynelmilel Ceza Hukuku Kongresi”, **İÜHFM**, c. 3, 1937, s. 408)

⁴⁷⁶ Erem, **Genel Hükümler**, s. 11; Taner, **Umumi Kısım**, 141 vd; Alacakaptan, **Suç ve Cezaların Kanuniliği**, s. 10.

⁴⁷⁷ Kayıhan İçel ve Süheyl Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1. Kitap**, 3. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 1999, s. 122.

Suçun unsurlarının belirsizlik ihtiva etmesi, açık olamaması halinde, bu suç tiplerinin yorumunda hukuki değere dayalı bir yoruma gidilmesi gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür. Böyle bir yorumda o suçla korunması amaçlanan hukuki değer in açıklığı kavuşturulması gereklidir.⁴⁷⁸ Hukuki değere dayalı yorum aynı zamanda ileride değinilecek olan *ratio legis* yorumuyla da sıkı ilişki içerisinde dir. Bu nedenle doktrinde savunulduğu üzere hukuki değere dayalı yorum diğer tüm yorum ilkelerini bertaraf etmeyip⁴⁷⁹ normun yorumunda ayrıca yer almalıdır.⁴⁸⁰

Doktrinde bir görüşe göre ceza kanunu tahdididir. Bu nedenle metni ve unsurları genişletemeyecektir. Bu görüşün esasını bireysel özgürlüğü ve onun dokunulmazlığı oluşturmaktadır. Şayet bireyin fiili kanunun metin ve ibaresine uymuyorsa o kişi cezalandırılmayacaktır.⁴⁸¹ Ancak bu görüş ancak belirli şartlar çerçevesinde geçerlidir. Buna göre ceza normunun salt metni göz önünde bulundurularak fiilin o norma uymadığı düşünülüyorsa, yani sadece lafza uymayan bir fiil söz konusu ise ceza normunu uygulamak hukuka uygun bir sonuç vermeyecektir. Nitekim bu uygulama sadece lafzi ve daraltıcı yoruma geçit verip özellikle genişletici yorum başta olmak üzere diğer yorum araçlarının kullanılmasının önünü tıkayacaktır ki bu durumda fail-mağdur dengesi ve dolayısıyla adalet sağlanamayacaktır. Yorum ile ulaşılması amaçlanan asıl anlama sınırlı bir yorum ile ulaşmak mümkün görünmemektedir.

Doktrinde suç tiplerinin yorumu ve böylece o yorumdan çıkarılabilecek maddi bakımdan suç kavramına yönelik birtakım ölçütler getirilmiştir. Buna göre cezalandırılması gereken davranışın asgari ölçütleri üç şekilde belirlenmiştir. Bu şartlardan ilki bir birey ile birey için hukuken dokunulmamış yapıdaki bir değer arasında anti sosyal bir ilişkinin oluşumudur. İkinci olarak sosyal olarak kabul edilebilir ölçüyü önemli biçimde aşan riskli bir davranışın ilk şarttaki değer üzerinde sosyal olarak sineye çekilemeyecek ölçüde zarar veya tehlike neticesini oluşturmalarıdır. Diğer bir ifadeyle katlanılmaz bir ihlalin bulunması

⁴⁷⁸ Petra Mennicke, “Überlegungen zum Rechtsgut des § 356 StGB und einer rechtsgutsbezogenen Auslegung des „ungeschriebenen“ Tatbestandsmerkmals des Interessengegensatzes zwischen den Parteien”, **ZStW**, sy. 112, 2000, s. 841; Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 852.

⁴⁷⁹ Bkz. Nevzat Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1970, s. 229.

⁴⁸⁰ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 852.

⁴⁸¹ Taner, **Umumi Kısım**, s. 137.

gerekir. Son olarak ise değer bakımından sosyal olarak gerekli özeni göstermeyen sübjektif yükümlülüğe aykırı bir davranış iradesinin bulunması gerekecektir.⁴⁸²

Hâkimin yorum araçlarının sınırlı olması ve yetkilerinin belirli şartlara bağlı olması nedeniyle artık keyfilikten bahsedilemeyeceği açıkça görölmüştür. Ancak doktrinde özellikle hukuki değer eksenli yorumun hâkiminin keyfi hareket etmesinin önünü açacağı eleştirileri yöneltiştir.⁴⁸³ Ancak yine değindiğimiz üzere hâkimin yorum yapma yetkisine kanun koyucu tarafından sınırlar çizildiği ve hatta bizzat kanunilik ilkesinin sınır çizdiği (örneğin kıyas yasağı gibi) alan içerisinde hâkimin hareket etmesi söz konusu olduğu için keyfilikten bahsetmek abesle iştiğal olacaktır.

Şayet bir fiil adaletin sağlanması amacıyla geniş bir yoruma tabi tutularak normun kapsama alanına sokulabiliyorsa bu durumda aksi uygulanarak fiil yeterli haksızlığa ulaşamadığı için⁴⁸⁴ normun kapsamı dışında tutulabilecektir.⁴⁸⁵ Bu nedenle önemsizliğin tespitinde yorumun yapılması kaçınılmazdır. İleriki konularda özel bir yere sahip olduğundan *ratio legis* yorumu ve normun koruma amacı teorisine ayrıca ve ayrıntılı olarak değinilecektir. Hukuki değer ise gerek ceza hukukunun kalbini oluşturmaları gerekse de önemsiz haksızlığın tespiti bakımından önemli bir yorum aracı olmasından ötürü ayrıca ve kapsamlı olarak değinilecektir.

2.3.3. Ceza Hukukunda Yorumun Sınırı

Ceza hukukunda soyut normun somut olaya uygulanmasında yorum kaçınılmaz bir vasıta teşkil etmektedir. Ancak ceza hukuku hassas bir alan olduğu için diğer hukuk alanlardan ayrı olarak kendine özgü birtakım özellikleri bulunmaktadır. Dolayısıyla bu alanda yapılacak yorumun sınırsız bir yorum olduğundan da bahsedilemez. Bu nedenle ceza hukukunda yapılacak yorumu sınırlayacak birtakım kurumlar getirilmiştir.

Kanunilik ilkesinin ceza hukuku yorumunda getirdiğı kıyas yasağı ile yeni bir hukuk yaratan yorumun önüne geçilmektedir. Ancak daha önce değinildiğı üzere kanunilik

⁴⁸² Lampe, “Gedanken zum materiellen Straftatbegriff”, s. 94-95.

⁴⁸³ Bkz. Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 857.

⁴⁸⁴ Günther, a.g.e., s. 236.

⁴⁸⁵ Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 127.

ilkesini icat edenlerin sanki her yorum bir hukuk yaratma olarak algılandığı için hâkimin yorum yapamayıp sadece normu uygulama görevi olduğu kabul edilmişti. Aynı şekilde yorum bu dönemde yargının yasama yetkisini gaspı olarak görülüyordu. Ancak bugün hâkimin, kanunun kullandığı ve birçok anlama sahip tipiklik unsurlarını yorumlaması ve kanunun birer “ağzından” ibaret olmadığı kabul edilmektedir. En basit şekilde kaleme alınan adam öldürme suçunda dahi “kişi” unsurunun kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirleme yapılırken ise kavramın anlamı, normun amacı ve bu amaca bağlı olarak geniş veya dar bir kapsama sahip olup olmadığı yorum ile incelenecektir. Ancak kavramsal anlamın sınırı da bulunmakta ve bu sınır aşıldığında kıyas yasağı ile karşılaşmaktadır. Dolayısıyla sınırsız ve dolayısıyla keyfî bir yorumun yapılması ceza hukukunda kesinlikle kabul edilemez.⁴⁸⁶

Keza ileride ayrıntılı olarak incelenen örf ve âdetin de bir yorum sınırı oluşturduğu söylenebilir. Buna göre örf ve âdet hiçbir şekilde bir cezayı gerekçelendiren veya ağırlaştıran etkiye sahip olamaz.⁴⁸⁷

Bu sayılanlar dışında yine tipikliği sınırlandıran prensipler olarak toplumsal uygunluk, hafiflik prensibi (*Geringfügigkeitsprinzip*), mağdurun korunmaya liyakati ve izin verilen risk sayılmıştır. Toplumsal uygunluk konusu ileride ayrıntılı olarak inceleneceği için burada ayrıca değinilmeyecektir. Ancak diğer kavramları kısaca açıklamakta fayda vardır.

Hafiflik prensibi amaçsal yorumun bir alt türü olarak görülmekte olup bağımsız ve tipikliği düzelten bir kavram olarak kabul edilmemektedir. Bu prensibe göre önemsiz olarak addedilebilecek hukuki değer ihlalleri en başından suç tipinin lafzına ve anlamına dahil değildir. Aynı zamanda bu kavramın toplumsal uygunluk ile sıkı bir bağlantısı bulunmakta olup arada kesin bir sınırın çizilmesinin de mümkün olmadığı doktrinde ileri sürülmüştür.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 104 vd.

⁴⁸⁷ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 115 vd; ayrıntılı olarak aşağıda bkz. Örf ve Âdetin Ceza Hukukuna Etkisi.

⁴⁸⁸ Schönke ve Schröder, **StGB Kommentar, (Lenkner/Eisele)**, kn. 70a, s. 178; karş. Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 243 vd; Doktrinde fiilin toplumsal uygunluğunun hareketin haksızlığını, hafiflik prensibinin ise neticenin haksızlığını oluşturduğu şeklinde bir ayırım da göze çarpmaktadır, bkz. Ostendorf, a.g.e., s. 322.

Mağdur bilimi dogmatikliği kaynaklı bir sonraki prensip olan ‘mağdurun korunmaya liyakati’ prensibi bağımsız olmasa da tartışmalı olarak tipikliği sınırlandırıcı etkiye sahip olduğu düşünülmektedir. Bu prensibe göre ceza hukukuna uygun olarak yapılacak bir yorumla mağdurun bizihi alacağı mümkün ve beklenebilir önlemlerle kendini zarardan koruyabileceği yani mağdurun korunmaya layık ve muhtaç olmadığı davranışlar suç tipinin kapsamından çıkarılmalıdır.⁴⁸⁹

Son olarak görece yeni bir kavram olan ve genel olarak tipikliği sınırlandıran kurum olarak izin verilen risk kavramı doktrinde yerini almaktadır. Yine bu kavram da toplumsal uygunluk kavramıyla ilişkili olup⁴⁹⁰ daha çok taksirli suçlarda ortaya çıkmaktadır. Bu kavramın özen yükümlülüğünü sınırlandırıcı bir etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir.⁴⁹¹ Hukuki niteliği tartışmalı⁴⁹² olmakla birlikte kavramın objektif isnadiyet içinde netice suçlarında hukuken izin verilen risklerin isnadiyetinin önüne geçtiği söylenebilir. Yine yeri geldikçe bu kavrama atıflar yapılacaktır.

2.3.3.1. Amaç ve Yorum

Bir suç tipinin yalnız belirli hareketleri ve korunan belirli bir hukuki değeri kapsadığı ve böylelikle belirli bir koruma alanları olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle söz konusu suç tipinin lafzına rağmen sadece bu alan içinde kalan fiillerin tipik olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁴⁹³ Bir suç tipinin barındırdığı unsurlar lafız itibariyle çok geniş alanda davranışları kapsamına alabilmektedir. İşte suç tipinin bu genişlemesinin önüne geçmek için o suç tipinin cezalandırmak istediği davranışların ortaya konulması ve böylece sınırlandırılması gerekmektedir. Bu başlık altında sırasıyla *ratio legis* yorumu ve normun koruma amacı öğretisi incelenecektir.

⁴⁸⁹ Schönke ve Schröder, **StGB Kommentar, (Lenkner/Eisele)**, kn. 70b, s. 178

⁴⁹⁰ Ünver, **İzin Verilen Risk**, s. 67 vd.

⁴⁹¹ Hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz.

⁴⁹² Ünver, **İzin Verilen Risk**, s. 126 vd.

⁴⁹³ Claus Roxin, “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, **FS für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag Bd. II**, Günter Kohlmann (Ed.), Köln: Dr. Peter Deubner Verlag, 1983, s. 312.

2.3.3.1.1. Ratio Legis Yorumu

Her yorum kanunda kullanılan kavramların anlamlarından hareket ederek o kanunun amaçlarına göre şekillenir. Çünkü her kanun belirli toplumsal amaçlara ulaşma yolunda bir araç olup ancak bu amaç ortaya çıkarıldığında anlaşılabilir. Elbette bu her bir kanunun amacından çıkarılır ve çıkarılan bu amaç, yorum için gerekli ölçütleri ortaya koyar. Özellikle suç tiplerinin yorumu söz konusu olduğunda amaçsal yorum özel bir yere sahiptir. Çünkü burada amaç olarak kabul edilecek esas husus hukuki değerlerin korunmasıdır. Diğer taraftan yoruma esas olacak amaç aynı zamanda bütün hukuk sisteminin amacı olarak ortaya çıkar. Yani amaçsal yorum yapılırken bütün hukuk düzeni göz önünde bulundurulmalıdır. Elbette bu yorum yapılırken ceza hukukunun bir niteliği olan kanunilik ilkesine uygun olmalıdır. Dolayısıyla suç tiplerinin yorumunda kıyas yorum metodu kullanılamayacaktır.⁴⁹⁴

Kanunlar, kanun koyucu tarafından oluşturulup yürürlüğe konduktan sonra artık ondan bağımsız bir varlığa dönüşürler. Kanun vaz edilmeden önce, kanun koyucuyu böyle bir hukuk normunu oluşmaya iten birtakım nedenler ortaya çıkmış ve kanun koyucunun belirli bir iradesi oluşmuştur. Diğer taraftan kanun koyucunun iradesi oluşurken mevcut olmayan bazı durumların ortaya çıkması halinde vaz edilen normların bu durumları kapsamadığı düşünülebilecektir.⁴⁹⁵

Doktrinde kanunun amacını belirlemek için kanun koyucunun iradesinin mi yoksa kanunun iradesinin mi esas alınacağı tartışılmıştır. Bu tartışma çerçevesinde ortaya çıkan sübjektif teori, hukuk normunun amacını kanun koyucunun normu yaptığı sıradaki iradesinden çıkarılacağını söylemiştir. Diğer bir teori olan objektif teori ise yukarıda değindiğimiz üzere kanunun çıkarılmasıyla birlikte kanunun, kanun koyucunun iradesinden ayrıldığını ve *kanunun esas fikri* olarak adlandırılan bağımsız bir varlık kazandığını savunur.⁴⁹⁶ İleride de bahsedileceği üzere bu görüşler yorumun hedefini ya da amacını ortaya çıkarmak amacıyla özellikle 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hukuk literatüründe yer almıştır. Her iki teori tartışmaların odak noktasını oluştursa da

⁴⁹⁴ Mezger, a.g.e., s. 79 vd.

⁴⁹⁵ Öztekin Tosun, “Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir”, *İÜHFD*, Cilt 28, sy. 1, 1962, s. 23.

⁴⁹⁶ Wessels ve Beulke, *Strafrecht AT*, s. 15-16, kn. 57; aynı yönde bkz. Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Ankara: Turhan Kitabevi, 1985, s. 12.

doktrindeki görüşler ağırlıklı olarak objektif teoriden yana olup sübjektif teori taraftarları neredeyse kalmamıştır. Elbette bu iki teoriyi birleştirmeye yönelik çabalar olmuş olsa da taraftar toplayamamıştır.⁴⁹⁷ Bu nedenle bugün objektif bir bakış açısının hâkim olduğu ve belirli bir norm oluşturulurken güdülen amaç ya da hedef *ratio legis* olarak adlandırılmıştır.⁴⁹⁸

Bugün ceza hukukunda yorum yapılırken *ratio legis* kavramına sık sık atıf yapılmaktadır. Bu yorum yapılırken, hukuki değere dayalı yapılan yorum ile aynı kefeye konmakta ve her ikisinin de aynı şey olduğu doktrinde dile getirilmektedir. Bu yaklaşım hukuki değer niteliğinde benimsenen görüşe göre değişmektedir. Burada özellikle hukuki değer maddi bir özellik mi yoksa ideal bir özellik mi arz ettiği önem kazanmaktadır. Buna göre hukuki değer maddi bir nitelik arz ediyorsa, kanun koyucunun korumak istediği şey ile onu korumak için yarattığı koruma alanının nesneleri, suçun maddi konusu ile özdeş olacaktır. Böylece *ratio legis* yorumu ile hukuki değer esas alınarak yapılan yorum arasında herhangi bir fark kalmayacaktır. Aksine hukuki değere ideal bir değer olarak bakıldığında suçun maddi konusu ile hukuki konusu birbirinden ayrılacak ve bu yorum araçları birbirinden bağımsız olacaktır. *Ratio legis* yorumundan ayrılan hukuki değere dayalı yorum, gerçek ihlal nedenselliğinin tespit edilmesinde bir kıstas olarak kullanılabilecek, *ratio legis* ise kanun koyucunun iradesini yansıtmaya devam edecektir.⁴⁹⁹ En nihayetinde *ratio legis* yorumu ile hukuki değere dayalı yorum arasında bir ayrım yapıldığında *ratio legis*'in kanun koyucunun belirli bir hukuk normunu oluşturmaya yönelten amaç ve kanun koyucunun iradesinin saptanması olarak tanımlanırken, hukuki değere dayalı yorumda bir davranışın hukuki değer ve onun ihlali ile ilgili değerlendirilmesi ön plana çıkmaktadır.⁵⁰⁰

Doktrinde Ünver ise önemsiz haksızlığı belirlemede *ratio legis* yorumundan faydalanması gerektiğini ileri sürmüştür. Yazara göre bir hukuki değeri ihlal edildiği ancak bu ihlalin belirli durumlara ulaşmadığı *ratio legis* aracılığıyla yapılan bir yorumla “tipik bir davranışın” gerçekleşmediğine hükmedilebilecektir. Her ne kadar bu tür fiillere hukukun

⁴⁹⁷ Dopslaff, a.g.e., s. 128.

⁴⁹⁸ İçel ve diğerleri, **Suç Teorisi**, s. 107.

⁴⁹⁹ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 148-149.

⁵⁰⁰ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 149.

diğer dallarında bir sonuç bağlansa da kanun koyucunun yarattığı koruma alanı içinde, ceza hukukuyla önlenmesi amaçlanan tipik bir ihlal bulunmamaktadır.⁵⁰¹

Konunun uygulama ayağına bakıldığında Yargıtay'ın da *ratio legis*'e atıf yaptığı görülmektedir. Buna göre Ceza Genel Kurulu verdiği bir kararında şöyle demektedir:

“Sırf biçimsel bir hukuka aykırılık kavramı, hukuka uygunluk sebeplerini sadece müspet hukukta aramak ve kanunun sustuğu yerlerde, yapılan hareket ne derece haklı ve meşru görülürse görülsün, faili cezalandırmak sonucuna götürür. Biçimsel hukuka aykırılık esasını kabul etmek, teknik hukuk açısından doğru ve yerindedir, fakat sosyal hayatın gereklerine bazı hallerde tam anlamıyla cevap verecek nitelikte değildir. Böyle olunca, kanunun suç saydığı bir fiil işlendikte, o fiili suç saymakta güdülen amaca, kanunun asıl fikrine “ratio legis” e bakmak gerekir: Yapılan hareketin bu amaca girdiğine kanaat getirildiği anda, hukuka aykırılık vardır ve bir takım düşüncelerle aynı hareketin “adil” veya “haklı” sayılabilmesinin hiçbir rolü yoktur; buna karşılık hareketin sözü geçen amaca uygun olmadığı, kanunun bu türden hareketleri yasaklayıp cezalandırmak amacını güdemeyeceği sonucuna varıldıkta, fiil hukuka uygundur ve hukuka uygunluğu belirten halin kanunlarda yazılı olup olmaması bakımından bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Ceza

⁵⁰¹ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 150-151.

Hukuku'nun da zımni sınırları vardır. Maksatsız hukuk ve suç olamayacağı gibi; amacın ötesinde bir hukuka aykırılık da bulunamaz. ⁵⁰²

Ratio legis yani normun amacının tespitine yönelik yapılan yorumun sınırının nasıl çizileceği tartışılan bir konu olmuştur. Temel olarak tartışmalar anlam ve amaç

⁵⁰² Olay şu şekilde gerçekleşmiştir: Sanık Fevzi Bankası Harbiye Şubesi'nde Müdür Muavini olarak görev yapmaktadır. Mutlu ve dengeli aile yaşantısını sürdürürken kahvecilik yapan ve serseri takımından olduğu dosya içeriğinden anlaşılan Sabahattin adlı şahıs, reşit olmayan kızını kaçırmıştır. Sabahattin, öylesine saldırgan ve kanun dışı eylemlere o derece yatkın bir kişidir ki; bu olaydan 6 ay kadar sonra bir şoför arkadaşıyla birlikte iki Amerikalı turist kızı kaçırarak bir eve kilitlemiş pencereleri kırarak imdat isteyen turist kızlar, polisin olay yerine gelmesiyle kurtarılabilmişlerdir. Kızının ığfal de edildiğini öğrenen Fevzi müşteki Sabahattin'le evlenmesine rıza göstermiştir. Buna rağmen müşteki eşini eve hapsedmiş dövüp sövmeye işkence yapmaya başlamış, hatta esrar kullanmaya zorlamıştır. Sanık ve eşi nikahtan sonra bir daha kızlarını görememişlerdir. Muhitte yaptıkları soruşturma sonucu Sabahattin'in kızlarına işkence yaptığını, eve hapsettiğini öğrenince C. Savcılığı'na müracaat etmişler, karakola havale edilen dilekçeleri üzerine hiçbir işlem yapılmayınca kızlarını evinde ziyarete karar vermişlerdir. Gittikleri evde karşılaştıkları durum şudur: Gözleri çürük, elleri yara içinde olan kızları, kocası için "ne derse yapın, yoksa sizi öldürür" diye ağlamaya başlamıştır. Daha bu olayın şokunu atlatmadan sanık aynı evde damadının bıçakla saldırısına uğrar, karakolluk olurlar. Ancak bu ara baygın halde bulunan kızlarını kurtarmayı başarırlar ve Cerrahpaşa Hastanesi'nde tedavi ettirdikten sonra kendi evlerine götürürler, kızları müşteki aleyhine boşanma davası açar. Buna rağmen, müşteki ve arkadaşları sık sık, özellikle sanığın evde bulunmadığı zamanlarda evine gelerek sanık ve yakınlarını tehdit etmeye, rezalet çıkarmaya başlamışlardır. Bunun üzerine sanık tekrar C. Savcılığı'na müracaat etmiş 3240 numarayı alan hazırlık soruşturması evrakı Ortaköy Emniyet Komiserliği'ne havale etmiştir. Olay tarihinden 15 gün kadar önce de Sabahattin'in adamları kızını kaçırmak amacıyla sanığın evine zorla girmeye çalışmışlar, sanığın eşi keser kullanarak bu tecavüzü defedebilmiştir. Sanık korkusundan 2. kızını da okula göndermemeye başlamıştır. Müştekinin giderek artan tecavüzlerini yasal yollardan def etmek olanağını bulamamakta, yine de uygunsuz ve suç teşkil eder bir davranış içine girmemektedir. Çaresizdir. Ancak, bu nitelikteki şahsın kızını tekrar zorla alıp götürmesine seyirci kalamayacaktır. Bir şeyler yapması gerekmektedir. Arkadaşı Şerafettin'e başına gelenleri anlatırken; "tanıdık, boş bir erkek olsa da özellikle ben bulunmadığım zamanlar eve göz kulak olsa. Belki bu şahıslar eve gelmekten vazgeçerler" demiş; Şerafettin'in de "Erzurum Öğrenci Yurdu'nda tanıdık arkadaşları olduğunu onların yardımcı olabileceğini" söylemesi üzerine, sanık bu öğrencilerle temas kurmuş onlara durumu anlatınca, öğrenciler hiçbir menfaat karşılığı olmaksızın yardımcı olmaya, müştekiyi korkutmaya söz vermişlerdir. Kendisinin ve yakınlarının uğradığı tecavüzlerin boyutları ve devamlılığı göz önünde tutulduğunda sanığın bu çeşit bir yola başvurusu yasa dışı bir eylem olarak nitelendirilmez. Zira sanık aslında suç teşkil eden eylemlere zorlanmamak için, çaresizlikten böyle bir yol seçmiştir. Bütün istediği müştekinin yasa dışı davranışlarından vazgeçmesidir. Onun ne şekilde korkutulacağını dahi bilmemektedir. Bu noktadan itibaren, olayların akışı ve kontrolü yurttan tanıştığı diğer sanıkların eline geçer. Sanığın evine gelip müştekiyi beklemeye başlarlar. Ertesi gün, sanığın evde bulunmadığı bir saatte müştekinin aracı olarak gönderdiği iki kadın eve gelir. Sanık Fevzi'nin eşi, diğer sanıkların talimatıyla "barışmaya rıza gösterebileceklerini müştekiyi o gece beklediklerini" söyler. 8.2.1978 günü gecesi, müşteki yanında iki kadın ve Sabri adlı şahıs olduğu halde, sanığın evine gelir. Bir bahane uydurarak kadınların evden uzaklaşması sağlandıktan sonra, gözlendikleri yerden çıkan diğer sanıklar, müşteki ve arkadaşının gözlerini bağlarlar, sanık Fevzi'nin kullandığı bir araba ve kiraladıkları diğer bir arabaya binerek Erzurum Öğrenci Yurdu'na gelirler. Orada sanık Fevzi'ye evine geri dönmesi söylenir, sanık Fevzi denileni yapar. Yurtta bir odaya alınan müştekinin arkadaşı Sabri'ye sanıklar hiçbir şey yapmazlar, ancak müştekiyi dövdükleri korkutmak amacıyla ayaklarına doğru kurşun sıktıkları gibi, "100.000 lira parayı, 3 tabanca ve boğazındaki altın kolye ile birlikte 13.2.1978 günü saat 12.00'de... Pastanesi'ne getirmesini" söylerler. Bu eylemlerden sanık Fevzi'nin haberi yoktur. Onun talimatı ile de yapılmamıştır. Müştekinin durumdan zabıtayı haberdar etmesi üzerine, polisler belirlenen günde, ... Pastanesi ve civarında tertibat alırlar. Müştekinin getirdiği para paketini alırken sanık Tahsin suçüstü yakalanır. Olay yerinde gözcü olarak bulunan ve diğer olaylara da karışan Yusuf sağ baldırından hafif yaralı olarak ele geçer, kimliği tespit edilen diğer sanık Cemal'de yakalanarak açılan kamu davası sonucu yazılı şekilde mahkûmiyetlerine karar verilir ve haklarında verilen hüküm kesinleşir, CGK, T. 28.03.1983, E. 1983/8-56, K. 1983/144.

çerçevesinde şekillenmektedir. Tipikliğin barındırdığı kavramlarının anlamı ile bu kavramların bir ceza normuna konularak kontrol altına alınmak istenen davranışları betimleme amacı arasında ölçülü bir belirlemeye gidilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Başta kıyas yasağı ve dolayısıyla kanunilik ilkesinin ihlalinin önüne geçmek amacıyla suç tipinin barındırdığı kavramların anlamı sınır olarak kabul edilmiştir. Bu şekilde diğer taraftan da keyfiliğin önüne geçilmeye çalışılmakta ve cezanın öngörülebilirliği yani hukuki güvenliğin sağlanması amaçlanmaktadır.⁵⁰³

Yorum sürecinin sağlıklı yürütülmesi için kullanılan anlam ve amaç argümanlarının tam olarak belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde bu belirlemenin üç kriter vasıtasıyla yürütülebileceği ileri sürülmüştür. İlk olarak belirli bir *hedefin bulunması* gerekmektedir. Bu hedefin gerçekleşmesi için faaliyetlerin tam olarak uygun olması ve faaliyetin bireyden bağımsız olması zorunludur. İkinci kriter ise izlenen sürecin ve bu süreç sonrasında ortaya çıkan neticenin *süjeler arası doğrulanabilir* olması gerekmektedir. Bu iki kriter yani hedefin belirlenmesi ile süjeler arası doğrulanabilirlik⁵⁰⁴ yorum metotları yardımıyla ortaya çıkarılabilmektedir. Üçüncü ve yorum etkinliği sırasında göz önünde bulundurulması gereken son kriter ise bir ceza normunun *tipikliğinin belirli* olmasıdır.⁵⁰⁵ Şimdi sırasıyla bu üç kriter daha ayrıntılı incelenmeye çalışılacaktır.

Yorumun hedefi ya da amacı olarak adlandırdığımız konuda yukarıda da bahsettiğimiz üzere kanunun asıl anlam ya da amacını ortaya çıkarmaktır. Objektif görüşün hâkim olduğu bu alanda tartışılan başka bir husus ise acaba normun amacını ortaya çıkarırken somut olaya uygulandığı andaki anlam ve amacı mı yoksa normun vaz edildiği andaki anlam ve amacı mı ortaya çıkarılmaya çalışılacaktır? Tartışmada esas alınan nokta tek başına objektif teorinin çıkış noktasının temel değişikliklerde gerçekleşen durumları olduğu gibi hukuki değerlendirmeler de makul bir ilerlemeyi de sağlayabilir olması görüşüdür. Bu nedenle bir normun bugün ifade ettiği anlamı esas alınacaktır.⁵⁰⁶

⁵⁰³ Dopslaff, a.g.e., s. 132, 195.

⁵⁰⁴ Jescheck ise objektif doğrulanabilirlikten bahsetmiştir. Bu iki kavramın birbiriyle aynı olduğu söylenebilir, bkz. Jescheck, *Strafrecht AT*, s. 119.

⁵⁰⁵ Dopslaff, a.g.e., s. 127.

⁵⁰⁶ Dopslaff, a.g.e., s. 129.

Yorumun hedefi olarak yukarıda da belirttiğimiz gibi korunan hukuki değeri tipiklikte belirtilen hareketlere karşı korumak olarak belirlemek, doğru olacaktır.⁵⁰⁷ Elbette hukuki değere yönelikte tipte yer alan hareket veya hareketlerin o hukuki değeri gerçek anlamda zarar veya tehlike şeklinde ihlali gerekmektedir.

Bir diğer kıstas ise *süjeler arası doğrulanabilirlik* ya da diğer adıyla *objektif doğrulanabilirliktir*. Bunun anlamı suç tipleri amaca uygun yorumlandığında bir kişinin vardığı sonuç ile bir başka kişinin vardığı sonuç, amacı ihlal eden bir fiilin varlığı ya da yokluğu şeklinde olması gerekecektir. Elbette bu kişiler hukuk gibi belirli bir alanın ihtiyaç duyduğu tecrübe ve ön bilgiye sahip olmalıdır. Böylece yapılan yorum faaliyeti bir başka kişi tarafından da doğrulanabilecektir.⁵⁰⁸ Böylece keyfiliğin önüne de geçilmiş olacak ve bir anlamda hukuki güvenlik sağlanacaktır.

Son kıstas ise *tipikliğin belirliliğidir*. Kanunilik ilkesinde temellerini bulan belirlilik ilkesine göre bir hareket ancak, cezalandırılabilirliği hareket gerçekleşmeden önce bir kanunla belirlenmiş olması halinde cezalandırılabilir. Diğer taraftan bu hareketin özellikleri ve ne olduğu suç tipinde tanımlanmış olmalıdır. Böylece tipikliğin belirliliği, suç tipinin hareketin gerçekleştirilmesinden önce belirli bir anlamı olduğu ve hareketin bu anlam tarafından kapsanmasını gerektirir. Elbette yorum faaliyeti yerine getirilirken de suç tipinde kullanılan kelimelerin anlamı içinde kalınacaktır.⁵⁰⁹ Suç tipinin belirliliği konusuna yukarıda ayrıntılı olarak değinildiği için ayrıca açıklama yapılmayacaktır.

Görüldüğü üzere amaçsal yorum önemsizliğin belirlenmesi bakımından yapılan yorumlar arasında tartışmasız bir yere sahiptir. Amaçsal yorum ile ceza hukukunun güttüğü amaçlar göz önünde bulundurularak, ceza hukukunun *ultima ratio* özelliğini sağlamaktadır. Suç tipinin kapsamının ve dolayısıyla günümüzde çok hızlı genişleyen ceza hukukunun sınırlandırılmasına büyük katkı sağlayan bu yorum metodu ile suç tiplerinin koruduğu alanlar da daha belirgin hale gelecektir. Diğer taraftan amaçsal yorum olmaksızın suç tipinin lafzının çok geniş alanlara ulaşması tehlikesi bulunduğundan, amaçsal yorum hâkimin vazgeçilmez yorum yöntemlerinden birini oluşturacaktır. Elbette hâkim bu tür bir yorum yaparken keyfiliğe varacak şekilde bir yorumdan da kaçınmalıdır.

⁵⁰⁷ Dopslaff, a.g.e., s. 132.

⁵⁰⁸ Dopslaff, a.g.e., s. 132-133.

⁵⁰⁹ Dopslaff, a.g.e., s. 133-134.

2.3.3.1.2. Normun Koruma Amacı Öğretisi

Normun koruma amacı öğretisi, ceza hukuku doktrinde *versari in re illicita*⁵¹⁰ ilkesine yönelik eleştirilerle ortaya çıkmaya başlamıştır. Sonraları gelişimi *ratio legis* ile hız kazanmaya başlamış olup netice suçlarında sorumluluğun sınırlandırılmasında büyük rol oynamıştır.⁵¹¹ Bu öğreti kendini esas olarak taksirli suçlarda⁵¹² nedenselliğin saptanmasından sonra objektif isnadiyetin varlığı ya da yokluğu tartışmasında gösterir.

Failin hareketi ile ortaya çıkan neticenin, hukuken izin verilmeyen risklerden olması ve ancak fail tarafından gerçekleştirilmeyen başka bir riskin neticede gerçekleşmesi halinde gerçekleşen neticenin normun koruma alanı içinde olmadığından bahsedilir.⁵¹³ Diğer bir ifadeyle fail her ne kadar bir risk oluşturmuş olsa da gerçekleşen netice normun koruma alanı dışında ise netice faile yüklenemez.⁵¹⁴ Nitekim bir normun her türlü ihlali yeterli olmayıp bunlardan yalnız hukuken önemli bir tehlike yaratanlar esas alınmalıdır.⁵¹⁵ Bu tür durumlarda ilgili suç tipinin her türlü gerçekleşen neticeyi önlemek için belirlenmediğini söylemek gerekir. Suç tipi yalnız korumayı amaçladığı ve ortaya çıkmasını engellemek istediği neticelerle tamamlanır.

Tipikliğin koruma amacının teorisinin üç adet temel görünüş şekli olduğundan bahsedilebilir. Buna göre mağdurun gerçekleşen neticede kusurunun bulunması, mağdurun gerçekleşebilecek risklerin bilincinde olarak başkası tarafında tehlike altında bırakılması ve son olarak ise başkasının sorumluluk alanına giren neticelerden fail sorumlu tutulamaz. Bunların dışında ise şok zararları⁵¹⁶ ile netice zararları olarak bahsedilen olaylarda da tipikliğin koruma amacı teorisine göre çözüm getirmek mümkündür.⁵¹⁷

⁵¹⁰ İlke hukuka aykırı bir durumda olanın, bunun bütün neticelerine katlanacağı anlamına gelmektedir. Ayrıntılı olarak bkz. Wilhelm Degener, **Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetlichen Erfolgsdelikte**, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2001, s. 117 vd.

⁵¹¹ Degener, a.g.e., s. 14.

⁵¹² Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 248; karş. Ingeborg Puppe, “Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung – Teil 2”, **ZJS**, sy. 6, 2008, s. 604.

⁵¹³ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 231.

⁵¹⁴ Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 206.

⁵¹⁵ Özbek ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 267.

⁵¹⁶ Yakınının ölümü veya ağır yaralanmasından vücut bütünlüğünü ihlal edici derecede etkilenen üçüncü kişilerin uğradığı zarar olarak tanımlanabilir. Örneğin taksirle öldürülen kişinin yakınının, bu olay nedeniyle sağlığının tehlikeye düşmesi böyledir, Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 690.

⁵¹⁷ Açıklama ve örnekler için bkz. Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 248-259.

Öğreti yansımalarını aynı zamanda özel hukuk alanında da göstermektedir. Keza burada da sorumluluğun ki bu sorumluluk gerek sözleşmeden gerekse de kanundan kaynaklansın, sınırlandırılmasına çalışılmıştır. Temel olarak hiçbir davranışın bütün bireyleri ve hukuki değerleri tehlikeye sokamayacağı düşüncesi savunulmaktadır. Sorumluluk hukukunun amacı faili gerçekleştirdiği fiilinin tüm zararlı sonuçlarından sorumlu tutmak değildir. Failin nedensel süreçte meydana getirdiği zararlı sonuçlardan hangilerinden sorumlu tutulacağı ihlal edilen normun içeriğinden o normun yorum yoluyla amacının ortaya çıkarılarak bulunacaktır.⁵¹⁸

Öğreti amaçsal yorum yöntemi yani *ratio legis* ile çok benzeştiği için ve bir önceki başlıkta ayrıntılarına değinildiğinden, tekrara düşmemek ve konunun dağılmaması adına bu açıklamalarla yetinilecektir. Sonuç olarak öğretinin bir normun özellikle hukuki değerden yola çıkılarak amacının yani koruduğu alanın saptanması ve bu alan dışında kalan neticelerin ceza hukuku bakımından önemsiz olarak kabul edilmesini sağlamaya çalıştığını söylemek yeterli olacaktır.

⁵¹⁸ Atamer, a.g.e., s. 77.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. ÖNEMSİZLİĞE YÖNELİK ÖLÇÜTLER VE GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

3.1. Ölçütler

3.1.1. Hukuki Değer Öğretisi ve Hukuki Değerin İhlali

Ceza hukukunun üzerine oturtulduğu ana kolonlardan birini de ceza hukukuyla korunan hukuki değer⁵¹⁹ oluşturmaktadır. Hukuki değer kavramı, modern ceza hukukunun bugün dahi tam anlamıyla aydınlatılamamış temel konularından birini oluşturmaktadır.⁵²⁰ Özellikle geleneksel doktrine göre her suçun maddi içeriği hukuki değer ihlalinde yatmaktadır.⁵²¹ Bu nedenle hukuki değer ihlali önemsiz fiillerin açıklanmasında hayati öneme sahip kıstaslardan birini oluşturmaktadır.

Hukuki değer öğretisinin gelişim aşamalarında, hukuki değer kavramına doktrinde birçok anlam yüklenmiştir. Halen bu kavramının içerik ve fonksiyonları hakkında tartışmalar mevcuttur. Ancak konumuz itibarıyla hukuki değer yorum fonksiyonu büyük önem taşımaktadır. Nitekim kanun koyucu ceza normlarını koyarken belirli bir hukuki değeri koruma amacıyla hareket eder. Bu şekilde ortaya konan metinler ne kadar açık ve belirgin olursa olsun soyut olarak ortaya kondukları için somut olaya uygulanırken toplumsal şartlar da göz önünde tutularak amaçlarına uygun hale getirilmeleri yorumla mümkün olacaktır.⁵²²

Ceza normları yorumlanırken tek hareket noktası kanun koyucunun normu oluşturmadaki nesnel iradesi (*ratio legis*) olmayıp bunun yanında normun *uzak amacı* da

⁵¹⁹ Ünver'in eserinde (Rechtsgut) kavramı için 'hukuksal değer' terimini kullanmıştır. Ancak biz 'hukuki değer' teriminin doktrine yerleşmiş olması nedeniyle bu terimi kullanacağız, Ünver, **Hukuksal Değer**.

⁵²⁰ Roxin, Strafrecht AT I, s. 30.

⁵²¹ Hippel, **Deutsches Strafrecht**, s. 184, 185; Özellikle daha önceki dönemlerde suçun maddi içeriğinden ne anlaşıldığı hakkında bkz. Mezger, a.g.e., s. 197 vd.

⁵²² Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku**, c1, s. 191.

göz önünde bulundurulmalıdır. Normun uzak amacı (*telos*) kanun koyucunun toplumsal ilişki ve koşullara uygun dinamik iradesidir.⁵²³ Böylece hükmün oluşturulduğu dönemle bağlı kalınmayıp toplumdaki gelişmeler de dikkate alınarak amaca en uygun yorumun ortaya çıkarılması mümkün olacaktır.

Hukuki değerin daha iyi kavranması ve davranışlar bakımından rolünü ele alabilmek için hukuki değer öğretisini genel hatlarıyla kavramakta fayda vardır. Her ne kadar çok eski tarihlere dayanan bir öğreti olsa da çalışmada öğretinin başlangıcı olarak hukuki değer kavramının ceza hukukunda tanınmasını (ceza hukuku dogmatğine girmesini⁵²⁴) sağlayan *Binding*'ten itibaren ele alınacaktır. Bu öğretinin konu bakımından en önemli fonksiyonu önemsizliği ve haksızlık içeriğini açıklamakta kullanılan hukuki değer ihlali ve hukuki değerin yorum aracı olarak kullanılmasıdır.

3.1.1.1. Korunan Hukuki Değer Öğretisi

Ceza hukukunun en önemli yapıtaşlarından birini korunan hukuki değer (*Rechtsgut*) oluşturmaktadır. Hararetli tartışmaların olduğu alanlardan olan hukuki değer öğretisi, ceza hukukunu yüz yıldan fazla meşgul etmektedir. Özellikle felsefi tartışmaların temel unsurlarından olması hasebiyle, hukuki değer *Platon*, *Seneca*, *Feuerbach*'a kadar dayanmaktadır.⁵²⁵ Bu teori ile ceza kanunlarından bağımsız, içeriği dolu bir suç kavramının nasıl ulaşılabileceği araştırılmıştır.⁵²⁶ Yola, ceza hukukunun amacının ne olduğundan çıkılmış, içeriği buna verilen cevap ise hukuki değerlerin korunması olmuştur. Klasik teorinin sorduğu bu soruyla suç, hukuki bir değer ihlali şeklinde tezahür etmiştir. Ancak özellikle nasyonal sosyalist dönemde hukuki değer ihlaline ilişkin itirazlar ileri sürülüp hukuki değer ihlali, yükümlülüğe aykırılık kavramına dönüştürülmeye çalışılmışsa da bu durum ikinci dünya savaşının bitmesiyle kısa bir duraklamanın ardından suçun, tekrar hukuki değer ihlali olarak tartışılmasıyla gelişimine devam etmiştir.⁵²⁷

⁵²³ Sami Selçuk, *Dolandırıcılık*, İstanbul: Yasa Yayınları, 1982, s. 70, dn. 19a.

⁵²⁴ Jürgen Schmidt, *Untersuchung zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad Abstrakter Gefährdungsdelikte-Zugleich ein Beitrag zur Rechtsgutslehre*, Marburg: N.G. Elwert Verlag, 1999, s. 122 vd.

⁵²⁵ Frank Neubacher, a.g.e., s. 514.

⁵²⁶ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 411.

⁵²⁷ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 411-412.

Hukuki değer teorisi her ne kadar çok eski bir geçmişe sahip olsa da maddi haksızlığın bu teoriye dayandırılmasına yönelik ilk değerlendirme, *Birnbaum*'un hukuki değer öğretisini formülasyonu üzerine, *Binding* tarafından gerçekleştirilmiştir.⁵²⁸ Ona göre failin çiğnediği kanun onun cezalandırılması için gerekli hukuki zemini sağlamakla beraber onu cezalandıran devletin kullandığı cebri de hukuka uygun kılar.⁵²⁹ Kanun koyucu toplumsal yaşamın bozulmasını önlemek için değil suç tipleri şeklinde tezahür eden devletin emirlerinin yani normların ihlal edilmemesi gerektiğini savunur.⁵³⁰ Bu normlarda yatan ve doğrudan korunma gereksinimi duyan objeler (*Gegenstände*), normun da objesi haline gelir ve bu normların ihlali ise ceza sonucunu doğurur. İşte korunması gereken bu objeler *Binding*'e göre hukuki değeri ifade eder.⁵³¹ Buradaki hukuki değer tanımı kanun koyucunun bizzat kendi bakış açısına göre oluşturduğu bu yararları, zarar görmeleri veya tehlikeye maruz kalmalarını koyduğu normlarla önlemek amacını taşımaktadır.⁵³² Bu hukuki değer kavramının yegâne ödevi ilgili maddi ceza hukukunun seçtiği korunması gereken objeleri temin etmektir.⁵³³

Binding'in ceza hukukundaki hukuki değer kavramı kanun koyucunun norm koyma yetkisi ile cezalandırılabilirlik kapsamını sistematize etmeyi amaçlayan ceza hukuku sistematikğine uygun bir kavramdır.⁵³⁴ Cezalandırılabilir davranışların oluşturduğu sınıfın aynı şekilde yasaklanan adam öldürme, hırsızlık gibi davranışlara ilişkin çeşitli kanuni değerlendirmeleri rasyonel hale getirmek amacıyla ayırım, maddi bakış açılarına ihtiyaç duyar. Yani kanun koyucu içinde hukuki değer olmayan herhangi bir tipikliği düzenlemez. Kanun koyucunun daima bir amacı vardır bu nedenle tipikliğin her tamamlanışında bir hukuki değer ihlali meydana gelecektir.⁵³⁵

Anlaşıldığı üzere *Binding* hukuki değer kavramını esasen kendi kurduğu norm ihlali teorisini oturtmak amacıyla açıklamaya çalışmıştır. Yani hukuki değer ancak kanun

⁵²⁸ Kunz, *Bagatellprinzip*, s. 136.

⁵²⁹ Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung I*, (1872), s. 4.

⁵³⁰ Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung I*, (1872), s. 149 vd.

⁵³¹ Karl Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung I, Normen und Strafgesetze*, 2. Baskı, Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1890, s. 339-340.

⁵³² Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 203.

⁵³³ Kunz, *Bagatellprinzip*, s. 137-138.

⁵³⁴ Kunz, *Bagatellprinzip*, s. 137. Karş. Kann, a.g.e., s. 46-47. Aynı yönde bkz. Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 205; Hukuki değerlerin yapılan bu tanımı doktrinde “metodik hukuki değer kavramı” olarak nitelendirilmiştir, bkz. Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Baskı, Berlin: De Gruyter Recht, 2006, s. 413.

⁵³⁵ Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s. 413.

koyucunun norm oluşturma gücü neticesinde ortaya çıkar. Kanun koyucuya göre sağlıklı bir toplum yaşamının gereklerini oluşturan her şey hukuki değer olarak kabul edilip, bu kavram kanun koyucunun amacı çerçevesinde mülhaza edilmektedir.⁵³⁶ Konuya haksızlık açısından bakıldığında ise maddi haksızlık tamamen kanun koyucunun iradesine bağlıdır.⁵³⁷ Böylece hukuki değer kavramı şeklileştirilmiştir.⁵³⁸

Bu düşünce, hukuki değerın tamamen pozitif hukuka dayandırılması ve kanun koyucuya davranışları suç olarak belirlemede sınırsız bir yetki vermesi nedeniyle eleştirilmiştir.⁵³⁹ İlk eleştirilerden biri şekli bakış açısı ile bir davranışın değerlendirilmesinin yeterli olmayacağıdır. Nitekim şekli bir bakışla bir davranışın yalnız cezalandırılabilir olup olmadığı anlaşılabilir.⁵⁴⁰ Diğer bir tepki ise *Liszt* tarafından gelmiş olup yazar, haksızlığın maddi içeriğinin, kanun koyucunun iradesinden bağımsız olup yalnızca kanun koyucunun bunu ortaya çıkardığını ileri sürmüştür.^{541,542} *Liszt* bu teoriye getirdiği eleştiriyle hukuka aykırılığa farklı bir yönden bakmış ve hareketin ancak topluma zararlı olması halinde maddi olarak da hukuka aykırı olacağını ifade etmiştir.⁵⁴³ Bir fiilin maddi olarak haksız olmasına yönelik getirilen bu topluma zararlılık kıstası doktrinde diğer yazarlar tarafından da destek bulmuştur.⁵⁴⁴ Bu eleştiriyle birlikte hukuki değerler reel dünyanın somut cisimleri değil toplumsal düzenin hukuken korunan soyut değerleri⁵⁴⁵ olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür.⁵⁴⁶

Öğretide ise *Welzel*, *Hartmann*'ın hareket ve netice değerleri ayırımından⁵⁴⁷ esinlenerek geliştirdiği kişisel haksızlık teorisine (*personale Unrechtslehre*⁵⁴⁸) dayanan

⁵³⁶ Sabine Swoboda, "Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen", *ZStW*, sy. 122, 2010, s. 28.

⁵³⁷ Burada Binding'in ünlü sözünü hatırlatmakta fayda vardır: Bir davranışın yasaklanmadıkça hukuka aykırı değildir, Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung I*, (1872), s. 4.

⁵³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Winfried Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt: Athenäum Verlag, 1973, s. 44.

⁵³⁹ Knut Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt: Athenäum-Verlag, 1972, s. 77 vd.

⁵⁴⁰ Kunz, *Bagatellprinzip*, s. 137.

⁵⁴¹ Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, s. 174.

⁵⁴² Binding'in hukuki değer teorisine ilişkin diğer eleştiriler için bkz. Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu*, s. 105 vd.; Ünver, *Hukuksal Değer*, 208 vd.

⁵⁴³ Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, s. 173 vd.

⁵⁴⁴ Bkz. Maurach ve Zipf, a.g.e., s. 162; Jescheck ve Weigend, a.g.e., s. 206.

⁵⁴⁵ Jescheck ve Weigend, a.g.e., s. 257-258.

⁵⁴⁶ Kunz, *Bagatellprinzip*, s. 139.

⁵⁴⁷ Nicolai Hartmann, *Ethik*, Berlin: Walter de Gruyter, 1949, s. 145.

⁵⁴⁸ Kişisel haksızlık teorisi Nasyonal Sosyalizm döneminde taraftar bulan 'halk' eksenli öğretilere tepki olarak geliştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 268-269.

hukuki değer öğretisi, zamanının egemen görüşünü oluşturmuştur.⁵⁴⁹ *Welzel*'e göre ceza hukukunun ödevi toplumsal yaşamın asli değerlerinin korunmasıdır.⁵⁵⁰ Hukuki değerler yasak ve emir normlarıyla korunması gerektirir. Yazar çıkış noktası olarak hareketin haksızlığı (*Handlungsunwert*) ile neticenin haksızlığından (*Erfolgswert*) hareket etmiştir. Ona göre normun ihlali ile hukuki değer ihlali aynı şey olmayıp, hareketin tasvip edilmezliğinin normun ihlali çerçevesinde aranması gerektiğini, buna karşın neticenin tasvip edilmezliğinin hukuki değer ihlaliinde yattığını ileri sürmüştür.⁵⁵¹ Böylece *Binding*'e benzer olarak hukuki değeri bir norm tarafından korunduğunu söyleyerek, değer ideal bir yapıdan ziyade reel bir yapıya sahip olduğunu kabul etmiştir.

Yukarıda değinildiği üzere *Liszt*'in eleştirisiyle beraber doktrinde 'maddi olmayan hukuki değerler (*immateriellen Rechtsgüterlehre*)' teorisinin temelleri atılmıştır. Teorinin gelişimi İkinci Dünya Savaşıyla sekteye uğrasa da sonrasında daha da gelişmiştir. Bugünkü görüşlerin ortaya çıkışı *Binding* ile *Liszt* arasındaki bu görüş ayrılıkları çerçevesinde gelişmiştir. Bu çerçevede *Lange*, *Salm* ve *Jescheck* öne çıkmaktadır. Bunların dışında ise maddi olmayan hukuki değerler içinde yer alsa da ilerde değinileceği üzere diğer yazarlardan biraz daha ayrılan *Schmidhäuser* vardır. Bu yazarlardan *Jescheck*'e göre hukuki değer toplumsal düzenin ideal ve hukuken korunan somut değerleridir.⁵⁵² Bu çerçevede ise hukuki değerlerle, hareket objesinin aynı olmadığını; hukuki değer ihlali halinde ideal bir değer geçerlilik talebinin (*Geltungsanspruch*) ihlal edildiğini, neticenin haksızlığının ise reel hareket objesinin zarar görmesi veya tehlikeye atılması halinde meydana geleceğini söylemiştir.⁵⁵³

Hukuki değere farklı bir bakış ise *Krümpelmann* tarafından atılmıştır. Diğer yazarların aksine *Krümpelmann* yeni bir hukuki değer teorisi geliştirmeyip geleneksel hukuki değer teorisi ile *Welzel*'in değer teorisi arasında bağlantı kurmayı denemiştir.⁵⁵⁴ Ona göre *Welzel*'in hukuki değer ve hareket objesi kavramları benzer olup yaptırımla korunan

⁵⁴⁹ Jürgen Schmidt, *Untersuchung zur Dogmatik*, s. 131.

⁵⁵⁰ Welzel, "Studien zum System des Strafrechts", s. 509.

⁵⁵¹ Welzel, "Studien zum System des Strafrechts", s. 491 ve 509 vd; Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, s167 vd.

⁵⁵² Jescheck ve Weigend, a.g.e., s. 257-258.

⁵⁵³ Jescheck ve Weigend, a.g.e., s. 257.

⁵⁵⁴ Krümpelmann, *Die Bagatelldelikte*, s. 68 vd., s. 74 vd.

‘hukuki kurumun’ kendine özgü korunan değer olarak düşünüldüğünü paylaşmıştır.⁵⁵⁵ İşte bu düşünceden yola çıkan *Schmidhäuser*, yukarıda da değinilen ‘maddi olmayan hukuki değer’ öğretisini geliştirmiştir. Tüm suçlar için geçerli bir hukuki değer tanımı yapmak istediğinden bir değerın reel veya ideal olarak kabul edilebilecek ve bireyin ya da toplumun huzuru için az çok karmaşık bir olay (*Sachverhalt*) olduğundan yola çıkmıştır.⁵⁵⁶ Bu minvalde suç tipleriyle ilişkili reel konular olarak anlaşılan hukuki değer objesini geliştirmiştir.⁵⁵⁷ Yazar değerın duruma göre hem reel hem de ideal görülebileceğini öne sürmüştür. Buna göre değerler basit olaylar olarak görülebildiği halde, örneğin birine ait olup zarar verilebilen (kişinin vücuduna zarar verme, bireyi öldürme veya hayatını tehlikeye atma gibi) durumlar söz konusu olduğunda değer reel olarak görülebilir. Bu hukuki değer objesi olarak tanımlanmıştır ve bu reel hukuki değer objesinden hareket ederek özen talebine ulaşılır. İşte ulaşılan özen talebi (*Achtungsanspruch*) değerın ideal yönü olup *Schmidhäuser* tarafından hukuki değer olarak tanımlanmıştır.⁵⁵⁸

Maddi olmayan değerler öğretisi ile şekli ve pozitif bir kavram olmaktan kurtulan hukuki değer kavramı, daha sonra hukuki değerler âleminin fazlasıyla manevileştirilmesi (idealize edilmesi)⁵⁵⁹ nedeniyle ihlalinin de mümkün olamayacağından eleştirilmiştir.⁵⁶⁰ Buna göre hukuki değerın ihlali için sadece değere aykırı düşüncenin değil pozitif olarak belirlenebilir gerçek objelerin zarar görmesi gerekeceğinden, fiilin esas alındığı bir ceza hukuku bakımından bu öğreti, açıklama getirememektedir.⁵⁶¹

Hukuki değerler öğretisinin gelişim seyrinde kavram *Roxin* tarafından biraz daha sınırlandırılmış, hukuki değerın sınırlanabilir, dış dünyada gerçekleşen ve bu nedenle bir hareketle ihlal edilebilen ‘değerli durumlar (*werthafte Zustände*)’ olduğu ileri sürülmüştür.⁵⁶² *Roxin* bu hukuki değeri, hukuki değerleri bireylerin kendini geliştirmesi ve bunların koydukları amaç çerçevesinde oluşan sosyal sistem veya bu sistemlerin yürütmesi

⁵⁵⁵ Jürgen Schmidt, *Untersuchung zur Dogmatik*, s. 136-137; karşı. Krümpelmann, *Die Bagatelldelikte*, s. 88.

⁵⁵⁶ Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, s. 25, 2/31; karşı. Jürgen Schmidt, *Untersuchung zur Dogmatik*, s. 137.

⁵⁵⁷ Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, s. 25, 2/31; karşı. Jürgen Schmidt, *Untersuchung zur Dogmatik*, s. 137.

⁵⁵⁸ Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, s. 25, 2/31; Eleştiriler için bkz. Eva Gaul, *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Berlin: Duncker&Humblot, 1991, s. 60 vd. ve s. 100 vd.; Jürgen Schmidt, *Untersuchung zur Dogmatik*, s. 137.

⁵⁵⁹ Hukuki değer kavramının salt şekli yapıdan ayrılması için ayrıca bkz. Sina, a.g.e., s. 91 vd.

⁵⁶⁰ Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, s. 175 vd.

⁵⁶¹ Kunz, *Bagatellprinzip*, s. 140.

⁵⁶² Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s. 413; Roxin’in temsil ettiği düşünce doktrinde anayasayı esas alan hukuki değer teorisi olarak da bilinmektedir.

için gerekli olan durum ve nihai amaçlar olarak formüle etmiştir.⁵⁶³ Böylece hukuki değer kavramı, şahsi hukuki değerlere indirgenmiştir.⁵⁶⁴

Roxin gibi yakın tarihte hukuki değere cevap arayan yazarlardan biri de *Amelung* olmuştur. Ceza hukukunun ödevi hukuki değer prensibinden değil insanların birlikte yaşama koşullarının güvence altına alınmasından çıkarılabilir. İşte bu düşünceyle hareket eden yazara göre toplum, sosyoloji bilimi temelinde sosyal bir sistem gibidir. İşte bu sistem teorisi üzerinden sosyal zararlılık teorisini (*Sozialschädlichkeitstheorie*) geliştirmiş, suçun hukuki değer ihlali olmayıp bu sosyal sistemin rahatsız edildiğini ileri sürmüştür.⁵⁶⁵ Onun diğer bir görüşü de, oluşturduğu bu teori vasıtasıyla totaliter bir rejimin koşullarını ve bu rejim tarafından getirilen ceza normlarının hukuka uygunluğunu (meşruiyetini) sağlayabileceğini öngörmüş ve bunu kabul etmiştir.⁵⁶⁶ Böyle bir tehlikeyi gören *Amelung* toplumsal zararlılık düşüncesinin normatif olarak sınırlanabileceğini kabul etmiştir. Buna göre Alman AY'nin 1.⁵⁶⁷ ve 2.⁵⁶⁸ maddeleri esas alınarak teorinin sınırları belirlenecektir. Yani ceza hükümlerinin bu sistem bağlamında hukuka uygunluğu ancak insan onurunun gözetilmesi ile mümkün olacaktır.⁵⁶⁹ *Amelung* bu teorisinin hukuki değer dogmasının yerine geçemeyeceğini de ayrıca belirtmiştir. Ona göre hukuki değer dogması, belirli bir değere sahip yasakların özellikle kanun koyucunun iradesini ortaya koyduğu suç tiplerinin yorumlanmasında ölçüt olarak kullanılacaktır.⁵⁷⁰

⁵⁶³ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 15.

⁵⁶⁴ Roxin korunan bu değerlere yaşam, sağlık, mülkiyet, irade özgürlüğü, devlet organlarının işleyebilirliğini saymıştır. Lakin ahlak, genel kamu düzeni, halkın huzuru, etik düzen ya da genel insan onurunun hukuki değer ile çok fazla örtüşmediğini de öne sürmüştür, bkz. Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, s. 413.

⁵⁶⁵ Amelung, **Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft**, s. 350-361; Karş. Jürgen Schmidt, **Untersuchung zur Dogmatik**, s. 163; Kareklas, a.g.e., s. 79.

⁵⁶⁶ Esasen burada birey bizzatı korunmayıp toplumun bir parçası olması hasebiyle toplum korunmak istendiği için kendi de korunmaktadır. Buna göre toplum toplumsal sistem birtakım saldırılara maruz kalır ve bu saldırılardan korunması için bireyin feda edilmesi gerekli ise birey de feda edilebilecektir.

⁵⁶⁷ **GG Art. 1 şöyledir:** (1) İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür. (2) Alman Milleti, bu nedenle dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul eder. (3) Aşağı da belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar.

⁵⁶⁸ **GG Art. 2 şöyledir:** (1) Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir. (2) Herkes, yasam ve beden bütünlüğünün korunma hakkına sahiptir. Kişi özgürlüğüne dokunulamaz. Bu haklar, ancak bir yasaya dayanarak sınırlandırılabilir.

⁵⁶⁹ Amelung, **Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft**, s. 368; Jürgen Schmidt, **Untersuchung zur Dogmatik**, s. 164; Kareklas, a.g.e., s. 81.

⁵⁷⁰ Amelung, **Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft**, s. 394.

Ceza hukukunda açıklama bekleyen hukuki değer kavramı üzerinde halen tartışmalar devam etmektedir. Bu tartışmalar sadece Kıta Avrupası ceza teorisini meşgul etmemiş, diğer hukuk sistemlerinde de mevcuttur. Örneğin *Anglo-amerikan* sisteminde ortaya çıkan zarar prensibi (*harm principle*⁵⁷¹) görüşüne göre bir davranış, ancak başkalarının hayati önem taşıyan temel menfaatlerini hukuka aykırı ve kasten zarara uğratılması halinde cezalandırılır.⁵⁷² Yine aynı görüşe göre kişinin kendi menfaatlerine zarar gelmemesini ancak kendi menfaatleri diğerlerinin menfaatlerine nazaran daha yüksek öneme sahip olduğunda isteyebilir.⁵⁷³

Hukuki değer öğretisinde bu değerlerin pozitif mi yoksa pozitif öncesi olduğu mu tartışmalıdır. Hukuki değerlerin pozitif değerler olduğu görüşü hukuki değerlerin kaderini kanun koyucunun iradesine bağlamaktadır. Buna göre kanun koyucu bu değerleri ortaya koyduğu yasalarla belirlemektedir. Böylece hukuki değer kanun koyucunun arzusuna ve sübjektif iradesine dayanarak ortaya koyduğu ceza normu ile korumak istediği şey olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁷⁴ Bu görüş doktrinde işlevsel ve hukuki değer öğretisinin anlam ve amacıyla uyumlu olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Pozitif bir hukuki değer kavramı, onun en önemli fonksiyonlarından⁵⁷⁵ biri olan hukuki değer eleştirelliği, suç politikası ve ilerde değinileceği üzere yorum fonksiyonu gibi fonksiyonlarını yerine getiremeyecektir. Bu nedenle hukuki değer, pozitif öncesi asli normlar tarafından kabul edilmiş, hukuken korunması gereken gerekli ve değerli şeyler olarak kabul edilmelidir.⁵⁷⁶ Ancak diğer taraftan hukuki değer pozitif öncesi bir yapıya sahip olduğunun savunulması ise bu değerlerin toplumsal etkileşim sürecinden bağımsız olarak ele alınmasını zorunlu kıldığı öne sürülmüştür. Buna düşünceye göre toplumun bireyleri kendi davranışlarıyla üzerinde anlaştıkları ve konumlarını belirten hukuki kuralları ortaya çıkarırlar. Bu durum pozitif hukuk kurallarında vücut bulan toplumsal gerçekliği, pozitif öncesi değerlerin içinde

⁵⁷¹ Harm principle ya da offense principle olarak geçen bu kavram geniş anlamda kullanılarak zarar, rahatsız etme ya da taciz prensibi olarak da adlandırılmaktadır. Esasen bir prensip olarak ileri sürülen bu görüş aslında Alman hukukunda tartışılan hukuki değer (Rechtsgut) ile neredeyse aynıdır. Buna ilişkin bkz., Andrew von Hirsch, “Der Rechtsgutsbegriff und das “Harm Principle”, **Die Rechtsgutstheorie/Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?**, Roland Hefendehl ve diğerleri (Ed.), Baden-Baden: Nomos Verlag, 2003, s. 17.

⁵⁷² Swoboda, a.g.e., s. 38.

⁵⁷³ John Stuart Mill, **On Liberty**, Tekrar baskı, Rockville: Wildside Press, 2008, s. 212 vd.

⁵⁷⁴ Bkz. Binding, **Die Normen und Ihre Übertretung I**, (1890), s. 189 ve 198, s. 353-355.

⁵⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 601 vd.

⁵⁷⁶ Wolfgang Frisch, “Hukuk Devletinde Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları”, Çev. Hakan Hakeri, s. 95, **Türk Ceza Kanunu İçin Müzakereler**, Konya: Selçuk Üniversitesi HFY, 1998.

düşünümlerini ortaya çıkaracaktır. Neticede toplumun değeri ortaya çıkaran değerlendirme tasarrufları, değerden koparılmış olacaktır.⁵⁷⁷

Eleştirinin temel noktası toplumsal gerçekliğin yansımalarının nerede olduğu ile ilgilidir. Yansıma doğrudan kanun koyucunun iradesinde toplanıyorsa bu eleştiri yerinde kabul edilebilir. Buna karşın toplumsal gerçekliğin yansıması pozitif hukukun öncesinde, değer denen ortak düşüncede bulunuyorsa eleştiriye haklılık tanınmaz. Bu konuda en çok verilen örneklerden birisi olan Nasyonal Sosyalist Almanya dönemi, bu eleştirinin yerinde olmadığını göstermektedir. Yine pozitif hukuka dayalı hukuki değer düşüncesine yönetilen eleştiriler de bu düşünceye yöneltilebilir.

Konumuz bakımından en önemli tartışma hukuki değerın soyut mu yoksa somut olarak mı ele alınmasıdır. Çünkü bu tartışma hukuki değerin “ihlalini” de etkilemektedir. Hukuki değer somut olarak kabul edildiğinde duyularla kavranabilir bir obje olarak (örneğin hırsızlık suçundaki başkasının malı) kabul edilebilecektir. Buna karşın soyut olarak kabul edilirse bir değer yargısı olarak karşımıza çıkacaktır. *Suhr’un* düşüncesine göre bu durumda (*Schmidhäuser* tarafından ortaya atılan) talep hakkı değerli vakıalardan örneğin hırsızlık suçuna konu eşya olmayıp korunması amaçlanan kurum olarak ortaya çıkar.⁵⁷⁸

Bu konudaki görüşleri kısaca özetlemek gerekirse hukuki değerin *maddi* nitelikte olması, bedensel, gerçek somut varlıklar oldukları anlamına gelir. Yani maddi bedensel olan kişi ya da eşyalar hukuki değeri oluşturur.⁵⁷⁹ Hukuki değerlerin maddi oldukları kabulüyle, ilerde ayrıntılı değinileceği üzere, hukuki değerlerin ihlal edilebilirliğini de etkileyen bir faktördür. Farazi olarak öngörülen değil, gerçekten var olan nesnel olarak değişime uğratılabilir.⁵⁸⁰

İdeal hukuki değer öğretisi ise şöyle açıklanabilir: Bu öğretiyi savunan yazarlara göre örneğin adam öldürme suçları belirli bir kişinin yaşamını değil, “insan yaşamının” korunmasını amaçlamaktadır. Soyut olarak ifade edilen insan yaşamı, aslında adam

⁵⁷⁷ Kunz, **Bagatellprinzip**, s. 139.

⁵⁷⁸ Aktaran Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 529-530.

⁵⁷⁹ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 510-511.

⁵⁸⁰ Hohmann, a.g.e., s. 115.

öldürme suçlarının koruma objesi olarak kabul edilmeli ve somutlaştırma ancak ilgilinin hayatına yönelik bu suçun gerçekleştirilmesiyle ortaya çıktığı kabul edilmelidir.⁵⁸¹ Bu düşünce eleştirilmiş ve soyut olan “insan yaşamının” aslında somut olarak birçok bireysel yaşamdan meydana geldiği söylenmiştir.⁵⁸²

Hukukun yapısından yola çıkarak hukuki değerlerin nitelikleri de açıklanabilecektir. Hukuku oluşturan öğelere bakıldığında sadece anayasa ve yazılı normlardan hareket edilmemektedir. Bunun yanında her ne kadar ceza hukukunda asli bir kaynak olarak yer almasa da toplumsal ilişkilerin de en azından yorum yapılırken birer kaynak olarak ele alındığı görülür. Çünkü hukuk toplumsal yaşamın düzenini sağlamak için yine bu düzenden hareket eder. Dolayısıyla hukukun salt pozitif normlardan oluştuğu düşüncesi her ne kadar kolay bir açıklama olsa da toplumsal gerçekliği göz ardı etmek ve düzeni toplumun düzeninden çok kanun koyucunun düzenine indirgeyecektir. Hukuki değerlere de bu açıdan bakılırsa bu değerlerin pozitif olamayacağını kabul etmek gerekecektir.

Tüm bu açıklamalardan yola çıkarak hukuki değerlerin pozitif öncesi bir niteliğe sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Hukuki değerler saptanırken kanunlardan yola çıkılmamalı ve böylece bu değerler kanun koyucunun iradesine indirgenmemelidir. Ancak bu kabul hukuki değerlerin pozitif hukuka hiçbir etkisinin olmadığı anlamına gelmemeli böylece hukuki değerlerin fonksiyonları olmadığını ve bu değerlerin salt felsefi düşünceler dünyasına ait olduğu gibi bir düşünce ortaya çıkmamalıdır. Hukuki değerlerin oluşturulması aşamasında herhangi bir sınıra bağlı kalınmaksızın ortaya konulması bakımından bu değerleri ideal, maddi, pozitif öncesi kabul etmek gerekir.⁵⁸³ Hukuki değeri; toplumdan kaynaklanan, bireyin toplumsal ilişkileri çerçevesinde oluşan ve gelişen ve yine ortadan kalkabilen değerler olarak kabul edilmesi gerekir. Değininilmesi gereken diğer bir husus bu değerlerin ideal olarak kabul edilmesiyle ihlallerinin mümkün olmadığı görüşünün yerinde olmadığıdır. Bu değerler ideal oldukları için ileride de değinileceği üzere ihlallerinin de bu bağlamda düşünülmesi gerekir.

⁵⁸¹ Jürgen Schmidt, *Untersuchung zur Dogmatik*, s. 184.

⁵⁸² Jürgen Schmidt, *Untersuchung zur Dogmatik*, s. 184; karşı. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, s. 175.

⁵⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 515 vd, Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 159,

Hukuki değerin bu şekilde kabul etmek konumuz bakımından özellikle pozitif düzenlenmelerin yorumunda herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın yorum yapabilmenin yolunu açacaktır. Yine bu sayede gerek ceza normlarına meşruluk sağlama gerekse de suç politikasına yön verme bakımından hukuki değer önemli bir işlevini de yerine getirebilecektir.⁵⁸⁴

3.1.1.2. Hukuki Değerin İhlali ve İhlal Modelleri

Hukuki değer kavramının gelişim süreci ve niteliği belirlendikten sonra artık önemsizliğin belirlenmesine yönelik yapılacak yorum ve böylece haksızlığın tespiti hususunda hukuki değer ihlali incelenebilir. Nitekim cezalandırmanın temelini oluşturan hukuki değer ihlali ile hangi haksızlıkların cezaya layık olduğunun belirlenmesi, hukuki değer ihlalinin ne olduğunun anlaşılmasıyla mümkündür.

3.1.1.2.1. Hukuki Değerin İhlali

Modern ceza hukukunda bir fiilin cezalandırılması için incelenmesi gereken failin niteliği değil fiilin niteliğidir. Kanunda sayılan bütün unsurlar kusurlu ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirildiğinde, bu davranış şekli olarak kınanabilir bir haksızlık oluşturacaktır. Ancak ‘tipik ve hukuka aykırı’ her eylem cezalandırılmayı gerektirecek midir? İşte tam bu noktada bir yorum yapılırken devreye hukuki değer girecektir. Buna göre bir davranışın cezayı gerektirmesi ancak bu davranışın *ceza hukuku anlamında hukuki değer ihlali* olması halinde mümkündür. Suçun varlığı kendini hukuki değerle ortaya koyup toplumsal yaşama ilişkin bir değere zarar verilmeksizin (bu değer ihlal edilmeksizin) haksızlıktan bahsedilemez.⁵⁸⁵ Diğer taraftan bu davranışın cezaya layık davranış olarak nitelendirilmesi için önemsizlik filtresinden geçirilmesi diğer bir ifadeyle belirli bir yoğunluğa sahip hukuki değer ihlali bulunması gerekecektir. Ancak böyle bir durumda *ceza hukuku anlamında hukuki değer ihlali* bulunabilir.

⁵⁸⁴ Aynı yönde bkz. Frisch, “Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları”, s. 93-141; Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 1055. Hukuki değerlerin fonksiyonları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 601 vd.

⁵⁸⁵ Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu**, s. 248.

Ceza hukuku anlamında hukuki değer ihlali, ceza hukukunun *ultima ratio* özelliğiyle paralel düşüncenin bir sonucudur. Hukukta haksız fiil olarak geçen her hukuki değer ihlali, ceza hukuku anlamında bir hukuki değer ihlalinin otomatik olarak doğurmaz. Buna örnek olarak haklı bir sebep olmaksızın nişanın bozulması verilebilir. Burada evlilik kurumuna ilerleyen süreçte, bireylerin birbiri arasındaki güvenin, haklı bir neden olmaksızın taraflardan biri tarafından ihlal edilmesi söz konusudur. Her ne kadar ahde vefa, özel hukukça korunan bir değer olsa da ceza hukuku bunu bir hukuki değer ihlali olarak görmeyebilir. Yani ceza hukuku anlamında hukuki değer ihlalinin belirli bir yoğunluğa ulaşması beklenmelidir. Nitekim belirli bir yoğunluğa ulaşmayan ihlal ceza hukukunun demir yumruğu altında ezilmeye layık görülmeyecektir. Nihayet ceza hukuku anlamında bir hukuki değer ihlali için kanunilik ilkesi gereği (*nulla poena, nullum crimen sine lege*) hukuki değeri korumaya yönelik bir eylem tipleştirmesinin bulunması zorunludur.

Peki, ihlalden ne anlaşılması gerekir? Öncelikle belirtmek gerekir ki bu sorunun cevabı hukuki değer yapısının belirlenmesinde yatar.⁵⁸⁶ Hukuki değer, *Binding, Welzel, Roxin, Rudolphi Marx, Amelung* gibi reel hukuki değer görüşüne taraftarlarına göre gerçek durum veya konular olarak anlaşılmıştır. Bunların fiziksel olarak ihlalleri, haksızlığı doğurmaktadır. Buna karşın *v. Liszt, Lage, Salm, Schmidhäuser* gibi kurumsal hukuki değer öğretisine taraf olanlar ise yine gerçek durum veya koşullara dayanan bir hukuki değerden yola çıkmıştır.⁵⁸⁷ Ancak kurumsal hukuki değer öğretisi bunu yaparken hukuki değeri bir kurum olarak anlayıp kavramı idealize etmiştir. İşte hukuki değer, ideal ya da gerçek (reel) bir yapısı olduğuna ilişkin tartışma bu değerlerin ihlaline yönelik, ayrı bir tartışmayı da ortaya koymuştur. Nitekim bu değerlerin pozitif veya pozitif öncesi bir karaktere sahip olmalarının, onların ihlal edilebilirliğini de etkileyeceği söylenmiştir. Doktrinde bu konuya şöyle bir yorum getirilmiştir: Eğer hukuki değerler pozitif ya da maddi bir yapıya sahip değilse bu değerlerin ihlali mümkün olamayacaktır. Çünkü ancak maddi bir yapıya sahip olan değer nedensellik kanununa tabi olur ve ihlal edilebilir.⁵⁸⁸ Bu düşüncenin altındaki temel neden hukuki değerlerin ideal değerler olması haline ‘neden hala ceza normuyla korunması ihtiyacı duyduğuna’ aranan sorudan kaynaklanmaktadır. Nitekim değer ihlal edilemediği için zaten bir korunmaya da gereksinim duymaz.

⁵⁸⁶ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 530.

⁵⁸⁷ Jürgen Schmidt, **Untersuchung zur Dogmatik**, s. 178.

⁵⁸⁸ Amelung, **Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft**, s. 175 vd.

Konuya gerçek hukuki değer öğretisinin getirdiği hukuki değer kavramından bakıldığında herhangi bir sorunun olmadığı görülür. Ancak kurumsal hukuki değer öğretisinin ideal hukuki değer kavramı, her ne kadar gerçek durum veya koşullardan yola çıkarak hukuki değer kavramını ortaya koysa da değeri, bir kurum olarak kabul etmesi, bu değer ihlali için norma aykırı davranışı yeterli görmesi sorunu çözmemiştir. Bu görüşteki yazarlar haksızlığın oluşması için söz konusu gerçek durum veya koşulların fiziksel olarak ihlalinin önemsiz olduğunu savunmuşlardır.⁵⁸⁹

Hukuki değer *ideal* bir yapıya sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Bu nedenle, hukuki değer ihlali de bu minvalde ele almak gerekecektir. Hukuki değeri gerçek olarak kabul eden görüş ihlali de gerçek olarak düşündüğü için, ideal olan değer de ihlali ideal olarak anlaşılmalıdır.⁵⁹⁰ İdeal hukuki değer ihlali açıklarken konuya girmeden önce hukuki değerle çelişmeyen bir terim kullanımına gidilmesi gerekir. Yani manevi, ideal hukuki değerden bahsederken hareketin maddi neticesini kast edencesine ihlalden söz etmemek gerekecektir.⁵⁹¹ Ancak *Graul* eserinde ideal hukuki değer öğretisinde içinde hareketin neticesi olan hukuki değer ihlali yani hukuki değer ihlal neticesinden ya da somut tehlikesinden bahsedilebileceğini söylemiştir.⁵⁹² Yalnız zarar neticesi veya tehlike neticesinden bahsederken hareketle, dış dünyada nedensel bir değişikliğe (*Kausalgesetz*) uğrayan bedensel bir varlık gibi anlaşılması kastedilmemelidir. Bu doğrultuda hukuki değer ihlal edildiğinde dış dünyada nedensel bir değişimden (*kausalen Veränderung*) ziyade değerlendirme yargısıyla ortaya konan ideal bir ihlal meydana gelir.⁵⁹³ Doktrinde Sax bu konuda hukuki değeri ideal olarak (*ideelle Sachverhalt*) belirttikten sonra failin hukuki değer ihlali, bu değer geçerliliğini tanımayarak ortaya çıkardığını belirtmiştir.⁵⁹⁴ Böylece yazar esasında ideal hukuki değer ihlalinin de ideal nitelikte olacağını söylemiştir. Aynı yönde *Graul* hukuki değer ihlal neticesini (*Rechtsgutsverletzungserfolg*) fail tarafından gerçekleştirilen davranış ile ideal hukuki

⁵⁸⁹ Jürgen Schmidt, *Untersuchung zur Dogmatik*, s. 182 vd.

⁵⁹⁰ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 534-535.

⁵⁹¹ *Graul*, a.g.e., s. 85; aynı yönde bkz. Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 534.

⁵⁹² *Graul*, a.g.e., s. 85.

⁵⁹³ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 535.

⁵⁹⁴ Walter Sax, “‘Tatbestand’ und Rechtsgutsverletzung (II)/(Folgerungen aus der Neubestimmung von Gehalt und Funktion des ‘gesetzlichen Tatbestandes’ und des ‘Unrechtstatbestandes’)”, *JZ*, sy. 14, 1976, s. 432.

değere riayet etmeme, hukuki değeri kötüye kullanma (*Rechtsgutsmißachtung*) olarak nitelendirilebileceğini söylemiştir.⁵⁹⁵

Peki hukuki değer objesinin (hareket objesi) ihlalinden ne anlamak gerekir yani hukuki değer objesinin önemi nerededir? Zarar veya netice suçları anlamındaki ihlal neticesi ancak bir hareket objesinde ortaya çıkmaktadır. O halde hukuki değer bizzat kendisi fiziki ihlale uğramayıp hareket objesi (hukuki değer objesi) netice şeklinde ihlale uğrar. Diğer bir ifadeyle hukuki değer ihlali, hareketin nedensel neticesi olmayıp bizatihi hareketin kendisi hukuki değer ihlali olacaktır.⁵⁹⁶ Doktrinde nedensel olarak ihlal edilebilir hareket objesinin yalnız hukuki değer kötüye kullanılarak ihlal edilebileceği ileri sürülmüştür.⁵⁹⁷

Burada hukuki değeri ideal kabul edip onun ihlalini de somut neticeler ya da dış dünyadaki değişikliklerle ilişkilendirmeyip ideal nitelikte kabul etmenin, ideal bir hukuki değer ne zaman ihlal edilmiş olacağının tespiti sorununu ortaya çıkarmaktadır. Bu soruna ilişkin Ünver, burada bir somut netice gibi ölçütlerle bir değerlendirme yapılacağını ancak bu değerlendirmenin doğrudan somut neticelerle ilişkilendirilmeyeceğini belirtmiştir.⁵⁹⁸

Hukuki değer ihlaline yönelik değerlendirmenin nasıl yapılacağına dair Graul, sosyal-psikolojik verilerin değerlendirilerek yapılan hareketin cezalandırılmaması halinde nelerle karşılaşılacağı, söz konusu değer korunmasıyla neyin elde edildiği ve bu değer hangi zarar ya da tehlikelerden korunmak istendiğinin değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir. Değeri kötüye kullanan failin cezalandırılmasıyla değer geçerliliğinin onanması (*Bestätigung der Geltung der Werte*) ve kötüye kullanmayla ortaya çıkan geçerliliğin zayıflatılması tekrar dengelenir (*Neutralisierung*).⁵⁹⁹

İdeal hukuki değer ihlal edilebilirliği ortaya konduktan sonra artık hukuki değer ihlaline girilebilir. Ancak önce bu konuda önem arz eden bir kavramı açıklamakta fayda

⁵⁹⁵ Graul, a.g.e., s. 85-86. Aynı şekilde Krümpelmann da eserinde failin hukuki değer geçerliliği tanımaması, onu kötüye kullanmasından bahsetmiştir, bkz. Krümpelmann, **Die Bagatelldelikte**, s. 84.

⁵⁹⁶ Ünver, **Hukusal Değer**, s. 901-902.

⁵⁹⁷ Schmidhäuser, "Der Unrechtstatbestand", s. 445; Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 208; Graul, a.g.e., s. 72.

⁵⁹⁸ Ünver, **Hukusal Değer**, s. 535.

⁵⁹⁹ Graul, a.g.e., s. 89. Bu dengelenmeye yönelik eleştiri için bkz. Ünver, **Hukusal Değer**, s. 535-536.

vardır: Gerçek ihlal nedenselliği (*reale Verletzungskausalität*).⁶⁰⁰ Bu kavramı klasik anlamda anlaşılan nedensellikten yola çıkarak açıklamak mümkündür. Gerçek ihlal nedenselliği fiziki, nedensellik bağı da deneni hareket ile netice arasında kurulan bağı ötesinde tipik bir ihlal davranışının varlığı yani ilgili hareketin gerçekten o normun koruma alanı içinde olup olmadığıdır.⁶⁰¹ Diğer bir deyişle burada görünüşte tipik bir eylemin varlığı yetmeyip hukuki değerin ihlal edilmesi de aranmaktadır. Gerçek ihlal nedenselliği iki cepheye sahiptir: Bunlardan ilki kanun koyucuyu ilgilendirir. Kanun koyucunun suç tipiyle tarif ettiği hareketin o suç tipiyle korunmak istenen hukuki değeri ihlale elverişli olmasıdır. Gerçek ihlal nedenselliğinin ikinci cephesi ise uygulayıcıyı ilgilendirir. Uygulayıcı somut olaydaki hareketi ele alıp bu hareketin hukuki değeri ihlal etmeye elverişli olup olmadığını değerlendirir.

Belirtmek gerekir ki modern hukuki değer anlayışı, gerçek ihlal nedenselliğinin somut olarak aranması gerektiğini ileri sürmektedir. Yani somut olayda hukuki değere yönelik zarar veya tehlike imkânının saptanması zorunludur.⁶⁰² Lakin ispat hususu özellikle tehlike suçları açısından önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. *Weigend* doktrinde ispat için alışılmış ispat ölçütlerinden vazgeçilip nedensellik bağının ispatına ihtiyaç duyulmamasını ve uygulayıcının nedenselliğin olduğuna delalet etmesiyle yetinilmesinin eleştirildiğini söylemiştir.⁶⁰³ Bu tür bir ispata yönelmede en başta kanun koyucunun ön ayak olması yani kanunda ispat güçlüğüne aşmaya yönelik düzenlemeler yaparak kanunu bizzat dolanması diğer bir ifadeyle hukuka karşı hileye yönelmesi sakıncalı durumlar doğurmaktadır. Bu ise özellikle şüpheden özgürlük yararlanır (*in dubio pro libertate*) ilkesi başta olmak üzere birçok ilkenin ihlaline yol açar.⁶⁰⁴

Stächelin ise önemli kabul edilen bir değerin ihlal şekillerinden, yani saldırı yollarından (*Angriffswege*) bahsetmiştir. Yazara göre ihlal kavramı dar anlamda değil, soyut, somut hatta potansiyel nitelikteki tehlikeyi de içerecek şekilde geniş kapsamda ele alınmalıdır.⁶⁰⁵

⁶⁰⁰ Gerçek ihlal nedenselliği kavramı ilk kez Jäger tarafından kullanılmıştır, bkz. Herbert Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1957, s. 17.

⁶⁰¹ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 149, 873.

⁶⁰² Bkz. Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 878-879.

⁶⁰³ Aktaran Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 908.

⁶⁰⁴ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 909.

⁶⁰⁵ Stächelin, a.g.e., s. 55.

Türk Ceza Hukuku doktrinine bakıldığında ise *Özek*, gerçek ihlal nedenselliğinden bahsederken, tipik hareketin korunan hukuki değerin ihlali bakımından uygun hareket olması gerektiğini dile getirmiştir.⁶⁰⁶ Yine *İçel* de suçun meydana gelmesi için gerekli bir *yeterlilik sınırı* aranması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁰⁷ Yeterlilik sınırından kasıt suçun bir özelliği olan tipiklik hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurlarının meydana gelmesi ve bunun yanında diğer bir özelliği olan hukuki değerin ihlalinin belirli bir ağırlığa ulaşmasıdır.⁶⁰⁸

Yine doktrinde *Selçuk* suçların hukuki değerleri zarar ya da tehlike anlamında ihlalin önleme amacına atıfta bulunarak ihlalin varlığı için suçun yalnızca şekli, nitelik bakımından ele alınması yeterli olmayıp diğer taraftan suç maddi, nicelik bakımından da incelenmesi gerektiğini söylemiştir. Nitekim cezalandırma ancak bu şekilde haklılık kazanabilecektir.⁶⁰⁹

Hukuki değer ihlalinin ortaya konulması, görünüşte davranışların cezalandırılmasını önleyeceği gibi ceza hukukunun daha dar anlamda ceza normunun asıl amacına hizmet eder. Hukuki değer ihlal edilmemişse veya ortaya çıkan ihlalin çok hafif olması halinde ceza amaçsız kalacaktır.

3.1.1.2.2. İhlal Modelleri

Hukuki değerin ihlalinde, hukuki değere yönelik saldırıların türü ve şekli daha çok haksızlığın oluşumunda tartışılmaktadır.⁶¹⁰ Ancak gerek tipikliğin yorumlanmasında gerekse normun hukuki değere ilişkin alanının saptanmasında, ihlal modellerinin sağlıklı tespiti çok önemlidir.⁶¹¹

⁶⁰⁶ Çetin Özek, ““Silahlı Çete – Amaç Suç” İlişkisinde İştirak Sorunları”, *AÜSBFD*, c. 49, sy. 3-4, 1994, s. 375; Yazar ayrıca somut olayda eylemin korunan hukuki değeri ihlal etmeye uygunluğunu “hukuka aykırılık bağı olarak” da tanımlamıştır, bkz. Özek, “1997 Türk Ceza Yasası”, s. 26.

⁶⁰⁷ İçel, *Suçların İctimai*, s. 26.

⁶⁰⁸ Yazar burada suç tarafından meydana getirilen zarar veya tehlikenin ağırlığından bahsetmiş, bununla birlikte yeterlilik sınırının ne zaman aşıldığının da tespit edilmesi yani kriterlerin ortaya koyulması gerektiğini söylemiştir bkz. İçel, *Suçların İctimai*, s. 26-27.

⁶⁰⁹ Sami Selçuk, “Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu”, *AD*, sy. 5, 1983, s. 799.

⁶¹⁰ Stächel, a.g.e., s. 90.

⁶¹¹ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 909.

İhlal tür ve şeklinin daha kanun koyma aşamasında birtakım sınırlamalara tabi olması gerektiği ve düzenlenen bu ihlal modeli ile korunan hukuki değer arasında gerçek ihlal nedenselliğinin⁶¹² aranması gerektiği doktrinde öne sürülmüştür. Böylece suç tipinin gerçekten bir hukuki değere dayanıp dayanmadığı ve suç tipinde tanımlanan davranışın, o suç tipinin korumayı amaçladığı hukuki değeri korumaya elverişli olup olmadığı cevaplanabilecektir. İşte bu cevabı verebilmek için de cezalandırmanın gerekçesinin iyi düşünülmesi ve gerçek tehlike veya zarar ihtimallerinin ortaya konulması gerekmektedir.⁶¹³ Ancak bu şekilde bir davranış hukuki değeri ihlal etmiş, ceza normu da bir hukuki değeri gerçek manada korumuş olur.⁶¹⁴

İhlal modellerinin meydana gelişi ilk olarak icrai, ihmali veya ihmali suretiyle icrai olarak ortaya çıkacağı aşikârdır. Ancak bundan öte doktrinde *Stächelin*⁶¹⁵ ihlal modellerinin dört şekilde ortaya çıkabileceğini söylemiştir. Biz de incelememizi bu dört model üzerinden yapacağız.

İlk olarak zarar suçu söz konusu olduğunda bir hukuki değere zarar şeklinde ihlal eden davranışlar ile suç tipinde zarar neticesini de içerecek biçimde tanımlanmış olması gerekir. Yani hareketin elverişli olması şartı burada da aranacaktır.⁶¹⁶ Suç tipinde netice olarak gösterilen zarar ortaya çıkmamışsa o suç tipiyle korunan hukuki değer zarar yoluyla ihlal edilmemiş olacak, şayet hareket elverişli olarak meydana gelmiş ise yaratılan bu tehlike teşebbüs olarak cezalandırılabilir.⁶¹⁷

Diğer taraftan hukuki değere yönelik somut bir tehlike yaratan davranış, suç tipinin ancak tipte belirtilen şekilde bir ihlal meydana getirdiyse elverişli olarak değerlendirilecektir. Buradaki somut tehlike, tipikliğin bir unsurudur. Somut tehlikenin belirlenmesinde ilk görev kanun koyucuya düşmektedir ki, kanun koyucu somut tehlikeye yol açacak ihlal tür ve şekillerini kanunda açıkça belirtmelidir. Diğer taraftan suç tipinde

⁶¹² Hohmann, a.g.e., s. 139.

⁶¹³ Jäger, a.g.e., s. 17, aynı yönde Stächelin, a.g.e., s. 140.

⁶¹⁴ Hohmann, a.g.e., s. 140.

⁶¹⁵ Stächelin, a.g.e., s. 91 vd.

⁶¹⁶ Stächelin, a.g.e., s. 91.

⁶¹⁷ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 910.

düzenlenen bu somut tehlikenin, soyut tehlikeye oranla gerçekleşme imkânının çok daha yoğun olması gerekecektir.⁶¹⁸

İncelenmesi gereken bir diğer ihlal modeli ise soyut tehlike suçlarının söz konusu olduğu suç tiplerinin ihlalidir. Doktrinde çok fazla eleştiriye maruz kalan ve ceza hukukunun etki alanını muazzam derecede genişleten bu suç tiplerinde hukuki değer ihlalinin, tehlike yaratarak meydana getirilmesi anlamında, hukuki değeri soyut olarak tehlikeye sokan davranışlar düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu suç tiplerini düzenlerken soyut olarak bir tehlike meydana geldiğini iddia eder. İstisnai olarak düzenlenen bu suç tipleri tıpkı şüpheli hareket suçları gibi aslında ceza hukukunun doğasına aykırı düzenlenmiş tiplerdir.⁶¹⁹ Bu tiplerin somut olaya uygulanması sırasında yargılama yapacak hâkimin istisnai olan bu tipleri oldukça dar yorumlaması gerekmektedir. Yine *Stächlin* soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiş bir suç tipi söz konusu olduğunda somut olaydaki hareketin hukuki değer üzerinde soyut bir tehlike yaratmamış olması halinde ortaya çıkan sorunun bir ihlal modeli olmasından ziyade bir kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde yetki sorunu olarak kabul etmiştir.⁶²⁰ Burada kanun koyucunun yarattığı normla *ex ante* olarak söz konusu hareketi tehlikeli kabul etmesi veya yaşamın olağan akışını da göz önünde bulundurarak genel bir hükümle genel olarak tehlikeli hareketi değerlendirmeyi hâkime bırakması söz konusudur.⁶²¹ Bu gibi bir durumlarda hâkim, kanunla bağlı olduğundan, kanunu uygulamasının kanuna uygun olacağını⁶²² ancak gerek teleolojik yorum gerekse *ratio legis* yorumu yapılarak gerçek anlamda burada bir ihlal modeli söz konusu olmadığı için hukuka aykırı bir durumun söz konusu olduğu düşünülmelidir. Öğretide *Ünver* bu uygulamanın dışında somut norm denetimi ve parlamentonun söz konusu suç tipini yürürlükten kaldırması gibi iki olasılığın da bulunduğunu söylemiştir.⁶²³ Burada aslında *ratio legis* ve teleolojik yorumla somut olayda gerçekleşen ve o suç tipiyle korunan hukuki değeri ihlale elverişli olmayan davranışın o normun koruma amacı⁶²⁴ dışında olduğundan bahisle objektif olarak isnat edilebilir olup olmadığının da değerlendirilmesi

⁶¹⁸ Stächelin, a.g.e., s. 92-93.

⁶¹⁹ Stächelin, a.g.e., s. 92-93. Öyleki yazar bu suç tiplerinin birer ceza hukuku dogmatikğine ilişkin sorun olmaktan çok kanun koymayı ilgilendiren bir sorun olarak görmektedir bkz. Stächelin, a.g.e. s. 93-94.

⁶²⁰ Stächelin, a.g.e., s. 94.

⁶²¹ Wolfgang Beck, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, Berlin: Duncker&Humblot, 1992, s. 87.

⁶²² Ünver, *Hukusal Değer*, s. 911.

⁶²³ Ünver, *Hukusal Değer*, s. 911.

⁶²⁴ Koruma amacı düşüncesi çerçevesindeki değerlendirmeler için bkz. Jäger, a.g.e., s. 88.

gerekmektedir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi de korunan hukuki değeri gerçekten ihlal edebilecek derecedeki davranışların ceza yaptırımını ile karşılanabileceğini söylemiştir.⁶²⁵

Son olarak ise hukuki değerin ihlalinin elverişliliğin suç tipinde açıkça arandığı elverişlilik suçlarına bakmak gerekir. Bu suç tiplerinde soyut tehlike suçlarından farklı olarak kanun koyucu fiil ile her olayda tehlikenin mutlaka oluşacağı hususunda kesin bir kural koymayıp her somut olayda tehlikeliliğin tespit edilmesini şart koşturmuştur. Bu nedenle bu suç tiplerindeki tehlike kıstası nihai hukuki durumların hepsini aynı şartlarda değerlendirmeyip aralarındaki farkı tipikliğin bir unsuru olarak dikkate aldığı için somuttur.⁶²⁶

3.1.1.3. Değerlendirme

Hukuki değer ihlali suçun bir unsuru olarak değerlendirilemese de suçun gerçek anlamda yani şekli ve maddi anlamda bir suç olarak kabul edilebilmesi için en önemli kıstaslardan birini oluşturmaktadır.

Suçun içeriksel olarak gerçekleştiğinin kabulü için öncelikle suçun bir hukuki değeri koruyup korumadığı tespit edilmelidir. Söz konusu suç tipiyle bir hukuki değerin korunduğu tespiti yapıldığında ise ortada bir hukuki değer ihlalinin söz konusu olup olmadığına bakmak gerekecektir.⁶²⁷ Son olarak ise bir ihlalin gerçekleştiği kabul ediliyorsa bu ihlalin belirli bir yoğunluğa ulaşmış olup olmadığı araştırılacaktır. Soyut suç tipini somut bir olaya uygularken bu saptamaları ise yapacak olan da hâkimdir. Hâkim olaya tatbik edeceği ceza normunu yorumlayarak bu soruları cevaplandıracaktır.

Sırasıyla bu değerlendirmelere bakıldığında; ilk olarak ilgili suç tipinin herhangi bir hukuki değeri koruyup korumadığı ilk bakışta kanun koyucunun alanına girmektedir. Hukuki değerin eleştirisel fonksiyonu da denen bu fonksiyon kanun koyucunun bir ceza

⁶²⁵ Stächelin, a.g.e., s. 96, Alman Federal Yüksek Mahkemesinin bir soyut tehlike suçu olan Al CK m. 100e hakkında verdiği bir karar için ayrıca bkz. BVerfGE 28, 175, 188-189.

⁶²⁶ Stächelin, a.g.e., s. 98-99.

⁶²⁷ Kann, a.g.e., s. 62-63.

normunu oluşturma yetki ve gücünü denetleyen böylece onu sınırlar.⁶²⁸ Kanun koyucu bu durumlarda meşru olmayan bu normu mevzuattan çıkarmalıdır. Ancak bunun bir de ceza normunu uygulayan ceza hâkimini ilgilendiren bir yönü vardır. Buna göre söz konusu suç tipi bir hukuki değeri korumuyorsa hâkim Türk hukuku örneğinde somut norm denetimi yoluyla ilgili normu AYM'ye göndermelidir.⁶²⁹ Yine Türk doktrininde kanun koyucunun ceza normunu oluşturmada ve hangi fiillerin suç olarak düzenleneceği noktasında serbest olduğunu ancak bu serbestinin sınırsız olmadığını bunun sınırlarının toplumsal yaşam düzenini önemli ve ağır ölçüde bozması ile korunan hukuki değere tahammül edilemeyecek düzeyde zarar veya tehlike oluşturmaları olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁶³⁰ Aynı yönde Alman Hukuku'nda ise kanun koyucunun her ceza normunu orantılılık prensibi çerçevesinde, korunan hukuki yararın ağırlığına göre düzenlemesi gerektiğine işaret edilmektedir.⁶³¹ Buraya kadarki aşama daha çok kanun koyucuyu ilgilendirmektedir.

İkinci olarak ortada bir hukuki değer ihlalinin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Bu ise kanun koyucudan çok uygulayıcıyı ilgilendirir. Öğretide *Kann* ceza hâkiminin yaptığı her yargılamada ilgili fiilin suç tipinin koruduğu hukuki değeri ihlal edip etmediğini araştırması gerektiğini söylemiş, şayet ortada herhangi bir hukuki değer ihlali söz konusu değilse failin davranışı nedeniyle sorumluluğunun gündeme gelmeyeceğini belirtmiştir. Bu durumda hukuki değere yönelik herhangi bir saldırı olmadığı için mutlak elverişsiz teşebbüs bulunacaktır.⁶³² Yine *Ebert/Kühl* de toplumsal uygun fiillerden yola çıkarak örneğin tiyatro gösterisi sırasında oyuncuların üniforma giymesinin kanuni tanıma lafzi olarak uygun olsa da gerçekte tipikliği gerçekleştirmediğini ve bu durumlarda aslından cezaya layık hukuki değer ihlalinin eksik olduğunu söylemiştir.⁶³³ Bu konuda doktrindeki bir diğer görüş ise *Roxin*'e aittir. Yazar postacıya küçük bir yılbaşı hediyesi verilmesinden yola çıkarak burada kanunun sıkı lafzi yorumundan ayrılıp bu fiilin StGB m. 284'ü⁶³⁴ oluşturmayacağını kabul etmektedir. Aslında doktrinin toplumsal uygunluk

⁶²⁸ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 605.

⁶²⁹ Doktrinde *von Liszt* şayet şekli ve maddi hukuka aykırılık arasında bir çelişki bulunduğunda hâkimin kanuna bağlı kalması gerektiğini söylemiştir. (Liszt, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, s. 174)

⁶³⁰ Hakeri, "Önemsiz Hareketler", s. 59-60.

⁶³¹ Ostendorf, a.g.e., s. 341.

⁶³² Kann, a.g.e., s. 62-63.

⁶³³ Udo Ebert ve Kristian Kühl, "Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat", **JURA**, sy. 5, (1981), s. 226.

⁶³⁴ **Madde 284: İzin Almadan Şans Oyunu Düzenleme**

öğretisiyle vardığı bu sonuca yazar, toplumsal uygunluk öğretisinin çok genel (belirsiz) olduğundan bahsederek korunan hukuki değerin ihlal edilmediğinden bahsederek ulaşmaktadır. Buna göre korunan hukuki değer verilen bu örnekte ihlal edilmemiş bu nedenle eylemin, normun içerdiği yasağın ihlal edilmediğini belirtmiştir.⁶³⁵ Yine postacıya verilen bu hediye StGB m. 331'de⁶³⁶ korunan memura olan kamunun güvenini sarsmamaktadır.⁶³⁷ Yazar bu sonuca korunan hukuki değer ekseninde yapılan, tipikliği sınırlandırıcı bir yorumla ulaşıldığını söylemiştir. Böylece bu görüş esas alınarak toplumsal uygunluk görüşünde söz konusu olabilecek duygulara göre hareket etme veya genel olarak yaygınlaşmış ihlallerin tipikliği oluşturmadığı şeklinde bir sonuca ulaşma engellenebilecektir.⁶³⁸ Ancak doktrinde *Hakeri* hukuki değerin ihlali kriterini kullanan *Roxin*'e karşı çıkmış, onun toplumsal uygunluk öğretisine yönelttiği belirsizlik eleştirisinin, yine kendi kullandığı hukuki değerin ihlali kriterine de yöneltilebileceğini söylemiştir.⁶³⁹ *Hakeri*'nin de belirttiği üzere hukukta ve özellikle ceza hukukunda ortaya konulan ölçütlerin belirsizliği genel bir sorundur. Özellikle ceza hukukunun sınırlandırılması için getirilen birçok öneri bu belirsizliği taşımaktadır. Bu nedenle yazar haklı olarak bu eleştirinin (belirsizlik eleştirisinin) çok ciddiye alınmaması gerektiğini ve bu konuda hâkimlerin uygulamayı şekillendirmesine olanak tanınması gerektiğini söylemiştir.⁶⁴⁰

(1) Her kim, makamından izin almadan, aleni bir şekilde şans oyunu düzenler veya şans oyunu yönetir veya bu amaçla tesisat hazırlarsa, iki yıla kadar hapis cezası veya adlî para cezası ile cezalandırılır.

(2) Şans oyunlarının itiyadi bir şekilde düzenlendiği derneklerdeki veya kapalı topluluklardaki şans oyunları da alenen düzenlenmiş sayılır.

(3) Birinci fıkraya giren hallerde, her kim suçu,

1. meslek veya sanat haline getirerek veya

2. bu tür fiillerin temadi edecek şekilde işlenmesi için oluşturulmuş çetenin üyesi sıfatıyla hareket ederek işlerse, üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(4) Her kim, aleni bir şans oyununun (fıkra 1 ve 2), reklamını yaparsa, bir yıla kadar hapis cezası veya adlî para cezası ile cezalandırılır.

⁶³⁵ Aynı yönde bkz, Jescheck, *Strafrecht AT*, s. 203; Jescheck ve Weigend, a.g.e., 253.

⁶³⁶ **Madde 331: Yarar Kabul Etme**

(1) Bir kamu görevlisi veya kamu hizmeti için özel olarak görevlendirilen bir kişi, görevi yerine getirmek için, kendisine veya üçüncü kişi için bir yarar talep eder, vaat ettirir veya kabul ederse, üç yıla kadar hapis cezası veya adlî para cezası ile cezalandırılır.

(2) Hâkim veya hakem, yargısal bir işlem yaptığı veya ileride yapacağı için, karşılık olarak, kendisi veya üçüncü bir kişi için, bir yarar talep eder, vaat ettirir veya alırsa, beş yıla kadar hapis cezası veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu suça teşebbüs cezalandırılır.

(3) Fail, kendisi tarafından talep edilmiş olmayan bir yararı, vaat ettirir veya alırsa ve yetkili makam, yetkisi çerçevesinde olmak üzere, yararın alınmasına önceden izin vermiş olur veya fail tarafından gecikmeksizin yapılan ihbar üzerine, yararın alınmasına izin verirse, fail birinci fıkraya göre cezalandırılmaz.

⁶³⁷ Roxin, *Strafrecht AT I*, s. 243-244.

⁶³⁸ Roxin, *Strafrecht AT I*, s. 244; aynı yönde Hakeri, "Önemsiz Hareketler", s. 85.

⁶³⁹ Hakeri, "Önemsiz Hareketler", s. 85.

⁶⁴⁰ Hakeri, "Önemsiz Hareketler", s. 85.

Son olarak ise ortada bir hukuki değer ihlali saptanmış ise bu ihlalin belirli bir yoğunluğa ulaşmış olup olmadığı aranacaktır.⁶⁴¹ *İçel ve diğerleri* yapılan hareketin bir ihlal niteliğinde olup olmadığının saptanması bakımından, hukuki değer dikkate alınacağını ve neticeyle fiziki nedensellik değeri taşıyan hareketin içerik ve yoğunluk olarak hukuki değeri zarara veya tehlikeye sokan bir davranış olup olmadığının belirleyici olduğu ifade edilmektedir.⁶⁴² Buradan çıkan sonuç bir ihlalin ancak belirli bir yoğunluğa ulaşması halinde ihlal olarak kabul edilmesidir. Diğer bir ifadeyle maddi olarak oluşan haksızlık içeriğinin kanunla sınırları çizilen şekli haksızlık içeriğini sağlaması gerekir. Ancak belirli bir yoğunluğa ulaşmayan hareket yine de korunan hukuki değer üzerinde bir ihlal gerçekleştirebilir. Yine *Roxin* önemsiz değerdeki malın çalınmasının şüphesiz tipikliği gerçekleştirdiğini, zira mülkiyet ve zilyetliğin değersiz şeylerin çalınmasıyla da ihlal edileceğini, buna karşılık başka hukuki değerlerde belirli bir yoğunluğun arandığını ifade etmektedir.⁶⁴³ Bu düşünceden yola çıkarak ihlalin belirli yoğunluğa ulaşmış olup olmadığını aramanın, korunan hukuki değere göre değişiklik arz edeceğini söylemek yerinde olacaktır.

Ceza hukuku hukuki değere yönelik her türlü ihlali önlemek zorunda değildir. Nitekim öğretide *Jakobs* bu ihlallerin birçoğunun hastalık, eskime, bozulma gibi doğal süreçte ortaya çıkan ve en azından taksir derecesinde bir kusuru olmayan bir insan tarafından zarar veya tehlikeye anlamında bir ihlale maruz bırakılabilse de bu ihlallerin ceza hukuku anlamında ihlal sayılmayacağını söylemiştir. Yazar olumlu olarak değerlendirilen şeylerin sınırsızca ceza hukuku değeri olarak kabul edildiğinde, bunun gerçek durumlarla bağdaşmayacağını söylemiştir.⁶⁴⁴ Yani ceza hukukunun konusunu oluşturan değerleri korumak için bile, ceza hukukunun doğadan kaynaklanan veya insandan kaynaklanmakla birlikte kaçınılmaz olan hukuki değer ihlallerinden insanları sorumlu tutma gibi aşırı bir anlamı olamayacaktır. Bu nedenle ancak insani davranışla gerçekleştirilen kınanabilir norma aykırılıklar ceza hukuku anlamında bir hukuki değer ihlali teşkil edecektir. Aynı şekilde yazar, objektif isnadiyet ilkeleri uyarınca isnat

⁶⁴¹ Doktrinde Ebert/Kühl kanunun lafzını gerçekleştiren (kanuni tanımda yer alan hareketin) ancak gerçekte 'normu' gerçekleştirmeyen hareketlerden bahsetmiştir. Böyle bir durumda ise cezaya layık bir hukuki değer olmadığını ileri sürmüştür. (Ebert ve Kühl, a.g.e., s. 227)

⁶⁴² İçel ve diğerleri, **Suç Teorisi**, s. 104.

⁶⁴³ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 244; bunun aksi görüşe Türk uygulaması sahiptir (Hakeri, "Önemsiz Hareketler", s. 85.)

⁶⁴⁴ Günther Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Baskı, Berlin: Walter de Gruyter, 1993, s. 35vd.; aynı yönde Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 918.

edilemeyen eylemin bir hukuki değer ihlali sayılamayacağını bu nedenle hukuki değer ihlalinin fiilin objektif isnadiyetine dâhil olduğunu belirtmiştir.⁶⁴⁵

Kısaca görünüşte tipik olan ancak normun koruma alanı dışında olması nedeniyle objektif olarak isnat edilen hafif hukuki değer ihlalleri suç oluşturmayacaktır. Keza Ünver de suçun oluşabilmesi için görünüşte tipik olan eylemin suç tipiyle korunan hukuki değeri ihlal etmesi gerektiğini söylemiştir.⁶⁴⁶ Yazar her ne kadar suç tipinde açıkça bir fiilin hukuki değere zarar vermenin ya da hukuki değeri tehlikeye atmanın suç tipinde açıkça belirtilmese de genelde eşyanın doğası⁶⁴⁷ özelde ise hukuki değer nitelikleri ile değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir.⁶⁴⁸ Aynı şekilde bir davranışın gerçek anlamda tipik olup olmadığı, o davranışın oluşturduğu maddi haksızlık içeriğinin norm tarafından çizilen şekli haksızlık sınırlarına ulaşmasını gerektirir. Dolayısıyla o suç tipiyle korunmayan yani ceza normunun koruma alanı dışında kalan fiiller gerçek anlamda tipik olmadıkları için suçun tipiklik unsurunu gerçekleştirmeyecektir.

3.1.2. Sosyallik Öğretileri

Ceza hukuku ve toplumun etkileşimi, toplum ve toplumsal ilişkiler ekseninde bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bugün birçok hukukçu en başta bir yorum yaparken ceza hukuku ve ceza hukukunun toplumla ilişkisini göz önünde tutmaktadır. İşte bu toplum eksenli düşünceler ceza hukukunun gelişimi aşamasında toplumu, toplumsal ilişkileri ve gelişmeleri dikkate alarak bunu ceza hukukunun birçok kavramına konu etmiştir. Toplumsal ilişkilerin temel alındığı düşünceler gerek hareketi tanımlarken gerek tipik fiili belirlerken gerekse de suçu bir bütün olarak incelerken karşımıza çıkmaktadır.

Kavram birliğini sağlamak açısından sosyallik ve toplumsallık terimlerinin kullanımında; sosyallik kavramı, hareket teorisi incelenirken kullanılmış ve geri kalan

⁶⁴⁵ Jakobs, **Strafrecht AT**, s. 35 vd; aynı yönde Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 918.

⁶⁴⁶ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 918.

⁶⁴⁷ Radbruch “eşyanın doğasının” hukuk teorisinde yorumun *Ultima ratio*’su ve kanunun tamamlayıcısı olarak görmüştür. Yine Maihofer de eşyanın doğasının kanunun ruhu olarak da çıkabileceğini bu durumda kanunun yorumu ve onun tamamlayıcısı olarak fonksiyon ifa edeceğini söylemiştir, bkz Werner Maihofer, “Die Natur der Sache”, s. 155 vd ile s. 173 vd, **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, sy. 44, 1958, s. 145 vd.

⁶⁴⁸ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 924.

düşünce sistemleri açıklanırken toplumsallık kavramından faydalanılmıştır. Aslında her iki terimde aynı anlama (*sozial*) gelmektedir.

3.1.2.1. Sosyal Hareket Teorisi

Modern ve hümanist ceza hukukunun en büyük özelliği fiil ceza hukuku olmasıdır. Bir bireye fail niteliğini veren ceza hukuku anlamında hareket etmesidir. Bugün ağırlıklı olarak finalist öğreti etkisinde şekillenen ceza hukuku sistemi hareket kavramının yapısını iki açıdan incelemektedir. İlk olarak hareket salt ontolojik açıdan, insanın varoluşunun reel durumu olarak anlaşılabilir. Bu durumda ceza hukuku anlamında hareket iradi, bedensel hareket ve dış dünyada değişiklik gibi deneyimlenebilir gerçeklikler olarak görülebilir. Diğer taraftan hareket en başından beri insan davranışlarını belirlemesi gereken normlar temel alınarak salt ceza hukuku anlamında kavranabilir. Bu durumda ise hareket norma aykırı davranış olarak tezahür eder. Ontolojik ve normatif her iki bakış açısı da birlikte etki ettiğinde hareketin tam manasını ortaya çıkaran ağırlık merkezini ancak ya objektif ya da sübjektif etkenlere vermektedir.⁶⁴⁹

Ceza hukukunda hareket kavramı çerçevesinde süregelen tartışmalara *Eberhard Schmidt* 1932 yılında *Liszt'in* eserinin 26. basısını yaparken sosyal hareket teorisi ile yeni bir bakış açısı getirmiştir.⁶⁵⁰ Bu hareket teorisinin en büyük özelliği normatif ve ontolojik bakış açıları arasında uzlaştırmacı bir çözümü saf bir şekilde sunmasıydı. Nitekim o zamana dek benimsenen klasik suç teorisi hareketin tek başına bir değer ifade etmediğini savunmaktaydı. Yazar bu hareket teorisi ile iradi olarak verilen kararı ve davranışın dışı vuran neticelerinde yatan ontolojik durumları içine alıp bunları toplum açısından objektif manalarını çerçevesinde incelemiş ve böylece daha ilk baştan hareketi salt norma aykırılıkla bir tutmadan bu oluşumun sosyal içeriğini değerlendirmiştir.⁶⁵¹

Sosyal hareket teorisi daha sonra doktrinde tartışılmaya başlanmış ve aşağıda da değinileceği üzere birçok taraftar da toplamıştır.

⁶⁴⁹ Hans-Heinrich Jescheck, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung”, **FS für Eberhard Schmidt**, Paul Bockelmann ve diğerleri (Ed.), Göttingen: Scientia Verlag, 1961, s. 139.

⁶⁵⁰ Schmidhäuser, **Strafrecht AT**, s. 141-142.

⁶⁵¹ Jescheck, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung”, s. 140.

3.1.2.1.1. Doktrindeki Görüşler

Nedensel ve finalist hareket teorisi ceza hukuku anlamında hareketi açıklamakta yetersiz kaldığı için geriye özellikle hukuken beklenenin yerine getirilmemesini (ihmalî ve taksirli suçlar) açıklamaya yönelik bir sentez olarak sosyal hareket kavramı *Schmidt* tarafından ortaya atılmış ve geliştirilmiştir. Teori ilk kez *Liszt'in* eserinde ortaya atıldığında hareketin doğa bilimlerinin penceresinden bakarak fiziksel bir fenomen olarak değil sosyal gerçekliğe etkisindeki sosyal bir fenomen olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür.⁶⁵²

Sosyal hareket teorisi oldukça taraftar toplamış⁶⁵³ ve sosyal hareket kavramına yönelik birçok tanımlama girişimi olmuştur. Bu yazarlardan hepsi sosyal hareket kavramını benimsese de sosyal hareketi kendi bakış açılarına göre tanımlamışlardır. Örneğin *Eberhard Schmidt, Engisch, Maihofer* objektif hareket eğilimini ön plana çıkarırken, *Jescheck* sübjektif kararlaştırmaya ve *Arthur Kaufmann* ise kişisel hareket yapısına anlam yüklemiştir. Bu tanımlara kısaca göz atmak gerekirse örneğin *Engisch* sosyal hareket kavramını veya kendi deyimiyle “*objektif-finalist*” hareket kavramını iradi olarak belli bir amaca yönelik sosyal neticeler ortaya çıkaran fiil⁶⁵⁴ olarak kabul etmiştir. Yine *Maihofer* hareketi “*ceza hukukunca korunan hakları ihlal tesirine yönelen davranışın objektif eğilim*”⁶⁵⁵ veya “*objektif öngörülebilir sosyal neticeye yönelen her objektif hükmedilebilir davranış*”⁶⁵⁶ olarak görmüştür. Buna karşılık *Jescheck* hareketi, insanın, kendine emredilen hareket imkânlarından özgürce seçip gerçekleştirme vasıtasıyla, kendine tanınan ya da en azından tanınabildiği durumun gereklerine verdiği her cevabı olarak görmüştür.⁶⁵⁷

Sosyal hareket kavramı icrai ve ihmalî hareketler yanında kast ve taksirli hareketleri de açıklayabilmekteydi. Bu hareketler sosyal anlamını sadece failin amacını

⁶⁵² Jescheck, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung”, s. 150.

⁶⁵³ Bu görüşün taraftarları arasında Eberhard Schmidt, Engisch, Jescheck, Kienapfel, Maihofer, R. Lange, Oehler, E. A. Wolff, Arthur Kaufmann sayılabilir.

⁶⁵⁴ Karl Engisch, “Der finale Handlungsbegriff”, **Probleme der Strafrechtserneuerung, FS für Eduard Kohlrausch**, Berlin, 1944, s. 165.

⁶⁵⁵ Werner Maihofer, **Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem**, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1953, s. 72.

⁶⁵⁶ Werner Maihofer, “Der soziale Handlungsbegriff”, **FS für Eberhard Schmidt**, Paul Bockelmann ve diğerleri (Ed.), Göttingen: Scientia Verlag, 1961, s. 178.

⁶⁵⁷ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 178; Aynı yönde bkz. Ernst Amadeus Wolff, **Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen**, Heidelberg: Carl Winter-Universitätsverlag, 1964, s. 17; Alexander Katsantonis, “Der Handlungsbegriff in existential-ontologischer Sicht, Ein Versuch”, **ZStW**, sy. 72 (1960), s. 355.

değil aynı zamanda nedensel olarak ortaya çıkan neticelerde bulmakta idi. Bu kavram bakımından ise öne çıkan diğer bir kavram ise *sosyal bakımından önemli davranış idi*. *Sosyal bakımından önemli davranıştan* ise bireyin kendi etkisiyle çevresini ilgilendirdiği ilişki anlaşılmaktaydı.⁶⁵⁸ Sadece sosyal ilişkiyi rahatsız eden hareketlerin cezalandırılmasını öngören bu davranış tarifinin temelinde ceza hukukunun sosyal düzeni koruma amacı yatmaktaydı.⁶⁵⁹ Davranışın sosyal bakımdan önemliliğini, bir taraftan finalist teorinin *amaçsallığını* diğer taraftan nedensel teorinin neticesini ve son olarak da ihmalin hukuken beklenebilir hareketine göre belirlenmektedir.

Hareket kavramında sosyal bakımından önemlilik unsuru getirilmesiyle ceza hukukuyla ilgisiz hareketlerin tespiti daha geniş ölçüde sağlanmıştır. Böylece sosyal hareket teorisi, hareket kavramlarının önemli bir fonksiyonu olan sınırlandırma fonksiyonunu diğer teorilere (final ve klasik hareket teorileri) nazaran daha iyi yerine getirmiştir.⁶⁶⁰ Böylece bu hareket teorisi ceza hukuku bakımından önemsiz olay ve hareketleri ceza hukukunun dışına çıkarmıştır. Buna göre fikri ve ruhi tüm davranış biçimleri, refleks hareketleri, bilinçsizce yapılan hareketler sosyal bakımdan bir anlam taşımamaktadır.⁶⁶¹

3.1.2.1.2. Sosyal Hareket Teorisine Yönelik Eleştiriler ve Değerlendirme

Sosyal hareket teorisinin getirdiği hareket kavramı, diğer hareket kavramlarının açıklayamadığı ceza hukukunun kurumlarını yeterli bir biçimde açıklamaktadır. Ancak hareket kavramının bu yeteneğini tanımda kullanılan kavramların sınırlarının belirsiz olmasına borçlu olduğu da görülebilir. Bu belirsizlik, sosyal hareket kavramını doktrinde eleştirilere maruz bırakmıştır.

⁶⁵⁸ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 178.

⁶⁵⁹ Hellmuth Von Weber, “Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff”, **FS für Karl Engisch zum 70. Geburtstag**, Paul Bockelmann ve diğerleri (Ed.), Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M. 1969, s. 331.

⁶⁶⁰ Jescheck, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung”, s. 150; Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 177.

⁶⁶¹ Jescheck, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung”, s. 152-153.

Sosyal hareket kavramına finalist bir bakış açısıyla yaklaşan *Hirsch*, özellikle *Jescheck'in*⁶⁶² hareket kavramı üzerinden giderek bu tanımdan nasıl kesin çizgilere sahip bir türev ortaya çıkarılabileceği sorusunu sormuştur. “*İnsanın her cevabı*”, “*hareket imkânları*” ve “*durumun gerekleri*” gibi kavramlardan yola çıkan yazar bu kavramların, hangi kurumları izah etmeye çalıştığını ve ne ölçüde yetersiz kaldığını ortaya koymaya çalışmıştır.⁶⁶³ Yazar diğer hareket teorilerinin açıklayamadığı ve sosyal hareket teorisinin açıkladığı düşünülen ihmali hareket ve taksirli hareketi aslında açıklayamadığını da savunmuştur.⁶⁶⁴

Diğer taraftan *Roxin* de sosyal hareket kavramının birtakım zayıf yönlerinden bahsetmiştir. Yazar, kavramın sınırlandırma fonksiyonunu yeterince yerine getiremediğini ileri sürmüştür. Yazara göre salt düşünceler sosyal olarak önemli olmasa da tüzel kişilerin işlemleri, *vis absoluta*’nın etkisi, salt refleksif veya kontrol edilemeyen davranışlar sosyal açıdan önem kazanabilmektedir. Yazar, *Jescheck'in* hareketi sınırlandırma çabasıyla getirdiği “*hareket imkânlarına cevap*” unsurunu başlangıç için faydalı görse de hareket tanımındaki bu unsurun sosyal bakımdan önemlilikle bir alakası olmadığını savunmuştur. Yine yazar sosyal hareket kavramının tipikliğin değerlendirmesiyle sınırlandırılmadığı kanaatindedir. Buna göre tipe uygunluğun bazen bir hareketin sosyal olarak önemliliğini meydana getirdiğini ve bazı durumlarda esaslı olarak etkilediğini söylemiştir. Örneğin bir kadının kendi vücudu üzerinde belirli bir müdahalede bulunması ve böylece nerdeyse tamamen bireysel ve sosyal açıdan herhangi bir önemi olup olmadığı veya sosyal olarak önemli bir kürtaj müdahalesinde bulunup bulunmadığı, tamamen kanun koyucunun o ana kadar sosyal alan içinde göze çarpmayan davranışı “*çocuk düşürme*” olarak tanımlamasına bağlıdır. Bu durumda sosyal değerlendirme tamamen hukuki değerlendirmenin etkisinde olacaktır. Diğer taraftan bir araba sürücüsü saatte altmış km ile caddede gitmesi hukuki değerlendirme olmaksızın sosyal olarak önemli olabilecektir, ancak burada sosyal anlamı (değerlendirme) yalnız o kişinin hız sınırını aşıp aşmadığıdır.⁶⁶⁵ Yani tipiklik bir fiilin ne zaman sosyal önemli olacağına dair bir değerlendirmeyi her zaman yapamamaktadır.

⁶⁶² *Jescheck* hareketi, insanın, kendine emredilen hareket imkânlarından özgürce seçip gerçekleştirme vasıtasıyla kendine tanınan ya da en azından tanınabildiği durumun gereklerine verdiği her cevabı olarak görmüştür, bkz. *Jescheck*, **Strafrecht AT**, s. 178, 3. Baskı.

⁶⁶³ Hans Joachim Hirsch, “Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, **ZStW**, sy. 93, 1981, s. 853.

⁶⁶⁴ Hans Joachim Hirsch, “Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre”, s. 853 vd.

⁶⁶⁵ *Roxin*, **Strafrecht AT I**, s. 195-196.

Sosyal ve hukuki değerlendirmenin birbiri ile olan bu bağı nedeniyle sosyal kategori tipikliğinin önünde değil içindedir. Buna göre sosyal hareket teorisinin temsilcilerinin çoğu bu hareket kavramının yardımıyla öngörülemeyen nedensel seyirlerin de ceza hukukunun dışına çıkarmayı istemektedirler. *Eberhard Schmidt'in* adam öldüren failin, anne ve babasının, mağdurun ölümü bakımından nedensel olduklarını ancak onu *öldürmediklerini* ya da *Engisch'in* tahmin edilemeyen neticelerin kendi hareket kavramından hareketle ceza hukuku dışına çıkarılacağını ve yine *Maihofer'in* sadece objektif olarak öngörülebilir neticeleri harekete yüklenebileceğini söylemesi örnek olarak verilebilir.⁶⁶⁶ *Roxin'in* de haklı olarak belirttiği üzere bu problem hareketin değil tipikliğinin bir problemidir. Çünkü tipik neticenin isnadiyeti yalnız tipik değerlendirme kriterlerinden yola çıkılarak bir sonuca ulaştırılabilir. Aynı yönde *Jescheck* de bu yazarların düşüncelerine karşı çıkmış, uygunluk düşüncesinden (*Adäquanzgedanke*) hareketle, bu düşüncenin tipikliğinin yorumunda uygulama alanı bulacağını söylemiş ve bunun hareketin bir unsuru olarak değil objektif isnadiyetin sınırı olduğunu söylemiştir.⁶⁶⁷ Yine *Welzel* de objektif öngörülebilirlik olan uygunluk kavramının, söz konusu neticeden sorumluluğa ilişkin olduğunu belirtmiştir.⁶⁶⁸

Sosyal hareket teorisine getirilen bir diğer itiraz ise sosyal bakımdan önemliliğe yöneltilmiştir. *Roxin'e* göre bu terim haksızlık değerlendirmesinde önemli bir nitelik olarak tanımlansa da hukuki değerlendirmede yetersiz olduğundan sistematik bir unsur olarak uygun olmamaktadır. Bu nedenle sosyal önemliliğin olmaması durumunda hareket ortadan kalkmayıp sadece sosyal anlamı ortadan kalkar.⁶⁶⁹ *Baumann/Weber/Mitsch* ise yine sosyal bakımdan önemli ve önemsiz arasındaki sınırın nasıl çizileceğinin bir sorun olduğunu söylemiş ve sosyal hareket teorisinin hareket teorisinden bir haksızlık teorisi oluşturduğunu ileri sürmüştür.⁶⁷⁰

Klasik okulun getirdiği sebep sonuç ilişkisine dayanan, salt vakıalara tepki olarak ortaya çıkan sosyal hareket teorisi, amacın ön plana çıkarılmasıyla o zamana dek tek başına bir değer ifade etmeyen hareket kavramının, tek başına bir değer taşıdığını kabul etmiştir.

⁶⁶⁶ Roxin, *Strafrecht AT I*, s. 196.

⁶⁶⁷ Jescheck, "Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung", s. 153.

⁶⁶⁸ Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 10. Baskı, Berlin: Walter de Gruyter, 1967, s. 42-43.

⁶⁶⁹ Roxin, *Strafrecht AT I*, s. 196.

⁶⁷⁰ Jürgen Baumann ve diğerleri, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Baskı, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003, Kn. 87-89, s. 224-225.

Teorinin ceza hukukuna kazandırdığı en önemli yeniliklerden biri ise suçun teleolojik bir bakışla incelenerek, hareketin maddi bir haksızlık içerdiğini, böylece klasik suç teorisinde şekli olarak algılanan hukuka aykırılık nedeniyle mümkün olmayan derecelendirmenin de önünü açtığıdır.⁶⁷¹ Teorinin getirdiği bir başka yenilik ise yine tipiklik çerçevesinde gerçekleşmiştir. Buna göre tipiklik artık herhangi bir değer ifade etmeyen bir yapıdan çok kanuni tanımında yer alan unsurlarla ve suç tipinin bizzatı haksızlık ihtiva ettiğini ileri sürerek tipikliğin salt biçimde değer ifade ettiğini ileri sürmüştür. *Unrechtstatbestand* olarak adlandırılmaya başlanan kanuni tipte cezaya layık bir haksızlığın tarif edildiği ileri sürülmüştür.

Sosyal hareket kavramının sınırlarının olmaması ve içinin boş olması da doktrinde kavrama yöneltilmiş önemli itirazların başında gelmektedir.⁶⁷² Teori hareketi sosyal önemlilik kriteri ile belirlemeye çalışmakta ve bu da hareketin içeriğinin belirsizleşmesine yol açmaktadır. Hareketin sosyal öneminin hâkim tarafından belirlenmesinin de keyfiliğe neden olacağı eleştirileri yöneltilmiştir.⁶⁷³

3.1.2.2. Toplumsal Uygunluk Öğretisi

Fiilin toplumsal uygunluğu teorisi ilk kez *Welzel* tarafından *Studien zum System des Strafrechts*⁶⁷⁴ isimli eserinde geliştirilmiştir. Her ne kadar ilk defa bu eserde yer alsada düşüncenin temelleri daha önceki eserlerinde ortaya konmuştur.⁶⁷⁵ Yazar oluşturduğu final hareket teorisini açıklarken toplumsal uygunluk ifadesini kullanmıştır. 1939 yılına kadar suç tipinin gerçekleşmesi için doktrin, hukuki değer ihlalini aramaktaydı. *Welzel* ise korunan hukuki değer teorisinin, hukuki değerleri, zarar verici müdahalelerden uzak tutulan, müzede vitrinde duran eserler olduğunu ve ihlalinin ise suçlunun korunan bu alana zarar verip kabaca bu eserlere saldırması olarak tarif etmiştir. Hukuki değer ihlali olarak görülen suç düşüncesi, hukuki değerlerin ihlale maruz kalmadığı önceki durumunun

⁶⁷¹ Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 255 ve 276 vd.

⁶⁷² Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 72.

⁶⁷³ Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, c. II-III, s. 30; aynı yönde bkz. İçel ve diğerleri, **Suç Teorisi**, s. 55, dn. 41; M. Emin Artuk ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 97; Özbek ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 224.

⁶⁷⁴ Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, s. 491 vd.

⁶⁷⁵ Gerhard Hoppe, **Die soziale Adäquanz im Strafrecht**, s. 1, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Georg-August-Universität, Göttingen 1959, söz konusu eserler: Hans Welzel, “Kausalität und Handlung”, **ZStW**, sy. 51, 1931, s. 703 vd; Hans Welzel, **Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht**, Leipzig: Deutsche Druck- und Verlag, 1935.

ihlalden özgür ve ihlale karşı güvenli olarak düşünüldüğü ancak suç ile hukuki değer ihlal edildiğini savunmaktaydı.⁶⁷⁶ Welzel ise buna karşı çıkararak hukukun toplumsal gerçekliğinin daha farklı olduğunu söylemiş ve gerçekte ancak fonksiyon gören hukuki değerlerin bulunduğunu, yani etkili olan ve etkilenen değerlerin bulunduğunu söylemiştir. Ona göre hukuki değerler gün içinde zarar görme veya tehlike altında kalma gibi sayısız ihlale maruz kalmaktaydı. Hukuki değerler toplumsal yaşamda gittikçe artan oranda yaşamın devamı için riskli birtakım faaliyetler nedeniyle etkilenmekte ve aynı zamanda başka değerler üzerinde etki bırakmaktadır. Yazara göre hukukun amacının bütün hukuki değerlere yönelik bütün ihlalleri yasaklamak olmadığını ancak bu hukuki değerlere yönelik sayısız ihlalden, ancak toplumsal yaşamı “*dayanılamaz*” hale getirebilecek (toplumsal bakımdan katlanılmaz) olanları yasaklamak olması gerektiğini söylemiştir.⁶⁷⁷

Welzel, toplumsal uygunluğu, fonksiyon icra eden bir kavramın ötesinde, aynı zamanda değer olarak ve hukukun oluşumu içinde mündemiç bir prensip olarak görmüştür. Böylece yazara göre toplumsal uygunluk, tipikliğin oluşması için özel bir anlama sahiptir. Fiilin toplumsal uygunluğunun yönünü ‘*toplumsal olarak alışıl gelmiş ve normal*’, ‘*trafik kuralına uygunluk*’, ‘*trafikte (veya ilişkilerde “Verkehr”) gerekli olan özen*’, ‘*ilişkilerin genel teamülü*’ şeklinde ifade etmektedir. Ona göre bu kavramlar gerçek ortalamayı oluşturur. Fiilin toplumsal uygunluğunun değer yönü ise neyin ‘*toplumsal açıdan uygun*’ olarak geçerli kabul edilebileceğini açıklamaktadır.⁶⁷⁸

Bu çıkarımlardan sonra yazar, aslında hareketin toplumsal yaşam alanı içindeki hareket olarak algılanması gerektiğini ve bir halkın toplumsal yaşamında, tarihsel düzenindeki hareketlerin tipiklik kavramına dâhil olmadığını söylemiştir.⁶⁷⁹ Hareketler ancak toplumsal uygunluğun koyduğu sınırı aştığında tipik olarak değerlendirilebilir. Böylece toplumsal uygunluk ilk oluşturulduğunda tipikliğin öncesinde yer almıştır.⁶⁸⁰

⁶⁷⁶ Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, s. 514-515.

⁶⁷⁷ Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, s. 515-516.

⁶⁷⁸ Yener Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, İstanbul: Beta Yayınevi, 1998, s. 74.

⁶⁷⁹ Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, s. 516-517; ayrıca bkz. Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 67.

⁶⁸⁰ Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, s. 528.

Toplumsal uygunluk düşüncesi ilerleyen zamanlarda *Roxin'in*⁶⁸¹ de dikkat çektiği üzere birçok revizyona uğramış ve ceza hukukunun en hararetli konularından biri olmuştur. Doktrinin bir bölümü bu öğretinin getirdiği kıstasları belirsiz ve hukuki güvenliği tehdit edici görmüş ve bilinen yorum metotlarıyla karşılaştırıldığında gereksiz bularak reddetmiştir.⁶⁸² Diğer birtakım yazarlar ise bir yorum figürü olarak kabul etmiştir.⁶⁸³ Ancak doktrinin büyük çoğunluğu fiilin toplumsal uygunluğunu *Welzel'in* ilk ortaya attığı hali ile tipikliği ortadan kaldıran sebep olarak görmüştür.⁶⁸⁴ Ancak bu görüşler dışında toplumsal uygunluğu bir hukuka uygunluk nedeni olarak görenlerin sayısı da azımsanmayacak kadar fazladır.⁶⁸⁵ Bu görüşlerin dışında toplumsal uygunluğun karma bir yapıya sahip olduğunu ileri sürerek hem tipikliği ortadan kaldıran bir sebep hem de hukuka uygunluk sebebi olarak kabul eden bir görüş⁶⁸⁶ ve bunun yanında bir mazeret sebebi olarak gören bir görüş⁶⁸⁷ dahi bulunmaktadır.

Teoriyi ortaya atan Welzel'in fiilin toplumsal uygunluğun hukuki niteliği hakkındaki görüşlerine bakıldığında, ilk olarak bu hukuki kurumu yukarıda da bahsedildiği üzere tipikliği ortadan kaldıran hal olarak kabul etmiştir. Ancak genel hükümler kitabının dördüncü basısından itibaren hem kasti hem taksirli fiillerde örf ve adetten doğan bir hukuka uygunluk sebebi olarak görmüştür. Onun bu görüş değişikliği ile birlikte teorinin neredeyse tüm tarafları da bu yönde görüşlerini değiştirmiştir. Genel hükümleri kitabının yedinci basısını yaptığında ise taksirli fiillerde bir tipikliği ortadan kaldıran hal olarak kabul etmiştir. Yazar en son toplumsal uygunluğun genel bir yorum prensibi olduğunu

⁶⁸¹ Roxin, "Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht", s. 303.

⁶⁸² Baumann, **Strafrecht AT**, s. 183; Wilhelm Gallas, "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen", **ZStW**, sy. 67, 1955, s. 22; Hellmuth Mayer, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 1953, s. 108.

⁶⁸³ Hans Joachim Hirsch, „Soziale Adäquanz und Unrechtslehre“, **ZStW**, sy. 74, 1962, s. 132; Hans Joachim Hirsch, **Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen**, Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag, 1960, s. 285 vd., Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn 1960; Diethelm Kienapfel, **Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht**, Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1961, s. 87 vd.; Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 242; Harro Otto, „Sozialadäquanz als Auslegungsprinzip“, **Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts FS für Knut Amelung zum 70. Geburtstag**, Martin Böse ve Detlev Sternberg-Lieben (Ed.), Berlin: Duncker&Humblot, 2009, s. 245.

⁶⁸⁴ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 201-203; Maurach ve Zipf, a.g.e., s. 213 vd.; Günter Stratenwerth ve Lothar Kuhlen, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Baskı, München: Verlag Franz Vahlen, 2011, s. 81; Krauß, a.g.e., s. 48; Karl Peters, „Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip“, **FS für Hans Welzel zum 70. Geburtstag**, Günter Stratenwerth ve diğerleri (Ed.), Berlin 1974, s. 425 vd.

⁶⁸⁵ Dreher-Tröndle, Otto, Schmidhäuser bunlara örnek verilebilir, aktaran Roxin, "Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht", s. 303, dn. 7; ayrıntılı bilgi için bkz. Hermann Roeder, **Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos**, Berlin: Duncker&Humblot, 1969, s. 66, dn. 5.

⁶⁸⁶ Ulrich Klug, "Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem", **FS für Eberhard Schmidt, Paul Bockelmann ve diğerleri (Ed.)**, Göttingen: Scientia Verlag, 1961, s. 249 vd.

⁶⁸⁷ Roeder, a.g.e., s. 77.

söylemiştir.⁶⁸⁸ Yazardaki ve doktrindeki sık görüş değişiklikleri ve farklılaşmanın temelinde, toplumsal uygunluk kavramının saf bir içeriğe sahip olmamasının yattığı söylenebilir.

Fiilin toplumsal uygunluğu, *Welzel* tarafından ortaya atıldıktan sonra yukarıda da değindiğimiz üzere teori, üzerinde birçok tartışma olan bir “*genel dogmatik cezasızlık formülü*” olarak kabul edilmiştir.⁶⁸⁹ Teorinin amacı toplumsal yaşamın tarihsel sürecinde ortaya çıkarılan hareketlerin cezalandırılmasının önüne geçmek olmuştur. Bu bakımdan özen yükümlülüğüne uygun hareketler, toplumsal yaşamın tarihsel olarak oluşan düzeninin içinde bulunduklarından her ne kadar bu tür hareketler ceza hukukunca korunan hukuki değerler açısından birçok tehlikeyle bağlantılı olmaları halinde dahi, hiçbir şekilde bir suç tipin oluşturmadığı öne sürülmüştür.⁶⁹⁰ *Welzel* toplumsal uygun davranışlara dair birçok örnek vermiştir. Böylece modern trafiğin normal akışındaki özgürlük kısıtlamaları (trenin istenilen istasyonda değil de bir sonraki istasyonda durmasını) ve diğer buna benzer ihlalleri, normal spor faaliyetlerinin icrasından kaynaklanan yaralanmalar; tren, maden ve fabrikaların düzenli işletilmesi sırasında meydana gelen yaralama, öldürme fiilleri; vücuda yönelik tedavi maksatlı birtakım müdahaleler ve bunların neticesinde ortaya çıkabilecek ölümler, savaş sırasında kurallara uygun ölüm, yaralanma ve yıkımlar; olaya uygun, alışlagelmiş beyanlarla kişileri tehdit etmek, dar aile çevresinde kullanılan her ne kadar uygunsuz da olsa ifadeler hakaret suçunu oluşturmayacaktır.⁶⁹¹

Doktrindeki en popüler örneklerden biri de postacıya verilen küçük bir yılbaşı hediyesinin genel olarak tasvip edildiğinden StGB m. 331’e göre rüşvet suçunu⁶⁹²

⁶⁸⁸ Baumann, **Strafrecht AT**, s. 182-183.

⁶⁸⁹ Diethelm Kienapfel, **Das erlaubte Risiko im Strafrecht: zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff**, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1966, s. 10.

⁶⁹⁰ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 201.

⁶⁹¹ Hoppe, **Die soziale Adäquanz im Strafrecht**, s. 15, 16.

⁶⁹² TCK’daki düzenlemenin aksine bu tür bir fiil StGB m. 331’in lafzına uymaktadır. Nitekim TCK m. 252 açıkça görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmama için yarar sağlamayı aramaktadır.

StGB Madde 331 - Yarar kabul etme: 5237 TCK: 252; 765 TCK: 211, 212.

(1) Bir kamu görevlisi veya kamu hizmeti için özel olarak görevlendirilen bir kişi, görevi yerine getirmek için, kendisine veya üçüncü kişi için bir yarar talep eder, vaat ettirir veya kabul ederse, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Hâkim veya hakem, yargısal bir işlem yaptığı veya ileride yapacağı için, karşılık olarak, kendisi veya üçüncü bir kişi için, bir yarar talep eder, vaat ettirir veya alırsa, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suça teşebbüs cezalandırılır.

(3) Fail, kendisi tarafından talep edilmiş olmayan bir yararı, vaat ettirir veya alırsa ve yetkili makam, yetkisi çerçevesinde olmak üzere, yararın alınmasına önceden izin vermiş olur veya fail tarafından

oluşturmayacağıdır. Yine kumarda az miktardaki para ile oynanan oyunun StGB m. 284'ün kapsamında görülemeyeceği ileri sürülmüştür. Bunlar olduğu gibi gerçekte suç tipleri, ceza hukukuna ilişkin haksızlığı tipleştirmektedir ve bu nedenle hiçbir zaman toplumsal bakımdan uygun hareketleri tanımlayamazlar.⁶⁹³

Toplumsal uygunluk prensibi yıllarca tartışılmış birçok taraftar toplamış veya eleştiriye maruz kalmıştır. Ancak günümüzde yeni ve daha keskin çizgileri bulunan fikirler çıktığı için bu prensibe ihtiyaç kalmadığı savunulmaktadır.⁶⁹⁴ Lakin bugün karşılaşılan bazı hukuki problemlerin çözümünde birtakım (örneğin izin verilen risk, menfaatler dengesi gibi) hukuki kurumlar yetersiz kalmaktadır.⁶⁹⁵ Özellikle Almanya'da küçüklerin dini motifli sünnetlerine ilişkin Alman Medeni Kanununa hüküm gelene dek, bu hareketlerin toplumsal uygunluğu hakkında yoğun tartışmalar yapılmıştı. Yine son yıllarda psikolojik bütünlüğe karşı yapılan *mobbing* ve *stalking* şeklindeki fiillerde cezaya layık ve toplumsal uygun fiil tartışması yapılmaktadır. Son olarak ise velilerin ve öğretmenlerin birtakım fiillerinin eğitim ve bakım çerçevesinde düşünülüp düşünülmemeyeceği de tartışılmaktadır. Bunlardan ilki velilerin çocuklarını, bağışıklık kazandırmak amacıyla yapılan 'kızamık partilerine'⁶⁹⁶ göndermelerinin yaralama suçunu mu oluşturduğu yoksa halen toplumsal uygun davranışlarda mı bulunduklarıdır. Diğeri ise Berlin Eyalet Mahkemesi'nin de kararına konu olan ve toplumsal uygun fiil olduğundan bahisle tipik olmayan hareket olarak kabul ettiği, öğrenciye, öğretmen tarafından sınıfı terk etmesi için basit maddi cebir uygulanmasıdır.⁶⁹⁷

Bugün toplumsal uygunluğun ceza hukukunun gelişim sürecinde geriye bakıldığında hem artık eskimiş bir teori olduğu hem de hala daha canlılığını koruduğu söylenebilir. Her ne kadar bugün çok daha gelişmiş bir toplum içinde yaşasak da geleceği görmek gibi bir yeteneğe sahip olabilmemiş değiliz. Bu nedenle cezaya layık olmayan fiilleri, olanlarla ayırırken yani önemsizliği tespit ederken, geliştirilen daha belirli çizgilere sahip

gecikmeksizin yapılan ihbar üzerine, yararın alınmasına izin verirse, fail birinci fıkraya göre cezalandırılmaz.

⁶⁹³ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 240; Roxin, "Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht", s. 303.

⁶⁹⁴ Roxin, "Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht", s. 304; Hakeri, "Önemsiz Hareketler", s. 72.

⁶⁹⁵ Florian Knauer, "Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht – Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft?", **ZStW**, sy. 126, 2014, s. 864-865.

⁶⁹⁶ Sağlıklı ve henüz kızamık hastalığı geçirmemiş çocukların halen kızamık hastalığı olan çocuklarla bilinçli olarak aynı yerde tutulmasıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sven Wedlich, "Masernparty – Eine strafrechtliche Betrachtung", **ZJS** sy. 6, 2013, s. 559-566.

⁶⁹⁷ Knauer, a.g.e., s. 844-845.

hukuki düşüncelerden faydalanmalı ancak bu hukuki düşüncelerin yetmediği zamanlarda da toplumsal uygunluk düşüncesinden yararlanabilmeliyiz.

3.1.2.2.1. Toplumsal Uygunluğun Hukuki Niteliği

Özellikle StGB göz önünde bulundurulduğunda, postacıya verilen küçük bir hediyenin cezalandırılmaya yol açmayacağı hususu doktrinde üzerinde neredeyse anlaşılan ortak bir sonuçtur. Ancak bu cezalandırmanın önüne nasıl geçileceği en hararetli tartışmaların odağındadır.⁶⁹⁸

Fiilin toplumsal uygunluğu teorisi, birtakım fiillerin cezalandırılmasının önüne geçmesi için ortaya atıldıktan sonra, bu kavramın hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda birçok tartışma yapılmıştır. Hukuki niteliğe ilişkin tartışmalar genel olarak toplumsal uygunluğun tipikliği ortadan kaldıran hal, bir hukuka uygunluk sebebi olduğu, kusurluluğu ortadan kaldıran hal veya en son bir yorum kuralı olduğu çerçevesinde yürütülmüştür. Konunun önemi nedeniyle toplumsal uygunluğa ilişkin bu tartışmalara dört başlık altında genel hatlarıyla değinilecektir.

3.1.2.2.1.1. Tipikliği Ortadan Kaldıran Hal Olarak Fiilin Toplumsal Uygunluğu

Toplumsal uygun bir hareketin tipik haksızlık içeriğinin az olması halinde, toplumsal uygunluk tipikliği ortadan kaldıran hal olarak karşımıza çıkacaktır.⁶⁹⁹ Bu ise ancak bir davranış, haksızlık tipini oluşturmadığı ve böylece tipik olamayacağı düşüncesiyle mümkündür. Bu düşünce öncelikle suç tipinin bir haksızlık tipi olduğunun kabulünü şart kılar.⁷⁰⁰ Buna göre haksızlık tipi, haksızlığın içinde bulunan ve kendi maddi esaslarını oluşturan, toplumsal bakımdan tasvip edilmezliğe (*sozialen Unwert*) atıf yapmaktadır. Öyleyse toplumsal bakımdan uygunsuzluk (*soziale Inadäquanz*), suç tipinin

⁶⁹⁸ Albin Eser, “Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?”, **FS für Claus Roxin zum 70. Geburtstag**, Bernd Schünemann ve diğerleri (Ed.), Berlin/New York: Verlag Walter de Gruyter, 2001, s. 199.

⁶⁹⁹ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 203; Ayrıca bkz. Maurach ve Zipf, a.g.e., s. 213 vd. Stratenwerth ve Kuhlén, **Strafrecht AT**, s. 81, 6. Baskı, Verlag Franz Vahlen, München 2011; Krauß, a.g.e., s. 48; Peters, „Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip“, s. 425 vd.

⁷⁰⁰ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 240.

bir unsurunu değil, suç tipinin bütününi karakterize etmektedir.⁷⁰¹ Bundan ötürü kastı ortadan tipikliğin maddi unsurlarında hatadan ziyade bir haksızlık yanılgısı söz konusudur. Suç tipleri, onların, yalnızca toplumsal bakımdan uygun olmayan davranışları içerdikleri şeklinde yorumlanmalıdır.⁷⁰²

Toplumsal uygunluğun niteliği hakkında birçok kez görüş değiştiren *Welzel* de görüşünde değişikliğe gitmiş ve taksirli suçlarda fiilin toplumsal uygunluğunu daha önce kusurluluk alanında değerlendirirken sonra tekrar tipiklik alanında değerlendirmeye başlamıştır. Yazar taksirle işlenen suç tiplerinde, hareketin kanunla belirlenmediğini söylemektedir. Ona göre, hâkimin somut olayda medeni kanunun genel kuralı⁷⁰³ doğrultusunda doldurmak zorunda olduğundan, bu suç tipleri “açıktır” (*offene Tatbestände*) ve doldurulmaya muhtaçtır. Buna göre ancak “toplumsal ilişkilerdeki normal” veya “toplumsal bakımdan uygun” ölçüyü aşan tehlike yaratıcı hareketler söz konusu olduğunda özene aykırılıktan bahsedilecektir. Ölçülü riskin sınırlarının tespiti ise “özenli bir kişi” esas alınarak ortaya konabilir.⁷⁰⁴

Doktrinde benzer görüşler *Niese* ve *Hirsch* tarafından da ileri sürülmüştür. *Niese*’ye göre toplumsal bakımdan uygun olan ve olmayan davranışlar arasındaki sınır objektif olarak “trafikte (ilişkilerde) gerekli olan özen” esas alınarak tespit edilir. Buna göre yazar meydana getirilen netice değil davranışın değerlendirmede dikkate alınması gerektiğini savunmuş, böylece örneğin, hızla giden bir aracın önüne aniden çıkan bir kimsenin, sürücü tarafından görülmemesi ve aracın çarpması nedeniyle o kimsenin ölmesi halinde, sadece hareket dikkate alınacak ve bu hareket hukuken kınanamayacaktır. Böyle bir sonuca varılmasının nedeni hukuk düzeninin toplumsal yaşamın gerekleri nedeniyle, trafikte gerekli olan özene uyulmasına rağmen meydana gelen hukuki yarar ihlallerine izin vermesidir.⁷⁰⁵ Yine *Hirsch* de yasaklanmamış risk ile izin verilen risk arasında ayırım yaparak, niteliği gereği birçok tehlikeyi içeren işletmelerin kuralına uygun işletilmelerine

⁷⁰¹ Roxin, *Strafrecht AT I*, s. 242.

⁷⁰² Roxin, *Strafrecht AT I*, s. 242.

⁷⁰³ Buradaki genel kural BGB m. 276 yer almaktadır. Buna göre, “Trafikte (ilişkilerde) gerekli özeni göstermeyen kişi taksirli hareket eder.”

⁷⁰⁴ Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, s. 126-127.

⁷⁰⁵ Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 95.

rağmen meydana gelen ihlallerin, “tipik özen yükümlülüğünün ihlali” olmadığını savunmuştur.⁷⁰⁶

3.1.2.2.1.2. Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Fiilin Toplumsal Uygunluğu

Fiilin toplumsal uygunluğunu bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul eden bu görüş her ne kadar “haksızlık tipinden” yola çıksa da burada failin fiilinin baştan beri tipikliği gerçekleştirmediği yani somut ve genel olarak yasaklanmadığı hallerde bile her hukuki değer ihlali ile tipin gerçekleştiğini kabul etmektedir.⁷⁰⁷ *Schmidhäuser*’e ait bu görüşe göre toplumsal uygunluğun kabul edildiği bazı olaylarda, görünüşte bir hukuki değer ihlali vardır. Bu nedenle ortak bir toplumsal uygunluk kavramı, ancak onun hukuka uygunluk sebebi olarak anlaşılmasında görülür. Ancak bu uygulama hukuka uygunluk sebebinin sınırlarının kesin şekilde çizilmemesini şart koşturmaktadır.⁷⁰⁸ Yine yazar her ne kadar fiilin toplumsal uygunluğu görüşünün dayandığı kanuni bir düzenleme bulunmasa da böyle bir düşünce için kanuni düzenleme bulunmasının önemli olmadığını düşüncenin birçok bağımsız düşüncenin arkasına gizlendiğini belirtmektedir.⁷⁰⁹

Schmidhäuser otobüs şoförünün kişiyi inmek istediği durakta durmayıp sonraki durakta indirmesini örnek vererek hürriyeti tahdit suçunun haksızlığının toplumsal uygun fiille hukuka aykırılığını ortadan kalktığını söylemiştir. Buna göre tipik hukuki değer ihlali olan davranışın oluşturduğu tasvip edilmezliğin (*Unwert*), modern medeniyetin ve tarihi toplumsal yaşam düzeninin kapsamında olması olan değerle ortadan kaldırılması halinde hukuka uygun olacaktır. Böylece örnekte olduğu gibi bireyin istediği durakta inebilmesi olan bireysel yararın kamusal ulaşım vasıtalarının bir dereceye kadar seri işlemesinde bulunan kamusal yararın önüne geçebilecektir.⁷¹⁰ Doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere burada yazar aslında, menfaatlerin çatışması halindeki üstün hak ölçütüyle hareket

⁷⁰⁶ Hans Joachim Hirsch, „Soziale Adäquanz und Unrechtslehre“, s. 94 vd.

⁷⁰⁷ Roxin, “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, s. 306.

⁷⁰⁸ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 91.

⁷⁰⁹ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 84.

⁷¹⁰ Eberhard Schmidhäuser, **Einführung in das Strafrecht**, 2. Bası, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1984, s. 169; yine bu görüşe göre Bu görüşe göre örneğin bir ölümün gerçekleştiği bir trafik kazasında, arabayı kusursuz olarak üreten kişinin adam öldürme tipini gerçekleştirdiği kabul edilecek ancak hukuka uygun olacaktır, Roxin, “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, s. 306.

etmektedir.⁷¹¹ Aynı örnek için ise *Welzel* tipikliğin hukuka uygunluğa karine teşkil ettiği düşüncesinden yola çıkarak esasen bunun hukuka aykırı olduğunu ancak özel hukuktan kaynaklanan bir izin kuralının varlığı sebebiyle bu durumun hukuka uygun kabul edilebileceğini belirtmiştir. Tarihsel olarak oluşan toplumsal düzeninin ona izin verdiği için, özel hukuktaki bir izin kuralına göre bir sorunun ortaya çıkmadığı, hukuka uygun hürriyeti sınırlama neticesin meydana geldiğini söylemiştir.⁷¹² Bu düşüncede de menfaatlerin çatışmasının söz konusu olduğu dolayısıyla üstün hakkın tercih edildiği söylenebilir.

Welzel de kitabının altıncı basısında fiilin toplumsal uygunluğunu bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmiş, onun ceza hukukuyla sınırlanmayan genel bir hukuk kuralı olduğunu savunmuştur.⁷¹³ Buradan yola çıkarak genel bir hukuka uygunluk nedeninin savunulduğu görülebilir.

Yine aynı yazar yapılan hareketlerin toplumsal ilişkiler alanında makul görülmesi halinde fiilin toplumsal uygunluğu hukuka aykırılığı ortadan kalkacağını söylemiştir. Böylece toplumsal ilişkilere uygun örf ve adet fiilin toplumsal uygunluğunu hukuka uygun hale getirecektir.⁷¹⁴ Bu görüşe paralel olarak Bavyera Yüksek Eyalet Mahkemesi (BayObLG), 10.6.1952 tarihli bir kararında, fiilin toplumsal uygunluğunun örf adetten kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni olduğuna dair görüşünü belirli bir amaçla bağış toplayan sanığın, kişilerin yardım arzularını teşvik için, gerçekte hiç yapılmamış yardımlar, yardım listesinde göstermesi nedeniyle, hareketleri ile gerçeğe aykırı davranmış ve toplumsal ilişkilerde alışlagelmiş olan alanı aştığı için, sanığı dolandırıcılık suçundan mahkûm eden mahkemenin kararını yerinde bularak gerekçelendirmiştir.⁷¹⁵

Welzel yine Alman Ceza Kanununda düzenlenen şartlı tehdit ve şantaj suçlarında yer alan “toplum tarafından kabul edilemeyen (*verwerflich*) bir yöntem”⁷¹⁶

⁷¹¹ Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 91; Schmidhäuser’in görüşüne yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Roxin, “Ein „neues Bild“ des Strafrechtssystems”, s. 384 vd.

⁷¹² Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 79.

⁷¹³ Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 91.

⁷¹⁴ Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 85.

⁷¹⁵ BayObLG, Urteil vom 10. 6. 1952 - RReg. 2. Strafsenat 76/51, NJW (1952), s. 1187.

⁷¹⁶ Bu ölçüt StGB m. 240/2 ve 253/2 de yer almaktadır. Söz konusu düzenlemelere göre;

düzenlemesinden hareket ederek, “toplum tarafından kabul edilemeyen yöntem” unsurunun varlığını toplumsal bakımdan uygun olmayan olarak kabulünü ve mefhumu muhalif bir yorumla, onun mevcut olmamasını toplumsal uygunluğun ifadesi olarak değerlendirmiştir. Böylece fiilin toplumsal uygunluğu, pozitif olarak tespit edilen hukuka aykırılık hükmü bakımından bir ölçüdür. Bu anlayış, genel ticari yaşamın “uygun ölçüsü”nü aşan tehditler, şantaj suçları anlamında hukuka aykırı kabul etmektedir. Yine bu çerçevede şikâyet veya ihbarla tehdit etmek de toplumsal bakımdan uygun kabul edilecektir.⁷¹⁷

Toplumsal uygunluğun bir hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşü eleştirilmiştir.⁷¹⁸ Buna göre insan hareketi belirli ve yararlı bir amaca hizmet ettiği için, bir hareketin toplumun fertlerince genel olarak kabulü ve birlikte yaşamı bozan cezaya layık bir davranış olarak görülmez. Kanun koyucu birçok olayda bu maddi davranış değerlendirmelerini, şekli ceza hukuku uygulamasının esas aldığı düzenlemeler haline getirmektedir. Sorun ise suç tipinin davranışın haksızlık tipini içerip bu davranışların hukuka uygunluk normlarının da konusunu oluşturmayan, toplumsal uygunluğunu meydana getiren durumları kapsamaması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumların ceza hukukunun uygulanması sürecinde göz önünde tutulmaması sonucunda ise davranışın cezaya layık olarak değerlendirilmesi ortaya çıkmaktadır.⁷¹⁹ Bu yanlış bir değerlendirme olup toplumsal uygun davranışların ceza hukukuna aykırı olmadığının kabulünü sonuçlar.⁷²⁰

Yine *Zipf* de toplumsal uygunluğun hukuka uygunluk nedenlerinin yapısına uygun olmadığını ileri sürmüştür. Buna göre hukuka uygunluk nedenleri normun genel bir istinası olmayıp somut olayda değer tartımını gerektirir. Böylece bir hukuka uygunluk nedeninin

StGB m. 240/2 ve m. 253/2: Failin ulaşmak istediği amaca erişmek için kullandığı cebir veya kötülük yapma tehdidi yöntemi, toplum tarafından kabul edilemeyen [*verwerflich*] bir yöntem ise, bu fiil hukuka aykırıdır.

⁷¹⁷ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 86.

⁷¹⁸ Jürgen Baumann ve diğerleri, **Strafrecht AT**, s. 318.

⁷¹⁹ Maurach ve Zipf, a.g.e., s. 331.

⁷²⁰ Ebert ve Köhl, a.g.e., s. 227. Ayrıca Ebert/Köhl toplumsal uygun fiillerin kanuni tanıma “lafzi” olarak uygun olsa da “gerçekte” tipikliği gerçekleştirmediğini ve bu durumlarda aslında cezaya layık hukuki değer ihlalinin eksik olduğunu söylemiştir, bkz. a.g.e. s. 227.

tanınabilmesi için somut olayda tipiklik içinde tanımlanan haksızlığın diğer bozulan hukuka nazaran daha az ağırlıkta görülmesini şart koşturmaktadır.⁷²¹

Doktrinde *Tezcan ve diğerleri* “müsamaha edilen zimmet” hususunu tartışırken bu fiillerin hukuka aykırılığının ortadan kalktığını belirtmişlerdir. Bu düşünceye göre kâğıt, silgi kalem gibi çok küçük ve değeri çok az olan eşyaların zimmeti fiilin toplumsal uygunluğu teorisine göre göre hukuka uygundur.⁷²² Görüldüğü üzere yazarlar ayrıntısına değinmemekle birlikte fiilin toplumsal uygunluğunu en azından bu örnek için bir hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hal olarak kabul etmiştir. Bu görüş ise yine Türk Ceza Hukuku doktrininde eleştirilerek bir fiilin hukuka aykırılığını belirlemek için fiilin toplumsal uygunluğunun bir ölçüt olarak kullanılamayacağı ileri sürülmüştür.⁷²³

3.1.2.2.1.3. Karma Görüş

Fiilin toplumsal uygunluğu bazı görüşlere göre ise kısmen tipikliği ortadan kaldıran hal kısmen ise bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmektedir.⁷²⁴ Bu görüşü savunan *Klug’a*⁷²⁵ göre toplumsal uygun fiiller iki başlık altında toplanabilir. Toplumsal mutabık (*sozialkongruent*) fiiller dediği ilk grupta genel olarak alışlagelmiş fiiller yer almaktadır ki bunlar tipikliği ortadan kaldırmaz.⁷²⁶ Diğer grup ise toplumsal mutabık fiillerin dışında kalan toplumsal uygun olaylar olup bunlar ise hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Toplumsal mutabık fiiller, bütün suç tipleri bakımından bir kıstas olarak, *toplumsal-etik* bakımdan emredilen veya toplumsal uygunsuzluğu nedeniyle, *toplumsal-etik* bakımdan izin verilmiş olan bir davranışlardır. Buna karşılık sadece toplumsal ilgisizliği (elverişsizliği⁷²⁷) nedeniyle, toplumsal-etik olarak izin verilmiş olan değil, aynı zamanda toplumsal-etik olarak emredilmiş olan bir davranış toplumsal bakımdan uygundur.⁷²⁸

⁷²¹ Zipf, “*Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten*”, s. 645; aynı yönde bkz. Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 81; Aynı yönde Hirsch de toplumsal uygunluğun, toplumsal uygun hareket tarzlarında tipiklik eksik olduğu için bir hukuka uygunluk oluşturmayaacağını söylemiştir (Hans Joachim Hirsch, „*Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*”, s. 87)

⁷²² Durmuş Tezcan ve diğerleri, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 985.

⁷²³ İzzet Özgenç, *Zimmet Suçu*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009, s. 24, dn. 29.

⁷²⁴ Klug, a.g.e., s. 249-265; Friedrich Schaffstein, “*Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre*”, *ZStW*, sy. 72 1960, s. 369-396.

⁷²⁵ Klug, a.g.e., s. 249-265.

⁷²⁶ Klug, a.g.e., s. 261.

⁷²⁷ Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 97.

⁷²⁸ Klug, a.g.e., s. 262.

Görüldüğü üzere yazar toplumsal-etik izin ve emir arasındaki sınır olarak belirlemiştir. Dolayısıyla toplumsal önemsiz fiiller, her ne kadar toplumsal-etik değerlere aykırı olsa da toplumsal etik açıdan bu fiillere izin verilmektedir.

Yazar toplumsal mutabık fiillere örnek olarak çocukların pedagojik eğitimi amacıyla ebeveynler tarafından hürriyetlerinin kısıtlanmasını vermiştir. Buna göre bu türde fiillerde tipiklik ortadan kalkmaktadır.⁷²⁹ Bu düşünceye göre yine hayvanlara zarar verme suçunda, söz konusu suçun hukuki konusu sinekler ise yine tipik bir fiil söz konusu olmayacaktır. Hâlbuki sineklerin kimyasal veya mekanik yöntemlerle öldürülmesi çoğu kez tipe uymaktadır (TierSchG m. 1-9⁷³⁰).⁷³¹ Buna karşılık, spor karşılaşmalarında, modern trafikteki hürriyet kısıtlamalarında ve hakaret suçlarında olduğu gibi karnavallarda alışılmış hareketlerde toplumsal uygunluk dolayısıyla tipiklik ortadan kalkmayıp, toplumsal uygunluk nedeniyle hukuka uygunluk söz konusudur. Çünkü bunların emredilmesi (toplumsal-etik olarak) söz konusu olmayıp, buralarda kural olarak toplumsal bakımdan önemsiz bir harekete müsaade edilmesi söz konusudur.⁷³²

Benzer bir görüş ise *Schaffstein*⁷³³ tarafından ileri sürülmüştür. Yazar toplumsal uygunluğu konu olayların bir kısmını belirli hukuki kurumlarla hukuka uygun kabul edilebileceğini buna karşılık diğer olayların ise yorum yoluyla tipikliğin unsurları dışında tutulabileceğini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre *Welzel'in* toplumsal uygunluğa yönelik verdiği örnekler ikiye ayrılmaktadır: İlk grupta toplumsal uygun yararların (hukuki değerlerin) ihlali olan izin verilen risk ve modern toplu taşımada ortaya çıkan hürriyetin kısıtlanması halleri bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkar. Bu hallerin dışındaki olaylarda (postacıya verilen yeni yıl hediyesi, başarılı hekim müdahaleleri vb.) tipikliğin lafzı çok geniş olup gerçekte bir hukuki yarar (değer) ihlali içermeyen fiillerin yapılacak olan münferit suç tiplerinin amaçsal-sınırlayıcı yorumu ile çözümlenmelidir.

⁷²⁹ Klug, a.g.e., s. 262-263.

⁷³⁰ Ayrıca bkz. 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu m. 13.

⁷³¹ Klug, a.g.e., s. 263; Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 82.

⁷³² Klug, a.g.e., s. 264.

⁷³³ Schaffstein, “Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre”, s. 390 vd.

3.1.2.2.1.4. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Hal Olarak Fiilin Toplumsal Uygunluğu

Fiilin toplumsal uygunluğunu kusurluluğu ortadan kaldıran hal olarak kabul eden görüş, bunu meşru müdafaadan yola çıkarak açıklamaktadır. Buna göre toplumsal uygun fiil hukuka aykırı görülmeli ve buna karşın tasvip edilmeyen, yasaklanan davranış olarak haksızlığın karakteriyle bağdaşmayan meşru müdafaa da mümkün olmalıdır.⁷³⁴

Bu görüşe göre, bir yaya hukuka aykırı olarak, motosikletini trafik kurallarına uygun olarak kullanan bir sürücüye çarparsa, bizzat kendisini korumak için trafiğe uygun şekilde araç kullanan sürücüyle çarpışmaya yol açan kimsenin, zorunluluk halinde olduğu kabul edilmelidir.⁷³⁵

Toplumsal uygunluğun kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olduğu doktrinde eleştirilmiştir. Buna göre bu görüş, iki eşit hukuki değerin karşı karşıya kaldığı hallerde yetersiz kalıp sorunun fiilin toplumsal uygunluğu ile çözülemeyeceği ileri sürülmüştür.⁷³⁶ Her ne kadar toplumsal uygun riskin etkisini tehdit eden zararların kabullenilmesi gereksiz olsa da bu zararlara yönelik savunma meşru müdafaanın değil, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin sorunudur.⁷³⁷

3.1.2.2.1.5. Bir Yorum Kuralı Olarak Fiilin Toplumsal Uygunluğu

Bu konudaki görüşlere değinmeden önce fiilin toplumsal uygunluğunun genel bir yorum kuralı mı yoksa yoruma yardımcı bir fonksiyon mu yürüttüğü tartışmasına ayrıca değinilmeyecek ve her iki görüşe aynı başlık altında, yeri geldiğinde metin içinde değinilecektir. Şimdiden bazı yazarların bu kıstası bir yorum aracı bazı yazarların ise yoruma yardımcı olarak değerlendirdiği söylenebilir.

Welzel ceza hukuku kitabının altıncı basısında toplumsal uygunluğun bağımsız suç tipi unsurlarının yorumunda bir rol oynadığından bahsetmiştir. Bu ifadesi üzerine

⁷³⁴ Roxin, *Strafrecht AT I*, s. 242.

⁷³⁵ Roeder, a.g.e., s. 77; Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 93.

⁷³⁶ Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 93.

⁷³⁷ Zipf, “Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten”, s. 639 vd.; Roxin, *Strafrecht AT I*, s. 242.

doktrinde toplumsal uygunluğun somut olayda önemli bir yorum ilkesi olarak işlev görüp görmediği tartışılmıştır.⁷³⁸ Nitekim günümüzde birçok yazar toplumsal uygunluğu bir yorum prensibi olarak ele almış⁷³⁹ ve suç tipinin oluşturulmasından başlayarak kanunda tanımlanan tipin yorumlanmasına kadar bu düşüncenin etkili olduğunu ileri sürmüşlerdir.⁷⁴⁰

Doktrinde *Papaneofytou* normlarda tanımlanan, soyut cezalandırılabilir hareketlerin bir suç tipinin lâfzını ihlal etmekle birlikte, bu normların taşıdığı hukuk bilincini kapsamadığını ileri sürmüştür. Bu nedenle toplumsal yaşamın tarihsel olarak oluşan, toplumsal-etik düzen içinde gerçekleşen bütün hareketlerin, toplumsal uygun olduğu için haksızlık kavramı dışında tutulması gerektiğini belirtmiştir. Ona göre toplumsal yaşamla bağlantılı faaliyetler, tamamen normal olarak değerlendirilmeli ve bunlar yorum, yoluyla ilgili suç tiplerinin dışında bırakılmalıdır.⁷⁴¹ Böylece yazar fiilin toplumsal uygunluğunu, genel bir yorum prensibi veya genel veya özel nitelikte bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemeyeceğini ancak somut olayda önemli bir yorum prensibi olarak ondan yararlanılabileceği kabul etmiştir.⁷⁴²

Ünver de toplumsal uygunluğun bir yorum kuralı olmasının esasını, alışlagelmişlik ve olayın niteliğine uygunluk olduğunu söylemiş ve böyle bir değerlendirmenin, her şeyden önce davranışın yapıldığı yer ve zamanına bağlı olduğunu belirtmiştir.⁷⁴³ Diğer taraftan yazar, daha az önemde olan olayların açıklanması bakımından fiilin toplumsal uygunluğu diye bir teoriye ihtiyacın bulunmadığını, bu teoriyle ulaşılan bütün sonuçlara, normun *ratio legis*'ine göre yapılan bir yorum ile de ulaşılabileceği düşüncesini paylaşmıştır.⁷⁴⁴ Burada yapılacak doğru bir yorumla, hangi fiillerin suç tipinin kapsamında olup olmadığının tespit edilmesi söz konusu olup, bu nedenle fiilin toplumsal uygunluğunun hukuki niteliğini, bir yorum ilkesi olarak açıklayan düşünceler dışındaki

⁷³⁸ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 79-80.

⁷³⁹ Görüşler için bkz; Hans Joachim Hirsch, „Soziale Adäquanz und Unrechtslehre“, s. 80 vd; **Kienapfel, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht**, sh: 87 vd; Dieter Dölling, “Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle”, **ZStW**, sy. 96, 1984, s. 55 vd; Ebert ve Kühl, a.g.e., s. 222; yine Welzel de onca görüş değişikliğinden sonra kitabının 11. basısında toplumsal uygunluğun bir yorum prensibi olduğunda karar kılmıştır (Baumann, **Strafrecht AT**, s. 182-183).

⁷⁴⁰ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 80; bu yazarlar için bkz. Hans Joachim Hirsch, „Soziale Adäquanz und Unrechtslehre“, s. 80 vd; Kienapfel, **Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht**, sh: 87 vd. Schönke ve Schröder, **StGB Kommentar, (Lenkner/Eisele)**, s. 177, kn. 69 vd..

⁷⁴¹ Aktaran Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 81.

⁷⁴² Aktaran Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 85.

⁷⁴³ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 81.

⁷⁴⁴ Aynı yönde bkz. Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 76-77.

diğer görüşlerin yerinde olmadıklarını belirtmiştir. Yazar bunun en önemli nedeninin, bu görüşlerde ileri sürülen çözümlerin ilke ve sınırlarının belirsiz oldukları, hukuk güvenliğini tehlikeye düşürdükleri ve her somut olayın niteliklerine göre farklı neticelere yol açacağını söylemiştir.⁷⁴⁵

Öğretide Wessels dolaylı aktif ötenazi denilen, hekimin hastanın acılarını dindirmek amacıyla yaptığı müdahalenin aynı zamanda kaçınılmaz sonuç olarak hastanın yaşamının sona ermesini hızlandırması eylemi üzerinden, hareketin toplumsal anlam ve önemini esas alarak suçun tipikliğinin gerçekleşip gerçekleşmediğini tartışmıştır.⁷⁴⁶ Yazara göre böyle bir hareketin yaşamın kısaltılması bakımından nedenselliği esas alınmak suretiyle karar verilmesi yanlış olacaktır. Yazar tipiklik bakımından hukuki değerlendirme yapılırken olayın gelişiminin bir bütün olarak toplumsal anlam ve öneminin göz önünde tutulması gerektiğini savunmuştur. Böylece bu tür bir eylemin tipik bir insan öldürme suçu olarak kabul edilemeyeceğini, çünkü bu hareketin yaşama yönelik değil de zaten ölmek üzere olan hastaya hizmet etme amacını taşımaktadır. Hekim bu tip olaylarda hastanın ölüm sürecini dayanılır kılmak için mevcut tek ve son imkânı kullanmaktadır.⁷⁴⁷ Burada tipikliğin yorumunda yapılan, hareketin toplumsal anlam ve önemi bir kıstas olarak kullanılmaktadır.⁷⁴⁸

Maurach ve Zipf, fiilin toplumsal uygunluğunu, tipikliğin münferit unsurlarının gözden geçirilmesinde, yoruma önemli bir yardım fonksiyonu ifa ettiğini ileri sürmüştür. Öyle ki bu şekilde yapılacak bir yorumla, münferit tipiklik unsurunun gerçekleşmediği ve böylece tipikliğin oluşmadığı sonucuna varılabilecektir. Böyle bir çözümün mümkün olmadığı durumlarda ise tipikliğin şekli olarak oluşup maddi olarak gerçekleşmediğinden bahisle toplumsal uygunluk tipiklikte düzeltme fonksiyonu görecektir.⁷⁴⁹ Burada yazarların açıkça maddi bakımdan suç-şekli bakımdan suç ayırımına atıf yaptıkları görülebilir. Diğer taraftan yazarlar toplumsal uygunluğu haksızlık ile de ilişkilendirmiştir. Buna göre toplumsal uygunluk, ceza normlarını, kanun koyucuya müdahale etmeksizin, onun sosyal değişimle olan uyumunu sağlamaktadır. Benzer şekilde yazar, aynı sonuca ceza hukuku

⁷⁴⁵ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 355-356.

⁷⁴⁶ Aktaran Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 75.

⁷⁴⁷ Johannes Wessels ve Michael Hettinger, Strafrecht, **Besonderer Teil 1**, 32. Bası, Heidelberg: C.F. Müller, 2008, s. 9-11, kn. 32 ve 37.

⁷⁴⁸ Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 75.

⁷⁴⁹ Maurach ve Zipf, a.g.e., s. 215.

dogmatik çerçevesinde, söz konusu davranışın, salt suç tipi altında değerlendirilmesinin daima haksızlık olarak düşünülemeyeceği şeklinde ulaşılabileceğini söylemiştir.⁷⁵⁰

Doktrinde bir başka görüş ise *Baumann/Weber/Mitsch* tarafından ileri sürülmüştür. Buna göre kanunun lafzı yorum için yeterli bir alan bıraktığı hallerde, değer içeriği bir haksızlığın oluşmadığına işaret ettiği toplumsal uygun koşullarda ilgili tipiklik unsurunun gerçekleşmediğinden bahisle tipe uygunluğun bulunmadığı ileri sürülebilecektir.⁷⁵¹

Hirsch ise toplumsal uygunluğa örnek olarak verilen birçok olayda ilgili suç tipinin kanun koyucu tarafından çok geniş olarak tanımlanmış olması ve bu nedenle bu suç tiplerinin unsurlarının, *ratio legis* ile yorumlanmasıyla aslında tipikliğin oluşmadığını ileri sürmüştür.⁷⁵² Yazara göre, postacıya küçük bir yılbaşı hediyesinin verilmesi her ne kadar StGB m. 331'in lafzı kapsamında değerlendirilebilse de kanun koyucunun kastettiği hediye kavramına dâhil olmadığı da söylenebilir. Burada bu fiilin hukuka uygunluğu gündeme gelse bile bir hukuka uygunluktan bahsetmek için öncelikle tipik ve istisnaen yeterli bir hukuki değer ihlali teşkil etmesi gerekir. *Ratio legis* yorumuyla bu suç tipinde yer alan hediye ya da yarar unsuru, postacıya verilen alışılmış yeni yıl hediyesini kapsamayacak şekilde sınırlayıcı bir yoruma tabi tutulmalıdır.⁷⁵³ Çünkü suç tipindeki hediye kavramı, kanun koyucunun gördüğü hediye değildir. Ancak buradan kanuni hediye kavramının, günlük dilde kullanılan hediye kavramından çok daha başka bir anlama geldiği çıkarımı yapılmamalıdır. Burada günlük dildeki hediye kavramının kapsadığı olayların, tipikliğin 'hediye' unsurunun sadece belirli hediyeleri kapsayacak şekilde *ratio legis*'in karşıladığı yalnız belirli bir kısma karşılık gelmektedir. Aynı şekilde StGB m.300'de⁷⁵⁴ yer alan 'sır'

⁷⁵⁰ Maurach ve Zipf, a.g.e., s. 215.

⁷⁵¹ Jürgen Baumann ve diğerleri, *Strafrecht AT*, s. 319.

⁷⁵² Hans Joachim Hirsch, „Soziale Adäquanz und Unrechtslehre“, s. 132.

⁷⁵³ Hans Joachim Hirsch, „Soziale Adäquanz und Unrechtslehre“, s. 126; *Von Hippel* de yarar sağlama kavramından küçük, alışılmış (nezaket, tasvip, alışılmışlık, şükran) kazanımlar ayrılmalıdır (Robert von Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin: Springer Verlag, 1932, s. 314, dn. 5); *Wolski* de tipik kelime anlamından hareket etmiş cezaya liyakatin bu durumlarda eksik kaldığını belirtmiştir (Sabine Wolski, *Soziale Adäquanz, Schutzzweck der Norm, Verwerflichkeitsklausel, erlaubtes Risiko, "rechtsfreier Raum", Strafwürdigkeit, Verfolgungsverzicht bei "geringer Schuld" - ein methodologisches und verfassungsrechtliches Problem mit vielen Facetten*, München: VVF, 1990, s. 48.); Aynı yönde bkz. Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 82.

⁷⁵⁴ Bu düzenleme şu an StGB m. 203'de yer alıp kanun metni şu şekildedir:

Madde 203 - Özel sırların ihlali

(1) Her kim, yetkisi olmaksızın, (...)olarak kendisine tevdi edilen veya başka bir şekilde öğrenmiş olduğu başkasına ait bir sırrı, özellikle özel hayat alanına ilişkin sırrı veya işletme sırrını veya ticarî bir sırrı ifşa ederse, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

unsuru, StGB m. 224'teki⁷⁵⁵ '... görme yeteneği, işitme, konuşma veya üreme yetenekleri' ve StGB m. 330a'da⁷⁵⁶ yer alan 'sarhoşluk' unsuru da böyle bir yoruma muhtaçtır.⁷⁵⁷ Nitekim sır unsuru sadece objektif olarak saklamaya layık sırları kapsamaktadır. Yine m. 224'te (yeni düzenlemede 226. madde) sayılan 'yeteneklerin kaybı' uzun bir süreyi kapsamlı ve iyileşme zamansal olarak belirsiz olmalıdır. Sarhoşluk ise genel olarak tehlikeli sarhoşluğu kapsamalıdır.⁷⁵⁸ Keza, m. 284'de⁷⁵⁹ yer alan 'şans oyunlarından' da

(2) Her kim, yetkisi olmaksızın, (...) olarak, kendisine tevdi edilen veya başka bir şekilde öğrenmiş olduğu başkasına ait bir sırrı, özellikle özel hayat alanına ilişkin bir sırrı veya işletme sırrını veya ticarî sırrı ifşa ederse, aynı ceza ile cezalandırılır. Bir başka kişinin kamu yönetimine ilişkin görevler ifa etmek için toplanmış olan kişisel veya maddi durumu hakkındaki bireysel veriler, birinci cümlede belirtilen verilerle eş değerlidir; ancak, bu tür bireysel verilerin diğer makamlara veya sair mercilere, kamu yönetimine ait görevler ifa etmek için bildirilmesi durumunda ve kanunun bunu yasaklamadığı hallerde, birinci cümle uygulanmaz.

(2a) Verileri koruma görevlisi yetkisi olmaksızın, meslekî sıfatı nedeniyle birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen kişilere tevdi edilen veya sair surette onlardan öğrenmiş olduğu ve verileri koruma görevlisi sıfatıyla sahip bulunduğu görevleri yerine getirirken öğrendiği başkasına ait bir sırrı ifşa ederse, birinci ve ikinci fıkralar kıyasen uygulanır.

(3) Baro'nun diğer mensupları, birinci fıkranın 3 numaralı bendinde belirtilen avukatlarla eş değerdedir. Onlara meslekî olarak yardım eden ve mesleğe hazırlamak için onlarla çalışan kişiler, birinci fıkra ve üçüncü fıkranın birinci cümlesinde belirtilen kişilerle eş değerdedir. Sır saklama yükümü altında olan kişinin ölümünden sonra, sırrı ölen kişiden veya onun mirasından elde eden kişi, birinci fıkrada ve üçüncü fıkranın birinci ve ikinci cümlesinde belirtilen kişilerle eş değerdedir.

(4) Fail, ilgilinin ölümünden sonra yetkisi olmaksızın başkasına ait bir sırrını ifşa ederse, birinci ilâ üçüncü fıkralara giren hallerde de uygulanır.

(5) Failin, ivaz karşılığı veya kendisini veya başka birini zenginleştirmek veya başka birisine zarar vermek maksadıyla hareket ettiği hallerde, iki yıla kadar hapis cezası veya adlî para cezasına hükmolunur.

⁷⁵⁵ Yeni düzenlemede m. 226'da yer almakta olup madde metni şöyledir:

Madde 226 - Yaralamanın ağır hali

(1) Yaralama, yaralanan kişinin;

1. bir veya iki gözünün görme yeteneğinin, işitme, konuşma veya üreme yeteneklerinin kaybolmasına, 2. bedenin önemli bir uzvunun kaybolmasına veya bu uzvu daimî olarak kullanılamaz hale gelmesine veya

3. bedensel görünümü bozan, kalıcı ve önemli bir değişikliğe veya malûliyete, felce veya ruh hastalığına veya sakatlığa maruz kalmasına, neden olmuşsa, bir yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Fail, birinci fıkrada belirtilen sonuçlardan birini, doğrudan isteyerek veya bilerek gerçekleştirirse, üç yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Birinci fıkranın hafif hallerinde, altı aydan beş yıla kadar, ikinci fıkranın hafif hallerinde ise, bir yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

⁷⁵⁶ Şu an bu düzenleme m. 323a da yer alıp ilgili kanun metni şu şekildedir:

Madde 323a - Kendini bilemeyecek derecede sarhoşluk

(1) Her kim, kasten veya taksirle, alkol içeren içecekler veya sair sarhoş edici maddeler kullanarak, kendisini sarhoş eder ve bu durumda iken, hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirir ve sarhoşluğu nedeniyle kusur ehliyetine sahip bulunmadığı tespit edildiği veya kusur ehliyeti sahip olup olmadığı kesinlikle belli olmadığı için, cezalandırılmazsa, beş yıla kadar hapis cezası veya adlî para cezası ile cezalandırılır.

(2) Ceza, sarhoş iken işlenen fiil için öngörülen cezadan daha ağır olamaz.

(3) Eğer sarhoşken işlenen fiil, sadece şikâyet, izin veya talep üzerine soruşturulabilen veya kovuşturulabilen bir fiil ise, fiil sadece şikâyet, izin veya talep üzerine soruşturulur veya kovuşturulur.

⁷⁵⁷ Hans Joachim Hirsch, „Soziale Adäquanz und Unrechtslehre“, s. 127.

⁷⁵⁸ Hans Joachim Hirsch, „Soziale Adäquanz und Unrechtslehre“, s. 127, dn. 167.

⁷⁵⁹ **Madde 284- İzin almadan şans oyunu düzenleme**

(1) Her kim, makamından izin almadan, aleni bir şekilde şans oyunu düzenler veya şans oyunu yönetir veya bu amaçla tesisat hazırlarsa, iki yıla kadar hapis cezası veya adlî para cezası ile cezalandırılır.

kanun koyucu, kumar oyunundan, önemsiz bedelle oynanmayan türdeki oyunları anlamaktadır.⁷⁶⁰ Dar aile çevresinde bazı hakaretimiz ifadeleri açıklamakta da yine hakaret suçunun tipi eksik kalmaktadır. Çünkü bu dar aile çevresi, hukuk tarafından müdahale edilemeyecek kapalı bir güven alanını oluşturmaktadır. Böyle bir çevrede açıklanan hakaret içeren ifadeler, üçüncü kişilere yapılan nitelikteki bir açıklama değildir.⁷⁶¹

Schaffstein suç tipinin tamamının dar yorumlanması gerektiğini ileri sürerek haksızlık sınırında bulunan birtakım fiillerin toplumsal uygunluk öğretisiyle cezalandırılabilirlikten çıkarılması gerektiğini ileri sürmüştür.⁷⁶²

Wimmer de toplumsal uygunluk düşüncesinin somut olayda önemli bir yorum aracı olduğunu ancak genel bir yorum prensibi olamayacağını ileri sürmüştür. Buna göre toplumsal uygunluk genel olarak tipikliğin sınırlandırılmasına ya da haksızlığın ortadan kalkmasına yardımcı olabilecektir.⁷⁶³

Doktrinde *Nuhoğlu* Türk hukuku bakımından sünneti tartıştığı eserinde, toplumsal uygunluk kriterinin fonksiyonuna atıfta bulunarak cezalandırma amacı ile toplumsal yaşama uygun fiiller arasındaki çelişkiye haklı olarak dikkat çekmiştir. Her ne kadar yazar toplumsal uygunluğun niteliğini açıkça belirtmese de toplumsal yaşama uygun olan ve toplumu rahatsız etmeyen hareketlerin cezalandırılmasının, toplum vicdanını rahatsız edeceğini böylece cezalandırmadan beklenen amaçların gerçekleşmesine hizmet etmeyeceğini savunmuştur.⁷⁶⁴ Bu düşünceye göre, aslında toplumsal uygunluğun kanunun getiriliş amacının ve dolayısıyla cezalandırmanın amacının dikkate alarak aslında bir yorum vasıtası olarak görülmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Sonuç olarak kanunun amacına aykırı suç tipine görünüşte uygun fiillerin cezalandırılmaması için başvuru olan toplumsal uygunluk ilkesi, bir yorum vasıtası olarak fail tarafından gerçekleştirilen fiilin tipik olmadığı sonucuna ulaştırılabilir.

(2) Şans oyunlarının itiyadî bir şekilde düzenlendiği derneklerdeki veya kapalı topluluklardaki şans oyunları da, alenen düzenlenmiş sayılır.

⁷⁶⁰ Hans Joachim Hirsch, „Soziale Adäquanz und Unrechtslehre“, s. 128.

⁷⁶¹ Hans Joachim Hirsch, „Soziale Adäquanz und Unrechtslehre“, s. 129.

⁷⁶² Schaffstein, „Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre“, s. 374.

⁷⁶³ August Wimmer, „Ambivalenz der verkehrsrichtigen Gefährhandlung“, *ZStW*, sy. 75, 1963, s. 425, dn. 20.

⁷⁶⁴ Ayşe Nuhoğlu, „Sünnet ve Ceza Hukuku“, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:19, Sayı:2, İstanbul 2013, s. 219.

3.1.2.2.2. Toplumsal Uygunluk Öğretisinin Gerekliliği ve Günümüzdeki Durum

Görüldüğü üzere toplumsal uygunluk öğretisi uzun süre ilk kez ortaya konduğu zamandaki yapısına göre değerlendirilmiştir. Teoriyi geliştiren *Welzel*'in birçok kez görüş değiştirmesindeki en temel etkenlerin ardında teorinin adeta bir torba teşkil etmesi tek başına '*toplumsallığın*' esas alınmasında yatmaktadır. Aynı şekilde fiilin toplumsal uygunluğu görüşü bakımından, kanuni bir kural bulunmamakla birlikte yazarlar, bu düşüncenin kanuni bir düzenleme içinde yer almamasının önemli olmadığını ve bu düşüncenin birçok münferit düşüncenin arkasına gizlendiğini belirtmektedirler.⁷⁶⁵ Nitekim varsayılan rıza, izin verilen risk gibi bugün sınırları daha etkin biçimde ortaya konmuş hukuki kurumlar, teorinin tartışıldığı zamanlarda toplumsal uygunluk içinde görülmüştür. Bu nedenle de doktrinde birçok tartışma yaşanmıştır. Çünkü teoriyle ele alınan birtakım olaylara bakıldığında, bir tipikliğin ortadan kalkmış diğer taraftan bakıldığında ise hukuka uygun görülmüştür. Bunun neticesinde ise elde edilen sonuçlar toplumsal uygunluk adı altında değerlendirilen tüm olaylara mâl edilmiş ve her defasında farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Bu değerlendirme diğer taraftan da teorinin sınırlarının belirsiz olduğu algısını daha da güçlendirmiştir.

İlerleyen zamanlarda tüm bu tartışmalara bakılarak, toplumsal uygunluk teorisinin gerekli olup olmadığı sorgulanmaya başlanmıştır. Bu nedenle birçok yazar, fiilin toplumsal uygunluğu ölçütünün belirsizliği nedeniyle, hukuk güvenliğini tehlikeye soktuğunu ve hukukta kabul edilen yorum metotları karşısında gereksiz olduğunu belirterek onu reddetmektedir.⁷⁶⁶ Örneğin *Würtenberger* toplumsal uygun fiilin bulunmasıyla tipikliğin ortadan kalkmasının toplumsal uygunluğun kriterlerinin, tipikliğin garanti fonksiyonu karşısında aşırı güvensizlik nedeniyle hukuk devleti ilkesine aykırı olacağına işaret etmiştir.⁷⁶⁷ Diğer bir kısım yazarlar ise belirsizlik tezi üzerinden hareketle, eğer bir toplumsal uygunluk teorisi kabul edilecek ise bunun sınırlarının dogmatik olarak fazla genişletilmemesi ve olabildiğince sınırlı uygulanmasını savunmuşlardır. Neticede

⁷⁶⁵ Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 84.

⁷⁶⁶ Roxin, "Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht", s. 303; Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 102-103.

⁷⁶⁷ Eser, a.g.e., s. 205-206.

toplumsal uygunluğun doktrinde ağırlıklı olarak yorum metotlarının bir alt dalı olarak görüldüğünü söylemek mümkündür.⁷⁶⁸

Bugün fiilin toplumsal uygunluğu teorisine eskimiş ve günlerini çoktan geçirmiş olarak bakılmaktadır. Geliştirilen birçok ceza hukuku kurumu yanında toplumsal uygunluk sadece atıf yapılan bir kavram olarak görülmektedir. Örneğin *Roxin* genel hükümler kitabında fiilin toplumsal uygunluğunu objektif isnadiyet öğretisinin öncüsü olarak belirtmiştir.⁷⁶⁹ Ancak bugün için bu öğretinin özel dogmatik bir karşılığının bulunmadığının da altını çizmiştir.⁷⁷⁰ Uygulama da bu kavram üzerinde kafa yormuştur. Ancak kavramın hukuki niteliğinin ne olduğuna ilişkin bir belirlemeden kaçınmış ve sadece münferit birtakım davalarda bunun hukuki niteliğinin tipikliği ortadan kaldıran bir durum olduğuna işaret etmiştir.⁷⁷¹

Doktrinde, çok geniş olan bu kavram ve bu kavramın altında değerlendirilen olayların, birbirinden ayrılarak değerlendirmesi yönünde bir eğilim olmuştur. Örneğin bu yazarlardan *Roxin* 'in fiilin toplumsal uygunluğuna konu edilen fiilleri iki grupta incelediği görülmektedir.⁷⁷² Bu iki büyük gruptan ilkinin hukuken alakalı olmayan ya da izin verilen risk olayları teşkil etmektedir.⁷⁷³ Buna göre demir yolları, kara yolları veya uçakla ulaşım, endüstriyel tesislerin işletilmesi, spor müsabakaları gibi durumlarda trafiğe (ilişkiye) uygun ve genel olarak risk içeren fiiller ortaya çıksa dahi yaralama suçunun tipikliği gerçekleşmez. *Roxin* bunun nedeninin bir neticenin objektif olarak yüklenebilirliğinin ancak fail tarafından gerçekleştirilen fiilin, hukuken izin verilmeyen bir risk olması olarak görmektedir. Yazara göre burada toplumsal uygunluktan ziyade bir objektif isnadiyet meselesi söz konusudur. Bu durumlarda tipiklik ortadan kalkmaktadır. Bu konuda verilen en klasik örneklerden birini mirasına konmak istediği amcasını yağmurlu bir havada dışarıya gönderen yeğen oluşturmaktadır. Dışarı çıkan amca başına yıldırım düşmesi nedeniyle ölmesi halinde netice yeğene objektif olarak isnat edilemediği için sorumluluk söz konusu olmamaktadır. Burada objektif isnadiyet çerçevesinde bir çözüme gidilmesinin

⁷⁶⁸ Ostendorf, a.g.e., s. 344.

⁷⁶⁹ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 298.

⁷⁷⁰ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 300.

⁷⁷¹ OLG München, T. 03.04.1985, 2. Ss, NStZ 1985.

⁷⁷² Bkz. Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 242 vd; Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 118 ve 356; Hakeri, "Önemsiz Hareketler", 83 vd.

⁷⁷³ Bu gruba konu olan izin verilen risk olayları doktrinde çok farklı ele alınmış ve hukuki niteliği üzerinde hararetli tartışmalar yaşanmıştır.

başında objektif isnadiyetin fiilin toplumsal uygunluğuna nazaran daha kesin, sınırları daha belirli kıstaslar getirmiş olması yatmaktadır.⁷⁷⁴

İkinci büyük grubu ise hafif olarak tabir edilen, toplumsal bakımdan hoş görülen fiillerin, tipikliğin dışına çıkarıldığı haller oluşturmaktadır. Bunun için verilen klasik örnek ise postacıya küçük bir yeni yıl hediyesi verilmesi olayıdır. Burada kanunun sıkı lâfzî yorumundan farklı olarak, davranışın toplumsal bakımdan uygun olması dolayısıyla StGB m. 331 kapsamında olmadığı kabul edilmektedir. *Roxin*, bu örnekte ilgili suç tipinin gerçekleşmeyeceğine ilişkin sonucun kabulü gerektiğini savunmuştur. Diğer taraftan yazar bu türde davranışların toplumsal uygunluğu nedeniyle tipikliği gerçekleştirmediği şeklindeki görüşün çok genel olduğunu açıklamakta ve aslında farklı normlarla korunan hukuki değerlerin ihlal edilmediğini ve bu nedenle toplumsal uygun olmalarından ziyade fiilin normun içerdiği yasağı ihlal etmediğinin kabul edildiğini belirtmiştir.⁷⁷⁵ Dolayısıyla doğru çözümün korunan hukuki değer çerçevesinde yapılan sınırlayıcı bir yorum olduğunu savunmuştur. Bunun nedeni olarak ise yazar toplumsal uygunluk görüşünde söz konusu olabilecek duygusal hareket etme veya genel olarak yaygınlaşmış ihlallerin tipikliği oluşturmadığı şeklinde bir sonuca ulaşmanın engellenebileceğini şeklinde gerekçelendirmiştir.⁷⁷⁶

Doktrinde *Jescheck* toplumsal uygunluk düşüncesine, alışlagelmiş yorum kurallarının doğru sınırlandırmaya götürse de boş yere tipikliğin sınırlandırılması için başvurulduğunu söylemiştir. Yazara göre, bilinen yorum kuralları bu şekilde objektif doğrulanabilir neticelerin elde edilebileceği durumlarda tercih edilebilir. Buna karşın toplumsal uygunluk daima görece şüpheli prensip olarak kaldığından daima en son tercih edilmelidir.⁷⁷⁷

Fiilin toplumsal uygunluğuna ilişkin bir ihtiyacın olup olmadığına dair *Ünver* böyle bir öğretiyeye gerek bulunmadığını, aynı sonuca amaca göre yapılan ve korunan hukuki yararı ön planda tutan bir yorumla da bu olaylarda failin cezalandırılmayacağı sonucuna ulaşılabileceğini söylemiştir. Yazara göre suç teşkil eden hukuka aykırı bir fiilin bulunup

⁷⁷⁴ Roxin, *Strafrecht AT I*, s. 242-243.

⁷⁷⁵ Roxin, *Strafrecht AT I*, s. 243-244.

⁷⁷⁶ Roxin, *Strafrecht AT I*, s. 243-244.

⁷⁷⁷ Jescheck, *Strafrecht AT*, s. 203.

bulunmadığı veya lafzi olarak, suç tipinin kapsamında gibi görünen bir hareketin, gerçekten suç teşkil edip etmediği yani gerçek anlamda tipikliğin oluşup oluşmadığı tespit edilirken, öncelikli olarak *ratio legis*'in belirlenmesi gerekmektedir. Yazar aynı zamanda “*maddi hukuka aykırılık*” kavramını reddetmiş, bireyin özgürlük veya güvenliğini tehlikeye düşürebilecek nitelikteki bu kavramla, *ratio legis*'in aşılmamasını ve buna uygun bir biçimde yorumlanması gerektiğini haklı olarak ileri sürmüştür.⁷⁷⁸

Kanun koyucu tarafından oluşturulan suç tiplerinin içerdiği unsurlar bazen çok geniş davranış modellerini kapsar. Lafzi olarak bakıldığında birçok davranış tür ve şeklinin tipikliği oluşturmasıyla karşılaşılabılır. Bu ise ilk bakışta bu fiillerin cezalandırılabilir haksızlıklar olduklarını düşünülmesinin önünü açar. Ancak sıkı sıkıya lafza bağlı kalarak değerlendirilen bu davranışlar ceza hukuku gibi devletin en ağır müdahalelerini içeren bir hukuk dalının konusu oluşturması başta ceza hukukunun *ultima ratio* özelliği olmak üzere birçok ilkesiyle çelişkiler ortaya koyar. İşte bu çelişkilerin önüne geçmek ve genel olarak önemsiz, belli bir yoğunluğa ulaşmayan ve gerçekte suç tipinin dışında kalan fiiller toplumsal uygunluğa konu olmuştur.

Toparlanacak olursa bugün toplumsal uygunluk öğretisinin eski günlerini yaşadığından bahsetmek pek mümkün görünmemektedir. Ancak hala bugün bile ceza hukukunda önemsiz olarak görülmesi gereken cezaya liyakati tartışmalı birtakım hukuki sorunların çözümünde bu öğreti başvurulduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Peki, toplumsal uygunluk kıstas tamamen terk edilmesi gereken bir kıstas mıdır?⁷⁷⁹ Bu soruya verilecek yanıt hem evet hem hayırdır. Evet, çünkü bugün ceza hukuku dogmatğinde izin verilen risk, varsayılan rıza gibi birtakım sınırları daha keskin biçimde çizilmiş hukuki kurumlar doğmuştur. Yukarıda tartışılan ve toplumsal uygunluk içinde sayılan birçok olayın çözümünde bu hukuki kurumlara başvurulabilir. Ancak bu hukuki kurumların da çözemediği lakin cezaya liyakati tartışmalı hukuki sorunların doğması halinde toplumsal uygunluğun tamamen terk edilmesi gerektiği tezi pek sağlıklı görünmemektedir. Bu durumda yapılması gereken *ratio legis* çerçevesinde bir yorum yapılarak fiilin suç tipinde tanımlanan unsurları gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin tespittir. Yapılan *ratio legis*

⁷⁷⁸ Ünver, *İzin Verilen Risk*, s. 122.

⁷⁷⁹ Karş. Eser, a.g.e.

yorumunda fiilin toplumsal uygunluğu öğretisi yoruma yardımcı bir kurum olarak kullanılabilir.

3.1.2.3. Toplumsal Zararlılık

Toplumsal zararlılık kavramı uzun bir geçmişe sahipken bu kavramı anlam ve içerik bakımından ortaya koyulması 1970’li yıllara kadar gerçekleştirilememiştir. Doktrinde hukuki değerler üzerinde ciddi çalışmalar yapan *Amelung* bunun önemli bir eksiklik olduğunu düşünmüş, doğru bir tanımlamanın hem bu kavramın daha iyi araştırılması ve kanun koyucunun kontrol edilmesi hem de suç tiplerinin yorumu bakımından gerekliliğine işaret etmiştir.⁷⁸⁰ *Amelung*’a göre yalnızca toplumsal zararlı davranışın cezalandırılması düşüncesi aydınlanma çağının bir eseri olup toplum sözleşmesine dayanmaktadır. Devletin koyduğu yaptırımların da aynı amacı taşıdığı bu sözleşme, bireylerin barış içinde birlikte yaşamaları için oluşturulmuştur. Toplum sözleşmesinde topluma zararlı davranış da tanımlanmıştır. Buna göre topluma zararlı davranış, toplumun ya da devletin haklarına zarar veren, toplum sözleşmesi tarafından oluşturulan sosyal düzeni bozan davranıştır. Yazar toplumsal zararlılığı hukuken korunan değer öğretisiyle bağdaştırırsa da bunların aynı şeyleri ifade etmeyip aksine aydınlıkçı düşüncenin toplumsal zararlılık kavramından hem normatif hem de tanımlayıcı bakış açısıyla uzaklaştığını söylemiştir.⁷⁸¹

O halde toplumsal zararlılığın belirlenmesi açısından hukuki değer önemli bir fonksiyona sahiptir. Hukuki değer öğretisi bir suçun meydana getirdiği sosyal zararı bireysel bir hakkın ihlalinde görmeyip bilakis korunan bir hukuki değer ihlalinde görmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki her hukuki değer ihlali de cezalandırılmaz. İlk bu hukuki değer ihlali ceza hukuku alanında düzenlenmemişse bir cezalandırma söz konusu olmayacaktır. Bunun başlıca dayanağı kanunilik ilkesidir. Kanunda tanımlanmamış bir fiil cezalandırılmayacaktır. Şekli bakımdan suç kavramının temeli olan bu düşünce, bir hukuki değer ihlalinin bulunmasına rağmen cezalandırmanın önüne geçmektedir. İkinci olarak ise şayet bir hukuki değer ihlali var ve bu ihlal de kanunda tanımlanmışsa yine bir cezalandırmadan bahsedilemeyecek durumların ortaya çıkabileceğini söylemek gerekir. Burada esas alınması gereken husus her ne kadar norma

⁷⁸⁰ Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 724.

⁷⁸¹ Knut Amelung, “Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit”, **Recht und Moral**, Heike Jung ve diğerleri (Ed.), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, s. 269.

aykırı olsa da bu davranışın gerçek anlamda ceza kanununa aykırı bir davranış olması gerektiğidir. Ancak ve ancak hem norma hem de gerçek anlamda ceza kanununa ya da suç tipine aykırı olan davranış cezalandırılabilir.⁷⁸²

İleri sürülen bu görüşlere göre toplumsal zararlılığın, maddi bakımdan suç kavramı ile kapsanmaya çalışıldığı görülmektedir.⁷⁸³ Toplumsal yaşamın devamı ve etkinliğinin sınırını katlanamayan hareketler oluşturmaktadır. Bu tür hareketler toplum olarak birlikte yaşamının varlık ve fonksiyon yeteneğini ortadan kaldıran hareketlerle onu katlanılmaz hale getiren davranışlardır. Ceza normları ancak toplumun ve bireylerin hayati önem taşıyan yararlarını korumanın zorunlu olduğu durumlarda devreye sokulmalıdır.⁷⁸⁴

Toplumsal zararlılık kavramına yönelik yeterli keskinlikte sınırlarının bulunmadığı ve kabul edilemez olduğu yönünde birtakım eleştiriler yönetilse de *Maurach/Zipf* kavramının içi boş bir kavram olmadığı aksine biraz daha somutlaştırılmaya ve işlevsel hale getirilmeye ihtiyacı olduğunu belirtmiştir. Yine yazarlar böyle bir somutlaştırmanın iki ödevi olduğunu da ileri sürmüştür. Buna göre bir taraftan sorunlu davranış, göreceli araştırmalar içinde ispat edilmeli diğer taraftan ise hangi hukuki değerlerin korunmaya layık olduğu ve aynı şekilde ceza yaptırımıyla güvence altına alınmak zorunda olduğu normatif bir bakış açısı altında belirlenmelidir. Buradan çıkan sonuç toplumsal zararlılık öğretisi ile hukuki değerlerin korunması öğretileri birbiriyle çelişmediği diğer taraftan da birbiriyle bağdaşmayan kavramlar da olmadığı bilakis birbiriyle ilişkili kavramlar olduğudur. Hukuki değerlerin korunmaya layık toplumsal değerler olarak anlaşılması, suç tiplerine, hukuki değeri ihlal eden davranış şekillerinin toplumsal zararlılığını belirleme ödevini yükler ve bu davranışların toplumsal zararlılığının belirlenmesinin her hukuki değerde ceza hukuku korumasının içerik ve kapsamını belirleme yönünde suç tiplerine varlık hakkını verir.⁷⁸⁵

Roxin de toplumsal zararlılık ile haksızlık kavramının ilişkisine dikkat çekmiştir. Yazara göre bir fiilin toplumsal zararlı davranış, tipik cezalandırılabilirliğini tipiklikten daha az somut şekliyle ve suç politikasının değerleriyle belirler. İşte bu belirleme

⁷⁸² Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 725-726.

⁷⁸³ Maurach ve Zipf, a.g.e., s. 162.

⁷⁸⁴ Maurach ve Zipf, a.g.e., s. 162-163.

⁷⁸⁵ Maurach ve Zipf, a.g.e., s. 163.

haksızlığı oluşturur.⁷⁸⁶ Buna göre haksızlığın maddi içeriğini davranışın toplumsal zararlılığın oluşturduğu da söylenebilir. Ayrıca değinmek gerekir ki yazar burada salt toplumsal zararlılıktan ziyade tahammül edilemeyen toplumsal zararlılıktan bahsederek aslında haksızlığın maddi yönünü oluşturan toplumsal zararlılığın her toplumsal zararlı davranış olmayıp bunlardan yalnızca tahammül edilemeyen toplumsal zararlı eylemler olduğunun da altını çizmiştir.⁷⁸⁷

Jescheck ise tipiklik öğretisindeki köklü değişiklikten bahsettikten sonra bu değişikliğin hukuka aykırılık alanına da yansıdığını belirtmiştir.⁷⁸⁸ Buna göre hukuka aykırılık artık salt norma aykırılık olarak yani şekli olarak anlaşılmayıp ceza normlarının amacının ne olduğu sorusuna yanıt ararken haksızlığın, toplumsal zararlılık gibi maddi bir yönünün olduğu sonucuna varılmıştır.⁷⁸⁹

Elbette toplumsal zararlılığa de birtakım eleştiriler yöneltmiş ve sakıncalı yönleri olduğu vurgulanmıştır. Buna göre *Amelung*, kanun koyucunun yalnızca toplumsal zararlı hareketleri suç olarak düzenleyebileceği düşüncesi devletin kanun koyma hedefinin farklı tespiti halinde Al. AY'nin 20. Maddesiyle çelişkiye götüreceğini ileri sürmüştür.⁷⁹⁰ Yazara göre toplumsal zararlılığın açıklandığı gibi kabulü anayasanın gereklerinin ceza hukuku açısından yeterli olup olmadığını kontrol edebilmenin her olanağı ortadan kaldırılmış olur.⁷⁹¹

3.1.2.4. Örf ve Âdetin Ceza Hukukuna Etkisi

Ceza hukukunda özellikle modern ceza hukukunda kanunilik ilkesi vazgeçilmez bir nitelik kazanmıştır. Bu ilkeyle beraber bu ilkedен kaynaklanan ceza kanunlarının belirli olması, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratamaması gibi zorunlu birtakım

⁷⁸⁶ Roxin, **Strafrecht AT I**, §7 V 1, kn. 59.

⁷⁸⁷ Roxin, **Strafrecht AT I**, §7 V 1, kn. 60.

⁷⁸⁸ Jescheck, **Strafrecht AT**, s. 165.

⁷⁸⁹ Dohna, a.g.e., s. 27; August Hegler, "Die Merkmale des Verbrechens", **ZStW**, sy. 36, 1915, s. 27 vd; Zimmerl, a.g.e., s. 70 vd.

⁷⁹⁰ **Madde 20:** (1) Almanya Federal Cumhuriyeti, demokratik ve sosyal bir Federal Devlettir.

(2) Egemenlik tümüyle halkındır. Halk, egemenliğini, seçimler ve oylamalar aracılığıyla ve yasama, yürütme ve yargı yetkileriyle donanmış özel organlar eliyle kullanır.

(3) Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdır.

(4) Bu Anayasa düzenini ortadan kaldırmak isteyen herkese karşı, başka bir çözümün bulunmaması halinde, bütün Almanlar direniş hakkına sahiptir.

⁷⁹¹ Ünver, **Hukusal Değer**, s. 728.

sonuçlar da ortaya çıkmıştır. Bu zorunlu sonuçlardan biri de kuşkusuz örf adetle suç ve ceza yaratılamayacağıdır. Örf ve adetle suç ve ceza yaratılamayacağı ilkesi beraberinde kesin bir kaynak oluşturup oluşturmayacağı sorusunu da getirmiştir. Bunun neticesinde ise gerçek örf ve âdet hukuku ile gerçek olmayan örf ve âdet hukuku şeklinde bir ayırım yapılmış ve gerçek anlamda örf ve âdetin ceza hukukuna kaynak olamayacağını ancak ceza normunun yorumunda ve bir ceza normunun atıf yaptığı başka bir hukuk dalında geçerli örf ve âdetin ceza hukukunda etkisi olacağı ileri sürülmüştür.⁷⁹² Tekrar altını çizmek gerekir ki örf ve âdet cezayı oluşturucu, cezayı ağırlatıcı ve tipikliği genişletici bir etkide bulunamaz. Yani örf ve âdet hukukunun ceza hukukuna doğrudan kaynak olamaması ancak failin aleyhine olan durumlar için geçerlidir.⁷⁹³

Örf ve âdet ceza hukukunda etkisini üç esasta gösterir.⁷⁹⁴ İlk örf ve âdet ceza normunun etkisini ortadan kaldırabilir. Esasen bir normun metrukiyeti kanun koyucunun şekli işlemi ile mümkündür. Ancak zamanla metruk hale gelen ceza normu örf ve âdet ile geçerliliğini yitirir, uygulanmaz (*desuetudo*).⁷⁹⁵ İkinci olarak örf ve âdetin kanunun kullandığı kavramların açıklanmasında rol oynar. Son olarak ise örf ve âdet ceza normunun çerçevesi çok geniş tipikliklerin sınırlandırıcı yorumunda kendini gösterir. Dolayısıyla örf ve âdet kesinlikle bir cezalandırmayı gerekçelendiren veya ağırlaştırıcı etkiye sahip olamaz.⁷⁹⁶

⁷⁹² Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, c. I, s. 115; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Ceza Hukuku**, c. 1, s. 157-158; Kültür normları ve örf adet hukuku ilişkisi için ayrıca bkz. Max Ernst Mayer, **Rechtsphilosophie**, 2. Bası, Berlin Heidelberg: Springer Verlag, 1926, s. 59 vd.

⁷⁹³ Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 23; Özbek ve diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 120; Aynı yönde Özgenç ise örf ve adetlerin bir fiili hukuka uygun olarak kabul edilmesini sağlayamayacağını ileri sürmüştür, bkz. Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 297; Özgenç, **Zimmet Suçu**, s. 24-25.

⁷⁹⁴ Maurach ve Zipf, a.g.e., s. 106; ancak bu etkinin iki ya da dört esastan oluşuğu da öne sürülmüştür, örneğin örf ve âdet dört esasta ceza hukukuna etki etmektedir; “a) ceza normlarının uygulanabilmesine engel olabilmekte, hukuken olmasa dahi bir normu fiilen uygulanamaz hale getirebilmektedir (*desuetudo*); b) bir normun yorumunda, bu normun uygulanış biçimini daraltabilmektedir; c) hukukun diğer dallarında geçerli olan örf ve âdet, Ceza hukukunun bu hukuk dallarına yollama yaptığı hallerde ceza hukuku alanında da etkili olabilmektedir; ç) nihayet, ceza normunda bir kavramın açıklanabilmesi örf ve âdet yardımı ile gerçekleştirilecekse, diğer anlatımla, ceza hukuku örf ve âdeti bünyesine almış ise, yapılacak yorumla örf ve âdet ceza hukukuna girmiş olacaktır” (Önder, **Ceza Hukuku**, s. 115-116, c.I); aynı yönde bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 23-24; yine örf ve âdetin ceza hukukuna etkisinin iki esasa dayandığı da ileri sürülmüştür bkz., Ernst Hafer, **Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts Allgemeiner Teil**, Berlin: Verlag Von Julius Springer, 1926, s. 15 vd.

⁷⁹⁵ Bu durum örf ve âdet kurallarının kanuni bir hükmü kaldırmayacağını ancak fiilen uygulanmasının önüne geçebileceği şeklinde de ifade edilmiştir (Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku**, c. I, s. 159; Özbek ve diğerleri, **Genel Hükümler** s. 120)

⁷⁹⁶ Roxin, **Strafrecht AT I**, s. 115 vd.

Ceza hukukunda örf ve âdet, normun uygulanmasına fiilen engel olabilir. Doktrinde Almanya'da 1. Dünya Savaşında çıkarılan ekonomik mevzuat içinde 40.000, İkinci Dünya Savaşında ise daha fazla adette yürürlüğe konulmuş normların, daha sonra örf ve âdet sebebiyle uygulanmadığı belirtilmiştir.⁷⁹⁷ Bir başka örnek ise Ramazan davulcusunun KK m. 36'ya⁷⁹⁸ göre cezalandırılmaması olarak verilmiştir.⁷⁹⁹ Aynı şekilde uygulamada da örf ve âdetin bu etkisine şu şekilde işaret edilmiştir:⁸⁰⁰

*Arkadaşlarıyla, mağdura ait bahçenin yakınında oyun oynamakta olan sanığın, bahçedeki elma ağaçlarından birkaç elma koparıp yemesinden ibaret olan eylemin törelere, örf ve adetlere göre süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel hoşgörünün doğal ve olağan bir tezahürüdür. Bu eylemde suça yönelik irade varlığından söz edilemeyeceği gibi, hırsızlık suçunun oluşması için suçun nicelik yeterliği açısından gereken boyutlara ulaşmadığı neticesine varılmalıdır.*⁸⁰¹

Yine Yargıtay başka bir kararında eylemin suç olarak cezalandırılabilmesi ve öngörülen cezanın haklılık kazanabilmesi için nitel yeterliğin yanı sıra, ceza normuyla korunan ve suçun hukuki konusunu oluşturan varlık, yarar ya da değer *toplumda yaygın ortak ve genel yargı ve anlayışa göre, belli ve gözetilebilir düzeyde* zarara uğraması veya tehlikeye düşmesinin zorunlu olduğuna işaret etmiştir.⁸⁰²

Örf ve adetin vergi hukukundaki etkisi Samsun Vergi Mahkemesinin 1997 tarihli kararına konu olmuştur. Karara konu olayda davacı hakkında, oğluna düşük değerle dükkân sattığı iddiasıyla vergi cezası uygulanmıştır. Verilen bu vergi cezasına karşı açılan davada mahkeme şöyle demiştir:

*Türk toplumunun örf ve adetlerine göre belli bir nakdi değeri olan iktisadi ticari bir kıymetin (varlığın), baba-evlat, anne-evlat, amca, dayı-yeğen gibi birbirleriyle yakın akrabalık ilişkisinde olan insanlar arasında alışverişe konu olması halinde daha düşük tutarlar üzerinden satış işleminin yapılabileceği keyfiyeti bilinen bir gerçektir. Örf ve adetler, hukukun yazılı kaynakları kadar bağlayıcı nitelikte olmasalar da bir ihtilafta hukuka uygun bir yargıya varabilmek için yararlanılması gereken bir değerler sistemidir.*⁸⁰³

⁷⁹⁷ Maurach ve Zipf, a.g.e., s. 106.

⁷⁹⁸ KK m. 36/1: Başkalarının huzur ve sükûnunu bozacak şekilde gürültüye neden olan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir.

⁷⁹⁹ Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 23.

⁸⁰⁰ Uygulamadan diğer örnekler için bkz. Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 55 vd.

⁸⁰¹ 6. CD., E. 8868/1988, K. 11188/1988, T. 18.10.1988; CGK., E. 6-406/1987, K. 499/1987 26.10.1987 (www.kazanci.com.tr)

⁸⁰² 6. CD. E. 1984/3548, K. 1984/5184 T. 14.6.1984 (www.kazanci.com).

⁸⁰³ Samsun Vergi Mahkemesi, E. 307/1997, K. 422/1997, T. 21.10.1997, 307/422, karar yayınlanmamıştır (Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 56, dn. 3)

Örf âdetin ikinci etkisi olan kanun terimlerini anlamlandırma etkisi ise özellikle genel adap veya ahlaka karşı suçlarda kendini göstermektedir. Özellikle müstehcenlik ve teşhircilik suçlarının anlamlandırılmasında, örf ve âdetin etkisi büyüktür.⁸⁰⁴ Doktrinde müzelerde sergilenen, biçimsel olarak müstehcen olan eşyanın ya da bu eşyanın fotoğrafının yayınlanmasının örf adet sebebiyle müstehcenlik kavramının kapsamı dışında kaldığı ileri sürülmüştür.⁸⁰⁵ Uygulamada karşılaşılan şu kararda da yine müstehcenliğin nitelendirilmesinde, örf ve âdetin etkisi vurgulanmıştır:

Tarihi ve eski eserler alanında bilimsel yeri olması ve sanat değeri bulunması nedeniyle Efes Müzesi'nde herkese açık olarak gösterilen ve resmi kuruluşlarca daha önce de yayınlanmış bulunan Tanrı Bes heykeline ait resimlerin kartpostal halinde basılıp çoğaltılarak dağıtılmasında müstehcen yayın suçunun unsurları yoktur.⁸⁰⁶

Benzer bir husus ise hakaret suçunda kendini göstermekte olup, hangi fiillerin tahkir edici olup olmadığının belirlenmesine yardımcı olur. Nitekim şeref, onur, haysiyet gibi kavramların yorumu da örf ve âdete göre değişiklik göstermektedir.⁸⁰⁷ Uygulamada da benzer yönde kararlar görmek mümkündür.⁸⁰⁸

Konumuz bakımından da esaslı bir önem arz eden örf ve âdetin diğer bir etkisi, ceza normunun çerçevesi çok geniş tipikliklerin sınırlandırıcı yorumunda (*restriktive Tatbestandsauslegung*) kendini gösterir. Burada verilen en önemli örnek mülga 765 sayılı TCK'nın 567. maddesinde yer alan kumar suçunda, bu suçun bütün unsurları gerçekleşmiş olsa dahi, ortadaki paranın önemsizliği ve oyuna iştirak edenlerin bu oyunu eğlence amacı ile oynamaları halinde, fiilin suç teşkil etmemesi olarak gösterilmiştir.⁸⁰⁹ Diğer taraftan örf ve adetle toplumda yaygın ve genel anlayışa göre suçla korunan hukuki değer zarara

⁸⁰⁴ Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku**, s. 158, c. I; Önder, **Genel Hükümler**, s. 117, c. I; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 24;

⁸⁰⁵ Önder, **Genel Hükümler**, s. 117, c. I.

⁸⁰⁶ CGK. E. 575/1974, K. 170/1974, T. 18.3.1974 (<http://www.kazanci.com>)

⁸⁰⁷ Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 24.

⁸⁰⁸ “Hakaretin kişiyi küçük düşürmeye yönelik olması gerekir. Kişiyi onu toplum nazarında küçük düşürmek amaçlı belli bir siyasi kanaatin isnat edilmesi hâlinde de suç oluşacaktır. Bir kişiye yönelik sözlerin veya yapılan davranışın o kişiyi küçük düşürücü nitelikte olup olmadığını tayin ederken, topluma hâkim olan anlayışlar, örf ve adetler göz önünde bulundurulmalıdır.” 15. CD. E. 2013/20142, K. 2014/10726, T. 29.5.2014 benzer şekilde 15. CD. E. 2015/6820, K. 2015/30779, T. 4.11.2015 ve 15. CD. E. 2013/14968, K. 2014/4044, T. 5.3.2014 (www.kazanci.com)

⁸⁰⁹ Önder, **Genel Hükümler**, s. 117, c. I; Kumar suçunun kahvelerde çay parasına oynanan oyunlarda oluşmaması, örf ve âdetin suç tipini daraltıcı etkisine örnek olarak verilebilir (Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 24.)

uğramadığından fiilin toplumsal bakımdan uygun sayılabilmesinin önünü açtığı da ileri sürülmüştür.⁸¹⁰

Rüşvet suçu bakımından da yerleşmiş bir adet veya gelenek sebebiyle verilmiş bahşişlerin de bu suçu oluşturmayacağı ileri sürülmüştür.⁸¹¹ Elbette bu bahşişin rüşvet sayılmaması değerinin çok az olması halinde geçerli bir durumdur. Yargıtay da şu şekilde karar vermiştir:

*Mahkemece haklarında tahliye kararı kişilerin tahliye müzekkereleri yazıldığı ve zabıt kâtibi olan sanığın bu müzekkere ile birlikte kaleme giderek tahliye olanların yakınlarına ve muhtar İ. ye (...müjde, tahliye oldular, mübaşiri görün) deyip beş parmağıyla işaret verdiği, muhtarın da (bize bunu yapmayın, sonra hesaplaşırız) dediği, kabul edilmeyince cebinden çıkarıp masaya koyduğu 500 liranın diğer sanık mübaşir tarafından alınmasından ibaret olup burada taraflar arasında bir anlaşma bulunmadığı cihetle rüşvet suçunun oluşmadığı (...)*⁸¹².

Her ne kadar Yargıtay'ın burada bir rüşvet anlaşmasının bulunmamasını gerekçe göstererek rüşvet suçunun tipikliğini gerçekleşmediğini ileri sürse de *Erman/Özek* bu fiilin rüşvet olarak değerlendirilmemesinin nedeninin, bir rüşvet anlaşması olmamasından ziyade aslında bu fiilin adliyyede yerleşik bir adet olan bahşiş niteliğinden ileri geldiğini savunmuştur.⁸¹³

O halde örf ve âdetin ceza hukukunda ve özellikle yorum alanında etkisi yadsınamaz. Ancak belirtildiği üzere bu etki kanunilik ilkesini ihlal edecek şekilde mutlak değil nispi olarak tezahür etmelidir. Yine örf ve âdetin kanunun açıkça atfı yaptığı haller hariç olmak üzere failin aleyhine bir etkisi de reddedilmelidir. Yani ceza hukuku alanında yorum amaçlı örf ve adete başvurulurken, örf ve âdetin yukarıda sayılan üç etkisinin dışına çıkılmaması gerekmektedir.

3.2. Önemsizliğin Görünüş Şekilleri

Önemsizliğin temeli olan haksızlık içeriği, bunun tespiti için suç tipinin değerlendirilmesi ve son olarak ölçütler ortaya konduktan sonra artık özel suç tiplerindeki

⁸¹⁰ Özbek ve diğerleri, **Genel Hükümler** s. 120.

⁸¹¹ Sahir Erman ve Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamunun İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul: Işık Matbaacılık, 1992, s. 99.

⁸¹² 5. CD. 3.3.1982 122/642

⁸¹³ Erman ve Özek, a.g.e., s. 99, dn. 9.

yansımaları ile özellik arz eden birtakım hususlar bu başlık altında tartışılacaktır. Sistematik açısından suç tipleri üç ana başlık altında gruplandırılmıştır.

3.2.1. Hareket Objesinin İhlalinin Önemsizliği

Önemsizliğin söz konusu olması için hukuki değerin ihlalinin belirli bir yoğunluğun altında bulunması gerekir. Bu yoğunluğun tespiti bakımından ise hukuki değerin ihlali ile hareketin yöneldiği hareket objesinin ihlali önem kazanmaktadır. Buraya kadar teorik çerçeve ortaya konduğu için bu aşamadan sonra anlatılanların suç tiplerine yansımaları incelenecektir. Özellikle belirtmek gerekir ki önemsizlik yapısı gereği elverişli her suç tipi bakımından ortaya çıkabilmekle birlikte burada yalnız önemli suç tipleri incelenecektir.

3.2.1.1. Zarar veya Tehlikenin Önemsizliği

Doktrinde mala zarar verme ve yaralama suçlarında gerçekleşen zarar, yaralama veya etkinin *minimum* olmasından söz edilmiştir. Bu düşünceye çerçevesinde söz konusu etkinin minimum olmasının tipikliği gerçekleştirip gerçekleştirmediği tartışılmıştır. Doktrinde insanların belirli ölçüde eşya veya vücutları üzerindeki etkilere katlanmalarının alışılmış olduğu dile getirilmiştir. Buna göre bu türde etkiler önemsiz veya günlük hayatta olağan olup toplumsal düzene yönelik ciddi bir aykırılık olarak görülmemelidir.⁸¹⁴ Suç politikası açısından bakıldığında ise bu tür fiillerin cezalandırılmasının, cezalandırılmada artık kontrol edilemeyen bir genişlemeye gidebileceği ileri sürülmüştür.⁸¹⁵

Konuya mala zarar verme suçu açısından bakıldığında, örneğin başkalarının mülklerine basit ilan yapıştırılması gibi mülkiyet ya da mal varlığı hakkının ceza hukuku bakımından önemsiz ihlalleri mala zarar verme suçu kapsamında değerlendirilemeyecektir.⁸¹⁶ Mala zarar vermede benzer şekilde duvarlara grafiti çizimleri, boya ile yazı yazma gibi eylemlerin de önemsizlik çerçevesinde düşünülmesi muhtemeldir. Elbette tüm bu eylemlerin önemsiz kabul edilmesi mümkün değildir. Doktrinde buna

⁸¹⁴ Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 76.

⁸¹⁵ Karl Heinz Gössel, “Wildes Plakatieren und Sachbeschädigung im Sinne des §303 StGB”, **JR**, sy. 5, 1980, s. 188.

⁸¹⁶ Ayrıntılı olarak bkz., Manfred Maiwald, “Unbefugtes Plakatieren ohne Substanzverletzung keine Sachbeschädigung?”, **JZ**, sy. 8, 1980, s. 258.

ilişkin somut kıstaslar getirilmeye çalışılmıştır. Buna göre önemli bir ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediği eylemden önceki hale getirmenin (yazının silinmesi ya da boyanın temizlenmesi gibi) zorluğuna göre değişmektedir. Önceki hale getirmek için pahalı temizlik maddelerinin kullanılması gerekiyor ya da hiçbir biçimde eski hale getirilemiyorsa artık önemli bir zarar vermenin bulunduğunu kabul etmek gerekecektir.⁸¹⁷ Yine bir başka somut kıstas olarak ise verilen zararın çok az zaman, zahmet ve masrafla giderilebilir olması halinde önemsizlikten bahsedilebilecektir.⁸¹⁸ Elbette böyle bir sonuç esasında suç tipinin maddi unsurlarından biri olan “zarar verme” fiilinin yorum yoluyla suç tipinin aradığı yoğunluktaki ihlali karşılamaması olarak değerlendirip suç tipinin yeterli yoğunluktaki haksızlığa ulaşmadığından eylem unsurunun bulunmadığı çıkarımından ileri gelmektedir.

Yine yaralama suçlarında da aynı kıstastan hareket ederek suçun tipikliğinin gerçekleşmediği tespiti yapılabilir. Örneğin kalabalık içerisindeki hafif dokunmaların her ne kadar görünüşte vücut bütünlüğünü ihlal etse de yaralama suçu olarak kabulü mümkün değildir.⁸¹⁹ Benzer şekilde basit iğne batırma, çizik, sıyrık, hafif öksürüğe neden olma, zararsız mor lekelere neden olma gibi önemsiz nitelikteki sonuçlara neden olma durumunda yaralama suçunun işlendiği kabul edilmemelidir.⁸²⁰

İleride de görüleceği üzere bazen suçlar birden fazla hukuki değeri korumaktadır. Özellikle mal varlığına karşı suçlarda (örneğin dolandırıcılık, yağma suçları) bu türde düzenlemeler görülebilir.⁸²¹ Bu tür suçlar söz konusu olduğunda yorum yapılırken suçların koruduğu hukuki değerlerin birbiriyle ilişkisi de göz önünde tutulacaktır. Dolayısıyla yorum yapılırken suç tipinin hangi ihlal modelini, ne kapsamda koruduğu ortaya çıkarılacaktır. Burada korunan hukuki değerlerin hangisinin ön plana çıkarıldığı önemli olduğu için suç tipinin kapsamı, amacı ve şekli açıkça yorum yoluyla belirlenmeli ve somut olayda gerçekleşen fiilin o suç tipinin unsurlarını gerçekleştiren bir fiil olup olmadığı ortaya çıkarılmalıdır.⁸²²

⁸¹⁷ Rudolf Rengier, **Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte**, 8. Baskı, München: Verlag C. H. Beck, 2006, s. 362-363

⁸¹⁸ Rengier, **Strafrecht BT I**, s. 365.

⁸¹⁹ Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 76.

⁸²⁰ Rudolf Rengier, **Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit**, 7. Baskı, München: Verlag C. H. Beck, 2006, s. 88-89.

⁸²¹ Selçuk, **Dolandırıcılık**, s. 68-69.

⁸²² Mennicke, a.g.e., s. 841; Ünver, **Hukuksal Değer**, s. 853.

3.2.1.2. Hareket Objesinin Ekonomik Değeri

Zarar suçları söz konusu olduğunda nedensel olarak ihlale elverişli saldırı objesinin ihlal yoğunluğu tespit edilerek suçun tipikliğinin gerçek anlamda oluşup oluşmadığı tespit edilebilir. İhlalin önemsiz olduğu durumlarda haksızlık içeriğinin tamamlanmadığından bahsetmek gerekir. Nitekim her ne kadar ilgili suç tipi lafzi olarak gerçekleşse de ortada cezaya layık bir haksızlık bulunmadığı için failin ilgili suç tipinden sorumluluğu olmayacaktır. Nitekim bu hallerde suç tipinin maddi anlamda gerçekleşmediğinden bahsedilir. Ancak suç tipinin hukuki konusunu ekonomik bir değer oluşturduğu durumlarda bu değer ölçülebildiği için maddi bir sınırın getirilip getirilemeyeceğine değinmek gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki kanun koyucunun soyut bir normla hukuki güvenlik kaygısıyla miktar belirlemesi her zaman adil sonuçlar doğurmayabilir. Bu nedenle burada soyut bir düzenlemeye gitmek yerine somut olayla bizzat temas halinde bulunan uygulamanın olayın özelliklerini de göz önünde bulundurarak bir sınır belirlemesi daha uygun olacaktır.

Özellikle Türk ceza kanun koyucusunun konusunu menfaat ya da yararın oluşturduğu birtakım ceza normlarında suçun konusunun değerinin az olması halini nitelikli hal olarak düzenleyip diğer birtakım ceza normlarında böyle bir düzenlemeye gitmemesi kafa karışıklıklarına yol açabilecektir. Öyle ki bazı ceza normları örneğin rüşvet suçu gibi eski düzenlemesinde böyle bir nitelikli hal düzenlenip yeni düzenlemede buna yer vermemesi sanki kanun koyucunun suçun konusunu oluşturan değer az ve hatta önemsiz olmasını dahi cezalandırma yönünde bir yoruma yol açabileceğinden sakıncalı bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bu tür durumlarda değer azlığı cezanın bireyselleştirilmesinde rol oynayacak, önemsizlik halleri ise yorum ile tipik olarak kabul edilmeyecektir.

Bu başlık altında suçun konusunun ekonomik bir değer oluşturduğu ve önemli gördüğümüz birtakım suç tipleri incelenecektir.

3.2.1.2.1. Hırsızlık Suçu

Hırsızlık suçlarında bulunduğu yerden alınan malın değerinin az olması halinde bireyin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı daha çok tipiklik çerçevesinde tartışılmıştır. Genel kabul bu durumda tipikliğin gerçekleşmeyeceği olmakla birlikte aksi görüşler de bulunmaktadır. Örneğin doktrinde *Roxin* önemsiz değerdeki malın çalınmasının şüphesiz tipikliği gerçekleştirdiğini, zira mülkiyet ve zilyetliğin değersiz şeylerin çalınmasıyla da ihlal edileceğini, buna karşılık başka hukuki değerlerde belirli bir yoğunluğun arandığını ifade etmektedir.⁸²³ Bu tür davranışlar söz konusu olduğunda Alman Hukukunda getirilen StPO m. 153 gibi düzenlemelerle takipsizlik kararı verilmesi ve sorunun muhakeme alanında çözülmesi yoluna gidilmiştir.

Hırsızlık suçunun konusunu değeri çok az şeylerin oluşması hali Türk hukukunda da tartışılmıştır. Bu hukuki soruna getirilen çözüm ise nicelik ve yeterlilik kıstasıdır. Bu kıstas daha çok Türk uygulamasında karşımıza çıkıp, esasını fiillerin bir suç tipinin haksızlık içeriğini doldurması için nicelik yönünden yeterli olması düşüncesi oluşturmaktadır.

Doktrinde de bu kıstasa atıflar yapılmıştır. Örneğin *Selçuk* suçun yalnızca şekli, nitelik bakımından ele alınması yeterli olmayıp diğer taraftan suçu maddi, nicelik bakımından da incelenmesi gerektiğini söylemiştir.⁸²⁴ Yazar ekonomik değeri önemsiz bir nesnenin korunmaya değer bir malvarlığı sayılamayacağını, başkasına ait bir üzüm tanesi veya bir paslı çivinin hırsızlık suçunun maddi konusunu oluşturamayacağını örnek vermiştir.⁸²⁵

Ancak ağırlıklı olarak bu kıstasın uygulamada ve bilhassa hırsızlık suçlarında etkisini gösterdiği söylenebilir. Türk uygulamasına bakıldığında ise Yargıtay 1988 tarihinde verdiği bir kararda⁸²⁶ “...ağaçtan birkaç elma çalmaktan ibaret eylemin, ihlal edilen menfaat ve dolayısıyla nicelik açısından suç boyutlarına ulaşmadığı...” gerekçesiyle suçun oluşumu için yalnızca görünüşte tipik bir eylemin yeterli olmayıp aynı

⁸²³ Roxin, *Strafrecht AT I*, s. 244.

⁸²⁴ Selçuk, “Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu”, s. 799.

⁸²⁵ Selçuk, “Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu”, s. 799-800.

⁸²⁶ 6. CD E. 1988/8868, K. 1988/11188, T. 18.10.1988 (www.kazanci.com.tr)

zamanda gerçek anlamda tipik diğer bir ifadeyle maddi anlamda suçun oluşması gerektiğine karar vermiştir. Aynı şekilde CGK 1988 yılında verilen bu kararını sonraki hükümlerine dayanak olarak göstermektedir.⁸²⁷ Keza Yargıtay 1988 tarihli başka bir kararında “*çalındığı ileri sürülen çek yaprağının ekonomik değeri bulunmadığı ve dolayısıyla malvarlığının ihlali ve nicelik açısından eylemin suç yeterliliği boyutlarına ulaşmadığı gözetilmeden hükümlülük kararı verilmesini*”⁸²⁸ bozma hali olarak kabul etmiştir.⁸²⁹

İslam Ceza Hukukunun ise görünüşte hırsızlık fiillerine yaklaşımı önemlidir. Hırsızlık suçuna konu malın değersizliği halinde el kesme cezasını gerektiren hırsızlık suçunun oluşmayacağı hususunda öğretide görüş birliği bulunmamakla birlikte hâkim görüş malın kıymetsiz olması durumunda hırsızlık suçunun oluşmayacağını ileri sürmüştür. Burada doktrin çalınan *malın nisaba ulaşmasını* ayrıca bir tipiklik unsuru olarak aramıştır.⁸³⁰ Ancak malın değerini tayinde aynı görüş birliğinin olduğu söylenemez.⁸³¹

Ancak bahsedilen suç el kesme cezasını içeren hırsızlık suçunu oluşturmada da bu suça ta’zir cezası verilmesini engellemez. Bu tür mallar kıymetsiz olması insanların bu mallara malik olmayı pek düşünmemeleri, bu türdeki mallara fazla değer vermemeleridir. Yazar örnek olarak ise kerpiç, kamyş, saman, odun gibi şeylerin çalınmasını vermiştir. Malın değerinin bulunup bulunmadığı hususu ise o yerin örf ve âdetine göre belirlenecektir.⁸³² Aksi yönde bir görüşe göre ise etrafı duvarlarla çevrili ve kapısı bulunan bir bahçeden meyve çalındığında meyve dalından bile alınmış olsa el kesme cezası verileceği de ileri sürülmüştür. Bu görüşe gerekçe olarak ise malın koruma altında

⁸²⁷ İlgili karar için bkz. CGK, E. 2014/13-850, K. 2015/128, T. 28.4.2015

⁸²⁸ 6. CD. T. 9.6.1988, E. 1988/4194, K. 1988/7514.

⁸²⁹ “Dogmatik hukuk olgusu olarak suç; hukuka aykırı kusurlu ve yasal kalıba uygun bir insan eylemidir. Söz konusu eylemin suç olarak cezalandırılabilmesi ve öngörülen cezanın haklılık kazanabilmesi için ... nitel yeterliğin yanı sıra, ceza normuyla korunan ve suçun hukuki konusunu oluşturan varlık, yarar yada değer *toplumda yaygın ortak ve genel yargı ve anlayışa göre, belli ve gözetilebilir düzeyde* zarara uğraması veya tehlikeye düşmesi zorunludur.” (6. CD. E. 1984/3548, K. 1984/5184 T. 14.6.1984. www.kazanci.com)

⁸³⁰ Abdulkadir Udeh, **Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Çev. Ali Şafak, 2. Bası, İstanbul: Kayıhan Yayınları, 2012, s. 651 vd.

⁸³¹ Udeh, **Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 652-653.

⁸³² Udeh, **Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 614 vd.

bulunduğu yerde işlenmesi gösterilmiştir.⁸³³ Özellikle belirtmek gerekir ki İslam Ceza Hukukunda el kesme cezasını gerektiren hırsızlık suçunun unsurlarından birini de malın muhafaza altına alınmış olması oluşturmaktadır. Ancak burada esasen tartışılması gereken el kesme cezasının gerektiren hırsızlık suçunun unsurlarından biri olan ‘*malın belirli bir nisabı haiz*’ yani bir değeri bulunup bulunmadığıdır. Bu nedenle her ne kadar burada korunma altına alınmış bir mal çalınmış olsa da kıymeti haiz olmadığı için hırsızlık suçu tipik olmayacaktır.⁸³⁴

Şer’i hukukun hâkim olduğu Osmanlı Ceza Hukukunda da nisap şartına uyulmuştur. Buna göre nisap miktarına varmayan hırsızlıkta el kesme cezası uygulanmamaktadır. Ancak her ne kadar el kesme cezası uygulanmasa da bu tür hırsızlıklarda para cezası getirilmiştir. Örneğin Kanuni Kanunnamesinin 65. Maddesine göre kovan, kuzu, koyun çalan kişiye malın değeri nisap miktarına ulaşırsa el kesme, ulaşmazsa para cezası verilir.⁸³⁵

3.2.1.2.2. Karşılıksız Yararlanma Suçu

TCK ve StGB’de düzenleme alanı bulan suçlardan biri de karşılıksız yararlanma suçudur. Doktrinde karşılıksız yararlanma suçunun özellikle sözleşmeye aykırı olarak prizlerden veya elektrik enerjisinin sağlandığı bağlantılardan elektrikli aletlerin izin olmaksızın takılarak kullanılması şeklinde oluşan eylemlerde karşılıksız yararlanma suçunun oluşup oluşmadığı tartışılmıştır.⁸³⁶ Bir görüş yetkili kişinin örneğin bu kişi otel sahibi veya iş veren olabilir, telefon şarjı, elektrikli ısıtıcı ya da ütü kullanımını açıkça yasaklamış olup olmadığının suçun oluşması bakımından belirleyici olduğunu,⁸³⁷ bir başka görüş ise bu durumlarda toplumsal uygunluğun söz konusu olduğunu ileri sürmüştür.⁸³⁸ Ancak burada gerçekleşen sözleşmeye aykırı bu fiillerin esasen tipik olmadığını söylemek yerinde olacaktır. Nitekim bu tür fiillerin oluşturduğu haksızlık sözleşmeye aykırılığın

⁸³³ Udeh, *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 620-621.

⁸³⁴ Ayrıntılı olarak bkz. Udeh, *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 651-659.

⁸³⁵ Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Bası, Konya: Mimoza Yayınları, 2014, s. 311-312.

⁸³⁶ Joachim Vogel, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, (Ed. Heinrich Wilhelm Lauffhütte, Joachim Vogel, Klaus Tiedemann), 8. Band, Berlin/New York: De Gruyter, 2010, s. 300, § 248c, kn 11.

⁸³⁷ Albin Eser, *StGB Kommentar*, Ed. Schöнке/Schröder, s. 2098, § 248c, kn. 10.

⁸³⁸ Vogel, *LK StGB*, s. 300, § 248c, kn 11.

ötesine geçemeyip özel hukuk haksızlığı çerçevesinde kalmaktadır. Nitekim bu fiiller ile karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğunu söylemek ceza hukukunun *ultima ratio* özelliği ile çatışacaktır.⁸³⁹

3.2.1.2.3. Zimmet Suçu (Müşamaha Edilen Zimmet)

Doktrinde müşamaha edilen zimmet⁸⁴⁰ olarak ifade edilen değersiz ya da değeri çok az olan şeylerin (örneğin memurun bir kâğıdı kendi özel işleri için kullanması) kamu görevlisi tarafından zimmete geçirilmesinin gerçek anlamda zimmet kabul edilmeyeceği savunulmuştur.⁸⁴¹ Ancak neden zimmet suçunu oluşturmayaacağına dair bir görüş birliğinin olmadığı da vurgulanmalıdır. Bu görüşlerden biri fiilin objektif haksızlığının örf ve adet tarafından ortadan kalktığını söylerken⁸⁴² diğer görüş müşamahadan yola çıkarak idarenin bu fiillere rızasının olduğunu savunmuştur.⁸⁴³ Bir başka görüş bu tür fiillerde haksızlık içeriğinin az olduğundan bahsedilerek cezaya layık bir haksızlığın söz konusu olmadığı belirtilmiş⁸⁴⁴ buna karşın fiilin toplumsal uygun olması sebebiyle cezalandırılmaması gerektiği de savunulmuştur.⁸⁴⁵ Son olarak suçun amacından hareket edilerek bir sonuca varılmaya çalışılmıştır.⁸⁴⁶

⁸³⁹ Dominik Brodowski, “Strafbare Entziehung elektrischer Energie durch Aufladen eines Mobiltelefons?“, **ZJS**, sy. 1, 2010, s. 147; Vogel, **LK StGB**, s. 300, § 248c, kn 11

⁸⁴⁰ Zimmet suçunun nitelikli halinin düzenlendiği TCK m. 249’un gerekçesi şöyledir: “Suç konusu malın değerinin az olması durumunda da zimmet suçu oluşur. Ancak, bu durumlarda zimmet suçundan dolayı verilecek cezada belli bir oranda indirim öngörülmüştür. Söz konusu madde metninde bu indirimin oranı belirlenmiştir. Zimmete geçirilen malın *değerinin çok az olması* durumunda, bu tasarruf, *hoşgörüyle* karşılanabilir. Suç konusu malın değerinin çok düşük olmasına rağmen, bunun zimmete geçirilmesi *bir haksızlık oluşturmakla* beraber, fiilin ifade ettiği *haksızlık muhtevası cezaya layık*, cezayı gerektirici boyutta *olmayabilir*. Kullanma zimmeti de bazı durumlarda, gerek süre gerek biçim bakımından hoşgörüyle karşılanabilir.”

⁸⁴¹ Artuk, M. Emin ve diğerleri, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara; Adalet Yayınevi, s. 936-937.

⁸⁴² Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayınevi, 1985, s. 107.

⁸⁴³ Faruk Erem, “Zimmet ve İhtilas”, **AÜHFD**, c. 14, sy. 1 (1957), s. 42-43; burada idarenin varsayılan rızasının olduğunu savunan görüşler için bkz. Erem, “Zimmet ve İhtilas”, s. 42-43; Erman ve Özek, a.g.e., s. 33; Durmuş Tezcan ve M. Ruhan Erdem, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, I. Baskı, İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2000, s. 155); Ahmet Sezer, **5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu**, **CHD**, Yıl 2, sy. 1, 2007, s. 40.

⁸⁴⁴ Özgenç, **Zimmet**, s. 25; İzzet Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 142; Artuk, M. Emin ve diğerleri, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 936; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 889-890 ve 893.

⁸⁴⁵ Tezcan/Erdem/Önok daha sonraki bir basıda burada hukuka uygunluğu aslında varsayılan rızadan ziyade fiilin toplumsal uygunluğunun sağladığını ileri sürmüştür. (bkz. Durmuş Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 985; karşı. Tezcan ve Erdem, **Ceza Özel Hukuku**, s. 155.); Halid Özkan, **Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 76.

⁸⁴⁶ Selçuk, “Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu”, s. 799.

Varsayılan rızadan hareket eden görüş, malın kamu görevlisince zimmete geçirilmesinde idarenin rızası olduğu varsayımından hareket etmektedir. Dolayısıyla bu tür bir fiil hukuka uygun olacaktır. Belirtmek gerekir ki bu görüşü savunanlar burada bahsedilen rızanın hukuki dayanağından da bahsetmemektedir.⁸⁴⁷ Ancak bu görüş rıza kurumunun yapısına aykırıdır. Nitekim rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabulü ancak bu suçla korunan hukuki değer üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilir bir değer ve rıza gösterinin de rıza göstermeye yetkili olması halinde mümkündür. Burada hem bir bireysel hukuki değer söz konusu olmadığından hukuki değer taşıyıcısı rıza göstermeye yetkili değildir hem de bireysel bir hukuki değer söz konusu değildir.⁸⁴⁸

Doktrinde bu tartışmaya ilişkin diğer bir görüş olarak örf ve âdet gereği hukuka aykırılığın ortadan kalkması ileri sürülmüştür. Bu düşüncüyü savunan yazar diğer taraftan hukuka aykırılık bilincinin bulunmadığı dolayısıyla kastının söz konusu olamadığının da düşünülebileceğini ileri sürmüştür.⁸⁴⁹ Bu düşünceye örf ve âdetin bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceği ve dolayısıyla yapılan fiilin hukuka aykırı olduğu eleştirisi getirilmiştir.⁸⁵⁰ Burada savunulan diğer bir görüş olan hukuka aykırılık bilincinin bulunmaması nedeniyle kastının ortadan kalkması da eleştirilmiştir. Buna göre hukuka aykırılık bilincinin olmadığı kabul edilse dahi kastını ortadan kaldırmadığı haklı olarak ileri sürülmüştür.

Diğer bir görüşe göre müsamaha edilen zimmet adı verilen örneklerde bu tür tasarrufların hoşgörü ile karşılanabileceği savunulmuştur. Ancak yine de bu tür fiiller esasen bir haksızlık teşkil etmekle birlikte bu fiilin tasvip edilmeyen fiiller olduğu ve haksızlık içeriğinin cezaya layık boyutta olmadığı belirtilmiştir.⁸⁵¹

Bu fiillerin cezalandırılmamasının nedeninin toplumsal uygun fiiller olduğu da kabul edilmiştir. Buna göre hayatın akışı içerisinde toplumun uygun gördüğü ve hukuk

⁸⁴⁷ Özgenç, **Zimmet Suçu**, s. 23-24.

⁸⁴⁸ Aynı yönde bkz. Durmuş Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 985; Özgenç, **Zimmet Suçu**, s. 24; Halid Özkan, **Zimmet Suçu**, s. 75.

⁸⁴⁹ Önder, **Özel Hükümler**, s. 107.

⁸⁵⁰ Özgenç, **Zimmet**, s. 24.

⁸⁵¹ Özgenç, **Zimmet**, s. 25; Artuk, M. Emin ve diğerleri, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 936; Koca ve Üzülmüş, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 889-890.

düzeninin süreci içinde olağan karşılanan hareketler içine bu tür zimmet fiilleri de girmektedir.⁸⁵²

Doktrinde önemli bir görüş ise *Selçuk* tarafından ileri sürülmüştür. Yazar suçların hukuki değerleri zarar ya da tehlike anlamında ihlalini önleme amacına atıfta bulunarak ihlalin varlığı için suçun yalnızca şekli, nitelik bakımından ele alınması yeterli olmayıp diğer taraftan suçu maddi, nicelik bakımından da incelenmesi gerektiğini söylemiştir. Nitekim cezalandırma ancak bu şekilde haklılık kazanabilecektir.⁸⁵³ Yazar ekonomik değeri önemsiz bir nesnenin özel işlerde kullanılmasının hoşgörüsü sınırları içerisinde kalacağından bahisle zimmet suçunu oluşturmayaacağını söylemiştir.⁸⁵⁴

Esasen bu tür fiiller amaçsal ve ceza hukukunun genel ilkeleriyle uyumlu bir yorumla tipikliğin dışında tutulabilir. Bu tür fiillerle zimmet suçunda kamunun idaresi hukuki değeri ihlal edilmekle birlikte bu ihlal belirli bir yoğunluğa ulaşmadığı için cezaya layık bir fiil söz konusu olmayıp görünüşte tipik bir fiil meydana gelmiştir. Bu nedenle yukarıda verilen örneklerde bir “müsamaha” olduğundan bahsetmek yanlış olup görünüşte zimmet fiilleri olarak adlandırmak yanlış anlaşılmanın önüne geçecektir. Gerçekten de haksızlık içeriği çok az olan görünüşte tipik zimmet fiilleri kanun koyucunun zimmet suçuyla cezalandırmayı amaçladığı fiillerin kapsamı dışında kalmaktadır. Aynı gerekçelerle kullanma zimmetinin oluşmadığı sonucuna varmak da mümkün görünmektedir.

3.2.1.2.4. Rüşvet ve Yarar Kabul Etme Suçu

TCK m. 252 ile benzer olarak StGB m. 331⁸⁵⁵ ve devamında düzenlenen suçlar bakımından da suçun konusunun ekonomik değerinin çok az olması hususunda daha önce de toplumsal uygunluk konusunda değindiğimiz üzere m. 331’in tipikliğinin gerçekleşmediği yönünde görüşler bildirilmiştir. Bu nedenle burada ayrıca kapsamlı bir

⁸⁵² Halid Özkan, **Zimmet Suçu**, s. 76.

⁸⁵³ Selçuk, “Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu”, s. 799.

⁸⁵⁴ Selçuk, “Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu”, s. 799-800.

⁸⁵⁵ **StGB m. 332/1**: Bir kamu görevlisi veya kamu hizmeti için özel olarak görevlendirilen bir kişi, hizmet görevini ihlal ederek, yaptığı veya ileride yapacağı ve göreve ilişkin bir işlemin karşılığı olarak, kendisi veya üçüncü bir kişi için, bir yarar talep eder, vaat ettirir veya alırsa, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Hafif hallerde üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası verilir. Bu suça teşebbüs cezalandırılır.

tekrara düşmemek için değerlendirme yapılmayacaktır. Ancak değerlendirilmesi gereken bir durum daha vardır ki bu da ilgili suç tipinin hukuki konusunun miktarıdır. Elbette burada bir sınırın çizilmesi gerekmektedir. Ancak bu sınır kanun koyucu bakımından belirlenmemelidir. Burada çizilecek sınır doktrin ve özellikle uygulamaya bırakılmalıdır.

Bu suçlar bakımından değinilmesi gereken diğer bir önemli nokta ise elde edilen menfaat ile bunun karşılığında kamu görevlisi tarafından yerine getirilen görevdir. Bu görev ve menfaat arasında bir haksızlık bağlantısının bulunması gerekir.⁸⁵⁶ Elbette buradaki menfaatin yapılan görev karşılığında olması gerekir. Literatürde buna haksızlık anlaşması da denilmektedir.⁸⁵⁷

Bu suçlar bakımından Alman Hukukunda doktrin ekonomik değere ilişkin birtakım maddi sınırlar getirmeye çalışmıştır. Buna göre getirilen meblağlar 30 ila 50 Avro arasında değişmektedir.⁸⁵⁸ Ancak daha önce de değindiğimiz gibi burada belli birtakım meblağ belirtmekten kaçınarak somut olayda tüm özellikle göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılması daha uygun olur.⁸⁵⁹

Alman Hukukunda kamu görevlisinin yarar sağlamasına ilişkin düşünceler böyleyken, Türk hukuku bakımından da rüşvet suçunun konusunu “*ekonomik değeri haiz olmayan*” şeyler oluşturduğu takdirde bunun rüşvet suçunu oluşturmayacağı ileri sürülmüştür.⁸⁶⁰ Örnek olarak ise sigara ve gazozun belirli bir işin yapılması için verilmesi gösterilmiştir. Ancak bu görüş doktrinde eleştirilmiş, aslında bu gibi durumlarda suçun konusunun ekonomik değerinin olduğu savunulmuştur. Diğer taraftan bu gibi şeylerin ekonomik değeri nispeten az olduğu için, rüşvet suçunun diğer unsurlarının da gerçekleşmesi halinde, bu gibi durumlarda rüşvet alma suçunun olduğu ileri sürülmüştür. Ancak Özgenç, haklı olarak suçun konusunu oluşturan şeyin değerinin az olmasının, fiilin ifade ettiği haksızlığın cezalandırmayı gerektirecek boyutta olmamasıyla

⁸⁵⁶ Thomas Fischer, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, 57. Bası, München: Verlag C.H.Beck, 2010, s. 2337, §331, kn. 25.

⁸⁵⁷ Örneğin BGH 1 StR 260/08, T. 14.9.2008.

⁸⁵⁸ Fischer, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, § 331 Kn. 26a; Heine/Eisele in Schönke/Schröder, StGB Kommentar, § 331 Kn. 40.

⁸⁵⁹ Nitekim uygulamada da benzer şekilde Claassen olayında 50 Avro’yu açıkça aşan miktar toplumsal uygun kabul edilerek haksızlık bağlantısı olmadığı ileri sürülmüştür (BGH 1 StR 260/08, T. 14.9.2008, LG Karlsruhe)

⁸⁶⁰ Erman ve Özek, a.g.e., s. 99.

sonuçlanabileceğinin de altını çizmiştir.⁸⁶¹ Yazarın burada ekonomik değerin olmamasına dair çizdiği sınırın olabildiğince aşağıya çekmesi dikkate değerdir. Ayrıca değinmek gerekir ki yazar 765 sayılı TCK’da düzenlenen rüşvet suçundaki malın değerinin az olması nitelikli halinin tipikliğinin oluştuğuna kanaat getirdiği söylenebilir. Ancak şu an yürürlükte olan 5237 sayılı TCK’da böyle bir nitelikli halin düzenlenmediği de göz ardı edilmemelidir.

Yargıtay ise bir kararında memurun, taşınmazın nakil işlemlerini tamamlayıp tapularını kendilerine verdikten sonra, daireden çıkıp evine giderken, iş sahibinin hediye olarak verdiği yüzüğü ve başka bir tarihte bir taşınmazın satış işlemini bitirip tapusunu verdikten sonra alıcının “*gönlümden koptu*” diyerek masanın üzerine bıraktığı 2000 lirayı almasının suç oluşturmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre, memurun, görevini kanun ve nizamın gösterdiği usul ve esaslar dairesinde yapıp bitirdikten sonra iş sahiplerinin duydukları memnuniyetin ifadesi olarak verdikleri hediye ve parayı alması eylemi suç oluşturmayıp, ancak disiplin hükümlerinin ihlali niteliğindedir.⁸⁶² Doktrinde bu kararla ilgili olarak aslında burada eylemin 765 sayılı TCK’da yer alan “*yapmak zorunda olduğu işi yapmak için rüşvet alma*” suçunun tipikliğine uymadığı ileri sürülmüştür. Diğer taraftan da gerek alınan menfaatin zamansal olarak *işin bitirilmesinden sonra* alınması yani aslında bir rüşvet anlaşmasının bulunmaması, gerek ise bunların hediye olarak kabulü ve gerekse miktarın azlığı dolayısıyla eylem suç olarak kabul edilmemiş bulunmaktadır.⁸⁶³ Dolayısıyla somut olayda herhangi bir şekilde ekonomik önemsizlik değil suçun unsurlarının lafzi dahi olsa oluşmaması söz konusudur.

İtalyan Yargıtay’ı da 27.01.1930 tarihli bir kararında “*Bir adliye zabıt kâtibinin pek az değerde meyve ve yumurta gibi hediyeler kabul etmesi saygın bir hareket değilse de bunların ekonomik değerlerinin azlığı ile görevin önemi karşılaştırıldığında, fiil rüşvet değil bir teşekkür ifadesini oluşturur*” demiştir.⁸⁶⁴ Burada aslında İtalyan Yargıtay’ının rüşvet suçunun tipikliğini sınırlandırarak ekonomik değeri çok az olan hediyelerin rüşvet suçunu oluşturmadığı yorumunu yaptığı görülebilir.

⁸⁶¹ Özgenç, **Ekonomik Çıkar**, s. 196, dn. 9; aynı yönde bkz. Artuk, M. Emin ve diğerleri, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1085.

⁸⁶² 5. CD, T. 30.04.1987, E. 4612/1987, K. 2622/1987.

⁸⁶³ Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 86.

⁸⁶⁴ Karar için bkz. Erman ve Özek, a.g.e., s. 99, dn. 7.

TCK m. 252'nin tipikliğinde yer alan menfaat sağlama unsurunun konusu önemsiz ise rüşvet suçunun gerçek anlamda oluştuğu söylenemez. Bu nedenle rüşvet suçunun konusu bu suçu oluşturacak değerde olmalıdır. Elbette suçun konusunun değerinin önemsiz olması rüşvet suçunu oluşturmaya da burada rüşvet alan ya da verenin gerek disiplin hukuku gerekse de medeni hukuka göre sorumluluğuna gitmek mümkündür.

3.2.1.2.5. Yağma Suçu

Almanya'da gerçekleşen bir olayda, bir rock grubunun başı olan yirmi yaşındaki H, aynı gruptan yirmi arkadaşıyla hukuka aykırı olarak bir partinin yapıldığı gençlik evinin kilerine girmiştir. Grup tehditkâr bir duruşla bira istemiş, çalışan ise dayak yemek korkusuyla grup üyelerine birer şişe bira veya kola vermiş ve karşılığında elbette bir ücret alamamıştır.⁸⁶⁵ Yine Almanya'da gerçekleşen başka bir olayda sanık manavın önünden geçerken cesaretini kanıtlamak için dükkânın önünde duran kasadan daha sonra yemek için iki adet elma almıştır. Dükkân sahibinin kardeşi B. ise bu durumu görmüş, onu takip etmiş ve onunla konuşmuştur. Çalınan elmaları geri alma çabası sonuçsuz kalmıştır. Daha çok B'nin, sanığın üzerini arama isteği kavgaya dönüşmüştür.⁸⁶⁶ Yargıtay'ın önüne gelen bir dosyada tiner bağımlısı olan sanığın olay günü mağdurun işyerine gelerek kendisinden bir şişe tiner istediği, mağdurun kendisine tiner vermemesi üzerine sanığın sinkaflı şekilde küfrederek mağduru yumrukla darp ettiği ve daha sonra bıçak çekerek mağdurun üzerine yürüdüğü, ancak tanığın müdahalesiyle sanık bir şey alamadan uzaklaşmıştır.⁸⁶⁷

Örnek olarak verilen ilk iki olayda mahkemeler suçun konusunun 0.70 alman markı değerini aştığı için yağma suçunun oluştuğunu kabul etmiştir. Son örnekte ise Yargıtay yağma suçunun oluştuğunu kabul etmiş ancak TCK m. 150/2'de yer alan suçun konusunun değeri az olduğundan bahisle ceza indiriminin uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür.

Yağma tipikliğinin yorumu özellikle TCK m. 148'in yaptırım miktarları göz önünde tutulduğunda ayrı bir önem arz etmektedir. Burada suçun her unsurunun gerçekleşen somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Özellikle yağma suçunun

⁸⁶⁵ Bielefeld Eyalet Mahkemesinin 31.3.1969 tarihli yayımlanmamış kararı için bkz. Björn Burkhardt, "Gewaltanwendung bei Vermögensdelikten mit Bagatellcharakter", *JZ*, sy. 28, 1973, s. 110.

⁸⁶⁶ BGH, 26.06.1952, 5 StR 517/52.

⁸⁶⁷ 6. CD. E. 2013/30211, K. 2016/2643, T. 01.03.2016.

koruduğu hukuki değerler göz önünde bulundurulmalı ve buna göre suç tipi yorumlanmalıdır. Bu suçla korunan hukuki değere ilişkin birçok görüş ileri sürülmekle birlikte konunun dağılmaması için tartışmalara girmeksizin yağma suçunun koruduğu hukuki değerleri zilyetlik ve mülkiyet ile bireyin özgürlüğü olarak kabul etmek yerinde olacaktır.⁸⁶⁸

Yağma suçunun hırsızlık suçu ve cebir veya tehdit suçlarının bir araya gelmesiyle oluşan bir suç olduğu ve böylece klasik bir bileşik suç örneği gösterdiği doktrinde öne sürülmüştür.⁸⁶⁹ Yağma suçunun bileşik suç olarak kabul edildiği ve yukarıdaki başlıkta da açıklanan şekli olarak tipikliğin gerçekleştiği hırsızlığın, maddi anlamda hırsızlık suçu olarak kabul edilemeyeceği hallerde yağma suçunun oluşup oluşmadığı tartışılmalıdır.

Yağma suçunda alınan veya alınmasına karşı konulan hukuki konunun değeri, fiilin belirli bir haksızlık içeriğine ulaşmasını engelleyebilir. Tıpkı diğer suçlarda da yapıldığı gibi burada da *ratio legis* yorumu ile kanunun bu suç tipi ile cezalandırmak istediği fiiller bu fiiller değildir. Ancak önemsiz hırsızlık fiillerinde olduğu gibi burada failin hiçbir sorumluluğu olmadığından bahsedilemeyecektir. Nitekim bu suç hem hırsızlık ve cebir veya tehdit suçundan oluşan bir bileşik suç kabul edilmektedir, hem de koruğu hukuki değer yalnız mülkiyet veya malvarlığı hukuki değeri olmayıp bunun yanında kişinin özgürlüğünü de korumaktadır. Malvarlığı veya mülkiyet hukuki değerin ihlali belirli bir boyuta ya da ağırlığa ulaşmadığı bu durumlarda artık yağma suçunun oluştuğundan da bahsedilemez. Esasen burada cebir veya tehdit suçlarının oluştuğu kabul edilmelidir. Örneğin on kuruşun kişinin tehdit edilerek alınması halinde gerçekleşen suç tipi yağma değil tehdit suçu olacaktır.

Yağma suçundaki müdahalenin de belirli bir yoğunluğunun oluşması gerekir. Nitekim vücut bütünlüğüne yönelik önemsiz derecede (örneğin itme) hafif bir yaralama tipik bir saldırı olarak değerlendirilemeyecektir. Keza tehdidin de belli bir seviyede olsa da çok hafif bir kötülük içermesi tipik hareket olarak değerlendirilemeyecektir.⁸⁷⁰ Hatta

⁸⁶⁸ Özbek ve diğerleri, **Özel Hükümler**, s. 623; Durmuş Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 658; Murat Demiç, **Yağma Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE, Ankara, 2014, s. 10-11.

⁸⁶⁹ Özbek ve diğerleri, **Özel Hükümler** s. 622; Durmuş Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 658; Demiç, a.g.e., s. 10

⁸⁷⁰ Wolfgang Mitsch, **Strafrecht Besonderer Teil 2**, Berlin Heidelberg: Springer Verlag, 2001, s. 68.

doktrinde cebrin yaralama tipikliğine uygun olsa dahi yağmayı gerçekleştirecek ölçüye ulaşması gerektiği söylenmiştir. Dolayısıyla tek bir tokat yağma suçu için cebrin oluştuğunu kabule yetmeyecektir.⁸⁷¹

Ayrıca belirtmek gerekir ki malın değerinin önemsiz olduğu görünüşte tipik yağma suçlarında teşebbüs kurumuna da gidilemez. Nitekim her ne kadar hukuki konu kişinin özgürlüğü⁸⁷² bakımından mevcut ise de suçun hukuken üzerinde gerçekleştirildiği bir “mal” mevcut değildir. Dolayısıyla bir “elverişsiz teşebbüs” hali söz konusudur.

3.2.1.3. Değerlendirme

Hareket objesinin ekonomik değerinin bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Burada şöyle bir değerlendirme önerilebilir: İlk olarak hukuki konunun ekonomik değerinin olup olmadığı, ikinci olarak hukuki konunun ekonomik değerinin az veya çok olması değerlendirilir.

Dolayısıyla değerlendirme yapılırken önce suçun hukuki konusunun değerinin olup olmadığı hususunda bir soru sorulmalıdır. Bu soruya verilecek yanıt olumsuz ise zaten suçun hukuki konusu bulunmadığından herhangi bir suçun oluştuğundan bahsedilemeyecektir. Belirtmek gerekir ki burada yapılan değerlendirme alelade ve lafzi bir değerlendirmedir. Ancak bu soruya verilen yanıt olumlu ise bu kez başka bir soru sorulacaktır. Bu soru eşyanın değerinin hukuki anlamda var olup olmadığı sorusudur. İşte burada yapılan hukuki bir değerlendirme (*Ultima ratio, minima non curat praetor* ilkeleri ve *ratio legis* değerlendirmesi gibi) olacaktır. Yanıt olumsuz ise yine bir suçun oluştuğundan bahsedilemeyecektir.

Suçun hukuki konusunun ekonomik değerinin hukuken olup olmadığına verilen yanıt olumlu ise bu durumda diğer unsurların da varlığı halinde bir suçun tekemmülü söz konusu olabilecektir. Buradaki lafzi ve hukuki değerlendirmenin ayrı ayrı yapılmasının temelinde özellikle uygulamada bu iki değerlendirmenin birbirine karıştırılması

⁸⁷¹ Karl Heinz Gössel, **Strafrecht Besonderer Teil Bd. II**, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1996, s. 211-212.

⁸⁷² Burada suçun hukuki konusunun sadece mal olduğu ileri sürülmektedir. (Özbek ve diğerleri, **Özel Hükümler**, s. 624; Demiç, a.g.e., s. 13) Ancak bu suçun hukuki konusu sadece mal olmayıp ayrıca birey de suçun hukuki konusu olabilmektedir.

yatmaktadır. Bu aşamada (yani eşyanın hukuki anlamda değerinin olduğunun kabulü aşamasında) eşyanın ekonomik değerinin az veya çok olması tartışılacaktır. Buradaki değerlendirme ise şayet böyle bir tipiklik varsa (örneğin TCK m. 145'te olduğu gibi) o tipikliğin oluştuğu söylenebilecektir. Ancak böyle bir tipiklik söz konusu değilse bu durumda bu husus cezanın bireyselleştirilmesinde rol oynayacaktır. Kanunda yer alan “malın değerinin azlığı” “hafif olması” veya “pek hafif olması” düzenlemeleri ile kastedilen hukuki değer ihlalinin yeterli bir boyuta ulaştığı ve oluşan haksızlığın cezaya liyakat sınırının biraz üzerinde olduğu durumlardır. Yani artık bu durumda malın değerinin “var” olduğu kabul edilecek ancak bu değer “az” olduğu kabul edilecektir. Cezalandırılmaması gereken görünüşte tipik fiiller bakımından ise malın değerinin “yokluğu” söz konusudur.

3.2.2. Hukuki İhtilaf ve Suç İkilemi

3.2.2.1. Hukuki İhtilaf

Toplumsal yaşamın vazgeçilmezi olan hukuk, toplumu oluşturan bireylerin ilişkilerine daima müdahale etmektedir. Örneğin basit bir alım-satım işleminden karmaşık sözleşmelere, günlük hayatta dikkat çekmeyen davranışlardan geniş çaplı eylemlere kadar her şey hukukun müdahalesiyle karşılaşmaktadır. Müdahale alanı bu kadar geniş olan hukukta bazen bir işlem ya da eylemin hukukun birkaç dalında yansımaları bulması da kaçınılmaz olmaktadır. Sorun ise fiilin bir yansımalarının bir suç tipinde bulunmasıyla başlamaktadır.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda sanığın, tatil yapmak isteyen müşterilere internet üzerinden aracı şirket olarak tatil sattığı, ancak müşterilerden tatil bedeli olarak tahsil ettiği paraları tatil hizmeti veren ilgili otellerin hesaplarına yatırmaması sebebiyle müşterilerin tatil yapamadığı, bu şekilde sanığın nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediğinin iddia edilmiştir. Yüksek mahkeme ise

“sanığın aşamalarda değişmeyen ifadesinde, maddi sıkıntı içine girmesi sebebiyle otel girişlerini yapamaz hale geldiğini belirtip suçlamaları kabul etmemesi, daha sonradan müşterilerin zararının büyük bir kısmını gidermesi, sanığın baştan beri dolandırıcılık kastıyla hareket ettiğine dair savunması aksine delil bulunmaması karşısında, müşteriler ile sanık arasındaki ihtilafın sözleşmeden doğan edimlerin yerine getirilmemesi kapsamında

kalıp hukuki nitelik arz ettiği dikkate alınarak atılı suçlardan sanığın beraatına karar verilmesi”

gerektiğini savunmuştur.⁸⁷³ Yüksek mahkeme burada suçun manevi unsurlarından olan kastın suç tipinde aranan kasta uymadığını ileri sürerek suç tipinin gerçekleşmediğini belirtmiştir.

İşte bugün özellikle Türk uygulamasına bakıldığında çoğunlukla güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçları bakımından Yargıtay kararlarında ve özellikle kovuşturmayaya yer olmadığına dair verilen savcılık kararlarında ihtilafın hukuki ilişkiye dayanması nedeniyle suç oluşmadığı yönünde kararlar verilmektedir.⁸⁷⁴

Burada sorulması gereken ilk soru ceza mahkemesinin konusu oluşturan fiiller ile hukuk mahkemesinin konusu oluşturan fiiller arasında kesin bir çizgi olup olmadığıdır. Özellikle haksız fiil alanına bakıldığında suçların hepsinin haksız fiil olarak kabulü ile gerekli şartlar sağlandığında her suç bakımından geçerli olabilecek bir örneğin tazminat istemi gündeme gelmektedir. Bu haliyle hukuk muhakemesinin konusu oluşturan fiiller ile ceza muhakemesinin konusunu oluşturan fiillerin çakıştığı söylenebilir. Bu iki alan arasında kesin bir çizgi olmadığı kabul edildiğinde ise ikinci soru gündeme gelecektir. Buna göre hukuki ilişkinin olduğu ancak bu ilişkiye taraflardan birinin aykırı davranması halinde yani bir hukuki ihtilaf halinde bu ihtilafın aynı zamanda görünüş olarak bir suç tipine uygun olması durumunda doğrudan ceza hukuku mu gündeme gelecektir? Bu durumda adeta genel bir kalıp haline gelmiş her haksızlık suç değildir, ancak her suç bir haksızlıktır söyleminden hareket etmek gerekir. Bir fiil, örneğin bir sözleşmede üzerine düşen edimleri yerine getirmeme aynı zamanda bir suç tipine görünüş olarak da uyuyorsa burada doğrudan ceza hukukunun müdahale etmesi gerektiği ileri sürülemez. Bu durum ceza hukukunun *ultima ratio* özelliğine aykırı düşecektir.

⁸⁷³ 15. CD, E. 2013/27935, K. 2016/2348, T. 3.3.2016.

⁸⁷⁴ Örnek için bkz. 23. CD, E. 2015/4421, K. 2015/8303, T. 17.12.2015; 15. CD, E. 2013/3678, K. 2014/21842, T. 23.12.2014; 15. CD, E. 2013/4810, K. 2014/20628, T. 08.12.2014; 15. CD, E. 2013/4626, K. 2014/20671, T. 08.12.2014; 15. CD, E. 2013/4183, K. 2014/20202, T. 02.12.2014; 15. CD, E. 2013/6634, K. 2015/239, T. 13.01.2015.

Yine sözleşmeye aykırılık oluşturan fiillerin ceza hukukuna konu olması sözleşmelerin ve özel hukuk ilişkilerinin gelişmesini engelleyebilecektir.⁸⁷⁵ Böylece özel hukukun uygulama alanı daralacak ve bireyler hukuki ilişkilerini yürütürken daima bir ceza yaptırımını tehdidi altında kalacaktır.

3.2.2.2. Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Hilesi

Çoğunlukla hukuki ihtilaf meselesi dolandırıcılık suçunun unsurlarının biri olan hile çerçevesinde şekillenmektedir. Buna göre hilenin belirli bir yoğunluğa ulaşp ulaşmaması gerektiği yönünde tartışmalar yaşanmıştır. Bazı yazarlar dolandırıcılığı oluşturan hile ile diğer hile türlerini ayırıp ve hileler arası yoğunluk farkı olduğuna dikkat çekmişlerdir. Bu tartışmaya göre iki türlü hile olup bunlardan birisi sözleşmeye aykırılık olarak da düşünebileceğimiz özel hukuk hilesi (hukuki hile) diğeri ise dolandırıcılık suçunun eylemini oluşturan ceza hukuku hilesidir.⁸⁷⁶

Peşinen söylemek gerekir ki özellikle Yargıtay'ın cezalandırmak istemediği birçok olayda ileri sürdüğü ilgili suç tipi bakımından kastın bulunmadığı görüşü yersiz ve yetersizdir. Öncelikle ileri sürülen bu değerlendirme ilerde inceleneceği üzere kastın niteliğine ve unsurlarına aykırıdır. Bu tür fiillerde yine değerlendirme suç tipinde yer alan unsurların bulunup bulunmadığı çerçevesinde yapılacaktır. Nasıl ki bir adet sakızın çalınması eylemi hırsızlık suçunda yer alan “mal” unsuruna, ekonomik değerinin hukuki olarak yokluğundan ötürü dâhil olmayıp suç tipinin bu unsurunun bulunmaması nedeniyle gerçek anlamda tipik değildir, burada da aynı şekilde suç tipinde yer alan unsurun gerçek anlamda gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilmedir. Söz gelimi dolandırıcılık suçunda “hile” unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği incelenecektir.

Esas önemli sorun ise bu ayrımın nasıl yapılacağıdır. Söz konusu hilenin dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmadığı yani ceza hukuku anlamında hile olup

⁸⁷⁵ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s. 432.

⁸⁷⁶ Bkz. Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, s. 450 vd.; Selçuk, **Dolandırıcılık**, s. 92 vd.; Soyaslan, **Özel Hükümler**, s. 432-433; Durmuş Tezcan ve diğerleri, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 704; aksi yönde bkz. Mesut Bilen, **Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 2012, s. 108.

olmadığı nasıl tespit edilecektir. Tespite ilişkin birçok görüş ileri sürülmekle birlikte bu görüşleri sübjektif, objektif ve modern görüş başlıkları altında toplamak mümkündür.⁸⁷⁷

Sübjektif görüşlerden birinde hilenin ceza hukukunun aradığı hile olup olmadığını tespit için failin zarar verme kastı ölçü olarak alınmıştır. Buna göre hukuki ve cezai hile ayrımı kanun koyucunun ticari ilişkilere zarar vermemek kaygısıyla sadece basit hile ve kaba yalanların hukuki hile kapsamına gireceği ve bunlar dışında kalan hilelerin ceza hukuku bakımından anlam ifade edeceği ileri sürülmüştür. Diğer bir sübjektif görüş ise cezai hilenin tespiti için çok ağır ve ustalıklı olması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu hilenin ağır ve ustalıklı olup olmadığının da mağdura göre belirleneceği ileri sürülmüştür.⁸⁷⁸ Böylece görüşlerden biri faili esas alırken diğeri mağduru ölçüt olarak esas almıştır.

Objektif görüşler ise hukuki ve cezai hilenin ayrımında yine fail ya da mağdurdan bağımsız birtakım ölçütler getirmişlerdir. Burada yapılan ayırmda zararın giderimi olanağı, hareketin nitelik veya somut neticesi, maddi konunun niteliği, sahneye koyma ya da araç gibi ölçütler rol oynamaktadır.⁸⁷⁹ Türk doktrininde objektif görüşlerden sahneye koyma teorisi taraftar toplamıştır. Örneğin Dönmezer basit yalanın dolandırıcılık suçunu oluşturmayacağını ancak yalanın belirli birtakım şekiller altında yapılması ve kamu düzenini bozacak şekilde olması halinde suç oluşturduğunu ileri sürmüştür.⁸⁸⁰

Modern eğilim ise hukuki ve cezai hile arasındaki ayrımın önemini yitirdiğini söylese de bu ayrımın tamamen ortadan kaldırılamayacağını ve aynı zamanda bu ayrımın yapılmasının zorluğuna dikkat çekmektedir. Bu görüş irade özgürlüğü ile malvarlığına ilişkin varlık ve menfaatlerin korunması birlikte düşünülmesi gerektiğini savunmuştur.⁸⁸¹

Görüşler bu şekilde olmakla birlikte hukuki ve cezai hile arasında bir ayrım yapmak zorunludur. Aksi halde en basit hileler karşılığında bir menfaatin elde edilmesi halinde dolandırıcılık suçunun olduğu kabul edilecektir. Ancak hukuki ilişkiler çerçevesinde herhangi bir hile bile cezai yaptırım altına alınmazsa bu durumda da güvenilir bir hukuki

⁸⁷⁷ Selçuk, **Dolandırıcılık**, s. 94.

⁸⁷⁸ Selçuk, **Dolandırıcılık**, s. 94-95; Bilen, a.g.e., s. 104.

⁸⁷⁹ Ayrıntılı olarak bkz. Selçuk, **Dolandırıcılık**, s. 97-104.

⁸⁸⁰ Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 451-452.

⁸⁸¹ Selçuk, **Dolandırıcılık**, s. 105; Ayhan Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994, s. 370.

ilişki ortamı yaratılamayacaktır.⁸⁸² Bu nedenle her iki hile türü birbirinden ayrılırken cezai hilenin hukuki hileye nazaran daha ağır yoğunlukla olması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır.⁸⁸³ Ancak bu ağırlığın hangi yöntemle birbirinden ayrılacağına dair bir yöntem de geliştirilememiştir.

Bu ayırım yapılırken öncelikle söz konusu hilenin tipiklikte aranan hile olup olmadığı lafzi olarak uyup uymadığı değerlendirilmelidir. Daha sonra ise bu hilenin kaba bir yalan olup olmadığı değerlendirilmelidir. Yine söz konusu yalanın kaba olup olmadığı somut olay ve mağdurun nitelikleri de göz önünde tutularak incelenmesi gereken bir husustur. Buna örnek olarak yasada deneme için geçerli sürenin on gün olmasına rağmen satıcının on beş günlük süre olduğunu söylemesi ve on ikinci gün yapılan iadede yasayı gerekçe göstererek malı iade almaması gösterilebilir. İşte böyle bir olay zuhur ettiğinde ortada dolandırıcılık suçunun oluştuğundan ziyade bir hukuki ihtilaftan bahsedilecektir.

3.2.3. Bireyüstü Hukuki Değerleri Koruyan Suç Tipleri

Suç tipleri daima bireysel hukuki değerleri korumamaktadır. Örneğin topluma karşı suçlar altında düzenlenen suç tiplerinde durum böyledir. Yine bu suç tiplerinin de görünüşte tipikliğinin gerçekleştirilmesi mümkündür. Nitekim yukarıda ayrıntılı olarak incelenen rüşvet ve zimmet suçlarında bu husus ortaya konmuştur. Ancak rüşvet, zimmet, vergi kaçakçılığı gibi suçlar incelenirken bu suçların konusunu teşkil eden ekonomik değerlerin miktarı ön planda tutularak, bu suçların koruduğu hukuki değerlerin ihlal boyutu tespit edilmeye çalışılmıştı. Bu başlık altında ise suçun hukuki konusunun zarara veya tehlikeye düşürülmesi daha çok geri planda kalmaktadır. Bu duruma örnek olarak resmî belgede sahtecilik suçu verilebilir.⁸⁸⁴ Basit bir resmî evrakın imzalanması gereken gün değil de ertesi gün imzalanması ve tarihinin aynı kalması halinde sahte bir belgenin düzenlendiğinden bahsedilebilir. Ancak bu fiile doğrudan ceza hukukunun el atıp fiili TCK m. 204 hükümlerine göre cezalandırması ortaya çıkan haksızlık göz önüne alındığında ölçüsüz olacak ve cezaya layık bir fiil olarak görülemeyecektir. Çünkü burada kamunun

⁸⁸² Nitekim Fransız hukukunda böyle bir eğilim daha önce ortaya çıkmıştır bkz. Selçuk, **Dolandırıcılık**, s. 105.

⁸⁸³ Yani burada nitelik bakımından hukuki hile ile cezai hile arasında bir fark bulunmasa da fark nicelikselidir bkz. Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, s. 370; Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, s. 454.

⁸⁸⁴ Köhler, **Strafrecht AT**, s. 29.

belgeye duyduğu güven cezalandırmayı gerektirecek ölçüde ihlal edilmemiştir. Ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak ceza hukukunun olaya el atmasından önce disiplin hukukunun öncelikli uygulama alanı bulması gerekmektedir.

Bugün Alman Ceza Hukuku doktrinde genel olarak kabul gören görüş rızanın ancak üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulabilen bireysel hukuki değerlerin hakkında geçerli olabileceğidir. Bu nedenle bireylere ait olarak görülmeyen özellikle topluma ait hukuki değerler olarak sınıflandırılan hukuki değerler söz konusu olduğunda rıza geçerli sayılmamaktadır. Yine tüm bireysel hukuki değerler bakımından aşağıda da görüleceği üzere rıza bir hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza çıkamayacaktır. Öyle ki birtakım bireysel hukuki değerler bakımından bireye tasarruf yetkisi verildiği düşünülse de bu değerlerin korunması bakımından devlete özel bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu türde bir hukuki değere verilen en klasik örnek yaşamdır. Yaşam hakkı çok değerli ve bu hakkın ihlali geri döndürülemez sonuçlar ortaya çıkardığı için hukuk düzeni bireyin yaşamının başkası ellerine bırakılmasına göz yummamıştır.⁸⁸⁵

Burada bu konuyla benzer olmakla birlikte farklı bir soru akla gelebilir: Şayet bir suç birden fazla hukuki değeri koruyor ve korunan hukuki değerlerden bir kısmı toplumsal hukuki değer ve bir kısmı ise bireysel hukuki değer ise bireysel hukuki değerlere yönelik verilen etkili rızanın rolü ne olacaktır?

Doktrinde *Schaper* bireye ait hukuki değerler ile topluma ait hukuki değerler ayırımında yola çıkarak topluma ait hukuki değerlerin korunduğu suçlarda rızanın varlığının bu değerlerin ihlalini hukuka uygun hale getirmeyeceğini savunmuştur. Buna göre rıza bireysel hukuki değerlerin tümü açısından hukuka uygunluk yaratamaz ve bu suçta bireye ait olmakla beraber toplum bakımından değerli kabul edilen, devletin korunması ile yükümlü olduğu bireysel hukuki değerlerde asla cezasızlık söz konusu olamayıp yalnızca cezayı azaltan bir sebep olarak ortaya çıkacağını söylemiştir. Buna örnek olarak ise talep üzerine öldürme (StGB m. 216) suçunu göstermiştir.⁸⁸⁶

⁸⁸⁵ Jürgen Baumann ve diğerleri, *Strafrecht AT*, s. 394, Kn. 99.

⁸⁸⁶ Aktaran Richard Honig, *Die Einwilligung des Verletzten Teil I Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage*, Leipzig: J. Bensheimer, 1919, s. 15.

Sternberg-Lieben üzerinde tasarruf edilebilen ve üzerinde tasarruf edilemeyen hukuki değerlerin korunmasından bahsederken (*Kumulativer Schutz eines disponiblen und eines indisponiblen Rechtsguts*) bir kısmı bireyin üzerinde serbestçe tasarruf edemediği üçüncü kişilerin hukuki değerlerinin de korunduğu birden fazla hukuki değeri koruyan suça yönelik rıza halinden bahsetmiştir.⁸⁸⁷ Bireysel hukuki değerle birleşik, üzerinde tasarruf edilemeyen bir hukuki değer bulunduğ u bir durumda hukuki değ er sahibinin rıza göstermesi halinde, yapılan ihlalden doğ an genel haksızlığ ın, rızanın cezalandırmayı gerektirmeme özelliğini ortaya çıkaracak kadar azaltır ve kalan haksızlık için de bir hüküm kurulmasını önlemesi düşünülebilir.⁸⁸⁸ Ancak bu düşünce ilk olarak *Baumann/Weber/Mitsch* tarafından ortaya atılmıştır.

Baumann/Weber/Mitsch göre bireysel ve birey-üstü hukuki değ erlerin oluşturduğ u tipik haksızlık öncelikle bireysel hakkın hukuka uygun kılınmayan ihlali ile gerçekleşir. Ancak tipiklikte korunan hakların bir kısmı bireysel karakter taşıdığı için burada verilen rıza hukuka uygunluk nedeni ortaya koyabilir. Burada hukuki değ erlere rıza verilmesiyle haksızlığ ın bir kısmı ortadan kalkar. Kalan haksızlık ise bir hüküm kurmaya yetmeyecektir. Böylelikle burada rıza hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkabilecektir.⁸⁸⁹ Yazarlar burada Al. CK m. 164⁸⁹⁰, m. 315c⁸⁹¹ ve m. 340⁸⁹²'ı söz konusu

⁸⁸⁷ Detlev Sternberg-Lieben, **Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht**, Tübingen: J.C.B. Mohr Siebeck, 1997, s. 98 vd.

⁸⁸⁸ Sternberg-Lieben, **Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht**, s. 98.

⁸⁸⁹ Jürgen Baumann ve diğ erleri, **Strafrecht AT**, Kn. 99, s. 394.

⁸⁹⁰ **Madde 164 - İftira:**

(1) Her kim, diğ er bir kişi hakkında, resmî bir makam tarafından bir muhakeme yapılmasını veya tedbir uygulanmasını sağlamak veya bunları sürdürmek maksadıyla, bir makam önünde veya suç ihbarını kabul etmeye yetkili kılınmış olan kamu görevlisine veya askeri amire veya alenen, doğ ru olmadığını bilerek, baş ka bir kişinin hukuka aykırı bir fiil iş lediğ i veya bir hizmet yükümlüğ ünü yerine getirmediğ i hususunda isnatta bulunursa, beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Her kim, aynı maksat ile diğ er bir kişi hakkında, resmî bir makam tarafından bir muhakeme yürütölmesini veya tedbir uygulanmasını sağlamaya veya bunları sürdürmeye elverişli bir şekilde, gerçek olmadığını bilerek, sair olgular iç eren iddiaları birinci fıkrada tanımlanan mercilere bildirir veya alenen ileri sürerse, aynı şekilde cezalandırılır.

⁸⁹¹ **Madde 315c - Karayolundaki trafiğ i tehlikeye düşürme:**

(1) Her kim,

1.

a) alkol iç eren bir içecek içmiş olduğ u veya sair sarhoş edici maddeler kullanması nedeniyle veya

b) ruhsal veya bedensel engeli nedeniyle,

bir taşıtı güvenli olarak kullanacak durumda olmamasına rağmen, karayolu trafiğ inde bir aracı kullanır, veya

2. trafik kurallarına ağır bir şekilde aykırılık teşkil edecek biçimde ve baş kalarının durumunu göz önüne almaksızın,

a) yol üstünlüğ ü hakkına riayet etmez,

b) hatalı sollama yapar veya sollama sırasında sair kurala aykırılıklar yapar,

c) yaya geçitlerinde kuralları uymaz,

suç tipleri olarak belirtmiştir. Daha sonra *Sternberg-Lieben* Al. CK m. 109h⁸⁹³ ve *MutterschutzG*⁸⁹⁴ m.21/1 No. I, III'ü⁸⁹⁵ de bu tür suç tiplerine örnek olarak eklemiştir.

Hukuka uygunluk daha önce de açıklandığı üzere derecelendirilebilir bir yapıya sahip değildir.⁸⁹⁶ Bu nedenle rızayı genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiğimizde yapılan davranışa yönelik rıza tipik hareketi her zaman hukuka uygun hale getirmeyecektir. Bunun mümkün olması ancak üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir bir hukuki değerin olması ve bu hukuki değeri koruyan suç tipinin yalnızca doktrinde bireysel hukuki değerler olarak da adlandırılan üzerinde bireyin serbestçe tasarrufta bulunabileceği hukuki değerleri koruması gerekir. Bu tür bireysel değerler dışında herhangi bir değeri yani üzerinde tasarrufta bulunamayan bir değeri ayrıca koruyan suç tiplerinde rıza kural olarak bir hukuka uygunluk sebebi olarak görülemeyecektir. Ancak bu tür suç tiplerinde verilen rıza her ne kadar fiili hukuka uygun hale getirmese de o fiilin gerçekleştirdiği suçun içerdiği haksızlık içeriği ile rıza verildiğinde gerçekleşen haksız içeriği aynı oranda olmayacağı aşikârdır. Şayet somut olayda gerçekleşen haksızlık içeriği hâkimin yorumuna

d) ilerisi görülmeyen yerlerde, kavşaklarda, tali yoldan ana yola çıkışlarda veya demir yolu geçişlerinde aracını çok hızlı sürerse,

e) ilerisi görülmeyen yerlerde yolun sağ şeridinden gitmezse,

f) oto yollarda veya bölünmüş yollarda dönüş yapar, geri geri gider veya sürüş yönünün ters yönünde ilerler veya bunlara teşebbüs eder veya

g) trafik güvenliği açısından gerekli olmasına rağmen, duran veya hareketsiz kalan araçları yeterli uzaklıktan algılanabilecek bir şekilde işaretlemez,

ve bu şekilde diğer bir insanın vücudu veya hayatı açısından tehlike yaratır veya önemli değer taşıyan, başkasına ait eşyayı tehlikeye düşürürse, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkranın 1 numaralı bendine giren hallerde, teşebbüs cezalandırılır.

(3) Birinci fıkraya giren hallerde,

1. tehlikeye taksirle sebebiyet veren veya

2. taksirli davranışta bulunan ve tehlikenin doğmasına taksirli olarak sebebiyet veren kişi,

iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

⁸⁹² **Madde 340 - Görev sırasında yaralama:**

(1) Görevini yerine getirirken veya görevi ile ilişkili olarak bir yaralama suçu işleyen veya yaralama suçunu bir başka kişiye işleten bir kamu görevlisi, üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Hafif hallerde ceza, beş yıla kadar hapis cezasıdır.

(2) Bu suça teşebbüs cezalandırılır.

(3) Birinci fıkranın birinci cümlesindeki suçlarda, 224 ila 229 maddeler kıyasen uygulanır.

⁸⁹³ **Madde 109h - Yabancı bir gücün askerî hizmeti yapması için kazanma:**

(1) Her kim bir Alman vatandaşını yabancı bir güç lehine askerî bir kuruluş veya benzer bir kuruluştaki askerî hizmeti yapması için kazanır veya kazanmaya çalışan kişilere götürürse veya böyle bir kuruluştaki askerî hizmeti yapmak üzere, o kuruluşa götürürse, üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suça teşebbüs cezalandırılır.

⁸⁹⁴ **Annenin Koruması Kanunu**

⁸⁹⁵ Söz konusu madde birtakım düzenlemelere atıf yaparak bunları ceza tehdidiyle karşılamıştır. Buna göre işverenin cezalandırılmasıyla hem hamile kadın hem de çocuğu korunmaya çalışılmıştır. Tabi burada cezalandırılmanın gerçekleşmesi için çalıştırma yasağına aykırı davranarak kadının sağlığının tehlikeye girmesi aranmıştır.

⁸⁹⁶ Bkz. Haksızlığın Dereceleri

göre artık cezalandırılmayı gerektirecek seviyenin altında kalırsa fiil cezalandırılmayacaktır. Burada ileri sürülen görüş *Baumann/Weber/Mitsch'in*⁸⁹⁷ görüşünden farklı olarak ortada bir hukuka uygunluktan ziyade, bir önemsiz haksızlığın meydana geldiğidir.

Kural, üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunulamayan bir hukuki değeri koruyan tipik fiilde rızanın geçerli olmamasıyla birlikte bu husus mutlak olarak karşımıza çıkmaz. Nitekim doktrinde tipikliği ortadan kaldıran rıza (*Einverständnis*) olarak tanımlanan, rızanın suçun kanuni tipinde bir unsur olarak yer aldığı rıza türünde ilgili tipik fiile yönelik rıza verilmesi halinde bu durum bir hukuka uygunluk nedeni yaratmayıp söz konusu tipikliği ortadan kaldıracaktır. Böyle bir durumda ise zaten tipiklik oluşmayacağı için hukuka aykırılığa başvurulması gerekmeyecektir. Yine böyle bir durumda zaten tipiklik gerçekleşmediği için diğer unsurlara da bakılmayıp önemsiz haksızlık tartışmasına girmeye de gerek kalmayacaktır. Bu türde bir suç tipine örnek olarak TCK m.245'te düzenlenen banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu gösterilebilir. Gerçekten de bu suç topluma karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş ancak aynı zamanda malvarlığı hukuki değerini koruyan bir suç olarak da karşımıza çıkmaktadır. Yani suç hem malvarlığı hukuki değerini hem de ticari yaşamın ve bankacılık sisteminin güvenilirliğini korumakta olup bu nedenle hem üzerinde tasarruf edilebilen hem de edilemeyen hukuki değerler bu suçta bir arada bulunmaktadır.⁸⁹⁸

⁸⁹⁷ Jürgen Baumann ve diğerleri, *Strafrecht AT*, Kn. 99, s. 394.

⁸⁹⁸ Özbek ve diğerleri, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 944-945.

SONUÇ

Önemsizlik, tipiklik unsurlarını oluşturan kavramların birçok anlama sahip olup bu kavramların kapsamına hangi davranışların girip hangi suç tipine girmediğini gerekçelendirmektedir. Ancak ekstrem somut olaylarda ortaya çıkan bu haller kendini haksızlık içeriğinin yetersizliğinde belli eder.

Sosyal bilimler alanı, pozitif bilimler gibi iki artı ikinin daima dört etmediği, denkleminde birçok değişkeni bulunduran bir alandır. Nitekim ceza hukukunda da pozitif bilimlerdeki gibi bir denklem geliştirilip daha sonra bu denklemin her zaman adalete eşit olamayacağı görülmüştür. Bu ise ceza hukukunda doktrini yeni arayışlara yönlendirmiştir. İşte bütün bu arayışlar denklemin kurulması ve bu denkleme önemsizliğin eklenerek adaleti sağlayıp sağlamadığını değerlendirmeyi ortaya koymuştur. Nitekim sosyal gerçeklik çok başkadır.

Suç kavramı sadece anatomik bir yapı olarak incelenip şekli olarak tipiklik, hukuka aykırılık gibi unsurların meydana getirdiği bir yapı değildir. Bu kavramın aynı zamanda maddi bir içeriğinin de bulunması gerekmektedir. Benzetme yapmak gerekirse, şekli anlamda suç, suçun bedenini oluştururken, maddi anlamda suç ona ruhunu vermektedir. Böylece suç denen kavram şekli ve içi boş bir kavram olmaktan çıkabilir. Diğer bir ifade ile önemsiz ölçüde haksızlık oluşturan ve böylece maddi bakımdan suç oluşturmayan davranışların cezalandırılması, ölçülülük ilkesinin unsurları olan cezanın orantılılığı ile cezanın gerekliliğini ihlal edecektir.

Önemsizliğin kavranması ancak kendisiyle sıkı bir ilişki içinde bulunduğu kanunilik ilkesinin gelişim süreci göz önünde bulundurularak mümkündür. Kanunilik ilkesi, bu ilkenin ortaya çıkış süreci gelişim ve evrim aşamaları bilindiği sürece önemsizlik anlaşılabilecektir. Bu nedenledir ki önemsizliğin kanunilik ilkesi ile paralel görülebilecek bir gelişim sürecinin olduğu düşünülebilir. Nitekim kanunilik ilkesi ile şekli haksızlığın tespit edilebileceği normların oluşumu sağlanmıştır. Diğer taraftan kanunilik ilkesinin

getiriliş amacı olan keyfi cezalandırmanın önüne geçilmesi düşüncesi ile ilk başta yorum yasaklansa da sonradan bu düşünce terkedilerek, suç tiplerinin yoruma muhtaç olduğu kabul edilmiştir. Kanunilik ilkesi lafza uyan her türlü davranışı cezalandırmayı değil gerçekten normun korumayı amaçladığı davranışın cezalandırılmasını amaçlar. Yorum ile gerçek anlamda tipik davranışlar tespit edilecek yani maddi haksızlık içeriği ortaya çıkarılacaktır. Daha sonra bu maddi haksızlık içeriği kanunilik ilkesine uygun normun çizdiği şekli haksızlığa uyup uymadığı tespit edilecektir. Şayet bir uyum söz konusu değil ise önemsizlikten bahsedilebilecektir.

Önemsizlik kavramına gelindiğinde ise bu kavram bir suç tipinin tanımına lafzi olarak uyan ancak cezaya layık derecede bir hukuki değer ihlali gerçekleştirmeyen ve suç tipinin aradığı haksızlık içeriğine ulaşmayacak derecede hafif haksızlık içeriğine sahip olan toplumsal yaşam bakımından katlanılabilir insan davranışı olarak tanımlanabilir. Önemsizlik suç tipinde sadece hareket unsurunda yapılacak bir inceleme değil tüm unsurlarda yapılacak bir incelemedir.

Bir davranışın önemsizlik kapsamında olup olmadığı o davranışın oluşturduğu haksızlık içeriğinin tespitiyle mümkündür. Her suç bir haksızlık barındırdığı unsurlar itibarıyla çevresini çizmektedir. Kanun koyucu bir suç tipi oluşturarak bu çerçeveye haksızlığı şekli olarak çizer. Aslında kanunilik ilkesinin geçerli olduğu ceza hukukunda böyle bir çerçevenin çizilmesi zorunlu olup bu çerçeveye giren davranışlar hakkında ‘kanun koyucu tarafından tasvip edilmediği (*Unwert*)’ değerlendirmesi yapılır. Buna göre suç tipinin çizdiği bu çerçeve şekli haksızlık içeriğini, somut olayda gerçekleşen ve suç tipini sağlayan davranış ise maddi haksızlık içeriğini yansıtır.

Haksızlık içeriğinin tespitinde hareketin ve neticenin haksızlığının tespiti büyük önem taşır. Buna göre önce hukuki değer karşılaştığı tehlikenin derecesi olan *aktüalite*, hukuki değer ihlalinin *yoğunluğu* ve son olarak hukuki değer ihlalinin *tür ve biçimi* tespit edilerek hareketin haksızlığı tespit edilir. Daha sonra korunan hareket objesinin (hukuki değer objesinin) zarara veya tehlikeye uğratılması olan neticenin haksızlığının tespiti edilir. Bu iki haksızlık unsurunun bir araya gelmesi ile somut olayda gerçekleşen haksızlık içeriği, diğer bir ifade ile maddi haksızlık içeriği saptanmış olur.

Önemsizliğin tespiti için yorum, yorumun sağlıklı yapılabilmesi için ise yorum ile ilgili ilkelerin bilinmesi ve suç politikası ile ilişkisinin göz önünde bulundurulması zorunludur. Ceza hukuku, diğer hukuk dallarının aksine hukuki değer korumasında yaptırımlarının çok ağır olması nedeniyle ikinci plandadır ve öyle de kalmalıdır. Ceza hukuku kanunilik ilkesinin egemenliğinin altında, her bir müdahalesinin ölçülü olması gereken ve toplumsal kontrolü sağlanmasında son çaredir. Kanunilik ilkesi teorik olarak mükemmel görünmekle birlikte pratiğe döküldüğünde ideal görünümünden eşyanın doğası gereği uzaklaşmaktadır. Yani kanunilik ilkesinin pratiğe mükemmel bir yansıması mümkün değildir. Bu nedenle kanunilik ilkesinin gerçek amacının ortaya çıkarılması için artık hâkim devreye girmek zorundadır. Kanun koyucu hukuki değer eksenli olmak şartıyla her türlü davranışı kontrol altına almak için hukuki düzenleme yapabilir. Kanun koyucunun elinde bulunan bu yetki artık düzenleme yapıldıktan sonra onun yükümlülüğü haline gelecektir. Şayet kanun koyucu bu yükümlülüğünü yerine getiremezse onun yerine yargı organı bu görevi yerine getirecektir. Yargı organı yapacağı yorumla belirli yoğunluktaki hukuki değer ihlallerini yaptırıma bağlayacaktır. Burada özellikle önemsizlik özelliğini haiz filler normun uygulama alanından çıkarılacaktır.

Önemsizlik suç politikası ile de sıkı bir ilişki içindedir. Kanun koyucu özgürlükçü bir ceza hukuku düzeni oluşturmak istiyorsa yalnız cezaya muhtaç ve cezaya layık davranışları yaptırım altına almalıdır. Cezaya liyakatte hukuki değerın önemi ön planda olurken, cezaya muhtaçlıkta amacın önemi öne çıkar. Bu ilkeler yalnız kanun koyucuyu ilgilendirmeyip soyut normu somut olaya uygulayan hâkimi de ilgilendirmektedir. Nitekim yorum yapan hâkim hangi davranışların cezaya layık olduğunu belirlerken bu ilkeleri göz önünde bulundurmalıdır. Böylece kanun koyucunun normun doğası gereği eksik kalan noktaların tamamlanması mümkündür.

Somut olayda gerçekleşen haksızlık içeriğinin tespiti uygulayıcının yapacağı yorumla mümkündür. Uygulayıcı hem kanunda düzenlenen suç tipini hem de somut olayda gerçekleşen davranışı ilkeleri göz önünde bulundurarak ceza hukukunun karakterine uygun bir yorum yapacaktır. Böylece haksızlık içeriğinin önemsizliğin kapsamında olup olmadığı ortaya konmuş olacaktır. Yapılan bu yorumda normun amacı önem taşımaktadır. Hâkim ratio legis yorumuyla normun kapsamını daraltacak böylelikle lafzı nedeniyle çok geniş olan suç tipini sınırlayabilecektir.

Kanun koyucu tarafından vaz edilen normlar soyut bir biçimde hazırlanmaktadır. Ayrıca kanun koyucunun somut olayda ortaya çıkabilecek her türlü ihtimali önceden görerek düzenleme yaptığı da söylenemez. Gerçek hayatta ortaya çıkan olaylarda ise ceza hukukunun ana fikriyle bağdaşmayan fiillerin cezalandırılabilir görünmesi mümkün olmaktadır. Hâkimin meydana gelen olaya uygulayacağı normlar ise kanun koyucunun soyut biçimde hazırladığı normlar olacaktır. Burada hâkime düşen görev yapacağı yorumla normun o somut olaydaki fiili kapsayıp kapsamadığını tespit etmektir. Elbette bu muhakemede örneğin bir fiilin görünüşte dahi tipik olmadığı durumlarla karşılaşılabilir. Bu durumda hâkim kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince herhangi bir suçun oluştuğu tespitini yapamayacaktır. Olası bir diğer durum ise gerçekleşen somut olaydaki fiilin görünüşte tipik olması halidir. Yani aslında soyut norm vaz edilirken kanunun cezalandırmayı amaçlamadığı ancak unsurların lafzına uyan bir fiil olması durumudur. Bu durumda da artık fiilin tipik olmadığı değerlendirilmesi yapılmalıdır.

Hukuki değer teorisinin bir yönüyle aslında kuantum teorisiyle benzeştiğini söylemek yerinde olur. Nitekim kuantum teorisi sorulara kesin bir cevap verememektedir. Ancak bugün modern yaşamda faydası yadsınamaz derecede büyüktür. Hukuki değer teorisi de birçok bilinmezliği içinde barındırsa da normların açıklanması, normların meşruiyeti, ceza hukukunun temelleri ve amacı gibi birçok sorunun cevaplandırılması şansını da ceza hukukuna sunmaktadır.

Hukuki değer ve bunun ihlali, bir suçun oluşup oluşmadığı ve bunun cezalandırılıp cezalandırılmayacağını belirler. Ceza hukuku her türlü hukuki değer ihlalinin değil ancak belirli yoğunluktaki hukuki değer ihlallerini yaptırımla karşılar. Her ne kadar suç tipinde açıkça bir davranışın hukuki değere zarar verme ya da hukuki değeri tehlikeye atması, suç tipinde açıkça belirtilmese bile genelde eşyanın doğası özelde ise hukuki değer nitelikleri ile değerlendirilmelidir. Bu nedenle görünüşte tipik olan ancak normun koruma alanı dışında olması hasebiyle objektif olarak isnat edilen hafif hukuki değer ihlalleri suç oluşturmayacaktır. Örneğin başkasının vücuduna yönelik küçük bir çizik, kasten yaralamanın unsurları olan başkasının vücuduna acı verme unsurlarını gerçekleştirse de vücut bütünlüğü hukuki değerinin ihlali çok hafif kaldığı için görünüşte tipik olacak ve bu nedenle tipikliği sağlamayacaktır.

Kuşkusuz ceza hukuku toplumla sıkı bir bağ içerisindedir. Ceza hukuku ve toplumun bu etkileşimi toplum ve toplumsal ilişkiler ekseninde bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bugün birçok hukukçu en başta bir yorum yaparken ceza hukuku ve ceza hukukunun toplumla ilişkisini göz önünde tutmaktadır. Toplum eksenli düşünceler ceza hukukunu da etkilemiş böylece toplum, toplumsal ilişkiler ve gelişmeler dikkate alınarak ceza hukukunun birçok kavramına konu edilmiştir.

Toplum ve ceza hukuku ilişkisinin ceza hukukuna yansması ilk olarak hareket kavramında ortaya çıkmıştır. Sosyal hareket kavramı adı altında ortaya çıkan bu düşünce diğer hareket öğretileri kadar sınırlarının belli olmaması nedeniyle eleştirilmiştir. Aslında önemsizlik tespitini daha iyi yapılması ve ceza hukukunu sınırlandırmak maksadıyla ortaya atılan bu düşünceye gerek bulunmamaktadır. Nitekim hâkim yapacağı yorum ile davranışların suç tipinde aranan hareketi oluşturup oluşturmadığını tespit edebilir.

Toplum ve ceza hukuku ilişkisinin ceza hukukuna bir diğer yansması ise fiilin toplumsal uygunluğu olup bu kavram aslında yoruma yardımcı bir nitelik arz etmektedir. Özellikle normun *ratio legis*'i ortaya çıkarılırken başvurulması zorunlu kavramlardan birini oluşturmaktadır. Örf ve âdet de yine ceza hukukunda önemli bir yere sahip olup önemsizliğin belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Örf adetin yorumdaki etkisi kanunilik ilkesini ihlal edecek şekilde mutlak değil nispi olarak tezahür etmelidir. Yani örf adet fail aleyhine sonuç doğurmamalıdır. Diğer taraftan hukuk ile genel olarak çelişen örf ve adetler, bir önemsizlik tespitine kesin olarak engeldir.

Önemsizlik yapısı elverişli olan her suç tipinde ortaya çıkmakla birlikte birtakım suçlarda ortaya çıkma ihtimali daha fazladır. Bu suçların başında ise malvarlığına yönelik suçlar gelmektedir.

Çalışma tamamen özgürlükçü bir ceza hukuku ideali çerçevesinde hazırlanmış olup önemsizliğin fail aleyhine uygulanması mümkün değildir. Özellikle uygulamada haksızlık içeriği tespiti yapılırken bu düşünceden ayrılmamak gerekir.

Önemsizliğe yönelik ilk başta kavramın belirsizliği yönünde itiraz gelmesi mümkündür. Ancak peşinen söylemek gerekir ki hukukun birçok alanında getirilen

ölçütlerin belirsizliği genel bir sorundur. Öyle ki daha suçun ilk aşaması olan hareket kavramında tartışmalar başlamaktadır. Bu nedenle çalışmada getirilen ölçütler, yöntemler ve çözümler ortaya konulurken olabildiğince belirliliğe yaklaşılmaya çalışılmış ancak eşyanın doğasından ötürü asla tam olarak belirli ölçütler ortaya konamamıştır.

Bir diğer itiraz ise bu düşüncenin keyfiliğin önünü açması yönünde olacaktır. Ancak kanunilik ilkesi ile yorum birbirini sınırladığı için keyfiliğin önemli ölçüde önüne geçmek mümkündür. Diğer bir deyişle suç tipi kanuniliğin bir gereği olan belirliliği sağlamıyorsa önemsizliğin kapsamı genişleyecek ve yorum sınırlayıcı bir özellik gösterecektir. Bu nedenle keyfiliğe giden yolun normların daha belirli olarak düzenlenmesi ile önüne geçilebilecektir. Diğer taraftan önemsizliğe ilişkin çalışmada getirilen ölçütler ile önemsizlik tespit edileceği için keyfiliğin söz konusu olmayacaktır. Yine yargısal kontrol mekanizmaları ile önemsizlik konusunda belirli bir içtihadın gelişmesi ile de keyfiliğe mahal kalmayacaktır.

Önemsizlik konusunda ilk ve en sağlıklı çözüm herhangi bir norm düzenlemesine gerek olmaksızın ‘önemsizliğin’ suç politikası, ceza hukuku ve usul hukuku ilkelerinden kaynaklanan melez bir ilke olarak tanınmasıdır. Bu ilkenin sınırları da elbette ceza hukukuna hâkim ilkeler ve ceza normları ile çizilecektir. Hukuk uygulayıcıları bu ilkeyi esas alarak davranışları suç tipinin kapsamından yorum yolu ile çıkarabilecektir. Salt soyut normlardan oluşan yazılı kaynaklarımız ve pozitivist bir bakış açısıyla baktığımız kanunilik ilkesi ile gerçek anlamda bir adalet elde edilmesi mümkün değildir. Elbette Anglo Sakson hukukunda geçerli *case law* sisteminin kabulü de zorunlu değildir. Ancak bu iki hukuk sisteminin avantajları tek bir potada eritilerek önemsizlik ilkesinin uygulanması mümkündür. Bir yandan kanunilik ilkesinin olabildiğince uygulandığı normlar ile davranışların sınırı çizilecek diğer taraftan da bu çizginin çizilmesinde yargı organlarına hüküm alan (*Spielraum yani hareket alanı*) bırakılacaktır. Yani kanunilik ilkesinin uygulanmasıyla şekli olarak cezalandırılması gerekli görünen bir davranış aslında yargı organlarının verecekleri hükümlerle önemsizlik ilkesinin alanına sokulabilecek ve bu şekilde sadece maddi olarak cezalandırılması gereken fiiller yaptırımla karşılanmış olacaktır.

Ancak bugün özellikle Türk Ceza Hukuku ve hukuka katı bir pozitivizm ile yaklaşan uygulayıcılarımız göz önünde bulundurulduğunda yukarıda savunduğum düşünce kabul görmeyebilecektir. Bu nedenle bir uygulamanın bulunması şart koşulursa bazı ülkelerde yapıldığı gibi genel hükümlere hukuki değerlerinin ancak ağır ihlallerinin cezalandırılacağı gibi bir hüküm getirilmesi iyi uygulayıcılar elinde adaletli ve hukuk güvenliğini gerçek anlamda sağlayan hükümlerin ortaya çıkmasını sağlayabilir. Bunun için gerçek anlamda yetişmiş, donanımlı ve hukukun ruhunu kavramış hukukçulara ihtiyaç olduğu için yine Türk Ceza Hukuku uygulamasında pek parlak sonuçlar vermeyebileceği öngörülebilir. Aslında ilk çözüm ile bu çözüm arasındaki tek fark yazılı bir hukuk normunun bulunmasıdır. Bu nedenle uygulamacıların niteliklerine ilişkin noktaların aynısı ilk çözüm bakımından da gerekli olduğunun altını çizmek gerekir. Tekrar etmek gerekir ki böyle bir hukuki düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Bir diğer çözüm önerisi ise eşyanın doğasından ötürü uygulanamaz bir çözümdür ki buna göre her bir suç tipinin şekli olarak, onun kapsamına giren ancak cezalandırılmaması gereken davranış tarzlarının özel olarak düzenlenmesidir. Bu kabul beraberinde kanun koyucunun bütün fiilleri önceden öngördüğünü kabul etmektir. Bu ise mümkün olmadığından hem teorik hem de pratik olarak bir fayda getirmeyecektir. Benzer bir çözüm ise özel suç tipleri altında değil de Kabahatler Kanunu çerçevesinde düzenlenebileceğidir. Örneğin malvarlığına ve mülkiyete karşı suçlarda bu fiillerin hafif hallerinin kabahatler kanununda düzenlenmesinin doğru olduğu savunulmuştur. Gerekçe olarak niceliksel sınıflandırmanın en iyi ceza kanunu ile kabahatler kanunu arasında olduğu ve günümüzde ise sadece tek bir niceliksel sınırlandırmanın söz konusu olabileceğini bunun ise ağır toplumsal zararlı davranış türlerinin ceza kanununa ait olduğu, hafif toplumsal zararlı davranışların ya da hukuki değer ihlaline daha uzak olan ön alandaki suç tiplerinin ise kabahatler kanununa ait olduğu ileri sürülmüştür. Bu çözüm de yine yukarıda özel suç tipleri düzenlenmesi çözümünde kabul ettiğimiz öngörülmezlik itirazı ile karşılaşabilecektir. Diğer bir itiraz olarak ise şayet özel suç tiplerinin nitelikli halleri gibi önemsizliğe giren fiillerin ayrıca düzenlenmesi sanki önemsizliğin açık bir şekilde düzenlenmesi halinde var olduğu aksi durumlarda görünüşte gerçekleşen tipik davranışların da açık düzenleme yoksa ceza yaptırımıyla karşılanması gerektiği anlamı çıkacaktır ki bu durumda adil kararlar verilmesinin önü kapanacaktır.

Son olarak ceza muhakemesi hukukunun birtakım kurumlarından bahsetmek gerekmektedir. Peşinen söylemek gerekir ki önemsizlik kapsamındaki davranışlar, çalışmada savunulduğu üzere suç tipini gerçekleştirilmemektedir. Ancak bu kurumların konusu çalışmanın kavram başlığı altında açıklanmaya çalışılan, önemsiz suç ya da hafif suç olarak değerlendirilen tipik ve hukuka aykırı davranışlar olduğunu söylemek gerekir. Somut olayda gerçekleşen davranışın oluşturduğu maddi haksızlık içeriği, şekli haksızlık içeriğinin alt sınırına yakın ise önemsiz ya da hafif suçtan bahsetmek mümkündür.

Önemsiz ya da hafif suçlar bakımından incelendiğinde, StPO m. 153 ve 153a gibi “*hafiflik halinde takipsizlik kararı*” verilmesini öngören bu düzenlemelerin de yetersiz kaldığını söylemek gerekir. Böyle bir usul hukuku çözümünün sağlayacağı fayda ilk çözümle kıyaslandığında adalet sisteminin iş yükünü azalmak ve cezanın özel önleme amacının gerçekleştirilmesi olabilir. Diğer taraftan bu tür usul hukuku kurumlarında kurumun her suç tipi bakımından uygulanması mümkün olmamaktadır. Nitekim bu tür düzenlemelerde bir ceza yaptırımı sınırı getirilmektedir. Aynı sorun Türk Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından da söz konusu olmaktadır. Kamu davası açılmasının ertelenmesi kurumu sonradan ceza muhakemesi kanununa eklense de bir yıllık ceza sınırının getirilmiş olmasıyla kapsamı çok dar bırakılmıştır. Diğer taraftan Türk hukukunda suç tiplerinin yaptırımları çok ağırdır. Yaptırımın ağırlığı artırılarak suçun önlenebileceği bu orta çağ düşüncesi neticesinde muhakeme hukukuna getirilen bu kurumların fiilen uygulanması mümkün olmamaktadır. Son olarak ise bu kurumların kapsamına giren davranışların suç tipini oluşturduğu yeterli şüphe ile kabul edilmektedir. Keza uzlaştırma, erteleme gibi kurumların kapsamına giren davranışların aynı kapsamda düşünülmesi mümkündür. Aynı şekilde bu kurumların kapsamına giren davranışlar da suç oluşturmaktadır.

Değinilmesi gereken son nokta ise şekli olarak suç tipine uygun ancak maddi olarak tipik olmayan fiillerin az da olsa bir haksızlık içerdiği ve bu haksızlığın nasıl karşılanacağıdır. Öncelikle savunduğum üzere bu fiiller kesinlikle ceza hukukunun konusunu oluşturmamaktadır. Bu davranışların bir kısmına ilişkin olarak zaten ceza hukuku dışındaki hukuk alanlarının yaptırımlarıyla karşılamak mümkündür. Ancak hem medeni hukuk, idare hukuku, kabahatler hukuku yaptırımlarıyla karşılanmayan hem de kanun koyucunun yaptırım altına almak istediği birtakım haksızlıklar söz konusu ise bunu

suç tipleri yerine bahsedilen hukuk dallarının alanlarına sokarak bu hukuk dallarının yaptırımlarının devreye girmesi sağlanabilir. Şayet böyle bir düzenleme yapılmıyor ve fakat davranış halen bir haksızlık oluşturuyorsa yazılı olmayan hukuk yaptırımları ile karşılanması mümkündür. Örneğin yerde bulunan elli kuruşun alınması, görünüşte *‘kaybedilmiş olması nedeniyle malikinin zilyetliğinden çıkmış olan eşya üzerinde, iade etmeksizin veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeksizin malik gibi tasarrufta bulunma’* tipikliğini gerçekleştirse bu davranış haksız olmakla beraber suç tipini veya başka herhangi bir hukuk normunun konusunu oluşturmayabilir. Bu nedenle de söz konusu davranışın ahlak kurallarının yaptırımı olan kınama ve ayıplama yaptırımıyla karşılanması mümkündür.



YARARLANILAN KAYNAKLAR

Alacakaptan, Uğur, (1958), **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, Ankara: Ajans-Türk Matbaası.

_____ (1975), **Suçun Unsurları**, Ankara: AÜHF Yayınları.

Altpeter, Frank, (1990), **Strafwürdigkeit und Straftatsystem**, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris: Peter Lang Verlag.

Amelung, Knut, (1972), **Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft**, Frankfurt: Athenäum-Verlag.

_____ (1991) “Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit”, **Recht und Moral**, Heike Jung ve diğerleri (Ed.) içinde s. 269-279, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

Artuk, M. Emin ve diğerleri, (2015), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.

_____ (2015), **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

Atamer, Yeşim M., (1996), **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması - Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, İstanbul: Beta Yayınevi.

Avcı, Mustafa, (2014), **Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bası, Konya: Mimoza Yayınları.

Bal, Hüseyin, (2012), **Hukuk Sosyolojisi**, 3. Baskı, Isparta: Fakülte Kitabevi.

Baumann, Jürgen ve diğerleri, (2003), **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Baskı, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking.

Baumann, Jürgen, (1972), “Grabgesang für das Legalitätsprinzip”, **ZRP**, sy. 12, s. 273-275.

- _____ (1975), **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Bası, Bielefeld: Verlag Ernst und Giesecking.
- _____ (1972), “Über die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes”, **JZ**, sy. 1, s. 1-6.
- Beccaria, Cesare, (2004), **Von den Verbrechen und von den Strafen**, (Çev. Thomas Vormbaum), Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag.
- Beck, Wolfgang, (1992), **Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung**, Berlin: Duncker&Humblot.
- Beck, Ulrich, (2014) **Risk Toplumu: Başka Bir Modernliğe Doğru** (Çev. Kazım Özdoğan ve Bülent Doğan), 2. Baskı, İstanbul: İthaki Yayınları.
- Bentham, Jeremy, (1914), **Theory of Legislation**, (Çev. Harles Milneb Atkinson), Londra: Oxford University Yayınları.
- Bilen, Mesut, **Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu**, (2012), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya.
- Binding, Karl, **Die Normen und Ihre Übertretung I**, (1872), Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann.
- _____ (1885), **Handbuch des Strafrechts I**, Leipzig: Verlag von Duncker&Humblot.
- _____ (1890), **Die Normen und Ihre Übertretung I, Normen und Strafgesetze**, 2. Baskı, Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann.
- _____ (1902), **Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil 1**, 2. Bası, Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann.
- Bloy, René, (1976), **Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe**, Berlin: Duncker&Humblot.
- Brodowski, Dominik, (2010), “Strafbare Entziehung elektrischer Energie durch Aufladen eines Mobiltelefons?”, **ZJS** 1, s. 144-147.
- Burkhardt, Björn, (1973), “Gewaltanwendung bei Vermögensdelikten mit Bagatelldarakter”, **JZ**, sy. 28, s. 110 – 116
- Centel, Nur, (2014), **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 8. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi.

- Deckert, Antje (2013), “Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat”, **ZIS**, sy. 6, s. 266-275.
- Degener, Wilhelm, (2001), **Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte**, Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Demiç, Murat, (2014), **Yağma Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Çankaya Üniversitesi SBE, Ankara.
- Demirbaş, Timur, (2010), **Kriminoloji**, 3.baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- _____ (2014), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Donatsch, Andreas ve Tag, Brigitte, (2006), **Strafrecht I: Verbrechenslehre**, 8. Baskı, Zürich: Schulthess Verlag.
- Dopslaff, Ulrich, (1985), **Wortbedeutung und Normzweck als die massgeblichen Kriterien für die Auslegung von Strafrechtsnormen-Entwurf einer an empirischen Falsifikationskriterien ausgerichteten Auslegungsmethode**, Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Dölling, Dieter, (1984), “Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle”, **ZStW**, sy. 96, s. 36-65.
- Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir, (1980), **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, c. 1, 8. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- _____ (1983), **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, c. 2, 8. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Dönmezer, Sulhi, (1984), **Sosyoloji**, 7. Baskı, Ankara: Nihad Sayar-Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları.
- _____ (2001), **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Dreher, Eduard, (1947), **Über die Gerechte Strafe eine theoretische Untersuchung für die deutsche strafrechtliche Praxis**, Heidelberg: Lambert Schneider.

- _____ (1974), “Die Behandlung der Bagatelldelinquenz”, Günther Stratenwerth ve diğerleri (Ed.), **Festschrift für Hans Welzel** içinde 917-940, Berlin/New York: Walter de Gruyter.
- Ebert, Udo ve Kühl, Kristian, (1981), “Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat”, **JURA**, sy. 5, s. 225-236.
- Engisch, Karl, (1944), “Der finale Handlungsbegriff”, **Probleme der Strafrechtserneuerung: Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag** içinde s. 141-179, Paul Bockelmann (Ed.), Berlin.
- Erem, Faruk, (1957), “Zimmet ve İhtilas”, **AÜHFD**, 14 (1), s. 38-47.
- _____ (1958), **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, c. 1, 4. Bası, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası.
- Erman, Sahir ve Özek, Çetin, (1992), **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul: Işık Matbaacılık.
- _____ (1996), **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul: Dünya Yayıncılık.
- Ersoy, Yüksel, (1992), **Ceza Hukuku Ders Notları, Genel Hükümler**, Ankara: ASBF.
- Eser, Albin, (2001), “Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?”, Bernd Schünemann ve diğerleri (Ed.), **Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag**, içinde s.199-212, Berlin/New York: Verlag Walter de Gruyter.
- Eva Graul, (1991), **Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht**, Berlin: Duncker&Humblot.
- Fischer, Thomas, (2010), **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, 57. Bası, München: Verlag C.H.Beck.
- Frisch, Wolfgang, (1993), “An den Grenzen des Strafrechts”, **Beiträge zur Rechtswissenschaft Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag**, Wilfried Küpper ve Jürgen Welp (Ed.), Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, s. 69-106.

- _____ (1998), “Hukuk Devletinde Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları”, Hakan Hakeri (Çev.), **Türk Ceza Kanunu İçin Müzakereler içinde** s. 93-141, Konya: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Fuchs, Helmut, (2008), **Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I Grundlagen und Lehre von der Straftat**, 7. Baskı, Wien/Newyork: Springer Verlag.
- Gallas, Wilhelm, (1955), “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, **ZStW**, (67), s. 1-47.
- Geerds, Friedrich, (1969), “Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen”, **FS für Karl Engisch zum 70. Geburtstag içinde** s. 406-432, Paul Bockelman ve diğerleri (Ed.), Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- Gemalmaz, H. Burak, (2009), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul: Beta Yayınevi.
- _____ (2011), “AİHM Yargısında Yeni Dönem: Protokol No. 14’le Getirilen Yeni Kabul edilebilirlik Ölçütünün Uygulanmasına Eleştirel Bakış”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 31(1), s. 209-242.
- Gössel, Karl Heinz, (1980), “Wildes Plakatieren und Sachbeschädigung im Sinne des §303 StGB”, **JR** (5), s. 184-189.
- _____ (1996), **Strafrecht Besonderer Teil Bd. II**, Heidelberg: C.F. Müller Verlag.
- Gözler, Kemal, (1998), “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, **Anayasa Yargısı** 15, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt 15, s. 207-243.
- Gropp, Walter, (2015), **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Baskı, Berlin Heidelberg: Springer Verlag.
- Grotz, Stefan, (2008), “Die Grenzen der staatlichen Strafgewalt exemplifiziert am neuen Anti-Doping-Tatbestand”, **ZJS** (3), s. 243-255.
- Günther, Hans-Ludwig, (1983), **Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschlussgrund**, Köln: Carl Heymanns Verlag.
- Hafizoğulları, Zeki, (1996), **Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, 2. Bası, Ankara: US-A Yayıncılık.
- Haft, Fritjof, (2004), **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Baskı, München: C. H. Beck.

- Hafter, Ernst, (1926), **Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts Allgemeiner Teil**, Berlin: Verlag Von Julius Springer.
- Hakeri, Hakan, (2007), Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler, **TBBD** (69), s. 55-96.
- _____ (2016), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Hardwig, Werner, (1969) Über Die Unterschiedlichen Unrechtsgehalte Und Die Abgrenzung von Unrecht Und Schuld, **Juristen Zeitung**, 24 (14).
- _____ (1984), **Grundprobleme Der Allgemeinen Strafrechtslehre**, Kassel: Knittel Verlag.
- Hartmann, Nicolai, (1949), **Ethik**, Berlin: Walter de Gruyter.
- Hassemer, Winfried ve Neumann, Ulfrid, (2010), **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 3. Baskı, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Hassemer, Winfried, (1973), **Theorie und Soziologie des Verbrechens**, Frankfurt: Athenäum Verlag.
- Hediger, Bernhard, (1974), **Quantitative Betrachtungsweise im Strafrecht und ihre Anwendung im Rahmen des aargauischen Opportunitätsprinzips**, Zürich: aku-Fotodruck.
- Hegler, August, (1915), “Die Merkmale des Verbrechens”, **ZStW** (36), s. 19-44
- Hirsch, Hans Joachim, (1960), **Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen**, Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag.
- _____ (1962), „Soziale Adäquanz und Unrechtslehre”, **ZStW** (74), s. 78-135.
- _____ (1981), “Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, **ZStW** (93), s. 831-863.
- Hohmann, Olaf, (1991), **Das Rechtsgut der Umweltdelikte – Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes**, Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Hohn, Kristian, (2008), “Grundwissen - Strafrecht: Handlungs- und Erfolgsunrecht”, **JuS**, s. 494-495.

- Honig, Richard, (1919), **Die Einwilligung des Verletzten Teil I Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage**, Leipzig: J. Bensheimer.
- Hoppe, Gerhard, (1959), **Die soziale Adäquanz im Strafrecht**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Georg-August-Universität, Göttingen.
- Hoven, Elisa, (2014), “Bagatelldelikte – Zum Umgang mit „geringfügigen Straftaten“ im materiellen und prozessualen Recht”, **JuS**, s. 975-979.
- Işıқтаç, Yasemin ve Metin, Sevtap, (2010), **Hukuk Metodolojisi**, 2. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- İçel, Kayıhan ve diğerleri, (2000), **Suç Teorisi**, 2. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi.
- İçel, Kayıhan ve Donay, Süheyl, (1999), **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1. Kitap**, 3. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi.
- İçel, Kayıhan, (1972), **Suçların İctimai**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- _____ (1984), “İdari Ceza Hukuku Ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, **İÜHF** 50 (1-4), s. 117-131.
- _____ (2016), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yenilenmiş Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Jäger, Herbert, (1957), **Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten**, Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag.
- Jakobs, Günther, (1993), **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Baskı, Berlin: Walter de Gruyter.
- _____ (1995), “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts?”, **ZStW** (107), s. 843-876.
- Jellinek, Georg, (1908), **Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe**, 2. Baskı, Berlin: Verlag von Häring.
- Jescheck, Hans-Heinrich ve Weigend, Thomas, (1996), **Lehrbuch des Strafrechts**, 5. Baskı, Berlin: Duncker&Humblot.

- Jescheck, Hans-Heinrich, (1961), “Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung”, **FS für Eberhard Schmidt içinde** s. 139-155, Paul Bockelmann ve diğerleri (Ed.), Göttingen: Scientia Verlag.
- _____ (1982), **Lehrbuch des Strafrechts AT**, 3. Baskı, Berlin: Duncker&Humblot.
- Kangal, T. Zeynel, (2011), “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, **CHD** (17), s. 61-103.
- Kann, Steffan, (1913), **Beiträge zur Lehre vom Rechtsgutsbegriff im Strafrecht**, Leipzig: Buchdruckerei Robert Noske.
- Kareklas, Stefanos, (1990), **Die Lehre vom Rechtsgut und das Umweltstrafrecht**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eberhard Karls Universität.
- Katsantonis, Alexander, (1960), “Der Handlungsbegriff in existential-ontologischer Sicht, Ein Versuch”, **ZStW** (72), s. 351-364.
- Kaufmann, Armin, (1974), “Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht”, Günther Stratenwerth ve diğerleri (Ed.), **Festschrift für Hans Welzel içinde** 917-940, Berlin/New York: Walter de Gruyter.
- Kaufmann, Hans ve Weber, (1997), Klaus (Ed.), **Creifelds Rechtswörterbuch**, 14. Baskı, München: C. H. Beck’sche Verlag.
- Keçelioğlu, Elvan, (2013), “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı”, **CHD** (21), s. 21- 32.
- Kern, Eduard, (1952), “Grade der Rechtswidrigkeit”, **ZStW** (64), s. 255-291.
- Kızmaz, Zahir, (2005), “Sosyolojik Suç Kuramlarının Suç Olgusunu Açıklama Potansiyelleri Üzerine bir Değerlendirme”, **Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 29 (2), s. 149-174.
- Kienapfel, Diethelm, (1961), **Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht**, Karlsruhe: Verlag C. F. Müller.
- _____ (1966), **Das erlaubte Risiko im Strafrecht: zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff**, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.

- Kindhäuser, Urs, (2009), **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Baskı, Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Klug, Ulrich, (1961), “Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem“, **Festschrift für Eberhard Schmidt içinde** s. 249-266, Paul Bockelmann ve diğerleri (Ed.), Scientia Verlag, Göttingen.
- Knauer, Florian, (2014), “Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht – Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft?“, **ZStW** (126), s. 844-865.
- Koca, Mahmut ve Üzülmüş, İlhan, (2016), **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Köhler, Michael, (1997), **Strafrecht AT**, Berlin: Springer Verlag.
- Krauß, Detlef, (1964), “Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht“, **ZStW** (76), s. 20-68.
- Krey, Volker, (1983), **Keine Strafe Ohne Gesetz**, Berlin: Walter de Gruyter.
- Krumpelmann, Justus, (1966), **Die Bagatelldelikte Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff**, Berlin: Duncker&Humblot.
- Kudlich, Hans, (2003), “Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht“, **JZ** (3), s. 127-133.
- Kuhlen, Lothar, (1996), “Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?“, **Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem/Straftatbegriff-Straftatzurechnung-Strafrechtswert-Strafausschluß-Strafklageverzicht içinde** s. 77-97, Jürgen Wolter ve Georg Freund (Ed.), Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- Kunz, Karl-Ludwig, (1984), **Das Strafrechtliche Bagatellprinzip: Eine strafrechtsdogmatische und kriminal politische Untersuchung**, Berlin: Duncker&Humblot.
- Kühl, Kristian, (1992), “Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens“, **FS für Günter Spendel zum 70. Geburtstag içinde** s. 75-98, Manfred Seebode (Ed.), Berlin: Walter de Gruyter,.

- Kühl, Kristian, (2012), **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Baskı, München: Franz von Vahlen.
- Leach, Philip, (2011), **Taking a Case to the European Court of Human Rights**, 3. Baskı, New York: Oxford University Press.
- Lesch, Heiko, (1999), **Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision**, München: Carl Heymanns.
- Löffelmann, Markus ve diğerleri, (2007), **Das strafprozessuale Ermittlungsverfahren**, Bonn: Deutscher Anwalt Verlag.
- Maihofer, Werner, (1953), **Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem**, Tübingen: J. C. B. Mohr.
- _____ (1958), “Die Natur der Sache”, **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie** (44), s. 145-174.
- _____ (1961), “Der soziale Handlungsbegriff”, **FS für Eberhard Schmidt içinde** s. 156-182, Paul Bockelmann ve diğerleri (Ed.), Göttingen: Scientia Verlag.
- Maiwald, Manfred, (1972) “Zum Fragmentarischen Charakter des Strafrechts”, **FS für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, içinde** s. 9-23, Friedrich-Christian Schroeder ve Heinz Zipf (Ed.), Karlsruhe: Verlag C.F. Müller.
- _____ (1980), “Unbefugtes Plakatieren ohne Substanzverletzung keine Sachbeschädigung?”, **JZ** (8), s. 256-259.
- Matscher, Franz, (2011), “De Minimis Non Curat Praetor”, **Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag içinde** s. 333-345, Friedrich Harrer ve diğerleri (Ed.), Wien: Springer Verlag.
- Maurach, Reinhart ve diğerleri, (2009), **Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte**, 10. Baskı, Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- Maurach, Reinhart ve Zipf, Heinz, (1987), **Strafrecht Allgemeiner Teil 1**, 7. Baskı, Heidelberg: C.F.Müller Juristischer Verlag.
- Mayer, Hellmuth, (1922), **Zuchtgewalt und Strafrechtspflege**, Leipzig: Verlag von C.L. Hirschfeld.

- _____ (1953), **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart: Kohlhammer Verlag.
- Mayer, Max Ernst, (1926), **Rechtsphilosophie**, 2. Bası, Berlin Heidelberg: Springer Verlag.
- Mennicke, Petra, (2000), “Überlegungen zum Rechtsgut des § 356 StGB und einer rechtsgutsbezogenen Auslegung des „ungeschriebenen“ Tatbestandsmerkmals des Interessengegensatzes zwischen den Parteien”, **ZStW** (112), s. 834-865.
- Mezger, Edmund, (1932), **Strafrecht / Ein Lehrbuch**, 3. Baskı, Berlin: Duncker&Humblot.
- Michels, Hans Gerhard, (1963), **Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung**, Berlin: Walter de Gruyter.
- Mill, John Stuart, (2008), **On Liberty**, Tekrar baskı, Rockville: Wildside Press.
- Mitsch, Wolfgang, (2001), **Strafrecht Besonderer Teil 2**, Berlin Heidelberg: Springer Verlag.
- Murmann, Uwe, (2011), “Entformalisierung des Strafrechts – Eine erste Annäherung”, **Recht ohne Regeln? içinde** s. 5-18, Uwe Murmann (Ed.), Göttingen: Universitätsverlag.
- Naucke, Wolfgang, (1972), “Der Begriff der “geringen Schuld” (§ 153 StPO) im Straftatsystem”, **FS für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag içinde** s. 197-211, Friedrich-Christian Schroeder ve Heinz Zipf (Ed.), Karlsruhe: C.F. Müller.
- _____ (1993), “Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht”, **KritV** (76), No. 2, s. 135-162.
- _____ (2002), **Strafrecht eine Einführung**, 10. Baskı, Krefeld: Luchterland Verlag.
- Nazima, Ali ve Reşad, Faik, (2009), **Mükemmel Osmanlı Lügati**, 3. Baskı, Ankara: Türk Dil Kurumu.
- Neubacher, Frank, (2000), “Materieller Verbrechensbegriff und Rechtsgutsverletzung - Die Rechtsgüterlehre J. M. F. Birnbaums (1797-1877) und die moderne Strafrechtsschule”, **JURA** (10), s. 514-518.
- Noll, Peter, (1955), **Übergesetzliche Rechtsfertigungsgründe im Besondern die Einwilligung des Verletzten**, Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft AG.

- _____ (1956), “Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht”, **ZStW** (68), s. 181-197.
- Nowakowski, Friedrich, (1950), “Das Ausmaß der Schuld”, **Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht** (65), s. 301-331.
- Nuhoğlu, Ayşe, (2013), “Sünnet ve Ceza Hukuku”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 19 (2), s. 211-219.
- Ostendorf, Heribert, (1982), “Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel”, **GA**, s. 333-345.
- Önder, Ayhan, (1985), **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayınevi.
- _____ (1991), **Genel Hükümler**, c. I, İstanbul: Beta Yayınevi.
- _____ (1992), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, cilt II-III, 2. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi.
- _____ (1994), **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Özbek, Veli Özer ve diğerleri, (2015), **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- _____ (2015), **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özek, Çetin, (1994), ““Silahlı Çete – Amaç Suç” İlişkisinde İştirak Sorunları”, **AÜSBFD**, 49 (3-4), s. 357-378
- _____ (1998), “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı’na İlişkin Düşünceler”, **İÜHFM Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu’na Armağan Sayısı**, 56 (1-4), s. 21-68.
- Özgenç, İzzet, (1993), ““Kavga Suçu” (TCK m.464) Üzerine Düşünceler”, **YD**, 19 (4), s. 477-500.
- _____ (2002), **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- _____ (2009), **Zimmet Suçu**, Ankara: Seçkin Yayınevi.

- _____ (2015), **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özkan, Halid, (2013), **Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu**, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Peters, Karl, (1974), „Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip“, **FS für Hans Welzel zum 70. Geburtstag** içinde s. 415-429, Günter Stratenwerth ve diğerleri (Ed.), Berlin/New York:Walter de Gruyter.
- Pieroth, Bodo ve Schlink, Bernhard, (2011), **Grundrechte Staatsrecht II**, 27. Baskı, Heidelberg: C.F. Müller.
- Prantl, Heribert, (2004), “Krieg als letztes Mittel”, **Der Irak Krieg und das Völkerrecht**, içinde s. 31-32, Kai Ambos, Jörg Arnold (Ed.), Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag.
- Puppe, Ingeborg, (2008), Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung – Teil 2, **ZJS** (6), s. 600-609.
- Radbruch, Gustav (Ed.), (1960), **Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)**, Stuttgart: Reclam Universal Bibliothek.
- Rahimov, İlham, (2014), **Suç Ve Ceza Felsefesi**, 1. Baskı, Ankara: Ekoavasya Yayınları.
- Reichert-Hammer, Hansjörg, (1991), **Politische Fernziele und Unrecht : ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB**, Berlin : Duncker und Humblot.
- Rengier, Rudolf, (2006), **Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte**, 8. Baskı, München: Verlag C. H. Beck.
- _____ (2006), **Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit**, 7. Baskı, München: Verlag C. H. Beck.
- Roeder, Hermann, (1969), **Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos**, Berlin: Duncker&Humblot.
- Roxin, Claus, (1971), “Ein „neues Bild" des Strafrechtssystems”, **ZStW** (83), s. 369-404.
- _____ (1983), “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, **FS für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag Bd. II** içinde s. 303-313, Günter Kohlmann (Ed.), Köln: Dr. Peter Deubner Verlag.

- _____ (1997), **Strafrecht AT I**, 3. Baskı, München: C. H. Beck'sche Verlag.
- _____ (2006), **Täterschaft und Tatherrschaft**, 8. Baskı, Berlin: De Gruyter Recht.
- _____ (2011), "Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland", **GA**, s. 678-695.
- _____ (2013), "Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit im deutschen Strafrecht", **Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, Ein deutsch-chinesischer Vergleich**, Eric Hilgendorf (Ed.) , Tübingen: Mohr Siebeck.
- Sabine Swoboda, (2010), "Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen", **ZStW** (122), s. 24-50.
- Sanlı, Kerem Cem, (2000), **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Ankara: Rekabet Kurumu Yayını.
- Sauer, Wilhelm, (1933), **Kriminalsoziologie**, Berlin – Leipzig: Verlag für Staatswissenschaft und Geschichte.
- Sax Walter, (1976), "'Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung (I)/(Überlegungen zur Neubestimmung von Gehalt und Funktion des "gesetzlichen Tatbestandes" und des "Unrechtstatbestandes")", **JZ** (1), s. 9-16.
- _____ (1976), "'Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung (II)/(Folgerungen aus der Neubestimmung von Gehalt und Funktion des "gesetzlichen Tatbestandes" und des "Unrechtstatbestandes")", **JZ** (14), s. 429-439.
- Schaffstein, Friedrich, (1960), "Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre", **ZStW** (72), s. 369-396.
- Schmidhäuser, Eberhard, (1969), "Der Unrechtstatbestand", **FS für Karl Engisch zum 70. Geburtstag içinde** s. 432-455, Paul Bockelmann ve diğerleri (Ed.), Frankfurt a. M.: Vittorio Klostermann.
- _____ (1970), **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

- _____ (1984), **Einführung in das Strafrecht**, 2. Bası, Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Schmidt, Ebehardt, (1936), **Militärstrafrecht**, Berlin: Verlag von Julius Springer.
- Schmidt, Jürgen, (1999), **Untersuchung zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad Abstrakter Gefährdungsdelikte-Zugleich ein Beitrag zur Rechtsgutslehre**, Marburg: N.G. Elwert Verlag.
- Schneider, Hendrik, (2001), “Bellum Justum gegen den Feind im Inneren? Über die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien bei der „Bekämpfung“ der Organisierten Kriminalität”, **ZStW** (113), s. 499-515.
- Schönenbroicher, Klaus ve Heusch, Andreas, (2014), **Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen - Kommentar. Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden**, Siegburg: Verlag W. Reckinger.
- Schönke, Adolf ve Schröder, Horst, (2006), **Strafgesetzbuch Kommentar (Lenkner/Eisele)**, 27. Baskı, München: Verlag C. H. Beck.
- Schreiber, Hans-Ludwig, (1982), “Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzepzion”, **ZStW** (94), s. 279-298.
- Schudt, Rolf, (1951), **Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Strafrechtsentwicklung**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ludwig-Maximilians-Universität Juristische Fakultät, München.
- Schünemann, Bernd, (2003), “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”, **Die Rechtsgutstheorie/Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?** içinde s. 133-154, Roland Hefendehl ve diğerleri (Ed.), Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Selçuk Sami, (1983) “Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu”, **AD** 5, s. 799 vd.
- _____ (1982) **Dolandırıcılık**, İstanbul: Yasa Yayınları.
- Sezer, Ahmet, (2007), 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu, **CHD** (1), s. 23-44.
- Sina, Peter, (1962), **Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs ‘Rechtsgut’**, Basel: Helbing & Lichtenhahn.

- Sokullu-Akinci, Fusun, (1994), **Kriminoloji Ders Notları**, İstanbul.
- Soyaslan, Doğan, (2011), **Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri)**, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- _____ (2014), **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Stächelin, Gregor, (1998), **Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, Normative und empirische materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis**, Berlin: Duncker&Humblot.
- Sternberg-Lieben, Detlev, (1997), **Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht**, Tübingen: J.C.B. Mohr Siebeck.
- _____ (2011), “Einwilligungsschranken und Rechtsgutsvertauschung am Beispiel des Fremddopings im Sport”, **ZIS** (7), s. 583-601.
- Steuerwald, Karl, (1990), **Türkisch-Deutsches Wörterbuch**, 2. Baskı, İstanbul: ABC Kitapevi.
- Stratenwerth, Günter ve Kuhlen, Lothar, (2011), **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Baskı, München: Verlag Franz Vahlen.
- Stratenwerth, Günter, (1959), “Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs”, **ZStW** (71), s. 565-578.
- Taner, Tahir, (1937), “4. Beynelmilel Ceza Hukuku Kongresi”, **iÜHFM** 3, s. 395-431.
- _____ (1949), **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İstanbul: İÜHF Yayınları.
- Tesal, Reşat, (1979), **Ceza Hukuku I Genel Kısım**, İstanbul: Nihad Sayar - Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları.
- Tezcan, Durmuş ve diğerleri, (2015), **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Tezcan, Durmuş ve Erdem, M. Ruhan, (2000), **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, I. Baskı, İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi.
- Topçuoğlu, Hamide, (1969), **Hukuk Sosyolojisi**, Cilt 1, 3. Baskı, İstanbul: AÜHF Yayınları.

- Toroslu, Nevzat, (1970), **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu**, Ankara: Sevinç Matbaası.
- Tosun, Öztekin, (1962), “Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir”, **İÜHFM** 28 (1), s. 20-59.
- _____ (1962), “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan”, **İÜHFM** 27 (1-4), s. 45-61.
- Towfigh, Emanuel Vahid, (2009), “Komplexität und Normenklarheit – oder: Gesetze Sind Für Juristen Gemacht”, **Der Staat** (48), s. 29-73.
- Udeh, Abdulkadir, (2012), **Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku Özel Hükümler**, (Çev. Ali Şafak), 2. Bası, İstanbul: Kayıhan Yayınları.
- Untersteller, Sebastian, (2015), **Der Begriff "öffentliches Interesse" in den §§ 153 StPO und 45 JGG**, Berlin: LIT Verlag.
- Ünver, Yener, (1998), **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, İstanbul: Beta Yayınevi.
- _____ (2003), **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- URL, “Face to Face Bertrand Russell”, <http://www.bbc.co.uk/iplayer/episode/p04qgxlw/face-to-face-bertrand-russell> (18.03.2017).
- URL, <http://www.etimolojiturkce.com/kelime/su%C3%A7>, (12.06.2015).
- URL, <http://www.dwds.de/?view=1&qu=delikt>, (19.06.2015).
- Vogel, Joachim, (2010), **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, (Ed. Heinrich Wilhelm Laufhütte, Joachim Vogel, Klaus Tiedemann), 8. Band, Berlin/New York: Walter De Gruyter.
- Volk, Klaus, (1985), “Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus”, **ZStW** (97), s. 871-918.
- von Beling, Ernst, (1906), **Die Lehre vom Verbrechen**, Tübingen: Mohr Verlag.
- von Hippel, Robert, (1930), **Deutsches Strafrecht/Das Verbrechen, Allgemeine Lehren**, c. 2, Berlin: Springer Verlag.
- _____ (1932), **Lehrbuch des Strafrechts**, Berlin: Springer Verlag.

- _____ (1941), **Der deutsche Strafprozess**, Marburg: Verlag Elwert.
- von Hirsch, Andrew, (2003), “Der Rechtsgutsbegriff und das “Harm Principle”, **Die Rechtsgutstheorie/Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?** içinde s. 13-25, Roland Hefendehl ve diğerleri (Ed.), Baden-Baden: Nomos Verlag.
- von Liszt, Franz, (1927), **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, Eberhard Schmidt (Derleyen) , 25. Baskı, ,Berlin ve Leipzig; Walter de Gruyter.
- von Weber, Hellmuth, (1969) “Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff”, **FS für Karl Engisch zum 70. Geburtstag** içinde s. 328-338, Paul Bockelmann ve diğerleri (Ed.), Frankfurt a. M.: Vittorio Klostermann.
- Vormbaum, Thomas, (2011), **Moderne deutsche Strafrechtsdenker**, Berlin: Springer Verlag.
- _____ (1987), **Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils**, Berlin: Duncker&Humblot.
- _____ (2011), “Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik”, **ZStW** (123), s. 660-690.
- Wang, Yu, (2014), **Qualitative und quantitative Instrumente zur Einschränkung der Strafverfolgung bei fehlendem Strafbedürfnis**, Berlin: Lit Verlag.
- Wedlich, Sven, (2013), “Masernparty – Eine strafrechtliche Betrachtung”, **ZJS** (6), s. 559-566.
- Weigend, Thomas, (1999), “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt”, **Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag** içinde s. 917-940, Thomas Weigend ve Georg Küpper (Ed.), Berlin-Newyork: Walter de Gruyter.
- Welzel, Hans, (1931), “Kausalität und Handlung”, **ZStW** (51), s. 703-720.
- _____ (1935), **Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht**, Leipzig: Deutsche Druck- und Verlag.
- _____ (1939), “Studien zum System des Strafrechts”, **ZStW** (58), s. 491-566.
- _____ (1967), **Das Deutsche Strafrecht**, 10. Baskı, Berlin: Walter de Gruyter.

- Wessels, Johannes ve Beulke, Werner, (2010), **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 40. Baskı, Heidelberg: C. F. Müller.
- Wessels, Johannes ve Hettinger, Michael, (2008), Strafrecht, **Besonderer Teil 1**, 32. Bası, Heidelberg: C.F. Müller.
- Wienbrack, Mike, (2003), "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", **ZJS** (2), s. 148-155.
- Wimmer, August, (1963), "Ambivalenz der verkehrsrichtigen Gefahrhandlung", **ZStW** (75), s. 420-442.
- Wolff, Ernst Amadeus, (1964), **Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen**, Heidelberg: Carl Winter-Universitätsverlag.
- _____ (1987), "Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen", **Strafrechtspolitik: Bedingungen Der Strafrechtsreform içinde** s. 137-224, Winfried Hassemer ve Roberto Bergalli (ed.), Frankfurt am Main; New York: Peter Lang.
- Wolski, Sabine, (1990), **Soziale Adäquanz, Schutzzweck der Norm, Verwerflichkeitsklausel, erlaubtes Risiko, "rechtsfreier Raum", Strafwürdigkeit, Verfolgungsverzicht bei "geringer Schuld" - ein methodologisches und verfassungsrechtliches Problem mit vielen Facetten**, München: VVF.
- Yoon, Young-Cheol, (2001), **Strafrecht als ultima ratio und Bestrafung von Unternehmen**, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH Europäischer Verlag der Wissenschaften.
- Yüce, Turhan Tufan, (1985), **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Yücel, Mustafa T., (1988), "Ceza Adaleti Sisteminde Koordinasyon", **YD** 14 (1-2), s. 31-41.
- Zaczyk, Rainer, (1989), **Das Unrecht der versuchten Tat**, Berlin: Duncker & Humblot.
- _____ (1993), **Strafrechtliches Unrecht Und Die Selbstverantwortung Des Verletzten**, Heidelberg: Müller.

Zafer, Hamide, (2013), **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 3. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi.

Zielinski, Diethart, (1973), **Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff/ Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß**, Berlin: Duncker&Humblot.

Zimmerl, Leopold, (1928), **Zur Lehre vom Tatbestand**, Breslau: Schletter'sche Buchhandlung.

Zipf, Heinz, (1970), "Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht", **ZStW** (82), S. 633-654.

_____ (1975), **Die Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat**, Salzburg: Universitätsverlag Anton Pustet.

zu Dohna, Graf, (1905), **Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen**, Halle am Saale: Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.

ÖZGEÇMİŞ

Salih Özkan 24.11.1991 tarihinde Ankara’da doğdu. İlköğreniminin bir kısmını Ankara’da diğer kısmını ise Almanya’da Düsseldorf/Dormagen Bertha von Suttner Gesamtschule’de tamamladı. Orta öğrenimini tekrar Ankara’da tamamladıktan sonra 2010 yılında Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesine başladı. 2014 yılında lisans eğitimini tamamladı. Aynı yıl Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladı. 2014 yılında Akdeniz Üniversitesi’nde yüksek lisans eğitime başladıktan sonra tez döneminde Karadeniz Teknik Üniversitesi’ne geçti. Halen Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde görevine devam eden Özkan, bekâr olup, çok iyi derecede Almanca ve iyi derecede İngilizce bilmektedir.